

HAK - ADALET - ÖZGÜRLÜK – MEŞRUIYET KAVRAMSAL ANALİZ⁴

GİRİŞ

İş bu Tebliğin amacı, temel hukuk kavramlarımızın, iç ve dış etkilerden uzak kalarak en Yüce olana teslimiyet halinde gerçek anlamının ne olduğunu tespit ve önerilerdir. Tüm hukuk kavramlarının aynı zamanda istisnasız Kur'an'ın da kavramları olduğunu teslim edebiliriz. Zira biliyoruz ki, Kur'an-ı Kerim, tüm insanlığa kendinden önceki Dinleri ve Kitapları tasdik ederek ilahi vahyin son halini getirmiştir. Kâinatın yaratıcısı Allah'ın son sözü söylediği yerde, insanların sadece ilahi vahye teslim olmak zorunluluğu vardır. Burada Allah'a inanmanın veya inanmamanın sonuçlarını tartışacak değiliz. Fakat Allah'ı devre dışı bırakarak, dünyanın ve dünya işlerinin dışında tutarak gelinen seküler gidişatın dünyayı yaşanmaz hale getirdiğini de görüyoruz.

Şunu kesinlikte ifade etmeliyim ki, tüm hukuk sistemleri ilahi hukuk sistemine ve kurumlarına yönelmektedir. Özellikle de 20 – 21. yüzyılda beşerî hukuk sistemleri, İslam Hukukunun kuram ve kurumlarını bir bir hayata geçirmektedir. Türkiye hukuk sistemi olarak her ne kadar bu kavram ve kurumları Batı'dan alıyor olsa da, hukuk tarihimizdeki örnekler, beşerî hukuk sistemlerinin yönelimlerinin ilahi hukuka ve uygulamalarına doğru olduğunu gösteriyor. Örnek olarak Tahkim Yargısı, Ombudsmanlık (Kamu denetçiliği), Arbuluculuk ve Uzlaştırma yöntemlerinin aslen İslam Hukuku uygulamalarından alındığını görüyoruz. Allah'ın birinci yargı yolu

⁴ Bu çalışmamız, "Hak - Adalet - Özgürlük –Kavramları Analizi" ve "Koşulların Hukuk Kavramlarına Etkisi" başlıklı Tebliğlerimizden yararlanarak ve güncellenerek hazırlanmıştır.

<http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/tebligler/3.pdf>

<http://www.muhammedbalci.com/yayinlar/tebligler/230.pdf>

olarak emrettiği Tahkim'in özel hukuk ihtilaflarında mevcut yargı sisteminin yerini aldığını, Hz. Peygamber'in (SAS) uygulaması ve bize mirası olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırmanın Hisbe Teşkilatı'ndan, muhtesiplikten tevarüsen uygulamaya geçtiğini, Osmanlı'daki Ombudsmanlığın İsveç üzerinden dünyaya yayıldığını görüyoruz.

Bu durumda, bu Tebliğimizde son sözü İslam söyleyeceğine göre, önce beşerî hukuk sistemlerinin kavramları ve bu kavramlara yüklediği anlamlardan yola çıkarak "*mukayeseli hukuk*" çalışması yapmak zorunluydu. Bazı hukuk kavramlarının bize göre eksik veya yanlış anlamlandırılmalarına ilişkin görüşleri aktararak, bu kavramların içini nasıl doldurduğumuzu anlatacağız.

Sağlıklı bir hukuk mantığının oluşabilmesi için öncelikle kavramların sağlıklı bilinmesi ve içselleştirilmesi gerekir. Hukukun temel kavramları olarak da hak-adalet-özgürlük-meşruiyet kavramlarını esas alıyoruz. Tebliğimizde bu kavramların farklı hukuk ideolojilerince nasıl anlamlandırıldığını ve kullanıldığını gösterip, sonrasında da kendi hukuk ideolojimize⁵ göre bu kavramları örnekleriyle açıklayacağız.

HAK KAVRAMI

Hakk, lügat itibarıyla 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. Ayrıca, hakkın yukarıda verdiğimiz anlamları "*kesinlik*", "*doğruluk*" ve "*genellik*" içerir. Bir başka ifadeyle insandan insana değişmesi mümkün olmayan, herkes tarafından benimsenen, kabul edilen bir kavramdan bahsetmekteyiz.

⁵ Hukuk ideolojisi başlı başına bir ideoloji değil, asıl ideolojinin (hayat ve kâinat hakkında kesin çözüm ve emirleri olan ideolojinin) hukuk sistemi hakkındaki öngörüsü ile ortaya koyduğu bakış açısı, hukuk felsefesi ve pratiğidir. M. BALCI, *Hukuk Mantığı. BİRİKİMLER I*.

Genel olarak insanın iki temel özelliğinden bahsedilebilir:

Birincisi, bilgi edinme ve değerlendirme özelliğidir. Bu özellik sayesinde insan, “kendisini ve çevresini” tanıma, uyum sağlama, onu değiştirme ihtiyacı duyar ve bu yönde davranışlar içinde bulunur.

İkincisi: Sosyal bir varlık olma özelliği: Her canlı gibi yaşamını devam ettirmek isteyen insan, varlığını korumak ve sürdürmek için araçlara muhtaçtır ve bunları tek başına sağlayamaz. Amaçlarına ulaşabilmek için hemcinslerine muhtaçtır ve bu ihtiyaç ona toplumsallık özelliğini kazandırır. Toplumsallık, yaşamın bir düzen içinde kurulması ve devamı için bir gereklilik olduğu gibi, toplum hayatının sürdürülmesi için de insanın “toplumsal özelliklerini” devam ettirmesi gerekir.

İşte burada insan diğer insanlarla ve kâinatın yaratıcısı ile olan ilişkilerinde haklı-haksız, iyi- kötü, doğru-yanlış gibi değerlendirmelerde bulunur. Tabii ki sadece değerlendirmekle kalmaz, yine yaradılışı gereği değerlendirmelerini sonuçlandırmak ister. Bir başka ifadeyle, değerlendirmeleri sonucunda kimi olay ve bu olaylara temel olan davranışları olumlar ve esas alır, düşünce ve yaşam sistemini bu değerlendirmeler ışığında devam ettirir; kimi değerlendirme sonuçlarını da olumsuzlukla nitelendirir ve bunların gerçekleşmemesi, aksine yaptırma tabi tutulması şeklinde tavır belirler.

İşte insanın zihinsel ve pratik olarak ve ikisini birleştirerek yaptığı bu değerlendirme, diğer insanlarla ve yaratıcısı ile olan ilişkilerini ve davranışlarını düzenlemek ihtiyacından doğmaktadır. İnsanlar maddi anlamda benzer özelliklerde yaratılmış olmalarına karşın, düşünce ve eylem planında farklı özellikler gösterirler ve farklı amaçlara yönelebilirler.

Bu farklılıklar, insanların yöneldiği bazı idelerle, sosyal hayatta olup bitenlerin “farklılığını”, hatta “çelişikliğini” de ortaya koyar. Örneğin, adalet idesi, sosyal ihtiyaçlara ve toplumda yararlı görülebilen her olguya aynen tekabül etmeyebilir. Toplumda pratik ihtiyaçlardan ve koşullardan kaynaklanan sorunlara bulunan çözümler, adalet idesine ters düşebilir. Dolayısıyla insanın bu ilişkileri ve so-

nuçlarını düzenleme ihtiyacı, bu ilişkileri biçimlendirme ve bu ilişkilere görünür ve algılanabilir bir düzen vermeyi hedefleyen “normları” da ortaya çıkarmıştır. Bu normlar bütününe de “hukuk” demektiriz.

O halde hukuku tanımlarsak: “*Hukuk: İnsanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca (adalet) yönlendiren normlar bütünüdür*”⁶ diyebiliriz. Ancak insanlık, bir arada yaşamaya başladıktan ve bu yaşam için bazı kurallar belirledikten, bir başka deyişle hukuku oluşturduktan bu tarafa, “olan hukuk – olması gereken hukuk” ayırımını⁷ yaşamaktadır. Bunun içindir ki konu öncelikle felsefi olarak tartışılmıştır.

Hukuk felsefesi tarihi, “adalet değeri”nin tartışılması üzerine yoğunlaşmıştır. Hukuk felsefesi, hukuku, bazı etik veya ahlaki değerleri gerçekleştirmekle yükümlü bir “sosyal kontrol kurumu” olarak ifade eder. Bu etik veya ahlaki değerlerin de yasa koyucunun iradesi karşısında tamamıyla bağımsız olduğunu belirler. Bunun için de hukuk adamının, hukuk kurallarını kendi iradesine göre değil, objektif olarak belirlenmesi olanaklı bazı etik veya ahlaki değerlere göre koymak zorunda olduğunu kabul eder.

Hukuk felsefesinin bu belirlemelerine karşın tarihte tabii hukuk savunucuları, söz konusu etik veya ahlaki değerlerin sadece bireysel yanlarını dikkate almaları, toplumsallıkla birlikte değerlendirmemeleri ve esasen bu kavramların ve içeriklerinin (idelelerin) bireysel ihtiyaçları karşılamakla da yükümlü olduklarını akıldan çıkararak,

- ♦ Tabii hukukun sadece zihinlerde yer almasına,
- ♦ Yaşanan hayata indirilmemesine,
- ♦ Dolayısıyla da meydanı pozitif hukukun doldurmasına, neden olmuşlardır.

⁶ Vecdi ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İst: 1992. Filiz Yay.

⁷ Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN, *Olan Hukuk - Olmayan Hukuk*, <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA23-Engin.pdf>

Bununla birlikte, **hakların ve yükümlülüklerin, belli bir düzen içinde insanlara sunulması ve yaptırımlarla korunmaya alınması, bir sistemi ortaya koymaktadır** ki buna bazen **hukuk**, bazen de **hukuk sistemi** denilir.

O halde hukukun tanımını yinelersek:

“Hukuk: İnsanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca (adalete) yönlendiren normlar bütünüdür”

diyebiliriz.

İnsan, doğuştan belirlenmiş hak ve özgürlüklere sahip olan bir varlıktır. Aynı zamanda toplumsal özelliği olan varlıktır. İlahi olmayan hukuk sistemlerinde insan *“birey”* ve *“kişi/kişilik”* olarak iki ayrı yönüyle değerlendirilmektedir.

İnsanı birey veya kişi olarak iki ayrı şekilde değerlendirmek, Batılı Hukuk Öğretilerinde iki farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Birincisi, insanı (bireyi) temele alan *“Tabii Hukuk”* görüşü/öğretisi, ikincisi insanı, toplumun bir parçası ve toplum tarafından belirlenen bir değer (kişi) olarak kabul eden *“Kişisel Haklar”* görüşü/öğretisi.

*“Tabii Hukuk Öğretisi”*ne göre; birey hak sahibidir ve özgürdür. Özgürlüğü hak sahipliğinden de önce gelir ve doğuştandır. O halde bireyin hak sahipliği tanınmalı, özgürlük durumu hukuksal forma kavuşturulmalıdır.⁸ Bu görüş, tarih boyunca var olagelmiş, fakat uygulama alanını çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile *“Tabii Hukuk Öğretisi”*nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili olduğu⁹ ileri sürülse de topluma hâkim olan burjuva sınıfının haklarının teminat altına alınmasıyla bu etki ortadan kaldırılmış, Fransız Devrimi'nin göz boyayıcılığı,¹⁰ insanı bir *“kişi”* olarak tanımlamakla son bulmuştur.

⁸ M. Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s.315.

⁹ İlhan F. AKIN, *Temel Hak ve Özgürlükler*, s.109.

¹⁰ Yavuz YILDIRIM, *Fransız Devrimi'nde Yurttaşlık Ve Etkilerine Dair Bir Değerlendirme*, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 251 2019 Cilt 21 Ek Sayı (251-271). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/782131>

Tarihin ilk dönemlerinden itibaren insanlık, yürürlükteki hukukun (pozitif hukuk) üstünde ve ötesinde değişmez, mutlak, genel geçerliliği haiz bir adalet peşinde koşmuştur. Bunun karşısında otorite ve egemen güçler, hukuk ve adaletin kendi dünya görüşlerinden ibaret olduğunu ileri sürerek baskı yapmışlardır.¹¹

İnsanların belli durumlarda nasıl davranmaları ya da davranmamaları gerektiğini belirleyen hukuk kuralları tarih boyunca değişik biçimlerde ortaya çıkmıştır. Bazı düşünürler, hukukun her toplumda kural koymaya yetkili kimselerce konulmuş olan “pozitif” kurallardan oluştuğunu öne sürmüşlerdir. Bazıları da pozitif hukuk kurallarının uyması gereken “üstün, genel ve değişmez kurallar”ın bulunması gerektiğini savunmuşlardır. Bu düşünürler pozitif hukuklara öncülük edecek ideal bir hukukun bulunduğunu ileri sürerler. Bu da Tabii Hukuk Görüşüdür (öğretisidir).

Ancak burada gözden kaçmaması gereken bir nokta vardır. Doğal Hukuk Öğretisi savunucularının, ideal insanlardan oluşan ideal bir toplumda var olan veya olması gereken hukuku savunmalarından değil; aksine pozitif hukukun uyması gereken üstün (aşkın) hukuk kurallarının varlığından söz etmelerinden bahsetmekteyiz.¹²

Burada bir noktayı daha belirtmek gerekiyor. Doğal hukuk ilkelere göre düzenlenmiş bir hukuk sistemine “olması gereken hukuk” adını verirsek, bu olması gereken hukuka uymayan bir hukukun hukuk sayılmaması gerektiği anlamına gelmez. Öyle bir hukuk yine hukuktur. Ancak onun, kötü, amacına uygun düşmeyen bir hukuk olduğu söylenebilir.

Tabii hukukun birçok tanımından yola çıkarak genel bir tarif yapılırsa:

Tabii Hukuk: Bir ülkede belirli bir devrede yürürlükte olan hukuk kurallarının üstünde yer aldığı, insan tabiatında saklı olduğu, toplumun o günkü meselelerine en uygun, en adil çözümleri önerdiği ileri sürülen, olanı değil olması gerekeni deyimleyen, bu nedenle pozitif hukuk kuralları üstünde yönetici bir rol oynaması kabul edilen hukuktur.

¹¹ Niyazi ÖKTEM, *Tabii Hukuk Dersleri*.

¹² Vehbi HACIKADİROĞLU, *Doğal Hukuk Sorunu*, <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA4-Hac%C4%B1kadirog%CC%86lu.pdf>

Tabii Hukuk Öğretisinin temel ilkeleri, doğuştan kazanılan (tabii) haklar varsayımıdır ve zaman ve mekâna bağlı değildirler. Bu haklar adalet kavramı içinde yer almakta ve eşitlik, özgürlük, kardeşlik esasları üzerinde temellenmektedir. Formül şudur: *Adaletin içeriğini aslında eşitlik düşüncesi oluşturur. Gerçek eşitlik özgür ortamda anlam ifade eder.*¹³

Bu durumuyla tabii haklar, *devredilmesi ve vazgeçilmesi mümkün olmayan* temel hak ve hürriyetler olarak belirir. Tabii haklar, hukuk kavramının *“ahlaki özünden”* kendiliğinden çıkarılır.

Tabii hukuk anlayışı, bireyin kendi iç dünyasından, yani *“yardılışından”* gelmektedir. Hangi inanç sistemine sahip olursa olsun, tüm düşünürler tabii hukuk öngörüsünün insanın yaradılışında var olduğunu kabul eder. Bu öngörünün sonucu olarak ifade edilen tabii hakların izafi/göreceli/rölatif olup olmadığı tartışmalıdır. Varlığı ve pozitif hukukun üstünde olan kuralları oluşturdukları tartışma konusu değildir. Özellikle de pozitif hukukun ortaya koyduğu düzenlemelerin kişileri tatmin etmemesi durumunda tabii hakların önemi ve tabii hukukun gerekliliği öne çıkmaktadır. Özellikle de adalete uygunluk kriteri, pozitif hukukun tabii hukuk kurallarına göre düzenlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarır.

