

HER TÜRLÜ “SON” İÇİN GEREKLİ “HUKUK FORMASYONU”(*)

Av. Muharrem BALCI

Hak ve Hukuk Kavramları

Hukuk, hakk'ın çoğuludur ve her türlü hakkı kapsar. Hakk, 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. Haklar, Yüce Allah tarafından yaratıkların en şereflişine bahşedildiğinden kutsal kabul edilirler. Hakların ve yükümlülüklerin, veriliş gayesine uygun olup olmasının değerlendirilmesi yapılmaksızın, belli bir sistem içinde insanlara sunulması ve yaptırımlarla korunmaya alınması bir hukuk sistemini ortaya koymaktadır ki biz buna bazen **hukuk**, bazen de **hukuk sistemi** diyoruz.

Yukarıdaki anlamıyla hukuku basit bir ifade ile “**genele yönelik, yani sadece bir kişiye yönelik olmayan kurallar bütünü**” olarak tanımlamak 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. Ancak bu hukuk sistemlerinin insan ilişkilerine yönelik yapılması, onların her zaman Allah'ın bahşettiklerine, diğer bir anlatımla insan yaradılışına uygun olduğu anlamına gelmez. Bu sonuca nasıl vardığımızın izahı ise hukukun kaynaklarının incelenmesinde bulunabilir. Fakat bunun öncesinde de, bilhassa Batı'da ve Batı düşüncesinde Hakk kavramı ve hakkın kullanılmasına ilişkin kadim öğretilere göz atmak yararlı olacaktır:

Kadîm Hukuk Öğretilerine Göre Haklar ve Kaçınılmaz Son

İnsan, birey olarak doğuştan belirlenmiş hak ve özgürlüklere sahip olan varlıktır. Kişilik ise, hukuk sisteminin insana verdiği değerdir. İnsanı birey veya kişi olarak iki ayrı şekilde değerlendirmek, Kadîm Hukuk Öğretisinde iki farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Birincisi, “Tabiî Hukuk” görüşü, ikincisi “Kişisel Haklar” görüşü. Her iki görüş de tarih içinde muhtelif dönemlerde uygulama alanı bulmuştur.

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.¹ Bu görüş, tarih boyunca var olagelmiş, fakat uygulama alanını çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile bu "Tabii Hukuk Öğretisi"nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili olduğu² ileri sürülse de, topluma hâkim olan burjuva sınıfının haklarının önce-

(*) Bu Tebliğ, Fazilet Partisi'nin oluşturduğu “Siyaset Okulu” programı çerçevesinde 27 Şubat 1999'da Üsküdar İlçesinde, 6 Mart 1999'da İstanbul İl Merkezinde Ders olarak sunulmuştur.

1 M. Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, (İstanbul, Beta Basım Yay. 1997), s.315.

2 İlhan F. AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, 3. Baskı, (İstanbul, Fakülteler Matbaası 1971), s.109.

likle 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, insan sadece birey değil, toplumun da bir parçasıdır, üyesidir. Hakları ve yükümlülükleri, ilişkide olduğu toplum içinde ve toplum tarafından belirlenir. Ancak, bu görüş de eleştirilmektedir, şöyle ki:

*"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 tanımanın 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 imkânlarla bağlandı mı, geleneksel anlamda bir haktan söz edilemez."*³

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, doğal haklar kavramını yıkmış, ancak onun yerini alacak yapıcı bir düşünce ortaya atamamış, özgürlüğü kökünü sadece iktidarda görmekle, aslında özgürlükler bakımından tehlikeli olabilecek bir yola sapmıştır.⁴

Buna karşılık insanların fitratında var olan, zihninde, idealinde ve gönlünde yaşayan "doğal hukuk", devletlerce yeterince benimsenmese de, insanın düşünmeye başlamasından bu yana kişiliğinde saklanmış ve geliştirilmiştir.⁵

Başlangıçta, "insanlar birey olarak yaşayabilmeleri veya toplumdışı kalabilmeleri mümkün olamayacağından, toplumun kurallarına uymak zorundadırlar" görüşünden yola çıkılmış; günümüzde, "Toplumun kurallarını, temsilcisi olan devlet düzenler ve dolayısıyla insanların temel hak ve hürriyetleri devletin tanıdığı kadardır" anlayışına gelinmiştir.

Bu tür bir anlayışta 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.

Tarihte, Eski Yunan ve Roma'da da böyle olmuştur. Eski Yunan ve Roma'da insanlar, sınırlanmamış özgürlük mücadelesi vereceklerine, birbirleri ile uzun yıllar süren savaflara girişmişler, sonuçta kendilerini bir diktatörün yönetiminde bulmuşlardır.

Nitekim çağdaşlık unvanı verilen demokrasi, M.Ö. 560 yıllarına dayanan bir geçmişe sahiptir. İktidar mücadelelerinden bunalan Atina halkının, asker kökenli Pzistrat'ı demokratik bir seçimle yönetici olarak seçmesinin akabinde, yöneticinin hayatın her alanını tanzim etme gayretleri sonucu ihtilaller dönemi başlamış, bizzat yönetici Pzistrat, Akropol'u zaptederek iktidara el koymuş ve diktatörlüğünü ilân etmiştir. Bir bakıma kendinden sonra gelen Mussolini ve Hitler'in babası Pzistrat'tır denebilir.

