

Olan Hukuk - Olmayan Hukuk

Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN*

“Olan hukuk” ile “olması gereken hukuk” arasındaki ayrım Antik Yunan’dan bu yana yapılagelmektedir. Olan yani pozitif hukukun, özü aynı kalsa da içeriği yüzyıllar içerisinde değişen ve gelişen bir “olması gereken hukuka” uygun olması fikri doğal hukukçular tarafından hep işlenmiştir. Bu fikrin karşısında duran hukuki pozitivistlerin de temel eleştirileri “olması gereken hukuk”un hesaba katılmaması üzerinedir. Bu nedenle ister doğal hukukçu ister pozitivist olsun, hukuk felsefesi ile uğraşanlar ister kabul etsinler isterse reddetsinler bu ayrımı hesaba katmak durumunda kalmışlardır. Ve hukukun kökenine ilişkin yüzyılları kapsayan bu tartışmalar elbette hukuku çok geliştirmiştir. Bugün geldiğimiz noktada anayasaların, yasaların adaleti gözetmeleri, insan haklarına saygılı olmaları, tüm insanların özgürlüğünün eşit olarak dikkate alınması, baskıya karşı direnme hakkı gibi belirli ilkeler bu gelişmenin kanıtlarıdır. Bütün bu felsefi katkı, somut olarak hukuka yani siyasetçiler eliyle düzenlenen yasalara etki etmiştir, dolayısıyla doğal hukukun pozitif hukuk üzerinde bir etki yarattığından bahsedebiliriz. Ancak amaçlanan ve ona yaklaştırılmaya çalışılan düzen yanında bir de yazılı kuralların dışında kalan ve kimi zaman da bu kuralları yok sayan ya da onlara karşı çıkan yaşayan bir hukuk da söz konusu olabilir. Bu durumda, hukukun felsefe ile birleşmesinin iyi bir toplumsal düzen yaratmak için şart olduğunu ama tek başına yetersiz kaldığını, hukukun sosyal yapıyı da göz önüne alması gerektiğini belirtmek yerinde olacaktır.

Bu nedenle tebliğimin başlığını hukuk felsefesinin temel konularından birini oluş-

turan “olan hukuk/olması gereken hukuk” dikotomisinden hareketle “olan hukuk/olmayan hukuk” olarak seçtim çünkü başka toplumlarda olduğu gibi bizim toplumumuzda da görülen odur ki, itina ile hazırlanmış yasalar dahi, toplumun önemsememesi hatta yok sayması ile karşılaşabiliyorlar. Buna günlük yaşantımızdan birçok örnek verebiliriz: Karayolları Trafik Kanunu’nu çiğnememiş kaç kişi vardır aramızda? Oysa en geç ilkokuldan bu yana kırmızı ışıkta geçmenin tehlikeli ve yasak olduğunu biliyoruz. Medeni Kanun’da açıkça belirtilmesine rağmen resmi olarak evlenmeden önce imam nikahı kıydıran birçok insanın olduğunu da biliyoruz, ondan sonra bu fiili birlikliklerden olan çocukların ya da terk edilen kadınların sorunlu geleceklerinden söz ediyoruz. Demek ki sorun hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisi ve hukuk dogmatikini nasıl uzlaştırıp uygulanabilir olduğu, toplumca saygı duyulan ve adil bir hukuk sistemi nasıl sağlanabilir noktasında düğümlenmektedir. Bu düğümü çözmek için en başa dönüp tarihsel sürece bakacağız ve pozitif hukuk/ideal hukuk ayrımını yeniden ele alıp, yaşayan hukukla çatışmanın nerelerden kaynaklandığına ve nasıl bir çözüm yolu izlemek gerektiği sonucuna ulaşmaya çalışacağız.

