

## HER TÜRLÜ “SON” İÇİN GEREKLİ “HUKUK FORMASYONU”<sup>167</sup>

### HAK VE HUKUK KAVRAMLARI

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, verilış gayesine uygun olup olmamasının değerdendirilmesi 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:

---

<sup>167</sup> Bu Tebliğ, Fazilet Partisi'nin oluşturduğu “Siyaset Okulu” programında 27 Şubat 1999'da Üsküdar İlçesinde, 6 Mart 1999'da da İstanbul İl Merkezinde Ders olarak sunulmuştur. (M. BALCI)

## Kadım 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, Kadım Hukuk Öğretisinde iki farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Birincisi, "*Tabii 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 doğustandır. O halde bireyin hak sahipliği tanınmalı, özgürlük durumu hukuksal forma kavuşturulmalıdır.<sup>168</sup> 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 olduğu<sup>169</sup> ileri sürülse de topluma hâkim olan burjuva sınıfının haklarının öncelikle 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.<sup>170</sup>*

<sup>168</sup> M. Semih GEMALMAZ, *ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GENEL TEORİSİNE GİRİŞ*, (İstanbul, Beta Basım Yay. 1997), s.315.

<sup>169</sup> İlhan F. AKIN, *TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER*, 3. Baskı, (İstanbul, Fakülteler Matbaası 1971), s.109.

<sup>170</sup> İlhan F. AKIN, a.g.e., s. 111

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 öğretisi 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.<sup>171</sup>

Buna karşılık insanların fitratında var olan, zihninde, idealinde ve gönlünde yaşayan "*doğal hukuk*", devletlerce yeterince benimsenirse de insanın düşünmeye başlamasından bu yana kişiliğinde saklanmış ve geliştirilmiştir.<sup>172</sup>

Başlangıçta, "*insanlar birey olarak yaşayabilmeleri veya toplumdışı kalabilmeleri mümkün olamayacağından, toplumun kurallarına uymak zorundadırlar*" görüşünden yola çıkmış;

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 savaşımlara 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 dö-

<sup>171</sup> İlhan AKIN, a.g.e., s.113

<sup>172</sup> Ahmet MUMCU, *İNSAN HAKLARI & KAMU ÖZGÜRLÜKLERİ*, (Ankara, Savaş Yayınları, 1994), s. 7.

nemi 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.

*"Eski Yunan'a hükümet darbeleri yoluyla geçen demokrasinin akabeti, 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. Vatandaşını düşmana satmakta sakınca görmedi. Romalılar her sitede kapılarını açmaya hazır bir parti buldular ve Eski Yunan, Roma egemenliğine böyle girdi."<sup>173</sup>*

Bu sözler bize değil, bizzat Batı'nın kendi içinden yetiştirdiği Batılı anlayışa sahip düşünörlere 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"<sup>174</sup> algılanmış ve gerçekleşmiştir.

O halde, konumuza demokrasinin tarihinden de örnekler verecek 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 yükümlölüklerdir. Bu hak ve yükümlölükler 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

<sup>173</sup> İHTİLALLER VE DARBELER TARİHİ, Trc.: Sabiha BOZDAĞLI, (İstanbul, Cem Yay., 1974), s. 11.

<sup>174</sup> İlhan F. AKIN, a.g.e., s. 23.

idari düzenlemeler sayılmaktadır. Bunun yanı sıra tüm milletleri kapsayan BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 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 itibarıyla ele almak istiyoruz. Zira tüm hukuk sistemlerinde örf, hukukun kaynakları arasında –uygulama alanı az olsa da– zikredilmektedir.

