

SİVİL TOPLUM VE HUKUK

Ümit MÜDERRİSOĞLU¹

Hamza AL²

Özet

Sivil toplum, siyasal iktidarın hem belirleyicisi, hem de sınırlayıcısı olarak demokrasi analizlerinde en çok başvurulan kavramlardan birisidir. Sivil toplum bunun dışında pozitif hukukun belirleyicisi siyasal toplum üzerinden hukukun hem kaynağı, hem muhatabı, hem de hukuka meşruiyet veren bir yapıdır. Hukuk, nihayetinde insanların ve toplumun kabulü doğrultusunda varlık bulan bir kurumdur. Hem siyasal toplumun sınırlanması hem de sivil toplumun yeniden üretilmesinde önemli bir rolü olan hukukun, sivil toplumla olan ilişkileri bu makalede analiz edilmeye çalışılacaktır. Anahtar Kelimeler: Sivil Toplum, Hukuk, Demokrasi, İnsan Hakları.

CIVIL SOCIETY AND LAW

Abstract

Civil society is one of the most frequently used concepts in democracy analysis at both determinant and the constraint of political power. Apart from this, civil society is a structure that gives legitimacy to the law, as well as the source and addressee of the law through the political society that determines the positive law. Law is an institution that ultimately exists in line with the acceptance of people and society. The relationship between law and civil society, which has an important role in both limiting the political society and reproducing civil society will be analyzed in this article.

Keywords: Civil Society, Law, Democracy, Human Rights.

1. Giriş

Hukuk konusu, birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de birçok yönüyle bir sorun alanı olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle hukukun salt bir kural koyma ve devlet işlevi olarak kabul edilme eğilimi, toplumun hukuk oluşumuyla bağını reel anlamda kurmayı zorlaştırmaktadır. Diğer taraftan devletin koyduğu kuralların duraksamsızın hukuk olarak kabul edilmesi olarak ifade edilebilecek pozitivist hukuk anlayışına eklenen hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü gibi söylemsel kavramların da etkisiyle, siyasal

¹ Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi. umit.muderrisoglu@ogr.sakarya.edu.tr

² Prof. Dr., Sakarya Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü. al@sakarya.edu.tr.

topluma yön veren iktidarın hukuk formundaki iradesi, hukuk anlayışını içerikten yoksun biçimsel bir anlayışa indirgeyebilmektedir. Tüm kamu kurumlarının, özellikle de devletin temel fonksiyonları olarak kabul edilen yasama, yürütme ve yargı erklerinin girdisini, hukukun oluşturduğu düşünüldüğünde, hukuk kavramının biçimsel bir forma indirgemenin olumsuz sonuçları kolaylıkla görülebilir.

Kanunilik ve meşruiyet konusuna dikkat çeken Schmitt'e göre (2016), yasama sürecinde yetkili olan makamların kararlaştırdıkları her şeyin kayıtsız şartsız ve başka şeyleri dikkate almadan pozitif hukuk olarak kabul edilmesi ancak, yargıç bağımsızlığı ve kanunsuz ceza olmaz gibi diğer hukuk devleti prensipleri ile birlikte bir nebze kabul edilebilir. Ona göre kanun kavramı akıl ve adaletle içeriksel ilişkilerinden kopartılmışsa, her türlü talimat, emir ve tedbir, hâkime hitap eden bir yönerge, yasal ve hukuka uygun biçimde icra edilebilir. Bunun önlenmesi için yasama sürecinin tamamı ilk andan itibaren hukuk ile biçimsel kanunun uyumunu sağlayacak şekilde hâkimiyet altına alınmalıdır.

Çağımızda birçok kurum, çeşitli kriterler kullanarak ülkelerin hukuk endekslerini yayınlamaktadır. Bu endekslerle de ortaya konulan³ hukuk sorunlarının çözülmesinde ve hukukun üstünlüğünün yansımalarını oluşturan alanlarda ilerleme sağlanabilmesi için öncelikle hukukun, sivil toplum ve siyasal toplum eksenindeki rolünün net bir biçimde ortaya konulması, önemli bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Sivil toplum ve bireyin, hukukun temel kaynağı olarak kabul edilmesi ve hukukun toplumla olan bağının kurulması, sosyal sözleşme kuramcılarının önemli bir başarısıdır. Hukukun oluşumunda, özellikle bireyin eyleminin belirleyiciliğine yapılan vurgu, bireysel hak ve özgürlüklerin hukuk aracılığı ile korunması bakımından elverişli bir hukuk anlayışının şekillenmesini sağlamakla birlikte, kabul etmek gerekir ki, iktidar sorunu, bugüne kadarki çalışmalarda hukuksal analize çok fazla dâhil edilmemiştir (Kılıç, 2016).

Sivil toplum-siyasal toplum kavramsallaştırmaları bağlamında hukukun rolünü ve işlevini, iktidar olgusunu da dikkate almak suretiyle inceleyen bu çalışmanın temel

³ Hukukun üstünlüğü, hükümet gücünün sınırlandırılması, yolsuzlukla mücadele, şeffaflık, temel haklar, kişilerin can ve mal güvenliği, hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanması ve vatandaşların adalete erişimi gibi konularda ülkelerin derecelendirilmesi ile ilgili bkz. worldjusticeproject.org.

hipotezi hukuk alanındaki sorunların çözümünün, sivil toplum ve birey anlayışının gelişmesine bağlı olduğu yönündedir. Sivil toplum ve hukuk arasındaki ilişkide (pozitif) hukuk, siyasal toplumun bir çıktısı olup, siyasal toplum ise sivil toplum üzerinden tanımlanabilir. Böylelikle sistem anlayışı çerçevesinde bir çıktı konumunda olan hukuktaki sorunların temeli, sivil toplumda aranmalıdır.

2. Sivil Toplum

Üzerinde tam olarak uzlaşma sağlanamamış olsa da sivil toplum, devletle birey-aile arasındaki özerk, çoğulcu, kural olarak rızaya dayalı gönüllü örgütlenme, iletişim ve etkileşim ortamı olarak kabul edilmektedir. Sivil toplumun geniş anlamda toplumun, devletin dışında kalan kısmı olduğu kabul edilmekle birlikte, baskın görüş sivil toplumun ekonomiyi içermediği şeklindedir (Erdoğan, 1998). Sivil toplum, insanların sosyal bir canlı olmasının karşılığıdır ve insanların temel yaşamsal ve sosyal faaliyetleri sivil toplum içinde varlık bulur.

Antik dönemin en büyük filozoflarından Aristoteles'in, sivil toplum kavramına karşılık gelen 'politike koinonia' kavramını, site şehir devleti ve toplumu için aynı anlama gelecek şekilde yasalarla belirlenmiş kurallar sistemi içindeki özgür ve eşit (kabul edilen) yurttaşların ahlaki-siyasal toplumu olarak kullandığı anlaşılmaktadır (Tamer, 2010). Doğrusu sivil toplumun tek bir bakış açısıyla kavranılması mümkün değildir. Zira kavram, erken dönemlerde siyasal toplumla aynı anlama gelirken zamanla toplumsal değişimlerin etkisiyle evrimleşmiş, sivil toplum ile siyasal toplum ayrılarak farklı özelliklerle kazanmıştır. Sivil toplum kavramının bu belirsizliği, geleneksel olarak kullanılan geçmiş özgün yorumlarıyla da bağlantı kurulmasını güçleştirdiğinden, bugün için tek bir sivil toplum kuramsallaştırması bulunmamaktadır (Cohen & Arato, 2013).

Sivil toplum, siyasal toplum (daha geniş anlamda devlet) karşısında birey ve toplumun tanımlanmasıdır. Sivil toplum, devlete tabi olmayan ve devlet karşısında tanımlanabilen topluma karşılık gelmektedir. Sivil toplum kavramının devlet dışında-karşısında tanımlanması, dar anlamda devlet olarak da ifade edilebilecek olan siyasal toplumun, sivil toplum ile birbirlerine hasım olması anlamına gelmemektedir. Bu ayrım, birbirini tamamlayan ve etkileşim içinde bulunan sivil toplum ve siyasal toplumun aralarındaki ilişki ve etkileşimin anlaşılabilmesi için de elverişli bir analitik yöntemdir.