A) Olan hukuk (Pozitif Hukuk) - Olması Gereken Hukuk (Doğal Hukuk)

Olan hukukun ne olduğunu saptamak olması gereken hukuku saptamakla karşılaştırıldığında çok daha kolaydır, çünkü toplumda düzenin sağlanmasına ilişkin

* Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

kuralların olduğunu herkes bilir ve yazılı kuralların olmadığı toplumlarda dahi uygulanması gereken kuralların ne olduğunda tartışma çıkma ihtimali az bulunur. Bu nedenle hukuk fakültesine yeni girmiş bir öğrenciden tutun da, ilkokul mezunu birisine hukukun ne olduğu sorulduğunda ilk söyleyecekleri “hukukun normatif bir düzen” olduğudur. Bu tanım hukukun hem toplumsal hem de felsefi yanını dışlamakta ve hukuku bir kurallar bütünü olarak görmekten ibaret kalmaktadır. Hukukla ilgisi doğrudan olmayanlar için tek tanımın bu olması aslında şaşırtıcı olmayabilir, ne de olsa insanlar birçok hukuk kuralıyla çevrilmiş bir yaşamı sürdürmektedirler, özellikle modern dünyanın getirilerinden birisi de kuralların gitgide sayısının artmasıdır. Gelişen teknoloji önce insanlara bir kolaylık ya da yeni bir hizmet sunmakta, ardından da buna ilişkin hukuk kuralları ortaya çıkmaktadır. Buna interneti örnek gösterebiliriz: Önceleri internetten müzik indirmek serbestken, şimdi telif hakları çerçevesinde buna ilişkin yasaklar getirilmiştir ya da kredi kartı şifrelerinin ele geçirilip yeni hırsızlık tiplerinin ortaya çıkmasıyla, internet suçlarından ve cezalarından bahsetmek mümkün olmuştur.

Hukukun bir tasarım olduğunu biliyoruz. Elle tutulur ve gözle görülür bir yanı yoktur. Toplumdan topluma değiştiği için bir bilim de değildir. Ama onun pozitif yanı yine de ona bir somutluk kazandırmaktadır. Olması gereken hukuk ise, hukukun en soyut katmanının ifadesidir.

B) Olması Gereken Hukuk (Doğal Hukuk)

Doğayı ve insanı anlamaya çalışan doğacı Antik Yunan’dan başlayarak uzun bir tarihsel çizgiyi izleyen doğal hukuk doktri-

ni devletin kökenini ya doğaya ya Tanrı’ya, ya da insanın kendisinde, aklında bulmuştur. Antik Yunan döneminde felsefe yapanların dünya ve evren hakkındaki bilgileri bugünle karşılaştırıldığında çok azdı ve tüm doğa olaylarını olağanüstü buluyorlardı, bir yandan bunları anlamlandırmaya çalışırken diğer yandan da bu olaylarla başa çıkmaya çalışıyorlardı. Bu nedenle herşeyin kökenini ateşe, suya, havaya, tüm elementlerin karışımına kısacası doğaya bağlamışlardır. Bu doğacı yaklaşımları daha sonra büyük filozoflar dönemi izler ki, bu dönemde de ya doğanın güçlerinin insan aklıyla uzlaştırıldığı (Aristo) ya da bu dünya/öbür dünya ayrımı yapıldığı ve ahlak ile siyaseti hiç ayırmadan hukuk kurallarının idealar evreninden gelmesi gerektiğinin savunulduğu (Platon) görülmüştür. Bu iki görüşün daha sonraki akımlarda ne denli etkili olduğu Aydınlanma Devri’nde daha da ortaya çıkmıştır.¹

Hukukun ve devletin kökenini Tanrı iradesinde arayan görüşlere göre ise, bu dünyanın öbür dünya için bir hazırlık evresi ve devletin görev ve amacının bunu sağlamak olduğuna, hukuk sisteminin de buna yardımcı olması gerektiğine inanmaktadırlar. Hristiyan filozofların çoğu (St. Augustin, St. Thomas d’Aquin gibi) bu düşünceyi yaymışlardır. Avrupa tarihine bakıldığında Vatikan’da Papa’nın ve çevresindekilerin bu şekilde büyük bir maddi ve manevi güce kavuştukları, daha sonra da bu gücü onlardan devralan kralların kullandıkları görülmektedir. Feodal toplumların yönetildiği döneme ve hatta daha sonra büyük krallıkların kurulduğu dönemlerde dahi, iktidarın kökeni Tanrı’dadır denilmekte ve Tanrı’dan gelen bu gücü kullanan bu kişilerin egemenliği sorgulanamaz hale gelmekteydi.²

1 Öktem, Niyazi; “ Antik Yunan Felsefesi” , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 39, S.: 1-4, 1974, s. 381.