## Örf

Örf, lügatte maruf yani bilinen manasındadır 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 dâima müstahsen olan adetlere utlak 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 fiili olduğu halde, adet ve teamül sadece fiilidir.”<sup>175</sup>*

Örf ve âdet 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.<sup>176</sup>

Yürürlükteki hukukta örf bu şekilde anlaşılakta 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, uyuşmazlığın taraflarının iradelerine aykırı olma-

<sup>175</sup> Bkz: TÜRK HUKUK LÜGATİ, “Örf” Maddesi. Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1991, Başbakanlık Basımevi. Pdf için Bkz: [http://www.muhammedbalci.com/Turk\\_Hukuk\\_Lugati.pdf](http://www.muhammedbalci.com/Turk_Hukuk_Lugati.pdf)

<sup>176</sup> Yasemin IŞIKTAÇ, “Örf ve Adet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırd Edici Özellikler”, Argumentum Dergisi, s. 27, (İst: 1992)

ması, 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:

*“Hâkim, hadiselerin külli hükümlerini, bizzat olayı ve insanların hallerini bilmelidir ki, bu sayede doğru ve eğriyi birbirinden ayırt etsin; sonra birini ötekine mukayese yap-sın, olay için gereken hükmü versin ve bu gerçeğe aykırı düşmesin. Örf ile fetwa veren müftî de zamanı ve çağındaki insanların hallerini, bu örfün âmî, hass ve nass’a aykırı olup olmama cihetlerini bilmelidir. Ayrıca iyi bir hocanın elinde yetişmiş olmak, bir kısım mesele ve delilleri bilmekle yetinmemelidir.”<sup>177</sup>*

Türk İdare Hukuku müellifleri de kanuni düzenlemelerde çok açık olmamasına rağmen, örf kaidelerini hukukun kaynakları arasında göstermekte<sup>178</sup> 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 itti haz etmiş bulunduğu hareket tarzını bir veya birkaç fert karşısında değiştirmesine manidir. İdari teamüller denen bu örf kaideleri idare hukukunda birer hukuk kaidesi sayılmak lazım gelir.”<sup>179</sup>*

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

<sup>177</sup> Muhammed Ebu ZEHRA, A.g.e., s. 238.

<sup>178</sup> Eren SOLMAZ, İDARE HUKUKU, İstanbul Üniversitesi Açık Ve Uzaktan Eğitim Fakültesi İdare Hukuku Adalet Programı, [http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/adalet\\_ao/idarehukuku.pdf](http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/adalet_ao/idarehukuku.pdf)

<sup>179</sup> Sıddık Sami ONAR, İDARE HUKUKUNUN UMUMİ ESASLARI, İsmail Akgün Matbaası İst: 3. Baskı.

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 oldu ğumuz 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 tanımını yaparken, *“hukuk, toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücüyle desteklenmiş bulunan sosyal kurullar 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 kurallar bütünüdür*”.<sup>180</sup> Dikkat edildiğinde bu tanımda da önemli birkaç 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 gayrı meşru olarak görülebilecek mi?

Üçüncüsü, eğer resmî 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 olmuş-

<sup>180</sup> Mehmet Fikret GEZGİN – Halil İbrahim SARIOĞLU, *HUKUKUN TEMEL KAVRAMLARI*,

<http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kok/hukukuntemelkavramlari143.pdf>

tur. 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 Kanun’un 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 muğayir olan ka-ideler, yeni kanun mer’i olmağa başlar başlamaz hiçbir vehile 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 hiçbir 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 mü-nasebetler, yeni kanuna tabi olacaklardır. 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**

Hukuk soyut ifadelerden/normlardan ibarettir.<sup>181</sup> Hukukun soyut ifadelerini (normlarını) hayata geçirmede, bir başka deyişle hukukun hâkimiyetini gerçekleştirmede kamu gücü esas olmasına karşın, hukukun anlaşılır, algılanabilir, ölçülebilir ve uygulanabilir olmasını sağlayacak, hukuku ve hukukun yöneldiği adaleti bir ide olarak yaygınlaştıracak birinci unsur hukukçulardır. Bu yönüyle

<sup>181</sup> “Gündelik hayatın temel kavramlarından biridir hukuk. Herkesin "arayıp da bulamadığı", hukuk dışı yollara başvurmaya en meyilli kişilerin bile ağzından düşürmediği, devletin hem prestiji hem de kendi varlığı açısından hiçbir zaman vazgeçemediği, ama nedense genellikle muktedirlerin lehine tecelli eden bir "adaletin" taşıyıcısıdır o. En zorba kanunları da en temel hak taleplerini de içeren bir genişlikte tanımlandığı sürece soyut bir değer olmaktan kurtulamaz.” Bağış ERTEN, “Yeni Bir Hukuk Siyaseti”,

