

risinin parçalanması ve aşınması, bireyleri, içinde bulundukları siyasal toplumla kendilerini özdeşleştirmekte güçlük çektikleri, ona yabancılaştıkları bir ruh hali içinde bırakır. Hiçbir toplumsal kategori, hiçbir söylem ve hiçbir yaşam deneyiminin insanlara ortak amaçlar oluşturma ve ona yönelme olanağını bırakmadığı bu dünya, aslında yaşam dünyasından bir şey içermemekle nitelenir. Bu dünya, daha çok yaşam dünyasının acı veren yokluğu içinde, bir yakınma durumuna tutulup kalma olarak yaşanır. Baudrillard'ın söylediği gibi, çözülmüş toplumsal sistemlerde "melankoli, ani bir duyarsızlaşma ve sessizlik biçimidir. İyiyle kötü, doğruyla yanlış arasındaki dengeyi koruyabilme ya da buna benzer değerler ve amaçlardan umut kesildiğinde geriye kalan şeydir. Çünkü sistem her yerdedir ve her zaman güçlüdür ve egemen bir konumdadır"⁽³⁰⁾.

Kişi-dışı yaşantının anlamsız ve baş edilemez bir "metafizik bela" olarak görülmesi, benliğe ilişkin deneyimin ön plana çıkmasına ve tüm toplumsal görüngülerin, kişisel anlam kodlarıyla üstesinden gelinemeyecek kişilik sorunlarına dönüştürülmesine yol açacaktır. Başka bir deyişle, dünyanın bu şekilde algılanmasının birtakım politik sonuçları vardır. Bunlardan en başta geleni, kolektif sorunların kolektif yanıtlarla değil de, bi-

reysel yanıtlarla üstesinden gelinebileceği eğilimine yol açmasıdır. Gerçekten de toplumsal ve ekonomik yaşam üzerindeki denetimin yitirilmesi, bireysel bilincin özne kesimiyle sınırlanma, nesnel olgulara bir özne gerçeklik görünümü verebilir. Toplumun, piyasanın dolayımında içeriğinden arındırılmasıyla, yapısını, bütünlüğünü ve biçimini yitirmesiyle birlikte içeriksizleşen bireysel ego, "dayanışma-kırıcı", "tarih-dışlaştırıcı" ve dolaysız siyasal idealini reddeden gerçeğin biricik temeli olarak ortaya çıkar. Sonunda varılan şey, "bırakınız yapsınlar bireyciliğinin" egemen bireyi ile özdeş olan küçük burjuva girişimciliğinin benliğidir. Marx'ın çok önceleri söylediği gibi, bencil insan, çözülmüş bir toplumun edilgen varlığı, dolaysız belliliğin hedefi ve böylece maddi, kişisel ve dolaysız varlığı olan doğal bir şeydir"⁽³¹⁾.

Geçmişten kaynaklanan hüznün geleceği düşleyebilmenin zorluğuna ilişkin umutsuzlukla nitelenen ve aslında bireyin yitip gitmekte olduğu bu kayıtsızlık evreni, aslında her şeyin mümkün görüldüğü radikal bir bireycilik ortamı olarak belirir. "Artık kolektif yaşamdan duyulan korku; fiziksel olarak tüketimdeki bir bireyselleşme ve her tür malın ve yeni nesnenin bir güvenlik örtüsü tarafından bertaraf edilir."⁽³²⁾

"Bazıları daha dikkatli, bazıları ise büyük tasarıların sonuçlarından ürüyor. Kimileri politikayı tümüyle terk ederek günlük ve kişisel uğraşlara dalmış, kimileri için ise belirsizlik iyiliği kökten dilde gördüğümüz yalın basit inançlarda kesinliklerin ısrarlı arayışını besliyor". MÜLGAN, Antipolitik..., s. 82

(30) Bkz. BAUDRILLARD, Simülakrılar..., s. 191; GUATTARI, s. 23; COSTARIDAS, Toplum..., s. 278; LEFEBVRE, s. 75, 116; ADORNO, Minima..., s. 14; BENTON, s. 262; KAMPER, s. 110; SEGAL, s. 148; TAYLOR, Modernliğin..., s. 93; TOURAINE, s. 208; ANSELL - PEARSON, s. 22, 192; JAMESON, Postmodernizm..., s. 405; GORZ, İktisadi..., s. 116; MONAD, s. 156; MÜLGAN, Antropolojik..., s. 33. "Baskıcı bir toplum egoyu akıl dışı bir şekilde varolacağı bir gereksinmeye bilinç dışılığı sevk eder. Ayrılmaz şekilde bağlantılı olan eleştirel bilinç ve özerk ego, kitle haline getirilen toplumun etkisi altında çözülür". JACOBY, s. 71.

(31) Bkz. MARX, Yahudi..., s. 41; GUATTARI, s. 23; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 176; MONAD, s. 35; SENNET, s. 275; BAUMAN, Postmodern..., s. 11; BOOKCHIN, Toplum..., s. 72; GOLDMAN, Diyalektik..., s. 113; ADORNO, Minima..., s. 155-156; BARBER, s. 54; BOOKCHIN, Özgürlüğün..., s. 238; JAMESON, Yeni..., s. 133.

(32) Bkz. JAMESON, Yeni..., s. 33; ADORNO, Minima..., s. 155; BENJAMIN, s. 166; JAMESON, Postmodernizm..., s. 405; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 176; LEFEBVRE, Marx'ın..., s. 116; MEGILL, s. 186.

Hukuk Çatışması Kavramı, Sorun ve Çözüm Önerileri

Dadaşhan Celaleddin Kavas^(*)

I. Giriş

Her fırsatta söylenegelen bir ifade var: Hukuk herkese lazım. Hukukun her insan için bir ihtiyaç oluşunu, insanın sosyal bir varlık olarak kabul edilmesinden yola çıkarak da tespit etmek mümkün. Çünkü hukuk tek başına yaşayan insanlar için söz konusu olamaz. Tek başına yaşayan insan, tabiat şartlarının ve kendi ahlaki sınırlandırmalarının dışında hiçbir engele takılmaksızın, serbestçe davranabilir. Ancak insanın gerçekliği onun tek başına yaşamasını imkânsız kılmaktadır. O halde tabiat şartlarının veya psikolojik sınırlandırmaların haricinde insanın davranışlarının sosyal normlarla sınırlandırılması zorunluluğu da vardır. Bu çerçevede, klasik açıklamalardan da hatırlanacağı gibi; her insanın, sosyal hayat içerisinde, bir diğerinin hakkına tecavüz etmemek kaydıyla serbestçe davranabileceği ifade edilmektedir. Ancak bu hakların nasıl belirleneceği, nerede başlayıp nerede biteceği, herkese bu haklardan nasıl dağıtılacağı, bu hakların belirlenmesinde ve dağıtılmasında (yahut ta-

nınmasında) hangi ölçütlere başvurulacağı tarih boyunca tartışılmalıdır.

Bütün bu tartışmalar, felsefe tarih boyunca, felsefenin de doğası gereği olarak, nihai bir noktaya ulaşmamış öte yandan aynı tarih boyunca, felsefenin vereceği cevabı bekleme imkân bulmaksızın, toplumlar kendi sosyal düzenlerini kurmuş ve hukuka başvurarak bu düzenlerin sağlıklı biçimde yürütmeye çalışmışlardır. Bunu da kend adalete anlayışları ve yargılama sistemleri içerisinde sağlamışlar, felsefe tarih kaynaklarındakine benzer hak ve adalete tartışmalarına girme ihtiyacı hissetmemişlerdir.⁽¹⁾ Felsefi tartışmalar, toplumsal gerçeklik içerisinde, insanların adalete ve hukuk düşüncelerini etkilemiş bile bu etkinin ciddi boyutlara ulaşması belki yüzyıllar almıştır. İşte bu sebeplerle hukuka ve adalete ilişkin tartışmalar, çoğu zaman toplumsal gerçekliği ötesinde yer almış; ideal, beklenen, özlenen hukuk ile var olan, uygulanan hukuk arasında ayrımlar ortaya çıkmıştır.

Buradan yola çıkarak, tarihsel süreç içerisinde, her zaman olmasa bile uzun dönemler boyunca, toplumların, hukuk ve adalete ilişkin beklentilerini kend

(*) Solçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Bu noktada belki, toplumsal yaşam içerisinde de adalete ve hak tartışmalarına girildiği, zaten bu tartışmaları yapan kimselerin ister istemez felsefe tarihi içerisinde, filozof sıfatıyla yer aldığı ileri sürülebilir. Mese. Sokrates, bizzat sosyal yaşamın içine dalarak ve kendini toplumsal gerçeklikten soyutlamayarak bu konuları tartışmış, hem de bu tartışmaları halktan kimselerle yapmıştır. Ancak, böyle münferit tartışmalar söz konusu olduktan hemen sonra, artık sosyal hayatın dışında devam etmek zorunda kalmış; çünkü hakların ve adalete beklentilerinin karşısına çıktığı sosyal olaylar bu tartışmaların nihayete ermesini hiç beklemez, yargılama süreçlerinde yerlerini almıştır bile.

geleneksel yapıları içerisinde karşıladıklarını görmekteyiz. Belki de toplumsal gerçeklik düzleminde, kendiliğinden ve ahenk içinde varlığını sürdüren sosyal normlara ilişkin tek sorun, zaman zaman siyasi iktidarların, bu normların kendiliğinden gelişimine el atmalarıyla meydana gelen karışıklıklar ve huzursuzluklar olmuştur. Çünkü tarihsel seyri içinde hukuk ve adalet beklentileri, önemli ölçüde geleneksel ahlak anlayışları ve dinsel inanışlarla beraber süregelen, beraber değişikliklere uğramıştır. Hâlbuki siyasi iktidarlar, hukuk düzenlemeleri yapmaya giriştiklerinde, ahlak ve din kurallarının uzun zaman gerektiren değişim süreçlerini beklemeden, siyasi amaçları doğrultusunda hareket etmişlerdir. Hukuk ve adaletle yönelik sorunlar da genellikle bu noktalarda doğmaktadır.

İşte bu bağlamda, özellikle Yeniçağ ile birlikte, hukukun dinsel ve geleneksel kaynaklarından kopartılarak, akla ve zaman zaman ideolojilere dayanan, seküler bir anlayışa göre düzenlenmesi, yukarıda bahsettiğimiz sorunun istisnai ve dönemsel olmaktan çıkıp kronikleşmesine yol açmış⁽²⁾, hukuk düzeni ile toplumsal gerçeklik arasında meydana gelen kopukluğun nasıl giderileceğine dair felsefi ve sosyolojik tartışmaların önemli ölçüde artmasına sebep olmuştur. Ancak çözüm arayışları da ideolojik anlayışlardan bağımsız bir şekilde yürütülememiş, son yüzyıl içerisinde özellikle sosyal ve liberal teoriler hukukun yaşadığı sorunların nasıl çözüleceğini kendi ideolojik anlayışları doğrultusunda aramaya koyulmuşlardır. Yani sorunların çözümü, sorunların kaynağı olan yerlerde aranmıştır.

(2) Bkz. Ali Şafak Balı, *Hukuk*, Konya, 2005, s. 93-96.

(3) Joseph Fichter, *Sosyoloji Nedir?*, Çeviren: Nilgün Çelebi, Konya, 1990, s. 77. (Kaynak metindeki cümlede "süreklili" kelimesi yanlışlıkla "rüreklili" şeklinde dizilmiştir.)

Bizim bu çalışmada hedeflediğimiz şey, yaşanan sorunun çözümünü, herhangi bir felsefi / ideolojik dayanaktan ve belli bir dünya görüşüne mensubiyet bağından tamamen uzak bir biçimde, hukukun orijininde yer alan özelliklere başvurarak tespit etmektir. Bu amaç doğrultusunda yapılması gereken şey belki öncelikli olarak hukukun ne olduğunu, hukukun orijininde yer alan özelliklerin neler olduğunu araştırmaktır. Ancak biz burada sadece tespit edilmiş olan sorunun çözümüne dair ne gibi metotlara başvurulabileceğini ele alacağız. Bunu yaparken, adalet, hakkaniyet gibi kavramlara değinmekle beraber bu kavramlara dair felsefi değerlendirmeye girmeyeceğiz. Zira bu başlı başına ve apayrı bir konudur ve bu sebeple çalışmamız felsefi yönden ucu açık biçimde kalacaktır. Dolayısıyla, adaletin, hakkaniyetin ve hukukun ne olduğuna dair soruları bizden önce cevaplamış olanların açıklamalarına başvuracağız. Ne de olsa, özgün olabilmek, bu soylu akrabalıktan kendimizi soyutlamamızı gerektirmemektedir.