2 Öktem, Türkbağ, a.g.e., s. 183.

Nerede toplum varsa orada hukukun da varolacağı gerçeğinden hareketle, insanların belirli bir düzen içinde birlikte yaşamalarını mümkün kılacak bir düzenin dolayısıyla yasaların varlığı doğal kabul edilmektedir. Hukuk kurallarını yaratanların siyasetçiler olması ve bunların da bu kurallara kendi siyasi görüşlerini yansıtmak hatta bu kuralları eliyle bazen çıkarlarını korumak istemeleri, kimi zaman siyasetçiler tarafından kurulan düzenin kurallarının yetersiz, eşitlikten uzak, adalet kavramını hiçe sayan bir nitelik taşımasına neden olmuştur. Adil bir düzen tasarımını içermeyen bir hukuk sistemi mutlaka eleştiri oklarının hedefi olacaktır. Hukuk kuralların azınlıkta kalanların haklarını koruması, herkese eşit yaklaşması, adil bir düzen tasarımını da içermesi gereği çok eski zamanlardan beri hukuk kurallarını koyan siyasetçi ve hukukçuların dışında –belki de daha çok filozofları ilgilendirmiştir. Bu filozoflar, pozitif hukuka öncülük edecek, ona yol gösterecek ideal bir hukukun varlığını ileri sürmüşlerdir. Doğal olarak hukuka yol gösterici niteliği taşıyan bu kuralların daha üstün, daha genel ve değişmez özelliklere sahip oldukları kabul edilmiştir. Bu kuralların bir diğer özellikleri ise tam olarak hiçbir zaman uygulanabilir olmayışlarıdır, zaten onları ideal yapan da budur, bir başka özellikleri ise bu kuralların içeriklerinin zamana göre değişebilir olmalarıdır.

I) Doğal Hukukun Özellikleri:

a) Doğal Hukuk İdealdir:

Belirli bir ülkede, belirli bir zamanda uygulanmakta olan kurallardan yani pozitif hukuk kurallarından bağımsız olarak, toplumun gereksinimlerini en iyi şekilde karşılayacağı düşünülen, akılla kavranan, soyut yani yazılı olmayan, adalete en yakın hukuk sistemine doğal hukuk adı ve-

rilmektedir.³ Pozitif hukuk, sadece yürürlükte bulunan kuralları kapsadığı için bir ideali ifade eden ideal hukuktan ayrılır. Yürürlükte olan hukuk kurallarının amacı uygulanmaktır, yasalar unutulmak ya da onlara karşı çıkılmaları için yapılmazlar. Bir kere yürürlüğe girdikten sonra ilgili kişiler ya da kurumlar bu kuralları uygulamak ve bunlara uymak zorundadırlar. Oysa ideal hukuk kuralları yol gösterici konumdadırlar ve uyulmamaları halinde herhangi bir yaptırımla karşılaşmak mümkün değildir. Ama bu kuralların hiçe sayılması, yürürlükteki herhangi bir hukuk kuralının hiçe sayılmasından daha vahim toplumsal sonuçlara yol açabilir.

b) Doğal Hukuk Değişkendir:

Pozitif hukuka yön veren doğal hukuk ilkelerinin Antik Yunan'dan bu yana var olduğu bilinen bir gerçektir. İdeal hukukun içeriğinin ne olduğu ya da ne olması gerektiği konusunda tam bir anlayış birliği sağlanabilmiş değildir. Bu ilkelerin her dönem için de adalet gibi bazı değerleri içermesine rağmen, günümüze olduğu gibi uyarlanmaları doğru değildir, çünkü her dönemin değerleri ve adalet anlayışı değişebilmektedir. Hatta aynı dönem içinde dahi ideal kuralların içeriğinin ne olacağına ilişkin tartışmalar çıkabilmektedir. Antik Yunan döneminde doğal hukuka ilişkin birçok filozofun görüşüne rastlamak mümkünken, hiçbirisinin kölelerin varlığını sorguladığına ya da kadınların neden yurttaş sayılmadıklarını⁴ düşündüklerine rastlamayız ama bu dönemde gerçekten adalete ilişkin birçok yaklaşımın, düşüncenin varlığını (özellikle de Aristo'nun) da reddedemeyiz. Dolayısıyla bir dönemin doğal hukuka ilişkin ilkelerinin bir başka dönemle örtüşmediğinin görülmesi şaşırtıcı değildir. Herhangi bir dönemin adalet içeren hukuk

3 Aybay, Aydın/ Aybay, Rona; *Hukuka Giriş*, 5. Bastı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 70.

4 Ağaoğulları, Mehmet Ali; *Kent Devletinden İmparatorluğa*, İmge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 20.

tasarımına “doğal hukuk” adı verilmiştir ve bu o insanların, o ekonomik koşullarından yani eşyanın doğasından meydana gelmiştir.⁵ Bu koşulların değişmesiyle doğal hukukun muhtevasının değişmesi de doğal karşılanmalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki farklı düşünürlerin adalet tanımlarının içerikleri aslında insanın hep aynı ölçüye dayalı bir ahlaki özelliğini yansıtmakta ve bu ölçü ekonomik, dinsel, ve siyasi eğilimlerle zaman zaman farklı nitelikler kazansa da her zaman özgürlük, eşitlik, mutluluk gibi kavramlarla hep bir bağlantı içinde olmaktadır.⁶

c) Pozitif Hukukla İlişkisi Süreklidir:

Doğal hukuk pozitif hukukun dışında ve daha üstün nitelikte görülse dahi, pozitif hukuka yol gösterici bir özelliği de olması nedeniyle, onunla düzenli bir ilişki içindedir. Doğal hukuk pozitif hukuka ilham kaynağı olduğu için ve aynı zamanda onun adalete uygun olup olmadığının denetlenmesi açısından bir ölçü oluşturduğu için bu ilişkinin kopmaz bir ilişki olduğu söylenebilir.⁷

d) Doğal Hukukun Faydası:

Bununla beraber hukukun pozitif kuralların üzerinde, ona yol gösterecek ideal nitelikte bazı kuralların ve bunlara ilişkin bilimsel, felsefi tartışmaların bulunması küçümsenmemelidir. Herşeyden önce doğal hukuk, pozitif hukuka kanun hüviyetine bürünmüş hukuka aykırılığın girmesine engel olur.⁸ Doğal hukuka ilişkin felsefi çabalar ve tartışmalar, hukuku kuru, statik, çoğunluğun gücünü içeren, despotik olma

ihtimalini taşıyan ve azınlığın haklarını dikkate almayan, iktidarın gücünün ortaya konulduğu kurallar olmaktan çıkarır ve ona canlı, esnek, dinamik, adil, insan haklarına saygılı kurallar bütünü olma özelliğini kazandırır. Belirli felsefi değerlerin ve inançların tartışılması sonucunda oluşan hukuk kuralları, hukukun gelişmesine ve kurallar eliyle de toplumun daha iyi düzenlenmesine katkı sağlarlar. Hangi ülkede ve hangi zaman diliminde olursa olsun hukukun amacı insanlar arası ilişkileri düzenlemek, toplumsal huzuru, düzeni sağlamak olduğuna göre, konunun insana ilişkin boyutunun her zaman göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁹

e) Doğal Hukuk Akılcıdır:

Doğal hukuk, Tanrısal kökenlerinden ve dolayısıyla da belirli bir iktidarı meşrulaştırma gayretinden kurtulduktan sonra laik ve akılcı bir niteliğe bürünmüştür. İnsan aklının hukukun kaynağını oluşturduğu bu akıma göre, insan hiçbir aracıya gerek duymadan kendi aklıyla evrensel adalet ilkelerini kavrayabilir ve evrensel gerçekliğe ulaşabilir. Bunun bir uzantısı olarak insanlar arasında bir eşitliğin de olduğu düşüncesi yaygınlaşmış ve insanın sadece insan olmasından kaynaklanan hakları olduğu görüşü ortaya çıkmıştır. Hükümet edenlerin temel görevleri ise yurttaşlar arasında barışın ve düzenin korunmasını sağlamak, olası çatışmaları önlemek ve onlara hakemlik edecek bağımsız bir örgütü kurmaktır.¹⁰ Bunun sonucunda temel amaç “insan” olarak ortaya çıkmaktadır, herhangi bir iktidarın geleceğini garanti altına almak değil.

