

ilişkisi sürececek midir? Yani ben böyle bir argümanın üstünlüğü uğruna örneğin yaşam hakkından feragat edebilecek miyim? Ya da benim yaşam mücadelem en üstün argüman sayılarak bu temellendirme faaliyetinin çerçevesini, sınırlarını oluşturabilir mi? En üstün argümanlar çürütebilir mi? Kamusal alanın sınırları nihayet bu imkansızlık ile mi çizilmektedir? Bu sorulara hangi yanıtları verir isek verelim, finalist tutumun özgürlükleri ciddi biçimde tehdit ettiğini, kamusal alanın gelişimini zorlaştırdığını söyleyebiliriz.

6) Umut etmek, inanmak ve dinsel inanç arasındaki ayırma dikkat etmelidir. Dinsel inanış özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında kesin bir farkın bulunduğu da dikkat etmelidir: Din bir kurum ve alt sistem olarak tüm özgürlük alanlarını kendi lehine kullanmak, insanın düşünce, duyunç ve inanç alanlarına hükmetmek istiyor. İnsanın dinsel inanışı ile dinin insanı bütünüyle isteyişi arasındaki bu tehlikeli ilişki bir "din özgürlüğü" kategorisi ile gizlenemez. Bir dinsel inanış özgürlüğünden söz etmelidir.

7) Özgürlüklerin öncelik sıralaması düşünce, duyunç ve dinsel inanış yönünde olmalı, bu sıra tersine çevrilmemelidir.

8) Düşünce ile inanç arasındaki yaratıcı ilişki ile din özgürlüğü arasında doğrudan bir tamamlayıcılık yoktur.

9) Düşünce-duyunç-inanç bir bütünlük içinde seyredir. Bu bütünlük yedi erdemde (bilgelik, cesaret, ölçülülük,

adalet, inanç, umut ve sevgi'de) kendini gösterir. Bu bütünlük kamusal alanın zeminini oluşturur. Bu zeminde temel taşıyıcı insanın özgürlük içerisinde sorumluluğudur.

10) Kamusal alanın normatif yapılanması hukuk idesi öğelerine (eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği'ne) uygunluk içerisinde gerçekleşmelidir.

11) Tabii olduğumuz yasaları kendimiz yapmalıyız. Bunlar elbette özgürlük yasaları olacaktır. Kamusal alanın belki gerçek anlamı ve ütopyik yanı bu olsa gerektir.

12) Düşünce bilmeye, duyunç eylemeye ve inanış umut etmeye olanak vermektedir. İnsanın bu durum ve duygularda bilgelik, cesaret, ölçü ve adalet içerisinde giderek özgürleşmesi süreci ona bugüne kadar yaşayageldiği trajediden kurtulma yolunu açmaktadır. Kamusal alan bu iyimserliğin koşuludur.

13) Kamusal alanda tüm canlılığı ve devinimi sağlayan şey ifade özgürlüğüdür. Ancak bu özgürlüğün sınırları bakımından ifade edilen şeyin niteliğine göre bir ayırım yapmak, özgürlük alanını ileri düzeyde genişletmek olanağını sağlayacaktır. Bugün ifade için tanımlanabilecek en geniş özgürlük alanını, yalnızca kişilik hakları saklı kalmak üzere, düşünceye mutlak özgürlük vererek daha da genişletebiliriz. Düşünce olan şey ilk elde yanlışlanabilir önermelerdir. Yanlışlayabilmek için gerekli tüm özgürlükler de bu çerçevede tanımlanmak zorundadır.

## Hukuk ve Toplumsal Gerçeklik

Ali Şafak Balı<sup>1)</sup>

### Giriş

Bu tebliğde, hukuk ile toplum arasındaki gerilimi tarihsel ve sosyolojik bir bakışla ele almaya çalışacağım. Dikkat çekmek istediğim temel sorun, hukukun toplumla, toplumsal gerçeklik ve değerler ile ilişkisinin niteliği sorunu olacaktır. Çağdaş dünyada hukukun toplumsal düzenin kalıcılığının en önemli güvencesi olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak, toplumsal gerçekliğin gerektirdiği (zorunlu kıldığı) düzen anlayışı ile hukukun öngördüğü (dayattığı) düzen anlayışı arasında önemli boyutta farklılığın ve uyumsuzluğun olmasının yüzyıllardır toplumsal çatışmaların temel kaynaklarından birini oluşturduğu da bilinmektedir.<sup>(2)</sup> Hukukumuzu Avrupa Birliği mükteşebatına uyumlulaştırma çabaları çerçevesinde yoğun bir hukuk reformunun gündemde olduğu şu günlerde, bu sorunun dikkatle ele alınmasının her zamankinden çok daha önemli olduğu kanısındayım.

Cumhuriyet dönemi boyunca hukukun toplumsal gerçeklikle bağdaştırılması konusunda zaten ciddi boyutta sınıktılar yaşamış ve hala "ithal edilmiş"

hukuk normlarının toplumla uyum problemlerini aşma çabasında olan bir ülke olarak, şimdi yine, bu sancılı sürecin ortaya çıkmasına yol açan bir tarzda<sup>(3)</sup> hukuk yapabilir miyiz? Yaparsak, gerçekte bu ne kadar hukuk olur? İşte cevap arayışında olduğumuz temel soru budur. Bir başka şekilde sormak gerekirse, hukuk bir toplum mühendisliği aracı olarak kullanılabilir mi? Yani, toplumsal değişimi hukuk normları aracılığı ile sağlamak mümkün müdür? Yoksa aksine, hukuk toplumsal değişim sürecinin bir ürünü ve düzenleyicisi, yani, toplumsal gelişimin bir göstergesi midir?

### Türk Toplumunu ve Hukuk

Tanzimat dönemine gelinceye kadar Türk tarihinde, hukuk ve toplum arasında ya da hukuk ile toplumsal değerler, ahlak, din ve gelenekler arasında önemli temel çatışmalar görmüyoruz. Türk toplumlarında, İslam'ın kabulüne kadar töre ve gelenek, İslam'ın benimsemesinden sonra ise, bunların yanı sıra din olgusu, hem hukukun, hem de toplumsal yapı ve yaşamın şekillenmesinde çok etkin role sahip olmuştur.<sup>(4)</sup>

(\*) Yard. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Durkheim'a referansla Özcan'ın işaret ettiği gibi "Hukuk düzeni [toplumsal] gerçekliği dikkate almıyor ise, ilgili toplumun gerçekliğinin zorlayıcılığı ile hukukun zorlayıcılığı arasındaki gerilim toplumsal çatışmaların temel kaynaklarından birini oluşturur." Mehmet Tevfik ÖZCAN, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, İstanbul 2001, s. 5

(2) Yani, toplumsal olgu (ihtiyaç ve değerler) öyle gerektirdiği için değil de hukukumuzu Avrupa Birliği'nin hukuk sistemi ile uyumlulaştırmak üzere ve belki de toplumsal gerçekliğe rağmen.