³ İlhan F. AKIN, a.g.e., s. 111

⁴ İlhan AKIN, a.g.e., s.113

⁵ Ahmet MUMCU, *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, (Ankara, Savaş Yayınları, 1994), s. 7.

“Eski Yunan’a hükümet darbeleri yoluyla geçen demokrasinin akıbeti, kuruluşundan farksız olmuş, diktatörlerin kurduğu düzen (Demokrasi düzeni) bir buçuk yıl ayakta durduktan sonra yalnız bir rejimin değil ama bütün ülkenin ve ulusun çöküşüne sebep olmuştur. Yunan halkı yalnız huzurunu, yalnız barışı, yalnız gerçek özgürlüğünü kaybetmekle kalmadı, sonunda ahlakını, namusunu, hatta vatanperverliğini bile unuttu. Vatanını düşmana satmakta sakınca görmedi. Romalılar her sitede kapılarını açmaya hazır bir parti buldular ve Eski Yunan, Roma egemenliğine böyle girdi.”⁶

Bu sözler bize değil, bizzat Batı’nın kendi içinden yetiştirdiği Batılı anlayışa sahip düşünürlere aittir.

İşte Eski Yunan’da, demokrasi tecrübesinde özgürlük, günümüz tekçi/monist demokrasilerde olduğu gibi, "en yüksek siyasî amaç anlamında değil, en yüksek siyasî son anlamında"⁷ algılanmış ve gerçekleşmiştir.

O halde, konumuza demokrasinin tarihinden de örnekler vererek başlasak dahi, her tür yönetim tarzına ve temel hak ve hürriyetlere temel oluşturacak “Hukukun Kaynakları” üzerinde durmamız gerekmektedir.

Hukukun Kaynağı

Hukukun kaynağı, insanın doğuştan getirdiği temel hak ve özgürlükler ile yükümlülüklerdir. Bu hak ve yükümlülükler aynı zamanda toplumların kendi içindeki tutarlılıklarını ve ilişkilerini de düzenler. Hukuk kurallarının hayat bulması, öncelikle, bu kuralların toplumun doğuştan getirdiği hak ve özgürlükleri başkaları için de var sayması ve bu yönde oluşturduğu hukuka uygun kanuni düzenlemeler yapması ile mümkündür.

Pozitif hukukta hukukun kaynağı olarak Anayasa, Kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzük ve Yönetmelikler ve benzeri idari düzenlemeler sayılmaktadır. Bunun yanı sıra tüm milletleri kapsayan BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve bölgesel anlamda 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.

Biraz önce bu kaynakların pozitif hukukun kaynakları olduğunu, yani hukukun yazılı ve belirli kurallardan oluştuğunun kabul edildiğini ifade ettik. Hâlbuki hukuk sadece yazılı ve yaptırıma bağlanmış kurallardan oluşmamaktadır. Batılı anlamda Ulus Devlet statüsündeki ülkelerdeki anlayış ne yazık ki bu şekilde ve salt yazılı kuralları uygulama şeklindedir. Doğulu anlamda totaliter sistemlerde veya ulus devletlerde, yazılı olmamakla birlikte istenildiğinde herhangi bir esasa dayanmaksızın ve spesifik olaylarda uygulanan şahsi ve indî kanaatler de hukukun kaynaklarını oluşturabilmektedir.

O halde her iki sistemin de kalkış noktası yanlış veya eksik olduğundan, biz hukukun kaynakları olarak, yürürlükteki hukukun aksine insana Allah’ın yaratılıştan bahşettiği hak ve mükellefiyetleri temel almaktayız. Ayrıca bu hak ve mükellefiyetlerin zaman içinde uygulanmasından oluşan ÖRF’ü de kavram ve mahiyet itibariyle ele

⁶ *İhtilaller ve Darbeler Tarihi*, Trc.: Sabiha BOZDAĞLI, (İstanbul, Cem Yay., 1974), s. 11.

⁷ İlhan F. AKIN, a.g.e., s. 23.

almak istiyoruz. Zira tüm hukuk sistemlerinde ÖRF, hukukun kaynakları arasında - uygulama alanı az olsa da- zikredilmektedir.

Örf

Örf, lügatte maruf yani bilinen manasınadır ki, insanlarca hüsnü telâkki ve kabul olunan şey demektir. İslâm Hukukçularına göre, aklen veya şer'an müstahsen (güzel) olan ve akl-ı selim nazarında münker olmayan (kabul edilen) manasında kullanılmaktadır.

Örf, genellikle yanlış bir şekilde aynı anlamda kullanılan adet ve teamülden farklıdır. Batıl ve kötü alışkanlıklara da adet ve teamül denmektedir. Fakat maruf'dan kastedilen, daima güzel olan alışkanlıklardır. Hanefi Fakihleri örfü, "aklen veya şer'an müstahsen olan ve akl-ı selim sahibi nazarında münker olmayan şey" olarak tarif ederler.