5 Otar, Gogaşvili; “Doğal ve İradî Hukuk Arasındaki İlişki”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, s. 147.

6 Kale, Nesrin; “Platon’ dan Günümüze Adalet Kavramı”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005, s. 123.

7 Dinçkol, Abdullah; *Temel Hukuk Bilgisi, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s. 31.*

8 Çağıl, Orhan Münir; *Hukuk Başlangıcı Derstleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 372.*

9 Aybay/ Aybay, s. 72.

10 Villey, Michel; “Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin İlişkileri”, HFSA, Nüans Bası Yayın Lmtđ Şti, 1993, s. 47.

f) Doğal Hukuk Geneldir:

Doğal hukuk kuralları genel olma özelliğini göstererek pozitif hukuk kurallarından ayrılırlar. Pozitif hukuk kurallarının da genel, herkese eşit uygulanması gereken kurallardan oluştuğu bilinmekle birlikte, bu pozitif hukuk kurallarının ayırıcı özelliği değildir. Bazı durumlarda, tek bir kişi için çıkarılan kanunların bulunduğu ve bunları adalete de uygun düştüğü durumların varlığı söz konusu olabilir. Nitekim bir dönemde sanata yetenekli çocukların ülkemizde imkanların elvermemesi nedeniyle ve bu çocukların daha iyi eğitim alabilmeleri amacıyla bu tip yasaların çıkarıldığını biliyoruz. Bu kapsama giren çocukların hepsi bu kanundan yararlandığına göre özel olan bu kanun eşitlik ilkesini zedelediğinden adil oldukları da söylenebilmektedir. Oysa doğal hukuk kuralları herkes için genel ilkeler belirlemektedir. Bu ilkeler istisnasız herkes için aynı olma özelliğini taşırlar.¹¹

II) Doğal Hukuka Getirilebilecek Eleştiriler:

Antik Yunan'dan bu yana ister kökeni doğal güçlere, ister mistik güçlere bağlansın hep değişmeyen bir doğal düzenden söz edilmektedir. Bu düzen adalet, özgürlük gibi bazı değerlerden bahsetse de ilkçağlardan bu yana bunları gerçekleştirmedikleri nedeniyle eleştiri de almıştır. Kendisinden sonrakileri çok etkilese de Aristo'nun, doğal hukukun dahi bir mitin üzerine kurulduğunu iddia eden, insan ilişkilerinin uyumlu bir planın yaratıcısı olan bir doğaya neden inanmak gerektiğini sor-

gulayan düşünce akımlarına rastlanmıştır: Sinikleri, Epikürcüleri, Stoisyenleri¹² buna örnek vermek mümkündür.¹³ Bu eski akımlar ortaçağ boyunca septik akımları beslemiş ve Rönesans'la beraber Pascal, Montaigne gibi bazı filozofların yüksek sesle söyledikleri doğal hukuk karşıtı düşüncelere ilham vermiştir. Bu düşünürlere göre, Pireneler'in ötesinde farklı bir gerçeklik varsa (Pascal) ve bu denli çok kuralı ortaya koyan hukuk kurallarının tüm insanlar tarafından onaylanabilecek denli evrensel olmaları mümkün değilse (Montaigne), doğal hukuk hakkında şüphe etmek gerekir.¹⁴

