

HUKUK MANTIĞI

Av. Muharrem BALCI (2001)

Giriş

Hukuki düzenlemelere uyarlı uygulamalarla şiddetin meşrulaştırılmaya çalışıldığı toplumun üyeleriyiz. Sadece biz mi? ‘Biri’ nin ‘öteki’ne karşı bakış açısının hep dışlama olarak yansıdığı uluslararası düzlemde de şiddetin meşrulaştırıldığını gözlemleyebiliyoruz. İnsanlar bazen kendi toplumlarının üyelerine, bazen de öteki toplumlara, ulusal ve uluslararası eylem ve düzenlemelerle gizli ve açık şiddet uygulayabiliyorlar.

Bir yandan modern devlet, yasal yollarla oluşturduğu kurumları aracılığıyla gücünü paylaştırıp yayarken, otoriterizmi ve askeri rejimi hukuki forma kavuşturmaya; diğer yandan uluslararası sisteme hâkim güçler de uluslararası sözleşmeler ve dayatma çözümlerle, ulusları, küreselleşme girdabında eritmenin meşruiyetini oluşturmaya çalışmaktadır. Tüm bu gelişmeleri okuyamamanın yanı sıra siyasal ve hukuksal kültürün yetersizliği ve çaresizliği de temel hak ve özgürlüklerin engellenmesinin bir bakıma nedeni olmaktadır.

Dünya ailesinin genel olarak benzer yetersizliklerle malul olduğunu kabul etmek bir yana, birey ve toplum olarak konumumuzu, insanlara ve topluma karşı “birey” ve “kişi” olarak ne tür ‘hak’lılıklarla donatıldığımızı bilme arzusu, hukuksal akıl yürütmeyi veya bir başka deyişle hukuk mantığını gündemimize getirmektedir.

Sevindirici bir gelişme olarak ifade edebiliriz ki, siyasetin, ekonominin, toplumsal yaşamının, kültürel birikimin şekillenmiş hali olan hukuk ve onun anlaşılmasında ve uygulanmasında en önemli unsur olan hukuksal akıl yürütme artık sadece felsefecilerin veya sosyologların, özellikle de politikacıların uğraşı alanı olmaktan çıkmıştır. Diğer yandan bu gelişme, sivil toplum kuruluşlarımızın ortaya çıkmasıyla bütünleşerek onların kendi varlık nedenleri olan ‘hukuk’u aramaya başlamalarına, muhatap olunan hukuka rengini/ideolojisini veren mantığın sorgulanmasına da kapı aralamıştır. Şimdi bu kapıdan girmek, evrensel ve ahlaki normlara kavuşmuş bir hukuk mantığına ulaşmak gereği üzerinde konuşulacaktır.

Bu tespitimizin bir taraftan hukukun kaynaklarını araştırmayı gerektirdiği kadar, diğer yandan yürürlükteki hukuku bilmeyi ve ondan yararlanmayı ifade ettiği açıktır. Zira hukukun kaynakları, ‘evrensel ve yerel’ yürürlükteki hukuk kuralları bize aynı zamanda hukuk misyonunu bahşeden hukuksal akıl yürütmeyi/hukuk mantığını kazandırmaktadır.

Hukuk mantığını etraflıca incelemeye, “neden hukuk mantığı” sorusunu sorarak başlamamız gerekiyor. Konuyu işlerken özellikle hukuk tarihi ve onunla özdeş olan insanlık tarihi içinde bir seyir; hukuk mantığının oluşmasında önemli katkıları olan hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi hakkında da etraflıca inceleme ve aktarma yapmak gerekebilirdi. Fakat asıl konudan uzaklaşmamak ve iki derste konuyu tamamlamak kaygısıyla, bu disiplinlerle ilgili az bir bilgiye yer verilmiş, önemli bir uzmanlık sahası olan felsefe ve sosyoloji alanına müdahale pek az düşünülmüştür.

Neden Hukuk Mantığı

Hukuk mantığının gereği üzerinde durulurken, onu meydana getirecek veya gerekliliğini, olmazsa olmazlığını ortaya koyacak unsurlarını, sıhhat şartlarını belirlemek gerekir. Zira hukuk mantığına ilişkin tüm değerlendirmelerde ve bu çalışmada verilecek örneklerde, aşağıda değerlendirilecek unsurlar dikkate alınmaktadır. Hukuk üretme veya anlamaya ilişkin işlem ve eylemlerimizde birer veri olarak önümüze gelen bu unsurlar, hukukun üretilmesinde, özellikle evrensel kurallarla birlikte yürürlükteki kuralların veri olarak alınması ve uygulanmasını da beraberinde getirecektir.

Tüm insanlığın sürekli bir değişim içinde bulunduğu, içinde yaşadığımız toplumun da bu değişimden etkilendiği ve değiştiği, değişebileceği düşünüldüğünde, bu değişimi okuyabilecek hukuk mantığının önemi ortaya çıkmaktadır. Zaten konunun seçiminde de bu espri yatmaktadır. Bir yanda değişmeyen, körelmiş mantıklar, değişimi okuyamayan donuk kafalar, diğer yandan evrensel hukuk kuralları, beşeri ideolojiler ve yerel gerçeklikler karşısında bir çıkış yolu bulmaya çalışan iyi niyetli düşünürler, aydınlar, mazlumlar, çaresizler...

Bir an için Türk hukuk sisteminin yapısına dönelim: Anayasanın başlangıç bölümü de dâhil, tamamına hâkim bakış açısında ve metninde, Medeni Kanunun bir kaç maddesi hariç tamamında, Ceza Kanununun ilk iki maddesi hariç tamamında evrensel hukuk kuralları veya bunlara atıf aramak boşuna bir gayret olacaktır. Bir hukukçu olarak evrensel hukuk kurallarının yansımalarını yüzlerce madde arasından pertavsızla aramak zorundasınız. Bulabilerseniz aşk olsun.

Diğer taraftan terk ettiğimiz hukuk sisteminin kurallarını içinde barındıran MECELLE-İ AH-KÂM-I ADLİYYE'nin ilk yüz maddesi evrensel hukuk kurallarını ihtiva etmektedir. Bir başka ifadeyle Mecelle, başlangıçta ideal bir hukuk mantalitesi ile sizi öngördüğü hukuka, hukuk ideolojisine ve sistemine, (kuralları belirlenmiş bir esneklikle) değişimi kabullenerek hazırlamaktadır.

Siyasi mantıkla donukluğuna hükmedilmiş bir hukuk sisteminin ilk yüz maddesi içinde yer alan değişime ilişkin şu kural, hukuk mantığının evrensel boyutuna önemle kaynaklık etmektedir:

“Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz” (Zamanın değişmesi ile hükümlerin de değişeceği inkâr edilemez.)¹

Burada değişime uğrayacak olan hükümlerin, özellikle örf üzerine bina edilmiş hükümler olduğu, külli/genel/evrensel hükümlerin her durumda baki olduğu, zamana bağlı ihtilaf ile delile bağlı ihtilafı dikkatlice ayırmak gerektiği vurgulanmaktadır.²

İslâm Hukukunun bir gereği olarak İslâm hukukçuları, insan hakları ve özgürlükleri ile dinin emredici hükümlerinin/ahkâm ayetlerinin değişmeyeceğini, bunların Allah'ın tasarrufunda olduğunu, zamana ve zemine bağlı olarak değişime tabi tutulamayacaklarını kabul ederler. İşte burada İslâm hukukuna rengini veren hukuk mantığının yaklaşımı ortaya çıkmaktadır:

¹ Mecelle, Madde: 39. Bkz.: Ali Himmet BERKİ, *Açıklamalı Mecelle*.

² Mehmet ERDOĞAN, *İslam Hukuku'nda Ahkâmın Değişmesi*, s. 2.

- Nas ile sabit olan hüküm değişmez,
- Külli/genel/evrensel hükümler değişmez,
- Kesin delile dayanmayan, örf ve adete dayalı hükümler değişebilir,
- Değişebilenler cüz’i hükümlerdir,
- Değişime etkili olan nedenler zaman, zemin, örf ve adettir.³

Yine değişimin en önemli yönlendirici hükümlerinden biri İslâm Hukukundaki,

“Bir vacibin varlığı için, zaruri olan şeyler de vacibdir.”

kuralıdır. Bu tümce evrensel bir mantık kuralıdır. Örnekleme gerekirse: Siyasi partiler demokrasinin vazgeçilmez, olmazsa olmaz unsurlarıdır. Demokrasinin siyasi partilere olan ihtiyacı, bu oluşumların sıhhatli işlemesi, sistemi ayakta tutacak, geliştirecek, iktidar ve muhalefet görevlerini yapabilecek donanıma sahip olmalarını da zorunlu kılar. Bu zorunluluk demokratik ülkelerdeki gelişmelerin bazen ortak zeminlerde bazen de kendi iç hukuklarında yaptıkları değişikliklerle yerine getirilir. Birinin ulaştığı insani ve evrensel değer, diğerlerince de takdire şayan bulunur ve tatbik edilir, gerekli hukuki düzenlemeler yapılır. Aksi halde ulaşmak istenen muasır medeniyet hülyası kadük kalır. Türkiye Cumhuriyeti için demokrasi vazgeçilmez, yani vacib ise, demokrasi için mutlaka gerekli olan şeyler (siyasi partiler) de vacibdir. Bir başka deyişle, siyasi partilerin orjin örneklerine uygun düzenlemelerin yapılması da vacibdir.

Şimdi bu kuralın uygulaması için yürürlükteki hukuka ve uygulamasına bir an için dönelim:

Türkiye’de siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru siyasi partilerin hukuk sistemi içindeki konumlarını belirleyen Anayasanın siyasi haklar ve ödevlere ilişkin hükümleri ve Siyasi Partiler Kanunu vardır. Dünya üzerindeki düzenleme ve uygulamaların oldukça gerisinde ve faşizan görüntüler sergileyen bu düzenlemelerin değiştirilmesi ve çağdaş hale getirilmesi için Avrupa Birliğine verilen sözler (Ulusal Program) çerçevesinde Anayasa ve Siyasi Partiler Kanununda yapılacak değişiklikler sırasında Anayasa Mahkemesi, TBMM Anayasa Komisyonu’nda yapılan çalışmalara müdahale etti. Anayasa Mahkemesi Başkanı, bizzat Başbakan’ı ziyaret ederek, bu teşebbüsün ‘yaratacağı tehlikeye’ dikkat çekti. Sonra da bu girişimini hukuka ve teamülle-re aykırı bir şekilde basın toplantısı ile kamuoyuna açıkladı. Hükümet, siyasi partilere uygulanan çağdışı yaptırımların kaldırılmasına ilişkin yasa hazırlanması çalışmasını askıya aldı. Anayasa Mahkemesinin bu eylemi, Anayasa Mahkemesi’nin parlamentoya verdiği bir muhtıra olarak değerlendirildi.⁴

Ortada çok belirgin olarak vahim bir hukuk mantığı zafiyeti vardır. “Bir vacibin varlığı için, zaruri olan şeyler de vacibdir” kuralı ihlal edilmiş, demokratikleşme için gerekli olan siyasi partilere ilişkin düzenlemeler rafa kaldırılmıştır.

