

TOPLUMSAL GELİŞME VE HUKUKTA KALİTE*

Prof. Dr. NİYAZİ ÖKTEM **

Bir çok kişi toplumsal sorunların etkili ve etkin bir hukuk sistemiyle çözüme kavuşacağı görüşündedir. Etkili, zorlayıcılığı sağlanmış bir hukuk düzeni mutlaka kalitelidir diye bir sonuca ulaşamayız. Ama genel kanı yaptırımını güçlü, etkili hukuk normlarının kalite getirdiği kanısındadır.

Başka bir anlatımla güçlü bir otoritenin koyduğu (vazettiği), etkili bir şekilde uygulanan, ondan kaçılması olanaksız olan devlet iradesi, yani hukuk topluma düzen ve dolayısıyla kalite getirir. Bu düşünceden yana olanlar için, etkili hukuk adeta bir sihirli değnektir, her derde devadır.

Bir tür zihniyetin yandaşları, kendi düşünceleriyle tutarlı olarak sık sık askeri müdahaleler beklerler; gücüne karşı koyulamayan, eleştiri istemeyen bir iradenin gelerek ortalığı “süt liman” etmesi istenir. Ülkemizde sık rastlanan askeri müdahalelerin gerisinde yatan zihniyet böyle bir eğilim içerisindedir. Savaşta nasıl güç ve otorite başarıya ulaşıyorsa, aynı şekilde sosyal, ekonomik ve siyasal yaşamda da güç ve otorite olumlu sonuçlara ulaşır. Kışladaki disiplin ve düzeni tüm toplum içerisinde görme düşüncesi ne Türkiye’de ne de dünyada yeni bir yaklaşımdır. Tarih boyunca ve özellikle yakın tarih içerisinde Almanya’da Hitler’i destekleyen; SSCB’de Stalin’e övgüler yağdıran; Franco’yu, Mussolini’yi sevenler hep aynı eğilimin insanlarıdır. Bir farkla ki onlar açıkça faşist, komünist veya faşizan eğilimler içerisinde olduklarını söylerken bizimkiler “demokrat” olduklarını iddia ederler.

* Bu makale 11-12 Kasım 1998’de TÜSİAD’ın düzenlediği “Ulusal Kalite Kongresinde” sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.

** Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi.

Bizde milliyetçi-toplumcu, yani “frenkçesiyle” nasyonal-sosyalizmi savunan partiler, teokratik islam devletinden yana olanlar dahi demokrasi havarisidirler. Otoriteden yana olmak, kişilerin özel hayatına kadar girip onların toplum içerisinde nasıl davranıp, nasıl bir görünüm sunmalarına karışmak; şef, başbuğ, hoca, führer, şeyh, dede iradesini eleştirisiz kabul etmek, demokrasiyi anlamamaktır. Bu kişiler demokrat değildir.

Bu eğilimdir ki otoriter bir normlar sistemiyle topluma düzen, hukuka kalite getireceğini zanneder.

I. Hukuksal pozitivist düşünce ve hukukta kalite

Hukuk felsefesinde yukarıdaki eğilimin adı hukuksal pozitivismdir¹.

Hukuksal pozitivist yaklaşım, hukukta kaliteyi etkili olma faktöründe görmektedir. Hukukun amacı olan adalet, özgürlük, insan hakları gibi kavramlar ile hukukun temelini, zeminini oluşturan sosyal olgu boyutuna pozitivist hukukçular ve hukuksal pozitivism yandaşları tamamiyle yabancıdır. Bunlara pozitivist denmesinin nedeni, pozitif, olumlu bir zihniyeti taşımaları değil; hukukun sadece elle tutulan, gözle görünen, yani somut, yaniyla ilgilenmeleridir.

Hukuki pozitivistlere göre, hukukçu, hukuku uygulayan hukukun temelinde yatan faktörleri, adaletli, insan haklarını, toplumsal gelişmeyi dikkate alacak konumda değildir. O, sadece ve sadece, somut, pozitif, hukuk normlarını uygulamakla yükümlüdür. Yaptığı iş son derecede mekaniktir. Hukuk somut bir olgudur, ona kaynaklık eden sosyo-ekonomik ilişkiler hukuk dışı elemanlardır; amacı olduğu iddia edilen adalet, özgürlük, insan hakları soyut, muğlak, metafizik kavramlarıdır. Yasa koyucu, zaten “bildiğini okur”. Adalet, toplumsal gelişme vs. gibi kavram ve olgular yasa koyucuyu hiçbir zaman sınırlamamaktadır.

Uygulayıcı da bu tür kavram ve olgularla karar verirse, yorumunda

¹ Bu konuda Bkz. ERİM, Nihat: *Le Positivisme Juridique et le Droit International*, Paris 1939, Sirey; ÖKTEM, Niyazi: *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, İst, 1995, Der Yayınları, s. 319-334.

adaleti ve toplumsal gelişmeyi dikkate alırsa norm dışına çıkma riskiyle karşı karşıya kalır. Bu da keyfiliği getirir. Düzen ve etkili olmak hukukun şiarıdır. Kalite, sistemin somutluğu ve pozitivitesindedir. Hukuk güvenliği böyle sağlanır.