"Mâruf daima müstahsen olan adetlere itlak olunur. Hâlbuki adet ve teamül batıl ve fena alışkanlıklara da denir. Bunun içindir ki, iyi adet, kötü adet, iyi teamül, kötü teamül denir, fakat iyi örf, fena örf denmez. Ayrıca örf, kavli ve fiilî olduğu halde, adet ve teamül sadece fiilîdir."⁸

Örf ve adet kurallarının rasyonaliteye dayanmadığı şeklinde beliren bazı yeni anlayışlar örf'ün toplum içerisindeki yerine ve tarihi gerçekliğine ters düşmektedir. Bu anlayışa göre örf, rasyonaliteye dayalı değildir, rastlantısal ve isteme bağlıdır, fakat toplum yaşamını kolaylaştırma amacına yöneliktir.⁹

Yürürlükteki hukukta örf bu şekilde anlaşılmakta ve değerlendirilmektedir. Tarif içerisinde ifade edilen örf'ün bu unsurları arasında çelişki olduğu açıkça görülmektedir. Zira hem rasyonaliteye dayalı olmayacak ve rastlantısal ve isteme bağlı olacak, hem de toplumsal yaşamı kolaylaştırma amacına yönelik olacak.

Toplumsal yaşamı kolaylaştırma düşüncesi ve fiili her şeyden önce toplumun bu günkü haline ve istikbaline yönelik pratik bir aklı ifade etmektedir. Dolayısıyla rasyonaliteden uzak olamamaktadır. O halde örf'ün, kötü alışkanlıklardan ayrılması gerektiği açıkça ortaya çıkmakta ve geçmişten bu yana örf'e, "mâruf" anlamında daima iyi olan adetleri has kılma düşüncesi önem kazanmaktadır.

Örfün İslâm Hukukunda şer'î delil olup olamayacağı yönündeki tartışmalarda, örfün adet ve teamüllerle karıştırılması etken olmaktadır. Örfü yukarıdaki şekilde tarif ederek, uygulamalarında da örf ile adet ve teamül arasındaki farklar dikkate alındığında örfün kaynak değeri olduğu tartışmasızdır.

Örfün kaynak olarak kullanılabilmesi için, öncelikle esas alınan örfün yaşanılan belde ve toplum içerisinde farklı uygulamalar halinde olmaması, uyumsuzluğun taraflarının iradelerine aykırı olmaması, kesin bir şer'î delile (Kur'an ve Sünnet) de aykırı olmaması gereklidir. Aksi halde örf delil olarak uygulanmaz.

Örfün şer'î delil olarak uygulanabilmesi için, hükmü verecek makamın mutlaka örfü bilmesi gereklidir.

Örf konusunda İslâm Hukukçusu İbn-Âbidin'in şu sözleri önemlidir:

⁸ Bkz: Türk Hukuk Lügati, "Örf" Maddesi.

⁹ Yasemin İŞIKTAÇ, "Örf ve Adet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırd Edici Özellikler", Argumentum Dergisi, s. 27, (İst: 1992)

“Hâkim, hadiselerin külli hükümlerini, bizzat olayı ve insanların hallerini bilmelidir ki, bu sayede doğru ve eğriyi birbirinden ayırt etsin; sonra birini ötekine mukayese yapsın; olay için gereken hükmü versin ve bu gerçeğe aykırı düşmesin. Örf ile fetva veren müftî de zamanı ve çağındaki insanların hallerini, bu örfün âmm, hass ve nass’a aykırı olup olmama cihetlerini bilmelidir. Ayrıca iyi bir hocanın elinde yetmişmiş olmalı, bir kısım mesele ve delilleri bilmekle yetinmemelidir.”¹⁰

Türk İdare Hukuku müellifleri de, kanuni düzenlemelerde çok açık olmamasına rağmen, örf kaidelerini hukukun kaynakları arasında göstermekte ve uygulamaktadır. Bunun için de idari tasarruflarda ilke olarak, “sürekli uygulama alanı bulmuş hususlarda idari teamül oluştuğundan” bahisle örf oluştuğunu ve bunun da idari tasarrufların denetiminde uygulanabileceğini belirtmektedirler:

“İdarenin tercih ettiği hareket tarzı tekrarlı tekrarlı bir hareket kaidesi ve dolayısıyla hukuk kaidesi haline gelir. İdarenin bir kaideye tabi olması ve daima ve daima tarafsız, herkes karşısında herkes hakkında aynı şekilde ve eşit tarzda hareket etmek mecburiyetinde bulunması ve muayyen bir olayda ittihaz etmiş bulunduğu hareket tarzını bir veya bir kaç fert karşısında değiştirmesine manidir. İdari teamüller denen bu örf kaideleri idare hukukunda birer hukuk kaidesi sayılmak lazım gelir.”
”(Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*)

Danıştay da, idari tasarrufların denetiminde kriter olarak örf’ü kullandığı gibi, örfün dışında hukuka uygunluk sebeplerini de re’sen araştırmaktadır. Birçok kararında, idari işlemin kanuna uygunluğundan ziyade, hukuka uygunluğunu tartışmakta ve idari işlemleri hukuka aykırılık yönünden iptal etmektedir.