II. Sorun / Hukuk Çatışması

1. Sosyal Normlar ve Aralarındaki İlişkiler

Zaman zaman hukuk uygulamalarının toplumun geleneksel ve dinsel anlayış ve beklentileriyle örtüşmediğini ve hatta çatıştığını görmekteyiz. Çünkü pozitif hukuk dışındaki diğer sosyal yapılar da normatif değere sahiptirler. Bu aşamada karşımıza çıkan ilk sosyal olgu davranış örüntüleridir. "Davranış örüntüsü, aynı davranışta bulunan insanların sürekli yinelemeleri yoluyla biçimlenmiş veya formlaşmıştır."⁽³⁾ Ta-

nımdan yola çıkılarak ulaşabileceğimiz bir sonuç davranış örüntülerinin, gündelik yaşam içerisinde sayısız denecek kadar çok olmasıdır. Tüketim alışkanlıkları ve tercihlerinden manevi değer yargılarına, inanç ve düşünce kalıplarına kadar geniş bir yelpazede davranış örüntülerini gözlemlemek mümkündür.⁽⁴⁾ Burada özellikle üzerinde durmak istediğimiz konu ise, davranış örüntülerinin normatif yönüyle belirginleştiği biçimleridir.

Bunlar içinden öncelikle örf ve adetleri ele alabiliriz.⁽⁵⁾ Âdetler, çoğu zaman yerleşmiş davranış kalıpları olarak karşımıza çıkmaktadır. Örfler ise, mevcut adetlerin "doğru", "yanlış" tarzında değer yargıları ile birlikte varlık bulması durumunda söz konusu olmaktadır.⁽⁶⁾ Bunlar genel olarak sosyal hayatta davranışlarımızı etkileyen davranış normlarıdır. Davranış örüntüleri, aynı za-

manda normatiftir. Çünkü örüntüler bir başka şeyi formlaştırma bir model veya rehber olarak kullanılmaktadır. İnsanların davranışları ile ilgili beklentilerimiz, yani onların tabii olarak ve sosyal hayatın, kültürün ve manevi etkilerin oluşumunda etkili olduğu davranış örüntüleri çerçevesinde nasıl davranacaklarına dair beklentiler, aynı zamanda davranışlara yönelik gereklilikleri de içerir.⁽⁷⁾ Öte yandan kültür, toplum üyelerinin yaşam tarzlarını belirleyen bir olgu olduğu gibi, yapılması gereken veya yapılmaması gereken davranışları, yani sosyal normları bünyesinde barındırmaktadır.⁽⁸⁾

Örf ve adetler, içeriklerine ve yapılarına göre zaman zaman siyasi rejimlere rağmen yaşama alanı bulmaktadır. Hatta yok edilemeyen bu örf ve âdetler siyasi rejimleri de değişikliğe uğratabilmektedir. Ayrıca örf ve âdetlerin yazılı

(4) Fichter, s. 77-78.

(5) Fichter davranış örüntülerinin çeşitlerinden bahsederken (Çelebi'nin çevirisiyle) töre, folkway ve görenek olarak üç gruba ayırmıştır. Töre'yi en zorlayıcı ve en zorunlu davranış örüntüleri olarak tanımlamaktadır. Folkway ise daha az zorlayıcı niteliktedir. Gülme, alay etme, dedikodu gibi tepkilere yol açar. Folkwayi gelenek olarak da Türkçeleştirebiliriz. Görenek ise en az zorlayıcı nitelikte örüntülerdir. Uygunluk ve yararlılık gibi eylem tarzlarına dayanmakta olup, alışkanlıklara dayalı olan bir içeriğe sahiptir. Fichter, s. 79-80. Sonuç olarak Fichter, bizim de katıldığımız şu görüşü ifade etmektedir: "Bu tip düşünme tarzlarına görgü kitaplarında uzun uzadıya yer verilir. Kavramsal örüntülerin bu kategorileri, aslında empirik olarak pek incelenmemiştir. Ama yine de herkes inanması gereken kavramları genel çizgileriyle de olsa tanıır, bilir. Bir sigara markasını, bir TV programını veya bir ayakkabı modelini yeğleme, toplumun daha önemli değerleriyle çatışmaz. Görüş farklılığına gösterilen hoş görünün artışıyla kavramsal davranış örüntülerinin üneminin azalması, birliktelik gösterir." s. 80. Bierstedt ise genel olarak sosyal düzen içerisinde karşılaşılabilecek bütün normları bir arada ele almış ve on dört çeşit norm türü tespit etmiştir. Robert Bierstedt, *The Social Order*, New York, 1957, s. 178. Bu norm türlerini Türkçe'ye aktaracak olursak görülecek olan şey bunların birbiriyle çok benzeştiği ve kesin çizgilerle ayırtılamadığıdır. Kaldı ki böyle bir sınıflandırma yapacak olduğumuzda farklı toplumların kendine özgü yapılarının bu sınıflandırmada farklılıklara yol açabileceği ve olgusal nitelikte evrensel bir ölçütün tespitinde sıkıntılar çıkabileceği görülmektedir. Zira Bierstedt yukarıda verdiğimiz normları tespit ettikten sonra durumu özetlemektedir. "Çözünen o ki, böylece bir liste: sistematik amaç açısından hiç de tatmin edici değildir, çünkü bu kelimelerden bazıları neredeyse eşanlamdardır ve her halükarda birbiriyle çakışacaktır. Maalesef, sosyoloji metinlerinde bu normların standart bir sınıflandırması mevcut değildir ve her sosyolog az çok farklı listeler ortaya koymuştur. Biz yine de, bütün normların ayrıca tartışabileceğimiz belli başlı temel kavramlar altında -gelenekler, davranış kalıpları ve kanunlar- sınıflandırılabilirliğini söyleyerek bu ayrılıkların ve anlam kargaşasının üstesinden gelebilmeliyiz." s. 178.

(6) Mustafa E. Erkal, *Sosyoloji (Toplumbilimi)*, Genişletilmiş 6. Basım, İstanbul, 1995, s. 27; Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, İkinci Basım, İstanbul, 1997, s. 36; Ünver Günday, *Din Sosyolojisi*, 3. Baskı, İstanbul, 2000, s. 21; "Esasen bir norm olarak, olması gereken'i göstermek, örfü alışkanlıktan ayıran bir özelliğidir." Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 5. Baskı, İstanbul, 1985, s.84, Fichter, s. 83.

(8) Anthony Giddens, *Sociology*, Cambridge, 1989, s. 31.

hukuka zaman zaman kaynaklık ettiği ni de görmekteyiz.⁽⁹⁾ Dolayısıyla pozitif hukuk sistemleri ile örflerin, adetlerin olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu ortadadır.

Örf ve adetler dışında pozitif hukuk ile olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olan bir diğer normatif kaynak, din kurumudur. Din kuralları sadece inananların Tanrı ile arasındaki ilişkilerini değil aynı zamanda diğer insanlarla ilişkilerini düzenler. Dolayısıyla din kuralları da toplumsal düzeni belirleyen bir yapı teşkil eder.⁽¹⁰⁾ Her şeyden önce din; sevap-günah, helal-haram gibi davranışsal değerler ortaya koyarak normatif bir yapı meydana getirmektedir. Bu yönüyle dinin önemli bir sosyal kontrol mekanizması olduğu da ortadadır.⁽¹¹⁾ Her ne kadar kültür insan ürünü bir olgu olsa da⁽¹²⁾ kültürel unsurları oluştururken insanlar dinlerden etkilenmiş veya dinleri kültürleştirmiş olabilirler.⁽¹³⁾ Dolayısıyla kültürleşmiş yaniyla din, örf ve adetleri de belirleyebilmektedir. Örneğin dini bir davranış olan ve ibadet unsuru olarak sayılabile-

cek “ezan”ın, zaman içerisinde ortaya çıkan kendine özgü kültürel etkileri⁽¹⁴⁾ var olduğunu söyleyebiliriz. Ezan okunduğu zaman insanların, müzik seslendiren cihazları susturmaları, enstrüman çalmayı veya dinlemeyi terk etmeleri, her ne kadar din kuralları içerisinde veya dini kaynaklarda mevcut olmasa da kültürel birikimin, dolayısıyla geleceğin ürünü olan sosyal bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Pozitif hukuk tarafından yasaklanmamış veya herhangi bir müeyyideye tabi tutulmamış olsa da ülkemizin her şehrinde (bazı marjinal eğlence yerleri haricinde) bu normun yaygın biçimde yaşama alanı bulduğu, kendini dindar sayan, saymayan hatta Müslüman olan olmayan hemen herkesin bu kurala riayet ettiği gözlenmektedir. İşte bu bahsettiğimiz kültürleşmiş yönleri dışında dinin, orijinal haliyle ve temel prensipleriyle de insanları belirleyen ve yönlendiren bir kaynak olduğu bilinmektedir. Din insanların kimliklerinin oluşumunda da belirleyici bir rol oynamakta ve buna bağlı olarak *özdeşlik* oluşturma yö-

nüyle sadece kişisel değil, kolektif nitelikli, toplumsal kimlik, grup kimliği, cemaat kimliği gibi kimliklerin de oluşumunda belirleyici olmaktadır.⁽¹⁵⁾ Tarihte dinlerin, insanların içinde yer alacakları toplulukları belirlemede ve diğer topluluklardan ayrılmada referans alındığını hatırlayacak olursak; dinin, insanların bir arada yaşama iradelerinin de kaynağında yer aldığı, dolayısıyla toplumsal düzeni var etmede etkin rol oynadığını söyleyebiliriz. Yani din, hukukun korumaya çalıştığı mevcut toplumsal koşulları oluşturmada etken olmaktadır.⁽¹⁶⁾ Dolayısıyla dinler, Yeniçağ ile birlikte siyasi ve hukuki belirleyiciliğinin ortadan kaldırılmasına kadar, hem toplumsal düzeni belirlemiş hem de toplumsal düzenin koruyuculuğunu yapan hukuka da kaynaklık etmiştir.⁽¹⁷⁾

Sosyal normlar içerisinde incelenebilecek bir diğer yapı ise pozitif hukuk metinlerinin de sık sık gönderme yaptığı, “genel ahlak” normlarıdır. Genel ahlakın evrensel nitelikli hukuk ilkeleriyle de açıklanabileceği de ileri sürülebilir.⁽¹⁸⁾ Pozitif hukuk metinlerinde yapılan bu atıfların genellikle kişilerin davranışlarına serbestlik tanınan alanlarda genel bir sınırlama şeklinde mevcut olduğunu görüyoruz.⁽¹⁹⁾ Kanunlarda ifade

edilişi açısından genel ahlak kavramı daha çok evrensel nitelikli hukuk ilkelerini vurgulamaktadır. *Seküler bir pozitif hukuk anlayışı zaten böyle bir kaynağa dayanmaktadır* denerek evrensel hukuk ilkelerinin pozitif hukukla çatışmayacağı düşünülebilir. Ancak daha dikkatli analiz edilirse pozitif hukuk düzenlemelerinin evrensel ilkelere her zaman uygun olmadığı görülmektedir. Bir diğer deyişle pozitif hukuk tabii hukuk anlayışlarıyla örtüşmemektedir. Bunda da özellikle ideolojik kökenli hukuk kurallarının etkisi büyük olmuştur.

Son olarak pozitif hukukun olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu bir diğer normatif yapı bizzat ideolojilerin kendisidir. Çünkü ideolojiler de belli bir toplum tasavvuruna dayanmakta, sosyoekonomik sorunlara kendi pencerelerinden cevap vermektedir. Bu bağlamda ideolojik nitelikli çeşitli önermelerin hukuksal sorunlar düzeninde de ele alınabilirliği ve pozitif hukuk düzenlemelerinin bu ideolojik beklentilerle olumlu ya da olumsuz ilişki içerisinde olduğu inkâr edilemez.

Bütün bu ele aldığımız sosyal norm türleri “hukuk kültürü” kavramı içerisinde ele alınabilir. Bu konuda Friedman’ın görüşlerini aktaran Yüksel’e

(9) Erkal, s. 27. “Eskiden hukuk normu olup, bugün yalnızca örf normu olarak kabul edilen normlar bulunduğu gibi, bunun aksi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim bugün uluslararası hukuk alanında rastlanan hukuk normları, eskiden örf normlarından ibaret bulunmaktaydı.” Aral, s. 84.

(10) Işıktaç, s. 6.

(11) Günday, s. 375.

(12) Fichter, s. 120-122.

(13) Günday, kültürü tanımlarken dinin de kültür içerisinde önemli bir unsur olduğunu söylemekteyse de kanatımızca dinin, insan ürünü olan kültür ile etkileşimi sonucunda ortaya çıkan değerler ve kurumlar yönünü ifade etmektedir. Günday, s. 22. Kaldı ki kültürel unsurlardan olan örf ve adetlerin de kaynağında çok eski dinsel inanışların yattığı, bunların zamanla kültürleşerek örf ve adetlere dönüştüğü söylenebilir.