³ Mehmet ERDOĞAN, a.g.e., s. 4.

⁴ Bkz.: Mustafa ERDOĞAN, *Dersimiz Özgürlük*, s. 251.

Eski hukukta, içinden çıkılması zor bir mesele hakkında, meselenin özündeki gizli manayı çıkarmak veya işin özü hakkında gerçeğe yakın bilgiye ve yoruma ulaşmak için kullanılan “istinbat” faaliyetinin ancak ehil kişilerce başarılabileceği⁵, bir başka ifadeyle hukuk mantığına güvenilen kişilerin yorum ve uygulamalarına güvenilebileceği kabul edilirdi.

O halde hep tekrar edilen hukuk cinayetlerine tanık ve muhatap olmamak için, hukuk mantığını esaslı bir incelemeye tabi tutmalı ve öncelikle oluşmasında gerekli unsurlarını belirlemeliyiz.

Hukuk Mantığının Unsurları

1. Amaç/Yaklaşım

“Kelâmında asl olan ma’nay-ı hakikidir.” (Mecelle, 12)

“Kelâmın i’ mali ihmalinden evladır” (Mecelle, 60)

“Bir kelâmın i’ mali mümkün olmaz ise ihmal olunur” (Mecelle, 62)⁶

Kanunlar, konularına ilişkin genel hükümlerle genel kuralları ihtiva ederler. Kanun koyucu, teferruatla uğraşmayı ve kanunların uygulanmasının esaslarını idareye bırakarak, esasa ilişkin hükümleri belirler. Yasa yapma veya hukuki bir metin üzerinde anlaşma sağlanırken, kullanılan hukuki terimlerin o güne kadar ilgililerinde ve toplumda bir anlamları bulunmaktadır. Bu söz ve kavramlarda bazen muğlâklık veya farklı anlamlarda kullanılabilme özelliği de bulunabilir. Bu tür kavramların kastettiği anlamın da bulunup açığa çıkarılması ve amacına (kastedilen anlama) uygun kullanılması gerekir.

Menfaatleri yönlendirmekle görevli kişiler, kanunu kendi yararlarına yorumlamaya, uydurmaya çalışırlar. Hâlbuki cümleler, sözün öncesi ve sonrası (siyak-sibak), hükümlerin nedenleri ve bağlantıları ve lisan kuralları çerçevesinde maksada uygun olarak yorumlanması gerekir. Tefsir ilmi de bu zarurettten doğmuştur. İslâm hukukçuları başlangıçta bu ihtiyacı karşılamak üzere “Usulü Fıkıh” veya bir başka tabirle “Hikmet-i Teşri” adını verdikleri bir ilim meydana getirmişlerdir.⁷

Hukuksal veya bir başka disiplinle ilgili olarak ilk unsurun amaç/yaklaşım olduğu açıktır. Adaletin dağıtımında, hakkın tesliminde, tüm sosyal ve siyasi hayatın şekillenmesinde belirleyici olan hukukun, ihtiyacı karşılar ve insani olarak yapılanmasında doğal davranış ve iyi niyet esas olacaktır. Sergilenen davranışın komşunun eşeğini aramak⁸ sadedinde olmaması

⁵ İstinbat: Nebt, kuyu kazılırken ilk çıkan su demektir. İstinbat da, çözümü istenen bir olay, bir konu karşısında elde bulunan prensipler ve bilgileri inceleme ve etraflı bilgi edinme, araştırma ve düzeltme ve karşılaştırarak yeni bir bilgi ortaya çıkarmaya denir. Bu bir meleke ve özel kudrettir. Hukuk mantığının varlığı ve gelişmesinde önemli bir kavram olarak literatüre geçmiştir. Geniş bilgi için bkz.: Elmalılı Hamdi YAZIR, *Hak Dini Kur’an Dili*, c. 3, s. 36.

⁶ Bkz.: 1. Ali Himmet BERKİ, *Açıklamalı Mecelle*, 3. Baskı, (İstanbul, 1982, Hikmet Yay.). 2. Muharrem BALCI, “Tanzimat’tan Günümüze, İslah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahliili”.

⁷ Ali Himmet BERKİ, *Hukuk Mantığı ve Tefsir, Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*, s. 3.

⁸ “Siz yan gelip yatacakken, komşunun hatırı veya etrafın ayıplamasıyla kalkıp, komşunun eşeğini aramak zorunda kalıyorsunuz. İşte o andan itibaren yaptıklarınız, kişiliğinizi ele verir. Bağrıyanık komşu, her yeri didik-didik eder. Bütün ihtimalleri dik-kate alır. Buna karşılık siz, herkesin baktığı yerleri araştırmakla yetiniyorsanız, en azından duyarsız davranmış olursunuz bkz.: 1. Emcet OLCAYTU, *Aydınlık*, 22.04.1995. 2. Muharrem BALCI, “*Pençedeki Demokrasi*”.

gerektiği de bu ifadelerin kapsamı içindedir. Hukuk mantığının oluşumunda ve sergilenmesinde ‘amaç/yaklaşım’ın önemi büyüktür.

Bu gerekçeler, her türlü hukuk üretme ve uygulama eyleminin ve hükümlerin, genel-geçer (evrensel) hukuk kurallarına, hukukun uygulanacağı toplumun ve bireylerinin değerlerine; bir başka ifadeyle, konulan veya kullanılacak olan kuralın kastedilen anlamına uygun olması zorunluluğunu karşımıza çıkarmaktadır.

Bunun içindir ki, örneğin Mecelle’de, yukarıda alıntılanan üç evrensel kural, hukukun üretilmesinde önem kazanmıştır. “Bir sözün anlamının/maksadının bulunarak kullanılması mümkün olduğunda onun terk edilemeyeceği, aksi halde terk edilebileceği” şeklinde formüle edilen bu üç kuralın bileşimi; genelde bir sözün, özelde de hukuk kurallarının herkese göre farklı anlaşılabilmesini/yorumlanabilmesini değil, sadece toplumlara göre farklılıklar gösterebileceğini, asıl amacın, sözün (kuralın) bilinen maksadına uygun yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.

2. Kurallar

“En kötü kuralcılık, en iyi kuralsızlıktan iyidir” sözü hukuk literatüründe, hukukun mutlaka yazılı veya teamüli kurallarla uygulanabilirliğini anlatmak için kullanılır. Bununla birlikte kuralları keyfice uygulanabilen bir normatif sistem kendi içinde tutarsızdır ve hiçbir anlamda bir hukuksal düzeni temsil edemez.⁹ Hukuk kuralları, evrensel kurallar başta olmak üzere kendi arasında bir hiyerarşiye de tabidir. Maddi hukuk kuralı anlamında olmamakla birlikte evrensel kurallardan sonra uluslararası sözleşmeler ve bunlarla çelişki arz etmeyecek anayasa ve kanunlar ile kanunların uygulanmasında yardımcı düzenleyici idari işlemler şeklinde yapılan sıralama, insanlığın ulaştığı genel-geçer bir sıralama olmuştur.

Hukuk mantığının oluşumunda amaç ve kural unsurlarının birbirini bütünlemek suretiyle değerlendirilmesi özellikle uluslararası ticaret hukukunda ve anlaşmalarında kendini göstermektedir. Uluslararası ticarete taraflar evrensel hukuk kaidelerinin gereği olarak, hukuki güven, istikrar, kesinlik ve ticari ilişkiler hakkında kesine yakın bir öngörü beklerler. Bu onlar için bir ‘amaç’tır. Bunun içindir ki, uluslararası ticaret hukuku, ülkelerin maddi hukuk kuralları yerine milletlerarası örf ve adet ile hak ve nesafet kurallarını uygulamaya yatkındır. Ülkelerin, yerli veya yabancı hakem kararlarının tenfizinde ülke menfaatleri açısından koydukları kamu düzenli kurallar, uluslararası ticari tahkimin ülkelerdeki uygulamalarına sekte vuracak düzeyde olsa da; çok taraflı anlaşmalarla sağlanan gelişmeler, uluslararası ticari tahkimi ülkelerin iç hukuklarından bağımsızlaştırmaya doğru götürmektedir.¹⁰

Artık bu gelişmenin önüne geçmeye çalışmak hukuk mantığının gereği değildir. Hukuk mantığının gereği belki de uluslararası hukuk kurallarını iyi bilmek, evrensel hukuk kuralları çerçevesinde ve ulusal çıkarları zedeleden uygulamaya katkıda bulunmak olacaktır.

⁹ Roberto Mangabeira UNGER, “İkonomi ve Adalet”.

¹⁰ Muharrem BALCI, “Uluslararası Ticari Tahkim Yasası Üzerine”.

Bu örnekten de anlaşılacağı gibi kurallar, ulaşılmak istenen amaca uygun ve onu zedelemeyen, hukukun varmak istediği sonucu baştan öngören yapıda olmalıdır. Aksi halde farklı çıkar ilişkilerinde taraflardan biri, belki de biz, çıkarımızı elde etmeye çalışırken, hukuk mantığının işletilememesi sonucunda çıkarlarımızı kaybedebiliriz.

3. Disiplinler

Hukuk mantığı sadece yazılı hukuk kurallarının bilinmesi ile oluşmamaktadır. Din, tarih, felsefe, sosyoloji ve benzeri disiplinlerin araştırılması, öğrenilmesi ve evrensel örneklikler başta olmak üzere dönemseller ve bölgesel uygulamaların bilinmesi de zorunludur. Özellikle hukuk felsefesinin; hukuk kavramının tanımı, hukuksal düşünme ve anlama yöntemlerinin çözümlenmesi ve hukukun değerlendirilmesini kapsadığı¹¹ düşünüldüğünde, bu disiplinin önemi ortaya çıkmaktadır.

Hukuk felsefesi, hukukun mimarlık sanatı olarak nitelendirilmesine ve ülkemizde beş milyon kişiye bir hukuk felsefecisinin düştüğü bilinmesine, bilimin ve felsefenin önemli oranda üniversitelerde yapılabileceğinin anlaşılmasına rağmen; bilimin ve bilimcinin özerkliğini tanımayan siyasi kararların ağırlıklarının bu olumsuz koşullara katılmasıyla¹², hukukun kaçınılmaz olarak diğer tüm disiplinlerle olması gereken yakın ilişkisi ortadan kaldırılmaktadır.