Örf konusuna niçin bu kadar yer verdik? Dersimizin sonraki bölümlerinde hukuk formasyonu ve kimlere gerekli olduğuna ilişkin bölümlerinde, hukukun kaynaklarının kullanılmasında herkesin üzerine düşen görevlerin olduğunu, bu görevlerin yerine getirilmesinden kaçılmayacağı gibi, bilinmemesi halinde nasıl zor durumlara düşüleceğini göstermeye çalışacağız. Örf konusu da hukukun kaynağının kullanılmasına bir örnektir. Bu nedenle örnek bir inceleme konusu yaptık.

Türkiye’de Hukuk Sistemi

Yukarıda hukukun kaynağının, insanın doğuştan getirdiği temel hak ve özgürlükler ile yükümlülükler olduğunu, bu hak ve yükümlülüklerin aynı zamanda toplumların kendi içindeki tutarlılıklarını ve ilişkilerini de düzenlediğini söyledik. Ayrıca, hukuk kurallarının hayat bulmasının, öncelikle bu kuralların, toplumun doğuştan getirdiği hak ve özgürlükleri başkaları için de var sayması ve bu yönde oluşturduğu hukuka riayet edecek kanuni düzenlemeler yapması ile mümkün olabileceğini ifade ettik.

Türkiye’de yürürlükte olan kanuni düzenlemelerin de kâğıt üzerinde ve kural olarak bu amaca yönelik yapıldığı var sayılmaktadır. Fakat kendilerine toplum mühendisliği rolü biçenlerin, toplumsal gerçekliğin sonucu olan bu amacı yok sayarak toplumu kendi anlayış ve çıkarlarına göre biçimlendirme irade ve düzenlemelerinden bunun sadece bir varsayım olduğu, uygulamaya yansıtılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu mühendisler, hukuku, sadece yaşadığımız sistem içinde uymak zorunda olduğumuz kurallar bütünü olarak görmek istemektedirler. Bunun içindir ki hukuku kısaca, devletçe konulan ve toplum hayatını düzenleyen kuralların bütünü olarak tarif ederler. Anayasa Mahkemesi 153. Madde ile ilgili kararlarında hukukun biçimsel bir

¹⁰ Muhammed Ebu ZEHRA, A.g.e., s. 238.

tanımını yaparken, “hukuk, toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücüyle desteklenmiş bulunan sosyal kurumlar bütünüdür” şeklinde ifade etmektedir.

Yapılan bu tarif, aslında hukukun uygulanış biçimidir. Hukukun kendisi değildir. Bu tanımda hukukun kaynağı ve amacı belirli değildir. Ayrıca bu tanımdaki “kamu gücü” kavramının tarifi ve anlamı üzerinde henüz bir bütünlük sağlanamamıştır.

Hukukun tanımındaki bu eksikliği fark edenlerden bir kısmı, hukukun amacı ve kaynağını da içeren bir tanımlama yapma gereği hissederek hukuku şöyle tarif etmektedirler. “Hukuk, toplumun genel yararını veya bireylerin ve toplumun ortak iyiliğini sağlamak amacıyla, yetkili makam tarafından konulmuş ve devlet yaptırımlarıyla donatılmış kuralları bütünüdür”. Dikkat edildiğinde bu tanımda da önemli bir kaç soru işareti bulunmaktadır.

Birincisi, “toplumun genel yararı”nın veya “bireylerin ve toplumun ortak iyiliği”nin kıstası ne olacaktır? Bu kıstas hangi değerlere göre tespit edilecektir? İkincisi, devlet yaptırımlarıyla desteklenmiş olan kanuni düzenlemeler, devletin bir ideolojisi varsa, o ideolojiyi benimsemeyenler tarafından gayri meşru olarak görülebilecek mi?

Üçüncüsü, eğer resmi ideoloji, değiştirilmeyi ve kaldırılmayı da yasaklayarak kendini ebedileştirmiş ise, zamanla hükmettiği toplumla çatışabilir ve “hukuk-toplum çatışması” olabilir ki, bu durumda toplumun ve bireylerin ortak iyiliği nasıl sağlanacak?

Hukuk Devleti – Kanun Devleti Ayırımı

Topluluklar halinde yaşayan insanların, kendi aralarında bir düzen ve disiplin oluşturarak yaşamlarını kolaylaştırmaya çalışmaları çok doğal ve gereklidir. Fakat sadece devleti “kamu gücü” olarak kabul edip, devlet adına her türlü kanuni düzenlemeyi yapmak; bu düzenlemelerde gerçek kamu gücü olması gereken halkın, büyük bir kısmını katılıma kapalı tutmak, yürürlükteki kanunî düzenlemelerin nihai anlamda hukuk olarak önümüze gelmesine neden olmuştur. Bunun sonucunda da hukuk ile kanun, hukuk devleti ile kanun devleti karıştırılmıştır.