(3) Halil İNALCIK, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalat* isimli çalışmasında hem İslam öncesi Türk toplumlarında hem de Müslüman-Türk toplumlarında, hukukun eski Türk töresi ve İslam ile ilişkisini ayrıntılı olarak ortaya koymaktadır. İstanbul 2000, s. 27-46; Ayrıca bkz. Ümit HAŞSAN, *Örgüt-İnanç-Davranış'tan Hukuk-İdeoloji'ye*, 3. Baskı, İstanbul 2002

Bu bağlamda, Osmanlı sadece Türk töresi ile İslam'ı kendine has bir sentezde uzlaştırmakla kalmamış aynı zamanda, hukukunu, bu ikili değerler sistemi ile bağdaştırma gayreti içinde olmuş ve bu çerçevede toplumsal ihtiyaç ve duyarlılıklar gereğince hem Şer'i hukuku, hem de Örfi hukuku bir arada uygulamıştır.<sup>(4)</sup> Osmanlı modernleşmesine kadar, hukukun, toplum üyeleri gözündeki önemi ve konumunu, "şeriatın kestiği parmak acımaz" özdeyişi ile sembolleşen anlayış ile özetlemek mümkündür.<sup>(5)</sup>

Osmanlı modernleşmesi ile başlayan süreçte ise, "batılılaşma" temel hedefine yönelik reformist değişikliklerle, hukuk ve toplumsal gerçeklik arasında çok ciddi çözümler, kopmalar başladığını söyleyebiliriz.<sup>(6)</sup> Osmanlı sarayı ve aydını Osmanlı'nın içine düştüğü zor durumdan, ancak kendisini alt eden Batılı medeni toplumların silahlarını kuşanarak kurtulabileceğini düşünmekteydi. Bu düşünceyle benimsenen batılılaşma politikasıyla, başta din ve hukuk olmak üzere, o zamana kadar toplumsal hayatın düzeninin sağlanmasında etkin olan hemen tüm normatif değerler önemli ölçüde bir tarafa bırakılarak, gelişmiş batılı toplumların rasyonel ve daha önemlisi dünyasal kurallarının Osmanlı toplumuna adapte edilmesi sayesinde toplumsal değişim ve gelişimin sağlanması hedeflenmişti.<sup>(7)</sup>

Bu çerçevede girilen yenilik hareketlerine toplumda iki kesim karşı çıkmaktaydı. Din adamları ve halk. Ancak özellikle halk, kendisi için neyin iyi olduğunu bilemeyecek kadar cahil-cühele bir grup olarak görüldüğü için<sup>(8)</sup> seslerine hiç kulak verilmemiş, din adamları ise, varlıklarını devlete borçlu oldukları için seslerini yeterince yükseltmemişlerdir. Yükseltenler ise bedelini pahalı ödemek zorunda kalmışlardır. Dolayısıyla, yenilik hareketleri, çoğu yurtdışında eğitim görmüş, genç reformistlerin<sup>(9)</sup> önerileri doğrultusunda batılı kurum ve kuralların, olduğu gibi Osmanlı kurum ve kurallarının yerini almasına yönelik bir hareket olarak yürütülmüştür.

Osmanlı modernleşmesi olarak adlandırılan bu toplumsal dönüşüm projesine benzer bir yaklaşım, Cumhuriyet döneminde de benimsenmiş ve artık daha bilinçli olarak çok önemli adımlar atılmaya başlanmıştır. O zamanki ifadeyle, toplumu "muasır medeniyetler seviyesine çıkarmak" amacıyla kılık-kıyafetin belirlenmesinden, alfabenin değiştirilmesine varıncaya kadar bir seri devrim yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi hiç şüphesiz hukuk devrimidir. Zira halka ve benimsediği toplumsal değerlere (ve tüm itirazlara) rağmen yapılan bu değişiklikleri bir taraftan hayata geçirebilmek, etkin kılabilmek, diğer taraftan da getirilen yenilik-

- (4) Ö. L. BARKAN, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XI, Sayı 3-4, Yıl 1945, s. 203-204; Aktaran, İlber ORTAYLI, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, 3. Baskı, İstanbul 1995, s.155-156. Ayrıca bkz. İnalçık, s. 41
- (5) Adnan GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Ankara 2003, s. 441
- (6) Tarihçiler, bu olguyu, genel olarak "geleneksel değerlere yabancılaşma" biçiminde yorumlamaktadırlar. Özellikle bkz. Niyazi BERKES, Türkiye'de Çağdaşlaşma, İstanbul 1978, s. 27-39
- (7) Berkès, s. 216; Ortaylı, Tanzimat ile başlayan uygulamanın laikliğe doğru bir gidiş olduğuna işaret etmekle birlikte, çelişki ve kaşışıklığın büyümesine neden olduğunu da önemle vurgulamaktadır. s. 164; Ayrıca bkz. Ömer ÇAĞA, Aşkın Devletten Sivil Toplum, İstanbul 2000, s. 198
- (8) Çağa, s. 170-171
- (9) Jön Türkler olarak bilinen bu genç reformistlerin, modernleşmeyi gerçekleştirme çabılarında nasıl bir düşünce üfküne (belki de üfksuzluğuna) sahip olduklarını görmek için bkz. Şerif MARDİN, Jön Türklerin Siyasi Fikirleri 1895 - 1908, 6. Baskı, İstanbul 1999, özellikle önsöz, s. 7-19.

leri ve onları dayatan yeni iktidar yapısını meşrulaştırmak üzere kaynağı batı medeniyeti, referansı akıl olan (yani seküler) hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu açıdan, bu tarife uygun olduğu düşünülen "medeni batı toplumlarının" kanunları hızla iktibas edilmiş, derhal yeni kanunlar yapılmış, mevcut kanunlarda köklü değişikliklere gidilmiştir.<sup>(10)</sup>

Bütün bu süreç içerisinde iktibas edilen ya da orijinal dilinden olduğu gibi Türkçe çevirisi yapılan hukuk kurallarının toplumsal yapıyla örtüşüp örtüşmediği, toplumsal ihtiyaçları karşılamaya elverişli olup olmadığı yeterince incelenmediği gibi, farklı ülkelerden iktibas edilen hukuk normlarının birbiriyle uyumlu olup olmadığı, tutarlı bir bütünün parçaları olup olamayacakları da dikkate alınmamıştır. Çünkü zaten amaç kanunların toplumsal ihtiyaçları karşılamasını sağlamak, onların, toplum gerçekliği ve değerleriyle uyumunu sağlamak değil, bu kurallar aracılığıyla toplumsal ilişkileri yeni baştan belirlemek ve o zamana kadar benimsenen, (toplumun geri kalmasına yol açtığına inanılan) değerleri, bir anlamda toplumun kişiliğini (türünü) değiştirmek, toplumun batılı değerler çerçevesinde yeniden yapılanmasını sağlamaktır. Hal böyle olunca daha yürürlüğe kondukları andan itibaren, bu yeni hukuk kurallarını hem toplumsal yapı ve değerlerle uyumlaştırma; hem de farklı kanunlar arasındaki çelişkilerin doğurduğu uygulama sorunlarını gider-

rebilmek amacıyla, tekrar ve tekrar değiştirmek, eklemek, düzeltmek, yenilemek ihtiyacı baş göstermiş bulunmaktadır. Bu yüzden de seksen yıllık dönem içerisinde muhtemelen bir dünya rekoru sayılabilecek sayıda kanun değişiklikleri yapılmış, yönetmelikler ve tüzükler çıkarılmıştır. Ancak günümüze gelindiğinde hala bu konuda bir başarı sağlanabilmiş değildir.<sup>(11)</sup>

Bununla birlikte, bugün artık bu sorunun, kanunların bazı maddelerinin değiştirilmesi (amiyane tabirle, hukuk sisteminin yamalı bohçaya dönüştürülmesi) suretiyle çözülemeyeceğinin anlaşılmış bulunmaktadır. Ayrıca zaten, Avrupa Birliğine girmek hedefi doğrultusunda kanunların Avrupa Birliği hukuk sistemi ile uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu nedeniyle de daha köklü bir hukuk reformu yapılması gerektiği düşünülmeye başlanmıştır. Bu çerçevede, Bazı Anayasa hükümleri ile Medeni Kanun başta olmak üzere Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu, Usul Kanunları gibi hemen tüm temel kanunların yeni baştan yapılması yönünde çalışmalara hız verilmiştir.

