

HUKUK MANTIĞI⁸⁵

GİRİŞ

Yasal(!) düzenlemelere uyarlı uygulamalarla şiddetin meşrulaştırılmaya çalışıldığı toplumun üyeleriyiz.⁸⁶ Sadece biz mi? ‘Biri’nin ‘öteki’ne karşı bakış açısının hep dışlama olarak yansıdığı uluslararası düzlemde⁸⁷ de şiddetin meşrulaştırıldığını gözlemleyebiliyoruz. Devletler 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

⁸⁵ Hukuk Mantığı Tebliğimiz Kasım 2001 tarihinde bir ders sunumu olarak hazırlanmıştı. Aradan geçen 20 yılda birçok değişim ve gelişim nedeniyle, diğer Tebliğlerimiz gibi bu Tebliğimizde de güncelleme gereği hâsıl olmuştur. Muharrem Balcı | Güncelleme 10.10.2018

⁸⁶ Ulusal zeminde Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, İç Güvenlik Yasası, Terörle Mücadele Yasası, OHAL Kanunu ve OHAL Kararnameleri vb. yasa ve uygulamalar. M. BALCI

⁸⁷ Uluslararası zeminde ABD’nin uluslararası çıkarlarını korumak için çıkardığı Göz Zevkini Bozan Dilenci (Çirkin) Yasası, bazı ülke vatandaşlarına koyduğu seyahat yasakları, Amerikan Parasını Koruma Kanunu, Ulusların Gelişme Haklarına karşı düzenleme ve uygulamaları örnek verilebilir. M. BALCI

donatıldığımızı bilme arzusu, hukuksal akıl yürütmeyi veya bir başka deyişle hukuk mantığını gündemimize getirmektedir.

Sevindirici bir gelişme olarak ifade edebiliriz ki, siyasetin, ekonominin, toplumsal yaşamın, 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.⁸⁸

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

⁸⁸ Okuyucu, 1990'lı yıllarda verilen sivil toplum mücadelesini ve STK oluşumlarını, temel hak ve özgürlüklerin bizzat aktivistlerin elleriyle kazanımlarını incelemelidir. Bu incelemede, 2000'li yılların başından itibaren temel hak ve özgürlüklerin tek başına iktidar olgusunun getirdiği rehabetin, sorgulama yeteneklerini zaafa uğratarak, STK'ların Sivil Devlet Kuruluşlarına (SDK) dönüşümü getirdiğini görecektir. Gelineen noktada temel hak ve hürriyetlerin ulusal ve uluslararası hukuka aykırı olarak kararnamelerle kısıtlandığı, yargıda hukuka aykırı usullerle hükümler verildiği, C. Savcılığı takipsizlik, mahkemelerin berat kararlarına rağmen kişilerin haklarının kısıtlandığı veya memnu haklarının iade edilmediği bir dönemin yaşandığını da tespit edecektir. M. BALCI

ve aktarma yapmak gerekebilirdi. Fakat asıl konudan uzaklaşmak ve iki derste⁸⁹ 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 MANTIĞI?

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, beşerî 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 Kanun'un birkaç maddesi hariç tamamında, Ceza Kanununun ilk iki maddesi hariç tamamında evrensel hukuk kuralları veya bunlara atıf aramak boşuna bir gayret olacaktır. Bir hukukçu

⁸⁹ *Hukuk Mantığı, BİRİKİMLER I;*

<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerI/83.pdf> (Erişim 7.10.2018) Bu çalışma Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nda ders olarak sunulmak üzere hazırlanmıştır. Bkz: <http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/tebligler/47.pdf>

olarak evrensel hukuk kurallarının yansımalarını yüzlerce madde arasından pertavsızla⁹⁰ aramak zorundasınız. Bulabilirsiniz aşk olsun.

Diğer taraftan terk ettiğimiz hukuk sisteminin kurallarını içinde barındıran MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'nin ilk yüz maddesi⁹¹ 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. Bu haliyle Mecelle, muhatabını sağlıklı hukuk mantığına ulaştıran yegâne hukuk metni olma vasfını taşımaktadır.

Siyasi mantık(sızlık)la 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.)⁹²

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.⁹³

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:

⁹⁰ Pertavsız: Büyüteç (Muhammet Negiz)

⁹¹ MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE, İlk 100 maddesi, ilk defa 2000 yılında Osmanlı'nın Kuruluş Yıldönümünde Türkiye Milli Kültür Vakfı'nda yapılan Sempozyum'da sunulu Tebliğimizin ekinde tarafımdan yapılmış sadeleştirilmesi için Bkz: <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/232.pdf> (Erişim 7.10.2018)

⁹² Mecelle, Madde: 39. Bkz: Ali Himmet BERKİ, AÇIKLAMALI MECELLE. 3. Baskı, (İstanbul, 1982, Hikmet Yay)

⁹³ Mehmet ERDOĞAN, İSLAM HUKUKU'NDA AHKÂMIN DEĞİŞMESİ, s. 2.

- Nas ile sabit olan hüküm değişmez,
- Külli/genel/evrensel hükümler değişmez,
- Kesin delile dayanmayan, örf ve âdete dayalı hükümler değişebilir,
- Değişebilenler cüz'i hükümlerdir,
- Değişime etkili olan nedenler zaman, zemin, örf ve adettir.⁹⁴

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 donanımına 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 ulaşılmak 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 orijin 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

⁹⁴ Mehmet ERDOĞAN, a.g.e., s. 4.

görüntüler sergileyen bu düzenlemelerin değiştirilmesi ve çağdaş hale getirilmesi için Avrupa Birliğine verilen sözler (Ulusal Program⁹⁵) 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 teamüllere 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.⁹⁶ Hukuk ve siyaset literatüründe Yargısal *Aktivizm* olarak ifade edilen bu eylem, günümüze kadar etkisini sürdürmekte, Siyasi partiler Kanununda gerekli değişiklikler yapılamamaktadır.⁹⁷

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.

Eski hukukta, içinden çıkılması zor bir mesele hakkında, meselelerin özündeki gizli manayı çıkarmak veya işin özü hakkında gerçeğe yakın bilgiye ve yoruma ulaşmak için kullanılan "*istinbat*" faaliyetinin ancak ehil kişilerce başarılabilmesi⁹⁸, bir başka ifadeyle hukuk mantığına güvenilen kişilerin yorum ve uygulamalarına güvenilebileceği kabul edilirdi.

⁹⁵ AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATININ ÜSTLENİLMESİNE İLİŞKİN TÜRKİYE ULUSAL PROGRAMI (19 MART 2001) <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/236.pdf> (Erişim 7.10.2018)

⁹⁶ Bkz.: Mustafa ERDOĞAN, *Dersimiz Özgürlük*, s. 251.

⁹⁷ Yargısal Aktivizm için Bkz.: Şerife Gül ARIMAN, *Yargısal Aktivizm ve Yasama Erkinin Gasptı*, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIII/119.pdf>

⁹⁸ 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.

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 MANTIĞININ UNSURLARI

Bu çalışmada belirlediğimiz Hukuk Mantığının Unsurları, takdir edilir ki başka hukukçularca farklı başlık ve içerikler halinde de belirlenebilir. Hukuk Mantığının unsurlarında bir yeknesaklık yoktur. Nitekim Ahmet Haluk Atalay, 'hukuk mantığı' teriminin ilk kez Schicardus'un 1615 yılında yayımlanan Logica Juridica'sıyla kullanılmaya başlandığını, G. Kalinowski'den aktararak, bir yandan hukuk mantığının tarifini verirken, diğer yandan serbestçe tanımının yapılabileceğini, yorumlanabileceğini, dolayısıyla unsurlarının da serbestçe belirlenebileceğini işaretliyor.