<http://www.gelecek.gen.tr/sayi14/yenibirhukuk.htm> (Erişim 8.3.2019)

**hukukçuluk, hukuku üretmeye, yaygınlaştırmaya, hukukun hâkimiyetini sağlamaya yönelik faaliyet icra edenlere** atfedilen bir adlandırmadır. Hukukçuların bu fonksiyonlarını işletebilmeleri için bağımsızlıklarından bahsedilmiş ve hukuk düzenlerinde mümkün olduğunca bu bağımsızlık sağlanmaya çalışılmıştır. Hâkim teminatı ve avukatların kamu hizmeti de yapıyor sayılmaları buna örnek verilebilir. Dolayısıyla bağımsızlığı sağlanan hukuk mensuplarının işlevleri olan yargıda da bağımsızlık şarttır ve buna yargı bağımsızlığı demektedir. Burada bağımsızlık, tarafsızlık ve "hukuk adına" anlamında bir bağımsızlıktır.

Diğer yandan, insanımızla ve tabii ki hukukçularımızla ilgili bir tespitimizi ifade edelim: Türkiye’de insanlar ekonomiyle ve siyasetle yakından ilgilidirler. Ayrıca birçok insan bir ihtiyaç veya hobi olarak siyaset ve ekonomi ile birlikte güzel sanatlarla, tarihle, sosyolojiyle, toplum bilimi ve buna benzer disiplinlerle ilgilenmektedir. Hatta bu ilgilerinden bazıları çoğu zaman hayati ihtiyaçlarından bile önde gelebilmektedir. Bununla birlikte Türkiye’de insanların en az ilgilendikleri alan hukuktur. Hatta hukukçularımızın çoğunun bile en az ilgilendiği alan hukuktur. Hukuk, birçok uğraşı alanı gibi genellikle ekmek kapısı olarak değerlendirilmekte, bazen politika yapmanın, bazen ticari hayatta kartvizit olarak kullanmanın, bazen de sosyalleşmenin gereği gibi sivil toplumculuk yapmanın vesilesi 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<sup>182</sup> yolunu akılla-

Türkiye’de hukuktan ve hukuk sisteminden, 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<sup>182</sup> yolunu akılla-

<sup>182</sup> Allah’ın tavsiye ettiği birincil yargı yolu olarak TAHKİM için Bkz: Muharrem BALCI, *İHTİLAFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE TAHKİM*, Danışman Yayınları, İst: 1999.

rına getirmezler. Getirdiklerinde de yarım saatlik bir seansta bir hoca efendinin hakemliğinde ihtilaflarını halletmeye bakarlar. Paraca büyük işlerini, ihtilaflarını, sırlarına vakıf olunmasın diye düşünce, inanç ve eylemlerini olumlamadıkları kişilere teslim ederler, küçük icra işlerini de büyütürken üç kuruluş burs verdikleri genç avukatlara yıkarlar, genç hukukçuları hukuk danışmanı ve avukatı 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, inandıklarının aksini yaparlar.<sup>183</sup> Beğenme/becereme/diklerine de “*ne yapalım nisabımız kifayetsiz idi*” derler. Genç hukukçularını daha mezun olmadan siyasete soyundururlar da gerçek anlamda hukukçuluğa yönlendirmezler.

<sup>183</sup> Bu ifademizi abartılı bulanlar olacaktır. Ancak bu iddiamızı örnekleyebiliriz. Maliye Bakanı Naci AĞBAL; “Şans oyunlarına cazibeyi artıracamız” <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/bakan-agbaldan-sans-oyunlariyla-ilgili-kritik-aciklama-cazibeyi-artiracamaz-40720124>. (Erişim 8.3.2019)

