

BİR KÜLTÜR ÜRÜNÜ OLARAK HUKUK DÜZENİ*

*Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI***

GİRİŞ

Uygarlık, insanoğlunun, bir parçası olduğu evreni, insan olarak kendisini tanıma ve açıklama, dolayısıyla doğaya egemen olma ve ortak hayatın davranışlarını düzenleme zımında yarattığı beşeri tüm değerlerdir¹.

Kuşkusuz bu beşeri değerlerden birisi de hukuktur. Bunun içindir ki, hukuk, “kavait biçimde tebeltür etmiş bir uygarlık”² olarak tanımlanmaktadır³.

Uygarlık⁴ kültürdür.

Burada, hukuk ve özel olarak Türk hukuku, bir kültür ürünü olarak ele alınıp tartışılacaktır.

* 4. Uluslararası Türk Kültürü Kongresi'nde sunulan tebliğidir (4-7 Kasım 1997, Ankara-Türkiye). Yazı ayrıca “Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları” arasında yer alan “Laiklik, Zeki Hafızoğulları, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998” isimli eserde de yer almıştır.

** Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi Asli Üyesi, A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1. İnsanın bir parçasını oluşturduğu doğadaki tavır hakkında bkz. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino, 1948, s.26.

2. Arsal, *Umumi Hukuk Tarihi*, Ankara, 1942, s.3 vd.

3. Aral, *Age.*, s. 3: Hukuk medeniyetle beraber doğar, beraber inkişaf eder ve medeniyetle beraber zail olur. Onun için hukukun geçirdiği safhaları tetkik etmek medeniyetin safha ve şekillerini öğrenmektir.

4. Uygarlık kelimesi, oldukça şöhretli bir anlama ve tarihe sahip bulunmaktadır. İnsanın çağlar boyunca yapmış olduğu tüm ilerlemelerini, kültürünü, icatlarını içeren söz, uygarlıktır. Latince *civis* (kentli) kökeninden gelmektedir (Battaglia-Pernicone. *La grammatica italiana*. Torino, 1251, s. 146). Uygarlık, genel olarak, bir ulusun hayatının duygusal, toplumsal ve maddi yönlerinin tezahürü; tarihi bir dönemin veya çağın karakteristik yaşantısı; tüm insanlığın veya özellikle bir toplumun maddi, toplumsal ve duygusal ilerlemesi veya ulaştığı kültür düzeyi olarak tanımlanmaktadır (Dizionario garzanti della lingua italiana. Milano, 1965). Schweitzer, *Uygarlık ve Barış*, Varlık Yayınları, İstanbul, 1965.

Hukukun bir kültür ürünü olarak tartışılması, hukukun kaynağının, daha özel Türk Hukukunun kaynağının ne olduğunun tartışılmasıdır.

1. Hukukunun kanağı

Hukuk, mahiyeti, itibariyle, bir irade tezahürüdür⁶. Bu irade, dilde ifadesini, yaptırılmalı önermelerde bulunmaktadır⁷. Buradan, hukukun kaynağının ne olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır.

Kaynaktan, bir şeyin gözü, çıktığı yer anlaşılmalıdır. Hukukun kaynağından, hem hukuka vücut veren iradenin çıktığı yer anlaşılırken, hem de bu iradenin kendisinde somutlaştığı hukuki işlem anlaşılmaktadır⁸.

Tabii, böyle olunca, hukukun şekli kaynağı yanında, ayrıca hukukun bir de maddî kaynağından söz edilebilecektir.

-
5. Kültür, İnsansal doğa... Latince *tarım* anlamına gelen *cultura* kökünden türetilen Kültür kavramı, çoğunlukla bir toplumun duyuş, düşünüş birliğini sağlayan bütün değerlerin tümü olarak tanımlanır. Konuşma dilinde kullanılan anlamı da budur. Bu anlam, gelenek, görenek, düşünüş ve sanat değerleri gibi bir toplumun bütün değerlerini kapsar. Kısacası bilgi anlamını taşır... Felsefe diliyse bu bilginin köküne iner ve orada insanın kendi üretimiyle değiştirerek yeniden ve kendisine göre yaptığı yepyeni doğayı bulur. İnsan alet yapan bir hayvandır, hayvan aletsiz yaşayabildiği halde insan aletsiz yaşayamaz. Öyleyse "insan, doğa ile değil, kültür ile bir bağlantı içindedir". Kültür, insanın belli bir ereğe görere meydana getirdiği üretimin tümüdür. İnsan doğayı üretirken kendi kendisini de üretir. Kültür, bütün bu üretimin toplamıdır ki, ilkel doğanın karşısına yepyeni bir doğa, insansal bir doğa koyar. İnsan eylemsel gücüyle (aksiyon) doğayı değışitirebilen tek varlıktır. İnsan, doğayı üreterek Kültür'ünü meydana getirmiştir. İnsan, yaşamak için zorunlu görevlerini doğadan ürettiği sayısız aletlere yükleyerek, içinde rahatça yaşayarak düşüncesini geliştireceği yepyeni bir doğa kurmuştur. Organlarının eksikliğini gidermiş, kanatları olmadığından uçak yapmıştır. Organlarının görevini yüklenmiş, araba yapıp yaya yürümekten kurtulmuştur. Organlarının görevini aşmış, göremediği uzaklıkları dürbünle görmüştür. Böylelikle insan, eylemsel çabasıyla, ilkel doğan sınırlararak insansal bir doğa üretmiştir (Hançerlioğlu, Felsefe Sözlüğü, Varlık Yayınları, İstanbul, 1967, s. 225). Gökalp, Türkçülüğün Esasları, Varlık Yayınları., İstanbul, 1967, s. 225). Gökalp, Türkçülüğün Esasları, Varlık Yayınları, İstanbul, 1961, s. 35 vd., 68 vd.
 6. Thon, Norma giuridica e diritto soggettivo., Padova, 1951, s.11; Rocco, L'Ogetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma, 1932. s. 443; Hafizoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1996, 4.5; Bir toplumun, özellikle devletin hukuku, ifadesini ister kanunda, ister toplumun yaşama biçiminde bulunsun, hukuk daima o toplumun iradesini ifade etmektedir.
 7. Hafizoğulları, Ceza Normu, s.15 vd., 65 vd., 73 vd.
 8. Antolisei, Manuale di diritto penale, PG., Milano, 1980, s.47 vd.

1.1. Hukukun şekli kaynağı

Hukukun kaynağının genelde devlet olduğu, devletin iradesinin ise “kanun” biçiminde ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Hukukun kaynağını salt devlette bulan bu düşünce hukuki pozitivism düşün- cesidir. Bu, hukukun kaynağının “tekçi” anlayışıdır⁹.

Hukukun kaynağının çoğulcu anlayışı, Devlet yanında toplumsal başka organizasyonların da hukukun kaynağı olabileceğini kabul etmektedir. Bu düşünce hukukun müessese teorisi olarak ortaya çıkmıştır¹⁰.

Bugün, hukukun kaynağının çokluğu yanında, nihai belirleyici hukuk olmakla birlikte, onunla birlikte varlığını sürdüren diğer normatif düzenlerin çokluğundan da söz edilmektedir. Nihai belirleyici olarak hukuku kabul etmekle birlikte, normatif hiçbir olguyu dışla- mayan hukukun bu anlayışı hukukun normatif anlayıştır¹¹.

Tüm bu düşünce tarzlarında, hukukun kaynağı, hukuki iradenin içinde ifadesini bulduğu hukuki işlem olmaktadır¹².