"Hukuk Mantığı, yani yasaların yorum ve tümevarım yolu ile gerekçelendirilme tarz, ilke ve kuralları; yasaların gerek metinlerinin ötesine gerekse yasakoyucu tarafından açıkça verilmiş tanımların ötesine geçerek yorumlanmasından ibaret bulunan bir hukuk dalıdır."⁹⁹

1. Amaç / Yaklaşım

"Kelâmda asl olan ma'nay-ı hakikidir." (Mecelle, 12)

"Kelâmın i'mali ihmalden evladır" (Mecelle, 60)

"Bir kelâmın i'mali mümkün olmaz ise ihmâl olur." Mecelle, 62)¹⁰⁰

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

⁹⁹ Ahmet Haluk ATALAY, *Bir Hukuk Mantığı Var mıdır?*

<http://hukukkurami.net/media/file/hukukmantigi.pdf> (Erişim 10.10.2018)

¹⁰⁰ Bkz.: 1. Ali Himmet BERKİ, a.g.e., 2. Muharrem BALCI, *"Tanzimat'tan Günümüze, Islah, Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili"*. <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/52.pdf>

sağlanırken, kullanılan hukuki terimlerin o güne kadar ilgililerinde ve toplumda bir anlamı 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 zaruretten doğmuştur. İslâm hukukçuları başlangıçta bu ihtiyacı karşılamak üzere “*Usulü Fıkıh*” veya bir başka tabirle “*Hikmet-i Teşri*” adını verdikleri bir ilim meydana getirmişlerdir.¹⁰¹

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 aramak*¹⁰² sadedinde olmaması¹⁰³ gerektiği de bu ifadelerin kapsamı içindedir. Hukuk mantığının oluşumunda ve sergilenmesinde ‘*amaç/yaklaşım*’ın önemi büyüktür.

¹⁰¹ Ali Himmet BERKİ, *HUKUK MANTIĞI VE TEFSİR, KANUN VE MUKAVELELERİN TANZİM VE TEFSİRİNE AİT KAİDE VE ASILLAR*, s. 3.

¹⁰² "Siz yan gelip yatacarken, 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 dikkate 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*”. *Yeni Türkiye Dergisi*, ‘Demokrasi’ (Eylül-Ekim, 1997, Sayı: 17. <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/makaleler/93.pdf>

¹⁰³ Sol literatürde bu duruma bir Lenin söylemi olarak *Burjuva Ahırına Girmek*, tabiri kullanılmaktadır. (M. BALCI) Bkz: *Lenin neden ‘Burjuvazinin ahırı’ demişti?* *Boyun Eğme Dergisi*, 20 Mayıs 2016 Cuma, Sayı: 33. <https://haber.sol.org.tr/medya/boyun-egmede-bu-hafta-lenin-neden-burjuvazinin-ahiri-demisti-156462>

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 anlaşılabilceğini/yorumlanabilceğini 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.¹⁰⁴ 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, modern hukukun ulaştığı genel-geçer bir sıralama olmuştur.

Hukuk mantığının oluşumunda amaç ve kural unsurlarının birbirini bütünlük suretiyle değerlendirilmesi özellikle uluslararası ticaret hukukunda ve anlaşmalarında kendini göstermektedir. Uluslararası ticarete taraflar evrensel hukuk kaidelerinin gereği

¹⁰⁴ Roberto Mangabeira UNGER, *İkonomi ve Adalet*, Derleme: Hayrettin ÖKÇESİZ, ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİ VE HUKUK KURAMI İNCELEMELERİ, (İst: 1997, Alkım Yay.)

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 âdet 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 götürmektedir¹⁰⁵.

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 zedelemeyen uygulamaya katkıda bulunmak olacaktır.

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 dönemselsel ve bölgesel uygulamaların bilinmesi de zorunludur. Özellikle hukuk felsefesinin; hukuk kavramının tanımı, hukuksal düşünme ve anlama yöntemlerinin çözümlenmesi ve hukukun değerlendirilmesini kapsadığı¹⁰⁶ düşünüldüğünde, bu disiplinin önemi ortaya çıkmaktadır.

¹⁰⁵ M. BALCI, "Uluslararası Tahkim Yasa Tasarısı Hakkında Rapor".

<http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/raporlar/58.pdf> (Erişim 7.10.2018)

¹⁰⁶ Hayrettin ÖKÇESİZ, "ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİ VE KURAMI İNCELEMELERİ".

Hukuk felsefesi, hukukun mimarlık sanatı olarak nitelendirilmesine ve ülkemizde beş milyon kişiye bir hukuk felsefecisinin düştüğü¹⁰⁷ bilinmesine, bilimin ve felsefenin önemli oranda üniversitelerde yapılabileceğinin anlaşılmasına rağmen; bilimin ve bilimcinin özerkliğini tanımayan siyasi kararların ağırlıklarının bu olumsuz koşullara katılmasıyla¹⁰⁸, 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.

Yüreklice düşün!

Gir bu yola seve seve! İyi yaşamayı sonraya bırakan kimse Yolunda bir ırmakla karşılaşmış da akıp geçmesini bekleyen / köylüye benzer

Oysa ırmak hiç durmadan akıp geçecektir. (Romalı düşünür ve şair Horatius)¹⁰⁹

4. İdeoloji

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

¹⁰⁷ Hukuk Mantığı Tebliğinin 2001 yılında yazılıp sunulduğu dikkate alınmalıdır. 2018 yılı için hukuk felsefesi sayısını güncellenin zorluğu okuyucunun takdirine kalmıştır. M. BALCI

¹⁰⁸ Hayrettin ÖKÇESİZ, a.g.m.

¹⁰⁹ Hayrettin ÖKÇESİZ, a.g.m.

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.¹¹⁰ 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.¹¹¹

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 planlamanın ve hukukçunun bakış açılarının kesişebildiği alanı oluşturur. Birey bunu kabul ettiği ölçüde hukuka kendiliğinden uyar. Bu aynı

¹¹⁰ "Nihai tahlilde hukukun, kendisinden çıkarıldığı öncüller ve yöntemlerin ürünü olduğu öne sürülebilir". Wael B. HALLAQ, Çev. Muharrem KILIÇ, "Dini ve Dini Olmayan Kültürlerde Hukuki Akıl Yürütmenin Mantiğı: İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku (Common Law) Örneği" Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 5/2002. <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/777.pdf> (Erişim 9.10.2018)

¹¹¹ Şerif MARDİN, *İDEOLOJİ*, s. 18.

zamanda toplumda adalete verilen anlamın maddi ayrıntılarını içinde taşır. Bunu **hukuk ideolojisi** olarak adlandırmak mümkündür.¹¹² 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.¹¹³

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.

Hâlbuki 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 materyal kültür ve altyapının yer tuttuğu **statükonun/kamu düzeninin** korunmasına yöneliktir. Statüko, toplumda altyapının korunmasını sağladığı kadar, iktidar paylaşımının belli denge koşullarını da yansıtır.¹¹⁴

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.