19.7.2018 tarihli Torba Yasa ile şansoyunları hakkında yapılan düzenleme “Kumarı Teşvik Yasası” olarak adlandırıldı. Torba Yasa ile şans oyunları/kumar’ın hem ikramiye oranları hem de oynanma sıklıkları artırıldı. Yasayı kabul için kalkan ellerin Cumhurbaşkanı dâhil kahir ekseriyeti şans oyunlarını kumar olarak algılayan siyasiler. Ancak “devlet” istediğinde ‘hatıra’ veya ‘ikbale’ binaen parmak kaldıramışlardır. Resmî Gazete’nin 29.8.2014 tarihli sayısında yer alan tebliğe göre, Özelleştirme Yüksek Kurulu 15 Temmuz tarihinde yapılan ihale sonucunda Piyango, Hemen-Kazan, Şans Topu, On Numara, Süper Loto ve Sayısal Loto oyunları ile izin verilebilecek diğer şans oyunlarının 10 yıllık lisansının, 2,755 milyar dolar bedelle en yüksek teklifi veren Net Şans-Hitay Ortak Girişim Grubu’na verilmesine onay verdi. İhale Şartnamesinde belirlenen (**izin verilebilecek diğer şans oyunları**) ibaresi ile şans oyunları çeşidi 2021 itibarıyla 40’ı geçmiştir. 2011 tarihinde Yeşilay Genel Başkanı olarak dönemin Başbakanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan ile Başbakanlık Konutunda yaptığımız görüşmede, Milli Piyango ve diğerlerinin *şans oyunları* olduğunu söyleyen dönemin Maliye Bakanına Sayın Başbakan, “*Ne şansoyununu ... Bal gibi kumar*” demiş, ancak 3 yıl sonra şans oyunları/kumar özelleştirilerek kumarın cazibesi artırılmış, geleceğimizin teminatı çocuklarımız, gençlerimiz cep telefonlarından kumar oynama imkanına(!) kavuşturulmuştur. “(M. BALCI)

Hukukçularımızın bir kısmı imkânsızlıklarından ötürü hukuku ekmek kapısı olarak görürler. Bir kısmı da içinde buldukları rahat ortamdan veya iş yoğunluğundan dolayı içinden yetişip 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 sağlamaştırmaya, 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.

Ulus devletin hukuka aykırı dayatmalarına karşılık ‘kendiliğinden sivil toplum’ olgusu, günümüzde hukukun önemini her kesime kavratmaya başladı. Çok geç kalınmış olmakla birlikte hukuka yakınlığımızı, hukuktan yararlanmayı ve en önemlisi hukuk yaratmayı beceremezsek istikbalimizin olamayacağını görmeye başladık. Kendimize saygımızın, insanımıza hizmetin, Allah rızasını kazanmanın (yeni tabirle tarihe kayıt düşmenin), bugün için önemli bir yolu da hukuka bağlılık, hukuku öğrenmek ve hukuku yaygınlaştırmaktan geçmektedir. Bunun için de herhalde iyi bir hukuk formasyonu gerekir. Peki, nedir hukuk formasyonu?

### **HUKUK FORMASYONU (HUKUK BAKIŞ AÇISI VEYA GENEL HUKUK DİSİPLİNİ KAVRAYIŞI)<sup>184</sup>**

Formasyon terimi, kültür terimi ile yakından ilintilidir. Kavramı aşağıda kendi lisanımızla anlatacak olmakla birlikte, formasyon kavramına ve ilintili olduğu misyon ve vizyon kavramlarının lisanımızdaki karşılıklarına itibar etmeyecekler için daha bir anlaşılır olması düşüncesiyle Latince edebiyattan izahlar bulmaya çalışalım.

<sup>184</sup> Bu bölümde M BALCI; Her Türlü “Son” İçin Gerekli “Hukuk Formasyonu” konulu Tebliğimizden yararlandık. <http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/tebligler/6.pdf>

‘Kültür’ terimi 18. yüzyılla birlikte ortaya çıkmıştır. 19. yüzyılda özellikle ‘tekel kültür’ karşılığı olarak ‘erudition’, ‘habitus’, ‘cultura animi’, ‘forma mentis’ ve nihayet bu son terimden devşirilerek ‘formasyon’ terimi kullanılır olmuştur.<sup>185</sup>