Hukuk kurallarının yararlı, yararsız, iyi veya kötü, kaliteli veya kalitesiz olarak değerlendirilmeleri önem taşımaz. Önemli olan etkili olmalarıdır². Değerlendirme politikada yapılır. Kökeni ekonomik, sosyal gereksinmelere dayanan, çıkar çekişmelerini içeren politika, hukuktan farklıdır. İdeal bir hukuk düşüncesi, hukukta kalite zihinlerde yer alabilir, ancak bu politikadır. Politikada düşünceler çatışabilir; eleştiriler gündeme gelebilir; politika gereğinde hukuka da karşı koyabilir, hatta başkaldırabilir. Bu eğilim ve tutumlar hep hukuk dışıdır. Başarıldığında hukuku ilgilendirebilecek bir durum ortaya çıkabilir ki o da hukukun değiştirilmesidir³.

Hukuk, anayasa tarafından tanınan devlet gücüne dayanır. Anayasa tarihsel bir olgudur, meşruiyetinin herhangi bir felsefi ve sosyolojik temeli yoktur. Devlet, yasama meclislerince idaresini açıklayan, yüksek bir gücü temsil eden kuruluştur. O, ancak kendi kendini sınırlar (otolimitasyon). Devlet herşeyi yapabilir. Tek yapamadığı şey hukuksal düzeni yıkıp, yerine anarşiyi getirmektir. Bu takdirde kendi kendini yıkmış olur.

Görülüyor ki, hukuksal pozitivizm akımı, devlet otoritesi ağırlıklı bir düşünceyi benimsemiştir. Felsefe, sosyal olgu, toplumsal gelişmenin hukuk dışı olaylar olduğunu iddia ederek teorisini geliştirmiştir. Hemen burada belirtelim ki, bir takım argümanlar ileri sürerken, hukuksal pozitivizm felsefe yapmaktadır. Felsefeden kolay kolay kaçılmaz.

Hukuksal pozitivizmi daha rafine hale getirmek isteyenler “normativist pozitivizm” düşüncesini gündeme getirmişlerdir. Katı devletçi, iradeci pozitivizmin XX. yüzyılın gelişmelerine, insan haklarına verilen öneme ters düşeceğini anlayan normativistler, felsefe ve sosyal olguyu reddetmemişler, ancak metajüridik (hukuk ötesi) elemanlar olarak nitelemişlerdir.

² GENY, François: Science et Technique en Droit Privé Pozitif, Tome IV, Paris 1930, Sirey, s.232.

³ İbid. 233.

Normativist düşüncenin kurucusu, yeni kantçı (neokantist) hukuk düşünürü Viyanalı Hans Kelsen'in amacı hukuku bir bilim haline getirmektir. Bunun için de konu alanının iyice saptanması gerekmektedir. Nasıl fizik ve kimyanın konu alanları belli ise aynı şekilde hukukun da konu alanının açık ve kesin çizgilerle ortaya çıkması gerekir. Hukuk, normatif bir bilimdir. Hukukçunun inceleme alanı hukuk normlarıdır; yoksa felsefe, insan hakları, sosyal olgu, toplumsal gelişme değildir. O halde hukuku bir bilim haline getirebilmek için, meta-juridik elemanlardan arındırmak gerekir. Felsefe ve sosyoloji önemli konulardır, dikkate alınmaması söz konusu olamaz; ama onlar meta-juridik konumdadırlar. Hukukçunun inceleme alanı dışındadırlar⁴. Yukarıda zikrettiğimiz eserinin adından da anlaşıldığı gibi Kelsen'in amacı hukukun saf teorisini kurmaktır.

Kelsen felsefeye ve sosyolojiye önem veriyor, ancak hukuk dışına itmeyi yeğliyor. Kelsen hukukun oluşumundaki felsefi ve sosyolojik etkenleri kabul etmektedir. Ancak özellikle hukukun uygulama ve yorumunda, bunlardan kaçınılmasını söylemektedir. Aksi takdirde işin içerisine politika girer.

Oysa hukukun hem oluşumu, hem de uygulama ve yorumunda sosyal realite ve felsefi kaygılar, adalet, özgürlük her an için gündemdedir. Çağın gelişmelerini göz önünde bulundurmayan, adaleti bir kenara atan yasa koyucu başarısız ve kalitesiz hukuk normunu yürürlüğe koyar. Keza, uygulama ve yorumda da, özellikle hassas durumlarda sosyal realiteye itibar etmeyen, insanlardaki adalet duygusunu zedeleyen tutumlar reaksiyon doğurur; kalitesiz bir hukuku gündeme getirir. Bu bağlamda somut örneklerle ileride değineceğiz. Bu bölümde sadece pozitivizmi anlatmaya çalışmaktayız.