Devlet ile sivil toplum kavramlarının anlaşılabilmesi için aralarındaki kurumsal ayrılığın korunması modern toplumlarda demokrasinin olmazsa olmazıdır. Bu durum devlet-sivil toplum ayrımının normatif niteliğini ortaya koymaktadır (Keane, 1993). Diğer taraftan sivil toplum kavramı, toplumsal bir seviyeyi göstermektedir. Örneğin sanayi toplumu ya da bilgi toplumu denildiğinde kastedilenin sanayi devrimini yaşamış ya da sanayileşmesini tamamlamış bir toplum olduğu, kolaylıkla anlaşılabilir. Aynı şekilde bilgi toplumu ile de sanayi toplumu safhasını geçmiş bilgiyi üreten, dağıtan ve kullanan, bu konuda aşama kaydetmiş bir toplum kastedilmektedir. Bunlarla aynı doğrultuda bir seviyeyi belirtmek üzere kullanılan sivil toplum kavramı da devletin-siyasal toplumun-iktidarın karşısında tanımlanabilecek-konumlanabilecek özelliklere ve dinamiklere sahip, ondan bağımsız bir şekilde tanımlanabilen toplum olarak anlaşılmalıdır.

Sivil toplum kavramının siyasal toplumla aynı anlama gelen kullanımından bugünkü anlamına ulaşması, ulus devlet süreci ve kapitalist gelişmeler sonucu oluşmuştur. Bu konuda Batı Avrupa'daki gelişmelerin etkisi büyüktür. Modern devleti oluşturan en önemli etkenlerden olan burjuvazinin, toplumsal dinamikleri yönlendirmesi sonucu sivil toplum; devlet-toplum ilişkisinde toplumun öncü rolünü ele geçirmesini sağlamıştır (Doğan, 2015).

Tarihi süreç olarak ülkemizin, Batı Avrupa'da yaşanan toplumsal, yapısal, ekonomik ve bilimsel dönüşümleri birebir yaşamamış olması, ülkemizde batılı anlamda bir sivil toplum yapısı ve anlayışının oluşmasını zorlaştırmaktadır. Geleneksel devlet anlayışımızda devlet; birey ve sivil toplum kavramıyla tanımlanmayan bir olgudur. Toplumda yer bulan bu devlet anlayışı, toplumun, hukuk ve siyasal toplum-devlet ile olması gereken bağı da zayıflatmaktadır. Siyasal toplumun belli bir ailenin-seçkinlerin elinde olduğu bir yapı, esasen sivil toplum anlayışı ve kavramına da ihtiyaç duymamaktadır (Heper, 2006).

Sivil toplumla kastedilen, devletten bağımsız, kendi içsel dinamikleriyle var olan, varlığını sürdürüp geliştiren ve bu potansiyeli bünyesinde barındıran, siyasal iktidarın karşısında varlık gösterebilen toplumdur. Bu nitelikte bir toplum, birey niteliğini kazanmış insanlarla ayakta durabilir. Birey vasfını kazanmamış insanlardan oluşan toplum, batı kültüründe kastedilen anlamda sivil toplum sayılamaz. Zaten Avrupa kültürel ve sosyal dinamikleri sonucu gelinen aşamada ortaya çıkan modern

sivil toplumun, çoğunlukla burjuva aile yapısında birey vasfını kazanmış bireylerden oluştuğu, sivil toplum kavramını 18 ve 19. Yüzyıllarda kullanan düşünürler tarafından özellikle Hegel tarafından ifade edildiği görülmektedir (Doğan, 2015).

Sivil toplum; farklılaşma, örgütlülük, iradilik özelliklerine sahip olmayı gerektirir. Bu anlamda sivil toplum heterojen ve alternatif yaşam biçimlerinin görüşlerinin olduğu bir toplumdur. Farklılık bağımlılıkla birlikte dayanışma da getirmektedir. Farklılaşma, her türlü (siyasal toplumdan yahut sivil toplum içinde oluşan) otorite-otoritelerden bağımsız davranabilme ve örgütlülüğün de kaynağıdır⁴.

Sarıbay'a göre (2003) sivil toplum, ahlaki bir beraberlik formudur. Sivil toplum, bu ahlaki temelden yoksun araçsal bir boyutta algılandığında, iktidar ilişkilerinin yeniden üretildiği bir platform mahiyeti kazanmaktadır. Bu algılayış şekli ise sivil toplumu, birbirlerinin özgürlüğünü yok eden bireyler topluluğuna dönüştürür. Görüldüğü gibi sivil toplumu oluşturan bireylerin Hobbes'un ifadesiyle "birbirinin kurdu" haline dönüşmesini önlemek için ahlaki bir temele dayanan sivil toplum (bağlantılı olarak siyasal toplum) kabulü zorunludur.

Habermas, yaşam dünyası olarak tanımladığı sivil toplumun, iletişimsel eylem olarak ifade edilen gelenekler, ortak değerler, iletişim ve etkileşimlerle toplumsal kültürün yeniden üretilmesini sağladığını, sosyal etkileşimler ve bireyler arası paylaşılan normlar aracılığıyla da meşru düzenin sağlandığını ifade etmektedir (Habermas J. , 2001).

Sonuç olarak sivil toplum, özü itibariyle siyasal toplumdan-devletten bağımsız-özerk sosyal insan etkinliklerinin gerçekleştiği alan-platfordur. İnsanların gerek bireysel gerekse örgütsel olarak gerçekleştirdikleri etkinlikler, yaşamak için gerekli tüm etkinliklerdir. Ekonomik faaliyetler, sosyal ilişkiler ve etkileşimler, evlilik, inanca dayalı ya da düşünsel etkinlikler yani insana dair ve devletten bağımsız etkinlikler-her ne kadar ana akım görüş ekonomik faaliyetleri sivil toplum dışı saysa da-esas olarak sivil toplum etkinlikleridir.

⁴ Toplumsal yapının insan davranışlarında ne kadar önemli olduğu, küçük yaşta izole olmuş insanların bulunmasıyla daha da anlaşılmalıdır. İnsanın doğumu sonrası sosyal iletişim ve etkileşimlerde bulunmaması halinde (sosyal izolasyon) daha sonra toplumsallaşamadığı ve zekasının da gelişmediği, sosyal psikolojiye ilişkin birçok araştırmada tespit edilmiştir (Özkalp, 2013).

3. Hukuk

Genel kabul gören anlayışa göre hukuk: “Belli bir toplumda, belli bir dönemde yürürlükte olan ve devlet tarafından yaptırıma bağlanmış toplumsal davranış kurallarının bütünüdür.” (Teziç, 2012). Daha ziyade pozitif hukuka gönderme yapan bu tanım, hukuku norm olarak kabul etmekle birlikte, bu normların nasıl oluştuğunu, kaynağını ve nasıl uygulandığını açıklamamaktadır. Esasen ülkemizdeki hukukçuların esas faaliyet alanı, hukuk normlarını veri kabul ederek bu normları analiz ve yorumlamak üzerine kurulmuştur.

Hukukun farklı boyutlarına gönderme yapan Adnan Güriz ise, hukukun tabiata uygun akıldan çıkan kurallar bütünü olarak düşünüldüğünde tabii hukuk; devletin çıkardığı ve uyguladığı emirler anlamına kullanıldığında hukuki pozitivizm; mahkemelerin, uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili fiili uygulaması olarak kullanıldığında ise realist hukuk anlamlarına geldiğini belirtmektedir (Güriz, 2000).

Hukuk normlarıyla kurulan bağlantı üzerinden uyuşmazlık çözümünün hukukçuluk sayıldığı bir anlayışta hukuk, kuramsal bir altyapıya ihtiyaç duymamaktadır. Bu tarz hukukçuluk (kuramsal bakış açısından-hukuk dışındaki diğer bilgi alanlarından yoksun), dar bir hukuk anlayışı ile hukuk uygulamasına yol açmaktadır (Akal, 2017). Bu dar hukuk kültürü, ülkemizde ortaya çıkan bazı hukuksal sorunların da bir sebebi olarak görülebilir⁵. Bu yüzden hukuku daha geniş bir perspektiften algılamak için hukuk dışına çıkmak gerekmektedir. Zira hukuk, salt hukukla tanımlanıp açıklanamayacak ölçüde amorf bir kavram ve kurumdur.

Hukukun (hukuk normunun) temel vasfı, “olan” (mevcut) toplumsal yaşamı ve toplumsal kurum-ilişkileri (siyaseti-hukuku ilgilendiren nitelikte olanları) veri kabul ederek, “olması gereken” boyutuyla düzenlemeye çalışmaktır.