Türk hukuk düzeni, öteki modern yazılı hukuk düzenlerinden farksız olarak Türk Medeni Kanununun 1. maddesinde, Türk hukukunun asli kaynağını “kanun”, “örf ve adet” ve “Hakimin hukuk yaratması” olarak belirlemiştir. Bu genel kuralın istisnası olarak, Anayasa ve Tür Ceza Kanunu (Any. m. 38, TCK. m. 1), Türk Ceza Hukukunun kaynağının saedce kanun olduğunu ifade etmiştir.

Kuşkusuz, hukukçu bakımından esas olan, yani hukukçunun incelemesine konu olan, hukukun şekli kaynağıdır. Ancak, tek başına hukukun şekli kaynağı, hukukun kaynağını açıklamada yetersizdir. O nedenle, gereksinimi ölçüsünde, hukukçu, hukukun maddi kaynağını da incelemek zorundadır.

9. Hirş. Age., s. 10: Demek ki hukuk kurallarının ayırt edici ölçütü, kanun koyucu tarafından konulmalarıdır. Carnelutti, Teoria generale del diritto, Roma, 1951, 11 vd., 38 vd.; Rocco, L' Oggetto, s.443 vd.

10. Hukukun müessese teorisi hakkında bkz. Bobbio, Teoria della norma guiridica, Torino, 1958, s. 10 vd.; Hafizogulları, Ceza Normu, s. 19 vd.

11. Hukukun normatif teorisi hakkında bkz. Bobbio, Norma, 6 vd., 17 vd., 30 vd.; Hafizogulları, Ceza Normu, s. 15 vd., 17 vd., 33.

12. Antolisi, Age., s. 48.

1.2 Hukukun maddi kaynağı

Hukukun maddi kaynağı, ister kanun, ister örf ve adet, isterse hakimın yarattığı hukuk olarak ortaya çıksın, hukuka vücut veren iradenin gözü, onun kaynağı, çıktığı yerdir.

Bu açıdan bakılarak, hukuka vücut veren iradenen kaynağının ya “beşerî irade” olduğu, ya da “ilahî irade” sayıldığı kabul edilmiştir¹³.

Hiş kuşku yoktur ki, üçüncü seçenek yoktur¹⁴⁻¹⁵.

Gerçekten, bugün, genelde, kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenleri laik (veya seculer) hukuk düzenleri, buna karşılık kaynağı ilâhî irade sayılan hukuk düzenleri teokratik (veya teosantrik) hukuk düzenleri olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁻¹⁷.

13. Mosca, *La classe politica, a cura e con un introduzione di Norberto Bobbio*, Laterza, Bari, 1996, s. 10; Hırş, *Age.*, Birinci Baskı, s., 157, 164-5, İkinci Baskı, 79, 80-1, 115-6.
14. Ancak, evreni yaradan irade ile belli bir toplumun hukuk düzenini koyan iradeyi birbirine karıştırmamak gerekir. Burada, biz, bir toplumun hukuk düzenini koyan iradenin kaynağının ne olduğunu tartışıyoruz. Bizce yegane deney verisi hukuk düzeni, kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenidir (bkz. Hafızoğulları, *Age.*, EK, s. 327 vd.). Genelde, evreni yaratan yegane iradenin, ilahî irade olduğuna inanılmaktadır. Konuyla ilgili olarak, bkz., Hırş, *Age.*, s. 71, 115: “Hukuk Tanrısal bir emirdir” dediğimiz zaman, emredici iradenin Tanrıya ait olduğunu belirtmiş oluruz. Tanrının iradesi ise üst durumda bulunan bir varlığın kendi astlarına verdiği emir demektir. Tanrının emirleri karşısında muhatapın iradesi, kabul veya ret edilmesi söz konusu olamaz. Fakat fiilen mevcut olan ihlal ve itaatsizlik halleri nasıl açıklanabilir? Bu sorun, uzun uzadıya tartışılan bir konudur. Hem Tanrının her şeye kadir olduğunu, onun istek ve iradesi dışında evrende hiçbir şeyin olmayacağını kabul etmek, hem de insanların onun emirlerine karşı gelmekte olduklarını görmek, açıklaması zor bir problem doğurmuştur. Bireye tanınan “cüzi irade” meselesi açıklanmaya çalışılmış, Tanrının insanları sınamak ve iyiliği ya da acıyı hak ettiklerini kanıtlamaları için böyle bir irade ile donatıldıkları sonucuna varılmıştır. Böylece insanların, kökeni Tanrısal bile olsa, her türlü emri ihlale eğilimli yaratılışları, dini ilkelere uygun bir şekilde açıklanmış oluyordu. Ayrıca, s. 215: Dinin etkisi altında kalan filozofların çoğu, bütün dünyanın belirli bir plana göre tesbit edildiğini ileri sürmüş ve bu planı çizen Tanrıdır demişlerdir.
15. Dinle ilişkileri bakımından devlet şekilleri üzerinde durulmuştur. Yapılan tasnif yukarıdaki açıklamayı teyid etmektedir. Nitekim, bkz. Taplamacıoğlu, *Din Sosyolojisi*, İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1983, s. 299 vd.
16. Teokrasi, “Din kurallarının devleti yönetmesi sistemidir. Tarihte pek çok örneklerine rastlanır, günümüzde sayısı çok azalmış olan bu sistemde devlet bir dini resmen tanır. Bu din dışında kalan dinlerle mensuplarının devletçe hiç bir değeri yoktur. Devletin temeli din ilkelerine dayanır. Bu sistemin daha ileri şekillerinde bir dini hoşgörülük yer alır. Hatta anayasalar başka dinlerin de varlığını kabul ederek bunlara hak tanır, günümüzde Suudi Arabistan, Pakistan Tibet Lamaizmi ve bir bakıma İspanya bu sistemin belli başlı örnekleridir. İslam Devleti (Hilafet). S af şekliyle

Kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenlerini, yani laik hukuk düzenlerini vurgulayan özellik, bu hukukların, beşerî iradenin bir ürünü olduklarından, aklî ve en azından son tahlilde deneysel nitelikte olmalarıdır¹⁸. Bu özellik, laik hukuk düzenlerinin vazgeçilmez özü, esaslı bir üstünlüğüdür¹⁹. Buna karşılık, kaynağı ilahî irade sayılan hukuk düzenlerini vurgulayan özellik, ilahî iradenin ürünü sayıldıklarından, bunların vahiyssel, dolayısıyla naklî, dogmasal nitelikte olmalarıdır.

Kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenleri, yorumun yetersiz kalması, yahut yeni gereksinimlerin ortaya çıkması halinde, gene beşerî iradeyle değiştirilebilir, yenilenebilir, ortadan kaldırılabilir, eskisi yerine yenisi konabilir. Elbette, bu, kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenlerinde, toplumun gereksinimleriyle bağıntılı olarak, hukuk cihazının evrimini ifade etmektedir. Buna karşılık, kaynağı ilahî sayılan hukuk düzenlerini vurgulayan özellik, bu düzenlerin, imkân verdiği ölçüde, sadece yorum yoluyla değişebilirliği²⁰. Bundan çıkan sonuç, kaynağı ilahî sayılan hukuk düzenlerinin, hukuk cihazının evrimine genelde yabancı olduklarıdır.

en aydınlatıcı bir teokrazi örneğidir" (Tablamacıoğlu, Age., s. 299).