O halde toplumuna yabancı yönetime ve yöneticilere rağmen, hukukun uygulama alanı olan toplulukların üstün değerlerini ihtiva eden, başta din olmak üzere, tüm sosyal hayatı inceleyen ve kurallarını belirleyen tarih, coğrafya, sosyoloji, psikoloji ve benzeri tüm disiplinlerin hukuk mantığının oluşmasında önemli unsurlar olduğu kabul edilmelidir.

Kendisinde hukuk misyonu olduğunu vehmeden veya kendisine bu misyon atfedilenlerin, başta din ve hukuk felsefesi olmak üzere sosyal disiplinlerle yakından ilişki içinde olmaları ve belki de ihtiyacı doğumundan önce hissedip, doğabilecek boşluğu doldurmaları gerekmektedir.

Yürekli düşün!

Gir bu yola seve seve! İyi yaşamayı sonraya bırakan kimse

Yolunda bir ırmakla karşılaşır da akıp geçmesini bekleyen

/ köylüye benzer

Oysa ırmak hiç durmadan akıp geçecektir.

(Romalı düşünür ve şair Horatius)¹³

¹¹ Hayrettin ÖKÇESİZ, "Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Kuramı İncelemeleri".

¹² Hayrettin ÖKÇESİZ, a.g.m.

¹³ Hayrettin ÖKÇESİZ, a.g.m.

4. İdeoloji

İdeoloji, hayatı ve kainatı izah eden (yargı koyan) ve bu izahla/yargıyla birlikte davranış metotları ve şekilleri belirleyen düşünce sistemidir. Düşünce sistemi olması nedeniyledir ki, bağlularının düşüncelerini, hayatlarını, uğraş alanlarını etkiler ve belirler. Tekelcidir.

İdeolojilerin kapsayıcılığı, hem amaçları, hem de ait oldukları toplumsal grup bakımından farklı farklıdır. İdeolojiler, muhtelif düşünürler tarafından dinsel, siyasal, hukuki ve benzeri isimlerle çeşitlendirilmektedir.

Ancak, ideolojilere inanan ve davranışlarını bunlara göre düzenleyen insan unsuru, ideolojiyi bir hayat ve kâinat görüşü/sistemi olarak algıladığında, artık ideoloji onun için bir iman ve davranış bileşkesi sistemidir. İdeolojiyi bir din algısı içinde kabullenen insanın, başta hukuk sistemi olmak üzere tüm düzenlemeleri, sosyal disiplinleri ve çıkar ilişkilerini dini kurallar çerçevesinde değerlendirmesi ve düzenlemesinden daha tabii bir şey olamaz. İdeolojinin din anlamında kabulü şeklinde, ulusal bir ideoloji dahi bu derecede algılanabilir ve uygulamaya konu olabilir.

İnsanlar ideolojilerinin temel unsurları (din, milliyetçilik, sosyalizm, liberalizm v.s.) ile bir başka ifadeyle, içinde yaşadıkları toplumu algılama şekilleri ile toplumsal yaşamlarını belirlerler. Bu şekilde insanlar, diğer kişilerle ve özellikle yakın oldukları gruplarla bir “toplum haritası” paylaşırlar, böyle bir temel “harita”dan hareket ettikleri için anlaşabilirler ve içinde yaşadıkları toplumun gereklerini yerine getirirler.¹⁴

İdeoloji, sistematik hale getirmek istediği toplumda ‘olması gerekenleri’ formüle ederek bir düzen tasarımı kurar. Bu düzen tasarımı, devlet düzleminde kabul gördüğünde toplumsal yaşamın şemasını oluşturur. Toplumsal şema içinde aynı zamanda pozitif hukuk sistemi de yer alır. İdeoloji, pozitif hukuk sistemi ile, bireyin, yasama organı da dâhil devletin, politikacının, toplumsal planlamacının ve hukukçunun bakış açılarının kesişebildiği alanı oluşturur. Birey bunu kabul ettiği ölçüde hukuka kendiliğinden uyar. Bu aynı zamanda toplumda adalete verilen anlamın maddi ayrıntılarını içinde taşır. Bunu **hukuk ideolojisi** olarak adlandırmak mümkündür.¹⁵ Bu çerçevede ele alınan hukuk ideolojisi, egemen ideolojinin kendisidir. Aynı ölçüde katılımcılarının keyfiliklerinden bağımsız bir maddi varlığa sahiptir ve hem hukuku iktidarıyla destekleyen devletin hem de hukuka kendiliğinden uyan bireylerin değerlendirici davranışının ölçülerini temin eder.¹⁶

Genellikle hukuk ideolojisi hakkında tanımlamalar veya yorumlar yapılırken, yukarıdaki satırlarda da görülebileceği gibi, hukuk ideolojisinin, egemen ideolojiye inananlar açısından tabi olunabilecek bir hukuk sistemi olduğu öngörülmektedir.

¹⁴ Şerif MARDİN, *İdeoloji*, s. 18.

¹⁵ Mehmet Tefik ÖZCAN, “Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım”.

¹⁶ Mehmet Tefik ÖZCAN, a.g.m.

Halbuki ideolojinin tüm toplumu kuşatamayabileceği veya aynı ideolojik sisteme bağlı olmakla birlikte çıkarlar doğrultusunda farklı hukuk ideolojilerinin benimsenebileceği kabul edilebilir.

Bu halde hukuk ideolojisinin başlı başına bir ideoloji olmadığı, asıl ideolojinin (hayat ve kâinat hakkında kesin çözüm ve emirleri olan ideolojinin) hukuk sistemi hakkındaki öngörüsü ile ortaya koyduğu bakış açısı, hukuk felsefesi ve pratiği olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle bu pratik, hukuk sistemine rengini veren hukuk ideolojisinin ürettiği ‘hukuk sistemi/düzeni’ni ifade etmektedir. Mevcut hukuk ideolojisinin oluşturduğu siyasal sistemin **iktidar gücü** (yanlış ifadesiyle **kamu gücü**) ile desteklediği hukuk düzeni de, en derininde materal kültür ve altyapının yer tuttuğu **statükonun/kamu düzeninin** korunmasına yöneliktir. Statüko, toplumda altyapının korunmasını sağladığı kadar, iktidar paylaşımının belli denge koşullarını yansıtır.¹⁷

Buradan, ideoloji ve ideolojik bakış açısının, özellikle kamu hukuku alanında daha belirgin olarak kendini hissettirdiğini söyleyebiliriz. Bu görüntü, devlet yapısına, temel hak ve hürriyetlere, siyaset ve iktidarın meşruiyetine ilişkin düzenlemelerdeki ideolojik bakış ve bu bakışın ürettiği hukuk ideolojisi şeklinde kendini hissettirir.

Türkiye’de üretilen ulusal ideoloji de, hayatı ve kâinatı izah etme gayretinde bulunduğu ilk yıllarından farklı olarak, Kemalizm ve ırk temelinde bir toplum yapısı özlemine dönük hukuki düzenlemeleri içinde barındırmaktadır. Olası boşluklar veya hukuk mantığının gereği olarak yorumlanması gereken hükümler, dogmatik olarak şartlandırılan hukukçular tarafından, kendi ideolojilerinin emirlerine uygun olarak doldurulmakta ve yorumlanmaktadır.

Tüm bu tespitlerimizin sonucunda hukuk ideolojisinin tanımı ve hayat haline getirilmesine ilişkin ifade edilebilecek sonuç, hukukçunun sadece statükoyu (iktidarın belirlediği ve şekillendirdiği kamu düzenini) değil, gerek kendi inanç sistemi gerekse gelişen modern dünya sistemi içindeki amaç-değerleri gerçekleştirme ve toplumsal dönüşümü başarabilme yönünde gayret göstermesi gerektiğidir.

5. Adalet Duygusu/Arayışı

Adalet, teorik anlamda sadece belirli içerikli ilkelerin etkili kılınması değil, fakat belirli bir istemdir: değişik ve değişken, ama belirli nitelikte olan düzenleri oluşturan bir koşullar zincirini sürekli gerçekleştirmeyi isteme. Bu belirli nitelikteki düzenler, insan haklarına dayanılarak ve insan haklarından türetilen ilkelerin belirlediği toplumsal-siyasi ilişki bütünlerinden oluşan düzenlerdir.¹⁸

Hukuk mantığının adalet ile ilişkisi, bir bakıma, talep edilen normların toplumda belirleyici konuma nasıl geleceğini araştırma ve sonuçlandırma eylemidir. Bir başka deyişle, adaleti aramada, gerekli hukuk felsefesi ve dolayısıyla hukuk mantığının önce bilgisine, sonra da

¹⁷ Mehmet Tefik ÖZCAN, a.g.m.

¹⁸ Ioanna KUÇURADI, “Adalet Kavramı”.

eylemine sahip olunması gerekmektedir. Adaletin bir özlemi aşır, gerçekleşen bir olgu olabilmesi için, bu duygunun sadece duyguda kalmasının önüne geçmek, bir olguya dönüşmesinin mücadelesini vermek erdemine sahip olunmalıdır.

Her ne kadar içinde yaşanan toplumda adaletin gerçekten aranması erdemine ulaşılmadığı varsayılsa da, hiçbir erdem ulaşamaz olmadığı inkar edilemez bir gerçektir.

Adalet nesnel (objektif) ve öznel (subjektif) olarak iki değişik anlamda kullanılır. Adalet, bir yandan erdem anlamında kişisel bir özelliği ve duyguyu (relativist/görecelik anlamında değil, M. Balcı) ifade ederken; diğer yandan -hukukun tanımladığı varlık anlamında- ‘kişi’lerin ilişki biçiminin bir özelliğini de ifade etmektedir. Hukukun insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca yönelik normlar bütünü olduğu kabul edildiğinde, hukuki değer olarak söz konusu adalet de, bu nesnel (objektif) anlamda adalet olmaktadır.¹⁹

Adaletin göreceli olarak algılandığı da bir gerçektir.²⁰ Öyle ki, kimileri için mevcut hukuk düzenini savunmak adalettir, kimileri için onu değiştirmek adalettir. Özellikle de kurulu düzenin karmaşaya düşmesi ve eşitlik ilkesinin uygulamada başkalarının lehine sonuç vereceği kaygısı, bir başka ifadeyle kurulu düzenden esas payı alanların miras yoluyla sahip oldukları veya oluşturdukları statükoyu/kamu düzenini kaybetme endişesi, toplumun varlığının (birlik-beraberliğinin) ve sürekliliğinin (bölünmez bütünlüğünün) koşulları olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte adalet bu hallerde mevcut düzeni korumak (ya sev ya terk et) anlamında bir hukuk mantığının ürünü olmaktadır.