¹¹² Mehmet Tefik ÖZCAN, "Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım".

¹¹³ Mehmet Tefik ÖZCAN, a.g.m.

¹¹⁴ Mehmet Tefik ÖZCAN, a.g.m.

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. Bu gayretin, yukarıda ideolojinin tanımında ve öncülüğünde vurgulandığı gibi hayatı ve kâinatı izah sadedinde sistemli bir düşünce olarak ideolojinin inanç umdelerine bağlılıkla tecelli eder. Hallağ’ın ifadesiyle;

“İslam hukukçusu her şeye hâkim kaynaklar karşısında çaresizdir. Örneğin, açık bir metinsel emre dayalı olan bir kuralı değiştirip sonra da bu kuralı İslami olarak nitelemeye devam edemez. İslam hukuku, Müslümanlar tarafından yapılmış bir hukuk değildir. Beşerî akıl, hukuk yapamaz; o sadece kendisiyle hukukun keşfedildiği bir araç olarak fonksiyon icra eder. Böylece, sosyal ihtiyaçlara organik olarak bağlı olmak yerine, İslam hukuku ilahi irade ve otoritede, bu otoritenin sosyal realiteyi dikkate alıp almadığına bakılmaksızın temellenmiştir.”¹¹⁵

5. Adalet Duygusu / Arayışı

Adalet, teorik anlamda sadece belirli içerikli ilkelerin etkili kılınması değil, fakat belirli bir istemedir: 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.¹¹⁶

Hukuk mantığının adalet ile ilişkisi, bir bakıma, talep edilen normların toplumda belirleyici konuma nasıl geleceğini araştırma ve

¹¹⁵ Wael B. HALLAQ, a.g.m.

¹¹⁶ Ioanna KUÇURADİ, “Adalet Kavramı”.

sonuçlandırma eylemidir. Bir başka deyişle, adaleti aramada, gerekli hukuk felsefesi ve dolayısıyla hukuk mantığının önce bilgisine, sonra da 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 adalet bir ide, bir erdemdir ve insan teki fıtratına, adalete, kâinattaki dengeye, Sünnetullah'a, kaderine koşmaktadır. Fıtraten bu yönelimdeki insan için bu erdemün ulaşılabilir olmadığı inkâr 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 (adalete) yönelik normlar bütünü olduğu* kabul edildiğinde, hukuki değer olarak söz konusu adalet de bu nesnel (objektif) anlamda adalet olmaktadır.¹¹⁷

Adaletin göreceli olarak algılandığı da bir gerçektir.¹¹⁸ Öyle ki, kimileri için mevcut hukuk düzenini savunmak adalettir, kimileri

¹¹⁷ Vecdi ARAL, “Hukuki Değer Olarak Adalet”.

¹¹⁸ Adaletin göreceli olduğuna inanmamakla birlikte, toplumda göreceli algılandığı/algılatılmaya çalışıldığı bir gerçektir ve bu konu evvelce temel hukuk metnimiz olarak 2002’de “Hak – Adalet – Özgürlük – Meşruiyet Kavramsal Analiz” başlıklı Tebliğ olarak sunulmuş olup bu kitapta da ilk tebliğ olarak yer almaktadır. <http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/tebligler/3.pdf>

“Rabbinin kelimeleri hem sıdk (doğrulukça) hem adl (adalet) ile tamamlandı. O’nun sözlerini (koyduğu müspet ilim kanunlarını, fıtrata 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 kelimidir 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 bğrülükten uzaktır.” Elmalı Hamdi YAZIR, *HAK DİNİ, KUR’AN DİLİ*, cilt 3, s. 503.

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 iledir ki adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup olmadığı açısından bir değer ve değerlendirme ölçüsü olur.¹¹⁹ Bu ide sayesinde, "*hukukun insanlar için varolduğunu, insanların hukuk için yaratılmadığını*"¹²⁰ anlarız.

Burada '*temsili çoğunluk sistemi*' uygulamasının adalete ulaşmada ve adaletin paylaşılmasında ne derece adil olabileceği konusu da değerlendirilmelidir. Dipnota alınan Kur'an ayeti, çoğunluk iradesi de olsa Allah'ın ayetlerinin (hükümlerinin) değiştirilemeyeceği gerçeğini, dolayısıyla çoğunluğun her zaman adil olamayabileceğini,¹²¹ gerçek adaletin, değişmezliği yönüyle evrensel hale gelmiş hukuk kurallarının uygulanmasında bulunduğunu ifade etmektedir. Çoğunluk sisteminin evrenselliği de tartışmalıdır. Yeterli hukuk mantığına sahip olmayan çoğunluğun dünyayı nasıl yaşanmaz hale getirdiğine de tanık olmaktayız. O halde Chaim PARELMAN'ın var-

¹¹⁹ Vecdi ARAL, a.g.m.

¹²⁰ "Limandaki gemi güven içindedir; fakat gemiler limanlar için yapılmamışlardır.": John A. SHEDD, bkz.: Vecdi ARAL, a.g.m.

¹²¹ "Asra andolsun ki insan ziyandadır. Ancak iyi işler yapanlar, birbirlerine hakkı tavsiye edenler ve birbirlerine sabrı tavsiye edenler ziyanda değillerdir." Asr Suresi, 103.

diği sonucu, kuralları ölçsüzce 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, hukukun belirlenmiş durumlarda, çoğunluk oyu gibi bağlayıcı bir yöntemin, gelecekte kendisine uymanın adil olacağı değişikliğin hukukilik karakterinin belirlenmesi açısından kaçınılmaz olduğunu açıklar.”¹²²

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, şeriattan/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, “*sorgulamanın, düşüncenin softalığı*” olduğu¹²³ 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.¹²⁴

¹²² Chaim PERELMAN, “*Yeniden Soruşturulan Adalet*”.

¹²³ Taşkın TAKIŞ, “*Yurttaşlardan Bir Müzakere*”.

¹²⁴ Taşkın TAKIŞ, a.g.m.

Bugün de “*kadim düşünce*”nin oluşturduğu çelişkisiz toplum özlemi, toplum mühendislerinin eseri anayasalarda “*kutsal metin*”, “*kutsal devlet*” özelemleri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedendir 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 ıslah/rehabilitasyon, uyum veya resepsiyon¹²⁵ 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 birçok düzenleme ve davranış modu, uygulama, toplumumuzda fazlaca tepki doğurmamaktadır. Ancak, özellikle uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun tüm dünyayı etkilemesi karşısında¹²⁶ 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

¹²⁵ **Islah/Rehabilitasyon**, mevcut hukuk kurallarının yeniden tanzimi ve yeni ihtiyaçları karşılar hale getirilmesi.

Resepsiyon, lügat anlamı ‘kabul etme’ olmakla birlikte hukuktaki kullanımında, “adapte bir anlayışla, yabancı bir hukuk sisteminin ülke hukuk sistemine dahil edilmesi veya farklı bir ideolojik tercihle hukuk sisteminin baştan sona değiştirilmesi.