Doğal hukukçular için hukukun asıl amacı adaleti gerçekleştirmektir, adaletsiz bir düzene katlanılamayacağını ileri sürseler de¹⁵, yüzde yüz adaletli bir hukuk sistemini öngören bir doğal hukukçu düşünce akımı ortaya çıkamamıştır. Ayrıca Aydınlanma Çağı'nın etkilerinin büyük ve insanlık için çok önemli olduğu söylene de, o dönemde insanlık sadece Avrupa kıtasında yaşamadığından, coğrafi açıdan bu etkinin sınırlı kaldığı söylenebilir.¹⁶ Ayrıca burjuva devriminin Fransa'da dahi etkilerinin ne olduğunu tartışmak gerekir. Devrimin sonuçlarından en önemlisi olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin soyut olduğu ve insan hakları açısından önemli bir adım olsa dahi, insan hak ve özgürlüklerine somut bir koruma getirmemesi nedeniyle eleştirilmiştir.¹⁷

Doğal hukukçuların dayanaklarından biri de insan aklıdır. İnsan aklının üstünlüğünü savunan bu görüşe göre her alanda mükemmelliğe ulaşmanın yolu rasyona-

11 Hacıkadıroğlu, Vehbi; "Doğal Hukuk Sorunu", HFSA, İstanbul Barosu Yayını, No: 4, İstanbul, s. 5.

12 Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 28.

13 Villey, Michel; Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, Dalloz, Paris, 1962, s. 54.

14 Villey, a.g.e., s. 55.

15 Aral, Vecdi; Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 195.

16 Lee, Stephen J.; Avrupa Tarihinden Kesitler, Dost Kitabevi, Ankara, 2002, s. 256.

17 Üskül Engin, Zeynep; "Birey Devlet İlişkisi ve İnsan Hakları", Yeni Toplum Yeni Siyaset, Kalkedon Yayıncılık, 2008, s. 237.

lizmden geçiyordu. Ancak Aydınlanma Çağı'nın sorgulayıcı tavrı, rasyonalizmi de sorgulamaya kalkınca akılcılığı zor durumda bırakmıştır. Bir yandan okumuş ve düşünen insan sayısının azlığı, diğer yandan aklın iyiliği olduğu kadar kötülüğü de düşünebileceği gerçeği karşısında rasyonalizm eleştirisi oklarına hedef olmuştur. İngiltere'den gelen bir akımla, aklın yerini giderek insan gelişiminde önemli faktörler olarak görülen deneyim ve tutkular almaya başlamıştır (Hume).¹⁸

Doğal hukuka eleştirisi getirenlerin düşünceleri, doğal hukukçularınkadar zengin değilse de, Aristo'nunkilere göre daha bilimseldir: Doğa, sosyal ve uygar insanın isteklerini gerçekleştirebileceği herşeyin örgütlenmiş olduğu bir site değildir, gerçek doğayı bulabilmek için uygarlığa ilişkin tüm katmanları soyutlamak gerekmektedir. Böylece “doğal yaşama hali” adı verilen kaotik durumla karşı karşıya kalınır ki, bu fikri alıp kullananlar da başka bir varsayımsal durumu kendilerine temel olarak ele almışlar, bunun sonucunda da hukuk egemenin söylediği söz olarak karşımıza çıkmıştır. Bir doğal hukuk eleştirisinden hareketle başka bir doğal hukuk akımına yol açan bu durum, sonuç olarak hukuku gökten yeryüzüne indirmiş ve laikleştirmiştir¹⁹ ancak bu defa da hukukla kanunu eş anlama indirgemıştır.²⁰

Aristo için “hukuk” doğru, adil, şeyler arasındaki doğanın belirlediği ve bilimin keşfedebileceği dürüst ilişkiler anlamına gelmekte iken bu yaklaşımda hukuk doğru ve adil olanın ne olduğunu ortaya koyan bir bilim değildir, bu yüzden hukukçunun dikkatini kanun metnine vermesi gerekmektedir-

dir.²¹ Bu felsefi değişim, başka unsurlarla da beslenince Aydınlanma Çağı'nı izleyen dönemde ortaya farklı bir anlayışın doğmasına neden olmuştur.