Esasen hukuka aykırılığın insanlık dışı uygulamalarla ayakta durduğu veri olarak alındığında, insanların kurulu düzenlerle her zaman barışık olamayacağı bilinir. Bu barışsızlık, adalet arayışı içindeki insanları, savunmaya, yetkin bir toplum düzenini aramaya sevk eder. İnsanlardaki bu arayış ve arzu, “ide” denilen zihni bir çaba ürününe dönüşür. Bu ide niteliği ile ki adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup olmadığı açısından bir değer ve değerlendirme ölçüsü olur.²¹ Bu ide sayesinde,

“hukukun insanlar için varolduğunu, insanların hukuk için yaratılmadığını”²² anlarız.

Burada ‘temsili çoğunluk sistemi’ uygulamasının adalete ulaşmada ve adaletin paylaştırılmasında ne derece adil olabileceği konusu da değerlendirilmelidir. Dipnota alınan Kur’an ayeti, çoğunluk iradesi de olsa Allah’ın ayetlerinin (hükümlerinin) değiştirilemeyeceği gerçeğini,

¹⁹ Vecdi ARAL, “Hukuki Değer Olarak Adalet”.

²⁰ Adaletin göreceli olduğuna inanmamakla birlikte, toplumda göreceli algılandığı/algılatılmaya çalışıldığı bir gerçektir ve ileride bu konuya ayrıca değinilecektir. M. Balcı.

“Rabbinin kelimeleri hem sıdk (doğrulukça) hem adl (adalet) ile tamamlandı. O’nun sözlerini (koyduğu müspet ilim kanunlarını, fitrata uygun olarak bina ettiği normları) değiştirebilecek kimse yoktur.” (En’am suresi, 6/115)

“Yani Kur’an, ihbarî (haberle ilgili), inşâî (dilek kipine ait) iki yönü içine alan bir Allah kelimedir ki, birinde istenen doğruluk, birinde istenen de adalettir. Kur’an haberleri ve vaadleri yönüyle tamamen doğrudur, gerçeğin ta kendisidir; yalandan, şüpheden uzaktır. Kanunları ve hükümleri yönüyle de tamamen adalettir, doğruluğun ta kendisidir, zulümden, eğri bütünlükten uzaktır.” Elmalılı Hamdi YAZIR, *Hak Dini, Kur’an Dili*, cilt 3, s. 503.

²¹ Vecdi ARAL, a.g.m.

²² “Limandaki gemi güven içindedir; fakat gemiler limanlar için yapılmamışlardır.”: John A. SHEDD, bkz.: Vecdi ARAL, a.g.m.

dolayısıyla çoğunluğun her zaman adil olamayabileceğini,²³ gerçek adaletin, değişmezliği yönüyle evrensel hale gelmiş hukuk kurallarının uygulanmasında bulunduğunu ifade etmektedir. Çoğunluk sisteminin evrenselliği de henüz tartışmalıdır. Yeterli hukuk mantığına sahip olmayan çoğunluğun dünyayı nasıl yaşanmaz hale getirdiğine de tanık olmaktayız.

O halde Chaim PERELMAN'ın vardığı sonucu, kuralları ölçüsüzce değiştirmenin yararsızlığı yönüyle ihtiyatla kabul etmek gerekir:

“Eğer hukukçular, tutucu olmakla itham ediliyorlarsa, bu, hukukta meşru olmadıkça, bir değişikliği kabul etmeyi reddetmelerindedir; kuralların ve onlardan kaynaklanan kararların yerleşikliği hakikaten, hukuk güvenliği, hukukun bilinmesi ve güvenilirliği gibi önemli değerlere katkıda bulunur. Ne var ki onlar, hukuktaki her keyfi ve meşruluk kazanmamış değişikliği adaletsiz ve taraflı görmelerine rağmen, mevcut bir kuralı değiştirmek için geçerli nedenler olabileceğini; ne var ki, bu sebeplerin çok nadir olarak herkesçe tam bir bağlayıcılıkla değerlendirileceğini de kabul ederler. Bu neden, hukuken belirlenmiş durumlarda, çoğunluk oyu gibi bağlayıcı bir yöntemin, gelecekte kendisine uymanın adil olacağı değişikliğin hukukilik karakterinin belirlenmesi açısından kaçınılmaz olduğunu açıklar.”²⁴

İhtiyat, özellikle çoğunluğun yine adaletsiz şekilde yönlendirildiği ve belirlendiği noktasındadır.

6. Sorgulama Yetisi

Sorgulama yetisini hukuk mantığının unsurları içinde saymak pek alışılmış değildir. Hukuk mantığının, geleneksel form içinde şekillenişinde, özellikle varolandan, şeriat/kanunların belirlediği hukuk düzeninden yola çıkılır. Kurulu düzen ve bu düzen içinde kişisel ve toplumsal çıkarların yönlendirilmesinde kendilerini görevli sayanlar, diğerlerinin, yürürlükteki hukuk kurallarını sorgulamalarına pek tahammül edemezler. Bu nedenle antik çağda “kudretliler” herhangi bir yönelimden yoksun olarak halk kitlelerinin sadece uyum içinde olmasını arzu etmişlerdir.

Hatta sorgulamazlığın formüle edilmiş ifadesi, “sorgulamının, düşüncenin softalığı” olduğu²⁵ şeklindedir. Yazarın “antik gelenek”in bir doğal formu olarak ifade ettiği ve yaşamın her safhasında “özdeşlik” ilkesinin hâkim olduğunu vurguladığı bu toplumda “kuvvet” sahipleri ancak “erdemli” olmanın gereğini yerine getirenlerdendi.²⁶

Bugün de “kadim düşünce”nin oluşturduğu çelişkisiz toplum özlemi, toplum mühendislerinin eseri anayasalarda “kutsal metin”, “kutsal devlet” özelemleri olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Bu nedenledir ki sorgulama yetisi, hukuk mantığı unsurları içinde belki de en son akla geleni sayılabilir. Toplumumuz, diğer toplumlardan daha fazla sorgulama yeteneğinin kaybolmasına yönelik bir kültür/kültürsüzlük bombardımanına tutulmuş; bu bombardıman içinde, özellikle

²³ “Asra andolsun ki insan ziyandadır. Ancak iyi işler yapanlar, birbirlerine hakkı tavsiye edenler ve birbirlerine sabrı tavsiye edenler ziyanda değillerdir.” Asr suresi, 103.

²⁴ Chaim PERELMAN, “Yeniden Soruşturulan Adalet”.

²⁵ Taşkın TAKIŞ, “Yurttaşlardan Bir Müzakere”.

²⁶ Taşkın TAKIŞ, a.g.m.

ıslah, uyum veya resepsiyon anlamındaki değişikliklerin nedenleri üzerinde düşünmeye sevkedilmemiş, aksine aynen kabulü yönünde zorlanmıştır.

Oysa modernizmin öncüleri, henüz kendilerinin de intibak edemediği hukuk sisteminin kurallarını toplumun beğenisine/tartışmasına açmış olabilselerdi, çok eleştirdikleri ortaçağ skolastik düşüncesini biraz aşmış, hatta **tekdüze toplum anlayışının hâkim olduğu antik gelenekten** daha iyi bir konuma gelmiş olabilirdi. Tartışmaya açma gerekliliği yerine getirilmediği ve halka da bu yeti kazandırılmadığı içindir ki, evrensel hukuk kurallarına aykırı bir çok düzenleme ve davranış modu toplumumuzda fazlaca tepki doğurmamaktadır. Ancak, özellikle uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun tüm dünyayı etkilemesi karşısında²⁷ son yıllarda bir gelişme gözlenmekte; uluslararası güçlerin kendi yararlarına da olabilecek şekilde sürdürdükleri baskılar, bir nebze de olsa birtakım anayasal değişiklikleri gündeme getirebilmektedir. Bunun yanı sıra sorgulama yetisini geliştirerek hukuk mantığını evrensel normlara ulaştırmayı gaye edinmiş az sayıdaki insanımız da artık değişimde rol oynayabilmektedir.

Sonuçta, sorgulama yetisini kullananların, bu yetiyi diğer unsurlarla bir bileşen yaparak oluşturdıkları hukuk mantığının test edilebileceği ortam da doğuyor denebilir.

7. Tanımlama

Hukuk mantığının son unsuru olarak ele alacağımız “tanımlama” unsuru, sadece “ben/biz ve öteki/ler” bağlamında incelenecektir. “Ben/biz”, bir yönüyle biyolojik bir varlığı, “kişi” ise hukuka muhatap olabilen varlığı ifade eder. “Öteki” de aynı şekilde “ben/biz” gibi, hukuka muhatap olan bir diğer varlıktır.

Bir bakıma ‘ben/biz’i (kendimizi) tanımlarken, aynı anda diğerini ‘ötekini’ de tanımlamış olmaktadır. Esasen yasakoyuculuk görevi olan seçilmiş, atanmış veya kerameti kendiliğinden menkul tek seçicilerin yasa yaparken (hukuk kuralı belirlerken), “ben’e karşı ‘öteki’ veya öteki’ne karşı ben’i tanımladıkları” varsayılır.

‘Ben’ ile ‘kendi’ arasındaki ilişki ‘başkasıyla (öteki) ‘kendi’ arasındaki ilişkiyle varolmuştur.²⁸ Burada ‘kendi’ terimini hukukun tanıdığı, hak ve yükümlülöklere muhatap kıldığı ‘kişi’ olarak almaktayız. İnsan/yasa koyucu, kendini tanımladığında ötekini, ötekini tanımladığında kendini tanımlamıştır. Burada önemli olan bu tanımlamanın aynılık değil, farklılık üzerine inşa edilmiş, ayırt edici bir tanımlama olmasıdır. Bu ayırt edici tanımlama bir bakıma insanın kendi ile öteki arasındaki sınırı çizerken, diğer yandan insanın kendi türü içinde kendine önemli bir yer edinmesini sağlamıştır.²⁹

²⁷ İnsan haklarının uluslararası politikada kimi algılanış ve kullanılış biçimlerini (özellikle ‘gelişme hakkı’ eksen alınarak) ayrıktutmaktayız. İnsan haklarının uluslararası politikada kullanılışı hakkında bkz.: 1. Yasemin ÖZDEK, “Uluslararası Politika ve İnsan Hakları”, 2. M. BALCI, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Önemi”.

²⁸ Songül DEMİR, “Kamusal Alanın Belirlenmesinde Ben İle Öteki’nin Yeri”.

²⁹ Songül DEMİR, a.g.m.