*Formasyon terimine ulaşmadan önce, Latince ‘erudition’ fiili, kaba saba olmaktan çıkmak anlamına kullanılmakta iken, sonraları ‘habitus’ fiili, bilgi ve eğitim yoluyla belirli alışkanlıklar edinme ve eylem tarzları geliştirme yeteneği sayesinde doğa yanında insana özgü ve insana ait bir “ikinci doğa” içinde yaşamak anlamına kullanılmaya başlandı. Cicero’nun kullandığı terim ise cultura animi’dir. Terim, insan nefsinin terbiye edilmesi anlamında kullanılmıştır. Cicero, terimi, başlangıçta “doğal” bir malzeme, bir içgüdü ve iştiha varlığı, bir hammadde, nefesine düşkün bir hayvan olarak gördüğü insanın işlenmesi, yetiştirilmesi ve eğitilmesi anlamında kullanmakla; terimin bugün de anlamaya devam ettiğimiz bir temel yönünü ilk kez belirtmiştir. Öyle ki, tek insanın gerekli bilgileri edinerek, akıl yürütme, belli ilkelere göre eylemde bulunma, nefesine hâkim olma, zevk ve eleştiri yeteneğini geliştirme ve gitgide “kişilik” sahibi olma hâline “kültür” demeye bugün de devam ediyoruz.<sup>186</sup>*

Yine cultura animi’ye karşılık 19. yüzyılda Skolastik felsefeden gelen forma mentis terimine rastlanır. Nefse hâkim olmak, ruhu eğitmek, bilgilenmek, yetişmek anlamlarına gelen<sup>187</sup> bu terimden ‘formasyon’ terimine geçildiğini saptıyoruz. Özellikle formasyon terimini, bugün de bir ölçüde “tekel kültür”e karşılık olarak kullanıyoruz. Aynı 19. yüzyıl, “tekel kültür”ün, erudition’un, habitus’un, formasyon’un gerçekleşme ortamını kentlerde görmüş, kendi Aydınlanmacı görüşü doğrultusunda, kırsal kesimde yaşayanların “yontulmamışlık”ları, “işlenmemişlik”leri karşısında kentlerde yaşayanların “işlenmiş” ve “incelmiş” yaşama biçimlerinin üstünlüğüne dayanan bir önyargıyla, “çoğul kültür” karşılığı olabilecek bir terim olarak civilite (kentlilik) terimine başvurmuştur.<sup>188</sup> Gerçekten de içinde bulunduğumuz iletişim toplumu dönemi itibariyle etki-

<sup>185</sup> <http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=580>

<sup>186</sup> <http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=580> Ayrıca Bkz: Taylan MARAL, Kültür ve Kimlik Tanımlamalarına Sosyo-Kültürel Bakış, <https://taylanmaral.wordpress.com/2016/01/04/kultur-ve-kimlik-tanimlamalarına-sosyo-kulturel-bakis/> (Erişim 8.3.2019)

<sup>187</sup> TDK, formasyon terimini, biçimlenme, belirli bir düzeyde eğitim görme, yetişim olarak karşılamaktadır.

<sup>188</sup> <http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=580>

lenmenin kaçınılmaz olduğu inkâr edilmeyeceğinden, fakat yukarıdaki ayrımcılığı öngören bakışı mutlaklaştırmadan, hatta öncelemeden, konuyu hem tekil kültür anlamında (formasyon), hem de çoğul kültür anlamında ‘kentlilik’ kültürü içinde de değerlendirmek gerekmektedir. Zira konu bir yönüyle tekil kültür sorunu olup bireysel olarak işlevselliği, diğer yönüyle kentlilik gereği çoğul kültür sorunu olup toplumsallığı irdelemeyi gerektirmektedir.