İnsanlar, bilinmezliği, belirsizliği belli kabullerle, inançlarla, norm ve değer kalıplarıyla aşar. Değerlerden, normlardan, inançlardan, belli kabullerden oluşan sosyal yapı, bireylerin davranışları, duyuş, düşünce ve davranışları için bir model, bir referans işlevi görür. İnsanların herhangi bir olay ya da durum karşısında olası bir tavır

⁵ Özbudun’a göre Türkiye, etnik, dini birçok yönden bölünmüş ve çoğulcu bir toplumsal yapıya sahip olduğundan, bugüne kadar yapılan üç anayasa da sivil toplumun hiç katkısı olmaksızın ya da pek az katkısıyla askeri ve bürokratik devlet elitleri aracılığıyla yapılmıştır (Özbudun, 2014).

ya da davranış biçimini oluşturma eğilimi olarak tanımlanan tutumlar, insanların davranışlarının da kaynağı olarak sosyal psikolojinin en önemli kavramlarından (İnceoğlu, 2010).

Hukukun toplumla olan bağına esas alan Gurvitch, hukuk ve toplumun bir arada doğduğunu ve bulunduğunu öne sürmektedir (Türközer, 2001). Bu yönüyle hukuk aslında dil (lisan) gibi toplumsal yapının içinde toplumla birlikte doğmuş-var olmuş bir kurum-olgudur. Modern dünyada, hukuk normu, siyasal toplum-devlet ile sivil toplum arasında bir iletişim aracıdır. Siyasal toplum, sivil toplumla hukuk normu aracılığıyla iletişim kurar. Hukuk normu, siyasal toplumun-devletin yönetmek için sahip olduğu en önemli araç olup, siyasal toplum-devlet, tüm işlevlerini, hukuk aracılığıyla yerine getirmek durumundadır. Bu yönüyle sivil toplum ve siyasal toplum kavramsallaştırmaları, her ikisinin kesişme bölgesinde yer alan hukukun rolü ve işlevlerinin anlaşılmasında oldukça elverişli bulunmaktadır.

Hukuk sorunu, toplumsal ve siyasal bir sorundur. Hukukun toplumsal boyutu, sosyoloji biliminin inceleme alanına girer. Hukukun yasama boyutu, siyaset biliminin konusudur. Hukukun uygulanması, yargıyı ilgilendiriyor gibi görülse de yargı ile birlikte kamu yönetimi de hukukun yürütülmesinden sorumludur. Zaten yasalar kendi kendilerine toplumda etkiye neden olmazlar. Hukuk normlarının uygulanması yürütme ve kamu yönetimini gerekli kılmaktadır (Kalaycıoğlu, 1984). Hukuk normlarının genelde en son maddesini oluşturan yürütme maddesi de hukuk normunun uygulanmasını, yürütme organına vermektedir. Bu yönüyle yürütme erkine bağlı olan kamu yönetimi, hukuktan ayrı düşünülemez ve hukuk sorunu, kamu yönetiminin de sorunudur. Hukuk sorununun, siyaset ve kamu yönetimi disiplinlerince de algılanması, çok katmanlı olan bu sorunun anlaşılıp çözülmesinde ülkemiz için hayati önem taşımaktadır.

4. Pozitif Hukuk ve Sivil Toplum

Hukuk, toplumsal gerçeklik içinde ve toplumsal yaşamın bir parçası olarak, diğer toplumsal kurum ve olaylarla birlikte var olur. Bu özelliğiyle hukuk, kültürel bir kurumdur. Kültür bir toplumun oluşturduğu ve onu bir arada tutan (baskın) değerler sistemi ve bu doğrultuda oluşturduğu kurumlar, duyuş, düşünce ve davranış kalıplarıdır.

Hukuk, (sivil) toplumun (baskın) kültürel değerleri üzerinden oluşan normlardır. Böylelikle kültürel değerler, normlara yol açarken, normlar da içerdikleri yaptırımlarla değerlerin toplumsal sürekliliğini sağlar. Böylelikle sivil toplumun kültürel devamlılığında pozitif hukuku sivil toplum adına ortaya koyan siyasal toplumun önemi büyüktür.

Bütün kültürlerin temelinde, neyin önemli, neyin iyi ve değerli olduğunu tanımlayan düşünceler, kabuller bulunur. Bu soyut düşünce ve kabuller-değerler, insanların toplumsal yapı içindeki etkileşiminde, insanların davranışlarını anlamlı kılar, onlara yol gösterir. Normlar da bir kültürün değerlerini içeren davranış kurallarıdır. Bu özelliklerinden dolayı o kültürün üyeleri, toplumsal çevrelerinde nasıl davranacaklarını, bu değer ve normlar üzerinden toplumsallaşma ile öğrenirler (Giddens, 2005).

Toplum, salt insanların bir arada yaşadığı bir yapı değildir. Toplum, merkezinde inançlar ve değerler bulunan bir alandır (Shils, 2002). Bireylerin bu değerler ve davranış kalıplarını benimsemesi, toplumun devamlılığını sağlar. Bu değerler ve davranışlara karşı çıkma da çatışmadır. Birey gözlerini kurulu bir sosyal yapının içine açar. Aileyle başlayan ve diğer toplumsal birimlerle sürdürülen ilişki ve iletişim ağının ismi toplum olup, toplumsal norm ve değerler insanın kendisini ve toplumunu tanımlamasına, bireysel ve toplumsal bir kimlik oluşturmaya yardımcı olur.

Sivil toplum kavramı tanımlanmadan, siyasal toplumun-devletin tanımlanması mümkün olmadığı gibi, siyasal toplum tanımlanmadan ve analiz edilmeden de (pozitif) hukuk anlaşılabilir. (Pozitif) hukuk, sistem anlayışı çerçevesinde sivil toplumun, siyasal toplum üzerinden bir çıktısıdır.

Hukukun sivil toplum esas alınarak analizi, sosyoloji, psikoloji, antropoloji, dilbilim ve ekonomi gibi birçok disiplinle temas etmeyi gerektirmektedir. Hukukun siyasal toplum esas alınarak analizi de; siyaset, kamu yönetimi, tarih, felsefe vb. disiplinlere vakıf olmaya bağlıdır.

Hukuk sivil toplumun sosyo-ekonomik ve kültürel yapısına bağımlı bir alt sistem olarak sivil toplumun en önemli güvencesi, siyasal toplum-devletin de en önemli meşruiyet aracıdır. Hukuka dayanmayan bir siyasal toplum-devlet yapısının, tüm devlet erklerini özellikle yürütme (kamu yönetimi) ve yargı erkini sivil toplum

üzerinde baskı aracına dönüştürme ve sivil toplumu yok etme potansiyeli bulunmaktadır.

Sivil toplum, kural olarak özel ve medeni hukukun alanıdır. Zira sivil toplumu oluşturan bireyler yahut bireylerin oluşturduğu sosyal organizasyonlar arasındaki ilişkiler, özel hukuk ilişkileridir. Sivil toplumun kendi kendini yönetme yeteneğine olan güveni ne denli artarsa, devlet kurumlarına ve yasalarına olan ihtiyaç da o ölçüde azalmaktadır (Keane, 1993). Sivil toplum ve siyasal toplum, kamusal alanda kesişmektedir. Sivil toplum ve siyasal toplum arasındaki en önemli bağlantıyı sağlayan hukukun yöneldiği-yönelmesi gereken alan da sivil toplumu oluşturan unsurların faaliyetlerinin gerçekleştiği kamusal alan olmaktadır.

Toplumsal değerler, norm ve davranış kuralları, insanların davranışlarını yönlendirmesine yardımcı olduğu gibi, hukuk da sivil toplumun, bireyler üzerindeki sosyal kontrolünü sağlamasına yardımcı olur. Zaten hukuk da sosyal yaptırım kurallarından biridir. Tek farkı (pozitif hukuk açısından) yaptırımının, siyasal toplum-devlete bağlı olmasıdır. Hukuk bu şekilde diğer sosyal yaptırım kuralları, norm ve değerler gibi, sivil toplumun kendini yeniden üretmesinin en önemli yollarından birisidir. Işıқтаç, hukukun adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzeni olduğunu ifade etmektedir (Işıқтаç, Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu, 2001). Bu tanım hukukun siyasal toplumla ilişkisi dışında daha çok sosyal normatif-etik yönüne işaret etmekle birlikte hukukun esasen diğer sosyal yaptırım kuralları gibi, toplumsal yönünü ortaya koymaktadır.