B) Hukuki Pozitivizm (Olan Hukuk):

Hukukçu olmayanların hukuka ilişkin tanımlarının normatif düzeyde kalması doğal karşılanabileceksen, bazı hukukçuların da aynı görüşü paylaşmaları dikkat çekici olmuştur. Teknolojik, ekonomik, toplumsal, bilimsel değişimler ve gelişmeler 19. yüzyılda hukuk kurallarının kaynağı konusundaki düşünceleri de etkilemiş ve doğal hukuk görüşünden farklı bir görüşün ortaya konmasına neden olmuştur. Böylece tarih, felsefe ve bilimde varsayımaya dayanan her türlü yapıyı reddeden, olayların gözlem, deneyle açıklanabileceğini kabul eden ve yöntem olarak da doğa bilimlerindeki yöntemi kabul eden pozitivist bir dönem başlamıştır.²² Hukuki pozitivizm de toplum bilimlerindeki pozitivizmin kurucusu olan Auguste Comte'tan cesaret alarak gözlem ve deneyle elde edilebilen sonuçların ötesindeki her türlü kabul ve önkabulü boş ve değersiz bir zihinsel faaliyetin ürünü saymıştır. Bunun doğal sonucu olarak da hukuk da bu yaklaşımdan etkilenmiştir.²³

Nitekim 19. yüzyıldaki doğa bilimlerindeki gelişme ve burjuva sınıfının kanunlar eliyle iktidarını sağlamlaştırma kaygısının doğrudan hukuka yansıdığı görülmektedir.²⁴ Yürürlükteki hukukun akıl yoluyla bulunan doğal hukuka dayandığı kabul edilen dönem geride kalmış, artık doğal hukuk, hukuk ötesi elemanları bünyesinde barındırdığı için eleştirilere maruz kalmıştır.

18 Lee, a.g.e., s. 256-257.

19 Akal, Cemal Bali; *İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara, 1998, s. 341.*

20 Villey, a.g.e., s. 55.

21 Villey, a.g.e., s. 55.

22 Keyman, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 35, S.: 1-4, s. 19.*

23 Keyman, a.g.m., s. 20.

24 Öktem, Niyazi/ Türkbağ, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, s. 346.*

Fransa'da "Egzejetik (Tefsirci) Okul" Code Napoléon' (Medeni Kanun)un, Almanya'da Kavramlar Hukukçuluğu BGB'(Medeni Kanun)nin yapımına neden olmuş ve bunlar medeni kanun olmaktan çok öte bir anlam taşımışlardır.

Aslında kanunlaştırma hareketlerinin temel nedeni, belirli bir toprak parçası üzerinde birlik ve kesinliği sağlamaktır. Bütün ülke topraklarında pozitif hukukun etkili ve yeknesak bir biçimde uygulanmasının hukuk güvenliğini sağladığı kadar, siyasi iktidarın gücünü ortaya koymasında yardım edici bir işlevi vardır.²⁵ Kanunlaştırma hareketinin ortaya çıktığı dönemlerde bu işlev daha çok ön plana çıkmıştır ve çıkarılan kanunların tartışılması engellenmiştir. Aslında yasakçı olan bu tavır bilimsel bir çerçeveye içinde sunulmuş ve örneğin Fransa'da Medeni Hukuk dersleri yerine "Medeni Kanun" dersleri verilmiş, Almanya'da düzenlenen medeni kanun ise çok soyut, teknik, anlaşılması ve uygulanması zor bir kanun olmuş ve sadece bunu anlayacağını iddia eden bilimsel bir çevrenin eline bırakılmıştır.²⁶ İngiltere'deki hukuki gelişim Kıta Avrupası'ndan farklı olmakla beraber aynı dönemlerde hukukun "hükümler gücün belirli bir kişinin ya da kişilerin davranışlarını düzenlemek için çıkardığı ve uyulmaması durumunda bir ceza tehdidini içeren beyanlarının toplamından başka bir şey olmadığı" yolundaki fikirleri ve doğal hukuk ilkelerinin reddedilmesi gereğini savunan görüşlere sahip olan Bentham ve Austin gibi ünlü hukukçulara

sahip olmuşlardır.²⁷ İngiltere'deki pozitivism "analitik pozitivism" adını almış ve o da diğerleri gibi doğal hukuku eleştirmekle işe koyulmuştur ve hukuku bir emrin ifadesi ve zor kullanmadan ibaret saymışlardır.²⁸