Ekspansiyon, sömürgeci devletlerin kendi hukuklarını sömürgelerine gerektiğinde zor kullanarak taşınmaları.” Muharrem BALCI, *Tanzimat’tan Günümüze Islah Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlihi*. <http://www.muhamrembalci.com/yaayinlar/tebligler/52.pdf>

¹²⁶ İnsan haklarının uluslararası politikada kimi algılanış ve kullanılış biçimlerini (özellikle ‘gelişme hakkı’ eksen alınarak) ayrıntı tutmaktayız. İnsan haklarının uluslararası politikada kullanılışı hakkında bkz.:

1. Yasemin ÖZDEK, *ULUSLARARASI POLİTİKA VE İNSAN HAKLARI*, Öteki Yay. İst: 2003.

2. M. BALCI, “*Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Önemi*”.

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 oluşturdukları hukuk mantığının test edilebileceği ortam da doğuyor denebilir.

Konunun tam da burasında, hukuk ve siyaset adına yapılan düzenlemelerin bazen **şok etkisi** ile yapıldığı da az bilinen bir gerçektir. Naomi Klein'in *Felaket Kapitalizminin Yükselişi* alt başlığı ile yayınlanan *Şok Doktrini* isimli kitabındaki **Şok Etkisi**'ni yorumlayan yazar İshak Beyazay, "**Nasıl bir şok olmalı ki, toplum arkadan uygulanacak radikal kararlara tepki vermesin?**" derken cevabı içinde soruları soruyor:

"Yakın zamanda olan bir olayı hatırlatmak isterim. Suruç'ta meydana gelen canlı bomba eyleminden sonra, ABD'ye İncirlik üssü açılmış ve kullanımına izin verilmiştir.

7 Haziran seçiminden sonra terörün birden aşırı şekilde hortlamasının nedeni şok doktrini meydana getirip, milliyetçi oyları almak olabilir mi?

Kurulan her düzen, elde edilen menfaat, toplumun tepki vereceği yasalar, yaşanan bir kaos sonrası hayata geçirilmedi mi?"¹²⁷

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 keremeti kendinden menkul tek seçicilerin yasa yaparken (hukuk kuralı belirlerken), "*ben'e karşı 'öteki' veya öteki'ne karşı ben'i tanımladıkları*" varsayılr.

¹²⁷ İshak BEYAZAY, "*Şok Doktrini*", <https://www.milligazete.com.tr/makale/850136/ishak-beyazay/sok-doktrini> (Erişim 7.10.2018)

'Ben' ile 'kendi' arasındaki ilişki 'başkasıyla (öteki) 'kendi' arasındaki ilişkiyle varolmuştur.¹²⁸ Burada 'kendi' terimini hukukun tanıdığı, hak ve yükümlülüklerle 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 çizirken, diğer yandan insanın kendi türü içinde kendine önemli bir yer edinmesini sağlamıştır.¹²⁹

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/topluluğun¹³⁰ özel alanı önemlidir ve doğaldır. Bu alanı kişi/topluluk kendi inanç değerleri etrafında oluşturur. Kamu alanı ise sonradan ortaklaşa 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 inkâra sebebiyet vermeyen, aksine farklılığın zenginliğine imkân tanıyan bir çaba olmalıdır.¹³¹ 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.

¹²⁸ Songül DEMİR, "Kamusal Alanın Belirlenmesinde Ben İle Öteki'nin Yeri".

¹²⁹ Songül DEMİR, a.g.m.

¹³⁰ 'Topluluk' burada, toplum içinde yer alan/almaya çalışan, aynı zamanda toplumu meydana getiren mozaik topluluklar bütünü olarak alınmıştır. M. BALCI

¹³¹ Songül DEMİR, a.g.m.

HUKUK MANTIĞININ OLUŞUMUNDA HAK VE ADALET KAVRAMLARI¹³²

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, verilmiş 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.¹³³

Hukukun tarifini de diğer tebliğlerimizde yapmıştık:

“Hukuk, insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca (adalet) yönlendiren normlar bütünüdür”¹³⁴

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

¹³² Burada da tanımlamaya ve izaha çalıştığımız hak/hukuk kavramlarını tekrar etme gereğini duyduk. Zira okuyucunun ilk bölümlere gitme zorunluluğundan- sa, konuya ilişkin kavramsal analizden yarar umduk. M. BALCI

¹³³ İsmet SUNGURBEY, “*Hak Nedir*”, s. 152.

¹³⁴ Vecdi ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*.

çıkılmaktadır: “Haklar, yasa koyucunun korumayı uygun gördüğü çıkarlarla ilgili olup, bunlara ilaveten, gelenek ve göreneklerin belirlediği moral haklar mı eklenecektir, yoksa insanın doğasından gelen özelliklerin, korunmasını zorunlu kıldığı birtakım haklar da var mıdır?”¹³⁵

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 “*Tabîi Hukuk*” görüşü, ikincisi insanı, toplumun bir parçası ve toplum tarafından belirlenen bir değer (kişi) olarak kabul eden “*Kişisel Haklar*” görüşü.¹³⁶

Batıda ifadesini bulan “*Tabîi 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.¹³⁷ Bu görüş, tarih boyunca var olagelmiş, fakat uygulama alanını çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile “*Tabîi Hukuk Öğretisi*”nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili olduğu¹³⁸ 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

¹³⁵ Vehbi HACIKADİROĞLU, “*Haklar ve Ödevler*”. Ayrıca Bkz.: (Der.) Hayrettin ÖKÇESİZ, “*ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİ VE HUKUK KURAMI İNCELEMELERİ*”, s. 160.

¹³⁶ Tabii (Doğal) Hukuk ve Pozitif Hukuk açıklamaları diğer tebliğlerimizde de anlatılmış olmasına rağmen bu Tebliğimizde de tekrar etmiş olmamızın nedeni, Hukuk Mantığımızın oluşumunda hukuk tarihi içinde yer almış hukuk sistemlerinin bugünkü mantığımıza yapmış olduğu etkilerdir. Hukukun nezuher bir sistem olmadığı gerçeğinden hareketle bu tekrarda okuyucu için yarar umduk. M. BALCI

¹³⁷ M. Semih GEMALMAZ, *ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GENEL TEORİSİNE GİRİŞ*, s. 315.

¹³⁸ İlhan F. AKIN, *TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER*, s.109.

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 birtakım haklar tanımının da hiçbir 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.”¹³⁹

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, tabii haklar kuramının üzerine oturmuş, ancak onun yerini alacak yapıcı bir düşünce ortaya atamamış, özgürlüğün kökünü sadece iktidarda görmekle, aslında özgürlükler bakımından tehlikeli olabilecek bir yola sapmıştır.¹⁴⁰ Buna karşılık insanların fitratında yaşayan “*Tabii Hukuk*”, devletlerce yeterince benimsenmemiş, fakat insanın düşünmeye başlamasından bu yana kişiliğinde saklanmış ve geliştirilmiştir.¹⁴¹

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*

¹³⁹ İlhan F. AKIN, a.g.e., s. 111

¹⁴⁰ İlhan AKIN, a.g.e., s.113

¹⁴¹ Ahmet MUMCU, İNSAN HAKLARI & KAMU ÖZGÜRLÜKLERİ, s. 7.

*hak ve ödevlerin neler olduğunu ve uygulamanın nasıl olması gerektiğini belirlemek de insanın özgürlük alanı içindedir.*¹⁴²

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”*¹⁴³

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 sarılınca, toplum, kendi değerlerini tamamen hiçbir zaman bırakmayacağı için, bu değerlerini sürdürebileceği başka siyasî çatılar aramak durumunda kalmıştır. Toplumlar içindeki farklı adalet arayış ve tartışmalarını birey-devlet arasındaki bu hukuki çelişkide okumak gerekiyor.

