

## ANA RAHMİNDEN GENÇLİK ÇAĞINA TÜRK HUKUK SİSTEMİ KÂBUSU(\*)

### Önce Hukuk

Hukuk, Hakk'ın çoğuludur. Yani “Haklar” anlamındadır.

Hak ise, asıl olan, sabit ve doğru olan, adalet, herkesin meşru iktidarı, bir şey üzerinde malikiyet, emek, pay, din anlamlarında kullanılmaktadır.

Dikkat çekicidir ki, anlamları bir kesinlik ve şüphesizlik içermektedir. Bu haliyle HAK ve HUKUK kavramları istilâhi anlamları itibariyle tabii/doğal ve yaratılıştan gelen kazanımları ifade etmektedir. Tabii/doğal olanın yaratılıştan geldiği göz önüne alındığında, hak ve hukukun insan yaratılışına uygun bir şekilde “kutsallığı”ndan söz edilir.

Bir başka deyişle, yaratılışla birlikte kazanılmış haklar, kainatın bir düzen içinde devamını sağlamak düşüncesiyle bahşedilmiştir. İlahî Hukuk, nimetlerin ve yükümlülüklerin paylaşılmasında adaletsizlik yapmaz. O halde insanlar eliyle yapılan Hukukî düzenlemeleri ilahî hukukla karıştırmamak gerekir.

Öncelikle hukuk, genele taalluk eden, sadece bir şahsa ait olmayan bir hüküm veya hükümler bütünüdür. Bireyler topluluğunun ve ilişkilerinin tümünü kuşattığı içindir ki, bu haliyle hukuka **umumi hukuk** denmektedir. Kuralları Allah tarafından konulduğu inancıyla **Hukukullah** diye de adlandırılır.

Hukuk, bireylerin haklarını da belirlediğinden, bireysel bir yanı da vardır ki, bu da **hususî hukuk** olarak ifade edilir. Her iki hukuk sistemi insanlar tarafından, gerek ilahî kurallar gerekse insanlık tarihi boyunca oluşan insanlığın ortak değerleri baz alınarak yapılan düzenlemelerle bir **beşeri hukuk** sistemi ortaya konmaktadır. Tarih içinde insanların oluşturduğu hukuk sistemleri böyle bir çalışmanın ürünüdür. Ancak bu hukuk sistemlerinin her zaman insan yaratılışına uygun olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Uygun olanlar da, mutlaka birtakım eksiklikleri bünyelerinde taşımaktadırlar. Türk Hukuk Sistemi de “**insana verilen değer**” yönünden bünyesinde bir çok eksikliğin yanı sıra aykırı düzenlemeler de taşımaktadır.

### Batı'da İnsan

Hukukun muhatabı insan olduğundan öncelikle **insan** kavramı üzerinde durulmalıdır. Batı düşüncesinde “**insan**”, vehimleri peşinde koşan, aklını putlaştıran, her türlü düzene ve Allah'a karşı isyan içinde bulunan bir varlıktır. Batı böyle bir varlık için hukuk oluşturmuş ve oluşturmaktadır. İslâm ise, yaratılmışlar içinde insana en üst makamı vermiş ve insanı “**yaratılmışların en şerefli**” olarak nitelemiştir. **Bu şerefli varlık, kendisine doğuştan tanınmış haklarla şerefini devam ettirecektir.** Türk Hukuk Sistemi'nde insana verilen değeri işte bu ikilem çerçevesinde ve tarihi kesiti içinde incelemek gerekmektedir.

\* AKİT Gazetesinde 19 – 20 Aralık 1998 tarihlerinde yayınlanmıştır.

## **Türk Hukuk Sisteminin Laikleşmesi**

Osmanlı Hukuku, genel hatlarıyla İslâm Hukukunun altı asırlık uygulamasıdır. Tanzimat dönemine kadar da esaslı bir değişiklik geçirmemiştir. Tanzimat, Osmanlı Hukukunun köklü değişikliğe tabi kılınma sürecinin başlangıcı sayılmaktadır. Bu değişikliklerde, bizzat kendi içinde gelişen hayatın teknolojik, sosyal ve kültürel gelişmeleri kadar, Batı'nın tesiri de vardır. Hatta Batının tesiri daha ön plandadır. Öyle ki, Osmanlı Hukukunda değişiklikleri gerçekleştiren hukukçu devlet adamları; ihtiyaçlardan çok, Batının baskılarını dikkate almışlardır.