(14) Kültürel etkilerin ancak zamanla ortaya çıkması da kavramsal olarak bir zorunluluktur. Kültür (culture) zamanla bağlı olarak gerçekleşen sosyal bir yapıdır. Kültüre dair yapılan bütün kavramsal açıklamalar “alışkanlık, yerleşiklik” ifadelerini kullanmaktadır. Kelime anlamı itibarıyla de Latince kökenli bu kelime “cultura”dan gelmektedir ve tarlaya ekin ekmek, süt mayalamak gibi anlamları karşılamaktadır. Bu sebeple de kelimeye Türkçe karşılık oluşturma örnekleri olarak “ekin, maya, hars” ifadeleriyle karşılaşıyoruz. Zeki Arslantürk-M. Tayfun Arınan, *Sosyoloji Kurumlar Süreçler Teoriler*, 4. Basım, 2001, İstanbul, s. 225. “Kültür, toplum üyesi bir insanın edinebileceği bilgi, inanç, sanat, ahlak, hukuk, gelenek ve diğer yetenek ve alışkanlıkları içeren bir kompleks yapıdır.” E. B. Taylor, *Primitive Culture*, John Murray, Londra, 1872, böl. 1, kısım 1.’den aktaran Bierstedt, s. 105. Kültüre dair bir diğer açıklama Wallerstein’in sınırlandırmasıyla ortaya konmaktadır. Buna göre insanın evrensel veya sadece kişisel olmayan, gruba bağlı özellikleri kültür olarak kavramsallaştırılmaktadır. Grup olgusu örneklenildiğinde ise yine zaman içerisinde varlığını belirginleştiren dil, tarih, sınıf, cinsiyet, din, milliyet gibi kavramlara başvurulduğunu görüyoruz. Ali Şafak Balı, *Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet*, Konya, 2001, s. 187-188.

(15) Günday, s. 375-376.

(16) Bkz. Balı, (Hukuk), s. 217.

(17) Hüseyin Balı, *Hukuk-Hukuk Sosyolojisi*, Isparta, 2003, s. 17; Giddens de endüstri öncesi Avrupa toplumlarında dinin hukuka kaynaklık edişine dikkat çekmektedir. Giddens, s. 121; Balı, (Hukuk), s. 260. Dinin “özdeşlik” unsuru olarak kimlikleri belirlemedeki etkin rolünün son yüzyılda terk edilmes, aynı zamanda kimlik ihtiyacının salt etnik veya kültürel yapılarla giderilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylelikle, aynı dinin mensubu olarak bir arada yaşayagelmış olan insanların etnik kökenlerini araştırma ve kimlik duygularını bu çerçevede belirleme yönelişleri ortaya çıkmış, bunun herabesindeki milliyetçilik ideolojisi giderek çokkültürlü toplulukların sorunlarının doğumuna yol açmıştır.

(18) Işıktaç, s. 161-162.

(19) Örneğin Borçlar Kanunu’nun 19. ve 20 maddelerinde içerik açısından sözleşme özgürlüğünün kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması ifade edilmektedir. Burada ahlaka aykırılığın evrensel ahlakta ilgili olduğu düşünülebilir. Ayrıca söz konusu maddelerde ahlak kelimesinin her telifazından sonra adap kelimesi parantez içinde kullanılmıştır. Burada da kanun koyucunun sadece evrensel ahlak ilkelerini değil, toplum içerisindeki örf ve âdet anlayışını da normatif bir güce sokma iradesini görüyoruz. Diğer örnekler için bkz. Işıktaç, s. 161.

göre hukuk kültürü, "hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki fikirler, tutumlar, değerler ve kanılar"ın açıklanabileceği bir alandır. Çünkü "hukuk kültürünün kendi normları, hukuk normlarını yaratır. Bu bakımdan hukuk kültürü, toplumda hukuk normlarının etkisini belirleyen şeydir."⁽²⁰⁾ Yüksel'in belirttiği gibi hukuk kültürü, sadece hukukun nasıl olması gerektiği veya sosyolojik etkileri bağlamında incelenebilecek bir konu değildir. Gündelik hayat içerisinde hukuka ilişkin yaşanan; mahkemelere bakış açısı, avukatlara ve hâkimlere duyulan güven, bireylerin haklarını savunmada nelere öncelik verdiği gibi her türlü olgunun hukuk kültürü kapsamında incelenebileceğini söylemek mümkündür.⁽²¹⁾

Özetleyecek olursak sosyolojik anlamda normatif önermeler içeren tek sosyal yapı devlet ve o devletin cebri kıldığı pozitif hukuk değildir. Kültür, din, ideolojiler ve tabii hukuk anlayışı; pozitif hukuk haricinde normatif önermeler ortaya koymakta ve pozitif hukuk ile farklı boyutlarda etkileşim içerisine girmektedir. Şimdi bu etkileşimin çatışma boyutunu inceleyebiliriz.

2. Hukuk Çatışması Kavramı

Uzun tarihsel açıklamalara girmeksinin kolaylıkla tespit edebileceğimiz

nokta şudur: Yeniçağ ile birlikte hukukun seküler hale getirilmesi dinî kaynaklı normlarla çeşitli alanlarda çatışmalara yol açmıştır. Çünkü dinler zaman-üstü, mutlak değerlerle açıklanırlar. Hâlbuki seküler düşünce, kelime anlamı itibarıyla de dönemselsel ve zamanla ilintili olan gerçekliklere bağlı düşünce tarzıdır.⁽²²⁾ Seküler hukuk ise, dinlerin yeni düşüncelere, gelişmelere ve toplumsal ihtiyaçlara cevap veremediği, *köhne* bir yapı olarak durağanlık içinde kaldığı iddiasından yola çıkılarak, *çağdaşlık* ve *modernlik* kapsamında zorunluluk olarak görülmüş bir hukuk anlayışıdır. Özellikle kilise otoritesi ve Papalık karşısında mutlak güçlerini ön plana çıkarmak isteyen monarkların, ülkelerinde Roma Hukuku'na başvurarak yeni ve din dışı bir hukuk sistemi oluşturma gayretleriyle seküler hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır.⁽²³⁾ Sonraki dönemlerde sanayileşmenin meydana getirdiği sosyoekonomik gelişmeler üzerine ortaya konan ideolojilere dayalı iktidarlar, kendi hukuk anlayışlarında dine yer vermemişler, seküler hukuk anlayışını devam ettirmişlerdir.⁽²⁴⁾ Böylelikle hukuk ile din kaynaklı normlar arasında bir karşıtlık ilişkisi ortaya çıkmıştır.

(20) Murat Yüksel, "Hukuk Kültürü", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, s. 287.

(21) Yüksel, s. 288.

(22) "Latince *saeculum* kökünden gelen *secular* teriminin "zaman" ve "mekan" çağrışımlarını beraber veren bir anlamı vardır. "Zaman", onun şimdi oluşunu, hazır oluşunu; mekan" ise bu dünyada ve dünyevi oluşunu gösterir. O halde *saeculum*; "bu çağ" veya "şimdiki zaman" anlamına gelir ve bu dünyadaki vakalara işaret eder, yani "çağdaş vakalar" manasındadır. Vurgu, tarihsel süreç olarak görülen dünyada belirli bir zaman veya dönem üzerindedir. Seküler (laik-dünyevi) kavramı dünyanın bu belirli zaman ya da dönemdeki veya çağdaki durumunu gösterir. Burada, içinde insan değerlerinin göreceliği yaklaşımının ortaya çıkacağı mütemadiyen değişen bir dünyanın oluşum şartlarına, kendisini, pek tabii ve mantıklı bir şekilde kolayca tekamül ettiren gayenin, maksadın tohumlarını sezmış, fark etmiş oluruz." S. Nakib Attas, *İslâm, Sekülerizm ve Geleceğin Felsefesi*, Çeviren: Mahmut Erol Kılıç, İkinci Baskı, İstanbul, 1995, s. 42-43. "Sekülerleşme; 'İnsanın aklı ve dili üzerinde önce dinî sonra metafizik denetimden kurtarılması' olarak tanımlanır" Harvey Cox, *The Secular City*, New York 1965'ten aktaran Attas, s. 43.

(23) Balı, (Hukuk), s. 91.

(24) Balı, (Hukuk), s. 92.

Bu noktada olumsuz etkileşim örneklerinin ağırlıklı olarak gelişmiş olduğu ifade edilen Batı toplumlarından çok, Batı hukuk sistemlerini resepsiyon yoluyla alan veya yapısal olarak Batı hukuk sistemlerine uyumlu hukuk sistemleri meydana getirmeye çalışan diğer toplumlarda görüldüğünü ifade edebiliriz. Çünkü özellikle sanayileşmenin tarihsel olarak yaygın ve etkin biçimde söz konusu olduğu Batı toplumlarında çatışmalı (veya çatışmacı) modellerin de açıklamaya çalıştığı gibi bütün sosyal kurumların, sanayileşme ve ekonomik gelişme süreçleri içerisinde değişikliğe uğradığını ve değişimlerin ivmesinin arttığını görüyoruz.⁽²⁵⁾ Diğer toplumlarda ise bu türden sosyal değişimler, ancak sanayileşme ve şehirleşme yaygınlaştıktan sonra ve yaygınlaştığı oranda söz konusu olmaktadır. Hatta teknolojik gelişmelerin, kırsal kesim-

lerde de sosyal değişimlere sebep olduğu görülmektedir.⁽²⁶⁾

Ancak Batılı olmayan bu toplumlar da sanayileşme ve şehirleşme uzun zaman almakta, öte yandan hukuk sistemlerinin, siyasi iktidarların bir kararıyla derhal değiştirilmesi mümkün olabilmektedir. Böylesi durumlarda mevcut sosyal yapılar ile hukuk sistemleri yani pozitif hukuk arasında uyumsuzlukların doğması kaçınılmaz olmaktadır. Genel olarak siyasi iktidarlar, uluslararası alanda, diğer ülkelerle aralarında mevcut olan rekabet ve çatışmalarda, avantajlı durumda olan Batı toplumlarıyla mesafeyi kapatmak ve kendi ülkelerindeki sosyal, ekonomik değişimi hızlandırmak amacıyla pratik görünümüne bir yol olan hukuk değiştirme yoluna başvurmuşlardır.⁽²⁷⁾

Bu şekilde yapılan hukuk üretme faaliyetlerinin, iktidarların amaçladığı

(25) Erkal, s. 246-247.

(26) "Kır bölgeleri ile şehir bölgeleri arasındaki doğum oranları farkının zamanla azaldığından, hatta eşitlenme eğiliminden söz edilebilmektedir. Kır bölgelerinde insan emeğinden tasarruf sağlayan nispeten makinelî tarımın gelişmesi, ulaştırma ve kitle haberleşme ağına yaygınlaşması ve etkinliğini artırması, sosyal temasların sıklaşması, eğitim ve kültür seviyesinin değişmesi, dünya görüşünü de değiştirmektedir. ... Diğer taraftan, değişme için bir göstergesi olan dayanışma şekillerinin gerek Durkheim, gerek Tönnies tarafından şehir ve kır farkını belirten "organik-mekanik" dayanışma şekillerini hem şehir, hem de kır bölgelerinde izlemek mümkün olmaktadır. Bu bakımdan kır bölgelerinde sadece mekanik, şehir bölgelerinde ise sadece organik dayanışmanın bulunduğu artık ileri sürülmemektedir." Erkal, s. 253.