Cumhuriyetin ilk yıllarında hukuk sisteminin yeniden oluşturulması sırasında, hakk ve hukuk ideal tanımından kopartılarak, devletçe tanınan ve sınırları çizilen kavramlar olarak algılanmış ve hukuk sistemi de bu sınırlılıkla dizayn edilmiştir. İşte bu şekilde dizayn edilen sisteme hukuk sistemi değil kanun sistemi denilebilmektedir. Toplumların oluşturduğu devlet gücünün, sadece devletin yaptığı kanunlarla kendini kayıtlaması da elbette ki hukuk devletini değil, kanun devletini ortaya çıkarmıştır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi hukuk kaynaklarından sadece kanunları, üstelik devlet anlamına alınan kamu gücü tarafından yaptırıma bağlanan kanunları esas alan devlet yapısının hukuk değil kanun devleti olacağı ve olduğu tartışmasızdır.

Bu konuyu bir örnekle açıklayalım:

‘Kamu Düzeni’ kavramı hukukumuzda tarif edilmemektedir. Fakat birçok konu ve ilişki, kamu düzeni kavramı ve uygulamalarıyla kısıtlanabilmektedir. Anayasada ve kanunlarda tarif edilmeyen, uygulayıcıların inisiyatif ve anlayışlarına terk edilen bu kavram sayesinde sistem, istediği konuyu ve ilişkiyi yasaklayabilmektedir. Bunun yolu da 1926’larda atılmıştır:

Medeni Kanunun Tatbiki için çıkarılan 1926 tarihli “Kanunu Medeninın Sureti Mer’iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun”un 2. Maddesinin 2. Bendinde,

“Binaenaleyh yeni kanuna göre intizamı amme ve adabı umumiyyeye mugayir olan kaideler, yeni kanun mer’i olmağa başlar başlamaz hiç bir veçhile tatbik edilemez”,

keza 3. Maddesinde de,

“Kanunun, tarafeynin arzu ve iradelerini nazarı itibara almaksızın, tanzim ettiği muamele ve münasebetler yeni kanunun neşrinden evvel vuku bulmuş olsa bile mer’iyetlerinden itibaren yeni kanuna tabi olurlar”

hükümleri vardır.

Bu demektir ki, 2. Maddeye göre, intizamı ammeye (kamu düzenine) ve adabı umumiyyeye (genel ahlaka), yani Kanunun İsviçre aslına ve İsviçre Toplumunda ve Kanununda benimsenen ahlakî değerlere aykırı olan kaideler, yeni kanun yürürlüğe girer girmez hiç bir şekilde tatbik edilemeyecektir.

Diğer bir deyişle, kanunun yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 gününden önce toplumun bizzat inanç ve örfünden kaynaklanan hukuk kurallarından İsviçre kanun ve ahlakına aykırı olanlar, bir anda inkâr edilecektir. Toplumun kamu düzeni ve ahlakı, toplum mühendislerince bir gecede, vekâletlerini aldıkları halka rağmen, halk adına değiştirilmiş olacaktır.

Yine 3. Maddeye göre, bir gün evvel yürürlükte olan kanuna uygun olarak ve serbest iradelerle yapılmış her türlü muamele ve münasebetler, yeni kanuna tabi olacaktır. Serbest iradelerle ve meşru bir şekilde yürürlükteki hukuka uygun surette yapılan her türlü muamele yeni kanuna, yani İsviçre Kanununun kabul ettiği ahlaka ve hukuk kurallarına uymuyorsa yok sayılacak veya yeni Kanunun yargısına tabi olacaktır. Eşi ve benzerine rastlanması mümkün olmayan bir Kamu Düzeni yaratması ve dayatması örneği...

Hukuk ve Biz

Öncelikle tespit ettiğimiz bir gerçeği ifade edelim: Türkiye’de insanlar ekonomiyle ve siyasetle oldukça yakından ilgilidirler. Ayrıca birçok insan bir ihtiyaç veya bir fobi olarak siyaset ve ekonomi ile birlikte güzel sanatlarla, el sanatlarıyla, tarihle, sosyolojiyle, toplum bilimle ve buna benzer disiplinlerle ilgilenmektedirler. Hatta bu ilgileri çoğu zaman hayati ihtiyaçlarından bile önde gelebilmektedir. Fakat Türkiye’de insanların en az ilgilendikleri alan ‘hukuk’tur. Hatta hukukçularımızın çoğunun bile en az ilgilendiği alan hukuktur. Hukuk birçok uğraşı alanı gibi genellikle ekmek kapısı olarak değerlendirilmekte, bazen de geçmişte İlahiyat Fakültesi mezunlarının ikinci bir üniversite diploması almaya hak kazanmaları ile (bazılarını tenzih ederiz) birlikte sadece bir övünç kaynağı olarak kullanılabilir. Hukukun uygulanışından rahatsız olmayan, şikâyet etmeyen yok gibidir. Sızlanmak sanki öne çıkan yegâne görüntümüz olmuştur. İş adamlarımız hukuktan şikâyet eder fakat kendi aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk ilişkilerini geliştirmezler, kendilerini birbirlerine hasım yapacak genel mahkeme yollarını ararlar da, sulh ve kardeşliğin devamını sağlayacak TAHKİM yolunu akıllarına getirmezler. Getirdiklerinde de yarım saatlik bir seansta bir hoca efendinin hakemliğinde ihtilaflarını halletmeye bakarlar. Paraca büyük işlerini, sırlarına vakıf olunmasın diye masonlara verirler, küçük icra işlerini