Batılı Devletlerin Osmanlı Devlet Adamları üzerinde baskısı o kadar güçlüdür ki, bir çok temel kanun, Batı Hukuk Sistemlerinden, bilhassa Fransız Hukukundan aynen iktibas suretiyle kanunlaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak bazı devlet adamları ve hukukçular, yapılacak değişikliklerde, hâkim hukuk sistemi olan İslâm Hukukuna açıkça ters düşülmemesine özen göstermişlerdir. Bu devlet adamı ve hukukçuların başında da Ahmet Cevdet Paşa gelmektedir.

Ahmet Cevdet Paşa, görevlendirildiği Kanunlaştırma hareketinde, Osmanlı Hukukunun Batı tesirine girmesine mümkün olduğu kadar engel olmaya çalışmış bir büyük hukukçudur. En büyük eseri olan Mecelle'de, hukukun laikleşme sürecini ertelemeye çalıştığı görülmektedir. Mecelle ve sonrasında Hukuk-u Aile Kararnamesi, Millî ve İslâm'i kimliğin muhafaza edilmesi suretiyle İslâm Hukuku esas alınarak hazırlanmış düzenlemelerdir.

Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş yıllarında da laikleşme sürecinin yanı sıra, Millî ve İslâmî Kimliğin korunması esası üzerinde durulmuş ve bu husus bizzat 1921 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu)nda düzenlenmiştir:

“Kavanin ve nizamat tanziminde muamelat-ı nâsa erfak ve ihtiyacât-ı zamana evfak ahkâm-ı fihîyye ve hukukîyye ile adab ve muamelât esas ittihaz kılınır.”

Savaş sonrasında kurulan kanun hazırlama ile görevli Komisyonların çalışma esaslarını belirlemek üzere hazırlanan Talimatnamede:

“Muamelât-ı nâsa ve bilhassa memleketin terakkiyat-ı iktisadiyesinin inkişafına hâdim ahkam vaz'ına sarf-ı mesai edecek ve husul-i maksad için gerek ahkâm-ı fihîyye ve gerek mi-  
leli sâirece kabul edilmiş esasattan istifade edilecektir.”

denilmek suretiyle, 1921 Anayasasındaki hüküm korunmaya çalışılmıştır.

## **Dönüm Noktası Lozan**

İşte tam bu sıralarda, Türkiye siyasi ve sosyal yapısına tesir edecek çok önemli bir gelişme yaşanmıştır. Bu gelişme, Türkiye yakın tarihinin bir dönüm noktası sayılan Lozan Barış Konferansı ve akabinde imzalanan Lozan Anlaşmasıdır.

Bilindiği gibi Lozan Barış Anlaşmasında yeni Türkiye Devleti, İslâmî kimliğinden arındırılmaya çalışılmıştır. Tabii ki bununla da yetinilmemiş, Türkiye Devletinin iç hukuk düzenlemelerinde; azınlıkların hukukunun temini esasından hareketle, tüm kamu ve özel hukukun laikleştirilmek suretiyle dizayn edilmesi esas alınmıştır.

Nitekim görüşmelerin tıkanma noktasına vardığı bir anda Türk Delegatesi Rıza Nur, Türk Hükümetinin laik yasalar yapmak istediğini ve bu yasalarda Rum Topluluklarının göreneklerini göz önünde tutacağını ifade etmek zorunda kalmıştır. Görülüyor ki, Türk hukukunun laikleşme sürecinin başlangıcı Lozan Konferansı ve akabinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetleridir.