Özellikle kamu alanı/kamusal alan söz konusu olduğunda işte ‘ben’ ile ‘öteki’ ve bunlar arasındaki sınır ve farklılıklar (ırk, din, dil, cinsiyet, zenginlik, v.s.) kendini gösterir. Her kişinin/topluluğun³⁰ özel alanı önemlidir ve doğaldır. Bu alanı kişi/topluluk kendi inanç değerleri etrafında oluşturur. Kamu alanı ise sonradan ortak olarak oluşturulan/oluşturulması gereken, yapma bir alandır. Bu özelliği ile kamusal alan bir yandan ortaklığa (müşterek paylaşım) bir yandan da farklı bireylerin karşılıklı etkileşim ve dayanışmalarına ihtiyaç duyar. Bu doğrultuda kamu alanına çıkma; kamu alanına çıkma hakkını elde etme ve kullanma açısından farklılığı inkara sebebiyet vermeyen, aksine farklılığın zenginliğine imkân tanıyan bir çaba olmalıdır.³¹ Ancak çok açık bir şekilde görülmektedir ki, insanlığın varoluşundan bu yana ayrımcılığa sebebiyet veren çizili sınırlar, modernite çağında, hatta insanlığın küresel bir topluluk/medeniyet haline getirilmeye çalışıldığı çağda bile devam etmektedir. Bu yönüyle insanlığın henüz, “antik gelenek” veya “ortaçağ” saplantılarından kurtulamadığı, dolayısıyla hukuk mantığının ilkel yapısını henüz aşamadığı görülmektedir.

Hukuk Mantığının Oluşumunda Hak ve Adalet Kavramları

Hak/Hukuk

Hak, lügat itibariyle asıl olan, sabit olan, doğru olan, adalet, herkesin meşru iktidarı, bir şey üzerinde malikiyet, emek, pay ve din gibi anlamlara sahiptir ve bütün bu anlamlar insanla ilişkilidir. Dikkat edilirse, hakkın yukarıda verdiğimiz anlamları kesinlik, doğruluk ve genellik içerir. Hakların ve yükümlülüklerin, veriliş gayesine uygun olup olmamasının değerlendirilmesi yapılmaksızın, belli bir sistem içinde insanlara sunulması ve yaptırımlarla korunmaya alınması, bir hukuk sistemini ortaya koymaktadır ki buna bazen **hukuk**, bazen de **hukuk sistemi** denilir. Bu anlamda hak “Bireye (kişiye) çıkarlarını karşılamak amacıyla hukuk düzeninin tanıdığı irade gücü ya da hukuksal güç” olarak da tanımlanmaktadır.³²

Yukarıdaki anlamıyla hukuku basitçe, “**toplumun tümünü ilgilendiren kurallar bütünü**” olarak tanımlamak da mümkündür. Bu basit tanımlamada, hukukun, insan topluluklarının ve ilişkilerinin tümünü kuşattığı için genel ve toplumsal bir yanı; bireylerin haklarını da belirlediği için bireysel bir yanı vardır. Tarih içinde oluşturulan hukuk sistemleri, bireysel ve toplumsal anlamda hakların elde edilmesi çabasının ürünüdür.

İnsan, doğuştan belirlenmiş hak ve özgürlüklere sahip olan bir varlıktır. Kişilik ise, hukuk sisteminin insana verdiği değerdir. İnsanı ‘kişi’ olarak ele aldığımızda ortaya önemli bir sorun/tartışma çıkmaktadır: “Haklar, yasa koyucunun korumayı uygun gördüğü çıkarlarla ilgili olup, bunlara ilaveten, gelenek ve göreneklerin belirlediği moral haklar mı eklenecektir, yoksa

³⁰ ‘Topuluk’ burada, toplum içinde yer alan/almaya çalışan, aynı zamanda toplumu meydana getiren mozaik topluluklar olarak alınmıştır. M. Balcı

³¹ Songül DEMİR, a.g.m.

³² İsmet SUNGURBEY, *Hak Nedir*, s. 152.

insanın doğasından gelen özelliklerin, korunmasını zorunlu kıldığı bir takım haklar da var mıdır?”³³

Bu sorunun cevabı aranırken incelenmesi gereken önemli nokta, insanın hangi yönden ele alınacağı konusudur. İnsanı birey veya kişi olarak iki ayrı şekilde değerlendirmek, Batılı Hukuk Öğretilerinde iki farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Birincisi, insanı (bireyi) temele alan “Tabii Hukuk” görüşü, ikincisi insanı, toplumun bir parçası ve toplum tarafından belirlenen bir değer (kişi) olarak kabul eden “Kişisel Haklar” görüşü.

Batıda ifadesini bulan “Tabii Hukuk Öğretisi”ne göre; birey hak sahibidir ve özgürdür. Özgürlüğü hak sahipliğinden de önce gelir ve doğuştandır. O halde bireyin hak sahipliği tanınmalı, özgürlük durumu hukuksal forma kavuşturulmalıdır.³⁴ Bu görüş, tarih boyunca var gelmiş, fakat uygulama alanını çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile, “Tabii Hukuk Öğretisi”nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili olduğu³⁵ ileri sürülse de, topluma hâkim olan burjuva sınıfının haklarının teminat altına alınmasıyla bu etki ortadan kaldırılmış, Fransız Devrimi’nin göz boyayıcılığı, insanı bir “kişi” olarak tanımlamakla son bulmuştur.

Günümüz Pozitivist Hukukunu doğuran ve geliştiren Kişisel Haklar Öğretisine göre ise, insan sadece birey değil, toplumun da bir parçası, üyesidir. Hakları ve yükümlülükleri, ilişkide olduğu toplum içinde ve toplum tarafından belirlenir. Bir başka ifadeyle insanların hakları, ödevlerinin karşılığı olarak tanımlanır. Ancak bu görüş de eleştirilmektedir:

“Kişisel” bakış açısına göre, hak ancak toplum içinde doğabilir. İnsanı birey olarak değil de, hukukun tanımladığı bir değer olan “kişi” olarak ele aldık mı, artık insana doğuştan bir takım haklar tanımının da hiç bir anlamı kalmaz.(...) Kişinin insan hakları adına ileri süreceği her istek, devletin imkânlarıyla sınırlanmıştır. Bir hakkın doğal olarak ileri sürülebilmesi, o hakkı karşılayacak imkânlara bağlandı mı, geleneksel anlamda bir haktan söz edilemez.”³⁶

Tarihi seyir içerisinde, hakların toplum/devlet imkânları ile sınırlı olabileceği yaklaşımını ihtiva eden kişisel bakış açısı, zamanla daha ileri gitmiş, birbirine zıt düzenlemeler ve birbiriyle çelişkili uygulamalarla, hak ve hürriyetlerin çok kolay kısıtlanabileceği hukuk dışı düzenlemelere meşruiyet kazandırmaya yaramıştır.

Pozitivist bir öğreti olan “Kişisel Haklar” görüşü, tabii haklar kavramını yıkmış, ancak onun yerini alacak yapıcı bir düşünce ortaya atamamış, özgürlüğün kökünü sadece iktidarda görmekle, aslında özgürlükler bakımından tehlikeli olabilecek bir yola sapmıştır.³⁷ Buna karşılık

³³ Vehbi HACIKADİROĞLU, “Haklar ve Ödevler”. Ayrıca Bkz.: (Der.) Hayrettin ÖKÇESİZ, “Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri”, s. 160.

³⁴ M. Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 315.

³⁵ İlhan F. AKIN, *Temel Hak ve Özgürlükler*, s.109.

³⁶ İlhan F. AKIN, a.g.e., s. 111

³⁷ İlhan AKIN, a.g.e., s.113

insanların fitratında yaşayan “Tabiî Hukuk”, devletlerce yeterince benimsenmemiş, fakat insanın düşünmeye başlamasından bu yana kişiliğinde saklanmış ve geliştirilmiştir.³⁸

Başlangıçta, “insanların birey olarak yaşayabilmeleri veya toplumdışı kalabilmeleri mümkün olamayacağından, toplumun kurallarına uymak zorunda oldukları” görüşünden yola çıkılarak günümüzde, “Toplumun kurallarını, temsilcisi olan devlet düzenler ve dolayısıyla insanların temel hak ve hürriyetleri, devletin kendilerine yüklediği yükümlülüklerin karşılığı olarak tanıdığı kadardır” anlayışına gelinmiştir.

“Hâlbuki hakları ödevlerin karşılığı olarak tanımlama eğilimi yerleşik inançların etkisi altında ortaya çıkan yanlış bir görüştür. İnsanın hiçbir ödev karşılığı olmadan, yalnızca insan oluşundan gelen hakları bulunduğu gibi, karşılığında hiçbir hak beklemeden, yalnızca insan olduğu için yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri de vardır. Bu hak ve ödevlerin neler olduğunu ve uygulamanın nasıl olması gerektiğini belirlemek de insanın özgürlük alanı içindedir.”³⁹

Hakların birtakım ödevler karşılığında tanınabileceği/tanımlanabileceği anlayışında, özgürlüklerin gerçek anlamda varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu yaklaşım sonucunda kılık-kıyafetten özel hayata, siyasî haklardan medenî hayata kadar tüm alanlar devletin düzenleme sahasına girmiştir:

“Kişisel Haklar Öğretisi, bireye yer vermemekle devleti yeniden putlaştırmış ve hukuku yalnız sosyal kuvvetlerin nüfuz bölgeleri arasındaki sınırları gösteren kanunların toplamı olarak kabul etmiştir. Bu sınırları belirten denge bozulur bozulmaz, hukuk da yok olur ve yerine yeni bir hukuk sistemi kurulmak gerekir”⁴⁰

Eski Yunan’dan günümüze, insanın tüm hak ve yükümlülüklerinin toplum/devlet tarafından belirleneceği anlayışının varacağı yer ancak bu sonuç olabilirdi. Devlet ve toplum arasındaki bağ bir kez sarsılınca, toplum, kendi değerlerini tamamen hiç bir zaman bırakmayacağı için, bu değerlerini sürdürebileceği başka siyasî çatılar aramak durumunda kalmıştır.

Hukukun Kaynağı

Hukukun kaynağı, insanın doğuştan getirdiği temel hak ve özgürlükler ile yükümlülüklerdir. “Ben” ve “öteki”ni tanımlarken ortaya çıkan haklar, bir bakıma yükümlülükler, aynı zamanda toplumların kendi içindeki tutarlılıklarını ve ilişkilerini de düzenler. Hukuk kurallarının hayat bulması, bu kuralların, uygulanacağı toplumun değerlerini yansıtması ve bu değerlerin toplum ve yöneticilerce benimsenmesine bağlıdır. Bu da, bu yönde oluşturulacak hukuka uygun kanuni düzenlemeler yapılması ile mümkündür.