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 düzenlemelerle mümkündür.

Pozitif hukukta hukukun kaynağı olarak, halk iradesini yansıttığı varsayılan Anayasa, Kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tü-

¹⁴² Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

¹⁴³ Coşkun ÜÇOK-Ahmet MUMCU, *TÜRK HUKUK TARİHİ*, s. 288.

zük ve Yönetmelikler ve İdari Düzenlemeler sayılmaktadır. Bunun yanı sıra, BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname 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 maddesi¹⁴⁴ 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 toplumbilimin esaslarını ve toplumsal gerçeklerin arka planını ve geleceğe yönelik bazı kuralları ifade ettiğini göstermektedir.¹⁴⁵

“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, müstebir 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.”¹⁴⁶

¹⁴⁴ Anayasa m. 90/son. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

¹⁴⁵ Hüseyin HATEMİ, “*Adalet Kavramının Mutlaklığı ve Rölativizmin Kabul Edilmezliği*”.

¹⁴⁶ Hüseyin HATEMİ, a.g.t.

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 beraber; insanlığın var oluşuyla birlikte var olan ve görece/rölatif/izafi olmayan ilahi veya 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. 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 adalete 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 öğretilde, yönetilen davranışlardaki farklılıklara dayandırılan bu ayrımları, hukukun buradaki hedefleriyle ahlaksal bir ilişki içinde görecelik meşrulaştırmak suretiyle yanıt verilir.”¹⁴⁷

HUKUK MANTIĞININ ENGELLERİ¹⁴⁸

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 sıhhatli 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**¹⁴⁹ **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 geçmişten bu yana “devlet baba” anlayışı içinde her şeyi devletten beklemiş, kendi varlığını devletin varlığı içinde mündemice görmüştür. Sonuçta bu anlayıştan, sağlam hu-

¹⁴⁷ Roberto Mangabeira UNGER, a.g.m.

¹⁴⁸ Bu çalışmada belirlediğimiz Hukuk Mantığının Engelleri, takdir edilir ki başka hukukçularca –tıpkı Hukuk Mantığının Unsurları gibi– farklı başlık ve içerikler halinde, belirlenebilir. Hukuk Mantığının Engellerinde de bir yeknesaklık yoktur. M. BALCI

¹⁴⁹ Taşkın TAKIŞ, “... Değiştirilmesi Teklif Dahi Edilemez”.

kuk mantığı bulunması gereken hukukçuların da nasibini alması kaçınılmaz olmuştur. Özellikle darbe sonrası anayasa yapım süreçlerinde darbecilerle hukukçular arasında yaşanan diyaloglar bu zedelenmiş akıl örnekleri olarak tarihin tozlu sayfalarında bir ibret nişanesi olarak görülür. İki örnekten bahsedebiliriz. Birincisi 1960 İhtilali sonrasında Anayasa hukukçularının yeni anayasa için görevlendirilmeleri sırasında, bu hukukçuların darbeci paşalara, “Emredin, nasıl bir Anayasa istersiniz?” diye sormalarıdır.¹⁵⁰ İkincisi daha canlı bir örnek olarak:

Eski Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden, 12 Eylül Darbe Komutanı Kenan 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 gönlim 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.¹⁵¹

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...¹⁵²

¹⁵⁰ “O zaman emirlere uyuyordunuz ama” <http://www.gazetevatan.com/o-zaman-emirlere-uyuyordunuz-ama--14923-gundem/?f=mobil>

¹⁵¹ Yekta Güngör Özden’in Kenan Evren’den randevu talebi olumlu karşılanmamış, görüşme olmamış, görüşlerini sözlü aktarma imkânı bulamamıştır. M. BALCI

¹⁵² Taşkın TAKIŞ, “... Değiştirilmesi Teklif Dahi Edilemez”.

2. Hikmet-i Hükümet

Lügatte, hükümet idaresi şartları veya mecazi olarak hükümetin akıl almaz işleri anlamındadır. Kullanışta ise, siyasetin devlet merkezli kavranması, siyasette devletçilik, devlet akli veya devletçi siyasi felsefe olarak tanımlanabilir. Türkçeye Fransızcadan geçmiş bir kavramdır. Esasen Fransız devlet geleneğinde kök salmış bir fikirdir. Kavramın Türkçede 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.¹⁵³

“İyi amaçlar araçları meşru kılar”. Hikmet-i hükümetin anlamı bu ifadededir. Terimi daha önce başka İtalyan yazarlar kullanmış olsa da Machiavelli’nin *Prens*’i¹⁵⁴ 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 keyfilğe, 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.

¹⁵³ Mustafa ERDOĞAN, “*Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?*” Ayrıca Bkz.: Mustafa ERDOĞAN, *Dersimiz Özgürlük*, s. 23-40.

¹⁵⁴ “... onlar kadar zalim pek çok başkası bırakın savaşın bunalımlı dönem lerini barış zamanında da tahtlarını koruyamadılar. Bunun, zulmü iyi ya da kötü kullanmaktan ilerigeldiğini düşünüyorum. Güvenliği sağlama bağlamak üzere bir seferde ama gereksiz yere uzatm adan ve olabilecek en erken anda iyiliğe çevrilererek yapılan zulme (eğer kötülükten iyi olarak söz edilebilirse) iyi kullanılmış diyorum. Başlangıçta az olup da zamanla söneceği yerde çoğalan zulüm ise tersine kötü kullanılmış demektir.” Niccolo MACHIAVELLİ, *PRENS*, Çev: Nazım GÜVENÇ, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İst. 2. Baskı 1994, s. 74. <https://sosyolojiden.files.wordpress.com/2015/09/niccolo-machiavelli-prens.pdf>

3. Niyet / Düşünce Yargılaması

İnsan her halükârda 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.¹⁵⁵

“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 sağlak, Türk, Kürt ya da Eskimo, Katolik, Sünni ya da Alevi vb... olarak varolması gerekir.”¹⁵⁶

4. Ulus - Devlet Sendromu

Ulus-devlet'in¹⁵⁷ 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

¹⁵⁵ Kadir CANGIZBAY, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları”.

¹⁵⁶ Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

¹⁵⁷ Ulus-Devletin tarihi, oluşumu ve günümüzdeki anlam ve etkileri üzerine Bkz:

Ömer ÖMERİ, *Ulus devlet anlayışının düşünsel arka planı*,

<https://www.indyurk.com/node/237486/t%C3%BCrkiyeden-sesler/ulus-devlet-anlay%C4%B1%C5%9F%C4%B1n%C4%B1n-d%C3%BCC%C5%9F%C3%BCn-sel-arka-plan%C4%B1>

Hasan YAYLI, *Fransız Devriminden Günümüze Ulus-Devlet*, <https://www.turkyurdu.com.tr/yazar-yazi.php?id=2307>

H. Gökçe ZABUNOĞLU, *Günümüzde Ulus-Devlet*, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/475599>

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 mozaikçi kaldıracak yapıda üretilmiş bir kavram/olgu olmadığından Batı'da da terk edilmiş, yerine daha evrensel iddialarla 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.¹⁵⁸

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 ismarlama 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 zatîyet 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 röprodüksiyonu 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.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

¹⁵⁹ Kadir CANGIZBAY, a.g.m.