Lozan'da alınan kararlar uyarınca, azınlıkların ahval-i şahsiyeleri ile ilgili olarak Türk Hükümeti kendiliğinden bir düzenleme yapamayacak; gerekli düzenlemeler Türk Hükümetiyle, ilgili azınlığın eşit sayıdaki temsilcilerinden oluşacak komisyonlar tarafından yapılacak, uyuşmazlık halinde ihtilâf konusunda Cemiyet-i Akvam tarafından belirlenecek hakem yetkili olacaktır.

Bu hükümler uyarınca oluşturulan komisyonlar için hazırlanan Talimatnamede artık, ahkâm-ı fihriyye esasından eser yoktur. Talimatnamenin, kanunlaştırma faaliyetleri için getirdiği esaslar:

“Adlî esaslarda asrî bir devlet, memleketin ihtiyacı, bu esas ve ihtiyaçların temini için hâlihazır mevzuattan ve yüksek medeniyeti temsil eden Garp Milletlerinin eserleri ve kamil kanunlarından gerekli olanların alınması, ticaret kanunu gibi kanunlarda da uluslararası örf ve adetin ihmal edilmemesi”

gibi kriterler olmuştur.

Böylece Türk Hükümeti, bir yandan Adlî Kapitülasyonları kaldırırken, diğer yandan da Adlî Kapitülasyonlardan daha fazla Türk Milletinin adalet duygularını zedeleyecek Batılı ve Laik düzenlemelere kendini açmış bulunmaktadır.

Lozan görüşmeleri sırasında yabancı delegelerin, medenî hukuk alanında tek bir kanunun kabul edilmesi, Hıristiyanların aleyhine olacağı endişeleri gerçekleşmemiş, aksine endişe edilen netice Müslümanlar için tahakkuk etmiştir.<sup>1</sup>

### **Temel Kanunlarda Montaj Usulü**

Medenî Kanun alanında yapılan bu düzenlemelerde esas alınan kriterler, diğer temel kanunların yapılmasında da görülmektedir.

Temel kanunların yapıldığı yıllarda Batı'da mevcut ulus devlet anlayışı aynıyla Türkiye'ye sirayet etmiş, özellikle Türk Ceza Kanunu, İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilmiştir. Faşist anlayışın ürünü olan “İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu” Türk Hukuk Sistemine monte edilerek, Batı'nın insana verdiği değer, Türk Hukuk Sistemi içinde de yerini almıştır.

### **Anayasalarda İnsan ve Hukuk İlişkisi**

Daha sonra 1961 Anayasasına da yansiyacak “**insan ve hukuk**” ilişkisi, 1982 Anayasasında en belirgin halini almış ve artık bireylerin haklarından değil, devletin haklarından söz edilir olmuştur.

---

<sup>1</sup> Türk Hukuk Sisteminin Laikleşme Süreci için bakınız: Mehmet Akif AYDIN, “İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları”, (İstanbul: İz Yayıncılık), 1996, s. 311.

1950'lerde ulus devlet anlayışını terk etmeye çalışan dünya devletlerinin İnsan Haklarına ilişkin yaptıkları uluslararası anlaşmalar Türkiye açısından pek fazla bir anlam ifade etmemiş, bu anlaşmaların birçoğuna çekinceler koyarak da olsa imza attığı halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını ancak 1987 yılında kendi insanına tanımıştır.

Türk Hukuk Sisteminin insana verdiği değeri; bireylerin, kendisine uygulanan kanunların Anayasaya aykırılığı konusunda Anayasa Mahkemesine “**bireysel başvuru hakkı**”nın tanınmaması yönünden de değerlendirmek gereklidir. Gerçekten de Türk Anayasalarının tamamı, kanunların anayasaya aykırılığının iddia ve dava edilebilmesini sadece bazı kurum ve kuruluşlara tanımıştır. Hatta 1982 Anayasası, 1961 Anayasasına göre başvurabileceklerin daha çok sınırlandığı bir anayasa olmuştur. Diğer bir deyişle kanunların anayasaya aykırılığını ileri sürmek ve iptal davası açmak hakkı kurumsal düzeyde dahi sınırlanmıştır. Her iki anayasanın bu bakımdan ortak yönü, kanunların anayasaya aykırılığının bireyler tarafından iddia ve dava edilememesidir.