Tabii haklar kuramı ve tabii hukuk öğretisi, insanın özgürlüğünü sağlayan bilgi ve araçların başka insanlarla işbirliği yapılmadan elde edilmesinin olanaksız oluşundan yola çıkan mantıksal işlemlerle birlikte değerlendirildiğinde¹⁴ tabii hukukun en sonunda bir pozitif hukukun doğmasına neden olacağı kuşkusuzdur.

Hukuk tarihi, işte pozitif hukukla tabii hukuk arasındaki bu mantıksal ilişkilerden ve koşulların da zorlamasından meydana gelmektedir.

Burada tartışmanın ana eksenini, pozitif hukukun tabii hukuk kurallarına uygunluğundan ziyade, tabii hukuk kurallarının kavramsal olarak içeriği, kapsadığı alanlar, kavramların ve kuralların izafi/göreceli/rölatif (kişiye göre değişken) olup olmadığı, pozitif

¹³ Niyazi ÖKTEM, a.g.e.

¹⁴ Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

hukuk kuralları ile oluşturulacak hukuku ne suretle etkileyebileceği gibi konular oluşturacaktır. O halde Tabii Hukukta ve Pozitif Hukukta hak kavramını, zaman zaman eleştirel bakışla da olsa incelemeye çalışalım.

Tabii Hukukta ve Pozitif Hukukta Hak Kavramı

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. Bu yönüyle hak kavramı değerlendirildiğinde, herkes tarafından aynı şekilde değerlendirilmesi gereken bir kavramla karşı karşıyayız. Bir başka ifadeyle insandan insana değişmesi mümkün olmayan, herkes tarafından benimsenen, kabul edilen bir kavramdan bahsetmekteyiz. Önüne geldiği herhangi bir kavramın doğruluğunu, gerçekliğini, olması gerekeni ifade ettiğini kabul etmekteyiz.

Bununla birlikte, hakların ve yükümlülüklerin, –veriliş gayesine uygun olup olmamasının değerlendirilmesi yapılmaksızın–, belli bir sistem içinde insanlara sunulması ve yaptırımlarla korunmaya alınması, bir hukuk sistemini ortaya koymaktadır ki buna bazen **hukuk**, bazen de **hukuk sistemi** denilir. Bu anlamda hak,

“Bireye (kişiyeye) çıkarlarını karşılamak amacıyla hukuk düzeninin tanıdığı irade gücü ya da hukuksal güç”

olarak da tanımlanmaktadır.¹⁵ Bu yönüyle bakıldığında hakkın bir hukuk sistemi yönünden geçerliliği ve kabulü söz konusudur. Hukuk düzeni tanımadığında bir haktan bahsedilemez.

İnsan, doğuştan belirlenmiş hak ve özgürlüklere sahip olan bir varlıktır. Kişilik ise, hukuk sisteminin insana verdiği değerdir. İnsanı “kişi” olarak ele aldığımızda ortaya önemli bir sorun/tartışma çıkmaktadır: “Haklar, yasa koyucunun korumayı uygun gördüğü çıkar-

¹⁵ İsmet SUNGURBEY, *Hak Nedir*.

larla 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?"

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

"Tabii Hukuk Öğretisi"ne göre; birey hak sahibidir ve özgürdür. Özgürlüğü hak sahipliğinden de önce gelir ve doğuştandır. O halde bireyin hak sahipliği tanınmalı, özgürlük durumu hukuksal forma kavuşturulmalıdır.¹⁶ Bu görüş, tarih boyunca var olagelmiş, fakat uygulama alanını çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile "Tabii Hukuk Öğretisi"nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili olduğu¹⁷ 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.

Ayrıca Tabii Haklar Öğretisi, temel hak ve özgürlükler anlayışında sadece akli temel almasıyla ve hakları sadece insanın salt özgürlük alanı içinde değerlendirmesiyle, insanlar ve toplumlar arasında gereken değerini bulamamış, temel hak ve özgürlükler de bu nedenle uzun zamana yayılan mücadeleleri gerekli kılmıştır.

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

¹⁶ M. Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s.315.

¹⁷ İlhan F. AKIN, *Temel Hak Ve Özgürlükler*, s.109.

“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 tanınmanın 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.¹⁸

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 kavramına hayat hakkı tanımamış, ancak onun yerini alacak yapıcı bir düşünce de ortaya koyamamış, özgürlüğün kökünü sadece iktidarda görmekle, aslında özgürlükler bakımından tehlikeli olabilecek bir yola sapmıştır.¹⁹ Buna karşılık insanların fitratında yaşayan Tabii Hukuk, devletlerce yeterince benimsenmemiş, fakat insanın düşünmeye başlamasından bu yana kişiliğinde saklanmış ve geliştirilmiştir.²⁰

Başlangıçta,

“İnsanların birey olarak yaşayabilmeleri veya toplumdışı kalabilmeleri mümkün olmayacağından, 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.

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.

¹⁸ İlhan F. AKIN, a.g.e., s. 111

¹⁹ İlhan AKIN, a.g.e., s.113

²⁰ Ahmet MUMCU, *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, s. 7.

“Hakları ödevlerin karşılığı olarak tanımlama eğilimi de yine yerleşik inançların etkisi altında ortaya çıkan yanlış bir görüştür. İnsanın hiçbir ödev karşılığı olmadan, yalnızca insan oluşundan gelen hakları bulunduğu gibi, karşılığında hiçbir hak beklemeden, yalnızca insan olduğu için yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri de vardır. Bu hak ve ödevlerin neler olduğunu ve uygulamanın nasıl olması gerektiğini belirlemek de insanın özgürlük alanı içindedir.”²¹

Aynı şekilde hak ve ödevlerin neler olduğu ve uygulamanın nasıl olması gerektiğini belirlemeyi, “salt insanın özgürlük alanı içinde” saymak da insanın toplumsallığına aykırı bir anlayıştır. İnsan doğasında var olan bencilliğin ön plana çıkabileceği izahtan varestedir.

Vasatı Önceleyen İslâm Algısı

Her yönüyle olduğu gibi, bu konuda da *vasatı*^(*) önceleyen İslam algısı Kur’an-ı Kerim’in birçok yerinde örneklemeler yoluyla ilkeleri belirlemiş ve insanoğluna birey olarak gerçek değerini verirken, toplumsallığın da yara almamasını, aksine onurlu bir toplum yapısını işaret etmiştir. Kur’an-ı Kerim’de Kalem Suresinde hak ve ödevlerle ilgili öngörü, yukarıdaki iki farklı anlayışı –*Tabii Hukuk Öğretisi ve Kişisel Haklar Öğretisini*– kapsayacak şekilde ve insan fıtratına uygun olarak ortaya konulmaktadır. Burada;

- Hakların tamamen bireyin kendisine bağlı ve kullanımına açık olduğunu,
- Herhangi bir zorlamanın olmadığını,
- salt insanın özgürlük alanı içinde bulunduğunu,
- Ancak hakkı yaratan, tanımlayan ve bahşedenin iradesi doğrultusunda kullanılması halinde istenilen sonuca ulaşılabileceğini,

²¹ Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

(*) Vasat kelimesini, sık kullanılan anlamıyla ‘orta’, “orta yol” anlamında değil, istilahi olarak kullandığımız “ortam, fıtrata uygunluk, ağıyarını manî, efradını cami” anlamında kullandık. M. Balcı

- Gerçekten insanların onur içinde yaşamalarına ilişkin ister etik ister ahlaki densin, fakat insaniliği ve toplumsallığı inkâr edilemeyecek ilkeler konulduğunu

görmekteyiz.

"Biz onlara da belâ verdik, bahçe sahiplerine verdiğimiz gibi. Hani onlar sabah olunca bahçeyi mutlaka devşireceklerine yemin etmişlerdi. İstisna da etmiyorlardı ("ıñşallah" demiyorlardı). Fakat onlar uyurken dolaşıcı bir belâ onu sardı da, Bahçe simsiyah kesiliverdi. Derken sabahleyin birbirlerine seslendiler: "Haydi, devşirecekseniz erkenden ekininize gidin" diye. Derken fırladılar, aralarında fısladıyorlardı. "Sakin bugün hiçbir yoksul bahçeye girip yanınıza sokulmasın" diyorlardı. (Zanlarınca yoksulları) engellemeye güçleri yeterek erkenden gittiler. Fakat bahçeyi gördüklerinde: "Biz herhalde yanlış gelmişiz" dediler. "Yok, biz mahrum edilmemişiz." (dediler). İçlerinde en makul olanı şöyle dedi:

"Ben size Rabbimizi tesbih etsenize dememiş miydim?" "Rabbimizi tesbih ederiz, doğrusu biz zalimler imişiz." (dediler). Ardından suçu birbirlerine yüklemeye başladılar. Yazıklar olsun bize, dediler, biz azgınlarmışız. Ola ki Rabbimiz bize onun yerine daha hayırlısını verir. Biz Rabbimize yönelir, ondan umarız. (...) Öyle ya, teslimiyet gösterenleri suçlular gibi tutar mıyız hiç? Neyiniz var, nasıl hüküm veriyorsunuz? Yoksa size ait bir kitap var da onda mı okuyorsunuz? O kitapta, "beğendiğiniz her şey sizindir" diye mi yazılı? Yoksa "ne hükmederseniz mutlaka sizindir" diye sizin lehimize olarak tarafımızdan verilmiş, kıyamet gününe kadar geçerli kesin sözler mi var?" 68/17-40.

Kalem Suresinde, hak-adalet- özgürlük-meşruiyet kavramlarının anlamı ve algılarının iç ve dış koşullardan etkilenmemek üzere, Kadir-i Mutlak'a irca edildiğini/edilmesi gerektiğini görmekteyiz. Gerçekten de Surede;

- Pay sahibi yoksulun hakkının mutlak olduğunu, dolayısıyla "hak" kavramının bize yoksulun payı örneği ile anlatıldığını;
- Bu hakkın/payın mutlaka yoksula verilmesinin gerektiğini ve adaletin, bir şeyi kendine ait olan yere koymak olduğunu, bu anlamda hak ve adalet kavram ve algılarının da mutlak olduğunu,

görmekteyiz.

Aynı şekilde, hak ve adaletin tesliminde;

- Yoksulun hakkını teslimde başkaca bir yöntem tercih edilemeyeceğini, tek seçeneğin, gerçek özgürlüğün sa-

dece en yüce olana teslim olmak olduğunu, bu konuda diğer tüm seçeneklerin işaretlenmemesi gerektiğini,

- Bu teslimiyetin, **hak** ve adalet kavramları ile birlikte ancak ilahi vahiyle belirlenmiş meşruiyete tabi olduğunu, beşeri/nefsi dayanakların geçersiz olduğunu anlamış oluyoruz. Örnekte de görüldüğü gibi hiçbir koşul bu mutlaklığın önüne geçemez, hak, adalet, özgürlük ve meşruiyetin zedelenmesine imkân tanımaz.

Burada, insanın üç ayrı fakat birbirinden ayrılması mümkün olmayan ilişkisinden bahsetmeliyiz. İnsanın insanla, insanın tabiatla ve insanın Allah ile ilişkisi. Az ileride bu konuya değineceğiz.

ADALET

“Adalet nedir, sorusuna” pozitif hukukun önemli isimlerinden Hans Kelsen’in görüşlerinden cevap arayalım. Kelsen, “adalet nedir?” sorusuna Hz. İsa’nın dünyaya geliş amacının, hakikat değil adalet arayışı olduğunu söyleyerek başlar:

*Nasıralı İsa, Roma valisi Pilatus’un huzuruna getirildiğinde ve (ona) kral olduğunu itiraf ettiğinde, şöyle dedi: “Ben, bunun için doğdum ve bu amaç için dünyaya geldim: adalete şahadet etmek için.” Bunun üzerine Roma valisi Pilatus sordu: “Hakikat nedir?” Roma valisi bir cevap beklemiyordu ve İsa da bir cevap vermedi bu soruya, çünkü **hakikate şahadet etmek, İsa’nın, Mesih Kral olarak kutsal görevinin özü değildi.** O, adalete; Tanrı’nın Krallığı’nda gerçekleşecek olan adalete şahadet etmek için doğmuştu ve bu adalet için O, çarmıha gerildi. Bu nedenle, Roma valisi Pilatus’un “hakikat nedir?” sorusundan, İsa’nın kanından doğan, başka ve daha önemli bir soru—insanlığın ebedi sorusu— ortaya çıkar: Adalet nedir?*

Başka hiçbir soru, bu kadar tutkulu bir şekilde tartışılmamış; başka hiçbir soru böylesine çok kan ve gözyaşı dökülmesine sebep olmamış ve başka hiçbir soru Eflatun’dan Kant’a en ünlü düşünürlerin yoğun ilgisine konu olmamıştır. Ancak başka hiçbir soru bugün, diğer zamanlarda olmadığı kadar da cevapsız kalmamıştır. Öyle görünüyor ki bu soru, kaderine boyun eğmiş bilgelik’in uygulandığı ve insanın kesin bir yamıt bulamayacağı, fakat ancak onu geliştirebileceği sorulardan biridir.

Öncelikle adalet, karşılıklı insan ilişkilerini düzenleyen toplumsal düzenin mümkün, ama zorunlu olmayan bir niteliğidir. O, ancak tali olarak insanın bir erdemidir; çünkü insan, eğer davranışı adil olarak kabul edilen toplumsal bir düzenin normlarına uyuyorsa adildir.

Peki, toplumsal bir düzenin adil olduğunu söylemek gerçekte ne anlama gelir? O şu demektir: bu (toplumsal) düzen, insan davranışlarını herkesi tatmin edecek şekilde düzenlemiştir. Yani herkes, o düzende mutluluğu bulabilir. Adalet arzusu, insanın mutluluk için duyduğu ebedi arzudur. O, insanın yalıtılmış bir şekilde, yani yalnız başına bulamayacağı, bu nedenle bir toplum içinde aradığı bir mutluluktur. Yani adalet, toplumsal mutluluktur. O, toplumsal düzen tarafından garanti edilmiş bir mutluluktur. Bu bağlamda, adaleti mutluluk olarak tanımlayan Eflatun, sadece adil insanın mutlu ve adil olmayanın da mutsuz olduğunu ileri sürer. (Ancak) adaletin mutluluk olduğu yönündeki ifade, elbette ki nihai cevap değildir; o, sadece soruyu değiştirmektedir. Çünkü şu hâlde sormamız gerekir: Mutluluk nedir?”²²

Kelsen, tam da pozitif hukuk anlayışının temsilcisi olarak, hakikate şahitlik etmeyen adaleti önemsiyor ve öngörüyor. Çünkü Kelsen'e göre adalet görecedir, “sana göre, bana göre” adalet vardır ve birbirlerinden farklıdır. Dolayısıyla görece adalet hakka raci değildir, yani hakkaniyete şahitlik edemez. Gerçekten de pozitif hukuk ve yargısı çoğu zaman insanları tatmin etmez. Hakka şahitlik eden yargı ise adildir ve muhatapları “Şeriatin kestiği parmak acımaz” der.

Kelsen'e göre, mutluluk da adalet gibi görecelidir. Mutluluğun göreceliğinden, adaletin de göreceli olduğu kanaatine ulaşır:

Mutlulukla biz, toplumsal (siyasal) otorite, yani yasakoyucu tarafından tanınan; beslenme, giyinme, barınma vb. gibi tatmin edilmeye değer bazı ihtiyaçların giderilmesini anlamalıyız. Şüphesiz ki toplumsal olarak tanınan ihtiyaçların giderilmesi, mutluluk kavramının ima ettiği ilk anlamdan çok farklıdır. O düşünce, doğası gereği çok öznel bir niteliğe sahiptir. Mutluluk kavramı dar ve ilk anlamında, yani bir kişinin ondan ne anladığı biçiminde tanımlandığı müddetçe, herkese mutluluk bahşeden adil bir düzen olamayacağı açıktır.²³

Kelsen burada, Hz. Süleyman'ın iki kadının üzerinde hak iddia ettiği çocuğu hangi anneye verilmesi gerektiğine dair hükmünü örnek verir. Hz. Süleyman'ın kararının taraflardan birinin mutsuzluğu ile sonlandığına göre, diğer taraf için adil olmayabileceğine işaret eder. “Mutlak mutluluk olmadığına göre mutlak adalet de yoktur”, demeye getirir. “Eğer adalet, mutluluk olarak ve de bireysel mutluluk olarak anlaşılırsa, adil bir toplumsal düzen mümkün değildir”²⁴ der.