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 hatırlayalım. 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 nedendir 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 hukukçularının yeteneklerinden kaynaklanan nedenlerle eski hukukun atılıp yerine resepsiyon yoluyla yenisinin raptedilmesiyle artık *"kale yarılmıştı."*¹⁶⁰ 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."*¹⁶¹

Nitekim aradan geçen 92 yıllık süreç (1926-2018), *"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 gelecekte onu da biz getiririz"*¹⁶² söylemi geçmişte

¹⁶⁰ Bernard LEVİS, *MODERN TÜRKİYE'NİN DOĞUŞU*, s. 272.

¹⁶¹ Bkz.: Cevdet YAVUZ, *Türk Medeni Kanunu Esbab-ı Mucibe Layihası, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı*. Bkz: Ek'te.

¹⁶² *"Komünizm Gelecekte Onu Da Biz Getiririz Diyen, Aşık Veysel'i Şehre Sokmayan: Ankara Valisi Nevzat Tandoğan."*

nasıl kuvveden fiile çıkmışsa, insan hakları söyleminin ve “*dostlar alışverişte görsün çalışmalarının*” da devlet tarafından İnsan Hakları Daire Başkanlığı¹⁶³ gibi oluşum ve argümanlarla yeniden önümüze sürüldüğü bir gerçek. Kutsal devlet karşısında oldukça güçsüz, dayanımsız, 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

<https://onedio.com/haber/komunizm-gelecekse-biz-getiririz-diyen-asik-veysel-i-sehresokmayan-ankara-valisi-nevzat-tandogan-822496>

¹⁶³ Bu sunumun yazıldığı 2000’li yılların başlarında henüz TİHEK (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu) düzenlenmemişti. Devlet Başbakanlığa bağlı İnsan Hakları Daire Başkanlığı (İnsan Hakları kuruluşlarına danışmadan, işbirliği yapmadan) İnsan Hakları belgeleri düzenliyor, kendince İnsan Hakları alanında mücadele verdiğini iddia ediyordu. 6 Nisan 2016 tarih ve 6701 sayılı Kanunla TİHEK kuruldu. Kurumun kuruluş Kanununun 8. Maddesinde, “mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz, Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kuruldu” yazılıdır.

Kanununun 1. maddesinde “**Amaç:** İnsan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanununun 10. Maddesinde Kurum üyelerinin seçimi ile ilgili olarak da “*Kurul; biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere Cumhurbaşkanını tarafından atanan on bir üyeden oluştuğu*” belirlenmiştir. Başka bir ifade ile TİHEK sadece mali özerkliğe sahip olup, insan hakları söylem ve faaliyetlerinde Cumhurbaşkanının denetiminde bir kurumdur.

Kanununun amaç maddesindeki amaçların gerçekleştirilmesi ve bu yönde düzenlemelerin yapılması ve bu yönde insan hakları mücadelesi devlet(idare)nin mevcut veya olası işlem ve eylemlerine karşı söz konusudur. Bu haliyle TİHEK insan hakları alanında Cumhurbaşkanı’nın ve devlet anlayışının ötesine geçmek imkanını haiz değildir. Arap deyişiyle ve Sayın Cumhurbaşkanının da ifadesiyle *kellim kellim la yenfa*. <https://www.posta.com.tr/kellim-kellim-la-yenfa-ne-demektir-anlami-ne-2072908> (M. BALCI)

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 kullanımı¹⁶⁴ bu zorluğu daha da artırmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte aydınlarımızın taklitten yana tercihlerinin yanı sıra farklı argümanları üretebilmesi de mümkündür. Bu tespitimize ilişkin özgün bir yazıyı aşağıya son söz olarak 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 gözümüzü 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.

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.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Max Weber, SOSYOLOJİ YAZILARI, s. 84.

¹⁶⁵ Etyen MAHÇUPYAN, “Hukuk Devleti ve Entelektüel”.

EK - 2**TÜRK KANUN-U MEDENÎSİ ESBABI MUCİBE LAYİHASI¹⁶⁶**

Hali hazırda Türkiye Cumhuriyeti'nin müdevven bir Kanuni Medenîsi yoktur. Yalnız, akitlerin küçük bir kısmına temas edebilen Mecelle vardır. 1851 maddedir. 8 Muharrem 1286 tarihinde yazılmağa başlanmış ve 26 Şaban 1293 tarihinde ikmal edilerek mevkiî mer'iyete vazolunmuştur. Denilebilir ki: bu kanunun ihtiyacı hâzıraya tevafuk eden ancak 300 maddesidir. Mütebakisi memleketimizin ihtiyacatını ifade edemeyecek kadar iptidaî birtakım kaidelerden ibaret olduğundan tatbik edilmemektedir. Mecelle'nin kaidesi ve ana hatları, dindir. Hâlbuki hayatı beşer, her gün hatta her an esaslı tahavvüllere maruzdur. Bunun tahavvüllerini, yürüyüşünü hiçbir zaman bir nokta etrafında tespit etmek ve durdurmak mümkün değildir. Kanunları dine müstenit olan devletler kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin mütalebelerini tatmin edemezler. Çünkü dinler, lâyetegayyer hükümler ifade ederler. Hayat yürür; ihtiyacat sür'atle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mâna ifade etmezler. Değişmemek, dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, asrı hâzır medeniyetinin esasatından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farikalarından birisidir. Esaslarını dinlerden alan kanunlar tatbik edilmekte oldukları camiaları nazil oldukları iptidaî devirlere bağlarlar ve terakkiyata mâni belli başlı müessir ve âmiller sırasında bulunurlar. Türk milletinin mukadderatını asrı hâzır içinde dahi Kurunu Vusta ahkâm ve kavaidine raptetmekte, dinin lâyetegayyer ahkâmından mülhem olan ve ulûhiyetle daimî temas halinde bulunan kanunlarımızın en kuvvetli müessir olduklarına şüphe edilmemelidir. Millî hayatı içti-maîyenin nâzımını olan ve yalnız ondan mülhem bulunması icap eden

¹⁶⁶ Layiha dönemin Adliye Vekili Mahmut ESAT BOZKURT tarafından yazılmış olup, Medeni Kanun kitaplarının başında yer almakta idi. Son yıllarda artık Türk Medeni Kanun kitaplarında yer almamaktadır. Layihanın kabul edilme süreci ile ilgili olarak Bkz: Elif DURSÜÜST, *Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenisi*, http://isamveri.org/pdfdrq/D02671/2009_12/2009_12_DUESUNUSTE.pdf