Laiklik, "Dinle devletin ayrılması ilkesidir. Demokrasi, eşitlik ve özgürlük temeline dayanır. Laiklik ise eşitlik ve özgürlüğün bir sonucudur" (Tablamacıoğlu, Age., s.300 ve "Laiklik ilkesi ve Türkiyedeki durum", s. 249 vd.) Laiklik kesin olarak din ve dünya işlerini birbirinden ayırma yolunu tutmuştur. İslamda dünya işleri (emr-ü dünya) ve din işleri (emr-ü ahiret şeklinde yapılan bölünmeler bu kere kanun maddeleriyle doğrulanmıştır. Buna göre dünya işleri insani kaynaklardan faydalanacak, din işleri isve, vicdana bırakılmış kişisel bir alan olacaktır (Tablamacıoğlu, Age., s. 304). Ancak, burada, din ve devletin ayrılmasından maksat, egemenliğin kaynağının beşerî irade olarak algılanmasıysa, biz bu düşünceye katılabiliriz. Öte yandan, bizce, laiklik eşitlik ve özgürlüğün sonucu değil, özgürlük ve eşitlik laikliğin sonucudur (Hafizoğulları, laiklik, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 12, Temmuz 1996 sayısı 35, s. 47), çünkü bir toplum düzeni laik toplum düzeni olabilir, ama özgürlükçü ve eşitlikçi bir toplum düzeni olmayabilir. Bunun başlıca örnekleri Faşizm ve Nazizmdir. Dine önem vermelerine rağmen, kaynağında beşerî iradeye dayalı olan bu tür toplumsal düzenler, eşitçi ve özgürlükçü toplumsal düzenler değildirler.

17. Hafizoğulları, Laiklik, s.38 vd., 41, 42, 44-5.

18. Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 371 vd.

19. Hukuk sonunda ya deneysel bir temele ya da dogmasal bir temele dayandırılabilir. Bu iki şey arasında üçüncü bir seçenek yoktur. Biz hukukun "spekülatif düşünce" temeline değil, salt "deneysel düşünce" temele oturtulmasından yanayız, çünkü, ancak bu halde, nesnel gerçekliğin muteber bir bilgisine ulaşılabilir. O nedenle, yegane deney verisi hukuk, "...hukukun beşerî irade olduğu düşüncesi" ne dayandırılmış olan hukuktur (Hafizoğulları, Ceza Normu., s. 4, 371 vd.).

20. Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Metni Kontrol Eden ve Lügatçeyi Hazırlayan Ali Himmeth Berkî, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma enstitüsü, Ankara 1959, Madde. 39- Ezmanın tagayyürüle ahkam'ın tagayyürü inkâr olunamaz.

Böyle olunca, kültür eğer insanın yarattığı bir değer ise, kaynağı ilahî irade olan bir hukuk, mahiyeti bakımından insanın yarattığı bir değer olmadığından, elbette kutsaldır ama, bir kültür değeri değildir. Bundan ötürü, kültür değerlerinde aranan nitelikler, kaynağı ilahî iradeye bağlanan hukuk düzenlerinde aranamaz.

Gerçekten, şekli bakımdan Devletin egemen iradesinin belli bir biçimde tezahürü de olsa, beşerî iradenin ürünü olan laik hukuk düzenleri, toplumsal bir olgu olarak, maddî kaynağını, sonunda hukuku olduğu ulusun veya halkın vicdanında bulmaktadır²¹. Bu bağlamda olmak üzere, denmektedir ki, bir halkın hukuku, birçok halde kanun koyucunun takdiri de karışsa, temel çizgileriyle, tıpkı dil, sanat, yaşam tarzı vs. gibi, o halkın ruhunun bir ürünüdür²².

Bundan çıkan sonuç, kaynağı ilahî olduğu ileri sürülen bir hukuk düzeninin, hukuku olduğu halkla iradî her hangi bir ilişkisinin bulunmamasıdır. Kuşkusuz, böyle bir hukuk, "milletin hukuku" değildir, "ümmetin hukuku" olmaktadır. Tabii, bir toplumun kendi yaşam tarzı olan hukukunu yapamadığı bir yerde, o toplumun iradesinin, bir "demokrasi idaresi" olduğunu söylemek mümkün değildir, çünkü demokrasi, en başka bir halkın kendi hukukunu kendinin yaratabilmesi, kendinin yapabilmesi erkidir²³.

Bu düşünce doğruysa, demokrasi denen toplumsal yaşam tarzı, ancak kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenlerinde mümkün olabilmektedir. Bu demektir ki, kaynağı ilahî irade sayılan hukuk düzenlerinde, toplumun siyasal örgütü olan Devletin bazı organları seçimle de oluşsa, demokrasi denen toplumsal yaşam tarzı, bu toplumsal düzenlerde asla mümkün değildir. Ancak, bugün, modern bazı teokratik Devletlerde yasama ve ayrıca yürütme organının seçimle işbaşına gelmesi ve bunların hukuk kuralları koymaları, onların "demokratik Devlet" olduklarını değil, sadece "teosantrik Devlet" olduklarını gösterir.

Demokratik bir devlet düzeninde, bir normlar sistemi bütünü olarak toplum²⁴ "yaratılmış" olarak değil, tam tersine "yapılmış"

21. Thon, *Age.*, s. 11; Hafızoğulları, *Age.*, s.5.

22. Antolisie, *Age.*, s. 47 =

23. Hırş, *Age.*, s.65, 123; Mosca, *Stori delle dottrine politiche*, Laterza, Bari, 1966, s.34; Yunan kentlerinin yararlandığı, sahip olduğu hürriyet odur ki, bunlarda, kanunlar değişmez karakterde ve kutsal (ilahî) değildirler, fakat onları uygulamak zorunda olan yurttaşların iradesinden kaynaklanmışlardır. Ayrıca, Yunan halkının ahlaki ve fikri yükselmesine katkıda bulunmuş, bu kanunları uygulayan hakimler, bizzat halk tarafından seçilmişlerdir.

24. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*. Traduzione di Renato Treves, Giulio Einaudi editore, 1952, 179: Toplum bir beşerî davranış kuralı düzenidir. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, CEDAM, 1967, s.9.

olarak, yani insan aklının (irade) bir ürünü olarak algılanmaktadır²⁵. Böyle olunca, hukukun maddî kaynağının beşerî irade olduğu anlamına gelen laiklik, demokratik devlet düzeninin bir olmazsa olmaz şartı olmaktadır. Bu bağlamda, laiklik demokratik düzenin değil, demokratik düzen laikliğin sonucudur.

O halde özetlersek, maddî kaynağını beşerî iradede bulan demokratik hukuk düzenleri, düzeni olduğu toplumların katıksız bir kültür değeridir. Bu kültür değeri, en azından 18. yy.dan bu yana, "millî olmak"²⁶ yanında, giderek "evrensel olmak" eğilimini göstermektedir²⁷. Böyle olunca, kaynağını laiklik (veya secularism) düşüncesinde bulan millî-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenleri; özellikle batı toplumlarında, her çeşit ümmetçi-teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerini tasviye ederek, onlardan tamamen farklı, merkezine insanın bulunduğu yeni bir uygarlık olarak ortaya çıkmış olmaktadır.