²² Hans KELSEN, *Adalet Nedir?* Çev. Ali Acar; <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1301> Erişim 04.01.2018.

²³ Kelsen, a.g.m.

²⁴ Kelsen, a.g.m.

Mutluluk bireysel, enfüsi/içsel bir olgudur. Her insanın mutluluğu inancına, ihtiyaçlarına göre değişiklik gösterir. Ancak en genelde insan bir canlı türü olarak, hemcinsleri ile ortak mutluluk durumları vardır. Bu durumlarda adaletin tecellisi mutluluğun da kaynağı olur. Adaleti kendince, kendine göre, göreceli olarak algılamayan insan, başkalarının mutluluğu üzerinden de adaleti mutlak adalet olarak algılayabilir ki böyle de olmalıdır. İnsanın bireyselliği yanısıra toplumsallık özelliği mutlak adaleti öngörmesini ve inancını gerektirir.

Kelsen, insan aklının adaleti meşrulaştırmasına, koşullar gereği böyle bir ihtiyaca da değinir. Mutlak değerlerin (sabiteler diyelim) insan aklının dışında, onu aşan değerler olması bakımından, meşrulaştırma probleminin koşullara bağlı ve göreceli olarak çözümleneceğini ifade eder. Bir başka ifade ile adaletin göreceli olarak birey bazında kabullenilebileceğine işaret eder. Ve buna dayanarak da en eski zamanlardan günümüze kadar tanımlanagelen birçok adalet öğretisini, kolaylıkla iki temel türe indirger: metafiziksel-dinsel ve rasyonel, ya da daha tam ifadesiyle, rasyonelimsi adalet anlayışları.²⁵ Yani bugün reel-politik dediğimiz, koşulların oluşturduğu veya koşullardan etkilenen adalet anlayışı. Hatta bu koşulların oluşturduğu adalet felsefesinin etiğini de araştırır kendince. Tek bir ahlaki sistemin olmadığı, bu farklı sistemler arasında tercih yapılabileceğini söyler.²⁶ Hans Kelsen gibi pozitif hukuk öncüleri, hukukun adalet gibi soyut, bilimsel olmayan tanımlar ile ilgilenmemesi gerektiğini de savunmaktadırlar.²⁷

Adalet Nedir?

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 vazgeçil-

²⁵ Kelsen, a.g.m.

²⁶ Kelsen, a.g.m.

²⁷ *Hukuk Felsefesi*, https://tr.wikipedia.org/wiki/Hukuk_felsefesi

lemez 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 adaleti/kıst/equity*”dir. 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 olmadığı gibi anayasalarda belirlenmeye ve kısıtlanmaya çalışıldığı şekliyle sadece sosyal haklara indirgenebilecek bir yönü de olmadığı,
- Aksine tüm insanlığın birlikte sahiplenmesi gereken ve mutlak hak eşitliği ve oranlılığı bağlamında karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma ile gerçekleşebilen yönü olduğu

açıkça görülür.

Adalet Duygusu/Arayışı

Adalet, teorik anlamda sadece belirli içerikli ilkelerin etkili kılınması değil, fakat belirli bir “*isteme*”dir: 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 bütünlüğünden oluşan düzenlerdir.²⁸

²⁸ Ioanna KUÇURADİ, *Adalet Kavramı*.

Adalet *nesnel (objektif)* ve *öznel (subjektif)* olarak iki değişik türde kullanılır. Adalet, bir yandan erdem anlamında kişisel bir özelliği ve duyguyu ifade ederken²⁹; diğer yandan –hukukun tanımladığı varlık anlamında– “*kişi*”lerin ilişki biçiminin bir özelliğini de ifade etmektedir. Hukukun insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca yönelik normlar bütünü olduğu kabul edildiğinde, hukuki değer olarak söz konusu adalet de, bu “*nesnel (objektif)*” anlamda adalet olmaktadır.³⁰ Bu anlamıyla nesnel (objektif) adalet anlayışı pozitif hukukun öncellediği adalet anlayışıdır.

Tabii Hukuk Öğretisi, erdem anlamında kişisel özelliği işaretlediğinden, onun konusu kişisel anlamda, erdem anlamında “*subjektif adalet*”tir. Tabii hukuk, adaleti herkeste yaradılıştan var olan, fakat herkese ve her akla göre değişen adalet belirlemesiyle adaleti göreceli hale de getirmiştir.

Adaletin Göreceliliği

Adaletin göreceliliği konusunda da Kelsen, göreceliliğin ahlak-sızlık değil, tam tersine ahlaki sorumlulukla uyumlu olduğunu, tek bir ahlaki sistemin değil, birbirinden farklı birçok ahlaki sistemin olduğunu, böylece insanların düşüncelerini ifade ederken sığındıkları ahlak ilkesinin **hoşgörü ilkesi** olduğunu savunur. Bir başka ifadeyle Kelsen, insan sayısı kadar ahlakiliğin panzehirinin hoşgörü olduğunu söylüyor:

Ahlaki ilkelerin yalnız görece değerler oluşturduğu düşüncesi, onların hiçbir şekilde değer oluşturmadığı anlamına gelmez. Bu, sadece tek bir ahlaki sistemin olmadığı, fakat birbirinden farklı sistemlerin olduğu anlamına gelir ve sonuç olarak, onlar arasında bir tercihte bulunulması gerekir. Bu nedenle görecelilik, bireylere, kendisi için doğru ve yanlış olanın ne olduğuna karar vermek için zor bir görev yükler.) Elbette bu, insanın tahayyül edebileceği çok ağır bir sorumluluğu ve hatta en ağır*

²⁹ Relativist/görececilik anlamında değil. M. Balcı

³⁰ Vecdi ARAL, *Hukuki Değer Olarak Adalet*.

(*) Yaratıcı bu zor görevi kolaylaştırmış, ilahi vahyini ve Peygamberlerini göndermiştir (M.Balcı)

ahlaki sorumluluğu ifade eder. Eğer insanlar bu sorumluluğu taşımak için çok zayıfsa, onlar bu sorumluluğu taşıma görevini kendi üstlerinde bir otoriteye –bir yönetime ve son kertede Tanrı’ya– yüklerler. İşte o durumda artık seçimleri yoktur. Ahlaki olarak kendinin efendisi olmaktansa üstün bir gücün verdiği emre itaat etmek daha kolaydır. (...) Göreceli adalet felsefesiyle ilgili olan belirli ahlak ilkesi, hoşgörü ilkesidir ve bu ilke, diğerlerinin siyasi fikirlerine ve dini inançlarına karşı, onları kabul etmeksizin, fakat onların özgür olarak ifade edilmesini engellemeyerek, anlayışlı olmayı ifade eder. Göreceli bir adalet felsefesiyle mutlak hoşgörünün övülemeyeceği; sadece barışı garanti eden ve düzene tabi olanlar arasında güç kullanılması engelleyen ve yasaklayan, ancak fikirlerin barışçıl bir şekilde ifade edilmesini engellemeyen ve yasaklamayan bir kurulu hukuk düzeni içindeki hoşgörünün benimsenmesi akla yatkındır. Hoşgörü, düşünce özgürlüğüdür.³¹

Bütün bu anlatılardan sonra Kelsen, yine de adaletin tam olarak ne olduğunu anlatamadığını, mutlak adaletin ne olduğunu bilmediğini, bu yüzden de göreceli adaleti savunduğunu itiraf eder.

Bu makaleye ‘adalet nedir’ sorusuyla başladım ve şimdi makalenin sonunda farkındayım ki onu cevaplamadım. Tek mazeretim, bu konuda en iyi noktada olmam. Okuru, birçok tanınmış düşünürün başarısız olduğu noktada başarılı olduğuma inandırmaya çalışmak küstahlığın da ötesinde bir durum olurdu. Gerçekten de insanlığın özlemine çektiği mutlak adaletin ne olduğunu bilmiyorum ve onun ne olduğunu söyleyemem. Göreceli adaleti kabul etmem gerekiyor ve ben sadece bana göre adaletin ne olduğunu söyleyebilirim. Bilim adamlığı benim mesleğim olduğu ve bu nedenle benim hayatımdaki en önemli şey olduğu için, bana göre adalet, koruması altında “hakikat” arayışının gelişebileceği bir toplumsal düzendir. O halde benim adalet anlayışım, özgürlük adaleti, barış adaleti, demokrasi adaleti ve hoşgörü adaletidir.³²

Adaletin göreceli olarak algılanmasının sonucunda kimileri için “mevcut hukuk düzenini savunmak” adalet, kimileri için de “onu değiştirmek” adalet olmaktadır. 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 “statüko-yu/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.

³¹ Kelsen, a.g.e.

³² Kelsen, a.g.m.

Yukarıda hak ve adalet kavramlarını incelerken görüldüğü gibi her iki kavram da mutlaklık ifade etmektedir. Aksi halde, görece, (herkese göre adaleti) kabul etmek zorunda kalabiliriz ki, bu da yaşanan yüzyıllar içinde insanlığa zulümden başka bir şey getirmemiştir. Burada Hüseyin Hatemi'nin 1996'da Hukukçular Derneği'nin Didim'de düzenlediği *Dünya Müslüman Hukukçular Konferansı*'nda yaptığı konuşmadan bir bölüm alıntılalım:

*Batıda da zaman zaman insanlık Fitri İlahi Hukuk (Tabii Hukuk) anlayışının özlemine çekmiş, bu hukuku aramış, fakat Hıristiyan inancı maalesef Hz. İsa'dan sonraki iki asır içinde hiçbir şekilde akli olmayan dogmaların ipoteği altına konduğu için, hukuk bilgileri sadece akılları ile yetinmiş ve Vahy'in yol göstericiliğinden yoksun kalmışlardır. Bundan da Kant gibi büyük düşünürlerin yetersizliği vakası doğmuştur. Bir kısmı da Roma Hukukundan Ulpianus'un, Rönesans'dan sonra Groitius'un yaptığı gibi, iktidar sahiplerinin himayesi altında olma ihtiyacını duydukları için, Tabii Hukuk anlayışını saptırmışlar, zaman zaman zulmü de "adl" olarak göstermişlerdir. "İnsanlık için en hayırlı ümmet" olma görevi bize verildiği ve Resul-i Ekrem (S.A.) de Veda Hutbesi ile bir kez daha ödevlerimizi bize tebliğ ettiği halde, biz de maalesef bu görevimizi yerine getiremedik. İktidar sahiplerinin himayesini sağlamak için "Hukukun Üstünlüğü İlkesi"ni feda eden, Cengiz Yasasını İlahi Tabii Hukuk ile eşdeğer (equivalent) sayan, Kur'an-ı Kerim'deki "örf" teriminin "el-Ma'ruf" anlamını saptırıp "güçlüünün iradesi" anlamına irca eden (indirgeyen) sözde âlimler bizde de çıktı ve kafamızı, kavramlarımızı karıştırdı. Bugün de Sovyetler'in çöküşünden sonra, "Post Modernizm", "Pluralizm", "Yeni Dünya Düzeni" ve Hukuk Çokluğu" gibi terimlerle bu saptırma sürdürülmektedir. Oysa hukukçunun istisna kabul etmez görevi önce "Adalet"in ne olduğunu bilmek, sonra her zaman adaleti savunmak ve her zaman adaleti savunmak ve yeryüzünde değişken ve **subjektif olmayan o adaleti** gerçekleştirmeye çalışmaktır. Bu; "İlahi hilafet" ödevinin "minimum" derecesidir. "Birr" ve ihsan" altın kuralı da bu "minimum"u tamamlar ve insanın gücü ölçüsünde "maksimum"a, "azami"ye, en üstün hayır ve tekâmül derecesine, "nefs-i mutma'inne" mertebesine iletir. Bu da en kâmil anlamda takvânın ve ahlakın alanıdır.*

İslam Hukukçuları; adaleti uygulama alanında da kaaim kılmaya, gerçekleştirmeye çalışırken, "dogma"ların engeli ile karşılaşmayacaklardır. Çünkü İslam'da asla bu anlamda "absürde" olan, gayri akli (irrasyonel) dogmalar yoktur. Ancak, İslam Hukukçuları, yanlış gelenekçilik ve taklit ilkesi ile karşılaşacaklar ve en fazla güçlüğü de geleneksel (Traditionnel) Ceza Hukuku alanında çekeceklerdir. Ne var ki hiçbir bahane bu alanda da durmamızı ve "Din-i Hanif"den yüz çevirmemizi haklı gösteremez. Allah hâşâ zalim olamaz, Allah adalet ile emreder. Şu hâlde Allah'ın buyruklarını, mülazeme ilkesine rağmen, zulüm yönünde yorumlamak bir "firu-id din" sorunu değil bir "usul-iddin" sorunudur ve İslam imanına aykırıdır. "Usul-id din" alanında ise, "taklid" bizi Allah önünde sorumluluktan kurtarmaz. Allah, O'na rahmet etsin,

*Ebu Hanîfe cesareti ile “delil-i akli”yi kullanarak, artık Ceza Hukuku alanında da bize düşen ödevi ifa etmeliyiz.*³³

Esasen hukuka aykırılığın, insanlık dışı uygulamalarla yine hukukun uygulayıcıları tarafından sürdürüldüğü 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.³⁴

Bu ide sayesinde,

Hukukun insanlar için varolduğunu, insanların hukuk için yaratılmadığını” anlarız.

*(Limandaki gemi güven içindedir; fakat gemiler limanlar için yapılmamışlardır.)*³⁵

Hukuk–Adalet İlişkisi

Tebliğin özüne hâkim olan “*hukukun 4 temel kavramının mutlaklığı ve birbirleriyle, biri olmazsa diğerlerinin de olmazlığı*”ndan yola çıkarak ve buraya kadar anlatılanlarla bütünleştirebilmek için öncelikle hukuk–adalet ilişkisi üzerinde de durmak gerekiyor.

Hukuk Adalet ilişkisi üzerine pozitif hukuk açısından değerlendirerek, M. Emin Emîni’nin bir pozitif hukuk makalesinden³⁶ alıntılar yapacağız:

³³ Hüseyin HATEMİ, *Adalet Kavramının Mutlaklığı Ve Rölativizmin Kabul Edilmezliği*, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/279.pdf>, Erişim 28.8.2018.

³⁴ Vecdi ARAL, a.g.m.

³⁵ John A. SHEDD, bkz.: Vecdi ARAL, a.g.m

³⁶ M. Emin Emîni, “*Hak Kavramı*”, dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/download/705/657

Hukuk ve Adalet

*Esasen, hukuk kelime kökü itibarıyla adaletle ilişkilidir. Nitekim Latince hukuka “ius”, adalete ise “iustitia” denmiştir. Bu bağlantı açısından düşünüldüğünde, **adaletin hukukilik/hukuka uygunluk anlamına geldiği** söylenebilir. Öte yandan, ius’un hem bağlayıcı kurallar anlamında hukuk, hem de doğruluk, haklılık anlamına geldiği düşünülürse, bundan hukukun haklar ve adaletle doğrudan doğruya ilişkili olduğu sonucu çıkar. Türkçe bakımından da benzer bir sonuca ulaşabiliriz: Hukuk kelime anlamı olarak “haklar” demektir, hak ise dilimizde doğruluk ve haklılıkla ilişkili bir kavramdır.³⁷*

Emini, hak kavramının dilimizde Arapça’dan geçtiğini, gerçek, doğru, en doğru anlamlarına mutlaklık ifade ettiğini göz ardı ederek, hakkın doğruluk ve haklılıkla ilişkili olduğunu söylüyor. Oysaki hak, doğruluk ve haklılığın bizzat kendisidir. Arapça anlamıyla hakk’ın mutlak doğru, tek gerçek, pay ve din anlamına geldiğini söylemiştik.

Emini, adalet kavramının hukukla bağlantısının anlamını veya hukukun ne anlamda bir adalet vaat edebileceğini sorgularken, dört alt başlıkla konuyu inceler: Hukuk ve Düzenleyici Adalet, Hukuk ve Maddi Adalet, Hukukun Yapısal Özelliği ve Adalet, Hukuki Hakkaniyet.