(27) Resepsiyonun yapılma sebeplerini inceleyen Bozkurt ilk sebep olarak değişme ve modernleşme isteğini ele almış ve buna tipik bir örnek olarak Türk ve Japon resepsiyonlarını vermiştir. Değişme ve modernleşme isteğini analiz eden Bozkurt, hukukun bu noktada bir araç olabileceğini ifade etmektedir: "Burada hukukun toplumsal bir değişme aracı olarak kullanılmasından söz etmek mümkündür. Hukuk bir toplum içinde yaşayan insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bir ülkede halk, o ülkede geçerli olan hukuka bağlı olarak yaşar. Bu hukuku çevresinden bilgi olarak tanır; çoğunlukla taklit yoluyla kurallara uyar. Bu yüzden hukuk o toplumdaki ilişkileri geliştirmek amacıyla sosyal bir araç olarak kullanılabilir. Eski, günün koşullarına uymayan, ihtiyaçları kısmen veya tamamen karşılayamaz hale gelen, o toplumu uluslararası ilişkilerden soyutlayan mevcut hukuk kuralları, toplumsal ilişkileri, toplumun yaşam biçimini ve o devletin devletlerarası ilişkilerini yenilemek, çağa uydurmak amacıyla değiştirilebilir. Bu tür bir değişim amacının gerçekleştirilme istendiği ülkelerde arzulan, modern bir hukuk sistemini yaratacak kaynaklar yoksa, çoğu kez başka ülkelerin hukuk sistemlerine başvurulur." Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara, 1996, s. 9. Sosyolojik bir incelemeden çok, resepsiyonun amacını olduğu gibi benimseyen bu açıklamada eleştirilebilecek ilk nokta, toplum içinde yaşayan insanların ilişkilerinin tamamen hukuk kapsamına sokulmuş olmasıdır. Hâlbuki hukuk, sosyal bir olgu olarak, belli noktalarda karşımıza çıkan ve hukuki nitelikli ilişkilerde kendisine başvurulmuş bir alandır. Pek çok Hukuka Giriş, Hukuk Başlangıcı kitabından da tespit edilebileceği gibi bütün sosyal ilişkiler hukukî değildir. Olayların bazıları tabiat olayları, bazıları ise insan eylemleridir. Her iki kategoride yer alan olayların tamamı hukukî değildir. Tabiat olayları içinde hukuku ilgilendirenler hukuki olay, insan davranışları içinde hukuku ilgilendirenler hukukî fiil olarak kabul edilir. Bu temel noktadan sonra Bozkurt'un açıklamasına getirilebilecek diğer eleştiriler için bkz. Balı, (Hukuk) s. 229-234

göre hukuk kültürü, "hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki fikirler, tutumlar, değerler ve kanılar"ın açıklanabileceği bir alandır. Çünkü "hukuk kültürünün kendi normları, hukuk normlarını yaratır. Bu bakımdan hukuk kültürü, toplumda hukuk normlarının etkisini belirleyen şeydir."⁽²⁰⁾ Yüksel'in belirttiği gibi hukuk kültürü, sadece hukukun nasıl olması gerektiği veya sosyolojik etkileri bağlamında incelenebilecek bir konu değildir. Gündelik hayat içerisinde hukuka ilişkin yaşanan; mahkemelere bakış açısı, avukatlara ve hâkimlere duyulan güven, bireylerin haklarını savunmada nelere öncelik verdiği gibi her türlü olgunun hukuk kültürü kapsamında incelenebileceğini söylemek mümkündür.⁽²¹⁾

Özetleyecek olursak sosyolojik anlamda normatif önermeler içeren tek sosyal yapı devlet ve o devletin cebri kıldığı pozitif hukuk değildir. Kültür, din, ideolojiler ve tabii hukuk anlayışı; pozitif hukuk haricinde normatif önermeler ortaya koymakta ve pozitif hukuk ile farklı boyutlarda etkileşim içerisine girmektedir. Şimdi bu etkileşimin çatışma boyutunu inceleyebiliriz.

2. Hukuk Çatışması Kavramı

Uzun tarihsel açıklamalara girmeksinin kolaylıkla tespit edebileceğimiz

nokta şudur: Yeniçağ ile birlikte hukukun seküler hale getirilmesi dinî kaynaklı normlarla çeşitli alanlarda çatışmalara yol açmıştır. Çünkü dinler zaman-üstü, mutlak değerlerle açıklanır. Hâlbuki seküler düşünce, kelime anlamı itibarıyla de dönemsel ve zamanla ilintili olan gerçekliklere bağlı düşünce tarzıdır.⁽²²⁾ Seküler hukuk ise, dinlerin yeni düşüncelere, gelişmelere ve toplumsal ihtiyaçlara cevap veremediği, *köhne* bir yapı olarak durağanlık içinde kaldığı iddiasından yola çıkılarak, *çağdaşlık* ve *modernlik* kapsamında zorunluluk olarak görülmüş bir hukuk anlayışıdır. Özellikle kilise otoritesi ve Papalık karşısında mutlak güçlerini ön plana çıkarmak isteyen monarkların, ülkelerinde Roma Hukuku'na başvurarak yeni ve din dışı bir hukuk sistemi oluşturma gayretleriyle seküler hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır.⁽²³⁾ Sonraki dönemlerde sanayileşmenin meydana getirdiği sosyoekonomik gelişmeler üzerine ortaya konan ideolojilere dayalı iktidarlar, kendi hukuk anlayışlarında dine yer vermemişler, seküler hukuk anlayışını devam ettirmişlerdir.⁽²⁴⁾ Böylelikle hukuk ile din kaynaklı normlar arasında bir karşıtlık ilişkisi ortaya çıkmıştır.

Bu noktada olumsuz etkileşim örneklerinin ağırlıklı olarak gelişmiş olduğu ifade edilen Batı toplumlarından çok, Batı hukuk sistemlerini resepsiyon yoluyla alan veya yapısal olarak Batı hukuk sistemlerine uyumlu hukuk sistemleri meydana getirmeye çalışan diğer toplumlarda görüldüğünü ifade edebiliriz. Çünkü özellikle sanayileşmenin tarihsel olarak yaygın ve etkin biçimde söz konusu olduğu Batı toplumlarında çatışmalı (veya çatışmacı) modellerin de açıklamaya çalıştığı gibi bütün sosyal kurumların, sanayileşme ve ekonomik gelişme süreçleri içerisinde değişikliğe uğradığını ve değişimlerin ivmesinin arttığını görüyoruz.⁽²⁵⁾ Diğer toplumlarda ise bu türden sosyal değişimler, ancak sanayileşme ve şehirleşme yaygınlaştıktan sonra ve yaygınlaştığı oranda söz konusu olmaktadır. Hatta teknolojik gelişmelerin, kırsal kesim-

lerde de sosyal değişimlere sebep olduğu görülmektedir.⁽²⁶⁾

Ancak Batılı olmayan bu toplumlar da sanayileşme ve şehirleşme uzun zaman almakta, öte yandan hukuk sistemlerinin, siyasi iktidarların bir kararıyla derhal değiştirilmesi mümkün olabilmektedir. Böylesi durumlarda mevcut sosyal yapılar ile hukuk sistemleri yani pozitif hukuk arasında uyumsuzlukların doğması kaçınılmaz olmaktadır. Genel olarak siyasi iktidarlar, uluslararası alanda, diğer ülkelerle aralarında mevcut olan rekabet ve çatışmalarda, avantajlı durumda olan Batı toplumlarıyla mesafeyi kapatmak ve kendi ülkelerindeki sosyal, ekonomik değişimi hızlandırmak amacıyla pratik görüntümlü bir yol olan hukuk değiştirme yoluna başvurmuşlardır.⁽²⁷⁾

Bu şekilde yapılan hukuk üretme faaliyetlerinin, iktidarların amaçladığı

(25) Fıkal, s. 246-247.

(26) "Kır bölgeleri ile şehir bölgeleri arasındaki doğum oranları farkının zamanla azaldığından, hatta eşitlenme eğiliminden söz edilebilmektedir. Kır bölgelerinde insan emeğinden tasarruf sağlayan nispeten makinele tarımın gelişmesi, ulaştırma ve kitle haberleşme ağına yaygınlaşması ve etkinliğini artırması, sosyal temasların sıklaşması, eğitim ve kültür seviyesinin değişmesi, dünya görüşünü de değiştirmektedir. ... Diğer taraftan, değişme için bir gösterge olan dayanışma şekillerinin gerek Durkheim, gerek Tönnies tarafından şehir ve kır farkını belirten "organik-mekanik" dayanışma şekillerini hem şehir, hem de kır bölgelerinde izlemek mümkün olmaktadır. Bu bakımdan kır bölgelerinde sadece mekanik, şehir bölgelerinde ise sadece organik dayanışmanın bulunduğu artık ileri sürülmektedir." Fıkal, s. 253.

(27) Resepsiyonun yapılma sebeplerini inceleyen Bozkurt ilk sebep olarak değişme ve modernleşme isteğini ele almış ve buna tipik bir örnek olarak Türk ve Japon resepsiyonlarını vermiştir. Değişme ve modernleşme isteğini analiz eden Bozkurt, hukukun bu noktada bir araç olabileceğini ifade etmektedir: "Burada hukukun toplumsal bir değişme aracı olarak kullanılmasından söz etmek mümkündür. Hukuk bir toplum içinde yaşayan insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen kuralları bütünüdür. Bir ülkede halk, o ülkede geçerli olan hukuka bağlı olarak yaşar. Bu hukuku çevresinden bilgi olarak alır; çoğunlukla taklit yoluyla kurallara uyar. Bu yüzden hukuk o toplumdaki ilişkileri geliştirmek amacıyla sosyal bir araç olarak kullanılabilir. Eski, günün koşullarına uymayan, ihtiyaçları kısmen veya tamamen karşılayamaz hale gelen, o toplumu uluslararası ilişkilerden soyutlayan mevcut hukuk kuralları, toplumsal ilişkileri, toplumun yaşam biçimini ve o devletin devletlerarası ilişkilerini yenilemek, çağa uydurmak amacıyla değiştirilebilir. Bu tür bir değişim amacının gerçekleştirilmek istendiği ülkelerde arzulanan, modern bir hukuk sistemini yaratacak kaynaklar yoksa, çoğu kez başka ülkelerin hukuk sistemlerine başvurulur." Gülinihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, 1996, s. 9. Sosyolojik bir incelemeden çok, resepsiyonun amacını olduğu gibi benimseyen bu açıklamada eleştirilebilecek ilk nokta, toplum içinde yaşayan insanların ilişkilerinin tamamen hukuk kapsamına sokulmuş olmasıdır. Hâlbuki hukuk, sosyal bir olgu olarak, belli noktalarda karşımıza çıkan ve hukuki nitelikli ilişkilerde kendisine başvurulmuş bir alandır. Pek çok Hukuka Giriş, Hukuk Başlangıcı kitabından da tespit edilebileceği gibi bütün sosyal ilişkiler hukuki değildir. Olayları bazıları tabiat olayları, bazıları ise insan eylemleridir. Her iki kategoride yer alan olayların tamamı hukuki değildir. Tabiat olayları içinde hukuku ilgilendirenler hukuki olay, insan davranışları içinde hukuku ilgilendirenler hukuki fiil olarak kabul edilir. Bu temel noktadan sonra Bozkurt'un açıklamasına getirilebilecek diğer eleştiriler için bkz. Balı, (Hukuk) s. 229-234

(20) Murat Yüksel, "Hukuk Kültürü", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, s. 287.

(21) Yüksel, s. 288.

(22) "Latince seaculum kökünden gelen secular teriminin "zaman" ve "mekan" çağrışımlarını beraber veren bir anlamı vardır. "Zaman", onun şimdi oluşunu, hazır oluşunu; mekan" ise bu dünyada ve dünyevi oluşunu gösterir. O halde seaculum; "bu çağ" veya "şimdiki zaman" anlamına gelir ve bu dünyadaki vakalara işaret eder; yani "çağdaş vakalar" manasındadır. Vurgu, tarihsel süreç olarak görülen dünyada belirli bir zaman veya dönem üzerindedir. Seküler (laik-dünyevi) kavramı dünyanın bu belirli zaman ya da dönemdeki veya çağdaki durumunu gösterir. Burada, içinde insan değerlerinin göreceliği yaklaşımının ortaya çıkacağı mütemadiyen değişen bir dünyanın oluşum şartlarına, kendisini, pek tabii ve mantıklı bir şekilde kolayca tekamül ettiren gayenin, maksadın tohumlarını semizmiş, fark etmiş oluruz." S. Nakib Attas, İslâm, Sekülerizm ve Geleceğin Felsefesi, Çeviren: Mahmut Frol Kılıç, İkinci Baskı, İstanbul, 1995, s. 42-43. "Sekülerleşme; 'İnsanın aklı ve dili üzerinde önce dinî sonra metafizik denetimden kurtarılması' olarak tanımlanır" Harvey Cox, The Secular City, New York 1965'ten aktaran Attas, s. 43.

(23) Balı, (Hukuk), s. 91.