1.3. Liberal-Demokratik toplumsal yaşam tarzının temel niteliği çoğulculuğudur.

Laik her toplum düzeni, demokratik bir toplum düzeni değildir. Buna karşılık, demokratik her toplum düzeni, aynı zamanda laik bir toplum düzendir, çünkü demokrasi, "halkın kendi iradesi ile kendini idare etmesi" olarak algılandığında²⁸, halkın kendi iradesi ile

25. Hirs, "...her düzen insanın yarattığı bir eser, kısacası yapay ya da insanî bir durumdur" demektir (Age., s. 14. 227). Gene, Hirs'e göre, Toplumsal hayatın uyumlu niteliği bir veri değil, belki insanın bir başarısıdır. Ya da kısaca, toplumsal hayattaki düzen kargaşanın eseridir Age., s. 228).
26. Burada, millî olmak, millete ait olmak ile milliyetçilik kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Özellikle ırkçı milliyetçilik bugün kabuledilebilir bir değer değildir. Bkz. Schweitzer, Age., s. 108 vd., 112 vd.
27. Tüm gayretlerine rağmen, postmodernizm düşüncesi yanlıları, millî devleti ortadan kaldıramazlar. Gerçekten, globalleşme olgusu ne kadar yivme kazanırsa kazansın, en mükemmel toplumsal düzen Devlet ortadan kalkmadıkça, ismine ne denirse densen, devletin insan unsurunu oluşturan millet/halk/ulus. dolayısıyla millî devlet, bir gün imparatorluklar dönemine dönülmedikçe, tüm yeni oluşumlarda, belki çekirdek olarak, ama her zaman varlığını koruyacaktır. Bugün, Avrupa'nın birliğinde, hangi aşamaya gelinirse gelinsin. ör., İngiliz İngilizliğini, Alman almanlığını, Fransız Fransızlığını koruyacaktır. Zaten bunun aksi de tartışılmamaktadır. Unutmayalım ki, tarihte fantaziler hep olmuştur. Bunlardan, ör., yakın zamanda Varoluşçuluk düşüncesi, edebiyat-sanat alanında oldukça etkili olmuştur. Hatta, insanı yeniden algılamamıza yardım etmiş olacak, bu düşünce, hukukun klasik/muhafazakar çisgisini etkilemeyi hiç başaramamıştır (Bobbio, Introduzione, s. 101 vd.). Bu örnekten hareketle, öyle sanıyoruz ki, Postmodernizm de, tıpkı Varoluşçuluk gibi, hukukun temel değerleri üzerinde pek fazla etkili olmadan yerini başka yeni bir modaya yeni bir fantaziye bırakacaktır.
28. Fasso, Democrazia, Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1960, Cilt. V, s. 441 vd.

kendini idare etmesine imkân veren bir düzen, ancak hukukun kaynağının beşerî irade olması halinde mümkün olabilmektedir.

Liberal-demokratik toplum düzenlerinin özelliği, çoğulcu karakterleridir. Çoğulculuk, her şeyden önce, toplumun dokusunu oluşturan kurallarının ve bu kurallarla oluşan kurumların çokluğu ve çeşitliliğidir²⁹. Demokratik bir toplumsal düzene bakıldığında, burada, toplumun siyasi dokusunu oluşturan hukuk kuralları yanında, aynı zamanda ahlâk ve din kurallarının, dolayısıyla bunlara bağlı çok çeşitli kurumsallaşmanın yer aldığı görülmektedir. Çoğu kez aynı olguyu düzenleyen, hatta birbirini etkileyen, o yüzden de bazı yerlerde içiçe geçtiği ileri sürülen bu çok ve çeşitli kurallar aleminde³⁰, en son belirleyen kurallar, zorunlu olarak hukuk kurallarıdır³¹, çünkü anacak kaynağı beşerî irade olan bu kurallarla, halkın kendi iradesi ile kendini idare etmesi mümkün olabilmektedir.

Liberal-demokratik hukuk düzenlerinde, çoğulculuğun sonucu olarak, insan, çok ve çeşitli konumlarda, hem çok ve çeşitli bir çok normun muhatabı kılınırken, hem de zorunlu olarak kanun önünde eşit kılınmıştır. Kanun önünde eşitlik; dil, din, ırk, cins, düşünce, vs. ayrılığı gözetmeden, her insanı şerefli ve eşit toplumsal değerinde saymaktır, yani kimseyi kişisel veya toplumsal bazı özellikleri dolayısıyla, ayrıcalıklı bir muamelenin muhatabı kılmamaktır³².

Kanun önünde eşitliğin zorunlu sonucu, her insanın düşünce, kanaat, din ve vicdan hürriyetine ve bunların ifadesi hakkına sahip olmasıdır³³. Kuşkusuz, bu temel yapı, liberal demokratik hukuk düzenlerinin omurgasını oluşturmaktadır.

Gerçekten, liberal-demokratik bir hukuk düzeninde, kimsenin, düşünce, dinî inanç ve vicdanî kanaatine kısılamaz. Herkes düşünceinde, inancında ve vicdanî kanaatinde serbesttir. Serbesti, kimsenin bir "ihsanı" değildir, kişinin bir "hakkı"dır³⁴. Bir kimsenin bir

29. Perassi, Age., s. 14: Her toplum, bünyesinde, toplumun üstyapısı olarak biçimlenen çeşitli toplumsal norm sistemlerini taşımaktadır. Bobbio, Norma, s. 6 vd., 13 vd.

30. Bobbio, Norma, s.3 vd., 6vd., Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 17 vd.

31. Hafizoğulları, Laiklik, s. 44-5.

32. Ruffi'a, Uguaglianza (Principio di), Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1973, XIX. s. 1088 vd.

33. Hafizoğulları, laiklik, s. 47 vd.

34. "Dinde hoşgörü" ve "din hürriyeti" kavramları birbirinden tamamen farklı kavramlardır. dinde hoşgörü kavramı teokratik devlet düşüncesinin bir normudur. Oysa, din hürriyeti kavramı, liberal-demokratik devlet düşüncesinin bir normudur. Bu ayrımı

düşünceden, bir dinden veya bir kanaatten olması, başkaları nezdinde, o kimse için bir farklılık, bir dunluk veya bir üstünlük nedeni değildir.

Bu demektir ki, başka toplumsal düzenlerden farklı olarak, liberal-demokratik bir toplum düzenlerinde, insan "tekçiliğe", yani kısık tek bir boyuta indirgenmemiş, dolayısıyla "etik" zenginlikleri titizlikle korunmuştur. Merkezini mutlak etik bir değer olarak "niteleksiz insanın" oluşturduğu bu düzenlerde, insan, bir yandan iradesi ile oluşan hukuk düzeninin değerleri ile biçimlenirken, öte yandan, bu düzenle çatışmamak kaydı ile, hem kaynağı kendisinin olduğu ahlâk düzenlerinin, hem de kaynağı ilahî olan din düzenlerinin değerleri ile biçimlenmektedir. Gerçekten, bir canlı türü olarak insan, böyle bir düzende, ahlâkın muhatabı olmakta, dolayısıyla "insan" kimliğini kazanmakta, hukukun muhatabı olmakta, dolayısıyla "kişi" kimliğini kazanmakta, bir inanç sisteminin muhatabı olmakta, dolayısıyla "kul" veya "ümme" kimliğini kazanmaktadır.

Öte yandan, kişiler, liberal-demokratik hukuk düzenlerinde, demokratik toplumun toplumsallık dokusunu oluşturan söz konusu bu çoğulcu yapı içerisinde, hukukça yasaklanmamış olmak kaydıyla, her bir normatif düzenin daha alt düzenlerinin muhatabı olabilmektedir. Gerçekten, kişi, bu düzende, bir yandan hem bir hukuk düzeninin muhatabı olarak bir Devletin vatandaşı olurken, hem de bir siyasi partinin, bir derneğin, bir meslek kuruluşunun, bir şirketin, vs. üyesi olabilmekte, öte yandan hem evrensel ahlak değerlerine bağlı olarak kendi ahlâki değerlerine saygılı olabılırken, hem de bir dine inanarak o dinin çeşitli alt oluşumlarının mensubu olabilmektedir.