Düzeltilici adalette taraflara eşit muamele edilir ve sorun dağıtımla değil yanlışların düzeltilmesiyle ilgilidir. Bu bakımdan, düzeltilici adalete ‘mahkemelerin adaleti’ denebilir ve yapılmış bir yanlış düzeltmek, adil bir dengenin bozulduğu yerde dengeyi iade etmek anlamına gelir.³⁸

Emini, düzeltilici adaletin maddî adalete hizmet ettiğini kabul ile birlikte, bu yolla maddî adaletin tam olarak sağlanmasını da mümkün görmez. Çünkü düzeltilici adaletin esas olarak hukukî statükoyu koruduğunu ve bu statükonun adaletin gereklerine uygunluk derecesi ise ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğini söyler. Devamla, “*farklı hukuk sistemlerinin maddî adaleti herkese sağlayacağını bir garantisizdir*” der.³⁹ Bu haliyle pozitif hukukun düzenleyici adalet bakımından bir yeknesaklık sağlamayacağını savunmuş oluyor.

³⁷ Emini, a.g.m.

³⁸ Emini, a.g.m.

³⁹ Emini, a.g.m.

Bir hukuk sisteminin maddi adaletin gereklerini de tam olarak karşılamayacağını ifade eden Emini, bunun bilinçli olmadığını, bazı zorluklarla (buna koşulların da diyebiliriz. M.B.) birlikte başka kavramsal–teorik sorunların da olabileceğini belirtir. Bir bakıma, adaleti görece kabul edenlerin oluşturduğu çoğulcu toplumlarda, adaleti önemseyen ve onu hukukta somutlaştırmak isteyen insanların adaletin ne olduğu veya en iyi nasıl gerçekleştirileceği üzerine farklı görüşlere sahip olmalarını gerekçe gösterir. Bu gerekçeyi de pozitif hukukun önde gelenlerinden alıntılarla, *Büyük bir modern toplumda herkesin paylaştığı geniş bir ahlâkî kurallar manzumesinin var olduğu düşüncesi bir efsanedir*, der.⁴⁰

Çok tabiidir ki, göreceli adalet anlayışının oluşturması muhtemel hukuksuzlukların giderilmesi, asgari insan haklarına saygıdan geçecektir. *“Makul görüş farklılıklarının dışında tutulabilecek yegâne konunun insan hakları olduğu kabulünden ve hukuki adaletin en önemli standardı olmasından”*⁴¹ yola çıkılarak, görece adalet anlayışının mahsurları giderilmiş olacaktır.

İnsan hakları konusunun, adaletin tesisinde önemli argüman olması, belirsizliği de ortadan kaldıran *“adil davranış kuralları”*nı beraberinde getirecektir. Friedrich A. Hayek’ten mülhem bu önerme, belirsizliği önemli ölçüde ortadan kaldırmak suretiyle, toplumda çatışmanın önlenmesine ve işbirliğinin kolaylaşmasına hizmet ederler.⁴² Yazara göre, *“eşit muamele”*, *“tarafsızlık”* ve *“söz hakkı”* bileşenleri olarak *“adil yargılanma”* hakkı, usuli hakkaniyetin (Hiç kimse uygun hukukî usule başvurulmadan haklarından yoksun kılınamaz) bir gereğidir.⁴³

Emini, buradan hareketle, pozitivistlerin, hukuku *“olması gereken”*den ayırarak, onu kendinde bir gerçeklik olarak analiz etmekte ve dolayısıyla *“hukuk ile ahlâk ayrımı”*nı korumalarında” kısmen haklı

⁴⁰ Emini, a.g.m.

⁴¹ Emini, a.g.m.

⁴² Emini, a.g.m.

⁴³ Emini, a.g.m.

görür. Bir de şerh düşer: “Ama bu, “objektif” bir fenomen olarak bile hukukun hiçbir ahlâkî içeriğe sahip olmadığı ve bu arada yapısı ve işleyişi bakımından adaletten büsbütün bağımsız olduğu anlamına gelmez”⁴⁴ der. Dayanak olarak da, pozitivizmin temsilcisi, Herbert Hart’ın “çağdaş hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinin ortak bir “asgarî doğal hukuk içeriği”ne sahip oldukları” kabulüne dikkat çeker.

İlginçtir ki, ilerideki anlatımlarımızda da ifade edeceğimiz gibi, pozitif hukuk, halefi olduğu doğal hukuka atıf yapmadan geçememektedir. Bir hukuk düzeni kuramayan Batı’daki doğal hukuk, yerini pozitif hukuka devrederken, seküler (parçalayıcı) hukuku ve ahlak anlayışını da devretmiştir. Bir başka ifade ile pozitif hukuk, her zaman “elde bir” anlamında doğal hukukun, pozitif hukuktan bağımsız ahlakçı yapısını bir ide olarak değilse bile, yeri geldiğinde sarılacağı bir can simidi olarak muhafaza etmektedir.

Son olarak, yazar, hukuk kavramının veya fikrinin her yerde adalet ve hakkaniyetle ilişkili olduğunu kabul etmekte, insanlar “evrensel hukuk”tan normatif bir dille söz ettiklerinde veya mahkemelerden “adalet” beklediklerinde de aynı şeyi yani adalet – hakkaniyet ilişkisini anlatmak istediklerini söylemektedir. Diğer pozitif hukukçularda olduğu gibi, yazarın burada “hakkaniyet”ten ne anladığı net değildir. Hakkaniyetin kökeninin bizdeki “hakk” kavramındaki mutlaklık anlamında hukuka ve adaletle uygunluğu ifade ettiğine dair bir belirti de görememekteyiz.

Hukuk Mantığının Adalet İle İlişkisi

Hukuk mantığının adalet ile ilişkisi, bir bakıma, talep edilen normların toplumda belirleyici konuma nasıl geleceğini araştırma ve sonuçlandırma eylemidir. Adaletin bir özlemi aşır, gerçekleşen bir olgu olabilmesi için, bu duygunun sadece duyguda kalmasının önüne geçmek, bir olguya dönüşmesinin mücadelesini vermek erdemine sahip olunmalıdır.

⁴⁴ Emimi, a.g.m.

Her ne kadar içinde yaşanılan toplumda adaletin gerçekten aranması erdemine ulaşılmadığı varsayılsa da, hiçbir erdemün ulaşamaz olmadığı inkâr edilemez bir gerçektir.⁴⁵

İşte burada tabii hukukun alanı içine girmektediriz. Tabii hukuk, adaletin, hukukun meşruiyet kaynağı olduğunu kabulden hareket ederek bazı tanımlar ve ilkeler belirlemektedir. Tabii Hukukun değişik Tabii Hukuk Okullarının düşünürlerinin adaletle ilgili görüşlerinden kısaca özetlersek:⁴⁶

Aşkın Adalet: Platon ve Kant'ın kullandığı bu tanımda adalet iki ayrı evrende doğar. Biri yaşadığımız somut, maddi, yerleşik duyular evreni, diğeri soyut aşkın (numenal) ideler evreni. İnsanın görevi aşkın evrendeki soyut hakikati –ki tanrısal kökenli kesin buyruklar olarak insana ulaşırlar– maddi evrende uygulamaya koymaktır. Bu anlamda adalet, düzenleyici bir ide olarak olması gereken bir biçimdir.

Yerleşik Adalet: Realiteden hareket edilen somut evren ve somut toplumun hukuka modellik yaptığı bir adaleti yansıtır.

Heraklit'e göre, sosyal düzen (nomos) doğal düzene (fizis) uymak zorundadır. Fizis (doğal düzen) evrensel akıl olarak adaleti de içerir.

Stoa'nın adalet anlayışında panteist tanrı anlayışına bağlılık vardır. Bu anlayışa göre de, evreni yüce bir güç, temel (külli) bir akıl (logos) yönetir. Logos'un kuralları adaleti yansıtır.

Ulpinyanus'un adalet tanımında ilkeler vardır:

- Onurlu yaşa,
- Başkasına zarar verme,
- Herkese kendine ait olanı ver.

Grotius'un adalet tanımında da bazı ilkeler vardır:

- Hakka saygı,
- Kusurlu kimsenin zararı ödemesi,

⁴⁵ M. BALCI, *Hukuk Mantiği*

⁴⁶ Niyazi ÖKTEM, *HUKUK FELSEFESİ DERSLERİ*

- Başkasına ait olanın verilmesi,
- Ahde vefa

Yukarıda alıntılanan görüşlerin ortak paydası, insanın özünde, yaratılışında adalet duygusunun varlığıdır. Bir başka ortak yön ise, adalet duygusunun bahşedildiğidir. Bu bahşedilme kimine göre Tanrı tarafından, kimine göre de kendiliğinden, tabiatın doğasındandır. Örneğin, Grotius'a göre Tabii Hukukun dinle alakası yoktur. Allah mevcut olmasa da Tabii hukuk mevcut olurdu. Tabii hukuk değişmeyen esaslardır. Tabii hukukun esaslarını Allah dahi değiştiremez. Tabii hukuk, insanın tabii ruhi temayüllerinden ve aklından doğan akli ve makul hayat esaslardır. Tabii hukuk tabiat ve akıl gibi değişmeyen bir hukuktur. Tabii hukuk adil hukuktur. Bunun aksi haksızlıktır.⁴⁷

Bütün bu ortak yanlardan da anlaşıldığı gibi, Batı'da ifadesini bulan Tabii Hukuk Öğretisinde Decartes'ın *coğitosu* gibi, tabii hukuk kuralları ve kavramları sadece bir "*özbilinç*" şeklinde insan doğasında vardır. Fakat bu özbilincin Allah ile ilişkisi, düzen ve yaptırım biçiminde kesinlikle öngörülmemiştir.

Burada "*temsili çoğunluk sistemi*" uygulamasının adalete ulaşmada ve adaletin paylaştırılmasında ne derece adil olabileceği konusu da değerlendirilmelidir. Kur'an'daki *Asr suresi*, çoğunluk iradesi de olsa Allah'ın ayetlerinin (hükümlerinin) değiştirilemeyeceği gerçeğini, dolayısıyla çoğunluğun her zaman adil olamayabileceğini, gerçek adaletin, değişmezliği yönüyle evrensel hale gelmiş hukuk kurallarının uygulanmasında bulunduğunu ifade etmektedir. Çoğunluk sisteminin evrenselliği ise tartışmalıdır. Yeterli hukuk mantığına sahip olmayan çoğunluğun dünyayı nasıl yaşanmaz hale getirdiğine de tanık olmaktadır.

⁴⁷ Sadri Maksudî ARSAL, *Hukuk Felsefesi Tarihi*

ÖZGÜRLÜK

Bir yazarımızın örneklemesine göre:

Yazar, meyveli bir ağaç ve bu meyveleri elde etmek isteyen hayvanlar düşünür. Bu hayvanların o meyveleri alabilmeleri için her birinin belli bir özelliği bulunmaktadır. Tırmanarak, uçarak, zıplayarak gibi. Bir kısmı da bu özellikleri olmadığından meyvelerin yere düşmesini bekleyeceklerdir. Hâlbuki insan kendisine verilen özellikler –ki öncelikle akıl yetisi– sayesinde bir çubuğun ucuna çengel takıp ulaşır ve meyveyi koparabilir. Bu özelliği ile insan, hayvanlar arasında herhangi bir hayvan olmaktan kurtulmuştur. Hatta başka seçenekleri de buldukça bu seçeneklerden hangisinin kendisine daha uygun olabildiğini tercih edebilecektir.⁴⁸

İşte diyor, insanın özgürlüğü de, belli bir amaca ulaşabilmek için birden çok yol düşünebilip yeri geldiğinde o yollar arasından “kendisi için en uygun olanı seçebilme özgürlüğü”dür. Böylece insan, amacına ulaşma yolunda bulabildiği seçeneklerin sayısı arttıkça özgürleşecek, özgürleştikçe de daha yetkin bir insan olabilecektir. Bunun için de bilgilenmek zorundadır. Yani “bilgi edinme özgürlüğü ve zorunluluğu” bulunmaktadır.

Öte yandan değişik seçenekleri kullanabilmek için değişik araçlara ve ilişkilere ihtiyacı vardır. İlişki denildiğinde de **sadece insanlar arasındaki ilişki** akla gelmektedir. Yani insanlar arasında bir işbirliği ve bilgilenme anlamında ilişki. O halde insanın özgürlüğü de insanlığı da toplumsal yaşamla birlikte başlar.⁴⁹

Yazar burada altını çizerek, özgürlüğün, akıl gibi, amacının ne olduğu bilinmeyen ve insanın mutluluğuna önem vermeyen bir yönetici özgürlüğüyle ilgisi olmadığını söylemektedir. Her davranışın bir bilginin, bilginin de ödünsüz bir nedensellik yasasının yönetiminde olduğunu kabul eder. Doğal olarak da çoğu zaman bilginin

⁴⁸ Vehbi HACIKADİROĞLU, “Doğal Hukuk Sorunu”

⁴⁹ Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

yerini yanlış bilgilerin ya da inançların almakta olduğunun unutulmamasını öğütler.⁵⁰ Ayrıca, özgürlüğü, işbirliğinin, yani toplumsal yaşamın sağladığı kabul edildiğinde, insanda kendisine bu özgürlüğü, dolayısıyla insanlığını sağlayan topluma karşı bir ödev bilincinin ortaya çıktığını kabul etmek de kolaylaşır, der. Gerekçe olarak da, buradaki ödevin Tanrıya karşı bir borç gibi metafizik (soyut) zorunluluktan değil, elindeki değerlerin bir bölümünün o değeri kendisine kazandırmış olan topluma geri verme gereği gibi somut bir borçluluk duygusundan kaynaklandığını, belirler.⁵¹ Buradan da doğal toplum tanımına ve olgusuna ulamaya çalışır:

Demek ki insanlığın başlangıç dönemlerini düşündüğümüzde, etik veya hukuk açısından, özgürleşmenin ve insanlaşmanın yolunun ancak başka insanlarla işbirliği yapmaktan geçtiğinin bilinci içinde birlikte yaşayan ve dilleri işbirliğinin gerektirdiği anlaşmayı sağlayabilecek kadar gelişmiş olan insanlardan oluşan bir toplumla karşılaşırız.⁵²

Yazar bundan sonrası için, yani doğal toplumun kendi arasındaki ilişkilerinin özel bir düzenlemeye gerek kalmadan yürürlüğünü sürdüremeyeceğini ve sürdüremediğini ekliyor ve diyor ki:

Ancak tarih, bu doğal toplum düzeninin, kısa sürede, yaptırımlı buyruklara dayanan bir hukuk düzenine dönüşmek zorunda kaldığını gösteriyor.

Tarihin bu kesitinde doğal toplum düzeni gibi, bütün toplum üyelerinin özgürlükten pay aldığı bir ortak mutluluk ortamı olan düzene de “etik düzen” adını veren yazar, bu etik düzende insanların “**mutluluklarını borçlu oldukları insanlara ödev bilinciyle**” bağlı olacaklarını savunur. Hukuk düzeninde ise insanlar “**özgürlüklerini borçlu olduğu**” başka insanlara sorumluluk duygusuyla bağlı olacaklardır, der ve böylece ilerleyen satırlarda, “*esas olanın ‘etik düzen’ olduğunu, hukuk düzeninin etik düzene geçişte bir aşama olduğunu*” izah etmeye çalışır.⁵³

⁵⁰ Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

⁵¹ Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

⁵² Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

⁵³ Vehbi HACIKADİROĞLU, a.g.m.

Yukarıdaki hak ve adalet kavramlarının pozitif hukuk sistemindeki tanım ve açılımlarını özgürlük kavramı için de düşünebiliriz. Bir başka ifade ile pozitif hukuk sistemlerinin hukuk kavramlarını, hukukun kaynağı ve kavramları olarak adalet ve özgürlük kavramlarını **salt insanlar arası ilişkilere** dayandırdıklarını gördük.