Kelsen meşruluk sorununa da değinmiştir. Ona göre meşru hukuk yetkili organlar tarafından, belli usullere göre konulan, etkili olan hukuktur. Çoğunluk tarafından benimsenen kural meşru hukuktur. Meşruluk, normlar hiyerarşisi içerisinde ortaya çıkar. Bir alt norm meşruluğunu ve etkili olmasını bir üst normdan alır.

Hukuk sistemi bir piramide benzer ve normlar hiyerarşisi şeklinde

⁴ Bu görüşler için Bkz. KELSEN, Hans: Théorie Pur du Droit, Traduit par Ch. Eisenmann, Paris 1992, Daloz.

karşımıza gelir. En altta hukuksal tasarruflar, onun üstünde tüzük ve yönetmelikler, onların üstünde yasalar, yasaların üstünde de anayasa yer almaktadır. Bir alt normun meşruluğu ve etkinliği bir üst normdan gelir. Hukuk devleti açısından bu tür bir açıklama çok yerindedir. Devlet, normlar hiyerarşisine uyduğu takdirde hukuk devleti niteliğini alır. Ancak anayasalar meşruluklarını nereden almaktadırlar? Kelsen bunu ilk kurucu iktidar veya asli kurucu iktidarın eğilimine bağlamaktadır. Ona göre asli kurucu iktidar eğer barıştan yana ise özgürlükçü ve adil normlar hiyerarşisi ortaya çıkar; yok değilse otoriter ve hatta totaliter normlar hiyerarşisiyle karşı karşıya kalırız. Bunların hepsi hukuk normudur ve meşrudur. İyi hukuk-kötü hukuk ayrımı yapmak hukukçunun işi değildir. Öyle anlaşılıyor ki, burada konumuz olan hukukta kaliteyi, Kelsen açısından biz hukukçuları değil sosyologlar ve felsefeciler incelemelidir.

Kanımızca meşruiyeti ilk kurucu iktidarın keyfi iradesine bırakmak hukuksal pozitivizmin düştüğü faşizan, komünizan iradecilik açmazına bizi getir. Normlara uyulsun da, normların mahiyeti ne olursa olsun.... Bu yaklaşım insan haklarını, toplumsal gelişmeyi, adalet ve özgürlük kavram ve olgularını, ister istemez bir tarafa atma anlamına gelir. Meşruluğun temeli bu kavram ve olgulardır. Meşru hukuk düzeni kaliteye önem vermelidir. Kalite evrensel değerlerdir. Kelsen, devletle hukuku özdeşleştirmiştir. Ona göre tüm normlar hiyerarşisinin üstünde bulunan temel norm (grundnorm) asli kurucu iktidarın iradesinden ibarettir.

Bizdeki “ne yapalım normlar bunu emrediyor,” normlar hiyerarşisi içerisinde biz kurallara harfiyen uymakla yükümlüyük anlayışı Kelsen’ci bir yaklaşımın ürünüdür. Hiçbir itirazımız yok, hukuk devletini koruma açısından bu tutum zorunludur. Ancak, özellikle uygulamada eğer o norm insan haklarına, demokrasiye, adalet ve özgürlük kavramlarına ters düşüyorsa hukukçuların ve uygulayıcıların çekinmeler koyması gerekir. Çünkü Türk Devletinin temel normu, Atatürk’le birlikte Batı’nın özgürlükçü, demokratik, adaletçi, sosyal adaletçi, insan haklarının kutsallığından yana esaslara dayandırılmaktadır.

Gözden kaçan veya çıkar çatışmalarının ürünü olan bir normu, hukukçu, hakim, uygulayıcı temel norma ters düşmesi nedeniyle uygulamada askıya alabilir. Ana yapıya, temel norma ters düşen bir uygulama hukuk düzenlerinin meşruiyetini zedeler. Yargıtay Başkanı Sa-

yın Doç.Dr. Sami Selçuk "1982 Anayasasının meşruluğu" tartışılır derken, bu bakış açısını dile getirmekteydi.

II. Hukukta meşruiyet ve kalite

Hukukun belli bir kaliteye dayanması, yukarıda sözünü ettiğimiz meşruiyet sorunuyla yakından ilgilidir.

Hukukun meşru, geçerli olmasının ölçütü nedir?

Yukarıda belirttiğimiz hukuksal pozitivizm, meşruiyeti yasa koyucusunun iradesine bağlamıştır. Eleştirisini yaptık.

Teokratik görüşler, meşruiyeti Allah iradesine bağlamaktadırlar. Onlara göre kutsal kitaplara bağlı hukuk meşrudur. Hukukun kaliteli, değerli olması ilahi iradenin yansımasına bağlıdır.