Sivil toplum, özgür bireysel etkinliklerden oluşmakla birlikte toplumsal düzeni bozan sapma teşkil eden davranışları önleme ya da bastırmak için hukuka bu yüzden siyasal topluma ihtiyaç duyar. Toplum bireyelerine aktardığı sosyal norm ve değerler üzerinden kendisini yeniden üretirken, kamu düzeninin devamı ve suçların yaptırıma bağlanması gibi gereksinimler, hukuk dışındaki ahlak, din, örf ve adet, görgü kuralları ile tam olarak karşılanamaz. Çünkü (pozitif) hukuk dışındaki sosyal yaptırım kurallarının maddi yaptırım gücü bulunmamaktadır.

Pozitif hukuk, verili bir toplumsal yapıyı düzenlemeyi esas alarak o toplumun devamını, kendisini yeniden üretmesini sağlamayı amaçladığından olduğu dönemin toplumsal, ekonomik, kültürel değerlerini yansıtır. Hukuk, düzenlendiği tarihten sonra uygulanacağından bu özelliğiyle toplumu takip eder ve onun gerisindedir. Hukuktaki

değişim, toplumsal gelişim ve değişimin gerisindedir. Burada statik bir normatif yapının, dinamik bir toplumsal sürecin kendisini yeniden üretmesini sağlayabilmesi, esasında bir paradokstur. Bununla birlikte hukuk, işlevlerini tam olarak da bu özelliğiyle yani sabitliği-statikliğiyle sağlamaktadır. Hukukun sivil toplum ve bireyler (aynı zamanda siyasal toplum) açısından belirli ve öngörülebilir olma özelliği (en azından belli bir zaman kesitinde), sabit-statik olması ile sağlanabilmektedir. Hukukun çok hızlı değiştiği durumlarda kimse davranışını neye göre düzenleyeceğini bilemez. Oysa değişim ve gelişim hayatta kalmanın tek anahtarıdır. Onun için hukukun, değişimi önlemeyecek tarzda sabitlik içermesi, bu şekilde kodifiye edilmesi gerekmektedir. bu nedenle statik bir istikrar sağlayıcıdır. Bununla beraber hukukun da bağlantılı olduğu yapılarda değişikliğe yol açmadığı söylenemez. Hukuk, toplumda hukuksal konumlar oluşturarak, ekonomik düzenlemeler yaparak, ekonomik toplumdaki üretim, tüketim ve dağılım ilişkilerini etkileyebilir. Liberal hukuk felsefesinin en önemli temsilcilerinden Hayek, modern toplumlarda (düşünürün karşısında olduğu) tasarımı değişimin baş aletinin, kanun yapma faaliyeti olduğunu öne sürmektedir (Hayek, 1994).

Pozitif hukuk, sivil toplum içindeki bireysel etkileşimlere, normatif bir model ve çerçeve sunma işlevini yerine getirir. İnsanlar belirsizlik içinde yaşayamazlar. Tüm norm ve değerler ile sosyal yaptırım kuralları, insanlara belirlenmiş, verili bir alan yaratarak bireylerin davranışlarına modellik eder. Böylelikle bireyler, davranışlarını toplumun kabul edeceği (toplumsal-hukuksal) kurallara uyarlayarak, toplumsal yapının devamlılığını üretirler.

Sivil toplumun, (sivil toplum) kendi içinde oluşabilecek baskı unsurlarından da korunması gerekmektedir. Sivil toplum her zaman barış içinde bulunan bir yapı değildir. Sivil toplumda de şiddet, uyumsuzluk, sapmalar olmaktadır. Sivil toplum içinde ilişkilerin rızaya dayalı gönüllü ilişkiler olduğu esasen bir kabul ve varsayımdır. Sivil toplum içindeki bireysel farklılıklar, sosyo-ekonomik eşitsizlikler sivil toplum içindeki ilişkilerin tamamen rızaya dayalı gönüllü olmadığını, olamayacağını göstermektedir. Sivil toplum içinde (eşit seviyede olmayan) asimetrik ilişki ve etkileşimler bir hayli yer tuttuğundan, siyasal toplum, sivil toplum içindeki asimetrik ilişkilere yol açan sosyo-kültürel ve ekonomik eşitsizlikleri en aza indirmelidir, zira siyasal toplum, sivil toplumun yeniden üretilmesini sağlamak zorundadır. Sivil toplum

içinde sapmalar, uyumsuzluklar, asimetrik ilişkiler çoğalırsa sivil toplumun kendi kendini üretmesi uzun vadede mümkün olamaz. Hukuk, sivil toplum içindeki tüm hak ve ilişkileri tanımlarken herkesin eşit ve özgür olduklarını varsaymıştır oysa bu bir kurgudur.

Habermas, hukukun sivil topluma karşılık gelen yaşam dünyası ile siyasal (ve ekonomik) topluma karşılık gelen sistem dünyası arasında bir araç olduğunu öne sürmektedir. Hukukun hem ekonomi ve devletle hem de yaşam dünyasıyla iç içe olduğunu, hukukun kamusal alanda prosedüralist tartışmalarla oluştuğunu belirten Habermas, hukukun böylelikle yaşam dünyasında şekillenerek ekonomik ve siyasal sisteme aktarıldığını ifade etmektedir (Yüksel, 2002) .

Modern toplumlar, farklılık ve çoğulculuk temelinde olduğundan, modern toplumları kucaklayacak normların, herkesin kabul edebileceği rasyonel bir nitelikte olması gerekir. Farklılık ve çoğulculuk sivil toplum için gerekli olmakla birlikte bu özellikler birey niteliği gelişmiş insanlar ve rasyonel sivil örgütlenmeler olduğu takdirde bir anlam kazanmaktadır. Yoksa toplum birbirine rasyonel olarak bağlanmayan insan topluluğu niteliği taşır. Bu yüzden hukuk normları, (sivil) toplumun tamamını kucaklamayan tek bir siyaset, inanç yahut öznel bir görüş üzerine kurgulanamaz. İktidar için yarışan farklı siyasi hareketlerin oluşturduğu metnin hukuk sayılabilmesi için, siyaset dışı bir söylemle tanımlanması gerekir. Hukukun, sivil toplum içinde iktidar olamayan muhalefet, yahut azınlıklar dâhil tüm topluma hitap edecek şekilde olabilmesi, için rasyonel bir formda (hukuk formunda) ifade edilmesi gerekir. Bu durum normun gerisindeki siyaset ve ideolojinin gömülü olarak gizlenmesini sağlamakla birlikte hukuk da gerek oluşum gerekse uygulama yönüyle zaten siyasetten bağımsız bir olgu değildir.

4.1. Siyasal Toplum ve Hukuk

Her siyasal sistem, çevresinden aldığı girdileri, çıktıları, talepleri, kamu siyasaları haline dönüştürür. Kural yapımı (norm üretimi) de siyasa yapımıyla çakışan bir faaliyettir. Kural yapma, uygulama ve hüküm verme işlevleri birer devlet işlevidir (Kalaycıoğlu, 1984). Böylelikle hukuk, siyasal toplumun, sivil toplum ile olan etkileşim sürecinin sonucunda varlık bulan bir olgudur.

Modern pozitif hukuk, siyasal toplumun bir çıktısı olmasına rağmen, uygulamada hukukun siyaset dışı, belki de siyaset üstü kabul edilmesi bir çelişki

oluşturmaktadır. Bu kurgu, sivil toplumun tamamı için geçerli olacak şekilde var edilen hukuk normunun, bir kere var olduktan sonra siyasal toplumun çekişmelerinden uzak tutulması ve uygulanması gereksiniminden kaynaklanmış olsa da, hukukun siyaset dışı-üstü olduğu önermesinin arkasında iktidarın yeniden üretilmesini kolaylaştıran bir söyleme de dönüşmüş olduğu da kabul edilmelidir.

Habermas, sistem dünyası olarak adlandırdığı ekonomik ve siyasi yapının, sivil topluma ait yaşam dünyasından farklı olarak rasyonel eylem temelli işlediğini öne sürmektedir (Habermas J. , 2001).

Sivil toplum, varlığını sürdürebilmek ve geliştirebilmek için geleceği öngörme ve hukuki belirliliğe ihtiyaç duymaktadır. Hukukun norm olarak anlaşılması ve uygulanması, birörnek (yeknesak) uygulanmasını gerektirmektedir. Bu niteliklere sahip olmayan, yani hukuk devleti olarak yapılanmamış bir siyasal toplumun elinde hukuk, sivil toplum üzerinde keyfilik ve baskı aracı olarak kullanılabilme potansiyelini taşımaktadır. Hukuk devleti olmayan bir siyasal toplum gölgesinde sivil toplum; geleceğin belirsizliğinden dolayı, özgür bireyler ve sosyal gruplar geliştiremeyeceğinden, ayrıca ekonomik toplum da belirsizlik altında kısa dönemli faaliyetlere yöneleceğinden (Çaha, 2016), bu durumdaki bir toplum, sivil toplum olarak tanımlanamaz.