müdevven bir Kanunu Medenîden Türkiye Cumhuriyeti'nin mahrum kalması ne asrı hazır medeniyeti icabatıyla ne de Türk ihtilâlinin istilzam ettiği mâna ve mefhumla kabili telif değildir. Asrı hâzır devletini iptidaî siyasî teşekküllerden ayıran farikalardan birisi de, câmianın mukadderatında tatbik edilen kavaiden taknin edilmiş olmasıdır. Bedavet devirlerinde, ahkâm müdevven değildir. Hâkim, örf ve âdetle hüküm verir. Mecellenin maruz 300 maddesi istisna edilmek şartıyla Kanuni Medenî mebhasinde Türk Cumhuriyeti hâkimleri derme çatma fıkıh kitaplarından ve din esasatından istinbat ve istihdaç suretiyle icrayı kaza etmektedirler. Türk hâkimi hükümlerinde muayyen bir içtihat, bir kavil ve bir esas ile mukayyet değildir. Binaenaleyh herhangi bir mesele etrafında memleketimizin bir mahallinde verilen bir hüküm ile aynı şerait tahtında tahaddüs eden aynı meselede diğer mahallinden verilen hükümler birbirinden ekseriya farklı ve mütenakız bulunmaktadır. Netice itibariyle Türkiye halkı, adaletin tatbikinde ittiratsızlığa ve mütemadî tezebzübe maruz kalmaktadır. Halkın mukadderatı muayyen ve müstekar bir adalet esasına değil, tesadüfe ve talihe bağlı ve birbirini mütenakız kurunu vustaî fıkıh kaidelerine merbut bulunmaktadır. Cumhuriyet Türk adaletinin bu keşmekeşten, yokluktan ve pek iptidaî vaziyetten kurtarılmasını inkılâbın ve asrı hazır medeniyetinin icabatına muvafık yeni bir Türk Kanunu Medenîsinin sür'atle vücude getirilmesini ve takninini zaruri kılmıştır. Bu maksatla ihzar olunan Türk Kanunu Medenîsi kavanini medenîye sırasında en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanuni Medenîyesinden ahiz ve iktibas olunmuştur. Bu vazifeyi Adliye Vekâletince verilen direktifler dâhilinde memleketimizin güzide hukukşinaslarından mürekkep hususî bir encümen ifa eylemiştir.

Asrı hazır aileyi medeniyetine mensup milletleri ihtiyaçları arasında esaslı bir fark yoktur. İctimaî ve iktisadî daimî temaslar beşerin büyük ve medenî bir kütlesini bir aile haline getirmiş ve getirmekte bulunmuştur. Prensipleri yabancı bir memlekette iktibas edilmiş olan Türk Kanuni Medenîsi lâyihasının mevkiî mer'iyete vaz'ından sonra memleketimizin ihtiyacı ile kabili telif olmaması müddeası varit görülmemiştir. Bahusus İsviçre Devleti'nin muhtelif tarih ve

an'anatına mensup Alman, Fransız ve İtalyan ırklarını ihtiva etmekte oluşu malûmdur. Bu kadar, hattâ hars itibariyle yekdiğerinden farklı bir muhitte tatbik elâstikiyetini gösteren bir kanunun Türkiye Cumhuriyeti gibi yüzde doksanı itibarile mütecaniz bir ırk ihtiva eden bir devlette tatbik kabiliyetini bulabilmesi şüphesiz görülmüştür. Bundan başka mütemeddin bir milletin mütekâmil bir kanunu Türkiye Cumhuriyeti'nde cayı tatbik bulamayacağı noktai nazarı sakat görülmüştür. Bu tez Türk milletinin medenî kabiliyeti haiz olmadığını ifade eden bir mantık silsilesine müncer olabilir. Hâlbuki hâdiselerin hakikati, hal ve tarih bu müddeanın tamamen zıddıdır. Türk teceddüt tarihi şahit tutularak denilebilir ki: Türk milleti asrı hazırın mükteziyatına mutabık olarak vucude getirilen makul ve salim ve akıl ve zekâ ile müterafık yeniliklerden hiçbirisine muarız kalmamıştır. Bütün bir teceddüt tarihimizin seyrinde âmmenin menafii mülâhazasıyla vucude getirilen yeniliklere yalnız, menfaatleri muhtel olan zümreler mücadil vaziyetinde kalmışlar ve halkı din namına, sakim ve bâtil itikat namına idlâl ve ifsat eylemişlerdir. Unutmamak lazımdır ki Türk milletinin kararı muasır medeniyeti bilâ kaydü şart tekml prensipleri ile kabul etmektir. Bunun en bâriz ve canlı delili inkılâbımızın kendisidir. Muasır medeniyetin Türk camiasile kabili telif olmayan noktaları görülüyorsa bu, Türk milletinin kabiliyet ve istidadındaki noksandan değil, onu fuzulî bir suretle ihata eden kurunu vustaî teşkilât ve dinî müdevvenat ve müessesattandır.

Nitekim muassır medeniyetle Mecelle ahkâmı şüphe yok ki, kabili telif değildir. Fakat mecelle ve buna makis sair müdevvenat ile Türk milleti hayatının müterafık olmadığı da aşikârdır. Adliye Vekâleti en yeni ve en mükemmel olan İsviçre Kanunu Medenîsinin milletimizin şimdiye kadar bağlı kana vâsi zekâ ve kabiliyetini tatmin edecek ve ona hakiki bir cevelângâh ve bir saha olabilecek bir eseri medenî olarak görmektedir. Bu kanunda milletimizin duyguları ile istinas etmeyecek hiçbir nokta tasavvur etmemektedir.

Şu ciheti de işaret etmek lazımdır ki: muasır medeniyeti almak ve benimsemek kararile yürüyen Türk Milleti, muasır medeniyeti kendisine değil, kendisini muasır medeniyetin icabatına her ne bahaya olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir. Yaşamak ka-

rarında olan bir millet için bu, şarttır. İhzar olunan lâyiha bu icabatın aksamı muhimmesini ihtiva etmektedir. Örf ve âdete ve göreneklere sureti mutlakada bağlı kalmak davası da beşeriyeti en iptidaî vaziyetinden bir adım ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir. Hiçbir mütemeddin millet böyle bir akide etrafında kalmamış ve hayatın icabatına tevfiiki hareketle zaman zaman kendini bağlayan örf ve âdetleri yıkmakta tereddüt etmemiştir. (Hakikatler karşısında âbâ ve ecdadından mevrus itikatlara behemehâl bağlı kalmak akıl ve zekâ icabatından değildir.) Esasen ihtilâller bu hususta en müessir bir vasıta olarak istimal edilmişlerdir.

Alman Kanunu Medenîsinin tatbikinden evvel Almanya, hukukî ahkâm noktasından merkezde Bizansın (1500) sene evvel yapılmış Roma Hukukuna tâbi idi. Bu hukuka, bir de millî hukukun millî ve mahallî metinleri inzımam ediyordu. Şarkta ve şimalde Roma Hukuku ve mahallî metinlerle karışık bir halde Prusya Hukuku vardı. Mütebaki aksamda Fransa Hukuku mer'î idi. Alman ahalisinin %33'ü Roma Hukukuna, %43'ü Prusya Hukukuna, %7'si Saksonya hukukuna, %17'si Fransa hukukuna tâbi idi. Alman Kanunu Medenîsinin tatbikinden evvel Alman hukuk lisanı Lâtince, Fransızca, Yunanca ve mahallî Alman lisanlarınca idi. Bavyera'da yalnız nikâh mukavelesi hakkında 70 ila 80 usul vardı. Hâkim için bu metinlerin hepsinden ayrı ayrı haberdar olma imkânı yoktu. Alman Kanunu Medenîsinin neşrinden evvel Almanya'da bir adamın herhangi bir hadisede hangi ahkâma tâbi olacağını bilmesi imkânı mevcut değildir. Almanya hukukşinasları bu binbir çeşit ve asırlardan müdevver hukuktan, Kanunu Medenî ile memleketlerini bir hamlede kurtardılar ve bütün Almanya için tek bir Kanunu Medenî yaptılar.