Dinler, bir kutsal kitap ve o kutsal kitabı açıklayan peygamberin söz ve davranışlarını ana kaynak olarak ele alırlar. Sistem bunun üzerine oturur. İslam dini açısından sorun ele alındığında, 6666 ayetten oluşan Kur'an-ı Kerim ve peygamberin sünnet ve hadisleri temel iki kaynaktır. Kur'an-ı Kerim'de 350-500 arasındaki ayet hukuksal niteliktedir. Bunlar hukuk açısından ancak ışık tutabilirler. Tüm toplumsal gelişmeyi bu ayetlerle çözüme kavuşturamayız. Öte yandan Emeviler devrinde 700.000 adet hadis uydurulmuştur. O halde iki ana kaynağa harfiyen bağlı hukuk düzeninden söz edemeyiz. İnsan akli ve idaresi bu kaynakları yorumlamış, kendine göre bir sistem oluşturmuştur. Allah ve peygamberin tüm zamanlar için gelip hukuksal ve siyasal düzeni şekle soktuğunu söylemek "şirktir" (Allah'a ortak koşmak). Bir takım insanlar, kerametleri kendilerinden merkul olarak halifeliklerini ilan etmişler ve islami esaslara göre dünyayı yönettiklerini iddia etmişlerdir. Allah ve peygamberin iradesi bizzat kendileri tarafından harfiyen bugün uygulama içerisinde olsa, bir itirazımız olmayabilirdi. Ama yönetenler hep insanlardır, bizden birileridir. O halde meşruiyet ve kaliteyi teokraside aramak yanlış olur. Teokratik devlet, yukarıda belirttiğimiz hukuksal pozitivizme dinsel bir ideoloji verilmesinden ibarettir.

Marksist düşünce hukukun meşruiyetini ve kaliteli olmasını, tarihsel bir analiz şemasını çizdikten sonra işçi sınıfının esenliğinde bulur. Marksizme göre hukuk ve ahlak birer üst-yapı kurumu olarak sosyo-

ekonomik alt-yapı üretim ilişkilerinin yansımasıdır. Tarihin dinomusu sınıflar arası mücadeledir. Diyalektik metaryalizmin kuralları tüm yaşamı belirler. Tarihsel determinizm içerisinde sosyalist ve komünist aşamaya gelindiğinde, hukuk insanların, özellikle işçi sınıfının, çalışanların tüm gereksinimlerini çözücü mahiyet içerisine girer. Bu aşamada devlet ve hukuk meşruluk kazanır, kalite bu aşamada hukuka yansır. Tarihsel determinist şemasının önceki aşamaları olan köleci toplum, feodal toplum ve burjuva toplumu dönemlerinde hukuk gayrimeşrudur, kalitesizdir, sömürü aracıdır. Bu dönemlerde hukuk toplumsal gelişmeyi göz ardı etmiştir, düzenlemeler yönetici sınıfın çıkarlarının yansımasıdır.

Görülüyor ki marksizmde hukukun meşruiyeti işçi sınıfının esenliğine bağlanmıştır. Hukukun sosyal olgu boyutundan hareket eden marksizm toplumsal gelişmeyi gözlemlemiştir. Hukuku, toplumsal gelişme içerisinde almıştır. Marksizm kapitalist toplum, burjuva toplumu eleştirileri de günümüzde, bizzat sanayi erbabına ışık tutmuştur. Marksist analizlerdeki hakikat payını gören akıllı sanayici, sisteme hakkaniyet getirerek kendi durumunu güçlendirmiştir. Marx sayesinde klasik liberal devlet, sosyal devlet aşamasına gelmiş ve çalışanlara olanaklar sağlamıştır. Sosyal devlet, marksist devlet değildir, ama Marx'ın eleştirilerini hesaba katarak, kendini revizyondan, rektifikasyondan geçiren klasik liberal devlettir. Böylelikle Marx, toplumsal gelişmelerin göz önünde tutulması açısından, klasik liberal devlete fikir vermiştir. Marx'ın eleştirilerine dikkat ederek önlem alan liberal devlet, böylelikle kendini koruyabilmiştir.

Buna mukabil marksist olduğunu iddia eden devletler, toplumsal gelişmeleri göz önünde bulundurmadıklarından statik kalmışlar, katı devletçilik içerisinde boğulup gitmişlerdir. Toplumsal gelişmeleri göz önünde bulundurmak, meşruiyeti ve hukukta kaliteyi getirir. Kalite ve meşruiyet ise, devletlerin kalıcılığı açısından da büyük önem taşımaktadır.