(24) Balı, (Hukuk), s. 92.

sosyal değişimleri sağlayamadığı ve geleneksel yapılarla çeşitli çatışmalara yol açtığı görülmektedir. Bunun sebebi büyük ölçüde, getirilen yeni hukuk sistemlerinde, topluma özgü beklenti ve gereksinimlerin dikkate alınmamasıdır. Çünkü toplumun böylesi bir değişmeye açık olabilmesi için birtakım koşullar vardır. İlk olarak, kurumsallaşmış davranış tarzları tarafından karşılanamayan yeni gereksinimlerin var olması; yani teknolojik, ekonomik, endüstriyel değişimlerin yaşanmış olması gerekmektedir. Bunlar yaşanmaksızın önceden hukukun değiştirilmesi, beklenen sosyal değişmeyi sağlayamayacaktır. Bir diğer koşul, toplumda böylesi değişikliklere yönelik beklenti ve umutların mevcut olmasıdır. Değişmeye hazır olmayan ve statüko ile tatmin olanlar yaygın olduğu sürece değişim için gerekli koşullardan söz edilemez. Üçüncü koşul, toplumdaki bilgi birikimi veya eğitim alt yapısının, gerçekleştirilmek istenen yeniliklere zemin oluşturabilecek formda olmasıdır. Yeni bilgilerin elde edilebildiği, yeniliklerin yaygınlaşabildiği geçişli, çeşitli, zengin bir altyapıya ihtiyaç vardır.⁽²⁸⁾ Bu ve benzeri koşullar sağlanmaksızın gerçekleştirilen yenilikler, reformlar beklenen etkiyi doğurmayabileceği gibi, beklenmeyen ve arzulanmayan sonuçlara da yol açabilir.⁽²⁹⁾ Dolayısıyla hukuk meydana getirecek olan mercilerin, öncelikle, meydana getirdikleri hukukun uygulanabilirliğini göz önünde bulundurmaları zorunludur.⁽³⁰⁾

Bu aynı zamanda hukuku meydana getiren mercilerin, özellikle siyasal iktidarların meşruluklarını pekiştiren bir tercihtir.⁽³¹⁾

Toplum mühendisliği tarzında yürütülen hukuk üretme politikasının temel sonucunun, toplumsal gerçekliğin bir parçası olan geleneksel normlarla pozitif hukuk arasında meydana gelen çatışma olduğunu belirttik. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken, *çatışma* kavramıdır. İki veya daha çok soyut, normatif değer arasında çatışma nasıl mümkün olabilir?

Sosyolojik anlamda çatışma “iki veya daha çok kişi veya grubun diğerini ortadan kaldırmaya veya etkisizleştirmeye çalıştığı bir etkileşim formudur.”⁽³²⁾ Normatif bir örnek olarak; pozitif hukuk içinde aynı somut olaya farklı ve birbiriyle örtüşmeyen hükümler getiren normları verebiliriz. Böylesi durumlarda iki norm arasında karşılık veya aykırılık⁽³³⁾ durumlarından farklı olarak; her iki normun da diğerini yok etmeye, kaldırmaya ve özellikle yok saymaya yöneldiği bir durumdan bahsetmekteyiz.⁽³⁴⁾ İşte toplum mühendisliği kapsamında, diğer normatif değerler hesaba katılmaksızın hukuk üretilmesi faaliyeti, kaçınılmaz olarak bu türden bir çatışmayı ortaya çıkarmaktadır. Çünkü yeni üretilmekte olan hukuk, öncelikle geleneksel normları yok sayan; ardından yürürlüğe girmesiyle, bunları ortadan kaldırmaya, bunlarla *çatışmaya* yönelen bir işlev ortaya koy-

maktadır. Yani kendisini cebri kılan devlet gücü tarafından; yeni uygulamaya sokulan pozitif hukukun dayatılması ve geleneksel normlarla çatıştırılması söz konusudur. Geleneksel normları yaşatan sosyal yapılar ise, bu türdeki pozitif hukuku yok sayma, ortadan kaldırma veya bu normlara direnme eğiliminde bulunabilmektedir.

Böylelikle, pozitif hukuk normları ile kültürel veya dini kaynaklı olan geleneksel normların aynı konularda hüküm vermeye yönelmiş olduğunu / olabildiğini ifade etmekteyiz. Yani olgusal boyutuyla “hukuk” üzerinde, geleneksel normların da sosyolojik olarak söz hakkının var olduğunu; hukukun yegâne kaynağının pozitif hukuk olmadığını ifade etmiş oluyoruz. Çünkü normatif değer taşıyan her sosyal olgu aynı zamanda hukuk olmaya veya hukuk yaratmaya elverişli niteliktedir.⁽³⁵⁾

O halde pozitif hukuk dışındaki sosyal normların pozitif hukuk gibi, aynı fonksiyon içerisinde uygulanması mümkün müdür? Ya da diğer normların gerçekten pozitif hukuku ilgilendiren somut olaylarda belli bir önermeyi, hükmü ortaya koyması mümkün müdür?

Hukukun diğer önerme biçimlerinden ayrılmasında onun *normatif* olmasının yeterli bir ayırım noktası olmadığını, çünkü din, örf ve adet gibi alanların normatif olduğunu belirten Işıktaç, ayırım için gerekli olanın *adaleti* amaçlama unsuru olduğunu belirtmektedir. “Din kuralları ve hukuk kuralları arasındaki ayırım öncelikle ideleri açısından ortaya çıkar. Din kuralları ‘mutlak iyi’nin gerçekleşmesini sağlamaya yönelmişken, hukuk kuralları ‘adaletin’ gerçekleşmesi ile yetinirler.” İfadeden

anlaşılabileceği gibi “mutlak iyi”nin “adalet” kavramını kapsadığı, hukuk kurallarının ise sadece bu alt kavramı idealize ederek fonksiyon icra ettiği kabul edilmektedir. Işıktaç, hukukun din kurallarına göre daha dar bir alanda düzenleme yaptığını dile getirmektedir.⁽³⁶⁾ Burada dikkatle üzerinde durulması gereken nokta, aslında hukuk kurallarının dar bir alanda varlık gösterirken, din kurallarının hukuk kurallarının ilgilendiği alanı kapsayacak genişlikte bir uygulama alanına sahip olmasıdır. “Mutlak iyi” idesi, “adaleti” kapsadığına göre, somut olayda belli davranışın zorunlu kılınması veya yasaklanması gibi normatif bir önermeyi oluşturmaya elverişli olmalıdır. Din kurallarından yola çıkılarak ortaya konan “kürtağın yasaklanması” ya da “faizin yasaklanması” önermeleri, açık şekilde pozitif hukukun ilgilendiği alanda, bağımsız şekilde din kurallarının söz söyleyebileceğine dair çok bilinen örneklerdir. Öte yandan çağlar boyunca din kurallarına göre yargılama ve cezalandırma yapıldığı düşünüldüğünde dinin hukuk oluşturmaya elverişsiz olduğu düşüncesine yer kalmamaktadır. O halde din kurallarının pozitif hukukla aynı somut olaylar hakkında hükümler verebileceğini, bu sebeple din kurallarıyla pozitif hukuk kurallarının çatışabileceğini söyleyebiliriz.

Çatışmanın bir diğer boyutu, örf ve âdet kuralları ile pozitif hukuk arasında gözlenmektedir. Hukuk ve örf arasındaki ilişkiyi ele alan Çağıl’a göre örfün organize edilmemiş bir topluluğa dayandığı düşüncesi yerinde değildir. Çünkü örfün var olduğu bir topluluk kendine özgü bir düzene ve dolayısıyla organizasyona dayanan bir topluluk-

(28) Fichter, s. 160.

(29) Fichter, s. 156.

(30) Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Tabir*, İstanbul, 1971, s. 268.

(31) Mehmet Tevlik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, İstanbul, 2001, s. 187.

(32) Fichter, s. 104.

(33) Karşılık, farklı konularla ilgili farklı değerler içeren farklı normlarda söz konusu olmaktadır. Bazı durumlarda kanunun eşitlik ilkesine, bazı durumlarda ise özgürlüklere ağırlık vermesi gibi. Aykırılığı ise normlar hiyerarşisinde alt normun üst normla aykırılığı olarak ele alıyoruz.

(34) Yasemin Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, 2003, s. 158.

(35) Bal, s. 159.

(36) Işıktaç, *(Metodoloji)* s. 128.

Özetle, aynı somut olaylar karşısında; kültürel veya dini kaynaklı geleneksel normların veya sosyal gelişmeler dolayısıyla yeni meydana gelen normların, pozitif hukuk normlarıyla, aynı netlikte^(*), farklı içerikte, birbiriyle çatışan farklı hükümler içermesi mümkün olabilmektedir. İşte bu durumlara biz *hukuk çatışması* adını veriyoruz. "Hukuk çatışması" ifadesini kullanmamızın sebebi, kaynak yönünden din kuralları, ideolojik hukuk, tabii hukuk, örf-adet hukuku gibi farklı hukukların çatıştığı noktaların ele alınmasıdır. Bir diğer ifadeyle, hukuk çatışmasının, yaşayan hukuk içerisinde pozitif hukukla çatışan bütün normları, bütün hukukları kapsadığını da ifade edebiliriz.

3. Hukuk Çatışması'nın Diğer Benzer Kavramlarla Ayrımı

Bilindiği gibi hukukta birbiriyle çelişkili, zıt, çatışan veya birbirine aykırı normlarla karşılaşmakta ve bunlar arasındaki uyumsuzluğun çözüme ulaştırılması hukuk çalışmalarının önemli bir kısmını kapsamaktadır. Bunlar genellikle pozitif hukuk içerisinde doğan meseleler olmaktadır. Bunlardan da kısaca bahsederek yöntem olarak bu uyumsuzluk biçimlerinin çözüm yolları-

nın, bizim ele aldığımız hukuk çatışmalarında da faydalanabilecek yöntemler olabileceğini belirtmiş olalım.

a) Normlararası Çatışma

Pozitif hukukun tamlık ve tutarlılık iddiası, amacı ve ideali hem hiçbir hukuki meselenin çözümsüz bırakılmamasını hem de pozitif hukuk içerisinde çelişkilerin olmamasını öngörmektedir.⁽⁴⁸⁾ Özellikle Roma Hukuku'ndan bu yana süregelen Kamu Hukuku-Özel Hukuk ayrımı hukukun sistemleştirilmesinde vazgeçilmez bir sınıflandırma halini almış ve bir yerde kaçınılmaz olan bu sistemleştirme uzmanlaşmaya ve tek yönlü hukuk çalışmalarının ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Bu uzmanlaşma giderek farklı hukuk dallarının birbirinden bağımsız ve bir anlamda habersiz, koordinasyonsuz bir biçimde ilerlemesine ve gelişmesine yol açmıştır. İşte bu bağlamda, hukukun tutarlılık amacına⁽⁴⁹⁾ aykırı biçimde, çelişkili bulunan hükümler de hukuk sistemleri içerisinde yer edinebilmiştir. Normlar arası çatışma, pozitif hukukta aynı somut olaya uygulanabilecek nitelikte birden fazla normun bulunması ve bunların birbiri ile çelişkili olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.⁽⁵⁰⁾

(Bir çok insanların vücutte getirdiği muhit, aileden başlayarak devlete kadar muhtelif suretlerde tezahür edebilir.)" Cürüldüğü gibi tamamen sosyolojik bir olgu olması yönüyle, yaşayan hukuk anlayışına yakın bir biçimde açıkladığı hukuku Çağıl, diğer olgulardan ayırmak için adalet kavramına başvurmaktadır. "...hukuk, bu muhit veya muhitler içinde sadece sosyal faide düşüncesine, sadece menfaat mülahazalarına müsteniden maddi ihtiyaç ve gayelerden değil, bilakis aynı zamanda ve bilhassa mantıki ve ahlaki zaruretlerle insan ruhunun derinliklerinden doğan, nihai mâna ve gayesi itibarıyla adalet idesine yönelmiş bir nizamdır. Bu keyfiyet de, hukukun mahiyetine cebri dahil etmemize mâni bir keyfiyettir. Ancak, cebir hukukun mahiyetinden doğan bir netice olabilir" (İtaliyeli vurgu kaynak metinden aynen aktarıldı.) Çağıl, s. 68. Bu açıklamadan yola çıkarak da Balı'nın ifadeleriyle açıklık kazanan bir noktaya dikkat çekilebilir: "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 bir çok başka sosyal branşlar ve kurumlar söz konusudur." Balı (Hukuk), s. 256.

- (*) Somut olaya ilk derecede uygulanabilecek kadar açık olan; somut olay karşısında diğer norma göre daha ilkesel olmayacak ölçüde net olan anlamında kullanıyoruz.
- (48) İşıktaç, (Metodoloji), s. 249.
- (49) "Tamlık ve tutarlılık aslında hukuksal pozitivizmin 'hukukun mükemmelliği' ilkesi ile de ilişkilendirilebilir. Hukukun boşluk içermeyen bir bütün olduğu ve tüm sorunları çözebileceği iddiası gerçekten de çok geniştir. Ve bir amaç olmakla beraber ideal bir durum olduğunun da kabulü zorunludur." İşıktaç, (Metodoloji), s. 249.
- (50) İşıktaç, (Metodoloji), s. 259.