Ancak ne var ki, bu reformların yapılmasında, toplumsal gerçekliğin rolünün ne olacağı, hangi temel ilkelerin yol gösterici olması gerektiği konusunda hala bir belirsizlik hüküm sürmektedir. Acaba, bugün yine Batılı medeni toplumların hukuk anlayışlarını mı esas almalıyız? Ya da o hukuk sistemlerine de kaynaklık ettiği düşünülen ve iddia edilen (sözde rasyonel, özünde ise ide-

(10) Gülünhal BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara 1996, s. 209

(11) Çağdaşlaşma ve gelişme adına resepsiyon yoluyla hukuk reformu yapılmasının yanlış olmadığı görüşünü savunmakta birlikte Bozkurt, diğer yandan resepsiyonun yarattığı temel sorunların da farkındadır. Bozkurt, s. 211-212 Ayrıca Türkiye'nin resepsiyon yoluyla aldığı yeni hukukun sosyal yaşamın bazı temel özelliklerini değiştirme konusunda etkili olmadığı konusundaki erken tespitlerden (Tulane Law Review'de 1959'da yayımlanan bir makalede) biri için bkz. Yehezkel DROR, "Law and Social Change", Vilhelm Aubert (Editör), Sociology of Law Selected Readings, Harmondsworth 1969 içinde, s. 96-97.

olojik olan) insan hakları söylemi mi bize yol göstermelidir? Yoksa bütün bunlardan önce, içinde yaşadığımız toplumun şartları, toplumun benimsediği ahlaki değerler, dinsel inanışlar ve gelenekler, kısacası toplumsal gerçekliğimiz mi bize rehberlik etmelidir? Bütün bu sorular hem hukuk politikacıları ve kanun koyucunun kafasını karıştırmakta, hem de akademik çevrelerde tartışma konusu olmaktadır.

Osmanlı modernleşmesinde, Osmanlı sarayı ve aydınları arasında ülkeyi içine düştüğü felaketten kurtarabilmek için, "batılılaşma" dışında başka alternatif olmadığı düşüncesi hâkimdi. Her ne kadar yöntemi ve tarzı tartışılabilirse de bu, o günün şartlarında, oldukça gerçekçi bir yargıydı. Ancak, yaşadığımız bunca deneyimden sonra hukukun toplum mühendisliği aracı olarak kullanılamayacağı, bunun toplumsal değişimi sağlamaya yetmediğini görüp anlamış olmamız gerektiği halde, bugün hala aynı şeyi<sup>(12)</sup> benimsemeli miyiz? Belki de gerçekten bir değişim kaçınılmazdır, ancak acaba değişim hangi yönde olacaktır ve salt hukuku değiştirmekle sağlanabilir mi? Yoksa hukuk, kendisinden başka araçlarla sağlanacak sosyal-kültürel değişimi takip etmeli, desteklemeli midir? Bu sorulara doğrudan doğruya evet ya da hayır biçiminde kestirme cevaplar vermeden önce, verilecek temel cevabı da gerekçelendirmek üzere, öncelikle hukukun toplumsal işlevi (özellikle, toplum-

larda hukuk niçin gereklidir sorusu) üzerinde durulması yararlı olacaktır.

### Hukukun Toplumsal İşlevi ve Kaynağı Sorunu

Bildiğimiz gibi, hukuk, günümüz toplumlarının en temel yapı taşlarından birisidir. Çağdaş devletler, "hukuk devleti" olmakla, "hukukun üstünlüğü" ilkesine bağlı kalmakla övünmektedir. Günümüz dünyasında hukuka bağlı devlet imajı (hele, demokratik sıfatıyla da birleşmişse) bir gelişmişlik göstergesi sayılmaktadır. Dahası yine çağdaş dünyada hukuk yegâne meşruluk aracı olarak kabul edilmekte, uluslararası müdahaleleri haklılaştırmak için bile, Birleşmiş Milletler Güventik Konseyinin hukuksal nitelikli bir kararı yeterli görülebilmektedir.

Özellikle, çağdaş demokratik toplumlarda hukuk, devletin her şeyidir. Devletin hem varlık nedeni, hem meşruluk aracı, hem de elikolu ve silahıdır. Kısaca devleti hukuk var etmiştir ve hukuk ayakta tutmaktadır.<sup>(13)</sup> Bu açıdan bakıldığında, sanki hukuk toplumsal yaşantıyı düzenlemek, toplum üyelerinin hak ve özgürlüklerinin muhafazası için değil, aksine devletin bekası için vardır bile denilebilir.<sup>(14)</sup> Oysa biliyoruz ki, hukuki olan her şey meşru değildir.<sup>(15)</sup> Kaldı ki, sadece pozitif hukuka (kanuna) uygun olan her şey gerçekte hukuki bile olmayabilir. Buradan hareketle, hukukun devletin koyduğu kuralardan ibaret olmadığını, pozitif hukuktan önce ve onun ötesinde de hukuktan

söz edilebileceğini belirtmek gerekir. Teorik olarak devleti ve siyasal iktidarı meşrulaştırmasına, kısaca bir meşruluk aracı haline dönmüş olmasına rağmen, salt devletin yaptığı kurallardan ibaret sayılan hukukun kendisinin de bir meşruluk sorunu ile karşı karşıya kalacağı kolaylıkla anlaşılabilir. Burada karşımıza kanunilik, hukukilik ve meşruluk gibi pek çok kavramsal sorun çıkmaktadır. Her biri farklı anlam taşıyan ve aralarındaki nitelik farkı çok önemli olan bu kavramları açıklamak başlı başına başka bir çalışma konusudur. Bu yüzden burada sadece hukukiliğin meşruluktan farklı olduğunu belirtmekle yetineceğim. Bununla, aynı zamanda hukukun yetkili organlarca usulünce yürürlük kazandırılan mevzuattan ibaret olmadığını, hukukun kendisi için de bir meşruluk probleminin her zaman söz konusu olabileceğine tekrar işaret etmek istiyorum. Başka bir biçimde söylemek gerekirse, hukukun kendisi meşru kılınmadıkça bir toplumda, devlet ve siyasal iktidarlar başta olmak üzere, hemen hiç bir kurumsal yapının meşru olarak varlığını sürdürebilmesine olanak yoktur.

Tarihin her döneminde toplumsal ihtiyaçlar ve değerlerle hukuktan daha çok örtüşen ve dolayısıyla, hukukun ve buna dayalı olsun olmasın, devletin eylem ve işlemlerinin daha kolay benimsenmesini sağlayabilecek başka bazı normatif meşruluk araçları var olmuştur.<sup>(16)</sup> Ancak günümüzde, özellikle

"medeni" (batılı) toplumlar hukukun yerine başka bir meşruiyet aracı koymak niyetinde değildir. Spekülatif bir iddia olsa da hemen şimdi şöyle diyebilir miyiz? Çünkü hukuk, iktidar aracılığı ile her tür ideolojiyi dayatmanın ve gerçekleştirilmenin, her tür siyasal, sosyal ve ekonomik çıkarı "sözde meşru" (pozitif hukuka uygun) zeminde elde etmenin en rasyonel ve en kolay aracıdır.<sup>(17)</sup> ABD'nin, her türlü ulusal ve uluslararası moral meşruiyet kaygısından uzak olarak ve her türlü iç ve dış muhalefete rağmen, özellikle uluslararası alandaki dayatmaları, müdahaleleri ve güç gösterileri, Nazi Almanyası'na hatırlatmasıyla, buna örnek gösterilebilir. Yine geçtiğimiz yüzyıl içerisinde İtalya'da, son on yıllarda ise Türkiye'de önemli sosyal sorunlar olarak görülen siyaset, çete, mafya, para, banka ve devlet ilişkileri bu gerçekliği daha iyi kavramaya yardımcı olacaktır. Hem İtalya'da, hem de Türkiye'de ve benzer başka ülkelerde, kısmen kanuna uydurularak (örneğin, akrabalara, eşe-dosta verilen devlet ihaleleri, kısmen kanunsuz ya da hangi çerçevede (mesela, ulusal güvenlik, kamusal yarar kavramlarının perdelemesi arkasında) kurulduğu bilinmeyen iktidar-çevre ilişkileri sayesinde (Temiz eller, Susurluk), hukuk kuralları uyarınca "meşru" yoldan iktidarda olanlar ve çevresindekilerin, hukuka dayalı iktidarlarını hangi "gayri meşru" menfaatlere kolaylıkla aracı kılabildiklerini göstermeye yetmektedir.

(16) Habermas, sosyolojik açıdan meşruluğun, toplumda doğru olarak kabul edilen değerlerle ilişkili olduğunu savunmaktadır. Kanımca, hukuk ise doğru olandan ziyade adil olanla ilgilidir. Bkz. Jürgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Cambridge 1997, s. 95-97.