Siyasal toplum, sivil toplum bünyesinde meşru zor kullanma tekeline sahiptir. Zor kullanma yetkisi bir iktidar meselesi olduğundan, iktidarın kullanılışı ve sınırlarının çizilmesi çok önemlidir. İktidar hem kendi içinde hem de adalet, insan hakları ve sivil toplumla sınırlanmazsa kuruluş amacının dışına çıkma ihtimali vardır.

Siyasi iktidara karşı bireylerin korunması ancak hukuk sayesinde mümkün olabilir. Hukuk sadece yönetimin bir aracı olmanın dışında, yeni kurallar yaratma süreciyle iktidarın sınırlarını da gösterir (Jorgensen, 2001).

Yasama meclislerinin oluşumu ve işleyişindeki demokratik sorunlar ayrık tutulursa parlamentolar-meclisler, sivil toplumun siyasal toplumdaki karşılığıdır. Böylelikle yasa düzeyinde hukuk normlarının teorik düzeyde sivil toplum (içinden çıkan siyasal toplum) tarafından çıkarıldığı kabul edilebilir.

Siyasal toplum içinde yer alan bir diğer erk olan yürütmenin de siyasal tercihleri olması kabul edilebilir olmakla birlikte, bu erkin de hukukla sınırlanması gerekmektedir. Yasa düzeyindeki hukuk normunun altındaki normlar (Kararname,

tüzük, yönetmelik, genelge v.b.) yürütme tarafından yürürlüğe konulurlar. Bu anlamda yürütme bünyesinde yer alan kamu yönetimi ve bürokrasi, merkezi ve yerel yönetim ile silahlı güvenlik unsurları yönetime bağlı olarak sivil toplumu ilgilendiren tüm faaliyetlerinde hukukla sınırlanmak durumundadır. Hukukla sınırlanmayan bir yürütme erkini, sivil toplumun kontrol etmesi mümkün değildir.

Siyasal toplum içinde yer alan bir diğer erk, yargı erkidir. Yargı erkinin temel işlevi, sivil toplumda oluşan uyuşmazlıkları, hukuk normlarını esas alarak adil bir şekilde çözmek, yasama organı tarafından şiddet ve suç olarak tanımlanan davranışların (sivil-siyasal) toplumda işlenmesi halinde bunlara (yine yasama organı tarafından öngörülmüş) uygun yaptırımını belirlemektir. Yargı erki siyasal toplum bünyesindeki yahut siyasal toplum ile sivil toplum arasındaki uyuşmazlıkları da aynı şekilde önceden belirlenmiş hukuk normları ile adil bir şekilde çözmekle yükümlüdür.

4.2. Hukuk Devleti ve Hukuk

Siyasal toplum, hukuk normlarını sivil toplum adına ve sivil toplum için oluştururken, siyasal toplumun hak ve yetkileri ile sınırları da aynı şekilde hukuk normları ile belirlenir ki bu durum hukuk devleti anlamına gelmektedir. Hukuku var eden sivil toplum, bu işlevini siyasal toplum üzerinden gerçekleştirmektedir. Hukuk, sivil toplumla, siyasal toplum arasındaki en önemli bağlardan birini oluşturmaktadır. Siyasal toplumun sivil topluma baskı kurmaması için düşünülen kuvvetler ayrılığı dahi ancak hukuksal bir norma bağlanarak uygulanabilir. Modern devlet şiddet (zor kullanma) tekeline sahip olmak için hukuku kullanır. Şiddetin (sivil toplum içindeki) bireysel kullanımları da hukuk normları ile engellenir (Gülenç, 2010).

Siyasal toplumun hukuka bağlı tutulması, siyasal toplumun, sivil toplum ve bireyler üzerindeki hak ve yetkilerinin-sınırlarının sivil toplum ve bireyler tarafından bilinmesini sağlar. Bu durum, bireyler ve sivil toplum unsurlarının eylemlerinin sonuçlarını öngörmesini sağladığından sivil toplumun ihtiyacı olan güvenliği sağlar. Sivil toplumla bağı olan bir hukuk sistemine bağlı olmayan siyasal toplum yapısı, keyfiliklere açıktır.

Sivil toplumun varlığı için devlet bir hukuk devleti olmalı ve iktidar sınırlandırılmalıdır. Devlet sivil toplum bünyesinde gerçekleşecek etkinlikler, çatışma ve rekabette taraf olmamalı, önleyici ve düzenleyici tedbirler almalıdır. Siyasal toplum/devletin öngörülen işlevlerini yerine getirebilmesi için, rasyonel biçimde

yapılanması gerekir. Rasyonel yapılanma ise hukuk devletini gerekli kılar (Çaha, 2016). Pozitif hukuk siyasal toplumun çıktısı olduğuna göre siyasal toplum, hukuktan ayrı düşünülemez. Bir devlet kendi koyduğu kurallarla kendisini de bağladığı, sınırladığı takdirde hukuk devletine dönüşür. Devlet adıyla simgelenen siyasal alan, doğuşunu hukuka, iktidarın hukuksallaşmış olmasına borçludur (Yükselbaba, 2008).

Diğer taraftan hukuk ile iktidar arasında karşılıklı bir etkileşim bulunmaktadır. İktidar, eşitsiz ilişkiler içinde iradi ve fiili olarak sonuç yaratma etkinliği olup, devlet ve benzeri makro yapılardan en alt düzeyde toplumsal ilişkilere kadar her alanda var olmakla hem iktidar ilişkilerinin bir yansıması ve ifadesi hem de iktidar ilişkilerini biçimlendiren ve düzenleyen bir mekanizmadır (Işıқтаç & Koloş, Hukuk Sosyolojisi, 2015).

Siyasal toplumun çıktısı olan pozitif hukuk, aynı zamanda siyasal toplumu da (hükümet ve yönetim organlarını) yasal bir zemine kavuşturmaktadır. Hukuk, böylelikle siyasal sistemin bir çıktısı iken, öte yandan kendisine varlık kazandıran siyasal toplumun meşruiyetini de sağlayarak adeta sistemsal bir döngü, geri beslemeyle, siyasal sistemin kendi kendini yeniden üretmesini ve meşruiyetini de temin etmektedir.

Habermas'a göre kamuoyu, sosyal devlet ilkesine dayanan demokratik toplumlarda, anayasa normlarının, anayasal gerçeklikle ilişkilerinde (kamu hukuku ve siyaset bilimine) kullanılan kurgusal bir kavramdır. Bu yüzden kamusal topluluğun davranışlarında gerçek bir nicelik olarak teşhis edilemezler. Sosyal devletin anayasal kurumları, işleyen bir kamuoyunu hesaba katmak zorundadır. Modern devletin halk egemenliğine dayanması ve meşruluğu, kamuoyu üzerinden anlaşılır (Habermas J. , 2018).

Hukuk devleti, hukukun tutarlı uygulanışı için gerekli bir ilke olmasının yanında siyasi meşruluğu hukukilik ölçütüne bağlamanın da anahtarıdır. Böylelikle hukuka ait olması gereken nitelikler, hukuk devletine ait olarak da nitelendirilebilir olmaktadır. Bunlar arasında hukuk kurallarının genelliği, formelliği, açıklığı ve öngörülebilirliği (hesaplanılabilirlik) belirtilebilir (Özcan, 2017).

Radbruch, hukukun, hukuk güvenliği, amaçsallık ve adalet değeri içermediği takdirde hukuk sayılamayacağını, aralarındaki sıralamada önceliğin adalette olduğunu, kamu yararına hizmet anlamındaki amaçsallığın ise en son sırada aranması gerektiğini

öne sürmektedir. Bunun dışında Radbruch, hukukun halka faydalı olan herhangi bir şey olmadığını, halka faydalı olan şeyin hukukun bizatihi hukuki güvenlik yaratması ve adalete yönelme çabası olduğunu, hukuk devletinin hem adalet hem de hukuk güvenliğini sağlamak zorunda olduğunu, hukuk devletinin insanlar için nefes alma kadar önemli olduğunu ve ancak demokrasinin böyle bir hukuk devletini teminat altına alabileceğini ifade etmiştir (Radbruch, 2015).