### **Tırpanlanan Temel Hak ve Özgürlükler**

Yine mevcut 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin düzenlendiği maddelerin ilk fıkralarından sonra “**ancak**”larla getirilen sınırlamalar, Türk Hukuk Sisteminin insana verdiği değeri ortaya koymaktadır. Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerinin yer aldığı maddelerinde ilk fıkralarda verilen hakların büyük bir kısmı kamu düzeni ve benzeri yapay gerekçelerle sınırlanmıştır.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Anayasada ve Türk Ceza Kanununda henüz “**işkence**”nin tanımının yapılmamış olması bile insana verilen değer bir göstergesidir. Bir çok hukukçunun uygulamalardan yola çıkarak bireysel hata olarak tanımlayabildiği bu aykırılıklar aslında hukuk sisteminin gerekleridir. Gerek kanunlarda gerekse anayasalarda devletin haklarını en ince ayrıntıları ile düzenleyen Türk Hukuk Sisteminin; bireylerin haklarını her bir düzenlemede tırpanlaması, işkenceyi tanımlamaması, kişilerin devlete karşı işlenen suçlarını idamla, bireylere karşı işlenen suçlarını da sadece hapis cezası ile karşılaması hukuk sistemine hayat veren Batı kaynaklı **ulus devlet** ve **teba** insan anlayışının ürünüdür. Devlet memurlarının işledikleri suçları Cumhuriyet öncesi Memurin Muhakematı Kanunundaki **lüzum-u muhakeme** ile idarenin iznine bağlaması da aynı ulus devlet ve teba insan kabulünün oluşturduğu hukuk anlayışının ürünüdür.

### **Çete-Devlet Kıskaçında Yargı**

Hukuk sisteminin uygulanmasında yegane işlev yargıdır. Bu işlevi yerine getiren yargı mensuplarının “**yargının bağımsız olmadığını**” söylemeleri, daha da ileri giderek, “**vicdanları ile cüzdancıları arasında sıkışıp kaldıklarından**” söz etmeleri, **çete ve devlet** ve de “**çete devlet**” kavramlarına ve bunların yargı ile ilişkilerine açıklık kazandırmaktadır. Hiç bir ülkede tek tek insanların yargı sistemini etki altına alması, bağımlı hale getirebilmesi, yargıçıları vicdanları ile cüzdancıları arasına sıkıştırabilmesi mümkün değildir. Yargıtay Başkanlarının ifade ettiklerini yapabilmek güç işidir. Bu güç de ancak, organize olmuş güçlerin en güçlüsü

“DEVLET”te bulunabilir. Eđer örgütlü güçler çeteleşmiş ve “en örgütlü güç” de buna engel olamıyor veya olmuyorsa, hukuku ve hukuk sistemini dolayısıyla “yargıyı etkileyen güç” devlet karşısında çerez kabilinde değerdendirilebilecek çeteler değildir. Bu açıdan bakıldığında yüksek yargı organları başkanlarının şikayet ettiği güçler ve çeteler herhalde sokak çeteleri değil, sokak çetelerini de organize eden ve besleyen “devlet”tir. Basit bir akıl yürütme ile bir başka şekilde ifade edilmek gerekirse, devletin kapsam ve mahiyetini belirleyen “Hukuk Sistemi”dir.

### Çetelere ve Devlete Karşı Korunmasız İnsan

Devletin çeteleri kullanarak veya bizzat çeteleşerek hukuk sistemini baskı altına alması ve onu bağımsız olmaktan çıkarması karşısında bireylerin haklarından bahsedilemez. En tabii hakları olan bağımsızlıkları ve etki altına alınamamaları kural olan yargıçların dahi çaresiz kaldığı bir hukuk sisteminde bireylerin devlet karşısında bir değer olduğu iddia edilemez.