de büyütürken üç kuruş burs verdikleri genç avukatlara satarlar, genç hukukçuları hukuk müşaviri yapmayı zül addederler.

Siyasilerimiz, hukukla ancak başları derde girdiklerinde ilgilenirler de, koca koca partiler bir ‘hukuk bürosu’ oluşturmazlar. Hukukla, kanunla ilgilenmeyi gayriislâmi bir meşgale sayarlar da, parlamentoya gittiklerinde kanun yapmaya çalışırlar, daha doğrusu başkalarının yaptığı kanunlara parmak kaldırırılar. Beğenmediklerine de, “ne yapalım nisabımız kifayetsiz idi” derler. Genç hukukçularını daha mezun olmadan siyasete soyundururlar da, gerçek anlamda hukukçuluğa yönlendirmezler.

Hukukçularımızın bir kısmı imkânsızlıklarından ötürü hukuku ekmek kapısı olarak görürler. Bir kısmı da içinde buldukları rahat ortamdan veya iş yoğunluğundan dolayı içinden yetişiş geldiği ve kendisinden beklentileri olan insanlara hukuk adına bir küçük mevzuat olsun ulaştırmazlar. Akademisyen hukukçularımıza söyleyecek fazla sözümüz yok. Zira onlar 40-45 yaşlarına kadar Üniversitelerde kadrolarını sağlamlaştırmaya, sonra da siyasilere veya iş adamlarına müşavir olmaya mecburdurlar. Zira genel rahatsızlığımız olan örgütlenmeme ve sahip çıkmama, onları bu yola adeta mecbur eder. İkbali erken yakalayanlar da zaten vatandaşın küçük işleriyle uğraşmazlar, birileri onları direklerin tepesine çıkarır. Bunların içinden tenzih edeceğimiz bir kısmı ancak bu günlerde bir dernek çatısı altında toplanma düşüncesindedirler.

Arkadaşlar, yaşadığımız son günlerde hukukun önemini kavramayan yok gibidir. Çok geç kalınmış olmakla birlikte hukuka yakınlığımızı, hukuktan yararlanmayı ve en önemlisi hukuk yaratmayı beceremezsek istikbalimizin olamayacağını görmeye başladık. Allah rızasını kazanmanın, yeni tabirle tarihe kayıt düşmenin bu gün için önemli bir yolu da hukuka bağlılık ve hukuku öğrenmekten geçmektedir. Bunun için de herhalde iyi bir hukuk formasyonu gerekir. Peki, nedir hukuk formasyonu?

Hukuk Formasyonu

Çok net ve kısa bir ifadeyle hukuk formasyonu, hak ve hukuk kavramlarının gerek teoride, gerekse pratikte çağrıştırdığı anlamlarını kavrayabilen, gerektiğinde değil, istikbale yönelik olarak hak ve hukuk alanında yaratıcı ve düzenleyici bilgi ve sonuçları ortaya koymaya yatkın beceridir.

Çok kısa olarak ifade ettiğimiz tariften de anlaşılacağı gibi, hukuk formasyonu bir Allah vergisi değildir. Kesbîdir, kazanılabilir ve geliştirilebilir bir çabadır. İki alt dayanağı vardır: Bilgi ve cehd. Bilgi kazanılır, cehd yani gayret veya yönelme irade edilir, istenir. Her ikisi bir araya geldiğinde Allah da o insana hukuk formasyonunu verir.

Bilgiden kastımız, hukuk bilgisi ve hukuk felsefesinin öğrenilmesidir. Bu da hukuk fakültelerinde veya medreselerinde öğrenilebilir. Tabii ki burada öğrenilecek olan hem tabii/ilahi hukuk, hem de pozitif hukuktur. Yürürlükteki hukuk da pozitif hukukun bu günü belirleyen kurallarıdır. Hukuk bilgisi tüm bunları kapsamalıdır. Öğrenilmesi çok kolaydır. Çünkü tüm hukuk sistemleri tabii/ilahi hukuka yönelik yapılmaktadır. En azından bu amaçla yapıldığı var sayılmaktadır. Aykırı ve kasıtlı düzenlemeler, işi karmaşık hale getirirse de hukukun felsefi yanına, diğer bir anlatımla hukukun amacı ve kaynakları konusuna vakıf olunduğunda hukukun öğrenilmesi gerçekten kolaydır. Zor olan, ilahi hukuka aykırı düzenlemeleri yapmak ve uygulamaktır. Bu yüzden ki, hukuku katledenlerin işi, hukuka aşık olanlardan daha zordur.