5. Hukukun Meşruiyet Alanı Olarak Sivil Toplum

Hukuk normunun meşruiyetinin dayanağı sivil toplumdur. Nihayetinde toplumsal kurum, kavram ve değerler, meşruiyetlerini bağlı oldukları toplumun rızası ve onayından alırlar. Bir toplumun meşru kabul etmediği bir hususun, (o toplumu oluşturan norm ve değerler değişmediği sürece) o toplumda uzun vadede hayat bulması oldukça zordur. Bununla birlikte toplumsal meşruiyetin sağlanıp sağlanmadığı yahut ne ölçüde sağlandığı hususunun tespiti de ayrı bir sorundur. Bu anlamda toplumsal meşruiyetin genel olarak toplumun temel norm ve değerlerine aykırı olmayan anlamında kabul edilmesi, daha pratik bir açıklama tarzı olarak görülmektedir.

Pozitivist hukuk anlayışı, hukuk normunun meşruiyeti için şekli prosedüre uygun çıkarılmasını yeterli görmekte birlikte, hukuk salt kurallara indirgenemeyeceğinden; hukukun bağlı olması gereken insan hakları, adalet gibi ilkelere uygun olup olmadığının değerlendirilmesi esas olarak sivil toplum bünyesinde gerçekleşir. Toplumsal değerlendirme olumlu olduğu takdirde hukuk normunun toplumsal meşruiyeti sağlanmış sayılır.

Hukuk gibi normatif düzenlemeler toplumsal-siyasal bir sistemin kabulü, tercihiyle var olduğundan hukuk, bireylerin, toplumun, siyasal sistemin menfaatleri-tercihleri üzerinde kurulu bir olgudur. Bu yönüyle hukuk, göreceli bir meşruiyet ve anlam dünyası içinde hayat bulmaktadır. Bu anlamda meşruiyet, pozitif hukuka uygun olmanın ötesinde, pozitif hukukun da arkasındaki ahlaki ve toplumsal meşruiyet alanıyla ilgilidir. Siyasal iktidarın ve hukukun meşruluğu, (sivil) toplum unsurları ya da en azından bunların çoğunluğu tarafından meşru kabul edilmesini ve sivil toplum unsurlarının kendilerini, iktidar ve hukukun kaynağı olduğunu benimsenmelerini gerektirir. Meşruluğu konusunda görüş birliği olamayan iktidar, zor kullanma tekeli

sayesinde iktidar olmaktan çıkarak güce dönüşür ve ancak kendisine boyun eğilmesini sağlayabildiği sürece varlığını sürdürür (Duverger, 2004).

Pozitif ve yürürlükte olan normların gerçek anlamda “hukuk” olarak nitelendirilebilmesi için, onun içerik olarak meşru ve evrensel kabul edilen hukuk değerlerine uygun olması, özelde ise topluma ait diğer normlara-değerlere uygun olması gerekir. Hukuk, toplumsal normlardan değerlerden tümüyle özerk ya da bağımsız yapıda olamaz ve hakiki içeriklerini, objektif etik değerlerden almak durumundadırlar (Gürbüz, 2016).

Hukuku, devletin koyduğu kurallar olarak gören pozitivist hukuk anlayışı, kanun devletine karşılık gelmektedir. Kanun devleti, siyasal iktidarın meşruluk kaynağı olan hukuku, etik kurallar ile insan hakları bağlamından kopartarak yasaya indirgemektedir (Arslan, 2000). Oysa siyasal iktidarın da hukukun da meşruluk kaynağı, sivil toplum, insan hakları ve adalet gibi ilkelere dayanır.

Toplumsal gerçeklikten kopuk bir hukuk normunun, toplumsal meşruiyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira hukuk topluma dayatılan bir kurallar dizgesi olmayıp, hukukun hem norm hem de uygulama boyutunda toplumsal gerçekliğe uygun olması ve toplumun gereksinimlerini karşılaması gerekmektedir (Gürbüz, 2013).

Hukuk, sosyal bir paradigma olarak, kendisinin kabul edildiği kurumlar, normlar, değerler ve anlayışlar sistemi içinde anlam kazanmaktadır. Sonuç olarak hukuk, ikili yapısıyla, kendisinin kabul edildiği bir kültürel yapı içinde geçerlilik-meşruiyet kazanır ve kendisini geçerli kabul eden yapılara da reflektif olarak meşruiyet kazandırır.

6. Hukukun Düzenleme Alanı Olarak Sivil Toplum

Hukuk özü itibarıyla insan davranışlarına yönelik olduğundan ve insanlar da (sivil) toplum içinde ilişki ve etkileşimde var olduklarından, hukukun esas düzenleme alanı sivil toplumdur. Bununla beraber hukuk devleti anlayışı çerçevesinde siyasal toplum da (pozitif) hukukun düzenleme alanını oluşturur. Hukuk böylelikle siyasal topluma (zor kullanma tekeli de içeren) sivil topluma yönelik düzenleme yetkisi vermekte, öte yandan da siyasal toplumun zor kullanma yetkesini de sınırlamaktadır.

Zor kullanma yetkisi, meşru olarak sadece siyasal toplumun tekeline verildiği için hukuk, sivil toplumu oluşturan unsurların birbirlerine karşı ve sivil-siyasal

topluma yönelik zor-şiddet kullanımlarını önlemek ve yaptırıma bağlamak için de kullanılır. Sivil toplum özgür, iradi ilişkilerin ve etkileşimlerin faaliyet alanı sayılsa da, ilişkiler her zaman iradi ve gönüllü kurulmamakta ve sonuçlanmamakta, sivil toplumu aksatan birçok olay her gün, her an gerçekleşmektedir.

Sivil toplum içinde en olumsuz durum, insanların birbirlerinin yaşam haklarına müdahale etmeleridir. Bunun dışında özel hukukun düzenleme alanına giren bireysel ilişkiler ve ekonomik faaliyetler, özel ilişkilerin kurulmasına yol açan iradeye uygun sonuçlanmayabilmektedir. Yani sosyal ve ekonomik olaylar-ilişkiler, bu ilişkilerin taraflarının başlangıçta öngördüğü şekilde sonuçlanmadığı takdirde, siyasal toplumun-devletin hukuk normlarıyla müdahalesi kaçınılmazdır. Her türlü olumsuz durumda sivil toplum, bunları düzenleyecek, düzelterek kurallara ihtiyaç duyar. Sivil toplum kaynaklı sosyal yaptırım kuralları bozulan düzeni onarmada yeterli olamayacağından hukuk, maddi yaptırım içeren yönüyle, sivil toplum ile siyasal toplumu birbirine bağlayan en önemli sosyal kurumlardan birini oluşturmaktadır. Zaten toplum sözleşmesi kuramının öncülerinden John Locke'un düşüncesinde siyasal toplum oluşturulurken devlete aktarılan esas yetki, bireyler arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde bireylerin kendi kendilerinin yargıcı olmalarının önlenmesine yönelik yargısal yetkililerdir (Locke, 2019).

(Pozitif) hukukun toplumsal ilişkileri düzene sokma işlevinin dışında esasen siyasal topluma meşruiyet kazandırdığı, bunun da iktidara yaradığı, böylelikle iktidarın, yasallık adı altında muhatabı olan sivil toplum ve bireyleri itaat eden özne konumuna indirgediğini iddia eden Foucault gibi düşünürler bulunmaktadır (Koloş, 2015). Bu görüşlerde doğruluk payı olsa da, iktidarın tarih içindeki teolojik, karizmatik ve geleneksel meşruiyet sağlama araçlarından sonra rasyonel bir meşruiyet kavramıyla hukuksallık zemininde ifade edilebilmesi, önemli bir aşama sayılmalıdır. Nihayetinde hukuk, toplumun tamamı için, toplumun bir uzantısı olan siyasal toplum-devlet tarafından pozitif hukuk metni şeklinde ifade edilmektedir. Hukuk eğer bir zorunluluksa, bunu bir şekilde ifade edecek organ da bulunacaktır. Bu organın sivil toplumun bünyesinden çıkan, sivil toplumun uzantısı olan bir organ-kurum olması (siyasal toplum) ve bu organın hukuku oluşturmanın dışında iktidar için yarışan bireyler ve gruplardan (siyasal partilerden) oluşması, siyasi kararlar da alabilmesi meşru kabul edilmek durumundadır. Siyasal bir organın çıktısı olan hukukun,

düşünümsel olarak kendisini oluşturan organı-kurumu meşru kılması kaçınılmaz görülmektedir. Bu nedenle hukuk, iktidar ilişkilerini gizlemeye yarsa da, hukukun yerine alternatif bulunmadığı sürece bunun böyle kabul edilmesi, zorunlu görülmektedir.