Pozitif hukukta hukukun kaynağı olarak, halk iradesini yansıttığı varsayılan Anayasa, Kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzük ve Yönetmelikler ve İdari Düzenlemeler sayılmaktadır. Bunun yanı sıra, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve bölgesel anlamda

³⁸ Ahmet MUMCU, *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, s. 7.

³⁹ Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

⁴⁰ Coşkun ÜÇÖK-Ahmet MUMCU, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 288.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ülkelerin anayasaları da dâhil tüm kanuni düzenlemelerinin üzerinde, hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Nitekim Türkiye de Anayasasının 90/son maddesi ile Uluslararası Sözleşmelerin üstün norm niteliğini kabul etmiştir.

Hukuk sadece yazılı ve yaptırıma bağlanmış kurallardan oluşmamaktadır. Batılı anlamda “Ulus Devlet” statüsündeki ülkelerdeki anlayış, ne yazık ki, sadece yazılı kuralları uygulama şeklindedir ve örfî olarak gelen değerler ve bu değerlerin hukuk sistemine yansımaları veri olarak alınmaz.

Doğulu totaliter sistemlerde veya ulus devletlerde de, yazılı olmamakla birlikte, istenildiğinde herhangi bir esasa dayanmaksızın ve spesifik olaylarda uygulanan şahsi kanaatler de hukukun kaynaklarını oluşturabilmektedir.

Tüm bu anlatılanlar, hukukun, realitenin gözlemlenmesinden çıkardığımız belirli sebep-sonuç ilişkisi, bir diğer deyişle müspet ilimler anlamında bir ilim olmadığını, bir hukuk felsefesi anlamında hukukun, hukuk normlarının dayandıkları değerleri; hukuk sosyolojisi anlamında da toplum bilimin esaslarını ve toplumsal gerçeklerin arka planını ve geleceğe yönelik bazı kuralları ifade ettiğini göstermektedir.⁴¹

“Özellikle pozitif hukuk olarak adlandırdığımız yürürlükteki hukuk, toplumdaki güç dengelerinin karşılıklı ve değişken ilişkilerinin koyduğu kurallardır. Yönetilen bir toplumun bireyleri hakkın ve insanlık onurunun bilincinde olamayacak kadar ezilmiş, sömürülmüş, “mustaz’af” kılınmış ise, o topluma ya bir tek zorba mütegalibe, müstebkir bir güç odağı hâkim olur, yahut da birden fazla güç odağı (mihrak) aralarında bir “mütareke”ye, “consensus” a varmış iseler, “demokrasi” görünümlü bir oligarşi tarafından yönetilir.”⁴²

İşte pozitif hukukun kaynağı, yukarıda tanımlanan şekliyle çıkar ilişkileri anlamında siyaset, yani güç odakları olabilmektedir. Pozitif hukuk sistemleri yukarıda ifade edilen şekilde değişken ve göreceli kaynaklara sahip olmakla birlikte; insanlığın var oluşuyla birlikte var olan ve görece ‘relatif’ olmayan evrensel hukuk kuralları/temel hak ve hürriyetler teorik olarak ve insanlığın varmak istediği sonuç olarak hakkın, dolayısıyla hukukun kaynağı olmaya devam etmektedir ve edecektir. Temel normlara ilişkin görecelilik ve değişkenlik iddiası batıl bir iddiadır.

Adalet

Adalet lügatte, doğrudan ayrılmama, haktan yana olma, hakkı yerine getirme ve hakkı gözetme anlamındadır. Bu anlamda yaratıcının tüm insanlara bir emri ve yaradılışın bir gayesi olması nedeniyle vazgeçilemez ve değişmezdir. Adaletin iki önemli boyutu/unsuru olduğu kabul edilir.

Birincisi eşitlik adaleti/izonomi/hak eşitliği’dir. İnsanlık değerinde, insanlık onurunda, insan haklarında, hukuk sisteminin gereklerinin yerine getirilmesinde mutlak eşitlik anlamındadır.

⁴¹ Hüseyin HATEMİ, “Adalet Kavramının Mutlaklığı ve Rölativizmin Kabul Edilmezliği”.

⁴² Hüseyin HATEMİ, a.g.t.

Bir bakıma herkesi eşit görmek, birini diğerine üstün saymamak, yaradılışlarına eşit ve tarafsız kalmak ve öylece davranmak. Adaletin bu önemli hak eşitliği unsuru, insan haklarında hiçbir şekilde dil, din, cins, ırk farkı gözetilmeksizin, eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesini içerir.

İkincisi oran/kıst/equity adaletidir. İnsanlara emeklerinin karşılıkları (ücret/ödül) veya eylemlerinin karşılıklarının (beraet/ceza) verilmesinde, kamu görevlerinin dağıtımında ehliyet ve liyakatlerine göre eşit davranmayı içerir. Adaletin bu iki unsurunun bir arada, biri olmazsa diğeri olmaz şekilde tatbik edilmesi gereklidir. Aksi halde adaletle uyulmak yerine zulmedilmiş olur. Bu yönüyle, yani eşitlik ve oranlılık ilkeleri doğrultusunda bakıldığında adaletin; temelde göreceli ve değişken ve anayasalarda belirlenmeye ve kısıtlanmaya çalışıldığı gibi sadece sosyal haklara indirgenebilecek bir yönü olmadığı, aksine tüm insanlığın birlikte sahiplenmesi gereken ve mutlak hak eşitliği ve oranlılığı bağlamında karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma ile gerçekleşebilen yönü olduğu açıkça görülür:

“Maddi izonomi (hak eşitliği/hukuk karşısında eşitlik) öğretisi, belli bir biçimde, şu soruya yanıt vermeye çalışır: Hukuk sistemi içinde farklılaşma ve genelliğin bir arada bulunması nasıl mümkündür? Diğer bir deyişle, biri diğerinde ve hukuk düşüncesinde içkin olan bu kavramlar, nasıl varoluşlarıyla karşılıklı bir bağlantı içinde olabilirler? Buna öğretide, yönetilen davranışlardaki farklılıklara dayandırılan bu ayrımları, hukukun buradaki hedefleriyle ahlaksal bir ilişki içinde görerek meşrulaştırmak suretiyle yanıt verilir.”⁴³

Hukuk Mantığının Engelleri

1. Zedelenmiş Akıl

Yaradılışı gereği insan, gerek kendi özelinde ‘ben’ olarak, gerekse hukukun tanıdığı ‘kişi’ olarak ‘öteki’ ile nasıl ilişki kuracağını ve ne tür yaptırımlara tabi olacağını merak eder. Adalet duygusu/beklentisi de bu merakla birlikte ilişki kurmada, kurulu düzene uyma/uymamada önemli bir etkidir. Hukukun üstünlüğü de elbette ki, pozitif nitelikte, ancak evrensel ve tabii hukuk kurallarının süzgecinden/sağlamasından geçmiş, kendine güven rahatlığı içinde ve sıhatli bir bünyenin güçlü elleriyle belirlenen kuralların uygulanmasıyla sağlanacaktır.

Şayet birçok ulusdevlet yapısı yasalara rengini veren canavar rüyalarıyla yönlendirilmiş bir hukuk mantığı ile hareket edilmişse, sürekli tedirginlik, teyakkuz, hastanın çevresine beslediği semptomatik bir kuşku, canavarlara karşı birlik-beraberlik retoriği, dost-düşman ayırımı, iç ve dış tehditler gibi **zedelenmiş bir aklın belirtileri**⁴⁴ yasalarla yönetmek/yönetilmek kaçınılmazdır.

Zedelenmiş aklın bir başka özelliği de güce tapınma, ondan medet ummadır. Sağlam bir hukuk mantığı ise, güçten değil, haktan ve haklıdan medet umabilir. Ne yazık ki toplumumuz

⁴³ Roberto Mangabeira UNGER, a.g.m.

⁴⁴ Taşkın TAKIŞ, “... Değiştirilmesi Teklif Dahi Edilemez”.

geçmişten bu yana “devlet baba” anlayışı içinde her şeyi devletten beklemiş, kendi varlığını devletin varlığı içinde mündemiç görmüştür. Sonuçta bu anlayıştan, sağlam hukuk mantığı bulunması gereken hukukçuların da nasibini alması kaçınılmaz olmuştur. Aşağıdaki örnek bu konuda oldukça çarpıcıdır.

Eski Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden, 12 Eylül Komutanı Evren’e yazdığı mektubu daha sonra Hukukun Üstünlüğüne Saygı isimli kendi kitabında açıkladı. Söz konusu mektupta Özden, ihtilâlin kudretli Komutanına, 1960 İhtilâli’nde Üniversite öğretim üyelerinin ihtilâle arka çıktıkları ve destekledikleri gibi yazıyor:

“Yoğun ve çok önemli işleriniz arasında sizi rahatsız ettiğim için hoş görülüp bağışlanmamı dilerim.

Çabalarınızı, iyi niyetinizi ve başardıklarınızı gözeterek, yansız ve içtenlikli uyarıları değerlendireceğinize inanarak sonucu engin takdirlerinize sunuyorum.

Büyük bir beğeni ile karşıladığımız kimi yasalarla sonradan yapılan düzeltmeleriniz ve bu konudaki demeçleriniz bana bu cesareti verdi.

Sizin zamanınızda daha ileriye gidilmesini beklerken geriye gidilmesine gönlüm katlanmadı.

Lütfen konuyu yeniden inceleterek, yeni kurulu da güç durumda bırakacak yasanın değiştirilmesini emir buyurunuz. Yargı yine bağımsız olsun, yönetim düzenlenmeden çıkarılsın, yargı gerçek niteliğini taşınsın.

Dileğimi uygun karşılayıp kabul buyurursanız sözlü olarak ayrıntılı önerilerimi sunmaya amadeyim.

Soysuzlaşan demokrasiyi kurtarmak çabası demokrasiden de değerlidir. (...) Başında bulunduğunuz yönetimin iyi niyetinden kimsenin kuşkusu yoktur. Atatürkçü bir Türk yurttaşı olarak size yardımın ulusal bir görev olduğu bilincini taşıyarak, durumu özetle sundum. Zamanınızı aldığım için yine özür dilerim...”⁴⁵

2. Hikmet-i Hükümet

Lügatte, hükümet idaresi şartları veya mecazi anlamda hükümetin akıl almaz işleri anlamındadır. Kullanışta ise, siyasetin devlet merkezli kavranması, siyasette devletçilik, devlet aklı veya devletçi siyasi felsefe olarak tanımlanabilir. Türkçe’ye Fransızca’dan geçmiş bir kavramdır. Esasen Fransız devlet geleneğinde kök salmış bir fikirdir. Kavramın Türkçe’de kolayca karşılığını bulmuş olması da, onun ifade ettiği temel fikrin bizim devlet geleneğimize hiç de yabancı olmamasından kaynaklanmaktadır. Devleti bizatihi ‘amaç’ ve ‘kendinde varlık’ olarak görür. Buna göre iktidar, ahlak, adalet ve hukuktan bağımsızdır ve bunlardan önce gelir.⁴⁶

⁴⁵ Hayrettin ÖKÇESİZ, “Hukuk Devleti ve Yargıcı”.