Görüldüğü üzere, beşerî iradenin ürünü olan toplumlar, sürekli dinamizm, değişim ve karşılıklı bir etkileşim içerisinde bulunmaktadır. Merkezini etki bir değer olarak insanın oluşturduğu bu karmaşık olgu, bir yandan ait olduğu toplumun kültür, dolayısıyla uygarlık dokusunu oluştururken, öte yandan o toplumun yaşama tarzını ve kalitesini oluşturmaktadır.

yapabilmek için insanlığın mücadelesi uzun ve zorlu olmuştur. Gerçekten bkz. Ruggero, Storia della fillosofia, Rinascimento Riforma e Conroriforma, Editore Laterza, Bari, 1968, I, s. 251 vd.

1.4. Teokratik toplum düzenlerinde hukukun kültür değeri

Din kurallarının Tanrı tarafından konulduğu kabul edilir. Ne var ki, bu kuralları uygulayan Tanrı değildir³⁵. Kuşkusuz, kuralları uygulayanlar, kuralları yorumlayanlardır. Gerçekten, yorumlanmadan uygulanan kurala, henüz rastlanmış değildir.

Böyle olunca, kuralları uygulayanlar, Devletin bir unsuru olan egemenliğin kaynağını ilahî iradeye bağlamışlar; buradan teokratik, teosantrik Devlet düzenleri düşüncesini çıkarmışlar; tabii, bunun bir sonucunda, din düzenini ayrıca toplumun düzeni kılarak, kutsal dini siyasallaştırmışlar, yani tüm din kurallarını birer hukuk kuralı olarak algılamak suretiyle din düzenini siyasallaşan toplumun hukuk düzeni kılmışlardır³⁶. Elbette, bu biçimde oluşan toplumsal bir düzen, tabiatının gereği olarak, bünyesinde çoğulculuğa yer vermez; yani böyle bir toplumsal düzende, farklı gösterilse bile, din, ahlâk ve hukuk esasen aynı şey olmakta, birine aykırılık aynı zamanda ötekine de aykırılık sayılmakta, dolayısıyla ihlâl, mutlaka hukukî (kamusal) bir müeyyideyle karşılanmaktadır.

İşin icabı olarak, bu tür toplumsal düzenlerde, “dinsel etik”, “dinsel adalet” düşüncesi yanında, “inanç suçları” adı altında farklı bir suç kategorisine de yer verilmekte, böylece insan tek bir boyuta indirgenmekte, dolayısıyla insan denen değeri tek belirleyen değer, o insanın, çoğu kez seçimi olmayan, ama doğal olarak doğumunun tayin ettiği dini olmaktadır. Elbette, insanın din kurallarını uygulaması, uygulama daima bir yorumu zorunlu kıldığından, insanın “dini işlemesi” uğraşdır. Kuşkusuz, bu anlamda, dinin bir kültür, dolayısıyla bir uygarlık olduğunu söylemek mümkündür. Pek tabii, böyle olunca, laik kültür, dolayısıyla laik uygarlık yanında, gerekleri bu kültür ve uygarlıktan tamamen farklı, kaynağında “aklı” değil “nakli” olan, “insan fikrine” değil “kul fikrine” dayanan, “çoğulcu” değil “tekçi” bir toplumsal yapı kuran bir din kültürünün, dolayısıyla bir din uygarlığının varlığı söz konusu olmaktadır.

Haçlı seferlerinin, Din savaşlarının ibret alınması gereken bir tarih olmasına rağmen, varlığına aykırı olmamak kaydıyla, aralarında fark gözetmeden bünyesinde ayrıca çeşitli inançları, öyleyse din-

35. Hırş, Age., s. 109.

36. Hafizoğulları laiklik, s. 49 vd.; Hırş, Age., s. 111-116.

leri ve din kültürlerini barındıran laik kültürün, dolayısıyla laik uygarlığın karşıtı olarak, bugünlerde, modern toplumların bir düzeni olması için önerilen, hatta onu sağlamak uğruna gerikalmışlığın kader olduğu birçok ülkede uğruna kirli savaflara girilen bir din kültürünün, dolayısıyla teokratik karakterde bir din uygarlığının hortlatılmağa çalışıldığı gözlenmektedir.

Kuşkusuz, bu durum, laik kültürün, dolayısıyla laik uygarlığın, günümüz modern toplumlarının bir seçimi mi, yoksa bir zorunluluğu mu olduğu meselesinin tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

1.5. Laik kültür, dolayısıyla laik uygarlık toplumların bugün ulaştığı olduğu en ileri bir aşamadır.

Teokratik toplum düzenlerinin tarihi yaşını doldurması, bunun karşılığında laik toplum düzenlerinin giderek yaygın bir biçimde tarih sahnelerinde yerini alması, ne bir ideolojinin, ne de siyasi bir tercihin sonucudur, tersine düşüncede meydana gelen köklü bir değişimin zorunlu sonucudur³⁷. Güneş sisteminin keşfi³⁸, Dekart³⁹, Galile⁴⁰ ve Newton ile birlikte, insanın evreni, evrende kendisini algılama yöntemi değişmiş, o zamana kadar hüküm süren evrenin "ilahî-nakîl" anlayışı, yerini evrenin "beşerî-aklî" anlayışına bırakmıştır⁴¹. Böylece, skolastik düşünce çağı kapanmış, aydınlık yeni bir çağı başlatan bu düşüncede evreni, evrende insanı algılama biçimi, tamamen beşerî bir temele oturtulmuştur⁴².

Beşerî düşüncede hasil olan bu değişim, toplumlarda, bir din gerçeği yanında, ondan tamamen bağımsız bir bilim gerçeğinin varlığını ortaya koymuştur. Böylece, toplumsal varlık olarak insan çeşitlenmiş, insanın birbirinden bağımsız ama birlikte bir bütün oluşturan iki temel yönü ortaya çıkmıştır. Buradan, mutlaklık iddiasında bulunmadıkça, gerek dinin, gerekse bilimin, biri ötekini ortadan kaldıran, biri ötekini gereksiz kılan değerler olmadığı anlaşılmıştır.

37. Ruggero, Rinnascimento e Riforma e Controriforma, Editore Laterza, Bari, 1968.

38. Güneş sisteminin keşfi hakkında baz. Ruggero, II. s. 341 vd.

39. Descartes. Discorso sul metodo. Editori Laterza, Bari, 1966.

40. Galilenin düşünceleri hakkında bkz. Ruggero, Age., I; II, 8, 28, 148., 194, 279, 285, 286vd., 342, 367, 372, 396, 417, 430, 468, 469.

41. Scheitzer, Age., s. 50; Rucasse', Büyük Felsefeler, Varlık yayınları, İstanbul, 1972, s. 75 vd.

42. Ruggero, Age., I, s. 122 vd., 333 vd.; Hırş, Age., s. 214 vd.

Bu durum, dinin ve bilimin, birbirini geçersiz kılmadan, birlikte yaşamalarına imkân veren toplumsal bir cihazın icadını zorlamıştır. İnsanın bir çağı kapatarak yeni bir çağı başlatan icadı, toplumsallık olgusunu hem doğal hem de normatif bir olgu olarak algılamak⁴³ ve bunun sonucu olarak, normatiflik olgusunun kaynağının beşeri irade olduğu anlamına gelen laik/seculer toplum düzeni düşüncesini⁴⁴ bulmak olmuştur. Gerçekten, ancak böyle bir cihazın varlığı halinde, insanın iki temel boyutundan kaynağı ilahî iradede olan inanç ile kaynağı beşerî akıl olan bilim birbirine kurban edilmiş olmaktadır. Tabii, bunun sonucu olarak, insan varlığı, yivmesi giderek artarak yeni zenginlikler kazanmıştır.