Farklı Özgürlük Anlayışları

Özgürlük, hukukun temel kavramlarından üçüncüsü ve özellikle de günümüzün başat hukuk kavramlarından biridir. Anayasa Profesörü Mustafa Erdoğan'ın özgürlükler üzerine tespitleri ve eleştirileri ile konuya giriş yaparsak:⁵⁴

Özgürlükle ilgili başlıca yedi anlayış veya yorum ayırt edilebilir. Bunlardan ilk dördü toplumsal ilişkiler hakkındaki (dışsal-entepersonal) farklı görüşleri ifade etmektedir; buna karşılık son üçü insan tabiatı hakkındaki (içsel-intrapersonal) farklı görüşleri yansıtmaktadır.

1. Engellerin Yokluğu (Absence of Impediments) Olarak Özgürlük

Bu anlayışa göre, eğer yapmak istediğinin önünde bir engel varsa kişi o şeyi yapmakta özgür değildir.

Eleştiriler:

(a) Bu bize özgürlüğün ne olduğundan ziyade ne olmadığını söylemektedir. Özgürlük kavramının içeriğini vermiyor.

(b) Engelin veya tahdidin mahiyetini açıklamıyor: insan yapısı mı, doğal mı? Yasal kısıtlamaların durumu?

Denebilir ki: Bir engelin özgürlüğe bir kısıtlama olabilmesi için onun hem insan yapısı olması hem de ağır müeyyide (ceza) tehdidiyle faili bir şeyi yapmaktan alıkoyması gerekir. (İlahi yönü yok mu? M.B)

⁵⁴ Mustafa Erdoğan, "Özgürlük Üzerine Notlar", <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozgurluk-ustune-notlar-mustafa-erdogan,267.php> (Erişim: 03.01.2021)

2. Seçeneklerin Varlığı (Availability of Choices) Olarak Özgürlük

Kişi eğer alternatif eylem seçenekleri arasında bir tercih imkânına sahipse özgürdür ve bu seçenekler arttıkça özgürlük de artar.

Eleştiriler:

- Bu anlayış bize özgürlüğün ne veya nasıl bir şey olduğu hakkında fikir vermekle beraber, özgürlüksüzlüğün, özgür olmama durumunun ne olduğunu söylemez.*
- Hangi seçeneklerin özgürlükle ilgili olduğunu söylemiyor. Bütün seçenekler özgürlüğü artırır mı? Nasıl ki her engeli özgürlükle ilgili görmüyorsak, ayni şekilde her tercih de özgürlükle ilgili değildir. Ayrıca, çoğu tercihler bir tür baskı altında yapılır, her tercihin bir maliyeti vardır. Tercihin maliyetli olması özgürlüğün yokluğu anlamına gelir mi? Aslında bir tehdit bile maliyeti yüksek bir seçenek olarak görülebilir.*
- “Tercihde bulunan/seçen” (chooser) kimdir? Deliler, beyni yıkanmışlar, hipnotize edilmişler, nevrotikler seçebilir, tercihte bulunabilirler mi? Bilgisizlik tercihte bulunmayı engeller mi? Bilginin artması belki daha iyi seçeneklere yol açabilir, seçenekleri aydınlatabilir; ama doğrudan doğruya seçenekleri artırabilir mi?*

3. Etkin Güç (Effective Power) Olarak Özgürlük

Bu anlayış itibari (nominal-sözde) özgürlükle gerçek özgürlük ayrımı yapar. Buna göre, gerçek anlamda özgürlüğün var olması için failin onu kullanma (veya kullanmadan kaçınma) gücüne de sahip olması gerekir. Ama onu kullanma gücüne sahip olmadığımız her durumda özgür olmadığımız söylenebilir mi? Bu sorunun makul cevabı şöyle olabilir: Eğer etkin güç yoksunluğu insani bir eylemin sonucu ise o zaman bunu özgürlüksüzlük olarak tanımlayabiliriz.

Aslında, etkin güç özgürlüğün kendisi olmaktan ziyade, ondan etkili olarak yararlanabilmesinin bir şartıdır. Güç ile özgürlük farklı şeylerdir. Kişi bir şeyi yapma gücüne sahip olduğu halde onu yapmamayı seçebilir ki bu onun özgür olmadığını göstermez. Öte yandan, kişinin bir şeyi yapma gücüne sahip olmaması durumunda, bu yapamazlık/iktidarsızlık durumu başka bir iradenin keyfi bir ürünü değilse kişinin hala özgür olduğu söylenebilir.

4. Statü Olarak Özgürlük

Bu görüş özgürlüğü bir kişinin belli bir siyasi veya sosyal yapı içinde işgal ettiği konum/mevki olarak yorumlar, yani, özgürlük bir grubun üyeleri arasında paylaşılan bir şey olarak görülür. Bu durumda özgürlük bireysel değil, kolektif bir durumdur. Başka bir anlatımla, özgürlük davranışsal olmaktan ziyade kurumsal olarak tanımlanır.

lanmaktadır. Bu anlayışa göre, bir kişinin fiziki hareketi kesin bir şekilde kısıtlanmış olsa bile, statüsünden dolayı özgür olabilir. Örneğin, bir mahkûmun özgürlüğü fiziki olarak kısıtlanmış olsa da köle olmadığı sürece genel olarak özgürdür.

Mesela Hannah Arendt'e göre yurttaşlık statüsü özgürlüğün özüdür; özgürlük ne içsel bir düşünce durumudur ne de mahremiyetin dış şartlarıdır. Özgürlüğün mekânı özel alan değil, kamusal alandır. Özgürlük politikayla özdeşdir.

Bu anlayış bir özgürlük anlayışı olmaktan ziyade kimlik, dayanışma, komünite ve kardeşlikle ilgili bir anlayıştır.

5. Kendini Belirleme (Self-Determination) Olarak Özgürlük

Bu anlayış açısından özgürlük, kendi iyi anlayışına göre kişinin kendi varlık tarzını yaratmasıdır. "Bu ismi hak eden yegâne özgürlük bizim kendi iyimizi kendimizce taşıyıp edebilmemiz özgürlüğüdür."(Mill)

Bu görüş özgürlüğün olmaktan çok otonominin (autonomy) tanımıdır. Otonomi (özzerklik) kişinin kendi kuralını kendisi koyma yoluyla kendini belirlemesidir. Dış dünyayla ilgili olduğu ölçüde kişinin kendini belirleyebilmesi için öncelikle özgür olması gerekir.

Öte yandan, insanın iç dünyası bakımından "kendini belirleme" failin irade özgürlüğüne sahip olmasını öngörür; çünkü bu yetenek olmazsa kişi otonom kararlar alamaz; kararları başka iradeler belirler.

Kişinin eylemleri aynı anda hem özgür hem de belirlenmiş olabilir. Şöyle ki: Kişi zora maruz kalmadığı sürece özgürdür; ama aynı zamanda zorunluluğun yasaları (nedenler) tarafından belirlenmiş de olabilir.

6. İstedliğini Yapma Olarak Özgürlük

Özgürlük her şeyden önce kişinin istediği gibi hareket edebilmesi durumudur.

Eleştiri:

- Özgürlükle kısıtlanmışlık arasındaki ayrımı temelsizleştiriyor: Eğer yapmayı istediğim şeyi her zaman yapıyorsam, o zaman kısıtlama altında hareket etsem bile özgürüm demektir.
- Eğer bana getirilen kısıtlamalar benim herhangi bir arzumu çatışmıyorsa onlar "istediğim" değerlerdir, dolayısıyla özgürlüğümü de kısıtlamazlar.
- Özgürlüğümü artırmanın bir yolu daha az istemem, arzularımı kısmamdır; tatmin edemeyeceğim bütün arzularımdan vazgeçmek suretiyle tamamen özgür olabilirim⁵⁵.

⁵⁵ Gerçek özgürlüğe yaklaşmış oluyor. En yüce olana teslimiyet. M.B.

Değerlendirme⁵⁶

22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁵⁷ 23. maddesinin birinci fıkrasında "kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez" denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında da "kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz" hükmü bulunmaktadır.

Konuyla ilgili olarak Sava Paşa önemli bir olay ve o olayla ilgili olarak Ebu Hanife'nin çok önemli bir içtihadını nakleder:⁵⁸

"Halife Mansur, Musul ahalisiyle bir mukavele akdederek, şartı mukaveleye göre, bu memleket halkının, halifece cürüm addedilebilecek bir hareketi vuku bulduğu takdirde, bütün ahalinin kılıçtan geçirileceği kararlaştırılmış idi. Musul ahalisinin böyle bir cürme teşebbüs etmeleri dolayısıyla, halife sefer ilan etti. Ancak Musul üzerine yürümeden önce bu hususta müttehaz nizam üzere, bütün ulemayı bir içtima davetle mukaveleyi kendilerine arz ederek kararlaştırılmış olan cezanın şekli icrası hakkında reylerine müracaat eyledi. Mukavele öyle sarih bir hükmü ihtiva etmekte idi ki, İmamı Azam'dan başka diğer bütün ulema, mukavele hükmünün tatbik olunması reyinde bulundular. Yalnız İmamı Azam, halifenin icrasını arzu eylediği mukavelenin tarzı tahririne göre vacibülittiba ise de mukavele-i mezkûrenin esasının batıl bulunduğu itirazını serd eyleyerek bu iddiasını, İslâmiyet'te ferdin kendi hayatına tasarruf hakkı bulunmadığı kaidesine istinat ettirdi. Bu mukavele irade-i ilâhiyeye mugayirdir. Tetkik olunan mukavele yazılış bakımından her ne kadar sahîh addedilmek ıktiza eder ise de esasatı islamiyeye âdemi mutabakati bakımından gayri meşru addedilmesi lâzım gelir."

7. Kendinin Efendisi Olma (Self-Mastery) Olarak Özgürlük

Bu anlayış bize şöyle der: Önemli olan arzu ve isteklerimize hâkim olmaktır, onlara teslim olmak değil. Arzularımızı bastırdığımız ölçüde özgürüzdür.

Bu anlayış kendini belirleme ile benzerlik gösteriyorsa da ondan farklıdır. Çünkü kendini belirleme kavramı özgürlüğü ben (self) tarafından denetimde bulurken (özzerlik=muhtariyet), "kendinin efendisi olma" anlayışı özgürlüğü ben üzerindeki denetimde, yani ben'in denetiminde ("kemal") bulmaktadır.

⁵⁶ M. BALCI

⁵⁷ R.G., T. 08.12.2001, S. 24607.

⁵⁸ Sava PAŞA, İSLÂM HUKUKU NAZARİYATI HAKKINDA BİR ETÜD, C. 1, Baha Arıkan (çev.), İstanbul: Kitabevi Yayınları, 1955, s. 89, 90. Ayrıca Bkz: Diyanet İşleri Başk. Yayınları, İst. 2017, s. 98.

Her ikisinin de insani varoluş için değerli yanları bulunabilirse de, bunlar özgürlük değildirler.⁵⁹

İnsan İlişkileri

Şimdi tüm bu özgürlük tanımlarına, “etik” ve “hukuk” düzeni açıklamalarına karşın, yine bir örnek fikirden yola çıkarak düşüncemizi açıklayalım.

Özgürlüğün gerek tanımında gerekse izahında bizim için önemli olan, hak, adalet özgürlük, hukuk ve benzeri temel kavramların birer temel hak oldukları bilincinin ve bizatihi bu hakları bünyemize veren gücün belirlemelerinin asıl alınacağı inancıdır. Bu çerçevede Kur’an’ı Kerim’de Alak suresinde geçen **alak/alaka/aleka** kelimesi / kavramı üzerinde fikir üretmeye çalışalım.

“O insanı bir alekadan yarattı”.96/2.

ALAK, “aleka”nın çoğuludur. Lügatte **alek maddesi, yapışıp ilişmek manasına** vaz edilmiştir. Ve mutlak şekilde **ilişken ve yapışkan nesneye de denir.**

Tefsir bilginleri genel olarak, yaratılışın maddi yönünü göz önünde bulundurarak kan pıhtısının çoğulu anlamıyla yetinmişlerdir. Bir kısmı da bunu en alçaktan en yükseğe yükselmeyi göstermek için açıkça anlaşılan mânâ olarak görmüşlerdir. Fakat Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır,

Bir alakadan yahut sırf bir ilişikten bir insan yaratan ve mutlak surette yaratmak kendinin şanı olan Rabb’in hiç okumamış olan kimseyi de böyle bir emir ile elbette okutur. Onun için oku!

diye anlamlandırır.⁶⁰

Kannatimce, Allah, insanın maddi anlamda karşı cinsle fitrata uygun ilişkisi ve rahimde meydana gelen değişiklikler sonucu oluşumunu anlatırken, bizlere yaradılıştan kazandırdığı sabık malumata⁶¹ (bilgiye) intizaren de bir ilişkiler yumağı içinde var olduğumuzu hatırlatıyor.

⁵⁹ Mustafa ERDOĞAN, a.g.m.

⁶⁰ Elmalılı Muhammed Hamdi YAZIR. a.g.e.

⁶¹ Sabık Malumat: malumat-ı sabıka / verili bilgi / yaradılıştan verilen bilgi. Lügat, Osmanlıca Türkçe Sözlük. <https://www.lugat.com/malumat-%C4%B1%20sab%C4%B1ka/1/1>

Bu ilişkiler yumağı veya ağı bizim sosyal yönümüze vurgu yapmak içindir. Şayet aksi düşünülürse, yani sosyal ilişkinin anlatılmadığı söylenirse, o zaman alaka terimi yerine sadece nutfenin yapışması veya onu karşılayan bir ifade kullanılırdı. Fakat Kur'an'ın icazı⁶² böyle bir yorumu imkânsız kılar. Kur'an icazı ve mucizeliği sayesinde bizi düşünce sınırlarımızı zorlayacak diyarlara taşır. İşte o diyarlar, bugün bizim ihtiyacımız olan gerçek toplumsallığın, insani ilişkilerin, beşerî münasebetin ve alçaktan yukarı yücelmenin, bu ilişkiler sayesinde yücelmenin zeminleridir. Özellikle de "oku" emri, insanın ilişkiler ağının bilgilenmeyle ne kadar yakın olduğuna işaret ediyor. O halde "ikra" üzerinde durmak icap eder: Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır'dan alıntılanarak;

Rabb'inin adıyla oku! Yani onun yüce adıyla, "Allah" yüce ismi ile başlayarak oku. Okumaya başla. Yukarıda geçtiği üzere bu emir inerken, başlangıçta Hıra mağarasında Hz. Muhammed'in zatına melek gelip camına tak diyen şiddetli bir sıkıştırma ile yalnız "oku" demiş. O zamana kadar Hz. Muhammed okumak bilmediği için "ben okumuş değilim" yani "okumak bilmem ki ne okuyayım?" demişti. Bunun üzerine yine şiddetli bir sıkıştırma ile "oku" demiş. O da yine "ben okumuş değilim" demişti. Demek ki o ilk iki "oku" emri henüz Kur'an değil, okuma denilen işe başlamak için heceletme cinsinden hazırlayıcı bir emir teklif idi. Kur'an, üçüncü defaki sıkıştırmadan sonra olan iş bu "Rabb'inin adıyla oku!" emri ile başlamıştı. Şu hâlde bu emir, ilk inmesinde hem yaratıcı bir mahiyette Hazreti Peygamber'i okumazken okur yapmış, hem öğretici bir şekilde nazmı ile okunanı belirtmeye başlamış, hem mânâsı ile ilk vâzifenin böyle yaratan, terbiye eden Allah'ı tanıtmak ve onun ismiyle okumaya başlamak olduğunu yükümlü tutmak şeklinde anlatmıştır. Bu başlangıçta şöyle demek olur: Gerçi sen bu zamana kadar okumadın. "Sen

⁶² İcaz: "Sözlükte "sözün kısaltmak" anlamına gelen **îcâz**, terim olarak meânî ilminde "bir maksat ve fikrin en az sözle açıklanması" demektir. İcâzlı söze **vecîz** ve **mûcez**, sözün maksadı ifadede yeterli olmayacak derecede kısaltılmasına da **ihlâl** denir. Birçok eserde icâzın belâgatla eş tutulması belâgat ilminde icâza verilen önemi göstermektedir... Bir söz kendisinden uzun bir söze kıyasla icâz vasfını kazanabilir... **Îcâz-ı Kısır**. Cümleden herhangi bir eksiltmeye gitmeden kısa bir ibareye çok mânâlar sığdırmaktır; sözün herkesçe kullanılan yaygın şekline nazaran lafızlarının az, anlamının çok olmasıdır." Recâizâde Mahmud Ekrem *Ta'lîm-i Edebiyyât'* ta icâzın en çok fikhî veya kanunla ilgili hükümlere, ata-sözlerine ve hikmetli sözlere yakıştığını söyler. Gerçekten de Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin "kavâid-i külliyye"si bütünüyle icâz-ı kısır nevindendir." M. A. Yekta SARAÇ, İslam Ansiklopedisi, İcaz Maddesi.