⁴⁶ Mustafa ERDOĞAN, “Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?” Ayrıca bkz.: Mustafa ERDOĞAN, *Dersimiz Özgürlük*, s. 23-40.

“İyi amaçlar araçları meşru kılar”. Hikmet-i hükümetin anlamı bu ifadededir. Terimi daha önce başka İtalyan yazarlar kullanmış olsa da Machiavelli'nin *Prens*'i ile birlikte Batı'da anılmaya başlanmıştır.

Hikmet-i hükümet anlayışında toplum ve millet devletindir, devlet istediği gibi tasarruf edebilir. Devlet 'kutsal'dır, 'yüce'dir. Siyasi sistemin, dolayısıyla onun şekillenmiş hali olan hukuk sisteminin amacı bu yüce devleti korumak ve devam ettirmektir. Devletin hukuku üstündür, isterse keyfiliğe, isterse otoriteye dayalı olarak yürütülür. Halkın hukuku ise aşağı hukuktur, mutlaka devletin hukuk dediği şeye (yasalara) bağlı, keyfilikten uzak, sınırlamalardan oluşmuş bir hukuktur. Bir diğer deyişle hukuk, devletin toplumu tanzim aracıdır. Bunu da toplum mühendisleri kimi zaman yasalar, kimi zaman da idari düzenlemeler yoluyla yaparlar.

3. Niyet/Düşünce Yargılaması

İnsan her halükarda insandır. Yukarıda da bahsedildiği gibi sadece insan olmakla hakları vardır ve bu haklar hak eşitliği ve oranlılık esasları dâhilinde adilce tanınmalıdır. Yükümlülükleri ise sadece somut fiilleri ele alınarak değerlendirilebilir. Herhangi bir fiilin, belirli bir inanca dayanıyor olması onu ne daha değerli kılar, ne de bu fiil bir suça tekabül ettiğinde onu suç olmaktan çıkarır. Ayrıca kendi içinde suç teşkil etmeyen bir fiilin, yine bir inanç ya da düşünce doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması da bu fiili suç haline getirmemelidir. Bununla birlikte en kutsal bir inanç adına dahi olsa insan yakmak kesinlikle bir suçtur; en ilkelinden ve vahşisinden bir ırkçılık adına dahi olsa, insanın diyelim ki saçını kazıtması ya da şalvar giymesi kesinlikle suç addedilemez, yasaklanamaz, bunu yaptı diye de kimse cezalandırılmaz; kısacası niyetler yargılanamaz.⁴⁷

“İnsanın özne olarak varolabilmesi için her şeyden önce ve de mutlaka ve mutlaka bir şey olarak, yani kadın, erkek, zenci veya beyaz, solak ya da sağlıklı, Türk, Kürt ya da Eskimo, Katolik, Sünni ya da Alevi vb... olarak varolması gerekir.”⁴⁸

4. Ulus-Devlet Sendromu

Ulus-devlet'in her ne kadar kavim, kültür ve ırkî bağlardan arınmış olduğu ifade edilse de, bunun mümkün olmadığı yakın tarih içinde görüldü. İnsanlığın tümü bir tek ulustan ibaret değil. Artık tüm vatandaşlarını eşit düzeyde kucaklayabilecek ulus-devlet'in varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira ulus-devlet ne kadar dikkatli davrandığını iddia etse de çekirdek yapı olarak bir kökene (ırkî veya dini) bağlanmaktadır. İnsanlar da artık eskisi gibi tek bir coğrafyaya çakılıp kalmamakta, her türlü iletişim ve dolaşım imkânları sayesinde bizzat kendisi olmasa da eseri ve düşüncesi ile birlikte her coğrafyaya ve kültüre girebilmektedir.

Ulus-devlet, bu kadar hareketli, çeşitli, zengin kimliklerden oluşan mozaiği kaldıracak yapıda üretilmiş bir kavram/olgu olmadığından Batı'da da terk edilmiş, yerine daha evrensel iddialar-

⁴⁷ Kadir CANGIZBAY, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları”.

⁴⁸ Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

la modern devlet modellerine geçilmiştir. O halde içinde mevcut tüm kimlikleri eşit derecede kucaklama yeteneğinden yoksun olan ulus-devlet modelinde takılıp kalınması, bir bakıma ‘ulus’u bölücü bir kategori niteliğine taşıyacaktır.⁴⁹

Burada yeri gelmişken ulus-devlet modeli içinde vatandaş/yurttaş’ın hangi konumda değerlendirildiğine örnek olarak bir alıntı yapmak zarureti doğdu:

“Hele insanın ‘vatandaş/yurttaş’ olarak kendisine uygun devlet modelini oluşturma yolundaki çabalarından hiç mi hiç beslenmeksizin, doğrudan doğruya ve de genellikle komprador nitelikli ya da kendi görelî bağımsızlıklarının bedelini, ilkelerini kendi elleriyle kolonileştirerek yine kendi halklarına ödeten egemen seçkinlerin bir dayatması olarak vücut bulmuş ulus devletlerde “vatandaş/yurttaş”, insanı sırf insan olduğu için belirli haklarla donatan bir statü olmamak bir yana, devletin, aslında sahip olmadığı ulusun yerine geçirmek üzere inşasına giriştiği ısmarlama devlet kavmine “ortak payda”lık etsin, ortak payda oluştursun diye, mevcut egemenlik ilişkilerinin yeniden üretilip devam etmesini sağlayacak biçimde kotarılmış ve büyük ölçüde siyasal nitelikte bir üst/üstün kimlik konumuna oturtulacaktır ki, burada “vatandaş/yurttaş” artık mevcut siyasal yapının bir molekülü, yani kendi başına ve kendi olduğu biçimde var olan, var olma imkân ve hakkına sahip bir zatiyet değil, “vatandaş/yurttaş”ı bir kimlik olarak kendisi tanımladığı ölçüde molekül’lüğü de kendi tekeline almış olacak devletin basit bir atomudur. Ulus-devlet olma iddiasındaki bir devletin “yaratma”ya soyunduğu ulusun birliği-bütünlüğü açısından birden fazla “vatandaş/yurttaş” modeli çizmesi söz konusu olamayacağına göre, buradaki molekül de tek elementli ve tek atomlu bir molekül olacaktır ki, bu durumda “vatandaş/yurttaş” ya doğrudan doğruya devletin birey bazında bir röproduksiyonu olacaktır, ya da molekülü çatlatan, dolayısıyla ulusun birliğini-bütünlüğünü dinamitlerken, onun da varlığına kasteden “yıkıcı, bölücü, terörist, iç-düşman, iç-tehdit v.b...” ki burada, devletin bir örgütlenme ve yönetim ilkesi olan laik’liği, kişilerin de taşıyabileceği bir nitelik olarak gören, “ben laik değilim” demeyi devletin bütünlüğü için bir tehdit olarak değerlendiren “kilise-devlet” rahiplerini hatırlayabiliriz.”⁵⁰

5. Kopyalama/Üretememe

Toplumumuzun ve aydınımızın hukukla ilgisinin oldukça zayıf olduğu bir gerçek. Önceki bölümde beş milyon insana bir hukuk felsefecisinin veya sosyologunun düştüğü tespitini anımsayalım. Bu halin nedenlerini irdelemenin, hukuk mantığının oluşumu ve gelişimine katkısı olacağı şüphesizdir. Osmanlı’nın hukuk mirasını birçok kurumu gibi reddettikten sonra, henüz hakkında pek fazla bilgimiz olmayan Batı hukuk sistemini kabulümüz bir kopyalama sistemi ekseninde yürütülmüştür. Bu nedenledir ki kopyalama ameliyesi günün bazı hukukçuları tarafından da tepkiyle karşılanmış, Darülfünun’da bile sadece tedrisata konmakla yetinilerek iktidara açık bir destek verilmemiştir. Fakat, kimi günün şartlarından kimi de günün hu-

⁴⁹ Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

⁵⁰ Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

kukçularının yeteneklerinden kaynaklanan nedenlerle eski hukukun atılıp yerine resepsiyon yoluyla yenisinin raptedilmesiyle artık “kale yarılmıştı”.⁵¹ Ancak hiçbir şeyin kopyası/taklidi aslı gibi sonuç veremeyecek, ulus da hastalıklı inançlarından ve karışıklıklarından kurtulamayacaktı:

“Yeni Medeni Kanun Lâyihası yürürlüğe konulduğu gün milletimiz son üç asrın kendisini çeviren hastalıklı inançlarından ve karışıklıklarından kurtulmuş, eski medeniyetin kapılarını kapayarak hayat ve feyiz bahşeden çağdaş medeniyetin içine girmiş bulunacaktır.”⁵²

Nitekim aradan geçen 75 yıllık süreç, “çağdaş medeniyetin içine” ne kadar girdiğimize ilişkin somut örneklerini yeni Anayasa ve Medeni Kanun değişiklikleri ile göstermiştir.

Sonuç

Ülkemizde insan haklarının, temiz toplum özlemlerinin, uluslararası literatüre yatkın anayasa vurgularının çok yeni olduğunu biliyoruz. “Komünizm gelecekse onu da biz getiririz” söylemi geçmişte nasıl kuvveden fiile çıkmışsa, insan hakları söyleminin ve “dostlar alışverişte görsün çalışmalarının” da devlet tarafından İnsan Hakları Bakanlığı gibi oluşum ve argümanlarla yeniden önümüze sürüldüğü bir gerçek. Kutsal devlet karşısında oldukça güçsüz, donanımsız, yeterli akademik destekten ve ulaşamadığı halk desteğinden yoksun aydınların ve hukukçuların, bir yandan yerel baskın güçlerle, diğer yandan uluslararası hegemonyanın oluşturduğu atmosferle boğuşması mümkün görünmemektedir. Geçmişte çareyi ‘resepsiyon’da görenlere karşı imkânları dâhilinde sadece ders programları ile yasak savma kabilinden görev yapmaya çalışan ulemanın, bugün bu direnci bile göstermekte zorlanacağı aşikâr. Tarihin tekerrür ettiği de aşikâr. Üstelik kendine özgü somut araçları bakımından modern devleti ve özellikle henüz ulus devletten modern devlet statüsüne çıkamamış Türkiye’yi tanımlayan fiziksel güç ve şiddet kullanımı⁵³ bu zorluğu daha da artırmaktadır.