Hukuk formasyonunun diğerkaynağının cehd yani gayret ve yönelme olduğunu söyledik. Bu da hukukçuda insanî ve toplumsal vasıfların öne çıkması anlamındadır. Herkesin kendine yakışanı yapması anlamında, hukukçunun da hukukçuluğunu ortaya koyması özeldenkendisinin genelde de toplumun hukuki meselelerine sahip çıkması ve çözümler üretmesidir. Bu açıdan bakıldığında bir hukukçunun hukukçuluktan önce siyasete soyunmasını ve çözüm yollarını öncelikle siyasi arenada aramasını çok anlamlı bulmuyorum.

Siyasetin sadece parlamenter anlamda yapılabileceğine dair görüş ve çaba, bu gün artık yerini sivil toplum örgütlenmeleri içinde hukuk siyaseti, ekonomi siyaseti, toplum bilim siyaseti gibi disiplinlere bırakmıştır. Siyaset dün olduğu gibi bu gün de her alanda yapılabilmektedir. Aksini düşünmek, geçmişte Türk hukuk sisteminin laikleşme sürecini en az yüz sene erteleyen Ahmet Cevdet Paşa gibi önemli hukukçu ve siyasetçi ilim adamlarının mücadelelerini bizim gözümüzde anlamsızlaştırır. Bunun içindir ki Ahmet Cevdet Paşa'yı günümüz gençliği tanımamaktadır. Cevdet Paşa iyi bir siyasetçi olduğu kadar iyi bir hukukçudur da. Tanzimat dönemi ve sonrası tüm hukuki düzenlemeler –Mecelle de dâhil- O'nun kaleminden çıkmıştır.

Yakın tarihi bilmek, değerlendirmek ve yararlanmak ta bir siyasettir. Her düşünce tarzının ve disiplininin uygulamaya dönüştürülmesi çabası bir siyasettir. O halde bu anlamıyla siyaset sadece çirkin politika olmaktan çıkarılmış, bir strateji ilmi haline dönüşmüştür. Tabii ki bu strateji ilminin hukuk alanında da gerçekçi yansımaları hukuk siyasetini oluşturacaktır. İşte hukuk formasyonu dediğimiz budur.

Hukuk Formasyonu Herkese Gerekli mi?

Yukarıda belirlemeye çalıştığımız şekliyle hukuk formasyonu öncelikle hukukçulara gereklidir. Ancak siyaseti sadece politik arenada aramayacak isek, -ki aranması lüzumuna değindik- herkesin kendisine lazım olacak kadar hukuk formasyonuna sahip olması gerekir. Yukarıda en başta hakk'ın tarifini yaparken, kişinin kendi hukukuna malikiyet olduğunu söylemiştik. Kendi hak ve hukukunu bilmeyen kişinin, buna malik olmasının mümkün olamayacağı aşikardır. O halde kendi hukukuna sahip olacak kadar hukuku bilmek, kişinin kendi çapında hukuk formasyonuna sahip olması demektir.

Burada değinmeden geçemeyeceğimiz önemli bir hususun altını çizmekte yarar vardır. Günümüzde sivil toplum örgütleri, öncelikle kendi ilgi alanlarında ve kendilerinin üyesi bulunan insanların problemlerini çözmek yerine, önceliklerini global anlamda tüm ülkeyi ve dünyayı ilgilendiren sorunlara sahip çıkmaya vermektedirler. Görünürde oldukça fotojenik ve görüntüyü kurtarmaya elverişli olmakla birlikte, kendi alanında başarılı olmayı ve netice almayı denememiş kuruluşların, daha geniş boyutta problemleri çözmeye yönelik sonuçlara ulaşması mümkün değildir. Olmadığını da yaşadığımız son üç yıl içinde daha belirgin olarak görmekteyiz.

İşte meslek adamı formasyonu olarak ifade edeceğimiz mesleki kuruluşların yöneticilerinin işlevi de, hukuk formasyonuna sahip olması gereken hukukçuların işlevi gibi olmalıdır. Ürettiğimizi önce kendimiz beğeneceğiz, sonra da görücüye çıkaracağız. Her anlamlı çabanın anlamlı muhatabı ve alıcısı bulunur. Kaliteli siyaset veya siyasette toplam kalite diye ifade edilen, ancak şu an konumuz dışında olan gelişme de bunun ifadesidir.

Her biri kaliteli siyasetin olabirliklerini öğrenmeye ve uygulamaya çalışan bu topluluk, her alanda formasyona sahip olamayacağı gibi, hukuk alanında da üstün bir

formasyona sahip olamayabilir. Fakat hukuk alanında kendi hukukuna malikiyet için asgari oranda hukukla ilgili, hukuku üretmeye dönük ve hukukun neticelerine katlanabilen bir anlayışın sahibi olmalıdırlar kanaatindeyim.