Kur'ân'dan önce bir kitap okumuyordun." (Ankebut 29/48) kitabın niteliğini, imanın esasının neden oluştuğunu bilmezdin... "Sen önceleri kitap nedir iman nedir bilmezdin." (Şurâ, 42/52) Fakat işte yaratmak denilen işin sahibi olup kâinatı yaratan ve seni yaratıp yetiştiren, sana ve her işine sahip olan Rabb'in seni kudretiyle şu anda bir okur yaptı, okunacak bir Kur'ân, bir kitap indirmeğe başladı. Böyle öğretildiği gibi o Rabbi'nin ismiyle başlayarak oku!

"Kur'ân okumak istediğin zaman, Allah'ın rahmetinden kovulmuş şeytanın şerrinden Allah'a sığın." (Nahl, 16/98) âyetinde de geçtiği üzere Kur'ân okumanın hakikati, sözü rastgele söylemekten daha güzel bir şekilde düzgün olarak bağlayarak birbirini ardınca ağızdan sesle çıkarmaktır ki gerek ezberden ve gerek yüzünden gerek gizli ve gerek açık mutlak olarak okumak demektir. Kitabın kitap olması için, gerçekten yazılmış olması şart olmadığı gibi, okumak için de mutlaka yazı şart değildir.

Gözle mütalaaya (okumaya), zihinden hatırlamaya okumak demek de mecazdır. Hakikaten kırâatin kemali ezbere okumaktır. Hz. Peygamber'in hadisinde söylendiği üzere yüzünden okumanın sevab ve fazileti, kavrama ve ezberlemeye vesile olmasından dolayıdır. Resulullah'ın kırâati, yazıya ihtiyacı olmaksızın Allah tarafından kendine böyle inmiş olan Kur'ân'ı ezberinden en mükemmel şekilde okumaktır ki, kendi kendine veya namazda veya diğerlerine tebliğ için okumayı, okutmayı ve yazdırmayı kapsar. İşte eskiden hiç kitap okumamış, yazı yazmamış olan Ümmî Peygamber'e bu emir ile bir mu'cize olarak okunacak bir kitab verilmeye başlanmış ve kendisine yazmadan okuyacak, okutacak, emir yoluyla yazdırtacak bir kırâat kudreti ihsan buyurmuştur. Buna besmele ile başlanması da emrolunmuştur. Ve bunun hikmeti, ulûhiyet gereği olduğu da özellikle "senin Rabbin" izafeti ile anlatılmıştır. "Hiçbir kitap okumadan ve kalem ile yazıyı bellemeden böyle bir kırâet mucizesi nasıl mümkün olur?" gibi bir şüpheye meydan bırakılmaması için kalem işine kadar gelmek üzere aşağıdaki gibi yaratıcılık vasfı (niteliği) ve yaratılışın başlangıcı ile uluhiyet hükmü hatırlatılarak ve açıklanarak buyuruluyor ki: O Rabb'in ki yarattı, yani olmayan şeyi yaratmak kendisinin vasfı olan yahut seni ve her şeyi yaratan Rabb'inin ismiyle oku ki...

Yukarıdaki izahlardan da anlaşıldığı üzere "ikra", sadece düz bir okuma değil, "kırâat"ı da ifade ettiği üzere, okumayı, anlamayı, anlatmayı, tebliğ etmeyi de kapsamaktadır. İşte Allah, insanın hem bireyselliğine hem de toplumsallığına vurgu yaparak ilk inen ayette insanı tanıtarak, insan ilişkilerini anlatmaktadır.

Şimdi ayetin mefhumu muhalifinden yola çıkılarak ve ayeti daha iyi anlamak için çok rahatlıkla şöyle denilebilir:

- Hemcinsleriyle, karşıtlarıyla, doğal zemini olan tüm kâinatla ve bunların tümüyle ilişki içinde olmayan insan asosyaldır, toplumdışıdır. Asosyal insan, insan olmanın gereğinin bilincinde değildir. Fıtratının bilincinde de

değildir. Sadece kendi eksenini etrafında düşünen ve kalan kişidir. Maddi olarak insan suretinde görülse de, esasta insan olma vasıflarını inkâr etmektedir.

- Bu haliyle Allah'ın öngördüğü yükümlülükleri yüklenmekten kaçınan, sorumluluk almayan, dolayısıyla bir yönüyle aklını sadece kendi yararına kullanarak başkalarına değer vermeyen, bir yönüyle de tüm insanlığın yararına olacak şekilde formatlandığı misyonuna ihanet eden bir varlık olmaktadır.

Gerek alaka kavramı gerekse bireyselliği ve toplumsallığı içinde barındıran sivil toplum kavramı ve olgusu oku (bilgi ve yükümlülük) emri ile birlikte değerlendirildiğinde;

- Ulaşılan her bilginin, fıtrata uygun şekilde insanlığa kazandırılması,
- Bu eylemin temelinde yükümlülükler manzumesi barındırdığı,
- Bu yükümlülüklerin tek başına paylaşılabilmesinin ayetteki alaka (ilişikler ve ilişkiler) kavramına aykırı düşeceği,
- Dolayısıyla tüm iyi işleri birlikte yapmanın zarureti anlaşılmaktadır.

Alak Suresinin 7. ayetinde, kendisini ihtiyacı yokmuş gibi (müstağni) görenler anlatılıyor.

Kendini zengin görünce, kendini artık ihtiyacı yokmuş, maksada ermiş, zenginlik mertebesine gelmiş görünce, o görüş ve inançta bulunmak sebebiyle azar.

Aslında kavramın aslı istiğna'dır. İstiğna'dan müstağni sıfatı türetilmiştir. Müstağni, kendini ayrık gören, hiç kimseye ihtiyacı olmadığını zanneden anlamındadır. Alak suresinde anlatılanlar aslında özgürlük kavramının, insan ilişkileriyle bezendiğini ve aynı zamanda sınırlandırıldığını, ancak hepsinden de ötede Kur'an'ın bütünlüğü içinde bu ilişkileri yaratan Allah'ın varlığı ve bu varlığının göstergeleri (ayetleri) olarak kâinatta bir Sünnetullah oluşturduğunu ifade ediyor.

İşte insan bu Sünnetullah⁶³tan ve ilişkilerden bağımsız (müstagna) değildir. Bu nedenledir ki insan ilişkileri anlatılırken;

- İnsanın insanla ilişkileri,
- İnsanın tabiatla ilişkileri,
- insanın Allah'la ilişkileri

olarak üç boyutta incelenmektedir.

Materyalist felsefe, dolayısıyla tabii ve modern hukuk felsefeleri de insanın sadece doğa ve insan/toplum/la ilişkileri çerçevesinde konuyu ele aldığından hak, adalet ve özgürlük kavramları bir ayağı aksak konumda incelenmekte ve kabul ettirilmektedir.

İnsanlar ve toplumlar hedefledikleri bir dünya ve yaşam biçimi için uğraş verirler. Bu hedef onların aynı zamanda gelecek tasavvurlarının, dolayısıyla geleceğe ilişkin projelerinin de temelini oluşturur. Ütopyanın en önemli vasfı mevcut hali olumsuzlamak, geçmişe duyulan özlem veya bir gelecek tasavvurudur. Gerçekleşmesini hayal ettiğimiz, arzu ettiğimiz, dolayısıyla uğruna mücadele ettiğimiz bir dünya tasavvuru. Vazgeçemeyeceğimiz ama değişik seçeneklerle işaretleyebileceğimiz ütopyalarımız bu işlevsellikte bizler için önemli açılımlar sağlayacaktır. Adanmışlık kuramı içinde bunları gerçekleştirme yolunda mesafeler alabiliriz. Ancak, tüm bu farazları ütopya ve misyon yüklemesi yeterli olmamaktadır.

Bugün eksikliğini ziyadesiyle hissettiğimiz hukuk ve onun yansımaları olan adaleti ve toplumsal saadeti sadece bir ide (adalet) veya sadece bir sonuç (hukuk) olarak almak, bizi eksikliğini hissettiklerimize ulaştırmayacaktır. Aynı şekilde hukuku sadece bir pozitif kurallar bütünü ve adaleti de sadece bir duygu yoğunlaşması olarak

⁶³ Sünnetullah: Sözlükte "bir şeyi açıklığa kavuşturmak, iyi veya kötü yeni bir yöntem ortaya koymak" anlamındaki **senn** kökünden türeyen **sünnet** ile lafza-i celâlden oluşan **sünnetullâh** terkibi "Allah'ın koyduğu kanun, nizam" demektir. Sünnet ve Allah kelimeleri Câhiliye döneminde bilinmekle beraber (*Lisânü'l-'Arab*, "snn" md.; İzutsu, s. 89) sünnetullah Kur'an'a has bir tabirdir. Kur'an'da sünnet kelimesindeki "süreklî, düzenli ve özgün uygulama" anlamı Allah'a nisbet edilmek suretiyle Allah'ın yaratma ve yönetmesinde öteden beri süregelen ve değişmeyen uygulamasının bulunduğuna işaret edilmiştir. İlyas ÇELEBİ, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sunnetullah>

aldığımızda da, bugüne kadar gerçekleşen ne ise bugünden sonra da aynı sonuca ulaşılacaktır.

O halde eğitim-öğretimin sağlıklı olabilmesi için olmazsa olmaz olan hukukun yaygınlaştırılmasını ve adaletin eşit ve orantılı olarak dağıtılmasını, geleceğimizin teminatı olan çocuklarımızın ve gençlerimizin gelecek öngörülerinin sağlıklı olmasını isteyenlerin ilk elde yapabileceklerini sıralayabiliriz. Ancak unutulmamalıdır ki bu belirlemeler öncelikle hukuku yaygınlaştıracak olan hukukçular ve hukukçularla birlikte yan dal çalışacak öğretici-egitimciler için bir zarurettir:

- ◆ Bireysel ve toplumsal sorumluluklarımız kapsamında önce kişisel, sonra da birlikteliklerimiz içinde toplumsal *“misyon belirleme”*lerimizi yapmak;
- ◆ Misyonumuza uygun gelecek öngörülerimizi gerçekleştirebilecek yöntem ve faaliyet tespitlerimizi, *“vizyonumuzu”* gerçekleştirmek;
- ◆ Hak, adalet ve özgürlük ve uğraş alanımızdaki kavramları meşruiyet temelinde yorumlamak ve yaygınlaştırmak;
- ◆ Bu kilit sözcükleri teorik zeminlerinden alıp hayatımızın birer parçası, olmazsa olmazları tüm insanımızın bilgisine ve hayatına sokmak;
- ◆ Bu hedefe *“kariyer kaprisleri”*ni tatmin ederek veya *“hayatı erteleyen”* bir tembellikle varmak değil, farklı ancak yapıcı bir tartışma sürecinde, eklemlenerek, katarak, bütünleşerek, bütünleştirerek ulaşmaya çalışmak;
- ◆ Hukukun yaygınlaştırılmasını, temel hak ve özgürlüklere ilişkin topyekûn mücadelenin bir parçası olarak göreyerek ve bir *“dönüşüm projesi”* örneği olarak algılamak.
- ◆ Bu belirlemelerimizi bir anlamda eğitim ve hukuk adına yapılabilecek çalışmaların teorik temeli olarak da alabiliriz. Pratik anlamda da bu süreç bir sivilleşme ve sivil toplum mücadelesi olarak algılanabilir ve adlan-

dırılabilir. Ancak burada parantez içinde muhtemel bir yanlış algılamayı düzeltmemiz gerekir: Bu algımız ve adlandırmamız “*liberal-sivil toplumcu arka plan*”a dayanan pasifist ve umutsuz tezlerin odağından kaynaklanmıyor. Aksine, her bir sivilleşme olgusunun, gerçek sivil toplumcunun, sivil öncelik aktivistinin ve tabii ki hukukun yaygınlaştırılmasına inanan ve uğraş veren eğitimci ve hukukçuların diğerine söz verdiği gibi “*özgürlüklerin teminatı olmak*” anlamındaki özveriden kaynaklanıyor.

- ◆ O halde, hak–adalet–özgürlük kavramları bağlamında hukuk mantığımızı dokuyan, oluşturan kaynak, örnek olayla birlikte Kalem Suresinde açıkça gösterilmektedir. Kalem suresinde yoksulun hakkı Allah’a ait bir pay olup, adalet, o payın yoksula verilmesidir. Bahçe sahiplerinin özgürlüğü kendilerine tanınan seçim hakkıdır ki, en yüce olana teslim olduklarında gerçek özgürlüğe kavuşmuş olacaktı. Yapmadılar, pişman oldular. Hâlbuki **özgürlük, sonunda pişmanlık olmayan bir seçeneği işaretleyebilmektir.**

Artık özgürlüğe özgürce bir tanım getirebiliriz:

Özgürlük, pasifizm çemberini kırma azmi ve çabasıyla donatılmış, özgür ve onurlu insanların dünyasında, şu an ve gelecek için, her yerde, düşünsel ve eylemsel pratikte, üstün bir adanmışlık bağlamında var olabilmekle mümkün.

Özgürlük, “*izzet ve kudreti Allah’ın ve Allah’ın mazlum kullarının yanında arama*” keyfiyetidir. İsyandan, içi boş feverandan bağımsız ve bağlantısız; bir duruş, bir konumdur.

MEŞRUIYET

Bu bölüme aktif siyaset içinde bulunan bir siyaset bilimci Yalçın Akdoğan'dan alıntılarla başlayalım:

Klasik meşruiyet kaynakları; din, mitoloji, gelenek ve karizmadır. Yerel siyasal meşruiyeti şu unsurlarla tanımlayabiliriz:

1. **İktidara gelme yöntemi.** *Yerel yönetimlerde ve yerel otoritelerde iktidara nasıl gelindiği, hangi yöntem ve usullerin olduğu temel bir meşruiyet meselesidir. Demokratik yöntemler, adil bir seçim, usul ve prosedürlere uygunluk yerel iktidarlara gelme ve gitme şartlarını oluşturur.*
2. **İdeoloji ve dünya görüşü.** *Yerel iktidara gelen parti, grup veya kişilerin dünya görüşü, siyasal tasarımı, vizyonu, ortaya koyduğu yönetime usül ve esasları, toplumu algılama biçimi siyasal meşruiyetin önemli bir boyutudur.*
3. **Halkın rızası.** *Yöneticinin halkın tasvibini alması, milli iradeye dayanması, toplumsal kabul görmesi meşruiyetin ana esasıdır.*
4. **Hukuki meşruiyet.** *İktidarı kullanan kişilerin anayasal ve yasal düzene uygun hareket etmesi, hukuk devleti normlarından sapmaması, iş ve işlemlerinde kanuna aykırılık taşımaması siyasal meşruiyetin hukuki dayanaklarını oluşturur.*
5. **Ulusal ve uluslararası meşruiyet.** *Yerel düzeydeki yönetimin ulusal ve uluslararası düzen tarafından kabul görmesi, benimsenmesi, dışlanmaması, sürece dâhil edilmesi sistemin işlerliği açısından önemlidir. Bu unsurlarla birlikte yerel siyasal meşruiyetin oluşmasında iş dünyasının, sivil örgütlerin ve medya gücünün bakış açısı ve etkisi de meşruiyetin oluşumunda değerlendirilmesi gereken hususlardır. Hukuki meşruiyet dediği de anayasa ve yasal düzenin normları yani "kanuni / yasal düzen"dir.⁶⁴*

Bu görüş ve satırlarda, hukuki meşruiyete dair herhangi bir tespit, öngörü ve öneri bulunmamaktadır. Bunlar sadece reel politik açıdan mevcut durumu meşrulaştırmaya yönelik açıklamalardır.