(17) Bunu Erdoğan'ın tartıştığı Hikmet-i Hükümet kavramı ile ilişkilendirebiliriz. Bununla ne kastettiğini Erdoğan, Machiavelli'ye referansla şöyle ifade ediyor. "bir prensin devletin bekası amacıyla "sadaqat, merhamet, insanîyet ve din gözetmeksizin hareket etmesinin çok kere zorunlu olduğu" veya "Anayurdun korunması için, kişi bir şeyin hukuki mi hukuk dışı mı, yumuşak mı zalimce mi, övgüye değer mi utandırıcı mı olup olmadığını düşünmek için bir an için bile durmamalıdır." Mustafa ERDOĞAN, "Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?", *Doğu Batı, Düşünce Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01, s. 47-48.

(12) Yani, Avrupa Birliğine üye olmak, dolayısıyla onun standartlarını, normlarını benimsemek kaçınılmazdır, başka da bir alternatif olmadığına göre, hukukumuzu bu doğrultuda değiştirmeliyiz anlayışını

(13) Niyazi ÖKTEM / Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul 2001, s. 259-260.

(14) Hukuk ve devlet bekası kavramları arasındaki gerilime ilişkin bir çalışma için bkz. E. Fuat KEYMAN, "Devlet Bekası - Hukukun Üstünlüğü Karşılığı: Türkiye'de Devlet Sorunu ve Demokratikleşme Olasılığı", *Doğu Batı, Düşünce Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01, s. 137-149.

(15) Bazen meşruluk, açıkça yürürlükteki hukuk kurallarına aykırılıkla eşanlamı olabilir. Genel olarak sivil itaatsizlik eylemleri buna örnektir.

Bir yanda "sözde" meşru iktidarlardan kurarken, diğer yandan meşruluğu ahlaki bir temel üzerine oturtmadığı için, iktidar gruplarının her türlü toplumsal amaç ve hedeflerini (verili bir ideolojiyi dayatmaktan, ekonomik hayata müdahaleler, siyasal manipülasyonlar ve din istismarlarına kadar) gerçekleştirmek üzere araç haline dönüşebilen ve (belki de bu yüzden) çağdaş dünya devletleri için vazgeçilmez önem ve değere sahip bulunan hukuk, gerçekte nedir? Pek çok açıdan cevap verilebilir. Birbirinden oldukça farklı tarihsel, sosyolojik, felsefi, ideolojik ve pozitivist hukuk tanım ve analizleri yapılabilir. Ne var ki, burada bütün bu farklı tanım ve analizlere uzun uzadıya değinme imkânımız yok. Ayrıca bunun gerekli olduğunu da düşünmüyorum. Mevcut sorunumuza esas olmak üzere, hukuku, bugün çağdaş dünyada hukuk denildiğinde en yaygın olarak anlaşıldığı biçimiyle "pozitif hukuk" olarak almanın yeterli olacağı kanısındayım. Zira hayali değil de, gerçekçi bir bakış açısı sergilemeye çalıştığımızda (ki bu tebliğde bizim yaklaşımımız böyledir) karşınıza çıkan yegâne hukuk olgusu (sosyolojik anlamda yaşayan hukuk kavramı da hariç tutulmak üzere) devlet eliyle yaratılan hukuku ifade eden pozitif hukuk normlarıdır. Bundan sonraki açıklamalarda hukuk dediğimde pozitif hukuku, yani belli bir ülkede, belli bir zamanda, yetkili organlarca usulüne uygun olarak çıkarılmış ve devlet desteğine bağlanmış olarak yürürlükte bulunan hukuk kurallarını kastediyor olacağım.

Bununla birlikte, burada hukuk ve toplumsal gerçeklik ilişkisi sorununu

irdelerken sormadan geçilmemesi gereken bir soru var. O da şu: Hukuk realitede toplumsal gerçekliğin bir ürünü olarak mı pozitif hukuk haline dönüşmektedir? Yani toplumsal hayatta varolan ilişki biçimlerini olduğu gibi kurallara bağlamak hukuk yapmak anlamına gelir mi? Yoksa hukuk toplumsal hayatın ideal biçimi öngörüsü üzerine mi yapılmalıdır? Bu soruya verilecek cevap, bir taraftan hukukun toplumsal gerçeklik ve değerlerle ilişkisi sorununu ortaya koyacak, diğer taraftan kanun koyucunun ya da hukuk politikacısının pozitif hukuku yaparken izleyeceği yöntemi, yolu belirlemek, hukuk uygulayıcısının da boşlukları doldururken, yorum yaparken takınacağı tavra ışık tutmak açısından önem taşıyacaktır. Ancak bu soruya cevap verebilmek için önce başka bir soru sormak ve cevaplamak gerekmektedir: Hukuk niçin vardır? Hangi toplumsal işlevi yerine getirmektedir?

İlk akla gelen cevap hukukun "toplumsal düzeni sağlamak" için var olduğu şeklindedir.<sup>(18)</sup> Ancak bu, sanıldığı kadar gerçekçi bir saptama değildir. Zira tarihsel bir bakış, toplumsal hayatın düzenini sağlayan ilk normatif düzen kurallarının din kuralları olduğu gerçeğini göz önüne sermektedir. İlk insan ve ilk toplumla birlikte dinsel normlar toplumsal yaşamın en önemli belirleyicisi olmuştur. Bu toplumlarda hukuk, dine, ahlaka ya da geleneklere alternatif bir normatif düzen unsuru olarak ortaya çıkmamış, aksine dinsel normların ihlalinin önlemek, kutsala yönelik eylemleri cezalandırmak, gelenekleri muhafaza etmek düşüncesinden doğmuştur.<sup>(19)</sup>

(18) Hukukun toplumsal düzeni sağladığına ilişkin bir ifade tüm hukuk başlangıcı, hukuka giriş, hukukun temel kavramları ve benzeri temel hukuk kitaplarının vazgeçilmez klâsidir.

(19) Öktem / Türkbağ, s. 266-268; Cahit CAN, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara 2002, s. 24-25

Bu çerçevede, tarihsel süreçte, özellikle kültürel açıdan homojen toplumlarda insan davranışlarını, hukukun ötesinde, hatta öncesinde, çok farklı toplumsal düşünce ve inanışların (tasarımların) belirlediğini ileri sürmek mümkündür.<sup>(20)</sup> Geçmişte olduğu gibi bugün de toplumsal düzenin sürmesinde, hukukun yanı sıra din, ahlak ve örf-adet kurallarının, kısaca kültürel normların çok etkin bir rol oynadığı söylenebilir. Bu anlamda bazen ahlak, bazen din ya da gelenekler ön plana çıkar.<sup>(21)</sup> Örneğin, insanlar dini inanışları ya da ahlak anlayışları öyle gerektirdiği için, kendilerini çaresizlere, evsizlere, düşkünlere yardım etme yükümlülüğü altında hissedebilir, yalan söylemekten kaçınabilir. Yine insanlar örf-adet ve görgü kuralları uyarınca yanlış olduğuna inandıkları için büyükleri yanında alkol almaktan, açık saçık giyinmekten çekinebilirler. Başkasının canına, ırzına ve malına zarar vermemek, hırsızlık, dolandırıcılık yapmamak, adam öldürmek için de benzer şeyler söylenebilir.<sup>(22)</sup> Bu davranışların bir kısmı hukuk düzenince yasaklanmış ya da önerilmiş (yapılması emredilmiş) davranışlar olabilir.