Hukukun sivil toplum ve siyasal toplum tarafından aynı şekilde algılanması ve kabul edilmesi hukukun kültürel boyutudur. Kültür, hukukun oluşumu kadar uygulanmasında da sivil toplum-siyasal toplum arasındaki simgesel bağı oluşturur. Böylelikle kaynağı sivil toplum olarak kabul edilen ve siyasal toplum bünyesinde pozitif bir varlık kazanan hukuk, sivil ve siyasal toplumda baskın olan hegemonik kültürün kabulleri doğrultusunda anlaşılacak ve uygulanacak durumundadır. Bununla beraber demokratik bir toplum ve devlet yapısı, çoğunluğun hükmetmesi olmayıp, azınlıkların haklarının ve tercihlerinin de korunmasını gerektirdiğinden bunun gerçekleştirilmesi için dahi hukukun koruyucu işlevine ihtiyaç bulunmaktadır.

Hukuk normları Timacheff'in deyimiyle etik normlar ve teknik normlar olarak iki başlık altında incelenebilir. Bu norm ayrımı, normların yönelmiş oldukları temel gaye ve işlev farklılığında bulunabilir. Etik kurallar izlenmesi gereken amaçların neler olduğunu belirlerken, teknik kurallar belirli bir amaca ulaşmak için yapılması zorunlu hususları içermektedir. Bu özellikleriyle etik kurallar zamana bağlı olmayıp, her olay için geçerli, hukukun yaşamsal ve değişmez temel ögesini oluşturduğundan tüm sivil toplumu kucaklayacak nitelikteki normlar ancak ve ancak bu nitelikteki hukuk normlarıdır. Bu nitelikteki etik-temel normların uygulanmasına yönelik teknik normlar ise her toplumun sosyo-ekonomik ve kültürel koşulları altında biçimlenir (Gürbüz, 2013). İşte gerek etik normlar, gerekse etik normlara dayanan teknik normlar; insanın temel doğasını, haklarını, gereksinimlerini, sivil toplumun ve bağlantılı ekonomik toplumun gerçeklerini nazara almak durumundadır.

6.1. İnsan Hakları ve Hukuk

Sivil ve siyasal toplumun kesişme bölgesinde yer alan hukukun hedefi sivil toplum ve sivil toplumun asli unsuru birey olmalıdır. Bireyi öncelik olarak almayan bir hukuk sisteminin, bireylerden oluşan sivil toplumu düzenlemesi de sorunludur.

İnsan hakları, bireylerin dâhil oldukları siyasal toplumlardan, ulus devletlerden, bireyin ait olduğu kimlikten bağımsız olarak sahip olduğu her zaman ve yerde geçerli nitelikte olan haklardır. Bununla birlikte bir kısım haklar ise ancak sivil

ve siyasal toplum bünyesinde anlaşılabilir. Toplum ve devletten ayrı düşünülemeyen haklar, sivil ve siyasal toplumun ulaştığı seviye ve sahip olduğu imkânlarla bağımlıdır.

Sivil toplumun ve uzantısı siyasal toplumun temel birimi birey-insandır. Sivil toplum üzerinden siyasal toplumu gerçekleştiren ve pozitif hukukun kaynağı ve hedefi de esasında birey-insandır. Hukuk, insan ve toplum için var olduğundan insan hakları hukuktan önce gelir. Yani insan haklarını, hukuk ihdas etmez. İnsan hakları hukuku biçimlendirir ve sınırlarını belirler. İnsanın onur sahibi bir varlık olmasına uygun bir hukuk sistemi, hukuk normlarının insan haklarına uygun olarak türetilmesini gerektirir (Uygur, 2014).

Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Batıda gelişen sivil toplum-siyasal toplum kavramlarının ulaştığı en son seviye olarak görülmektedir. Sivil toplum-siyasal toplum kavramsallaştırmaları ile eşzamanlı gelişen insan hakları kavramı, AİHS ile uluslararası hukuka ait bir metinde varlık bulmuştur. AİHS, sivil toplum-siyasal toplum ekseninde insanların-bireylerin haklarını tanımlayarak, siyasal toplum-devlete, bunları koruma ve sağlama yükümlülükleri yüklemiştir.

AİHS'ye göre birey, sivil ve siyasal toplumun merkezinde yer almakta, sivil-siyasal toplumun ve hukuk normlarının sınırını, insan hakları ve bireysel alan belirlemektedir. Nitekim Kuçuradi, insan haklarının hukuk olmadığını, insanın değeri bilgisinden türetilen insan haklarının türetildiği normlar-öncüller olduğunu öne sürmektedir (Kuçuradi, 2003). Bu bakış açısı, insan haklarını hukuka önceleyen ve hukukun kaynağı olarak insan değerini ve haklarını kabul eden önemli ve gerekli bir yaklaşım olup, hukukun anlaşılmasında, hukuk dışı alanların hayati öneme sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Bireylerin yani insanların, insan olmaktan kaynaklanan biyolojik, psikolojik, toplumsal, kültürel v.b. ihtiyaçları insanların hakkı olup, bu hakların siyasal toplum-devlet ile bir nedensellik ilişkisi zayıftır. İnsanların yaşama, düşünme, düşüncesini ifade etme, inanç, iletişim, ulaşım, barınma, evlenme gibi hakları, siyasal toplum-devletten öncedir. Siyasal toplum ancak sivil toplum için gerekli olduğu takdirde bireylerin haklarını yok etmeyecek tarzda hukukla sınırlar getirebilir. Pozitif hukuk, önceliğin insan hakları olduğu kabul edilerek ihdas olunmak zorundadır.

6.2. Hukuk ve Ekonomi

Sivil toplum bünyesindeki etkinlikler; rekabete dayalı, bireysel haz ve menfaatleri maksimize etme üzerine kurulmuştur. Ekonomik faaliyetler de aynı nitelikte olup, bu etkinliklerin alanı piyasa ve pazar kavramları ile ifade edilmektedir. Gerek sivil toplum, gerekse ekonomik toplum (Pazar-piyasa) düzenleme ve yaptırım gerektiren durumlarda siyasal topluma ihtiyaç duyar. İşte sivil toplumun (aynı zamanda pazar-piyanın) ihtiyacı olan yaptırım ve düzenleme, ancak (pozitif) hukuk normu ile sağlanabilir.

Kamusal alan içinde en önemli faaliyetlerden birisini ekonomik faaliyetler oluşturmaktadır. Hatta temel insan hakları arasında sayılan mülkiyet hakkı, ekonomik bir içerik taşıdığından insan hakları ve ekonomik yaşam, sivil toplum-ekonomik toplum birbiriyle iç içe geçmiştir denilebilir. Ekonomik nitelikteki kararların, piyasa içinde fiyat mekanizması aracılığıyla belirlenmesini esas alan anlayış doğrultusunda en azından üretilen nihai mal ve hizmetlerin tüketimi, sivil toplum içinde gerçekleştiğinden ekonomi, sivil toplumdaki bağımsız değildir.

Fiyat mekanizması, ekonomik aktörlere yolladığı sinyallerle bireyler ve ekonomik örgütlerin (bu sinyalleri algılamaları ölçüsünde) verdiği kararları-tercihlerini etkilemektedir. Klasik Liberal piyasa ekonomisi anlayışı, piyasada oluşan dengesizlik ve dalgalanmaların, siyasal toplumun-devletin ekonomik sisteme müdahale etmemesi halinde piyanın kendi içsel dinamikleri ile zaman içinde yeniden denge haline geleceğini, öngörmektedir. Bununla birlikte, özellikle 1929 Buhranı sonrasında ekonomideki sarsıntı ve bozulan dengeler, zaman içinde kendi kendine dengeye ulaşmamıştır. Keynes, siyasal toplum-devlet tarafından sivil toplum içinde bozulan ekonomik dengelerin düzelmesi için piyasaya talebi arttırıcı yönde (efektif talep) müdahale edilmesi halinde dengenin kurulacağını öne sürerek, klasik ekonomik görüşten ayrılmış, öngörüsünün tutması sonucu kapitalist ekonomik sistemin krizi de atlatılmıştır (Keynes, 1969)

Sivil toplum içinde (ya da onunla bağlantılı) en önemli faaliyet alanı olan ekonomik faaliyetlerin, kendi kendine denge haline ulaşamaması halinde, siyasal toplum-devletin (hukuk ile) müdahalesi kaçınılmaz görülmektedir. Bunun temel nedeni, sivil toplumun (dolayısıyla ekonomik toplumun) bir bütün olarak kişisel menfaatlerini maksimize etmek isteyen bireylerin-örgütlerin faaliyet alanı olmasıdır.