Aydınlanma felsefesi tekil kültür-çoğul kültür ayrımı ile toplumu ve toplumculuğu atomize ederek kültürde ve yaşayışta parçalanmayı işaretlemiş, sonrasında da bu parçalanmışlıktan sivilleşme ve bireyselliği ön plana çıkmış bir sivil toplum hedeflemiştir. Hâlbuki biz hiçbir düşüncenin ve oluşumun tabiattan ve tabiatın yasalarından, bir başka ifadeyle fitratın kanunlarından/Sünnetullah’dan bağımsız gerçekleşmeyeceğine, nihai yönelimin Sünnetullah’a doğru olduğuna ve seçeneklerin tarihi gerçeklikler yanında ilahi kuraları da işaretlediğine, dolayısıyla insanın tabiat, hemcinsleri ve yaratıcısı ile ilişkilerinin parçalanamazlığına inanıyoruz. Bu inancımız, formasyon kavramı gibi diğer birçok kavramı bireysel ve toplumsal sorumluluğumuz çerçevesinde anlamlandırılmayı ve değerlendirilmeyi gerekli kılmaktadır.

Konunun tam da burasında Fatıha Suresindeki “*İyya kena’budu ve iyyake nestain*”de ifadesini bulan, tekil olarak fakat çoğul sigasıyla “*biz yalnız sana kulluk eder, yalnız senden yardım dileriz*” ayetinde söz vererek, tek başımıza hepimiz için dua etmekte olduğumuzu hatırlamalıyız. Bu birlikte yaşama kültürünün en veciz ve sorumluluk ifadesidir. Müslüman toplulukların yaşadığı topraklarda birlikte yaşama kültürünün varlığı, bizi gelecek tasavvurumuzda hiç yalnız bırakmadı ve bırakmayacak.<sup>189</sup>

O halde, yukarıdaki izahlardan da yararlanarak ve az ileride biraz daha açılımını yapacağımız şekilde çok net ve kısa bir ifadeyle **hukuk formasyonunu**, ‘*hak ve hukuk kavramlarının gerek teoride gerek-*

<sup>189</sup> Nur Zelal CEYLAN, *Birlikte Yaşamak*, <http://www.muhammedbalci.com/oykuler/paylasim/8.pdf>

*se pratikte çağrıştırdığı anlamlarını kavrayabilen, gerektiğinde değil, istikbale yönelik olarak hak ve hukuk alanında yaratıcı ve düzenleyici bilgi ve sonuçları ortaya koymaya yatkın beceri’ olarak tanımlayabiliriz.*

Tarıftan de anlaşılacağı gibi, hukuk formasyonu bir **Allah vergisi (vehbî) değildir. Kesbidir, kazanılabilir ve geliştirilebilir bir çabadır.** İki alt dayanağı vardır: **Bilgi** ve **cehd**. Bilgi kazanılır, cehd yani gayret veya yönelme irade edilir, istenir. Hukuk bilgisi ve hukuk bilgisini insanın tüm ilişkileri kapsamında uygulamaya yönelim bir araya geldiğinde hukuk formasyonu oluşur. İşte bu donanımı ‘*hukuk formasyonu*’, ‘*hukuk bakış açısı*’ veya ‘*genel hukuk disiplini kavrayışı*’ olarak tanımlıyoruz. Burada elbette bilgi ve cehdin, insani özelliklerden ve tabiatın kanunlarından bağımsız olduğu düşünülmecektir.

Bilgiden kastımız, hukuk bilgisi ve hukuk felsefesinin öğrenilmesidir. Bu da hukuk fakültelerinde veya hukuk zeminlerinde öğrenilebilir. Tabii ki burada öğrenilecek olan hem ilahi hukuk hem de pozitif hukuktur. Yürürlükteki hukuk da pozitif hukukun bugünü belirleyen kurallarıdır. Hukuk bilgisi tüm bunları kapsmalıdır. Öğrenilmesi çok kolaydır. Çünkü tüm hukuk sistemleri ilahi hukuka ve tabii 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 yüzdendir ki, hukuku katledenlerin işi, hukuka âşık olanlardan daha zordur.