Burada önemli olan soru, hukuk düzenince emredilmiş ya da yasaklanmış olması bizim herhangi bir davranışla il-

gili tavrımızı ne ölçüde belirlemektedir? Örneğin, ev kiramızı, kredi kartı borcumuzu, düzenli ödüyor olmamız ya da hırsızlık yankesicilik, dolandırıcılık yapmıyor olmamız, salt bunların hukuk kuralları içinde yer almış, hukuksal düzenlemeye kavuşturulmuş olması ile ilgili olarak açıklanabilir mi? Acaba, hukukça emredilmemiş olsaydı, her birimiz kiramızı, kredi kartı borcumuzu ödememeyi mi tercih edecektik? Ya da hukukça yasaklanmamış olsaydı, her birimiz her fırsatta hırsızlık ya da dolandırıcılık mı yapacaktık? Böyle bir soruya cevap vermek çok kolay görünmemektedir. Ancak insan psikolojisinden hareketle yapılacak bir tespit, toplumun sıradan üyelerinin hukuk karşısındaki tavır alışlarını açıklamak açısından oldukça faydalı bir bakış açısı sağlayacaktır. Psikolojik olarak her insan kendisine yönelen dayatmalara karşı tepki verme eğilimindedir. Dolayısıyla kültürel normlarla uyumlu olmayan bir davranışın hukukça emredilmiş olması toplum üyelerinin o davranışı benimseyecekleri (içselleştirecekleri) anlamına gelmez.<sup>(23)</sup> Ayrıca, tarihsel veriler göstermektedir ki, radikal hukuksal değişikliklerin gerçekleştirildiği pek çok toplumda, toplum üyelerinin önemli bir kısmı sırf hukuk kuralları yasakladığı (ya da emrettiği) için, kendi gele-

(20) Can, s. 25-26.

(21) Örneğin, "Uzakdoğu toplumlarında hukuk yolu en son başvurulması gereken ve normal olarak kullanılmayan bir araç sayılır... Şerefli bir vatandaş hukukla ilgilenmez, davranışlarını yüksek ahlaki ilkelere göre düzenler." Adnan GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 2.

(22) Émile DURKHEIM, Sosyolojik Yöntemin Kuralları, Çeviren: Cenk Saraçoğlu, İstanbul 2004, s. 48-55. Durkheim'in ifadesiyle, "bu kuralların dışına çıkıp onları ihlal etme ve bağımsız davranma gücünü kendimde bulsam bile, bu kuralları veri alıp onlara karşı mücadele etmeksizin yapmamı bunu. Hatta ve hatta bu kuralları bir şekilde alt ettiğim durumda bile onların benim üzerimde yeniden baskı kurmaya yönelik dirençleri bu kuralların zorlayıcı güçlerini bana hissettirir. Bütün yenilikçiler ne kadar şanslı olurlarsa olsunlar benimde sonunda girişimlerinin karşısında kuralların zorlayıcılığı ve muhalefetini bulurlar." s. 51.

(23) Parsons'a göre, "Bir sistem olarak toplumun özü, kendi içinde ... biçimlenmiş normatif bir düzendir. Bir düzen olarak bu normatif yapı, değerleri ve farklılaşmış ve özelleşmiş ayrıntılı norm ve değerleri içerir. Anlamli ve yasal olubilmeleri için bu öğelerin kültürel referanslara gereksinimleri vardır. T. PARSONS, Societies, Evolutionary and Comparative Perspective, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1966, s. 10. Aktaran: Anthony D. SMİTH, Toplumsal Değişme Anlayışı, Çeviren: Prof. Dr. Ülgen Oskay, Ankara 1995

nek ve inanışlarından kolay vazgeçmemiş, hukuka aykırı hale getirilmiş olmasına rağmen, belli biçimde davranmak konusunda ısrarlı olmayı sürdürmüşlerdir.<sup>(24)</sup> Dügünlerde meskûn mahallerde silahla ateş açılması, bundan çok daha ileri düzeyde olmak üzere, "namus temizleme" ve "kan davası" adı altında cinayetler işlenmesi bizim toplumumuzdaki bu geleneksel davranışlara örnek gösterilebilir. Salt, hukuka aykırı saymanın, hatta şiddetle cezalandırmanın bu türden davranışları engellemek adına yeterli olduğu söylenebilir mi? Sanırım bu defa cevap çok tereddüt edilmeksizin "hayır" olacaktır. Şu halde aynı mantık çerçevesinde yukarıdaki sorulara da aynı cevabı vermek mümkündür.<sup>(25)</sup> Zira, kendimizle ilgili olarak yapacağımız basit bir gözlem ve sorgulama bile, çoğu zaman davranışlarımızı hukuka uydurmak iradesiyle değil başkaları karşısında küçük düşmemek, rezil olmamak, ayıplanmamak, (ya da amiyane tabirle, karizmayı çizdirmemek), günah işlememek, görgüsüz sayılmamak ve benzer diğer bazı düşüncelerle ya da töre veya gelenek baskısıyla ayarladığımızı görmemize yetecektir.<sup>(26)</sup> Eğer bu türden toplumsal baskı ve zorlayıcılıklar olmasaydı, çoğu zaman hukuku ihlal etmek konusunda istekli bile olabilirdik. Hukuka aykırılı-

ğına rağmen vergi kaçakçılığının yaygınlığı, trafikte hız limitine uyulmaması veya emniyet kemeri bağlama konusundaki lakaytlık neyi kastettiğimi somutlaştırmak adına oldukça elverişli bir örneklerdir. Pek çoğumuzun, hırsızlık yapmıyor olması, tıpkı yalan söylemekten hoşlanmadığımız gibi, onun hukuk düzenince yasaklanmış bir eylem olmasından çok, bizatihi hırsızlığın "kötü" ve "yanlış" olduğuna ilişkin değer yargılarımızdır ve bu yargıları biz hukuk öğretisinden ziyade toplumsal kültürden (din, ahlak, örf-adet, gelenek, görgü ve benzeri toplumsal normlardan) ediniriz. Bu anlamda, her toplumda insanların büyük bölümünün kendiliklerinden hukuka uygun davranışlar sergilemeleri, hukuk kuralları ile toplumsal kültür ve genel insani (ahlaki) değerler arasındaki uyumla açıklanabilir.<sup>(27)</sup>

Kısaca, bütün toplumsal düzen kuralları (kendilerini nitelerken işaret edildiği üzere) toplumda düzen sağlama işlevi ile ilgili bulunmaktadır.<sup>(28)</sup> O halde, diğer sosyal düzen kurallarının yanı sıra, bir toplumda niçin ayrıca hukuk kurallarına ihtiyaç duyulur? İşte az önceki sorumuzu bu çerçevede cevaplamak gerekmektedir. Bunun teorik olmaktan ziyade pratik nedenleri olduğunu düşünüyorum.

- (24) Hukuksal düzenlemelerin toplumsal değişimi sağlamak konusunda başarısızlığına ilişkin örnek ve açıklamalar için bkz. Anthony GIDDENS, *Sociology, Polity Press, Cambridge 1989*, s. 18
- (25) Aksine bir yaklaşım psikolojik açıdan da savunulamaz. Çünkü insan psikolojisi, sırf birisi (kanun koyucu) bir şeyi emretti ya da yasakladı ve bu emir - yasaklara aykırılığı cezalandırabilme gücünü elinde bulunduruyor diye itaatkâr bir tavır geliştirmeye değil; tam aksine, özellikle de benimsediği değerler sistemi ile çatışsa, bu tür zorlayıcılıklara karşı tepkisel davranışlar geliştirmeye daha elverişlidir.
- (26) Bununla birlikte, pozitif hukukçular da dâhil olmak üzere, pek çoğumuzun sayısını bilmediğimiz, içerdiği maddelerde nelerin emredilip nelerin yasaklandığından haberdar olduğumuz pek çok kanuna aykırı davranmadığı da gerçektir.
- (27) Bu konuda ayrıntılı teorik tartışmalar için bkz. Özcan, s. 66-97
- (28) Özetle, hukuku da içeren tüm sosyal düzen kurallarının birey ve toplum hayatını düzenlemeye yönelik oldukları ve onlara, iyilik yapmak, yardım etmek gibi olumlu emirler ya da kötülükten kaçınmak, hırsızlık yapmamak gibi olumsuz emirler (yasaklar) tarzında bazı davranış modelleri önerdikleri söylenebilir. Hem hukuk hem de diğer sosyal düzen kuralları kapsam ve biçimsel karakterleri açısından birbirlerine benzer nitelik arz etmektedir. Yine, tüm sosyal düzen kuralları, emir ve yasaklarına uyulmaması halinde, nitelikleri farklılaşsa da genel olarak yaptırım olarak anılan bazı toplumsal tepkileri de içerdiğinde barındırmaktadır.