Aydınlarımızın taklitten yana tercihlerinin yanı sıra farklı argümanları üretebilmesi de mümkündür. Bu tespitimize ilişkin özgün bir yazıyı aşağıya alıntılanmış bulunuyoruz:

“Türkiye’deki entelektüelin sadece evrensel normların değil, yerel zihniyetin kırılmasına yönelik çabaların da taşıyıcısı olması gerekir. Ne var ki bu çok hassas bir denge ve bizlerden pek de alışık olmadığımız bir gayret talep ediyor. Birincisi, söz konusu iki mücadele çizgisini bütünleştiren bir ideolojik yapının üretilmesi gerekiyor. Üstelik bu noktada gözumü Batı’ya çevirmenin de yararı yok, çünkü sorunlarımız benzeşmiyor. İkincisi ise, mücadelenin entelektüel boyutun dışına çıkarak siyasallaşması; daha doğrusu siyasete taşınan bir entelektüelliğin yaratılması gerekiyor. Bunun anlamı, felsefi bir temelden hareketle yürütülecek ve sivil itaatsizliği de kapsayacak eylemlerle; varolan hukuk anlayışının deşifre edilmesidir.

⁵¹ Bernard LEVİS, *Modern Türkiyenin Doğuşu*, s. 272.

⁵² Bkz.: Cevdet YAVUZ, *Türk Medeni Kanunu Esbab-ı Mucibe Layihası, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı*.

⁵³ Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, s. 84.

Devletin ve onun sözcülerinin karşısında, entelektüel çabayı liberalizmin içine sıkıştırmak; sistemin bağımsızlık kazanmasını ifade edecektir. Kabuğunu kıramayan bir entelektüellik, otoriter zihniyetin kendisine meşru bir zemin yaratacak adımlarla yetinmesine neden olacaktır. Türkiye'nin aydınlarının hukuk sistemi ve devlet üzerinde etkili olmaları ise her şeyden önce kendi zihniyetlerini ne denli değiştirebildikleri ile bağlantılıdır...

Zihniyet açısından Türkiye'nin yerel meselesi evrensel temalara feda edilemeyecek kadar önemlidir. Ve zaman esas meselenin "hukuk devleti"nden ziyade, hukuk zihniyeti olduğunu; hukuk içinde tanımlanan meşruiyet bir yana, esas "hukukun meşruiyeti"nin irdelenmesi gerektiğini fazla uzak olmayan bir gelecekte önümüze koyacaktır."⁵⁴

OKUMA PARÇASI

Gemi(*)

Kıyıda kalmışlardı. Kimi yere çömelmiş, kimi rıhtıma oturmuş, kimi bir ağaca dayanmış umutsuz gözlerle ufuklara bakıyorlardı. Ne bir kayık, ne bir mavna, ne bir gemi alıyordu onları... Onlar ki, hepsini elleriyle yaparlardı bunların ve hepsine kumanya, mazot, kömür taşırlardı. Ama hiçbirine binemezler, bu kıyıdan kurtulup hiçbir ufka gidemezlerdi. Ne bir kayık, ne bir mavna, ne bir gemi alıyordu onları...

Bir gün bir rüzgâr esti. Bir fısıltı büyüyerek dolaştı. Bir yangınlı umut dalgalandı ufuklara özlemle saplı kalmış sönük gözlerde.

- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.
- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.

Nasıl da kocaman olacaktı gemi. Nasıl da güçlü olacaktı. Bütün tayfunlara karşı erişilmez dağlar haşmetinde. Bütün fırtınalara karşı vakur ve sağlam. Okyanusları en yürekten gelen şarkılarla aşacaklar ve gideceklerdi özledikleri ufuklara...

Bir kıpırtı, bir telaş, bir hareket başladı:

- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.
- Kendi gemimizi kendimiz yapmalıyız.

Kol kol, dizi dizi, bölük bölük kuytu bir körfeze doğru yollandılar. Usul usul koyuldular çalışmaya...

Mühendisler çiziyorlardı planları.

Blok saçlar taşıyordu sırtlarda.

⁵⁴ Etyen MAHÇUPYAN, "Hukuk Devleti ve Entellektüel".

(*) Çetin ALTAN, Sabah, 20.09.2000. Bu yazı ilk defa 18 yıl önce Milliyet Gazetesinde yayımlanmıştır.

Planlar projektörlerin ışığında büyüteçlerden süzülüp dev izdüşümleriyle vuruyordu saçlara. Ve usta bir terzi gibi biçiyorlardı saçları...

Bir yanda iskeleti çatılıyordu geminin.

Binlerce, binlerce, binlerce insan, arılar gibi çalışıyordu. Gece demeden gündüz demeden çalışıyorlardı kendi gemilerini yapmaya...

Bir pruva direğiyle bir grandi direği dikilmişti gemiye hey... Bir güverte döşendi uçsuz bucaksız alanlar gibi. Ve hafif arkaya çarpık bir gururla görkemli baca kondu sonunda. Tezgâhta artık gövdesiyle uskurlarıyla, dümeniyle ortaya iyice çıkmıştı gemi...

Bir neşe kaynıyordu gemiyi yapanlarda... Binecekler ve gideceklerdi diledikleri ufuklara...

Eşyasını toplayan, çocuklarını kucaklayan başlamıştı geminin yanında toplanmaya...

Naralar atılıyor, şapkalar fırlatılıyor, türküler çağrılıyordu.

Bir sabah bir şişe parçalandı geminin dik burnunda. Şampanya şişesi değildi. Yoktu şampanyaları. Şişenin içinde sadece umutları, düşleri vardı, gözyaşlarına yazılmış. Sonra bir el çekti, gemiyi tezgâhtan ayıracak lövyeyi. Gemi baş döndüren zaferli bir gürültüyle indi sulara...

Makinistler çevirdiler vanaları. Şarteller indi kalktı. Yakıldı mazot kazanları. Başladı uskurlar dönme, köpürterek suları.

Ve yıllar ve yıllar boyu kıyıda kalmış olanlar, akın akın, oluk oluk bindiler yaptıkları gemiye...

Rastlanmamış şenlikle açıldı gemi karadan. Çizildi tarihsel rota. Ve artık gideceklerdi özledikleri ufuklara...

Ama yazık ki gidemediler.

Gemiyi yapmak için kuytu bir yer ararken düştükleri kargaşada bir yön yanılması olmuştu. Ve gemiyi deniz diye bir gölün kıyısında yapmışlar ve gemiyi deniz diye bir göle indirmişlerdi...

Kaynakça

AKIN, İlhan F; *Temel Hak ve Özgürlükler*, 3. Baskı, (İstanbul: 1971, Fakülteler Matbaası),

ARAL, Vecdi; "Hukuki Değer Olarak Adalet", Derleyen: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)

BALCI, Muharrem; "Tanzimat'tan Günümüze, Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili", (İst: 20 Mayıs 2000, Türkiye Milli Kültür Vakfı, Osmanlı'nın 700. Kuruluş Kutlamalarında sunulu Tebliğ)

———; "Pençedeki Demokrasi", *Yeni Türkiye Dergisi*, 1997, Sayı: 17.

———; "Uluslararası Ticari Tahkim Yasası Üzerine", (İst: Senabil Vakfı'nda 21.07.1999'da sunulu tebliğ)

- ; “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Önemi”, (İst: 04.05.2001, Mazlumder’de sunulu tebliğ)
- BERKİ, Ali Himmet; *Açıklamalı MECELLE*, 3. Baskı, (İst. 1982, Hikmet Yay.)
- ; *Hukuk Mantığı ve Tefsir, Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*, (Ankara: 1948, Güney Matbaacılık)
- Kadir CANGIZBAY; “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01.
- DEMİR, Songül; “Kamusal Alanın Belirlenmesinde Ben İle Öteki’nin Yeri”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Kasım, Aralık, Ocak 1998-99, Sayı: 5.
- ERDOĞAN, Mehmet; *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, (İst: 1990, İfav Yay)
- ERDOĞAN, Mustafa; *Dersimiz Özgürlük*, (İst: 2001, Pınar Yay.)
- ; “Hikmet-İ Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01
- GEMALMAZ, M. Semih; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, (İstanbul, Beta Basım Yay)
- HACIKADİROĞLU, Vehbi; “Haklar ve Ödevler”, *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi*, y. 1996, Sayı 50.
- HATEMİ, Hüseyin; “Adalet Kavramının Mutlaklığı ve Rölativizmin Kabul Edilmezliği”, (Didim: 1996, Dünya Müslüman Hukukçular Konferansı’nda sunulu tebliğ)
- KUÇURADİ, Ioanna; “Adalet Kavramı”, Derleme: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- LEVİS, Bernard, *Modern Türkiyenin Doğuşu*, Çev: Metin KIRATLI, 8. Basım, (Ankara: 2000, Türk Tarih Kurumu Yay)
- MAHÇUPYAN, Etyen; “Hukuk Devleti ve Entelektüel”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Yıl: 4, Sayı 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01.
- MARDİN, Şerif; *İdeoloji*, (Ankara, 1995, 3. Baskı, İletişim Yay.)
- MUMCU, Ahmet; *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, (Ankara: 1994, Savaş Yay)
- ÖKÇESİZ, Hayrettin; *Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- ; “Hukuk Devleti ve Yargıcı”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı: 17.
- ÖZCAN, Mehmet Tefik; “Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım”, Derleme, Hayrettin ÖKÇESİZ, *Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)

- PERELMAN, Chaim; “Yeniden Soruşturulan Adalet”, Derleyen: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- SUNGURBEY, İsmet; “Hak Nedir”, Derleyen: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay)
- TAKIŞ, Taşkın; “Yurttaşlardan Bir Müzakere”, *Doğu Batı Dergisi*, Kasım, Aralık, Ocak 1998-99, Sayı: 5.
- ; “...Değiştirilmesi Teklif Dahi Edilemez”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01, s. 13.
- UNGER, Roberto Mangabeira; “İzonomi ve Adalet”, Derleme: Hayrettin ÖKÇESİZ, *Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (İst: 1997, Alkım Yay.)
- ÜÇÖK, Coşkun-Ahmet MUMCU; *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Baskı, (Ankara: Savaş Yayınları, 1985)
- Weber, Max; *Sosyoloji Yazıları*, Çev. Taha PARLA, 3. Baskı, (İst: 1993, Hürriyet Vakfı Yay)
- YAVUZ, Cevdet; *Medeni Kanun Borçlar Kanunu Ve Diğer Mevzuat*, 6. Basım, (İst: 1998, Beta Yay)
- YAZIR, Elmalılı Hamdi;, *Hak Dini Kur'an Dili*, (İst: Azim Dağ.)