Bu demektir ki, günümüzün laik/seküler toplum düzenleri, ne bir keyfiliktir, ne de bir tercihtir, tersine insan denen değer zenginliklerinin kaynağı olan vazgeçilmez iki temel boyutunun birlikte var olmasına imkân veren bir zorunluluktur. Böyle olunca, laik/seküler toplum düzenleri, teokratik toplum düzenlerine göre, ileri bir kültür, dolayısıyla ileri bir uygarlık olmaktadır.

2. Türk Hukukunun Kaynağı

Türk hukukunu, kaynağına bakarak, üç farklı dönemde incelemek gerekmektedir. Bunlar, Tanzimattan önce Osmanlı hukuk dü-

43. Kelsen, *Age.*, s. 179-180, 186 vd., 189 vd.

44. Gencelde, laiklik, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlanmaktadır. Ancak "secularizm" denen laikliğin bu anlayışı sadece "kralcı devlet düzenlerinde" geçerlidir. gerçekten kralcı devlet düzenlerinde Kral erkini bizzat Tanrıdan almaktadır. Böyle olunca, Kral hem dinin hem de devletin başıdır. Ona, düşen, bu iki erki karıştırmamak ve "Sezarın hakkını Sezara, Tanrının hakkını Tanrıya vermektedir". Bundan ötürü, Kral, krallık erkini kullanırken dış işlerini dünya işlerinden ayırmaktadır. Kuşkusuz, laikliğin bu anlayışının tipik örneği İngilteredir. İngiliz devleti liberalizmle birlikte, teokratik devlet düzeninden krallığı koruyarak laik devlet düzenine geçerken, Roma imparatorluğunun bir standardını yakalayarak sorunu çözmüştür. Elbette, bu kuralın zorunlu bir sonucu olarak, hukukun yegane kaynağının beşeri irade olduğu kabul edilmiştir. Oysa cumhuriyetçi devlet düzenlerinde erkin, egemenliğin kaynağı ilahi irade değil, beşeri iradedir. Bu, egemenliğin ilahi bir kaynaktan gelmemesi, beşeri bir kaynaktan gelmiş olması demektir. Bunun için ki, cumhuriyetçi devlet düzenlerinde, egemenlik, millete/ulusa/halka ait olmaktadır. Millet/ulusun/halkın iradesinin üzerinde hiçbir irade mevcut bulunmamaktadır. Buradan, hukukun yegane kaynağının beşeri irade olduğu fikri ortaya çıkmıştır. Ülkemiz söz konusu olduğunda, her halde, kiminin düşüncesinin tersine, "secularizmiden" değil, "laiklikten" söz etmek gerekmektedir (Hafizoğulları, *Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, İHMD.*, Ocak 1995, Cilt III, sayı 1.). Böyle olunca, kökeninde "hukukun kaynağının beşeri irade olması" fikrine dayanan, ancak birbirinden farklı siyasi düzenlerin gereklerini sağlayan bu iki kavramın birbirine karıştırılması başlıca bir bilgisizlik olmaktadır.

zeni, Tanzimat dönemi Osmanlı hukuk düzeni, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hukuk düzeni olmaktadır.

2.1. Tanzimattan önce Osmanlı Hukuk düzeni

Genel kanaate göre, Osmanlı İmparatorluğu, en azından Meşrutiyetin ilânına kadar, doğrudan veya temsili olarak halkın kendini değil, Tanrı adına sultanın halkı idare ettiği⁴⁵ bir yönetim biçimidir⁴⁶.

Bu yönetim biçiminde, sultanların buyurma erkini, yani davranış kuralları koyma erkini nereden veya kimden aldıkları tartışılmıştır. Tesbitlerimiz doğruysa, Osmanlı imparatorluğunda, kanun koyucu olarak, sultanların buyurma erkinin kaynağı ilahidir. Bunun en belirgin kanıtı, sultanların, davranış kuralı koyma erkini kullanırken çoğu kez Şeyh-üly İslamdan “fetfa almak” zorunda olmalarıdır⁴⁷.

Osmanlı İmparatorluğunda, sultanların, din kuralları dışında, toplumun gereksinimi olan diğer davranış kurallarını koymaları, hatta örf ve adet kurallarını uygulatmaları, imparatorlukta buyurma erkinin kaynağının ilahî olduğu esasını değiştirmemektedir⁴⁸. Bu halde, olsa olsa, katı teokratik bir devlet düzeninden değil, teosantrik bir devlet düzeninden⁴⁹ söz edilebilir. Tabii, her iki halde de, sonuç değişmemektedir.

Öte yandan, Osmanlı tabaasının, özellikle “ahvali şahsiyeye” ilişkin konularda kişilerin devletin düzeni olan İslam dininin kurallarına tabii olmayıp kendi dinlerinin kurallarına tabi olmaları konusu, Devlette “çok hukukluluğu”, yani kiminin iddiasıyla “herkesin

45. Macchiavelli, *Il principe*, Einaudi Editore, Torino, 1966, s. 20.

46. Mosca, *La classe politica*, Editore Laterza, Bari, 1966, s. 85: Müslüman toplumlarında da, siyasi iktidar, doğrudan doğruya halife veya peygamberin vechili adına yahut halifeden açık veya örtülü bir görevlendirme alan bir kimse adına kullanılmaktadır.

47. Osmanlı Devletinin düzeni hakkında bkz. Mosca, *Storia delle dottrine politiche*, s. 22; Arsal, *Teokratik Devlet Ve Laik Devlet, tanzimat, I, Yüzyüncüyıldönümü Müna-sebetiyle*, İstanbul, 1940, s. 80: “Osmanlı Devleti bidayette teokratik bir devlet değildi. İnhitât devrine kadar hüküm süren sultanlar kendilerini dini reis telakki etmemişlerdir. Osmanlı Devletinin teokratikleşmesi inhitcat devriyle başlayarak Kaynarca muahedesiyle birinci Teşkilatı Esasiye Kanunu arasındaki devir zarfında (1774-1876) gittikçe kuvvetlenmiş ve Abdulhamit devrinde Osmanlı Devleti tamamen teokratik bir şekil almıştır”. Mumcu, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, İstanbul, 1981, s. 7 vd.; Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 184 vd., 280 vd..

48. Hafizoğulları, *Laiklik*, s. 36, dn. 34.

49. “Teosantrik devlet Düzeni” terimi, bildiğimiz kadarıyla, ilk kez, bilimsel bir toplantıda, çok değerli bilim adamımız Sn. Prof. Dr. Ethem Ruhi Fıglalı tarafından kullanılmıştır.

kendi hukukuna tabi olması” şeklindeki bir hakkı değil, imparatorluk topraklarında, bir ihsan olarak, sadece “azınlık haklarının korunmasını” ifade etmektedir⁵⁰. Bilindiği üzere, devlet ve hukuk kavramları aralarında mutlak bağıntılı kavramlardır. Nerede bir devlet düzeni varsa, orada bir tek hukuk düzeni vardır, aksi de mümkün değildir. Böyle olunca, bir “imparatorluk” biçimde ortaya çıkmış olsa bile, madem her imparatorluk bir devlettir, Devlette de tek bir hukuk düzeni olur, yani bir devlette birden çok hukuk düzeni olmaz. Osmanlı imparatorluğu her halde bu kuralın dışında değildir.