Bunlardan birisi, diğer toplumsal düzen kurallarının toplumsal değişime ayak uydurabilecek, değişen toplumsal şartları hızlı biçimde düzenleyebilecek nitelikte olmamasıdır. Bir başka ifade ile toplumların dinamik yapısına karşın, hukuk dışındaki toplumsal düzen kurallarının nispeten statik bir yapısı vardır. Bunlardaki değişme çok yavaş bir biçimde ve kendiliğinden gerçekleşir. İnsanlar istese de, din, ahlak, örf-adet kurallarını birkaç gün, ya da birkaç ay içerisinde değiştirebilmelerine olanak yoktur.<sup>(29)</sup> İkinci olarak diğer toplumsal düzen kurallarına uyulmaması halinde, kuralı ihlal edene uygulanabilecek belirli ve düzenli bir yaptırım sözü konusu olmaması da ortaya çıkabilecek befallsizliği gidermek açısından hukuk kurallarını gerekli kılmaktadır. Hukuk kuralları dışındaki toplumsal düzen kurallarının hepsinde, kuralın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar belirsiz ve arızî niteliktedir. Bu ise, özellikle, kuralın artık sosyal ihtiyaçları karşılayamaması durumunda, spontane olarak yerine bir kural oluşana kadar, insanların yoğun olarak onu ihlal etmesi ihtimalini artıracak, dolayısıyla toplum düzeninin önemli ölçüde bozulmasına ve düzensizliğin giderek kaosa dönüşme-

sine yol açabilecektir. Oysa sosyal ihtiyaçları karşılansa da karşılamasa da hukuk kurallarına uyulmaması durumunda devlet tarafından desteklenen belirli ve güçlü nitelikte maddi yaptırımlar söz konusudur ve bu yaptırımlar, kurallar yürürlükte kaldığı sürece etkin olarak uygulanma potansiyeli taşımaktadırlar.

Başka bazı pratik sebeplerle de hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin, diğer toplumsal düzen kurallarının hiç ilgilenmediği, eksik düzenlediği alanlarda ilk düzenleyici olarak hukuk kuralları ortaya çıkmaktadır.<sup>(30)</sup> Banka ve sigortacılık işlemlerini belirleyen hukuk kuralları, bilgisayar teknolojisi ve internet kullanımı dolayısıyla ortaya çıkan yeni davranış modellerini düzenleyen hukuk kuralları buna örnek gösterilebilir.

Bunlar dışında ve asıl önemlisi, günümüzde hukuk, daha önce de işaret edildiği üzere, devleti, vatandaşına karşı hem meşrulaştırmak, hem de üstün kılmak için, kısaca devlet için vardır. Devlet iktidarı ve gücünü toplumdaki en üstün güç ve tek meşru otorite olarak ilan eden hukuk, bu çerçevede vatandaşlara ödevler yükleyip, haklar bahşeden yegâne üstün otoritedir.<sup>(31)</sup>

- (29) Ancak bazen tersi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, kanun koyucunun hukuk normlarını toplumsal ihtiyaçlar paralelinde değiştirmekte gecikmesi durumunda toplum üyeleri kendi aralarında hukuki nitelikteki işlerini çözmek üzere bir takım kuralları geliştirmekte ve bunlara kendiliklerinden uymaktadırlar. Siyasal iktidar dışındaki sosyal iktidarlardan oluşturulan ve toplumda belli etkinlikte sahip bu türden kurallar her ne kadar pozitif hukuk kuralı olmasalar da sosyolojik olarak hukuk kuralı niteliği taşımaktadır.
- (30) Örneğin, Osmanlı'da, İnalıcık'ın ifadesiyle "zamanla, Şerif'at'ın çözüm için bir kural koymadığı durumlar ortaya çıkmakta idi. Fetvâ kurumu, her zaman, özellikle kamu işlerinde yeterli değildi. Sultan tarafından verilen hükümler, bazen Şerif'at'la uyumlu görünmese bile sivil otoritenin devamı nihal olarak Müslümanlar'ın hayrı için zorunlu kabul edilerek, uygulamaya alanına konmuştur. Bu kurallar, tamamıyla bağımsız bir hukuk konusu olarak Şerif'at ile yan yana mevcut devlet hukuku anlamına gelen kanun veya zevabit terimleriyle adlandırılmıştır. İnalıcık, s. 41
- (31) Aslında bu bir bakıma, laiklik anlayışının bir sonucu olarak -ki bu da aydınlanma felsefesinin, rasyonalist düşüncenin bir ürünüdür- insanın nasıl davranacağını söyleyen ilahi irade ve bundan beslenen ahlaki ilkelere yerine hukuk iradesinin, pratikte, siyasal iktidar ve kanun koyucunun iradesinin geçmesi anlamına geliyor. Bu temel sorunu ele aldığı çalışmada E. Fuat Keyman sonuç olarak şu özüme ulaştırmaktadır: "modemite içinde siyasal olanın devletle endeksli niteliği, devlet iktidarının toplumsal ilişkiler üzerinde hegemonyasını ve meşruiyetini kuran "egemenlik söylemi"yle gerçekleştiği ölçüde, devlet-toplum/birey ilişkilerini tarihsel, ilişkisel, bağlamsal ve söylemsel kurulmuş çok boyutlu bir "ilişkiler dizimi" olarak düşünmek modemiteyi anlamamız ve devlet-iktidar-meşruiyet bağlanışını eleştirel bir yoldan çözümlenemiz için önemli bir açılım sağlayacaktır." (italikler orijinal metinden) Keyman, s. 149



Şu halde, hukuk toplumsal hayatın düzenini sağlamaktan çok, düzenin kalıcılığını sağlamak işlevini yerine getirmektedir demek yanlış olmayacaktır. Ancak sorun burada bitmemekte, aksine başlamaktadır. Zira realitede hukukun toplumsal gerçekliğin bir ürünü olarak kendiliğinden doğması mümkün değildir. Dolayısıyla, en azından pozitif hukukun yapımı sırasında acaba, toplumsal hayatta var olan ilişki biçimleri olduğu gibi kurallara bağlamak mı gerekecektir? Yoksa hukuku toplumsal hayatın ideal biçimi öngörüsü üzerine mi yapmak gerekecektir? Yukarıdaki örneklere dönerek şöyle de sorulabilir: Kanun koyucu, töre cinayetleri ve kan davası olguları karşısında nasıl bir tutum takınacaktır? Bunları toplumun gerçekliği olarak kabul edip, hukuka cezasızlık ya da indirim sebebi olarak mı yansıatacaktır? Yoksa diğer cinayetlerle birlikte benzer cezaya çarptırılmasını mı öngörecektir? Eğer cevap ikinci ihtimaller ise, kanun koyucunun başvuracağı ideal toplum tasarımı öngörüsünde ona ne yol gösterecektir?