⁶⁴ Yalçın AKDOĞAN, Başbakan Müşaviri. Yerel Siyaset Sempozyumu, "Yerel Siyaset – Kavramlar". Okutan Yayıncılık, Ocak 2008.

https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31390455/ysiyaset.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1514967689&Signature=UbTv%2F94rog%2Fu5MK9gUa%2BjzvY%2FF8%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3Dyerel_siyaset.pdf#page=9 (Erişim. 3.1.2018)

Meşru kelimesi Arapça *şe-re-a* kökünden türemiştir. Kelimenin sözlük anlamı, “*Şer’an caiz, Şeriatın izin verdiği, Şeriata, kanuna uygun*” demektir⁶⁵.

Hukukta iki tür meşruiyetten bahsedilir: Birincisi, kanuni meşruiyettir. Yasal düzenlemelere ve yasal hiyerarşiye uygunluk anlamına-
dır. İkincisi, hukukî meşruiyettir. Tebliğimizin buraya kadarki kısmından da anlaşılacağı üzere hukuki meşruiyet, toplumun inanç değerlerine, hak-adalet-özgürlük anlayışına ve kamu vicdanına dayanan meşruiyet anlamıdır. Son günlerin örneğinden yola çıkarak örneklendirsek: Taksim’de tarihi Topçu Kışlası’nu yeniden ihya etmek tarihi bir görev addedilebilir ve bunun için yasal düzenleme ve buna uygun işlem yapılarak kanuni meşruiyeti sağlanabilir. Ancak kamu vicdanı idareden farklı düşünerek (daha önceki örneklerinde olduğu gibi, parkların, kamusal alanların AVM/Rezidans yapılmasına açılması gibi) sivil itaatsizlik örneği sergileyebilir. İşte burada kamu vicdanına göre idarenin işlemi hukuki meşruiyetten yoksundur.

Meşruiyete bir başka örnek de geçmişte baklava çalan küçüklere ağır cezalar verilmesi idi. Yasa koyucu nihayet bu cezalandırmanın hukuki meşruiyeti olmadığını kamu vicdanının itirazları sayesinde anlamış ve iyileştirme anlamında yasal düzenlemeye gitmiştir. Hz. Ömer’in kılık zamanında el kesme cezasını uygulamadığı da bu hakkaniyete bir başka örnektir.⁶⁶ İtalya’da yargıtay, açlığını gidermek için mecburiyetten yiyecek çalan yabancı bir evsizin suç işlemediğine hükmetti.⁶⁷

Meşruiyet kavramı sadece hukuk alanında kullanılıyor değildir. Siyaset, ekonomi, eğitim-öğretim alanlarında da kullanılmaktadır. Ancak hak-adalet-özgürlük kavramları **meşruiyetin alanını ve sınırlarını** belirlemektedir.

⁶⁵ F. Develilioğlu, *OSMANLICA-TÜRKÇE ANSİKLOPEDİK LUGAT*, Ankara Aydın Kitabevi.

⁶⁶ Hayrettin KARAMAN, *Hırsızlık Cezası*, <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0133.htm>

⁶⁷ İtalya’da karar: Aç olan hırsızlık yaparsa suç değil.

http://www.yeniasya.com.tr/dunya/italya-da-karar-ac-olan-hirsizlik-yaparsa-suc-degil_395729

Meşruiyetin en önemli unsunu **rızadır**. Hak–adalet ve özgürlük bağlamında ele alındığında meşruiyetin temeli, en başta bu kavramları ve olguları bahşedenin rızası, sonrasında da uygulamanın muhatabı olan insanların, kamunun vicdanıdır. Siyasal meşruiyet sadece kanunları yapanların rızalarını değil, kamu vicdanının rızasını ve kamu vicdanını oluşturan değerlere uygunluğu da sağlamalıdır. Aksi yasal ve yönetsel durum meşruiyetin ihlalidir. Örnek olarak siyasi irade, İstanbul Taksim’de tarihi Topçu Kışlası’nı ihya etme planları yaparken, mevcut parktan yararlanan yöre halkının rızasına başvurmadan, ihya hareketine (aslında ihya değil yeniden inşa⁶⁸, zira orada tarihi binanın tek taşı bile kalmamış) girişmiş, kamu vicdanının aleyhine Kışla’nın içine, yöre halkının hiç ihtiyacı olmayan, sadece dışarıdan gelen zengin kesimin ihtiyacını karşılamaya yönelik AVM ve rezidans yapmayı da dayatmıştır.⁶⁹ Dolayısıyla, idari işlem anlamında yasal meşruiyet(!) koşulunu yerine getirmiş olan idare, halkın rızasına başvurmaksızın, hatta halkın iradesine, kamu vicdanına aykırı hareketle hukuki meşruiyeti ıskalayarak ihlal etmiştir.

Meşruiyetin etkin kullanımı meşrulaştırma**dır**. **Meşrulaştırma**, rıza olsun olmasın politik düzenin doğruluğunun onaylanmasıdır.⁷⁰ Politik düzenden bahsettiğimize göre politik düzenleri meşrulaştırmada en önemli belirleyicinin ideolojiler olduğu da unutulmamalıdır. Bentham, meşruiyetin üç farklı düzeyde somutlaştığını öne sürer:

1. Varolan kurallara uymayı,
2. İnançlar üzerinde temellendirilen haklılaştırmaları,
3. Yönetilenlerin, yönetenlerin eylemlerine rıza göstermesi anlamında uyumu.⁷¹

⁶⁸ İnşa: Yapı kurma, yapı yapma, kurma.

İhya: Yeniden canlandırma, diriltme. TDK, <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁹ Topçu Kışlası AVM ve rezidans oluyor! Başbakan Erdoğan, Taksim’deki Topçu Kışlası’nın AVM ve Rezidans Olacağını açıkladı. <http://www.gazetevatan.com/topcu-kislasi-avm-ve-rezidans-oluyor--534125-gundem/>

⁷⁰ Baynes’ten aktaran Kemal İNAL, *EĞİTİM VE İKTİDAR*, s. 53.

⁷¹ Beetham’dan aktaran Kemal İNAL, *EĞİTİM VE İKTİDAR*, s. 54.

Nitekim biz de aynısını yapmaktayız. Düşüncelerimizin ve eylemlerimizin meşruiyetini, işbu tebliğimizdeki iddia ve önerilerimizi, muarızlarımız gibi inançlarımızdan almaktayız. Ancak, eğitim-öğretimi siyasal iktidarlar gibi sadece belirli bir düşüncenin tahakkümünde meşrulaştırmanın aracı olarak değil, insan olmanın gereği olarak almaktayız. Aksi halde “*meşrulaştırma, siyasal iktidarların, ideoloji de meşrulaştırmanın gerekli aracı olur. Eğitim kurumları da meşruiyet sürecine doğrudan katılır... Müfredat, ders kitapları ve öğretmenler, eğitimsel açıdan bu meşruiyeti sağlamanın en önemli öğeleri*”⁷² olur.

İnsanın üç boyutlu ilişkisini göz ardı eden, reddeden, bu ilişkilerden herhangi birini zedeleyerek diğerlerini de zedelemiş olan bir kabul veya uygulama, yukarıda Kalem Süresi’nde belirtildiği gibi gayri meşru sayılacak ve reddedilecektir. İşte sivilleşme olgusu⁷³, sadece insanın salt düşünce ve eylemlerine, siyasi otoritenin sadece iki dudağı arasına hapsedilemeyecek kadar önemli ve meşruiyetin sağlanması bakımından önceliklidir. Siyasal otoritenin, hukuki düzenlemelerin yasalara uygunluğu kadar, **yasaların da hukuki meşruiyete uygunluğu esastır**. Geleceğimizin teminatı olan çocuklarımızın bu “**meşruiyet algısı**” içinde eğitim-öğretime tabi tutulması gerekir. Buradan, hukuk devletinin de meşruiyetinin sorgulanabileceği sonucunu çıkarabiliriz. Zira hukuki meşruiyet, seküler bağlamda hukuk devleti ile aynı değildir. Hukuk devleti kavram ve olgusu, insan zihin ve inancını parçalayan formu ile Kadir-i Mutlak olanın ilahi emirlerine her zaman uygun olmayabilmektedir.

Hukukta Meşruiyet. Hukuktaki meşruiyet siyasetteki meşruiyetin bir uzantısı ve türevi niteliğindedir. Hukuk alanında meşruiyet kavramını iki ayrı düzlemde ele almak gerekir. a) Yürürlükteki hukuk kurallarına, kısaca kanuna uygunluk anlamında meşruiyet. Buna kanunî meşruiyet denir. b) Temel hukuk ve ahlâk ilkelerine, kamu vicdanına, özellikle adalete uygunluk anlamında hukuka uygun anlamında *hukuki meşruiyet*.

⁷² Kemal İNAL, *EĞİTİM VE İKTİDAR*, s. 55.

⁷³ Muharrem BALCI, *Sivilleşme*, <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/1.pdf>

Devletin hâkimiyet unsurundan doğan yasama, yürütme ve yargılama yetkilerinin yürürlükteki hukuk kurallarına uygun işle-mesi durumu için meşruiyet değil daha ziyade kanunîlik ve aynı anlama gelmek üzere hukukîlik kavramı tercih edilir. Meselâ bir yasanın usulüne göre ve anayasaya uygun olarak çıkarılması, bir yargıcın yasaya uygun karar vermesi, bir yöneticinin yasaya uygun işlem yapması bu anlamda meşruiyet için yeterlidir. Yönetilenlerin hukuk alanını ilgilendiren fiil ve işlemleri için de aynı şey söz konu-sudur; bunların mutlak anlamda meşruiyetinden değil pozitif hu-kuka uygunluk veya aykırılıklarından söz edilir.

Keyfiliğin önlenmesi, özellikle suçların ve cezaların tayininde yasalarla belirlenmiş çerçevede kalınabilmesi açısından kanunîlik ilkesi büyük önem taşımakla beraber kanunî yönden meşru olan hukuk açısından meşru olmayabilir. Dolayısıyla hukukî meşruiyet düzeyi kanunlar için bir idealdir. Hukukî meşruiyetin en belirleyici kriteri adalettir. Pozitif hukuk kurallarının adalet idesine uygunlu-ğunu ifade eden bir kavram sayılabilecek olan meşruiyet, mevcut hukukun olması gereken hukuka ne kadar uygun bulunduğunu ölçme ve mevcut hukuku denetleme işlevi görür, pozitif hukuk şe-masının adaleti gerçekleştirme amacına uygun konuşlanıp konuş-lanmadığını sınar.

Hukuka uygunluk anlamında meşruiyet değerlendirmesi yapı-lırken insanın mutluluğu ve hak kavramı merkezi bir önemi haizdir. İnsanın sahip olduğu hakların başında yaşam hakkı geldiğinden kişinin kendini veya başkasını yok etme yahut zarar ver-me/tehlikeye atma hakkı olamaz. Bu sebeple intihar, ötenazi, kürtaj, bağımlılık yapan madde kullanımı meşru sayılmamış, haklı bir se-bep (meşru müdafaa) bulunmadıkça adam öldürmek büyük suç kabul edilmiştir. Pozitif hukuk uygulamalarının bir kısmında ise kişinin kendine zarar verme özgürlüğü tanınmış, kürtaj, ötenazi ve bağımlılık yapıcı madde kullanımına kısmen (belirli şartlarda) de olsa meşruiyet sağlanabilmiştir.

Hak, adalet ve özgürlük kavram ve anlayışlarına görecelilik ta-nımanın sonu başka türlü olamazdı. Henüz insanların kendine zarar verme özgürlüklerini tanımamış ancak bu konuda bir bilinç de oluş-

turamamış Türkiye Cumhuriyeti hukuk sisteminde idarenin de bu anlamda kimsenin kendine ve başkasına zarar vermeme ilkesini gözetmesi, bağımlılık yapıcı, sağlığa zararlı maddelerin kullanımına tedbir alması gerekir. Aksi halde kusurlu veya kusursuz sorumluluğu doğar. Zarar görenlerin zarar verene ve idareye karşı tazminat hakkı doğar.

Haklı sebeplerin başında meşru müdafaa gelir. Zaruret hali normal durumlardaki bazı yasakları ihlâl etme imkânını verse de bunların arasında başkasının canına kastetmek kesinlikle yoktur. Bir arada yaşama zarureti mutlak hürriyete imkân vermez. Toplumsal hayatta herkes kural olarak kendi hukuk alanında kalmak ve başkasının hâkimiyet alanına tecavüz etmemek gibi temel bir yükümlülük altındadır. İhlâller genellikle hakların kesiştiği yerlerde vuku bulur ve meşruiyet sorununu gündeme getirir.

Hak süjesi olan kişiyi özerk bir varlık olarak gören hukuk düzeni, bu özerkliğini sadece eşitler arası ilişkilerde yaşanabilecek tehlikelere karşı değil aynı zamanda güçlü olan devlete karşı da koruyup güvence altına almak durumundadır. Nitekim demokratik ülkeler temel hakları ve özgürlükleri bu maksatla kurucu yasalarına dercedip güvence altına alırlar. Fakat hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması bazı yasakların kabul edilmesini de zorunlu kılar. Yasakların başında kamu düzenine aykırılık gelir. Zira kamu düzeninin korunması hukukun temel işlevidir. Dolayısıyla hukuk bunu ihlâl eden fiillerin faillerine medenî veya cezaî yaptırımlar uygular. Burada işaret etmek gerekir ki, kamu düzeni sadece vatandaşlar tarafından ihlal edilmez. Çoğu kez devlet (idare) tarafından kusurlu veya kusursuz olarak ihlal edilir (Gezi Olayları⁷⁴ – Roboski/Uludere⁷⁵ – Cerattepe – Denetimsizlik nedeniyle de Soma⁷⁶) ki bu hal daha tehlikelidir.

⁷⁴ MAZLUMDER, *Taksim Gezi Parkı Olayları Raporu*, <https://istanbul.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/yurt-ici-raporlar/3/taksim-gezi-parki-olaylari-raporu/1094>

⁷⁵ MAZLUMDER, *Şırnak İli Uludere İlçesi, Roboski Köyü Olayları İnceleme ve Araştırma Raporu*, <https://mazlumder.org/tr/main/yayinlar/yurt-ici-raporlar/3/mazlumder-sirnak-ili-uludere-ilcesi-roboski-k/1159>

Sosyolojik Meşruiyet. Din, mezhep, siyasî sistem, rejim, ideoloji gibi sosyal yapıların meşruiyet temelini bunlara karşı beslenen inanç ve duyulan güven teşkil eder. Sosyal yapıyı biçimlendiren değerler toplamı içinde hukuk da vardır. Belirtilen anlamda bir yapı veya kurum fonksiyonunu yitirdiği ya da geniş kesimler böyle olduğuna inandığı yahut inandırıldığı takdirde varlık sebebini, yani meşruiyet zeminini yitirir. Doğru ve tutarlı olduğuna dair güçlü bir kanaat ve inanç yeniden oluşmadıkça meşruiyet krizi aşılamaz. Meşruiyet kazanımı da yitimi de belli bir sürece göre işler. Meşruiyet yitimi ferdî düzeyde kalabileceği gibi geniş kesimlere de yayılabilir. Herhangi bir sosyal yapı kendisine yönelik yaygınlık kazanan güvensizlik karşısında varlığını sürdürülemez.

Meşruiyetini yitiren bir kurum otoritesini de yitirir. Fakat bazı durumlarda otoriteyi sürdürmek için meşrulaştırma çabasına girilir. Bu süreçte siyasî itaati normal bir durum haline getirmek için topluma ideoloji zerketme (*Milli İrade – Yedi Düvel – Devletin bölünmez Bütünlüğü – Ya Sev Ya Terket vb. söylemler*) yoluna gidilir. İktidarda kalmakta direnen yönetim bunun için türlü yollar dener. Modern dünyada medya bu amaç için en güçlü silâh olduğundan iktidar–medya–ekonomi ilişkisi etik tartışmaların merkezinde yer alır. Bu durumda, güçlü iktidarın temsilcisinin zaafa uğraması veya son bulması halinde toplumda kargaşa veya bireysel veya kurumsal bir mütegalibenin eski iktidar fenomeninin yerini alması kaçınılmazdır.⁷⁷ Nitekim ihtilallerden sonra kimi monarkların veya monarklardan sonra ihtilallerin yer değiştirmesi bundandır.