Siyasette kalite için bu önemli bir gerekliliktir. İçinde hukukun bulunmadığı bir siyasî mücadelede elde edilen sonucun, hukuka aykırı düzenleme ve uygulamaların sahiplerinin sistemlerinden farkı olmayacaktır.

Hak Arama

Hak arama öncelikle insan için bir erdemdir. Hak arama erdeminin farkında olmayanlar için bu bir anlam taşımasa da, kendi şahsında tadacağı hukuka aykırı işlem ve eylemlerden dolayı geç kalmış olacaktır.

Hak arama aynı zamanda her vatandaşın anayasal ve kanuni hakkıdır. Kişilerin anayasal ve kanuni haklarını kullanmaları sadece hakları değil aynı zamanda ve daha etkin olarak görevleridir. Bu görev hiç bir şekilde ertelenemez, devredilemez. İnsanlık onuru kişilerin temel hak ve ödevlerini ertelemelerini veya devretmelerini reddeder.

Türkiye'nin gündemini uzun yıllardır işgal eden her türlü yasaklamalar, insanlık onurunun tezahürü açısından bir turnusol görevi görmektedir. Bu görevde her türlü ulusal ve uluslararası hukuki düzenleme ve anlaşmalardan doğan hakların kullanılmasında, öncelikle bu hakların nelerden ibaret olduğunun bilinmesinden geçmektedir. Netice alınmayacağı kuşkusuyla hakkın talep edilmesinden vazgeçmek; insanların öncelikle kendilerine duymaları gereken saygının, sonra da insanlığa duyması gerekli saygının, üçüncü olarak da sadece insan olma şerefine gerektirdiği görevlerin unutulmasına yol açacaktır.

Hukukun insan için, her şeyden önemli olduğunu, hatta yaşadığı topraklardan da önemli olduğunu ifade edebilmek için Konfiçyüs'den bir öykü anlatılır:

Konfiçyüs, öğrencileri ile birlikte gezinirken yolda rastladığı bir kadına niçin ağladığını sorar:

Kadın, bulunduğu bölgedeki yırtıcı bir kaplandan şikâyetçidir. Kocasını ve oğlunun ve de ailesinden birkaç kişinin bu kaplan tarafından parçalandığını söyler.

Konfiçyüs, kadına, neden başka bir ülkeye gitmediğini sorar:

Kadın, yaşadığı topraklardaki devletin insanlara baskı yapmadığını, gidebileceği başka yerlerde baskıya maruz kalıp kalmayacağını bilemediğini söyler.

Mitolojik de olsa bu örnek, özgürlüğün, adaletin, bir başka ifadesi ile hak ve hukukun insanlar için ekmek ve su kadar, hava kadar hatta canı kadar önemli olduğunu, hiçbir şeyle değiştirilemeyeceğini ifade etmektedir.

Daha eski çağlarda insanların kendi ülkelerinde hangi tür kurallarla idare edilecekleri konusunda bilgi sahibi olma arzuları, bu gün daha çok önem kazanmıştır. Ülkemizde, gerek genel eğitim seviyesinin düşük olması, gerekse insanlarımızın gelecek kaygısı ile eğitime yeteri kadar önem verememeleri, insanların en temel hak ve özgürlükleri ile içinde yaşadıkları topluma karşı görevleri konusunda yeterli donanımı sağlayamamalarına yol açmıştır.

İnsanımızın, devletin soğuk yüzünü her ilişkide hissetmesi ve her başvurusunda olumsuz karşılanması, bir dilekçe dahi yazamayan aydınların varlığı sonucunu doğurmuştur.

Sonuç

Hakkın kısa ve öz tarifi, **kişinin kendi hukukuna malikiyettir**. Hakkına kavuşmak için talepte bulunmayanlar kadar hakkına kavuşmak için sadece politikayı tercih edenlerin hakları kullanmaya ehliyetleri ve imkânları da olmayacaktır.

Halkın gönlünde güzide bir yer tutamamış veya bir dönem için tutsa bile bunu hukuki dayanaklarına kavuşturamamış aydınların ve siyasilerin, çözümlerini bırakın gerçekleştirmesi, sunması dahi mümkün değildir. Çok spesifik ve palyatif olmamak kaydıyla sorunlara pratik çözümler ve örneklikler de uzun soluklu ve çok yönlü mücadelenin hukuka ilişkin bir parçası olarak düşünülebilir. Herkesin tamamen teorisyen veya tamamen pratisyen olamayacağı bir gerçek ise, dayatan sorunların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla yapılacak çalışmalara katılmak zorunluluğu da dayatan bir gerçektir. En azından bu başarılabilir. Fakat bu söylediklerim hukuki ve siyasi mücadelenin tamamını kuşatmaz. Siyasi mücadeleyi, genel anlamdaki mücadelenin bir diğer önemli parçası olan hukuki mücadele ile tamamlamak bir zarurettir.

Siyasî ve hukukî mücadelenizde hukuka bağlılıktan ayrılmamak, hukuka katkıda bulunmak kayıt ve şartıyla hepinize başarılar diliyorum.