Bu durumlarda birbiri ile çelişik iki önermenin aynı anda geçerli kabul edilmesi, hukukun niteliğiyle uyuşmayacak bir kararsızlığa ve duraksamaya sebep olacaktır. Ancak çelişen normların karışıklık olarak birbirini ortadan kaldırması da imkânsızdır. Üçüncü halin olanaksızlığı ilkesi, çelişen durumda bir önermeyi tercih etmeyi gerektirmektedir.⁽⁵¹⁾ Böyle durumlarda hukukçular, öncelikle çatışan kuralların genel kanunda mı yoksa özel kanunda mı yer aldığını dikate alarak özel kanunda yer alan kuralla öncelik verirler.⁽⁵²⁾ Şayet iki genel veya iki özel nitelikli kanun hükmü söz konusu olursa izlenecek yöntem için iki görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, yeni tarihli olan kanun hükmü, kanun koyucunun son iradesini yansıttığı için tercih edilmelidir. Diğer görüşe göre ise uygulayıcının aynı derecede bağlayıcı iki kuralı birlikte uygulaması imkânsız olduğu gibi, aynı derecede yürürlükte bulunan bu kurallardan birini diğerine tercih etme hakkı da yoktur. Böyle bir durumda iki hükmün birbirini yok ettiği düşünüldüğünde gerçek bir kanun boşluğu varmış gibi, uygulayıcının, yani hâ-

kimin hukuk yaratması yoluna gidilebilir.⁽⁵³⁾

b) Normlararası Aykırılık

Pozitif hukuk içerisinde normlar arasındaki uyumsuzluğun bir diğer görünümü ise *aykırılıktır*. Aykırılık, daha çok normlar hiyerarşisi içerisindeki üst ve alt normlar arasındaki uyumsuzluğu ifade etmektedir.⁽⁵⁴⁾ Dolayısıyla buradaki uyumsuzluk, biri genel nitelikli ve somut olaya birebir uygulanamayacak olan bir hukuk kuralı ile normlar hiyerarşisinde daha alta yer alan ve daha özel nitelikli hukuk kuralı arasındaki bir uyumsuzluk şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Normlar hiyerarşisi açısından temel nokta bütün pozitif hukuk mevzuatının özellikle Anayasa'ya uygun olmasıdır.⁽⁵⁵⁾ Çünkü anayasacılık özellikle liberal görüşün desteğinde tarihsel süreç içerisinde devlet erkinin sınırsız ve keyfi biçimde kullanılmasını önlemek amacıyla konulmuş, kuvvetler ayrılığı prensibinin paralelinde yürütmenin keyfi hukuk kuralları meydana getirmesinin önüne sınırlamalar getirilmek istenmiştir. Ancak temelde yatan sadece anayasa değil, anayasanın dayandırıldığı

- (51) İşıktaç, (Metodoloji), s. 259.
- (52) İşıktaç, (Metodoloji), s. 260-261. "Ancak genel kanunda da özel bir hüküm bulunabileceği düşünüldüğünde bakmak da gerekebilir." s. 261.
- (53) İşıktaç, (Metodoloji), s. 260.
- (54) Aykırılık ile çatışma arasındaki farklılığın anlaşılabilmesi için tipik bir örnek Atar tarafından Anayasa'nın 90. maddesinde milletlerarası hukuk normlarının uygulanmasıyla ilgili olarak açıklanmaktadır. 2004 yılının hangi kanunda olduğu bir hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası hukuk normu ile kanunların "farklı hüküm içermesi" durumunda milletlerarası hukuk normunun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme milletlerarası hukuk normunun uygulanması konusunda bir yerde olduğu izlenimi vermektedir. Halbuki Atar'a göre burada bir altlık üstlük ilişkisi söz konusu değildir. "Farklı hüküm içermesi" deyimi, kanun hükmünün sözleşmeye aykırılığı şeklinde değil, sözleşme hükümleriyle çatışması biçiminde anlaşılmalıdır. Çünkü, Anayasa hükmü (m.90/son), sözleşmeye aykırılığı değil, düzenlemelerin aynı konuda farklı hüküm içermesi sorununu çözümüne yönlendirir. Başka bir ifadeyle, m.90/son ile öngörülen düzenlemenin kapsamına, hukuk kurallarının uygulanmasında ortaya çıkan 'aykırılık sorunu' değil, bir 'çatışma (çelişme) sorunu'dur. Dolayısıyla, sözleşme hükmünün çok genel, kanun hükmünün ise ayrıntılı ve somut olması durumunda kuralları çatışması söz konusu değildir, bu bir aykırılık sorunudur. Örneğin kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde olduğu gibi." Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya, 2005, s. 350.
- (55) Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Ankara, 2005, s. 83.

ğı prensiplerdir. Buna paralel olarak Işıқтаç da normlar hiyerarşisinde en üstte "Hukukun Genel İlkeleri"ni koymaktadır.⁽⁵⁶⁾ Böyle bir anlayış elbette ki hukukun tıpkı Nazi Almanyası hukuk sistemi gibi temel insanlık değerleri ile bağdaşmayacak birtakım hükümlerin anayasalara konulmasını önleyecek ve buna paralel olarak anayasaların normatif bağlayıcılığı ve üstünlüğü dolayısıyla hukuk kuralı şeklinde böylesi uygulamalara fırsat tanınmayacaktır. Çünkü şeklen hukuk olmaması arzulanan böylesi kuralların nitelik olarak da hukuk olmadıkları ortadadır.⁽⁵⁷⁾ Hukukun genel ilkelerini "toplumun ortak iradesinin dışı vurumu niteliğinde kolektif düşünce ve inanç birliği" olarak açıklayan Işıқтаç bunların gücünün "yargıcın normatif iktidarı" tarafından yaratılmasa da etkinliğinin yargılama faaliyeti içerisinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.⁽⁵⁸⁾ Uygulayıcılar adalet, eşitlik, iyi niyet, hakkın kötüye kullanılma yasağı gibi kavramların içini somut olaya uygun biçimde doldurarak bunlara hayat kazandırabilirler. Bu ilkeler, "biçimsel olarak yürürlükleri olmasa da sosyolojik yürürlüğe ve etkinliğe sahip"tirler.⁽⁵⁹⁾

İşte bu kapsamda aykırılık probleminin temel olarak sadece anayasanın kanunlara, kanunların yönetmeliklere, yönetmelikleri tüzüklere normatif üstün-

lüğü olarak algılanan normlar hiyerarşisi anlayışının, daha üst kriterlere bağlanması niteliksel olarak hukuk sayılamayacak kuralların denetlenmesi imkânını doğuracaktır. Böylesi üst kriterlerin de sadece evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinde değil, ülkesel olarak adalet anlayışlarının somutlaşan görünüm-leriyle de belirlenmeye çalışılması en azından toplumsal beklentilerin tamamı dışında gelişen bir içtihat yapısını önleyebilir. Yine sosyolojik değerlendirmelerden uzaklaşmayan bir içtihat yapısı da demokratik süreçleri bir kenara iten "yargıçlar hükümeti" tarzı bir yargılama sisteminin doğmasını da imkân dışı bırakacaktır. Burada belki yukarıda bahsettiğimiz "hukuk kültürü" kavramı üzerinde durulması sosyolojik bir hukuk incelemesinin önünü açacaktır.

III. Çözüm

Hukuk, insanların adaletle yönelmelerinden doğan sosyal bir olgudur. Yani hukukun temel amacı adalettir ve insanların adaleti gerçekleştirmek amacıyla dayanarak gerçekleştirdikleri düzenlemeler ve faaliyetler hukuk kapsamında ele alınmalıdır. Dolayısıyla karşılaştığımız bir düzenleme veya faaliyetin hukuk olup olmadığını anlayabilmek için başvuracağımız temel değer adalettir.⁽⁶⁰⁾ Dolayısıyla hukuku insanların

adaletle yönelmelerinden doğan sosyal bir olgu olarak tanımlamak suretiyle en azından pratik amacımıza uygun bir anlayışı ortaya koymuş oluruz. Çünkü bu tanımlama bize sadece pozitif hukukun değil, salt adalet duygusundan kaynaklanan bütün normatif olguların hukuk içerisinde yer aldığını gösterecektir. Bu iddiamıza dair açıklamalarımızı zaten yukarıda ayrıntılı biçimde belirttik. Şu halde hukuku ilgilendiren ve adalet beklentisine dayanan bütün değerler arasında bir yarışmadan söz edilebileceği de ortadadır. Buna bağlı olarak da hukuku ilgilendiren bu sosyal değerlere bağlı sosyal normlar arasında çatışma da söz konusu olacaktır.

Böylesi çatışmaların giderilmesi belki sosyal düzenin korunması açısından bir zorunluluk olarak görülebilir. Ancak salt hukuk ihtiyacı ya da sosyal yaşamın kaçınılmaz kıldığı hukuk olgusu kapsamında zaten böylesi çatışmaların giderilmesi bir zorunluluktur. Çünkü adalet duygusuna kayıtsız kalmayan hiçbir topluluk hukuksuz kalmayacaktır. Öte yandan kısaca hukuk çatışması olarak isimlendirmiş olduğumuz sosyal normlar arasındaki böylesi çatışmaların varlığı, adına "hukuk" denen bir kurumun varlığına karşın, özgün işlevsel ve niteliksel yönüyle hukukun yokluğu anlamına gelmektedir. Sosyal yaşam böyle bir yokluğu elbette kaldıramayacaktır.

1. Çokkültürlülük Olgusu Çerçevesinde Çözüm Örnekleri

Çokkültürcü çözümler siyasi yönlemlerle ve kamusal kararlarla elde edilebilecek niteliktedir ve daha çok özgürlüklerin azınlık veya çoğunluk olsun bütün toplum katmanlarına adil bir şekilde dağıtılması/tanınması tarzında or-

taya konmaktadır. Bizim ele almaya çalıştığımız sorun pozitif hukuk sistemlerinin çokkültürel nitelikteki veya ulusal nitelikteki adalet anlayışları karşısında olsun, sosyolojik araştırmalarla tespit edilmesi mümkün olan ve yine sosyolojik araştırmalarla, toplum içerisinde fiilen uygulandığı görülen çeşitli normların pozitif hukuk ile olan ilişkisidir. Buna karşılık çokkültürcü çözüm arayışları ele aldığımız hukuk çatışması kavramının birkaç yönünü de yakından ilgilendirmektedir. Öncelikle çokkültürlülük bağlamında ele alınan sorunlar tarihsel olarak aynı siyasi gelişmelerin paralelinde ortaya çıkmıştır. Buna aşağıda değineceğiz. Öte yandan çokkültürcü bakış açıları sosyal yapının barındırdığı farklı kültürel, etnik veya dini adalet anlayışlarının birbirleri ile olan ilişkilerini çözümlemeye bize yardımcı olmaktadır. Özellikle ulus-devlet yapısı içerisinde çoğunluğun adalet beklentilerinin pozitif hukuka yansıtılmış olması durumunda azınlıkların durumlarının ne olacağı sorununun incelenmesi buna tipik bir örnektir. Bu sebeple çokkültürlülük bağlamındaki sorunu kısaca ele alabiliriz.

Günümüzde olgusal yönüyle toplumların çokkültürlü oldukları ve farklı kültürel anlayışlar paralelinde farklı adalet anlayış ve beklentilerinin var olduğu kabul edilmektedir.⁽⁶¹⁾ Ancak, belki çok erken dönemlerdeki avcı-toplayıcı, göçebe kabile yaşam biçimleri dışta tutulacak olursa, tarihin büyük bir bölümü çokkültürlü toplumlara sahne olmuştur. Dolayısıyla çokkültürlülük modern çağın bir olgusu değildir. Ancak çokkültürlülüğün çözüm bekleyen birtakım sorunlar yumağını da beraberinde getirmesi modern çağlara tekabül

(56) Işıқтаç, (Metodoloji), s. 252.

(57) Balı, (Hukuk), s. 262.

(58) Işıқтаç, (Metodoloji), s. 262.

(59) Işıқтаç, (Metodoloji), s. 263.

(60) Aral, s. 15. Aral hukuku tanımlarken, "adaletle yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşama düzeni" ifadesini kullanmaktadır. Hukukun tek başına bir düzen olmadığını, gerçek düzeni sağlayanın, insanların birlikte yaşamaya ve o hukuk kurallarını meşru saymaya yönelik iradeleri olduğunu düşünmekle beraber; hukuk kurallarını var eden temel saikin adalet duygusu ve ihtiyacı olduğunu söyleyebiliriz. Karş. Balı, (Hukuk), s. 214-219 Ancak toplumsal düzeni sağlayanın hukuk olmadığı ifade edilirken vurgulanmak istenen kanımızca devlet erki ile müeyyidelendirilmiş pozitif hukuktur. Buradan hareketle, sosyal anlamda (geniş anlamda) hukuk sayılabilecek din kuralları, örtü adet kuralları, görgü kuralları ve diğerleri birlikte ele alındığında bütün bunların, toplumsal düzeni meydana getirdiklerini söyleyebiliriz. Burada esas nokta düzeni var edenin "müeyyide" değil de, belli bir düzene duyulan inanç ve bu inanca bağlı iradenin varlığıdır.