### Hukukun Olgusal Niteliği ve Amacı Sorunu

Açıklandığı üzere, hukuk zorunlu olarak toplumsal hayatın içinden doğmuş, onun ayrılmaz bir parçası, bir başka ifadeyle, toplumsal bir olgudur ve kendisi dışındaki toplumsal unsurlarla ve özellikle normatif öğelerle uyum içinde olmak durumundadır.<sup>(32)</sup>

Şimdi, hukukun toplumsal işlevine ilişkin yukarıda ortaya konulan düşünceleri ve buradaki savı bir arada daha somut ve anlaşılır kılmak üzere birlikte basit bir akıl yürütmede bulunalım. Tarihin herhangi bir döneminde diğer medeniyet ve kültürlerden uzakta bir toplum varsayalım. Bu toplum üyelerinin aynı dini ve ahlaki değerleri, gelenek ve örfleri paylaştıklarını kabul edelim. Diğer kültürlerle ilişki içinde olmayan bu toplumda birden çok doğru (toplumsal iyi ideali) söz konusu değildir. Tarihsel kaynağı din olan toplumsal tasarımların hepsinde aynı davranış modelleri, iyi-kötü, doğru-yanlış olarak benimsenmekte ve onanmaktadır. Böyle bir toplumda reformist bir hukuk düşüncesinin yeşermeyeceği aşikârdır.<sup>(33)</sup> Bu durumda ise, hukuk kurallarının yeni toplumsal davranış modeli yaratması düşünülemeyeceği gibi, hukuk kuralları ile din kuralları, ahlak kuralları ya da gelenekler arasında, başka bir söyleyişle hukuk ile toplumsal gerçeklik ve toplumsal değerler arasında bir gerilim olacağı da düşünülemez.<sup>(34)</sup> Çünkü böyle bir toplumda insan davranışlarının nasıl olması gerektiğini söyleyen hukuk değil, hukuk dışındaki, toplumsal yaşamın başlangıcından itibaren var olan ve onun yapı harcı olan, diğer toplumsal tasarımlardır. Hukuk, yeni bir toplumsal tasarım olarak değil, mevcut tasarımların öngördüğü sosyal düzenlere ilişkin çatışmaları çözümlenmek, daha genel olarak da yukarıda açıklamaya çalıştığım pratik işlevleri üstlenmek üzere

varlık bulmaktadır. Bu anlamda hukuk sosyal yaşantının belirleyicisi değil, düzenleyicisi olmak rolünü üstlenecektir.

Yukarıdaki hukukun toplumsal işlevine ilişkin tartışmalar ve bu basit akıl yürütme ile göstermeye çalıştığım şey, homojen bir kültürel yapı içerisinde, toplum üyelerinin genellikle benzer ahlaki ve kültürel değerleri benimsemesi olgusunun, neyin hukuka aykırı olup-olmayacağı (ya da daha dar ve spesifik bir anlamda, neyin suç sayılıp-sayılmayacağı) konusunda bir toplumsal uzlaşmaya işaret edeceğidir. Şu halde, böyle bir toplumsal yapı içerisinde kanun koyucunun aklına toplumu değiştirmek üzere hukuk yapmak ihtimali asla gelmeyecektir. Zaten hukukun işlevi de, amacı da bu değildir. Hukuk geleneksel olarak, kamusal vicdanı inciten ve yaralayan eylemlerin doğurduğu sonuçları ortadan kaldırmak, toplum üyelerinin mevcut inanç sistemleri ve daha genel olarak kültürel normlar çerçevesinde hak ve adalet duygularını tatmin etmek üzere varlık bulmuştur. Şu halde kural olarak hukuk bir toplum mühendisliği aracı değildir diyebiliriz. Hukuk toplumu değiştirmekten ziyade toplumda huzur ve güvenliğin sağlanmasına destek vermekle yetinmek, toplumsal değişim ve gelişimin önünü tıkamamak durumundadır.

Ancak realist olmak gerektiğinde, yukarıda sorduğumuz soru hala cevap bulmuş değildir. Zira günümüz dünyasında kültürel açıdan homojen bir insan toplumu bulmak olası değildir. Farklı kültürlerin bir arada yaşadığı toplumlarda ise, kültürler çatışması, değerlerin farklılaşması kaçınılmazdır. Böyle bir durumda istesek de hukuku belirli bir kültürü hâkim kılmak sonucunu doğuracak bir anlayışla, yani belli toplumsal değerlerin diğerlerine oranla daha çok

ya da daha az korunmasını sağlayacak şekilde yapamayız. İşte bu durumda, yukarıda sorunsallaştırılan, geleneksel değerler ile ideal toplum öngörüsü arasındaki gerilimden söz edilebilir. Şu halde, böyle bir durumda, hukukun yapılması ve uygulanması aşamalarında ne yapmak gerekecektir? Temel ilke ne olmalıdır? Temel ilkedan sapmak gerektiğinde ölçü ne olmalıdır?

Bu noktada karşımıza hukukun işlevi sorunundan daha önemli bir sorun çıkıyor, hukukun amacı sorunu. Zira hukuku yaparken gözetilmesi gereken temel ilke ancak bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet edecek bir ilke olmak zorundadır. Aksi halde, hukuk başka toplumsal kurum ve kuralların yerine geçmiş, onların rolünü üstlenmiş olur. Hukukun toplumsal düzenin muhafazası için üstlendiği işlevi yerine getirirken güttüğü temel hedef ne olacaktır? İşte hukuk nasıl yapılmalıdır? Nasıl uygulanmalıdır? Nasıl değiştirilmelidir? Bunlar ve benzeri pek çok sorunun cevabı da burada yatmaktadır. Bir defa, şu noktada hemen hukukun amacının ne olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz sanıyorum. Hukuk, toplumu ileri medeniyetler seviyesine taşımak amacını güdemez. Hukuk toplumsal refahı artırmak, kişi başına düşen milli geliri yükseltmek amacıyla da yapılamaz. Sosyal güvenlik imkânlarını artırmak, fiziksel ve ruhsal sağlığı tam nesiller yetiştirmek için de yapılamaz. Bu ve benzeri türden başka amaçları gerçekleştirmek için siyaset, eğitim, ekonomi, sanat, kültür gibi çok çeşitli başka sosyal branşlar ve kurumlar söz konusudur. İşte hukuk, gereksimin duyulan yenilik ya da reformları bizzat gerçekleştirecek öncü bir araç değil, bu değişim ve gelişimin diğer branş ve kurumlarca doğru biçimde gerçekleştirilmesine elverişli

(32) Hukukun insan eliyle yapılıyor olması onun aynı zamanda sosyal olgu olması niteliğini değiştirmez. Bunun en önemli göstergesi ise, farklı toplumlarda farklı hukuk normlarının vücut bulmasıdır. Bunun anlamı, hukukun evrensel nitelikli rasyonel akıl, teoloji ya da idolojiden ziyade genel olarak verili toplumsal koşulların bir ürünü olarak ortaya çıkmış olmasıdır. En önemli istisnalar, radikal ve devrimci nitelikteki hukuk değişiklikleridir.

(33) Burada tasavvur edilen toplum niteliğindeki ilkel toplumlardaki toplumsal yapıyı değiştirecek bir itici güç olmadığına dair tartışma ve açıklamalar için bkz. Alâeddin ŞENEL, *İlkel Topluluktan Uygur Toplumuna*, 2. Baskı, Ankara 1985, s. 119-120

(34) Şenel, s. 120.

zemini sağlayacak düzenleyici bir araçtır. Sosyal değişim gerçekleştikçe ve/veya gerektirdikçe, hukuk bu olgusal değişikliğin karşısında duyarız kalmamak, değişimi takip etmek durumundadır. Örneğin, Türkiye’de özel radyo-televizyonların kurulması ve sonrasında hukuksal düzenlemeye kavuşturulması, dünyada bilgi teknolojilerindeki baş döndürücü gelişmeler ve buna ilişkin halen bu hızla ayak uyduramayan hukuksal düzenlemeler bu açıklamaları doğrulayan örneklerdir.