Hukuk formasyonunun diğer kaynağının cehd yani gayret ve yönelme olduğunu söyledik. Bu da hukukçuda ve temel haklar aktivistinde<sup>190</sup> insanî ve toplumsal vasıfların öne çıkması anlamındadır. Herkesin kendine yakışanı yapması anlamında, hukukçunun

<sup>190</sup> Temel haklar aktivisti veya benzeri terim ve açılımlar dönemsel ifadelerdir. Dönemsel olarak ve ihtiyaca göre bunlar değişecek, kendi hukukumuzla malik olma bağlamında kavram ve açılımlar geliştirilecektir. “Kelimelemin ‘giderek’ bir vadin sakinleştirici etkisini kazandıkları dönemler gibi, acı duyup şikâyet etmemize yol açtıkları dönemler de vardır” Eric HOFFER, “AKLIN MUHTERİS ÇAĞI”, s. 90.

hukukçuluğunu, temel haklar aktivistlerinin de alanındaki mevcut birikimini ortaya koyması, özelde kendisinin genelde de toplumun hukuki sorunlarına sahip çıkması ve çözümler üretmesidir.

Siyasetin sadece parlamenter anlamda ve parti örgütlenmeleri içinde yapılabileceğine dair görüş ve çaba, bugün artık yerini sivil toplum örgütlenmeleri içinde hukuk siyaseti, ekonomi siyaseti, toplum siyaseti gibi disiplinlere bırakmıştır. Aslında siyaset dün olduğu gibi bugün de her alanda yapılabilmektedir. Aksini düşünmek, geçmişte Türk hukuk sisteminin laikleşme sürecinde dahi ilahi, evrensel ve tabii hukuk kavram ve kurallarının özdeyişler halinde bilincimizde kalmasını, bu kurallardan nemalanmamızı sağlayan Ahmet Cevdet Paşa<sup>191</sup> gibi önemli âlim, hukuk ve siyaset adamlarının mücadelelerini bizim gözümüzde anlamsızlaştırır. Geçtiğimiz 100 yıllık dönemin yanlış yönlendirmeleri nedeniyle ki, Ahmet Cevdet Paşa’yı günümüz gençliği tanımamaktadır. Cevdet Paşa iyi bir tarihçi, iyi bir matematikçi, iyi bir dilci ve devlet adamı olduğu kadar iyi bir hukukçudur da. Tanzimat dönemi ve sonrası tüm hukuki düzenlemeler –Mecelle de dâhil– Paşa’nın kaleminden çıkmıştır.<sup>192</sup> O halde hukuk siyaseti anlamında, hukukun yaygınlaştırılması için her platformun değerlendirilmesi ve hukuk bakış açımızın yansıtılmasına çalışılması gerekmektedir.

<sup>191</sup> Yusuf HALAÇOĞLU, Mehmet Akif AYDIN, *CEVDET PAŞA, XIX. yüzyılın ünlü Türk âlimi ve devlet adamı*. <https://islamansiklopedisi.org.tr/cevdet-pasa>

<sup>192</sup> Ahmet Cevdet Paşa’nın Mecelle ve hukuk hayatımıza katkıları için Bkz: M. BALCI; *Tanzimat’tan Günümüze Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili*. <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/52.pdf>

MECELLE’nin, evrensel hukuk kurallarını içeren ilk 100 maddesinin sadeleştirilmiş hali için Bkz: M. BALCI; *TANZİMAT’TAN GÜNÜMÜZE Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili*, TMKV Osmanlı’nın 700. Kuruluş Kutlamaları Programında sunulu Tebliğ. Ayrıca;

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE SÛRET-İ HATT-I HÛMAYÛN İlk 100 Maddesi(Külli Kaideler)

<http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/belgeler/232.pdf>

Ahmet ŞİMŞİRGİL – Ekrem Buğra EKİNCİ, *AHMET CEVDET PAŞA VE MECELLE*, IQ Sanat ve Yayıncılık, İst: 2016.

## Hukuk Formasyonu Herkese Gerekli mi?

Yukarıda belirlemeye çalıştığımız şekliyle hukuk formasyonu öncelikle hukukçulara gereklidir. Ancak siyaseti sadece politik arenada aramayacak isek, –ki aranmaması 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 olmayacağı aşikârdır. O halde kendi hukukuna sahip olacak kadar hukuku bilmek, kişinin kendi çapında hukuk formasyonuna sahip olması demektir.