2.2. Tanzimat dönemi Osmanlı Hukuk düzeni

Tanzimat dönemi Osmanlı hukuk düzeni çok karmaşık bir yapı arz etmektedir. devrimini yapamamış, hukuk cihazını yenileyememiş, dolayısıyla gerilemeye mahkûm olmuştur⁵¹. Fransız devrimi, imparatorlukların yıkılmasını hızlandırmış, dolayısıyla Osmanlı İmparatorluğu aşılması imkânsız bir çöküntü içerisine girmiştir. tanzimat, başarılı olmamakla birlikte, işte, içine düşülen bu çıkmazdan kurtulmanın bir mücadelesidir⁵².

Gerçekten, Tanzimat hareketiyle birlikte, Osmanlı Teokratik Devlet Düzeninde bir çatlama başgöstermiş, Devlet, bir yandan başarısız kısmî bir “kodifikasyon” hareketine girişirken öte yandan bir “resepsiyon” hareketine girişmiştir. Bu arada, ilkel bir biçimde de olsa, “idarî yargının” temelleri atılmıştır.

Özel hukuk, kamu hukuku alanında yapılan bu düzenleme faaliyeti, etkilerini siyasî hukuk alanında göstermiş, 1876 yılında “Meşrutiyet” ilân edilmiştir. Meşrutiyet, Osmanlı Ülkesinde, ilkel bir biçimde de olsa, “laik/seküler toplumsal düzenin” başlangıcı olmuştur. Gerçekten, laik/seküler toplumsal düzenden halkın kendini yönetmesi, yani tabi olduğu hukukun kaynağının beşerî irade olması anlamında halkın kendi kanunlarını kendinin veya seçtiği temsilcilerinin yapması anlaşılırsa, Osmanlı ülkesinde böyle bir yönetim,

50. Gerçekten, bkz. Akyol, Medineden Lozana, Milliyet Yayınları, 2. baskı, İstanbul, 1996.

51. Atatürk, İzmir İktisat Kongresi, 17 Şubat-4 Mart 1923, Prof.Dr. A. Afetinan, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989, 58 vd.

52. Tuncay, Cihat ve Tehcir, 1915-1916 Yazıları, Afa Türkiye Üzerine Araştırmalar, İstanbul, 1991, s. 103 vd.

ilk kez, Meşrutiyet yönetimi ile gerçekleşmiş olmaktadır. Kuşkusuz, Meşrutiyet, bir yandan “egemenlik mutlak erkinin” kısıtlanması olurken, öte yandan, aynı oranda, yasama, yürütme ve yargı erkini halkın eline geçmesi olmaktadır.

Ancak, Meşrutiyet idaresi uzun ömürlü olmamış, halkın temsilcilerinin meclisi feshedilmiştir. Zorlamalar sonucu, 1908 yılında, İkinci Meşrutiyet ilân edilmiştir. İkinci Meşrutiyet, Osmanlı ülkesinde, tüm gayretlere rağmen, seküler toplumsal düzeni gerçekleştirememiştir. Gerçekten, ülkede, kaynağı beşerî irade olduğu varsayılan hukuk yanında, kaynağı ilahî irade olduğu varsayılan hukuk aynı anda yürürlükte kalmış, hukuk düzeninin olmaması gereken bu ikilemi giderilememiş, kendisini yenileyemeyen imparatorluk, savaş fırtınasına dayanamayarak çökmüştür. Bununla birlikte, Osmanlı Mebusan Meclisi, “seküler toplum düzenini” sağlamada başarılı olmamasına rağmen, Misak-ı Milli sınırları içerisinde bulunan halkın bir “millet” olduğunu, milletin kendi kaderini kendinin tayine hakkı bulunduğunu dünyaya ilân etmeyi başarmıştır.

2.3. *Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Hukuk Düzeni*

Türkiye cumhuriyeti Devletinin Hukuk Düzeni, Kurtuluş Savaşı yılları içinde biçimlenmiştir. Halk, kan ve ateş içinde temellerini attığı hukukunu, “Hukuk Devrimi” hareketiyle tamamlamıştır. Ancak, Hukuk devrimi, kiminin ifadesiyle, sadece önemli kanunların bir derlenmesi hareketi değildir, tersine iradesiyle kurtuluş savaşını başlatan Anadolu halkının kendi siyasî-hukukî kimliğini kazanması hareketidir.

“... ”

Fakat düşmanlarımız aynı zamanda Osmanlı Devletiyle beraber Türk Milletinin de mahvolduğunu zannetti. İşte bunda çok aldanıyordu. Osmanlı devleti gibi çok devletler kurmuş olan Türk Milleti mahvolamazdı ve mahvolmamıştı. Bilakis hayatına vurulan bu darbelerden haricî ve dahilî düşmanların acı darbelerinden birdenbire bütün teyakkuzlarını, bütün intibahlarını takındı, hayatını, şerefini kurtarmak için kemal-i şerefle başını kaldırdı. Ve müttehiden mütesaniden ortaya atıldı.

İşte milletimiz o dakikadan itibaren millî bir devre girdi; bir halk devresinin mebdeini kurdu....

Milletimiz halass-ı kat'î hakikiye mazhar olabilmek için iki umdeye istinadın şart olduğunu anladı. Onlardan birincisi: Misak-ı Millinin ifade ettiği ruh ve mana.

İkincisi: Teşkilat-ı Esasiye Kanunumuzun tesbit ettiği gayr-i kabil tebeddül hakayık.

Misak-ı Milli, milletin istiklal-i tamını temin eden ve bunun için iktisadîyatında inkişafına mani olan bütün sebepleri bir daha avdet etmemek üzere lağveden bir düsturdur. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Osmanlı İmparatorluğunun, devletinin tarihe münkalib olduğunu idrak eden, onun yerine yeni Türkiye Devletinin kaim olduğunu ilân eden bir kanundur.

Bu devletin hayatında bilakayd-ü hakimiyetin milletin uhtesinde kalacağını ifade eden kanundur.

Bu kanun, hakimiyetin milletin uhtesinde kalabilmesi için halkın bizzat kendisini idaresini şart kılan bir kanundur.

Artık Türkiye halkı için yegane mümessil teşriî veya icraî selahiyeti haiz olan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve hükümetidir, diyen bir kanundur.

.....

Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Hükümetinin millettten aldığı vechile istiklal-i tam, hakimiyet-i Milliye umdelerine istinaden milleti zengin, memleketi mamur etmekten ibarettir.

.....

Bu umde icba bütün cihan bilmelidir ki, artık Türkiye halkı; hakimiyetini hiçbir şahıs ve makama veremez. Hakimiyet demek şeref etmek, namus demek, haysiyet demektir. Bir millettten bu efaî medeniyet ve insanîyesinin terkiibini talep etmek onu insanlıktan çıkarmak demektir⁵³.