(61) Balı, s. 205.

eder. Daha önceki çağlarda da benzer sorunlar yaşanmış olsa da zannetmiyoruz ki hiçbir dönemde bu sorunlar günümüzdeki gibi kronikleşmiş bir hale gelmiş olsun. Bunda en büyük etkenin ulus-devlet yapıları olduğu söylenebilir.⁽⁶²⁾

Zira modern ulus-devlete geçmeden önceki imparatorluk yapıları da birden fazla etnik-dini kökene sahip toplulukları bir arada tutmuş ve geleneksel yapı içerisinde çatışmalara meydan veremeyi de çoğunlukla başarmıştır. Acaba devlet kendini herhangi bir kökenle açıklamamış ve sadece bir nevi hakem rolü mü üstlenmiştir? Buna kesin olarak olumlu cevap veremiyoruz. Böylesi bir yönetim tarzına örnek olarak Osmanlı Devleti'ni verebiliriz. Bilindiği gibi Osmanlı Devleti bir çok farklı kökenden topluluğu kendi idaresi altında tutmakla birlikte, tamamen tarafsız, nötr bir pozisyonda kalma ihtiyacı da hissetmemiştir. Osmanlı Devleti kendisini İslâm dini ile ve İslâm dininin Sünni yorumuyla birlikte açıklamış bir yönetimdir. Ancak Osmanlı yönetimi altında sadece Müslümanlar ve sadece

Sünniler yaşamamaktaydı. Hukuk sistemi açısından, Osmanlı yönetiminin gayrimüslim vatandaşlara belli bir oranda özerklik tanıdığını, kendi hukuk anlayışlarına göre ve kendi dinî mahkemelerinde sorunlarını çözebildiklerini görüyoruz. Ancak zimmilere tanınan bu özerklik daha çok özel hukuk alanıyla sınırlı kalmış; kamu hukukunu ilgilendiren ceza, vergi gibi hukuk alanlarında İslâm hükümlerine tabi olmuşlardır.⁽⁶³⁾ Yani gayrimüslimler belli özerkliklerinin yanında önemli ölçüde İslâm egemenliğinin hissedildiği bir sosyal ortam içerisindeydiler.⁽⁶⁴⁾

Ancak günümüzde, gelişmiş ve çağdaş olarak nitelendirilen ülkeleri incelediğimizde, hukuku belirleyen kurum, mutlakiyet tarzı bir yönetim olmadığı gibi hukuk uygulaması, bu mutlakiyetin bahsettiği özerklikler ve tayin ettiği hukuk kuralları çerçevesinde belirlenmemektedir. Günümüzde belirleyici kurum kural olarak demokrasidir ve her ülkede belli oranlarda, demokratik yöntemlerle hukukun ne olacağı ve kimlerin hangi hukuka tabi olacağı tespit edilmektedir. Öte yandan hukukun ne

olacağı belirlenirken o toplumlarda yaşayan çoğunluğun veya azınlıkların hangi dine bağlı oldukları göz önünde bulundurulmaksızın hukuk üretildiği görülmektedir. Bu durum, farklı dini anlayışlardan bağımsız bir hukuku ön plana çıkarmakla beraber, bu dini anlayışlardan doğan farklı adalet beklentilerini de dışlayabilmektedir. Böylesi bir çokkültürlülüğün dinsel kaynaklı bir soruna yol açtığı görülmektedir.

Bilindiği gibi, modern ulus-devlet yapısı, yönetimi altındaki topluluğu ulus olarak nitelendirmek suretiyle, ister belli bir etnik, dini kökene atıf yapmış olsun, ister üst ve ortak bir kimliğe atıf yapmış olsun, bütün ulusun adalet anlayışının ve beklentisinin tek bir hukuk sistemi içerisinde monist bir yargılama sistemi içerisinde karşılanabileceği düşüncesini ön görmektedir.

Çokkültürlülük çerçevesinde farklı hukuk anlayışları arasındaki çatışmalara yönelik çözüm arayışları sadece bizim ele aldığımız anlamda, pozitif hukuk ile diğer sosyal normlar arasındaki çatışma ile sınırlı değildir. Çokkültürlülük üzerine yapılan araştırmalarda pozitif hukuk dışındaki diğer sosyal normların, farklı kültürel değerlere dayanması dolayısıyla kendi aralarında çatışmaları da yer almaktadır. Özellikle hukuksal boyutu itibarıyla bu durumu toplum içerisinde “yarışan adalet anlayışları” olarak ifade eden Balı'ya göre çokkültürlü toplumlar içerisinde farklı ideolojik kökenlere dayanan adalet anlayışlarıyla birlikte, daha genel anlamda felsefi, ahlaki veya dinî dünya görüşlerine dayanan adalet anlayışlarının

da varlığı dikkate alınmalıdır.⁽⁶⁵⁾ “Adaletin kültürel yorumları” olarak da adlandırılabileceğimiz bu çeşitlilik⁽⁶⁶⁾, yukarıda bahsettiğimiz “hukuk kültürü” kavramına benzerlik gösterse de, hukuk kültürünün daha ülkesel/ulusal boyutta bir inceleme alanı olduğunu, aynı zamanda “karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi” çalışmalarına konu olacak bir boyuta karşılık geldiğini göz önünde bulundurmamız lazımdır.⁽⁶⁷⁾ Dolayısıyla hukuk kültürü kavramı çokkültürlülük olgusuna daha uzak bir çalışma alanı olmaktadır.

Toplum içerisinde yarışan adalet anlayışlarını uzlaştırma gayreti çerçevesinde, ilkesel boyutta, hiçbir adalet anlayışının baskın bir karakterle çoğulcu bir toplum üzerinde etkinlik göstermemesi gerekliliği mantıken en uygun olan eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla gözetilmesi gereken nokta toplum genelinde gerçekleşmesi beklenen sosyal adaletin, yarışma içerisindeki adalet anlayışlarıyla çatışmaması ve hepsini adalet olarak nitelendirmeyi mümkün kılan bir çerçeve olabilmesidir.⁽⁶⁸⁾ Bu noktaların gözetilmesi yoluyla her vatandaşın otonom bir birey ve bir grup mensubu olması yönünden çeşitli kamusal özgürlüklere sahip olabilmesi tarzında çözümler ortaya konmaktadır. Bu çözümler, toplum içerisindeki çeşitli geleneksel değerlerin ve yapıların varlıklarını sürdürebilmeleri için imkân sağlayacak bir yol olarak görülmektedir.⁽⁶⁹⁾

2. Hakkanîyet ve Hukukî Değer Kıstasları Çerçevesinde Çözüm

Önceden de ifade ettiğimiz gibi hukukun temel idesi adalettir. Çünkü hu-

(62) Balı, s. 193-194.

(63) Osmanlı'da gayrimüslim vatandaşların hukuki durumları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülnihal Bozkurt, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 2. Baskı, Ankara, 1996. Bozkurt'un aktardığına göre Batılılaşma hareketleri öncesinde Osmanlı toplumu geleneksel yapısı içerisinde zimmiler, aile hukuku alanında kendi dinî hukuklarına tabiydiler. Ancak dilerlerse kadiya gidebiliyorlardı. (s. 14) Miras hukukunda din farkı mirasçılığı önlemekreydi. Onun haricinde kendi hukuk anlayışlarına göre miras sorunlarını çözebiliyorlardı. Dilerlerse tereke sorunlarını şeri mahkemeye götürüyorlardı. (s. 15) Borçlar hukukunda ve ticaret hukukunda şarap, domuz eti ve faiz şartı konularında müslümanların sahip olmadıkları serbesliğe sahiptiler. Sorunlarını dilerlerse kadiya götürüyorlardı. (s. 17) “Usul hukuku açısından zimmilerin medenî hukuka ilişkin davaları cemaat mahkemeleri tarafından görülürdü. Aynı dinî topluluğa bağlı kişiler, patrik ya da hahambaşı tarafından kurulan cemaat mahkemelerinde yargılanırlardı. Aynı cemaate mensup kişiler arasındaki davalar ise ilgili cemaat başkanları tarafından hakemlik yoluyla çözülmeye, şeriat mahkemeleri önüne getirilirdi. Ancak şeriat sicillerinden, zimmilerin özel hukuka ilişkin davalarını ve noterlik işlerini tercihan karlı önüne getirdiklerini görüyoruz.” (s. 23) Ceza hukukunda ise “Zimmilere kendi dinî kuralları değil, İslâm ceza hukuku tatbik edilir. ... Osmanlı hukukunda ise kısasın uygulanmadığı durumlar da suçlu zimmilere, bu gibi hallerde müslümanlara tayin edilen diyet miktarının yarısı tatbik edilmiştir. ... Suç işleyen zimmilere aynı suçu işleyen bir müslümana verilecek olan cezaların yarısının tatbik edileceği kanunnamelerle kabul edilmiştir. Kısası gerektiren ama kısasın uygulanmadığı durumlarda da aynı kurala uyulmuştur.” (s. 25) “Vergi hukukunda ise İslâm hukukuna tabiydiler.” (s. 26)

(64) Mesela Hristiyanların kiliselerinde çan çalmaları Tanzimat Fermanı'na kadar yasaktı. Ayrıca Müslümanlardan farklı kıyafetler giyme, farklı mahallelerde ikamet etme zorunlulukları vardı. İliber Ortaylı, “Osmanlı Millet Sistemi ve Sosyal Boyutları”, *Türkiye Günlüğü*, Sayı 77, Yaz 2004, s. 144.

(65) Balı, s. 204-205.

(66) Balı, s. 205.

(67) Yüksel, s. 286.

(68) Balı, s. 207-208.

(69) Balı, s. 218.

denetim mekanizmasına tabi tutularak, zaman içerisinde hukuk çatışmalarından arındırılmış bir hale sokulabilecektir. Peki bu demokrasinin belirleyici gücünün zayıflaması gibi bir sonuç doğurmaz mı? Bizce demokrasinin anlamı dikkate alınırsa, halkın yaşayan hukuk paralelindeki adalet beklentilerinin gerçekleştiriliyor olması demokrasiyi zayıflatacak değil güçlendirecek bir duruma yol açacaktır. Çünkü meydana getirdiği pozitif hukuk normlarının yaşayan hukuk karşısında denetime tabi tutulduğunu gören yasama organı, artık hukuk meydana getirirken toplumun adalet anlayışını hiçe sayarak ve dışal etkilerin güdümünde hukuk üretme anlayışını terk edecektir. Kaldı ki yukarıda *aykırılık* bahsinde normlar hiyerarşisinin en üst sırasında kabul edilebileceğini gördüğümüz “hukukun genel ilkeleri” hem toplumsal adalet beklentileriyle birlikte ele alınabilir, hem de toplumsal adalet beklentisinin hiçe sayılmasının “hukukun genel ilkeleri” ile bağdaşmayacağı düşüncesine başvurularak bunlara öncelikli normatif değer atfedilmesi mümkün olabilir. Bu noktada normlar hiyerarşisinde, Kelsen’in ileri sürdüğü gibi, birinci sırada bir “Temel Norm” (Grundnorm) bulunduğu kabul edilerek aynı amaca ulaşılabilir. Temel Norm yazılı anlamda bir pozitif hukuk kuralı olmamakla beraber, pozitif hukuk normlarının yürürlük sebebi olan hipotetik ve hukuk üstü (metajuridique) bir normdur.⁽⁷¹⁾ Kelsen örf ve adet hukukunun yazılı anayasa kurallarıyla çatışabileceğini ileri sürmektedir. Burada daha çok teamüli anayasa kurallarını vurgulamakla birlikte Kel-

sen, bir şekilde hukukun kaynağının devlet iradesinden ibaret olmayabileceğine de işaret etmiş olmaktadır.⁽⁷²⁾ Buna paralel olarak 1961 Anayasası’nın 132. maddesinde yer alan “hâkim hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır” ifadesinin bu Temel Norma veya Hukukun Genel İlkelerine işaret ettiği ortadadır. Daha kapalı bir ifade biçimi olmakla beraber, 1982 Anayasası’nın aynı maddede karşılık gelen 132. maddesinin “yargıçlar Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak hüküm verirler” ifadesindeki “hukuka uygunluk” terimiyle yine Hukukun Genel İlkelerine ya da Temel Norma yönelmiş olduğu kabul edilebilir.⁽⁷³⁾ Bu aynı zamanda tabii hukuk anlayışına uygulama imkânı açabilecek bir nokta olarak dikkat çekmektedir.