Meşruiyeti ve kaliteyi güçlü devlet ve ırkın üstünlüğünde arayan düşünce nasyonal *sosyalizmdir, faşizmdir*. Bu düşünceye göre otoriter ve totaliter devlet, hukuku yaratmalı ve güçlü bir şekilde uygulamaya sokmalıdır. Devletin meşruiyeti, o ülkenin insanların mensubu olduğu ırkın esenliğine bağlıdır. Kaliteli hukukun kriterleri devlet ve o ülkenin ırkıdır. Nasyonal sosyalizm, yani türkçe deyimle milliyetçi-

toplumcu düşünce ve faşizm tamamiyle bilim dışı mülahazaların ürünüdür. Her şeyden önce saf ırk teorileri safsatadan ibarettir. Özellikle kavimler köprüsü olan Anadolu'da saf ırk masallarına inanmak safdillik değilse cahilliktir. Orta Asya'dan gelen Horasan Erenleri kimleri müslümanlaştırdı? Bunlar ne oldu? Gayrimüslim, Sırp, Bulgarlar, Boşnak, Arnavut kökenli yeniçeri devşirmenler "emekli" olduktan sonra evlenmedi mi, çocukları olmadı mı? Padişah analarının hemen hemen hepsi gayri müslim kökenli değil miydi? Saray ileri gelenleri de büyük çoğunlukla hep devşirmeydi.

Ulusçuluğumuzu gerçekçi esaslara bağlamalıyız; ırkçılığı reddedersek kendiliğinden kaliteli hukuk oluştururuz. Böylelikle zaten tarihsel ve toplumsal gelişmeleri gerçekçi esaslara dayarız. Irk değil, kültür ulusçuluğu sevgi, barış, hoşgörü ve diyalog ortamı getiririz. Öte yandan "kutsal devlet" saplantılarından da uzaklaşmak gerekir. Devlet birey ve bireyin esenliği için vardır. Devlet hak ve özgürlükleri rasyonalize eden, sistemleştiren bir örgütten ibarettir.

Zaman zaman, milliyetçi toplumcu düşünceye iş adamları da sarılmış durumdadırlar. Biran önce ekonomik gelişmeler olsun diye devlet gücünü arkalarına almak isteyen bu iş adamları, liberalizmin ruhuna ters düşmektedirler. Bugün ona yardım eden devlet, yarın onu yiyebilir. Çünkü nasyonal-sosyalist ve faşist devlette en üst güç devletin bizzat kendisidir. Zamanı gelince kendi dışında herşeyi yok edebilir. Hitler Almanya'sı bu tür bir deneyimi yaşamıştır.

Hukukta kalite ve meşruiyeti bireysel ve toplumsal yarar düşüncesinde arayan okul, en önemli temsilciliğini John Stuart Milli'in yaptığı *anglo-sakson yararçı okuldur*⁵. Bu düşünceye göre hukukun amacı bireye ve topluma huzurlu, esenlikli bir yaşam ortamı hazırlamaktır. Hukuk toplumsal gelişmelere göre dinamik olacak, bireyin özgürlüğünü sağlıklı bir şekilde kullanabileceği bir düzen oluşturacaktır. İnsan özgür olmaktan mutlu olur; adalet ve ahlak onu esenliğe götürür. Devlet bu amaçların gerçekleşmesi için gereken ortamı, özgürlükçü hukuk düzeniyle sağlar. Devlet bir araçtır, amaç değildir. Liberal devlet felsefesinde kaynağını bulan yararca düşünce, devletin müdahalesini hiçbir şekilde kabul etmez. Devlet ve hukuk düzeni sosyal ve ekonomik düzene müdahale etmemelidir. Ettiği taktirde insanları mut-

⁵ Bu konu için Bkz. GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s.271-281.

suz eder, ekonomik düzenin kendi yapısını bozar. “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” ana düstur olmalıdır. Sosyal ve ekonomik doğanın kendi kuralları serbest bırakılmalıdır. Devlet, ancak ve ancak ceza hukuku alanında düzenlemeler yapar, topluma müdahale eder.

Görülüyor ki, yararcı hukuk anlayışı, toplumsal gelişmenin dinamizmiyle, adalet ve özgürlük kavramlarında hukukta kaliteyi aramıştır. Hukuku ve devleti tabu, idol haline getirmeyen anglo-sakson yararcı düşüncesi gerçekçidir. Ancak devlet müdahalesinin sınırlarını, ceza hukuku ile sınırlı kılmak toplumsal değişimleri yeterince algılayamamak anlamına gelmektedir.

III. Hukukta meşruiyet ve kalitenin, toplumsal gelişme ve adalet değeri sentezini oluşturan “nesnelerin doğası” kavramında aranması

Nasıl fizik yapısının, doğanın kendine özgü kuralları, kanunları varsa aynı şekilde sosyal bünyenin de kendine özgü yapısı vardır. Doğanın kendine özgü kuralları dışına çıkıldığı taktirde, nasıl bilimsel sonuçlara ulaşamazsak, sosyal bünyenin kendine özgü kuralları dışına çıkıldığı, o yapı göz önünde bulundurulmadığı taktirde sağlıklı ve kaliteli bir hukuk düzeni kurmak olanaksızdır. Sosyolojinin verileri, toplumsal gelişmeler bir kenara atıldığı taktirde bilim dışı bir hukuk düzeni kurulur. Bilimselliği içermeyen hukuk keyfidir, gayrimeşrudur, kalitesizdir.