Kısaca, hukuk yukarıda sayılan amaçların herhangi birini gerçekleştirmeyi hedefleyerek yapılamaz. Bununla birlikte, tüm bu amaçların da sağlanmasına elverişli bir toplumsal yapıya işlerlik sağlamak zorundadır da. Bunu da ancak toplum üyelerinin ya da farklı sosyal gruplarının her birinin kendi toplumsal iyi (neyin doğru olduğuna ilişkin) anlayışları çerçevesinde diğeri ile barışık yaşamasını sağlayabileceği bir normatif sistem kurmak sayesinde gerçekleştirebilir. Bu normatif sistemin temeli ve dayanağı ise toplumdaki herkesin kolayca benimseyebileceği, benimsemese bile, kendi payına düşenin verildiğine inandığı temel bir değer, yani adalet değeridir.<sup>(35)</sup>

Bu noktada hukukun, sosyal olguyu olduğu gibi muhafaza etmek zorunda olmadığına da işaret etmek gerekmektedir. Adaletin gerekli kıldığı ölçüde, kanun

koyucu toplumsal gerçekliğe rağmen hukuksal düzenleme yapabilir. Örneğin, verili bir toplumda “töre gereği öldürmeler” hukuk tarafından “cinayet” olarak nitelendirilebilir ve cezalandırılabilir. Toplum üyelerinin bir kısmı tarafından meşru sayılsa da, bu eylemlerin yasaklanmasında tarihsel açıdan gelenek ve töreye de kaynaklık eden normatif düzen unsurları, yani, dinsel ve ahlaki ilkeler dayanak alınabileceği gibi, salt objektif bir adalet idesinden de hareket edilebilir. Özellikle çatışan değerlerin söz konusu olduğu çok kültürlü toplumlarda herkesin benimseyeceği ve işlevini etkin olarak yerine getirmeye elverişli bir hukuk, toplumsal şartlara uygunluğu sağlanamadığı ölçüde başka bir somut gerçeklik üzerine (örneğin, zenginlik, teknolojik gelişmişlik) değil, ancak ve sadece adalet idesi üzerine temellendirilebilir. Adalet ise, toplum vicdanında saklı (hak ve adalete ilişkin bir) duygu<sup>(36)</sup> olmak bakımından her toplumda farklı bir somut içerik ve görünüme sahip olabilir. Bu nedenle burada bütün hukuk sistemleri için geçerli olabilecek bir adalet tanımını vermeye imkân yoktur.<sup>(37)</sup>

Söylenenleri bir örnek ile somutlaştırmaya çalışalım. Bilindiği gibi, ülkemizde yakın zamanlarda çeşitli vesilelerle zinanın suç sayılıp sayılmaması gerektiği tartışıldı. Zina da, “kan davası”<sup>(38)</sup> ve “namus cinayetleri” gibi salt

hukuksal bir sorun olarak nitelendirilemez.<sup>(39)</sup> Dolayısıyla hukuk sistemince herhangi bir şekilde düzenlenmiş olması, toplumsal sorunun çözüme kavuşturulduğu anlamına gelmez. Sosyolojik açıdan sorulması gereken soru, bu tür eylemlerin suç olarak düzenlenmiş ya da suç olmaktan çıkarılmış olması durumunda toplumsal tepki ne olacaktır, yeni durumu düzenleyici norm etkinlik kazanacak mıdır sorusudur. Örneğin, zinanın hukuken suç olarak kabul edilmemesi halinde acaba toplumun zinaya bakışında bir değişiklik söz konusu olacak mıdır? Bizim kültürümüzde, eşlerini adatan kişilere toplum içinde saygı duyulmakta mıdır? Özellikle de zina yapan kadın olursa nasıl bir toplumsal tepki ile karşılaşılıyor? Bu konuda üniversite öğrencileri arasında yapılan bir ankette, katılanların % 75’i zina yapan eşi kendi elleriyle cezalandırabileceğini söylemiştir. Böyle bir toplumda, zinanın hukuken suç sayılmaması, dolayısıyla hukuk düzeni tarafından cezalandırılmasının öngörülmemiş olması toplum tarafından da hoş görüleceği anlamına gelebilir mi?<sup>(40)</sup> Bu sorulara olumlu cevap vermek zor görünmektedir. Ancak belki tam da aksi daha kolay iddia edilebilir: Toplumca onaylanmayan, kamu vicdanını yaralayan bir eylemin hukuk düzenince suç sayılmaması, insanları infiale sürükleyerek hoş karşılamadıkları bu eylemin cezasını kendileri vermek adına hukukun başka hükümlerine aykırı davranmalarına yol açabilir.

Kanun koyucunun hukuk yaparken toplumsal duyarlılıkları dikkate alma-

ması, toplumsal değerlere rağmen hukuk yapması, hukuk ile toplum arasındaki mesafenin açılmasına, hukukun saygınlık ve dolayısıyla etkinliğini yitirmesine yol açabilecektir. Bunun yanı sıra, sırf töreye uygun olduğu için temel insan hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir eylemi koruması da, insanlığın genel gelişim çizgisini görmezden gelmek olacağı; evrensel ahlak ilkelerine aykırılık taşıyacağı ve genel olarak insanların hak ve adalet duygularını inciteceği için hukukun amacına uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

### Sonuç

Çalışma boyunca savunulan düşünce iki cümleye indirgenerek özetlenecek olsa, sanırım şu iki cümle bu işlevi yerine getirmeye elverişli olabilir.

• Hukukun temel işlevi, bir toplumda, o toplumun kendi kültürü içinde tarihsellikle kazandığı düzen anlayışını sürdürülebilmektir.

• Hukukun temel amacı ise, toplumu geliştirmeye yönelik herhangi başka amaç ve hedeflerin gerçekleştirilmesine de elverişli bir toplumsal yapıya geçirelilik sağlayarak, toplum üyelerinin kültürel temelde farklılaşan hak ve adalet duygularını tatmin anlamında, adaleti yerine getirmektir.

Bu iki cümlede hukukun toplumsal mühendislik aracı olabileceğine ilişkin bir işaret bulmak imkânı yoktur. Daha önemlisi, bu iki cümle hukukun farklı tarihsel ve sosyolojik anlamlarına, teorik temellendirmelerine, felsefi analizlerine de aykırılık içermez.

(35) Sosyolojik anlamda hukukun bu ölçüt ile tanımlanmasına ilişkin bir örnek için bkz. Ernest HIRŞ, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Güncel dile uyarlayan: Selçuk Baran (Yeziroğlu), Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 271

(36) *Hukuk ve adalet duygusuna ilişkin farklı bir yaklaşım için bkz. Hayrettin ÖKÇESİZ, “Hukuk ve Adalet Üzerine Duygular”, Doğu Batı, Düşünce Dergisi, Yıl 4, Sayı 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01 içinde, s. 225-230*

(37) *Adaletin toplumsal realite ile ilişkili bir kavram olarak tanımlanmasına yönelik bir çaba için bkz. Niyazi ÖKTEM, “Adalet Kavramı ve Sosyal Realite”, Adnan GÜRİZ (Editör), Adalet Kavramı, Ankara 1994 içinde, s. 51-56. Ayrıca, kimlik, hukuk ve adalet sorununu ele aldığı çalışmada Türkbağ, Adalet sorununun “kimliklerin kaynağı olan kültürel öbeklerin korunması ve bunlar arasındaki ilişkide adaletin bir ölçüde de olsa gözetilmesi” olduğuna, dolayısıyla, adaletin kültürel değerlerle örtüştüğünü ve yerselliğine işaret etmektedir. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, “Kimlik, Hukuk ve Adalet Sorunu”, Doğu Batı, Düşünce Dergisi, Yıl 6, Sayı 23, Mayıs, Haziran, Temmuz 2003 içinde, s. 215.*

(38) *Kan davasının sosyolojik açıdan incelenmesi ve pozitif hukuktaki düzenleniş ve öneriler konusunda bir çalışma için bkz. Selahattin KEYMAN, “Kan Gütmeye Saniyle Adam Öldürme”, Adnan GÜRİZ / Peter BENEDICT (Editörleri), Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara 1974 içinde, s. 367-406.*

(39) *Burada sayılan türden davranışlar salt bireysel ya da aile-içi sorunlar olarak da görülemezler, aynı zamanda toplumsal sorunlardır. Bkz. Aysel YILDIRIM, Sıradan Şiddet, İstanbul 1988, s. 200; Emre KONGAR, Türkiye Üzerine Araştırmalar, İstanbul 1996, s. 26.*

(40) *Zina tartışmalarının gündemde olduğu bir dönemde, birkaç televizyon kanalında birden yayında olan, çocuk ve ailelere hitap eden ve çok izlenen bir dizinin, hem kadın hem de erkek başrol oyuncularının özel hayatlarındaki ilişkileri ve bir zina iddiası nedeniyle dizideki işlerine son verilmiş olması toplumsal bir tepkinin sonucu, dolaylı biçimde bir cezalandırma değil midir?*