Ancak burada bir sorunla daha karşı karşıya kahyoruz. Acaba bu yöntemlerle pozitif hukuku yaşayan hukuka uygun hale sokarken, bu toplumsal beklentileri oldukları gibi hukuk haline mi getireceğiz? Tipik örnekler olarak kan davası veya töre cinayetleri gibi çarpık olduğuna inanılan adalet anlayışları pozitif hukuk kuralı haline mi getirilmelidir? Böyle bir şey yapılmasının bizzat adaletle çelişeceğine inanılıyorsa, o halde hangi toplumsal adalet anlayışlarını ön plana çıkaracak, hangilerini eleme yolunu benimseyeceğiz? Bu konuda liberal hukuk anlayışı kapsamında karışımıza çıkan *prosedürelizm* yöntemi devletin hukuk anlayışları ve beklentileri karşısında tamamen tarafsız, nötr bir tavır içerisinde olmasını, süregelen soyut yasaları izleme ve kabul etme yo-

lunu tercih etmesini öngörmektedir. Liberal görüş bu yolla bireysel tercih alanlarının genişleyebileceğine inanmaktadır. Bu şekilde uygulanan kanunların olumsuz sonuçlarıyla ise liberalizm ilgilenmemektedir. Böylelikle devletin belli bir “değer-tarafgirliği” içerisinde olmasının önüne geçilecektir.⁽⁷⁴⁾ Kominiteryen yazar Roberto Unger bu anlayışı, hangi değere sahip olması gerektiği önemsiz bir kimse için sadece “bir yasa yapım prosedürü” oluşturmaktan ibaret bir yöntem olarak ifade etmektedir.⁽⁷⁵⁾ Böylesi bir hukuk meydana getirme yolu bizce her türlü adalet değerini hukuk uygulamasının dışına itecek, sosyal ilişkiler adil olmayan yönleriyle de hukuk adı altında sistemleşme eğilimine girecektir. Şayet sosyal ilişkiler tamamen adil olsa idi zaten hukuka ihtiyaç olmayacaktı. Dolayısıyla yaşayan hukuku pozitif hukuk karşısında güçlü bir pozisyona sokarken mevcut sosyal ilişkileri hiçbir değer ölçütüne tabi tutmaksızın “hukuklaştırmak” tercih edilebilecek bir yol gibi gözükmemektedir. Bizce bu tür çelişkili görünen noktalarda bize yol gösterecek olan ölçüt yine *adalet* değeridir, daha somuta indirgenirse *hakkaniyet* ve *hukuki değer* kavramları olacaktır.

Hakkaniyeti ne anlamda ele aldığımızı yukarıda açıkladık. Bir diğer kıstasımız ise hukuki değer kavramıdır. Hukuki değer, bilindiği gibi bir hukuk normunun amaçsal olarak koruduğu değeri dolayısıyla o hukuk normunun *konusunu* ifade etmektedir.⁽⁷⁶⁾ Adam öldürmeyi cezalandırmaya tabi kılan bir hukuk normu, “insan hayatı” olarak adlandırdığımız bir hukuki değeri korumaktadır. Veya hırsızlığı cezalandırma-

ya tabi kılan bir hukuk normu “mülkiyet” hukuki değerini korumaktadır. Bunun gibi bütün hukuk normları belli bir hukuki değeri korumaya yönelmiş olarak görülebilir ve karşılaşılan her hukuk normu bu çerçevede birer hukuki değere indirgenerek değerlendirilebilir.

Hukuki değer bize, sadece pozitif hukuk normlarında değil, yaşayan hukuk normlarında da kullanılabilecek indirgeme metodu sağlamaktadır. Somut olayla ilgili olarak pozitif hukukla çatıştığını gördüğü yaşayan hukuk kuralını hâkim, pozitif hukuk normu gibi formüle ettikten sonra, çatışmakta olduğu pozitif hukuk normuna uyguladığı gibi hukuki değere indirgemeye tabi tutabilir. Böylelikle hâkim, tıpkı pozitif hukuk kurallarının çatışması bahsinde belirttiğimiz gibi birbiriyle aynı somut olaya uygulanabilecek iki (veya daha çok) özel nitelikli norma ulaşabilecektir.

Bu noktadan sonra yapılacak iş, çatışan normlar karşısında hâkimin izleyeceği yolu tespit etmek olmaktadır. Normlararası çatışma bahsinde tercih edilebilecek iki seçenekten bahsetmiştik. Birinci yol çatışan normların yürürlüğe giriş tarihine göre, yeni olanın kanun koyucunun son iradesini yansıtması dolayısıyla tercih edilmesi yoluydu. Ancak hukuk çatışması durumunda yürürlük tarihine, daha doğru ve uygun bir ifadeyle normun “yeniliğine” üstün değer tanımak incelediğimiz sorunun niteliğiyle örtüşmeyecek bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü yeni olan pozitif hukuk normu, başlangıç tarihi bilinmeyecek ölçüde eski yani kadim olan örf âdet hukuku normuyla çatışabileceği gibi; yeni ve güncel top-

(71) Işıktaş, s. 69. Bizce böyle bir temel norm, yukarıdaki açıklamalarımıza da paralel olarak, adaleti amaçlayan bir içerikte olduğu sürece, hukuk ötesi değil hukuksal bir norm olarak kabul edilmelidir.

(72) Işıktaş, s. 71.

(73) Işıktaş, s. 73.

(74) Sururi Aktaş, “Liberal Hukuk Kavramı Üzerine Genel Bir Bakış”, *Khuka*, 2 (2002), s. 99.

(75) Aktaş, s. 100.

(76) Bal, s. 15.

lumsal beklentiler doğrultusunda sosyal hayat içerisinde belirlemeye başlayan bir yaşayan hukuk normuyla da çatışabilir. Böylesi durumlarda eskilik veya yenilik, adalet beklentimizi karşılayacak bir kıstas olamaz.

Normlararası çatışma bahsinde belirttiğimiz ikinci yol ise hâkimin bir boşluk varmış gibi hukuk yaratması şeklinde açıkladığımız yol idi. Bu, aynı derecede etkili ve yürürlükte olan iki norm arasında hakimin bir tercih yapma yetkisinin olmayacağı görüşüne dayanmakta idi. Hukuk çatışması durumunda ise hâkimin biri pozitif hukuk diğeri ise tamamen yaşayan hukuk kaynaklı iki norm arasında tercih yapmayarak, bunların dışında yeni bir norm oluşturması, çözmeye çalıştığımız sorunu deyim yerindeyse daha da katmerli bir hale sokacaktır.

İşte bu durumda bizce hâkimin izleyeceği yol, çatışan normların hukuki değerlere indirgenmesinden sonra, hukuki değerler arasında hakkaniyete uygun bir tercih belirterek, üstün tutulan hukuki değeri sağlayacak norm hangisiyse onu yargılamaya esas kabul etmek olacaktır. Bu sayede hakkaniyete uygun bir hüküm meydana getirmek hâkim için tespiti daha kolay bir yolla mümkün olabileceği gibi, yargılamanın tarafları açısından da daha anlaşılabilir bir gerekçeye büründürülmüş olacaktır. Hukuki değerler arasında hakkaniyete uygun olarak yapılmış olan tercihlerle uygulama içerisinde zamanla çeşitli içtihatlar belirginleştirecektir. Bunun, hâkim için kararları gerekçelendirme açısından bir kolaylık sağlayacağı düşünülebilir. Böylesi bir yargılama faaliyeti, toplumun değişme ve gelişme çizgisine de paralel yürüyen bir hukukun ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Böylelikle po-

zitif hukukun daraltıcı yorum ve uygulama yöntemi giderek esnekleşecek ve toplumsal gerçeklik karşısında daha etkin bir hukuk haline gelebilecektir.

IV. Sonuç

Yukarıda tespit etmeye çalıştığımız çatışma sorunu büyük çapta sosyolojik araştırmaları gerektiren ve ciddi bir sorumluluk içerisinde ortaya konması gereken sosyolojik ve hukuksal bir sorundur. Ciddiyet gerektiriyor olması her şeyden önce adaletin daha isabetli sağlanması hedefinin öneminden kaynaklanmaktadır. Adalet herkesçe kutsal sayılan bir değerdir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu kutsal değer bireylerin vicdanlarında farklı yorumlara tabi olabilmekte ve farklı sonuçlar adaletle özdeş görülebilmektedir. Bu gerçeklik bir hukuk normunun toplumsal, kültürel, dini, bir çok sosyolojik çeşitlilik karşısında farklı yorumlarla karşılaşabileceğini göstermektedir.

O halde hukuk meydana getirmek başlı başına sosyolojik bir çalışmayı zorunlu kılmaktadır. Hukukun yasama sürecinde meydana getirilişinde böyle bir sosyolojik çalışma zorunlu olduğu gibi, hukukun uygulama safhasında yani hukukun laboratuvarları olarak kabul edebileceğimiz mahkemelerde de sosyolojik çalışma disiplininin sürdürülmesi kaçınılmazdır. Çünkü hukukun sosyal gerçeklikle karşılaşma alanı olarak kabul edebileceğimiz mahkemeler hangi normları üstün sayarak hüküm verileceği sorununun hayat kazandığı bir noktada faaliyet göstermektedirler.

Yukarıda tespit etmeye çalıştığımız çözüm örneklerinden de görülebileceği gibi hukuk çatışması sorunu da büyük ölçüde yargılama faaliyetinin etkin katılımıyla gerçekleşebilecek bir çözüme muhtaçtır. Bunun sağlanabilmesinin ön-

koşulu ise sanıyoruz ki, hâkimlerin sosyolojik çalışma disiplinine bir sosyolog kadar sahip olmasıyla birlikte toplumsal gerçekliğin, sosyal yaşamın olabildiğince içine girmesi olacaktır. Çünkü topluma yabancılaşmamış bir hukuk uygulamasının ancak topluma yabancılaşmamış hâkimler elinden çıkabileceği ortadadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bili-mi Üzerine, 5. Baskı, İstanbul, 1985.
- Arslantürk, Zeki / Amman, M. Tayfun, Sosyoloji Kavramlar Kurumlar Süreçler Teoriler, 4. Basım, 2001, İstanbul.
- Atar, Yavuz, Türk Anayasa Huku-ku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya, 2005.
- Attas, S. Nakib, İslâm, Sekülerizm ve Geleceğin Felsefesi, Çeviren: Mah-mut Erol Kılıç, İkinci Baskı, İstanbul, 1995.
- Bal, Hüseyin, Hukuk-Hukuk Sos-yolojisi, Isparta, 2003.
- Balı, Ali Şafak, Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Konya, 2001.
- Balı, Ali Şafak, Hukuk, Konya, 2005.
- Bierstedt, Robert, The Social Or-der, New York, 1957.
- Bozkurt, Gülnihâl, Batı Hukuku-nun Türkiye’de Benimsenmesi, Anka-ra, 1996.
- Bozkurt, Gülnihâl, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Duru-mu, 2. Baskı, Ankara, 1996.
- Çağıl, Orhan Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Tabı, İstanbul, 1971.

• Doebling, Karl, Genel Devlet Ku-ramı (Genel Kamu Hukuku) Sistematik Bir Yaklaşım, Çeviren: Ahmet Mumcu, İstanbul, 2002.

• Erdoğan, Mustafa, Anayasal De-mokراسi, 7. Baskı, Ankara, 2005.

• Erkal, Mustafa E., Sosyoloji (Top-lumbilimi), Genişletilmiş 6. Basım, İs-tanbul, 1995.

• Fichter, Joseph, Sosyoloji Nedir?, Çeviren: Nilgün Çelebi, Konya, 1990.

• Giddens, Anthony, Sociology, Cambridge, 1989.

• Günday, Ünver, Din Sosyolojisi, 3. Baskı, İstanbul, 2000.

• Gürkan, Ülker, Hukuk Sosyolojisi-ne Giriş, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1994.

• Inkeles, Alex, What Is Sociology?, Prentice-Hall, 1964.

• Işıktaç, Yasemin, Hukuk Metodo-lojisi, İstanbul, 2003.

• Işıktaç, Yasemin, Hukukun Kayna-ğı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İkinci Basım, İstanbul, 1997.

• Kılıçoğlu, İsmail, Ahlak-Hukuk İlişkisi, İstanbul, 1988.

• Özcan, Mehmet Tefik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul, 2001

Makaleler

- Aktaş, Sururi, “Liberal Hukuk Kavramı Üzerine Genel Bir Bakış”, KHUKA, 2 (2002), s. 96-102.
- Ortaylı, İlber, “Osmanlı Millet Sis-temi ve Sosyal Boyutları”, Türkiye Günlüğü, Sayı 77, Yaz 2004, s. 143-148.
- Yüksel, Murat, “Hukuk Kültürü”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, s. 283-312.