Hukukun kendi, bizatihi bir bilim değildir; hukuk bir tekniktir. Hukukun bilimsel yanı genel geçer ve objektif bir görünüm sunan sosyal olgudur. Hukuk, bilimselliğini sosyal olgudan almaktadır. Bu yargımızdan hukukçular alınmasın, çünkü tıp da bir bilim değildir, tekniktir. Teknik nitelik ağır basmasına rağmen tıp da, hukuk da çok önemli konulardır. Tıp, bilimselliğini biyolojinin, fizikin, kimyanın, farmakolojinin verilerinden, tıbbın içerisindeki bilimlerden alır. O bilimlerin verileri ile, hastalıkları saptar, tedavi yoluna gider. Aynı bakış açısı hukuk için de geçerlidir. Hukuk, sosyoloji ve ekonomiden verilerini alarak kurallara ve çözümlere ulaşır. Sosyolojiye yabancı hukuk bilim dışıdır.

Normatif olması nedeniyle, hukukun meşruluk kriterinde, felsefi nitelikte olan adalet kavramı da yatmaktadır. Adalet, özgürlük, insan

haklarına saygı hukukun amacıdır, ereğidir, hedefidir. Bu kavram ve olguları içermeyen hukuk gayri meşrudur, kalitesizdir.

Normatif mahiyetteki ahlak, hukuk gibi konularda bir değer ölçüt, kriter olarak ele alınması gerekmektedir. Doğa bilimlerinde değerlendirme yoktur. Orada iyi-kötü, ahlaklı-ahlaksız kriteri bulunmaz. Suyun 100 derecede kaynamasına değer hükmü getirmek olanaksızdır. Oysa normatif konularda iyi-kötü, ahlaklı-ahlaksız, güzel-çirkin, adaletli-adaletsiz ayırım ve değerlendirmeleri cihetine gidilir. Hukukta kalite bu değerlendirme ve değer yargılarının toplumsal gelişme içerisindeki görünümün hesaba katılmasıyla sağlanır.

O halde hukukun kaliteli olması, meşruiyeti adalet ve sosyal olgu sentezindedir. Kanun koyucu sosyal gelişmeleri, adalet, özgürlük ve insan hakları kavramlarını her zaman için dikkate alacaktır. Biz, bu senteze hukukun kendine özgü doğasından kaynaklanan “nesnelerin doğası, tabiat-ı eşya, nature des choses” adını vermekteyiz⁶.

Sadece kanun koyucu değil, yönetici, hakim, savcı, yani hukuku uygulayanlar, yorumlayanlar da “nesnelerin doğası” kavramına uygun bir tutum içerisinde olmalıdır.

IV. Nesnelerin doğası kavramının göz önünde bulundurularak hukukun yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin örnekler

Ülkemizde her an için gündemde olan, değişik tartışmalara yol açan islam hukukuna ilişkin örnekleri, nesnelerin doğası kavramı içerisinde ele alınıp irdelenmesinde yarar görmekteyiz.

Bilindiği gibi Kur'anı-ı Kerim'de hırsızın kolunun kesilmesi, kadının mirastan yarı pay alması, iki kadının şahitliğinin bir erkeğin şahitliğiyle eşit tutulması hükümleri vardır. Hukuki mahiyette olan bu hükümleri, hukuksal pozitivist bakış açısı içerisinde olan tutucu islami kesim aynen uygulanmasından yanadır. İlerici geçinen kesim de, gene hukuksal pozitivist bakış açısı içerisinde “bakın islam işte böyle geri bir dindir” diyerek toplumsal gelişmeleri ve adalet kavramının günümüzdeki görünümünü bir kenara atmaktadırlar.

⁶ Bu kavram için Bkz. POLANTZAS, Nicos Ar.: Nature des Choses et Droit, Paris 1965, LGDJ.

“Nesnelerin doğası” kavramına sadık bir yorumcu, yukarıdaki lafzi yorumdan uzaklaşır. Kur’an’ın ereği adalet kavramıdır. O günün koşulları içerisinde, mirastan hiç pay alamayan, hukuk nezdinde adı olmayan kadına yarım da olsa bir hak tanımak adil bir tutumdur. O günün koşulları içerisinde, bu tür bir tutum günümüze ancak ışık tutar. Bugün Kur’an’ın aradığı adaleti gerçekleştirmek için, toplumsal gelişmeler göz önünde bulundurularak erkekle kadına eşit hak tanımak gerekmektedir. Bu tür bir yaklaşım belki Kur’an’ın lafzına aykırıdır, ama ruhuna uygundur. Benzer bir yaklaşımı Hz. Ömer gerçekleştirmiştir. Kıtlik zamanında, huzuruna getirilen bir hırsızın kolunu kestirmemiştir. Kur’an’da lafzen kolun kesilmesi hükmü varken, kendisine sebebi sorulduğunda, kıtlık zamanında bu tür bir uygulamanın adaleti yansıtmayacağını belirtmiştir. Ömer, Kur’an-ı Kerim’in ruhuna sadık davranırken “Nesnelerin doğasına” uygun bir yorum yapmıştır. Kıtlığın getirdiği toplumsal gerçek ile ortaya çıkan adalet görünümü, hukuksal uygulamanın doğasını oluşturmuştur.