Aslında bir nevi hukuk kültüründen bahsediyor gibi görünsek de kültür her zaman kişinin mutlaka uyması veya savunması değil, bilmesi gerekenleri ifade etmektedir. Bu yönüyle belki de değerli hukukçu Emir Kaya’nın *“hukuk zihniyeti”* olarak ifade ettiği zihni çabaya daha çok yaklaşmaktayız<sup>193</sup>.

Burada değinmeden geçemeyeceğimiz önemli bir hususun altını çizmekte yarar vardır. Günümüzde sivil toplum örgütleri olarak kendilerini ifade edenlerin bir kısmı, öncelikle tanımlanmış ilgi alanlarının ve üyelerinin (ilgi alanları kapsamında) problemlerini çözmek yerine –kerameti kendinden menkul otonomilerinin yansıması şeklinde– her soruna eğilerek, bunların çözümüne ışık tuttıklarını zannetmektedirler. Bir şekilde en geniş anlamda tüm ülkeyi ve dünyayı hatta uhrevi hayatı ilgilendiren sorunları çözdüklerini ifade etmektedirler. Görünürde oldukça fotojenik ve görüntüyü kurtarmaya elverişli olmakla birlikte, kendi alanında başarılı olmayı ve netice almayı denememiş, küçük ve tanımlanmış sorunları çözmeyi başaramamış kuruluşların, daha geniş boyutta problemleri çözmeye yönelik sonuçlara ulaşması mümkün değildir.

Bu yüzden ki, sivil toplumculuk formasyonu olarak ifade edeceğimiz, sivil toplum kuruluşlarının yöneticilerinin işlevi de hu-

<sup>193</sup> ‘Kültür’, ‘hukuk kültürü’, ‘hukuk zihniyeti’, ‘hukuk nosyonu’ kavramları için bkz: Emir KAYA; *HUKUK ZİHNİYETİ*, Ankara 2016, Adalet Yayınevi.

kuk formasyonuna sahip olması gereken hukukçuların işlevi gibi olmalıdır: Bu işlev, *"hak arama, hukuk üretme, hukuku yaygınlaştırma ve bu yolda verilen mücadele sonucunda özgürlüklerin teminatı olma yolunda zincir oluşturma"*dır. 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 gelişme de bunun ifadesidir.

Her biri hukuku üretme ve yaygınlaştırma alanında kaliteli bilgilenme, bilgilendirme ve bunun siyasetini yürütebilmenin olabirliklerini öğrenmeye ve uygulamaya çalışan hukukçuların oluşturduğu kuruluşlar her alanda formasyona sahip olamayabilir, fakat hukuk alanında üstün bir formasyona sahip olmalıdırlar. Hukukçularımız hem kendi hukukuna hem de toplumun hukukuna malikiyeti için net ve öngörülebilir bir hukuk bakış açısına, bir başka tanımlamayla genel hukuk disiplini kavrayışına sahip olmalıdırlar.

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 hiçbir şekilde ertelenemez, devredilemez. İnsanlık onuru kişilerin temel hak ve ödevlerini ertelemelerini veya devretmelerini reddeder. Son yıllarda iman-amel bütünlüğü içinde haz duyarak, sunumlarımızda çokça kullandığımız söylemi burada da aktaralım:

*Ne zaman birileri insan hakları için yola çıkmışsa,*

*Tüm insanlık onlara borçludur.*

*Dünyada bundan daha büyük bir onur insana verilmemiştir.*

Türkiye'nin gündemini uzun yıllar 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 kullanılması, öncelikle bu hakların nelerden ibaret olduğunun bilinmesinden geçmektedir. Netice alınamayacağı 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 Konfüçyüs'den çok bilinen bir öykü anlatılır:

Konfüçyüs, öğrencileri ile birlikte Thai dağı eteklerinde gezinirken yolda rastladığı bir kadına niçin ağladığını sorar:

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

*Konfüçyüs, kadına, neden başka bir ülkeye gitmediğini sorar:*

*Kadın, yaşadığı topraklardaki devletin insanlara baskı yapmadığını, burada insanlara baskı yapan bir yönetim olmadığını, 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, bugün 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 öz-

gürlükleri 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.