Kendi vatandaşlarına karşı en azından anayasal görevleri olduğunu unutan ve bu ödevlerini sadece kanun metinleri arasında bırakan devletin, vatandaşlarından mutlak itaat beklediği bir hukuk düzeni ile karşı karşıyayız. Kendini örgütlü çetelere karşı koruma imkanı olmayan bireyin, bu örgütlüler arasında en güçlü olan devlete karşı da kendini koruma mekanizmalarından mahrum bırakılması, Türk Hukuk Sisteminde insana atfedilen bir değerden bahsetmeyi imkansızlaştırmaktadır.

### Robinson Hukuk Düzeni

Devlete her tür düşünce ve eylemi kontrol ve baskı altında tutma hakkının tanındığı, buna karşılık; herhangi bir eylem çağrısı yapılmadan ve herhangi bir şiddet ve tehdit kullanılmadan kullanılan ifade hürriyetine karşılık, kullanılan bu düşünce ve ifade özgürlüklerinin Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesi veya Türk Ceza Kanununun 312. Maddesi gibi maddelerle cezalandırıldığı bir hukuk düzeninde, devlet **Robinson**, vatandaş da **Cuma**’dır. “**Robinson Hukuk Düzeninde**” Robinson’un (devletin) hakları, vatandaş(Cuma)’ın ödevleri olacaktır.

Devletin çetelere teslim olduğu veya çetelerin devlet olduğu hukuk sisteminde; insan, toprak ve idare unsurlarından müteşekkil devletin, kendisini oluşturan en önemli unsurlardan insan ve iradeyi dışlayarak sadece toprak esasını korumayı amaçlayan düzenlemelerin, Robinson’un adaya tek başına sahip olması ve kuralları da kendi yararına belirlemesinden ne farkı vardır?

### Son Söz Kutsal Devletin

Klasik Robinson anlayışının; modern tarzda devletin kutsallığına, diğer bir ifadeyle devlete egemen güçlerin kutsallığına eriştirildiği 1982 Anayasası, Türk Hukuk Sisteminin geldiği son yazılı aşamadır. Son yıllarda yaşanan postmodern darbe süreci ve bu süreçte temel hak ve özgürlüklerin kanunlara ve hukuka aykırı şekilde fiilen budanması hareketi de bu kutsallığın fiili aşamasıdır. 1995 yılında yapılan değişikliklerle, “**Kutsal Türk Devleti**” ibaresinin, sosyal devlet moda rüzgarlarının etkisi ve bir nevi göz boyacılıkla “**Yüce Türk Devleti**” şekline

dönüşmesi, bunun karşısında insan temel hak ve hürriyetlerinin kutsallığından bahsedilmemesi, Türk Hukuk Sisteminin insana verdiği değerin en somut ifadesidir. Sanılmasın ki, insan temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı anayasalar 1961 ve 1982 Anayasalarıdır. 1924 anayasasında da temel haklar ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler unutulmuştur.

Son söz olarak; her ne kadar Anayasada ve Anayasa Mahkemesinin kararlarında Türkiye Cumhuriyetinin “**Sosyal Hukuk Devleti**” olduğu iddia edilse de, yukarıda vermeye çalıştığımız ve daha nice ciltler dolusu kitaplara sığdırılamayacak örnekler, Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Sisteminin daha **ana rahminde** dahi Batılı anlamda **Ceberrut Kutsal Devlet Hukuku**’nun ürünü olduğu, gün ışığına çıktığı günümüzde teb’asının kendi hukukuna sahip çıkmaya çalıştığında her türlü kâbusa zemin hazırladığı, en önemli unsuru olan “**insan**”ı yok saymakta sakınca görmediği inkar edilememektedir.

### **Sonuç**

Türk Hukuk Sisteminin ana rahminden gençlik çağı olan günümüze envanterini ve günah defterini çıkarmak belki de bir hukukçunun çok kolay başarabileceği işlerdendir. Belki asıl olan, arzulanan hukuk sisteminin kuralları ve bu kuralların gerçekleşmesi için yapılmış ve yapılacak çalışmaların envanterini çıkarmak olacaktır. Bu yazının amacı sadece tespit ve eleştiri olmuştur. Bir başka konu, yapılması gerekenler üzerine olmalıdır.

**Av. Muharrem BALCI**