Bir başka örneği, Trafik Kanunundan vermek isteriz. Bugün yürürlükte olan 2918 sayılı Trafik Yasasından önceki mevzuatta, traktörün römorkunda yolcu taşımak kesinlikle yasaktı. Trafik kazası bilirkişiliği içerisinde, bu yasağın köyde yaşayan insanlar açısından gerçekçi olmadığı hususu ortaya konmaya çalışıldı. Evinden tarlasına, çoluğuyla çocuğuyla gidip iş yapan köylünün, römork dışında onları oraya taşıması mümkün değildir. Kanun koyucu, bu toplumsal olguyu görememişti. Kaza meydana geldiğinde de yargıç 8/8 (Sekizde sekiz) kusuru hemen traktör sürücüsüne vermekte ve onu mahkum etmekteydi. Trafik polisleri, genelde bilirkişiler hep lafzi yorum yapmaktaydı; toplumsal olguyu ve aile reisinin sürücülüğündeki kazada, mahkumiyetinin getirdiği adaletsizliği düşünmemekteydi. Oysa bazı bilirkişiler, yazmış oldukları raporlarda “köyden tarlaya gitme halinde, bu tür bir taşımacılığın sosyal bir zorunluluk olduğunu” belirterek, bu nedenden dolayı sürücüye kusur atfetmemekteydi. Yasa koyucu, 2918 sayılı yasa sadece toplumsal gelişmeyi göz önünde bulundurarak, römorkta yolcu taşınmasına izin verdi. Ancak bu kez de “evinden tarlaya, veya tarladan evine taşıma olgusunu” getirerek, lafzi yorum eğilimi içerisinde olan, toplumsal gelişmeleri göremeyen hukukçuları ve bilirkişileri sınırladı. Öyle ya, sürücü tarlaya değil de yandaki köye giderken, römorkta yolcu taşırsa ne olacaktı? Sosyal olguyu göz önünde bulunduran bilirkişiler bu durumda da sürücüye kusur atfetmediler.

Bir başka örneği de, dinlerle ilgili vermemiz olanaklıdır. Bilindiği gibi ülkemizde tekke ve zaviyeler hukuken (de iure) kapalıdır; tarikat faaliyetleri yasaklanmıştır. Diyebiliriz ki, deyim yerindeyse bu tür faaliyetler içerisinde olanlar “anayasa düzeyinde suç” işlemektedirler. Oysa fiilen (de facto) tekke ve zaviyeler, tarikatlar, dergahlar Türkiye'nin sosyal, ekonomik, siyasal hayatını yönlendirmektedirler. Bir dönem Nakşilik toplumsal yaşama, siyasete egemendi. Şimdileri ise Anadolu Aleviliği etkili ve yetkili çerçevelerce gündeme getirilmektedir. Cemevi, Cami, Dergah tartışmalarına girilmiştir. Cemevi bir dergahtır. Alevilik ibadeti ve zikri aynı mekanda yapılmaktadır. Oysa sünnilikte zikir, cami dışında yapılır. Alevi zikri olan cem ayini ile sünni zikir törenleri arasında benzerlikler de vardır. Eskiden, sünni şeyhlerin elini öpmek devlet büyükleri açısından erdemken, bugün cemevi açılışlarında aynı devlet büyüklerinin bulunması erdem haline geldi.