Dinin referans alındığı bir toplumda meşruiyetin ölçüsü söz konusu dinin kutsal metinleri, bir mezhebin esas alındığı bir çevrede meşruiyetin ölçüsü o mezhebin dogmaları, bir ideolojinin hâkim

⁷⁶ MAZLUMDER, *SOMA Maden Faciasına İnceleme ve Gözlem Raporu*, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/raporlar/326.pdf>

Ayrıca Bkz:

Suat AL, *Müslümanların Çıldıratan Sessizliği*,

<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/283.pdf>

⁷⁷ Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ. (DİB. İSAM, İslam Ansiklopedisi "Meşru" kavramı <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=290380>

olduğu bir ortamda meşruiyetin ölçüsü o ideolojinin ilkeleridir.⁷⁸ Güçlü, karizmatik kişiliklerin referans alındığı toplumlarda da meşruiyetin ölçüsü ne din ne mezhep, aksine liderin topluma sunduğu kavramsal (*milli irade, devletin bölünmez bütünlüğü ya sev ya terket vb.*) yönelimlerdir. (*Burada kayıtsız şartsız Reişçilik'i⁷⁹ tartışmak yerinde olacaktır.*)

Evrensel meşruiyet ilkelerinden söz etmenin mümkün olup olmadığı sorusu ise her platformda canlılığını korumaktadır. Meşruiyeti kendinden menkul anlayışlarda, evrenselliğin zaten yeri yoktur. Zira bu tip yapılarda ve toplumlarda içe kapanıklık, mutlak yerellik, yerlilik söz konusudur.

Evrensellekle ilgili herhangi bir bilgi ve donanım olmadığı gibi, olmasını istemek bile hayaldir. Hak – adalet – özgürlük kavramlarının mutlak güç sahibi tarafından anlamlarının belirleneceği inancı olmayan kişi ve toplumların, ortak değer olarak insanlığın oluşumundan bu yana taşınan değerleri içselleştirmesi imkânsızdır. En azından görüntü bu yöndedir. Bu konuda kutsal yaşam hakkına⁸⁰ ve savunma⁸¹ hakkına ilişkin anlayış ve uygulamalar örnek verilebilir.

İslâmî Literatürde Meşruiyet; İslâm âlimleri, geniş anlamıyla meşruiyet kavramını dinin ana kaynaklarına ve bunların atıfta bulunduğu veya geçerli saydığı tâli kaynaklara uygunluk olarak anlamışlar ve her bir dinî–hukukî düzenlemenin delillerini meşruiyetin göstergesi saymışlardır.

⁷⁸ MEŞRÛ - Bilal AYBAKAN - İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.m.

⁷⁹ Mehmet METİNER, *Reişçilik Tasfiye Edilmelidir*, 17 Ağustos 2017.

<https://www.star.com.tr/yazar/reisciler-tasfiye-edilmeli-yazi-1246750/>

Mehmet METİNER, *Ak Parti, Kırmızı Çizgiler Reişçilik*, 17 Ağustos 2021.

<https://www.yenisafak.com/yazarlar/mehmet-metiner/ak-parti-kirmizi-cizgiler-reiscilik-2059345>

⁸⁰ Adalet Canlı AKBAŞ, *Bağımlılıklar Kapsamında Yaşam Hakkının Dokunulmazlığı*, <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/187.pdf>

⁸¹ Yasin DIVRAK – Ahmet Hasan KILIÇ, *SAVUNMA HAKKI*,

<http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/baro2002/kitap/479.pdf>

Meselâ Karâfi, Şerî hükümlerin dayanağını oluşturan delilleri “*edilletü meşrûiyeti ‘l-ahkâm*” diye adlandırır (el-Furûk, I, 128-129)⁸². Yine hemen bütün fikhî izahlarda herhangi bir dinî-hukukî düzenlemeden söz edilirken, “*Bunun meşruiyeti kitapla sabittir*” şeklinde bir ifade kalıbı kullanılır.⁸³

Nitekim Kalem suresinde haddi aşanlara sorulan soru, meşruiyetin kaynağını göstermektedir: (*Size ne oluyor, nasıl hüküm veriyorsunuz? Yoksa size ait bir kitabınız var da (bu batıl hükümleri) ondan mı okuyorsunuz? Onda, “Seçip beğendiğiniz her şey mutlaka sizindir” (diye mi yazılı? Yahut bizden, her ne hükmederseniz mutlaka öyle olacağına dair Kıyamete kadar sürecek kesin sözler mi aldınız? Sor onlara: “Onların hangisi bu (iddianın doğruluğu)na kefildir?*)

Hakkında özel dinî bildirim bulunmayan konularda ise ana kaynaklarda kendisine vurgulu atıflar yapılmış olan insan aklı, muhakemesi ve tecrübesinin, toplumsal eğilim ve ihtiyaçları yansıtan örf ve âdetlerin meşruiyet ölçütü olarak önemli bir işlev üstlenmesi İslâm âlimleri arasında genel kabul gören bir husustur.

SONUÇ

Tebliğimizde hukukun en temel kavramları olan hak, adalet, özgürlük ve meşruiyet kavramlarını incelemiş olduk. Bu incelemeyi iki temel nedenle yapmış bulunuyoruz:

Bunlardan ilki hak, adalet, özgürlük ve meşruiyet kavramlarına hukukçuların bile yabancı kalmasına dikkat çekmektir. Hukuk Fakültelerinde dahi hukukun en temel kavramları ne yazık ki temel referansları ile anlatılmamaktadır. Bu yabancılaşma aslında Kadir-i Mutlak olan tarafından insana bahşedilen hak ve özgürlüklerin gaspı ile yine Kadir-i Mutlak olan tarafından insana verilen adaleti sağlama görevinin hakkıyla yerine getirilememesine neden olmaktadır. İki durumda da insanın insan, insanın tabiat ve insanın Allah ile olan ilişkisi zedelenmektedir. Böyle bir tahrifat beşerî tüm kurum ve

⁸² Şükrü ÖZEN, *el-FURÛK*, الفروق <https://islamansiklopedisi.org.tr/el-furuk>

⁸³ MEŞRÛ - Bilal AYBAKAN-İbrahim Kâfi DÖNMEZ, a.g.m

sistemleri derin bir meşruiyet krizine sürüklemektedir. Bu kurum ve sistemlerin belki de en başında “hukuk” gelmektedir. Aslında hukukun krizi, hak, adalet, özgürlük ve meşruiyet kavramlarının zihinlerdeki dağınıklığı ve kargaşası ile eş anlamlıdır. Bu dağınıklık ve kargaşanın aşılması için öncelikle bu tebliğde anlatmaya gayret ettiğimiz yabancılaşmanın giderilmesi gerekmektedir. Hak, adalet, özgürlük ve meşruiyet kavramları bir elbise gibi Müslüman hukukçunun üzerine tam olarak oturmuyorsa ve eğreti duruyorsa, yaşadığımız “*hukuk krizini*” aşmamız pek mümkün değildir. Zira bu kavramların Kur’ani kavramlar olduğundan ve izafiyet/görecelilik taşımadığından bahsetmiştik. Bu hususiyet dolayısıyla böyle bir yabancılaşmanın aslında vahye olan yabancılaşmaya da işaret ettiğini vurgulamak yerinde olacaktır. Vahye yabancılaşma başladığında aralanan bu kapıdan izafiyet/görecelilik girer ve ne yazık ki dün ve bugün yaşadığımız birçok hukuk krizi ile imtihan oluruz.

Bu incelemeyi yapmamızın ikinci nedeni ise, uzun zamandan beri hukukun siyasi bir manivela aracı olarak algılandığı ve kullanıldığı ülkemizde bu kavramların enine boyuna işlenmesinin önemine dikkat çekmektir. Tanzimat devrinden beri siyasi ve toplumsal dönüşümlerin aracı yapılan hukuk çok ağır yaralar almış, tarihsel ve geleceğe dönük olarak çok ağır yükleri üstlenmek zorunda kalmıştır. Hukuka bu bakış açısının katılığı ve keskinliği günümüze kadar artarak gelmiştir. Sosyal, siyasi, ekonomik, ticari vs. dönüşümler tabii bir şekilde yaşanmamış, “*hukukun zoru*” ile tepeden inmece bir şekilde sağlanmaya çalışılmıştır. Hele Cumhuriyet devrinde “*hukuk inkılâbı*” adı altında toplum mühendisliği en katı şekliyle uygulamaya konulmuştur. Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Anayasa gibi temel Kanunlar Avrupa ülkelerinden alınmış, yargı kurumları mahkemeler ve özellikle İstiklal Mahkemeleri bu mühendisliğin önemli bir aracı olarak kullanılmıştır. Her darbeden sonra kurulan sıkıyönetim mahkemeleri eliyle “*hukuki cinayetler*” işlenmiştir. Daha sonra gündemimize, tabii hâkim ilkesi vb. tüm evrensel kurallar ihlal edilerek “*Devlet Güvenlik Mahkemeleri*” kurulmuş ve olağanüstü mahkemeler hukuk eliyle olağan süreçler gibi hayatımıza sokulmuştur. Daha sonra “*Muhafazakârların iktidara gelişiyle*” bu mahkemeler yerini “*Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri*”ne bırakmış ve aslında

sadece isim değiştirmiştir. Bu “özel” mahkemeler eliyle hukuk cinayetleri devam etmiştir. Bu mahkemeler kendisini kuranlara dönük hukuk cinayeti teşebbüsünde bulununca kaldırılmış, yerine “Terör Mahkemeleri” kurulmuştur. Hukukun araçsallaşmasına en yakın örneklerden biri, güya hak ve özgürlüklerin teminatı olarak kurulan Anayasa Mahkemesi eliyle hukuk namına başörtüsü zulmü icra edilmiştir. Bu konuda “hukuk akademisi” de hukuk namına konuşarak ve güya hukuki doktrinler üreterek başörtüsü ile okullara girmenin ve çalışmanın ne kadar gayri meşru olduğunu vurgulamıştır. Yine ölkemizde “siyasi parti kapatma” meselesi Anayasa Mahkemesi eliyle hukuk namına aşılmaya çalışılmıştır. 15 Temmuz hain darbe teşebbüsünden sonra ülke genelinde ilan edilen Olağanüstü Hâl sürecinde çıkarılan KHK’lar marifetiyle hukuk güvenliğini zedeleyici bazı düzenlemelerin yapılması yaşadığımız en canlı örnektir. Bu ve benzeri örnekler incelendiğinde çıkan en önemli sonuç hukukun derin bir meşruiyet krizine girmiş olduğudur.

İşte hak, adalet, özgürlük ve meşruiyet kavramlarının yaşayan hukuka aksettirilmesi hukukun yaşadığı bu meşruiyet krizinden çıkmasına vesile olacaktır. şunu da belirtelim ki bu kriz sadece ölkemizde değil, küresel dünyada da yaşamaktadır. Özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra başlayan süreçte ulusötesi insan hak ve özgürlüğü söylemlerinin ve düzenlemelerinin bir kenara bırakıldığı ve böylece hukuk krizinin başgösterdiği rahatlıkla söylenebilir.

EK - 1

OKUMA PARÇASI: HAK ETMEK PAY KAPMAK DEęİLDİR⁸⁴

Manzara garip, garipten öte vahim. şu veya bu gerekçeyle yönetimi değişen/el konan bir bankanın önünde cevşen okuyan tesettürlü hanımlar. Benzer çelişki bir devlet bankasını savunanlarla özel bankayı savunan muhafazakârlar arası gariplikte ortaya çıkmıştı. Kapitalizmin mabedinde ne hak edilmiş kim paylaşamı-

⁸⁴ Akif EMRE, *Hak Etmek Pay Kaptmak Değildir*, <https://www.yenisafak.com/yazarlar/akifemre/hak-etmek-pay-kapmak-degildir-2007664>

yordu? Elbette hiçbir olay görünen fotoğraftan ibaret değildir. Ne var ki, semioloji diliyle ifade edecek olursak bir gösteren olarak bankanın yüklendiği anlam sadece gösterdiği ile sınırlı değil. Çok daha katı bir ekonomipolitik realitenin ahlâki, fıkhi, boyutları var. Bugün Türkiye’de kimliğini Müslüman olarak ortaya koyan insanların şu soruyla yüzleşmeden gelecek tasavvurlarını tayin etme, içinde buldukları hali idrak etme imkânından uzak kalacaklardır.

Soru şu: *Bugün Müslüman’ım diyen insanlar bir hak mücadelesi mi veriyorlar yoksa bir pay mücadelesi mi?* Daha açacak olursak hak elde etme mücadelesi mi yoksa pay elde etme kavgası mı? Hakkını aramak, hakkı elde etmekle pay kapmak arasındaki varoluşsal çelişkiyi hatırlamayalı epey oldu sanırım. Hak mücadelesi bir şeyleri elde etmeyi değil; ölçüyü, Hakk olanı kaim eylemekle alakalı. Hak mücadelesi aynı zamanda dünya ölçüsünde kazanmayı değil gerektiğinde fedakârlığı, zarara uğramayı gerektirir. Ve bu kaybetmeyi göze alanlar, kaybettikleri ölçüde Hakk’ın kaim olmasını hak etmiş olurlar. Bir şey hak etmek için cehd gösterenlerin, bunu hayatının önüne gaye edinenlerin önceliği bir değer, ölçünün, hükmün yani hak olanın kaim olmasıdır. Bunu karşılığı hak ettikleri bir dünyada, Hakk’a uygun yaşamayı göstermek ve bu imkânını elde etmektir. Bir şeyi hak etmek niyetin ve yöntemin samimiyeti ve sahlılığı ile mümkündür. Asıl olan da bu hal üzere haklı olanı hedeflemek, ümit etmektir. Yani yol üzere olmak yolun kendisidir. Yol üzerindeyken elde edilenleri hak etmek yerine pay elde etmekle takas etme tehlikesi her zaman vardır. Hak etmeyi pay etmeye yeğlemek arasındaki temel çelişki menzile varmadan yoldan çıkmaya işarettir... Hak etmeyi göze alanlar Hakk’ı üstün tutmayı öncelleyenlerdir. Ne var ki hak olanı üstün tutmak adına yola çıkanlar, yol üstünde sunulan payların peşinde düşmüşlerse ilk zayı olan hak niyetlerdir. Hak olanı hak etmeden önlerine sürülen pay akçesine talip olanların durumu daha başka. Bugün Türkiye’de Müslümanların kahir ekseriyeti paylarına düşenin peşine düşmüş görünüyor. Hakk'a uygun bir hayatı hak etmek ve bunu talep etmekle paylaşılacak bir şeylerin peşinde olmanın farkı nerdeyse kay-

bolmuş görünüyor. Görünür plandaki kavganın paylarına düşeni hatta paylarına düşenden daha fazlasını elde etmeye yönelik hal alması ilkin niyet ve beklentilerin altüst oluşuyla başlar. Daha sonra da Hakk'ı üstün tutmak ideali ve iddiası payları çoğaltmaya dönüşecektir... Şekil şartlarına giydirilmiş hakikat görüntüsünün içinde hiç kaybetmeyi göze alamayacakları paylaşım kavgası her şeyden önce ölçünün sapmasının sonucudur. Ölçünün belirsizleştiği, kaybolduğu bir berzahta hedefi şekil şartları bakımından, söylem düzeyinde devam etse bile artık başka bir mecraya girilmiş demektir. Paylaştıkça bereketlenen, çoğalan fedakârlık yerine hak adına pay mücadelesinin alması görünür kavganın genel çerçevesini belirliyor hale gelmişse katedilmesi istenen yolun meşruiyeti de kalmamış demektir. Her birimiz durduğumuz yerde hak mı, pay mı peşinde koştuğumuzun muhasebesini yapmakla mükellefiz. Çok geç olmadan batıl yöntemlerle hak mücadelesi verilemeyeceğini, tuttuğumuz işin meşruiyetini iptal edeceğini idrak durumundayız. Kendi adına, payına düşenlerin olması bunların her zaman bir hak edişe tekabül ettiği anlamına gelmez.