Kanun 3 Temmuz 1896'da neşrolundu ve Millet Meclisince toptan kabul edildi. Örf ve âdetçilere göre Alman Kanunu Medenî lâyihası pek nazarî ve amelî noktadan kıymetsiz telâkki olundu. Hâlbuki tetkik neticesinde bu kanundan kendileri dahi bir tek esası oynatmak imkânı görmediler.

Fransız Kanunî Medenîsi de bir inkılâp mahsulüdür. O da eski ahkâmı, örf ve âdetleri çiğneyerek yeni düsturlar vazetti. Sınıf ve arazi imtiyazlarının lağvı ve hukuku ailenin kilisenin elinden alın-

ması bu kanunun belli başlı yeniliklerinden oldu. Kanunu Medenîsinin neşrinden evvel Fransa mahallî ve mektup ve birbirinden çok farklı örflerle idare ediliyordu; cenubda Roma zamanından kalma ahkâm, şimalde Cermen menbalarından gelme kaideler vardı. Fazla olarak münasebatı medenîyede her mıntıkanın kendisine mahsus ahkâmı mevcut idi. Fransız ihtilâlinin itikadı batlaya kahir bir darbesi olan Kanunu Medenî bütün eskilikleri sildi ve yerine yeni ahkâm ve kaideler vazeyledi. Fransa Kanunu Medenîsinin en çetin hasmı kilise olmuştu. Çünkü bu kanun Katolikliğin münasebatı medenîyede bilhassa aile hukukundaki hakimiyetini selbediyordu.

İsviçre, Kanunu Medenîsinin neşrinden evvel kantonların adedi kadar kanunlara sahip idi. İsviçre Kanunu Medenîsi muhtelif örf ve âdetleri ihtiva eden bu kanunların hepsini birden hükümden ıskat etti. Ve yerlerine, bambaşka, tek bir kanunu medenî koydu. Bu üç büyük hareket bütün hayatı ölü an'aneler bağlamak isteyen (Tarihi Mektep)'in son kahharı hezimetini oldu. Bu misalleri vermektan maksat, zamanın icabatına ve medeniyetin mukteziyatına göre milletlerin örf ve âdetlerine bir hamlede nasıl veda ettiklerini ve bu vedan zannedildiği gibi mazarrat ve tehlikeyi değil, büyük menfaatler istilzam eylediğini canlı bir surette göstermektedir. Hayatın icabatına uymayan örf ve âdatta ısrardır ki, milletler için baisi felaket olur. Bu saydığımız kanunlarda esas, din ile devletin mutlak surette ayrılığıdır. İsviçre, Almanya ve Fransa siyasî ve millî vahdetlerini iktisadî, içtimaî halâs ve inkişafalarını Kanunu Medenîlerini neşretmekte tarisin ve takviye eylemişlerdi. Bu hayati zaruretler karşısında eski örflerin, mahallî ve me'lûf ahkâmın ve dinî itiyatların idamesi bu memleketlerden hiçbirinde hatta İsviçre gibi ârayı âmmenin en vâsî derecesinde hüküm sürdüğü bir memlekette bile istenmemiş, istenememiş, hatırlara gelmemiştir.

Şüphe yoktur ki: kanunların gayesi herhangi bir örf ve âdetle veya yalnız vicdanla alâkadar olması icap eden ahkâmı diniye değil, siyasî, içtimaî, iktisadî, millî vahdetin her ne bahaya olursa olsun temin ve tatminidir. Asrı hazır medeniyetine mensup devletlerin ilk farikası din ile dünyayı ayrı görmektir. Bunun aksi, devletin kabul ettiği din esaslarını kabul etmeyen kimselerin vicdanlarına tahak-

küm olur. Bunu asrı hazır devlet telâkkiyatı kabul edemez. Din, devlet nazarında vicdanlarda kaldıkça muhteremdir ve masundur. Dinin hüküm halinde kanunlara girmesi tarihin seyrinde ekseriya tacidarların, mütegalibenin, kavillerin keyif ve arzularını tatmine vasıta olmasını istilzam etmiştir. Dini dünyadan ayırmakla asrı hazır devleti, beşeriyeti tarihin bu kanlı hazır beliyesinden kurtarmış ve dine hakikî ve müebbet bir taht olan vicdanı tahsis etmiştir. Bahusus muhtelif dinlere mensup tebaayı ihtiva eden devletlerde tek bir kanunun bütün câmiada tatbik kabiliyetini ihraz edebilmesi için bunun din ile kat'ı münasebet etmesi hâkimiyeti milliye için de bir zarurettir. Çünkü kanunlar dine müstenit olursa vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlete, muhtelif dinlere salık tebaası için ayrı ayrı kanun yapmak icap eder. Bu hal asrı hazır devletinde şartı esasî olan siyasî, içtimaî, millî vahdete külliyyen münafidir. Hatırlatmak icap eder ki: devlet yalnız tebaası ile değil; ecnebilerle de temastadır. Bu takdirde onlar için de kapitülâsyon namı altında ahkâmı istisnaiye kabul etmek zarureti hâsıl olur. Lozan muahedesi ile ilga olunan kapitülâsyonların memleketimizde ipkası için ecnebi-ler tarafından sarfedilen esbabı mucibenin en mühim ciheti bu nokta olmuştur. Bundan başka Fatih Sultan Mehmet devrinden son zamanlara kadar gayrimüslim tebaa hakkında tatbik edilen ahkâmı istisnaiyeye de bilhassa bu dinî vaziyet bais olmuştur. Hâlbuki yeni Türk Kanunu Medenî lâyihasının ihzarı vesilesile memleketimizde mevcut ekalliyetler Lozan muahedesinin kendilerine kabul ettiği haklardan sarfınazar ettiklerini Adliye vekâletine bildirmişlerdi.

Teceddüt tarihimizde kıymeti olan bir hadiseyi şuracıkta zikretmek isteriz. Âli Paşa, Fransız Kanuni Medenîsi'nin Türkiye için aynen kabulünü vaktile Sultan Aziz'e teklif etmiş, fakat Cevdet Paşa'nın müdahalesi ile bu büyük teşebbüs akim kalarak yerine Mecelle ikame olunmuştur. Esasen tekmil endişesi şahsî menfaatlerden ibaret olan ve riyayı şiar ittihaz edinen Saltanat idaresi için milletin hakiki menfaati icabatını nazarı dikkate alarak karar verilmezdi.

Asrı hazırım medenî milletlere tanıdığı tekmil hukuku, cihanı medeniyetten bilâ kaydu şart talep ederken bu hukukun istilzam ettiği vezaifi medeniyeyi de Türk Milleti yeni Kanunu Medenîsi ile

kendi eliyle kendisine tahmil etmiş bulunuyor. Bu kanunun lâyihasının manalarından birisi de budur. Türk Milletinin mümessili âlisi olan Büyük Meclisin nazarı tasvip ve tasdikine arz edilen Türk Kanunu Medenî Lâyihası mevkiî mer'iyete vazedildiği gün milletimiz on üç asrın kendisini çeviren itikadâtı sakimesinden ve tezebzüblerinden kurtulmuş, eski medeniyetin kapılarını kapıyarak hayat ve feyiz bahşeden muasır medeniyetin içine girmiş bulunacaktır. Adliye Vekâleti bu kanunu hazırlamakla inkılâp ve tarih huzurunda millî vazifesini ifa etmiş ve Türk milletinin hakiki menfaatlerini ifade etmiş olduğunda şüphe etmemektedir.