Bilmekteyiz ki, dinler yorumlar şeklinde günümüze gelir. Bu yorumların etrafında haklar oluşur, müritler kendilerini bu görüşlere bağlarlar. Din sosyolojisinin verileri bu toplumsal olguyu açıkça göstermektedir. Batı'da, ABD'de 300 civarında ciddi bu tür mezhepler, 3000 civarında da alt mezhep mevcuttur. Avrupa'da manastırlar birer dergahtır. Oraya sadece, rahipler, papazlar değil, kendini dine veren herkes gidebilir. Kurtuluş Savaşından sonra, Türkiye'de tekke ve zaviyelerin, dergahların kapanması, paşa, efendi, dede, şeyh gibi ünvanların kullanılması yasaklanması çok yerinde bir önlemdi. Devrimler karşı devrimcileri yok eder. Dergahların, tekkelerin çoğu zaten yobaz yuvası haline gelmişti. Bugünde durum aynıdır. Ancak Kurtuluş Savaşında Özbek tekkesi gibi yerler Atatürk'ü desteklemiş, Anadolu'ya kaçanların Üsküdar'dan geçiş merkezi haline gelmişti. Keza Anadolu Alevileri Atatürk'e maddi ve manevi desteklerini esirgememişti. Bu durumda aradan 75-80 yıl geçtikten sonra, toplumsal yapı ve dinin kendine özgü “nesnelere doğası” kavramından hareket ederek, durumun yeniden bir düzene kavuşturulması gerekmektedir. Yapılmadığı takdirde, tekke ve zaviyeleri, ayin yapılan heryeri (örneğin Cem Ayini) tamamiyle kapamayan devletin itibarı da zedelenmiş olur. Devlet Halk Evleri gibi alternatif kurumlarla yobazlıkla mücadele yolunu seçmelidir. Sayın Ecevit tarikatlar arasındaki farklılıkları ortaya koyarken, “nesnelere doğası” kavram ve olgusunu vurgulamak istemişti. Ama çağın ve toplumun gelişim ve değişimini görmek istemeyenler onu yanlış değerlendirip, tarikatçı yaptılar.

12 Eylül Askeri rejimin getirmiş olduğu yasaların çoğu “nesnelere doğasına” aykırıdır. Bu yasalar “ben yaptım oldu” zihniyetinin ürünüdür. Başta Anayasa olmak üzere, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine, derneklere ilişkin tüm düzenlemeler, YÖK, hep toplumsal gelişme ile adaleti ve temel hak ve özgürlükleri bir kenara atmaktadır. Bu nedenledir ki, örneğin YÖK yasasında, 18-19 yıl içerisinde en az 100 değişiklik yapılmıştır. Bunun nedeni kanunun çağdaş üniversitelere ilişkin “doğayı” yansıtmasıdır. İşin garip tarafı o gün bu kanuna karşı çıkanlar, bugün yönetici pozisyonuna geldiklerinden sıkı YÖK’çü kesilmişlerdir.

SONUÇ

Sonuç olarak özetlersek, hukukta kalite ve meşruiyet “nesnelere doğası” kavramına uyulması ile mümkündür.

Bunun için de nesnelere doğasının iyi algılayabilecek hukukçu yetiştirmek zorunludur. Matematik, teknik ağırlıklı lise eğitimi, çoktan seçmeli zihniyet, sosyal yapı ve adalet değerini inceleyen felsefeyi kavramaz. Felsefe ve sosyoloji ile uğraşmayan hukukçu, özellikle ülkemizdeki teknik ağırlıklı eğitimin kurbanı olarak katı olacaktır; lafzi yorumlardan yana tavır koyacaktır.

“Matematik, fizik, kimya, biyoloji” öğretilmesin demiyoruz. Tam tersine iyi bir mantık yapısı için matematiğe önem vermek gerekir. Ancak bu bilim dallarıyla dengeli bir şekilde tarih, felsefe, toplumbilim eğitimi liselerde verilmediği takdirde hukukta kalite aramak yanlış olur. Gençlerimiz, gerçekçi bir tarih okumalıdır; kahramanlık menkıbeleri değil, tarihin bilimsel yanı onlara aktarılmalıdır. Doğumundan, ölümüne kadar kendini tanımak isteyen insan, aynı şekilde mensubu olduğu ulusun ve tüm insanlığın geçmişini bilerek insanlığı tanır. Sağlıklı toplumsal analizler yapmayan kişi kurudur. Felsefenin getirdiği geniş düşünce ufku hoşgörü, sevgi, barış ve hümanizm getirir; insanı katılıktan kurtarır.

Yöneticiliğe soyunanlar da bu konuları bilmek mecburiyetindedir. Sosyal bünye biyolojik bünyeden çok farklıdır. Cerrahın yaptığı gibi kesip biçme operasyonu ile sonuca ulaşılmaz. Tam tersine kargaşanın boyutları genişler. Yönetici felsefe, sosyoloji ve tarihi bildiği takdirde ancak sosyal sorunları çözüme kavuşturabilir.

Pozitivizmin katı kuralcı yorumundan uzaklaşmakla ancak çağdaş, gerçekçi ve kaliteli bir hukuk ve devlet düzenine geçilebilir. Bunun içinde hukuk fakültelerinde kültür derslerinin oranı arttırılmalıdır. Hukuk fakültelerinde bir hazırlık sınıfı açılmalı ve bu programda genel felsefe, sosyoloji, tarih, psikoloji derslerine yer verilmelidir. Müzik, sanat, edebiyat gibi konular seçimlik dersler olarak da okutulabilir. Platon'un dediği gibi "katılıktan (ve katı yorumlardan) kurtulmanın tek yolu sanat, kültür, müzik ve felsefedir".