Bu demektir ki, Kurtuluş Savaşı ortamında biçimlenen Türkiye cumhuriyeti Devletinin hukuk düzeni, tüm eksikliklerine rağmen, kaynağı beşeri irade olarak, ileri bir kültürü, dolayısıyla uygarlığı

53. Atatürk, Age., s. 62-3.

ifade eden, liberal-demokratik bir hukuk düzeni olmuştur. Gerçekten, Cumhuriyet idaresiyle birlikte, feodal-teokratik toplumsal düzen sona ermiştir. Bu bağlamda olmak üzere, bir yandan, "Halifelik" kaldırılmış, ülkede "dinî eğitime" son verilmiş, ancak "din eğitiminin" esasları oluşturulmuş, bilim artık "naklî bir veri" olarak değil "aklî bir veri olarak" algılanmaya başlanmış, öte yandan hukuk düzeni ile ekonomik düzen arasında, zorunlu bir bağ kurulmuştur.

Atatürk, İzmir İktisat Kongresinde, "Hakimiyet-i Milliye hakimiyet-i iktisadiye ile tersin edilmelidir". ".....yegane kuvvet, en kuvvetli temel iktisadiyattır". ..."Dahil olduğumuz halk devrinin, millî devrin millî tarihini yazabilmek için kalemler, sapanlar olacaktır... halk devri, iktisat devri mefhumuyla ifade olunur. Öyle bir iktisat devri ki, memleketimiz mamur, milletimiz müreffeh ve zengin olsun"⁵⁴ demektedir.

Ortaya çıkan bu toplumsal, ekonomik, hukukî yeni düzen, kuşkusuz, kaynağı beşerî irade olan hukukunu birlikte getirmiştir. Ancak, bu, basit bir "Resepsiyon Hareketi" değildir, tersine ulusun uygar uluslar ailesinin bir ferdi olmasını sağlayan bir hukuk devrimidir.

2.4. Hukuk devrimi, Ulusumuzun Ulaştığı En İleri Bir Uygarlık Aşamasıdır

Hukukun kaynağının beşerî irade olarak algılandığı toplum düzenleri, ister cumhuriyet yönetimi biçiminde olduğu gibi laiklik, isterse hanedanlık yönetimi biçimlerinde olduğu gibi sekülerizm olarak tezahür etsin, günümüz toplumlarının gelişmişlik düzeyini ifade etmektedir, çünkü laiklik, egemen karşısında insanın insan olarak azamî teminat altına alınmağa çalışıldığı liberal-demokratik toplum düzenlerinin bir olmazsa olmaz şartıdır. Bu bakış açısından, teokratik toplum düzenleri, ister cumhuriyet yönetimi biçiminde, isterse krallık biçiminde ortaya çıkmış olsun, düzeni oldukları toplumların geri kalmamışlığını, çağdışılığını ifade etmektedir. Esasen, çağdaş uygarlık, varlığını, teokratik toplum/devlet/hukuk düzeninin yıkılmasına borçludur.

Bu açıdan bakıldığında, Türk Hukuk Devrimi, Osmanlı feodal-teokratik toplum düzenini yıkmış, Türk toplumunu çağdaş uygarlı-

54. Atatürk, Age., s. 64.

ğa taşımıştır. Gerçekten, Kurtuluş Savaşıyla biçimlenen, resepsiyon hareketiyle yivme kazanan Türk Hukuk Devrimi, ulusumuza çağdaş uygarlığın kapılarını açmıştır. Ulusumuz; kitlelerin bilgisizliğine, hatta, bazı kalıntıların bugün de görülen ihanetine rağmen, Rönesans ve Reform hareketini gerçekleştirmiş, toplumu salt "aktî bir gerçeklik" olarak almış, böylece insan hakları kavramına ulaşmış, millî ekonomiyi kurmuş, o günkü şartlarda, cılız da olsa, sanayi devriminin temellerini atmayı başarmıştır⁵⁵. Bu demektir ki, Türk hukuk Devrimi, Türk toplumunun, uygarlık yoluyla vardığı son aşamayı ifade etmektedir⁵⁶.

Öte yandan, yakın tarihimizin evrimsel zorunlu bir aşamasını oluşturan Türk Hukuk Devrimi, dayandığı etik-siyasi değerlerle, yeni Türk insanının beşerî ögelere dayalı kimliğini oluşturmuştur. Gerçekten, Türk hukuk Devrimi, günümüz uygar toplumunun bir üyesi olmaya zorunlu olan insanımızı, dinî inancında ve ibadetinde, vicdani kanaatinde eskisine oranla çok daha teminatlı kılmış; ona, ayrıca, insanî değerlerin toplamı olan millî bir kimlik kazandırmıştır⁵⁷.

3. Sonuç

Laik/seküler toplum düzenleri, uygar toplumların bir seçimi değildir, tersine bir zorunluluğudur. Bugün, bazı toplumların hala laik toplum düzenine geçememiş olması, gerikalmışlığın ötesinde, ülke ve dünya barışı yönünden ciddi bir tehittir.

Laik toplum düzenleri, teokratik toplum düzenlerinin karşıtıdır. Bir ülkede karşıt iki düzenin birlikte olması mümkün değildir. Laik/secüler toplum düzenleri, tarihte, teokratik toplum düzenlerini genelde yıkarak ortaya çıkmışlardır. Ancak, bugün, özellikle bazı az gelişmiş ülkelerde, laik/secüler toplum düzenlerini yıkmaya yönelik ciddi bir tehlike mevcut bulunmaktadır.

55. Bkz. Afetinan, İzmir İktisat Kongresi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, s. 18 vd., özellikle "Misak-ı İktisadi Esasları" başlığı altındaki tesbitler.

56. Gökalp, Açı., s. 117-8; Hulasa, bütün kanunlarımızda, hürriyete, musavata ve adalete münafi ne kadar kaideler ve teokrasi ile klerikalizme ait ne kadar izler varsa hepsine nihayet vermek lazımdır.

57. Bugünlerde "millî kimlik" konusu tartışılmaktadır. Gerçekten farklı düşünceler için bkz., Güvenç, Türk Kimliği, Kültür Tarihinin Kaynakları, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1996; Kösoğlu, Türk Kimliği ve Türk Dünyası, Ötüken Neşriyat A.Ş., İstanbul 1996.

Laik/seculer toplum düzenleri yerine, kutsal dini kamusalılaştırarak tahribeden teokratik veya teosantrik-feodal toplum düzenlerini ihya etme çabaları, dinin tahribinden de öte, ileri bir uygarlığı yıkmaya, insanı dun bir uygarlığa sonsuza dek mahkûm etmeğe kalkışmaktır.

Bu durum, uygar toplumların, uygar ölçüler içinde kalarak, nefislerini korumayı zorunlu kılmıştır. Özünü beşeri iradeden alan uygar toplumlarda, kimsenin, inancını yaşamak iddiasına sığınarak, uygar toplumu yıkmaya kalkışmak biçiminde bir hakkı yoktur.

Gerçekten, uygar toplumlarda, hiç kimse, her ne adla ve maksatla olursa olsun, hürriyeti yoketme hürriyetine sahip bulunmamaktadır⁵⁸.

58. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Alkım Kitapçılık Yayıncılık, m.30: Bu bildirgenin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlet, grup ya da kişiye burada ileri sürülen hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan herhangi bir etkinlikte ve eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamaz. Ayrıca m. 29/3: Bu hak ve özgürlükler hiçbir koşulda Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.

Hukuk düzenimizde atık bir iç hukuk metni niteliği kazanmış olan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme (RG. 19.3.1954-8662), 17. maddesinde, mutlak bağlayıcı bir hukuk kuralı olarak aynı ilkeye yer vermiştir: "Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri bir devlete, topluluğa veya ferde, iş bu sözleşmede tanıyan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkur sözleşmede derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf bir hak sağladığı şekilde tefsir olunamaz".