Herkesin kendi menfaati peşinde koşması halinde bunun bir bütün olarak sivil toplumun menfaatine olacağı varsayımı burada ispatlanamamaktadır.

Hukuk normlarının, düzenlediği-düzenlemek istediği alanı, toplumsal ve reel gerçekliği nazara alarak tam ve gerçekçi tarzda düzenlemesi gerektiği ilkesi, tam olarak burada devreye girmektedir. Hukuk normu, toplumsal, sosyo-ekonomik-kültürel gerçekler nazara alınmadan ihdas edilirse, hukuk (normu) ile toplumsal-reel gerçeklikler arasında bir açıklık oluşmaktadır. Bu durum, hukukun (normu) toplumsal meşruiyetini bile sorgular hale getirebilmektedir.

5. Sonuç

Hukuk esasen toplum içinde, toplum için var olur. Sosyolojik olarak sivil toplumda, pozitif hukuk açısından ise siyasal toplumda oluşan hukuk, öz olarak bir sivil ve siyasal toplum konusudur. Hukukta bir sorun varsa, sivil ve siyasal bir toplumda da bir sorun var demektir. Sivil toplum ve siyasal toplum, tam olarak anlaşılamazsa hukuk da tam anlamıyla anlaşılabilir.

Sivil toplum ve siyasal toplum ile hukuk arasındaki ilişki karşılıklıdır. Sivil ve siyasal toplum, hukuka hayat verirken, hukuk da sivil toplumun güvencesini, siyasal toplumun da meşruiyetini sağlar. Sivil toplum ve siyasal toplum tam olarak oluşmamışsa, hukuk ve hukuk devleti kavramları, demokratik toplumlardaki işlevini yerine getiremez. Zira hukuk, toplumsal yapının bir yansımasıdır. Toplumsal yapı ise o toplumun sivil, siyasal ve ekonomik toplumsal özellikleriyle bağlantılıdır. Hukukun anlaşılabilmesi, sivil ve siyasal toplum kavramlarının anlaşılmasını ve analizini gerektirmektedir.

Bu yönüyle hukuk, kültürün alt kümesini oluşturmaktadır. Hukuk normunun oluşumu dahil, uygulamasını da içeren hukuk, esasında bir teamül, anlaşılma ve hukuka muhatap tüm birimlerde aynı şekilde benimsenme gerektiren kültürel bir formdur. Bu yüzden ki yazılı bir anayasası olmayan İngiltere'nin siyasal ve hukuksal sistemi, istikrarlı bir şekilde işlemekte, en ayrıntılı ve uzun yazılı anayasalardan birine sahip ülkemizde ise hem siyasi yapı hem de hukuk sistemi istenileni vermemekte, sürekli reform paketlerine ihtiyaç duymaktadır. Sonuç olarak hukuk probleminin çözümü, öncelikli olarak sivil toplum ve bireyden geçmektedir. Hukukun gelişmesi, her şeyden önce sivil toplum ve birey anlayışının gelişmesine bağlıdır.

KAYNAKÇA

<https://worldjusticeproject.org>.

AKAL, C. B. (2017). *Hukuk Nedir?* Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.

ARSLAN, Z. (2000, Kasım). Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı. *Doğu Batı Düşünce Dergisi*(13), 65-85.

BENTHAM, J. (2017, Haziran). Önsöz. *Yasamanın İlkeleri*. (B. Asal, Çev.) İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

COHEN, L. J., & Arato, A. (2013). *Sivil Toplum ve Siyasal Teori*. İstanbul: Efil Yayınevi.

ÇAHA, Ö. (2016). *Sivil Toplum ve Devlet*. Ankara: Orion Yayınevi.

DOĞAN, İ. (2015). *Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler*. Ankara: Astana Yayıncılık.

DUVERGER, M. (2004). *Siyaset Sosyolojisi*. (Ş. Tekeli, Çev.) İstanbul: Varlık Yayınları.

ERDOĞAN, M. (1998). *Liberal Toplum Libaral Siyaset*. Ankara: Siyasal Kitabevi.

GIDDENS, A. (2005). *Sosyoloji*. (C. Güzel, Çev.) Ankara: Ayraç Yayınevi.

GÜLENÇ, K. (2010). Hukuk ve Şiddetin Hayaletimsi Birlikteliğinin Benjaminci Eleştirisi Üzerine Bir İnceleme. *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi* (Cilt 20, s. 59-67). içinde İstanbul: İstanbul Barosu.

GÜRBÜZ, A. (2013). *Hukuk ve Meşruluk*. İstanbul: Beta Yayınları.

GÜRBÜZ, A. (2016). Hukuksal Muhakemenin Temel Paradigması Olarak Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkeleri Nasıl İşlevselleştirilebilir. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*(7), 609-619.

GÜRİZ, A. (2000). *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi.

HABERMAS, J. (2001). *İletişimsel Eylem Kuramı C.II. İşlevselci Aklın Eleştirisi Üzerine*. (M. Tüzel, Çev.) İstanbul: Kabcacı Yayınevi.

- HABERMAS, J. (2018). *Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü*. (M. S. T. Bora, Çev.) İstanbul: İletişim Yayınları.
- HAYEK, F. A. (1994). *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*. (A. Yayla, Çev.) Ankara: T. İş Bankası Yayınları.
- HEPER, M. (2006). *Türkiye'de Devlet Geleneği*. İstanbul: Doğu-Batı Yayınları.
- İNCEOĞLU, M. (2010). *Tutum Algı İletişim*. İstanbul: Beykent Üniversitesi Yayınları.
- İŞIKTAÇ, Y. (2001). Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu. *Vecdi Aral'a Armağan* (s. 127-132). içinde Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- İŞIKTAÇ, Y., & Koloş, U. (2015). *Hukuk Sosyolojisi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- JORGENSEN, S. (2001). *Hukuk ve Toplum*. (Ü. Yükselbaba, Çev.) İstanbul: Donkişot Yayınları.
- KALAYCIOĞLU, E. (1984). *Çağdaş Siyasal Bilim*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- KEANE, J. (1993). *Sivil Toplum ve Devlet*. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- KEYNES, J. M. (1969). *İstihdam Faiz ve Para Genel Teorisi*. (A. Baltacıgil, Çev.) İstanbul.
- KILIÇ, M. (2016). Normatif Olgu- Bireysel Hak ve Özgürlükler İlişkisinin Felsefi Bağlamı. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*(27), 221-230.
- KOLOŞ, U. (2015). *Foucault İktidar ve Hukuk*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- KUÇURADİ, I. (2003). Etik İlkeler ve Hukuk. (H. Ökçesiz, Dü.) *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi*(8), 7-10.
- LOCKE, J. (2019). *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*. (F. Bakırcı, Çev.) Ankara: Serbest Kitaplar.
- ÖZBUDUN, E. (2014). *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- ÖZCAN, M. T. (2017). *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*. İstanbul: Tekin Yayınevi.
- ÖZKALP, E. (2013). *Sosyolojiye Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım.

- RADBRUCH, G. (2015). Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk. S. H. Metin içinde, *Ceza Hukuku Felesefesine Katkı: Radbruch Formülü* (s. 75-101). İstanbul: Tekin Yayınevi.
- SARIBAY, A. Y. (2003, Ocak-Şubat-Mart). Sivil Toplum: Universitas mı, Societas mı? *Sivil Toplum*(1), 15-19.
- SCHMITT, C. (2016). *Kanunilik ve Meşruiyet*. (M. C. Ozansü, Çev.) İstanbul: İthaki Yayınları.
- SHİLS, E. (2002). Merkez ve Çevre. *Türkiye Günlüğü*, 70.
- TAMER, M. (2010). Tarihsel Süreçte Sivil Toplum. *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 91-92.
- TEZİÇ, E. (2012). *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- TÜRKÖZER, B. G. (2001). Gurvitch'de Sosyal Hukuk Düşüncesi. *Vecdi Aral'a Armağan* (s. 276-299). içinde Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- UYGUR, G. (2014). Ioanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik mi? Ahlak mı? G. U. Betül Çotuksöken (Dü.) içinde, *Çağın Olayları Arasında* (s. 161-172). İstanbul: Tarihçi Kitabevi.
- YÜKSELBABA, Ü. (2008). *Habermas'ta Kamusal Alan Özel Alan Ayrımı*. İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- YÜKSEL, M. (2002). *Modernite Postmodernite ve Hukuk*. Ankara: Siyasal Kitabevi.