Hukuksal pozitivismin tarih boyunca kurulu düzenin korunması, iktidarların otoritesinin sağlanması amacıyla ortaya çıktığı görülmektedir. Her iktidar, belirli kurallarla sınırlanmaktan hiç değilse bir miktar sıkıntı duyar ve bu kuralları aşabilmek için kimi kez çareler üretmeye çabalar. İktidarı ele geçirenlerin iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta herhangi bir güçle sınırlanmayan devlet anlayışı tarih sahnesinde hep görülmüştür. Bunların hepsi doğal olarak kendi yaptıkları yasal düzenin en iyisi olduğunu savunmak ve bu düzenin değişmezliğini sağlamak için pozitivist düşünceye destek vermişlerdir.

19 ve 20. yüzyılda bilimsel ve felsefi pozitivismin ortaya çıkışıyla birlikte hukuki pozitivismin temelleri atılmış olmaktadır. Böylece irade, devletçi ve olan hukukla yetinen hukuk anlayışı, bilimselliğin ardına sığınma imkanı bulmuştur.²⁹ Bunun sonucu olarak doğal hukuk görüşü bir yana bırakılmış, hukuk teorisi pozitif hukukun egemenliğine terk edilmiş ve bütün hukuk pozitif hukuktan ibaret sayılmaya başlanmıştır.³⁰

I) Pozitivist Yaklaşımların Genel Özellikleri:

Pozitivist yaklaşımların genel özelliklerine bakıldığında

25 Güriz, Adnan; *Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006, s. 144.*

26 Güriz, a.g.e., s. 145.

27 Güriz, Adnan; *Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, s. 269.* Ayrıca Bkz. Güriz, Adnan; *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 65;* Gürbüz, Ahmet; *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1999, s. 45-66.*

28 Auer, Andréas; *Introduction à la Philosophie du Droit, Université de Genève, Cenevre, 1978, s. 96-98.* Ayrıca Bkz. Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 351. Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 256. Uzun, Ertuğrul; "John Austin: Analitik Pozitivism", *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 11.*

29 Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 347.

30 Güriz, a.g.e., s. 267.

a) Reel hukukla ideal hukuk arasında çok belirgin bir ayırım yapmaları ve doğal hukuku reddetmeleridir: Hukukçu sadece olan hukukla ilgilenmelidir, değer yargılarından kaçınmalıdır, “ortak iyi”, “hak ve özgürlükler”, “adalet” gibi kavramlar hukukçunun ilgi alanının dışında kalmalıdır. Antik Yunan’dan beri hukukla ahlak arasında kurulan yakın bağ bu sefer toptan reddedilmiş olmaktadır. (Austin, Kelsen’de olduğu gibi) Pozitivizmin hukuka bu şekilde yaklaşması, hukuk karşısında değerlendirmeyen, objektif ve ahlaki yönden tarafsız bir davranış gibi nitelendirilebilirse de aşağıda görüleceği üzere birçok açıdan eleştirilere hedef olmuştur.³¹

b) Pozitivistler, hukukun kaynağını güce, zorlamaya ve yaptırımı uygulayabilecek otoriteye bağlarlar. Devletçi hukuk kuramıyla pozitivizm burada paralel gitmektedir. Bu anlayışa göre, olan hukuk en yetkin hukuk kuralıdır bu nedenle de hukuk uygulayıcısının yorum imkanları kısıtlanmıştır³², zaten yargıcın görevi hukuku yaratmak değildir, hukuk zaten vardır ve onun görevi sadece yazılanı uygulamaktan ibarettir.³³ Aslında hukuki pozitivistler bu yolla hukukun kesinliğini sağlamak istemişlerdir. Böylece bireyin devletle olan ilişkisinde bir güvence oluşturulacaktır.³⁴ Ancak, hukukun kesinliği ilkesini gerçekleştirmek isterken çok katı bir tutum takınmak ve yargıcın yorum olanaklarını tamamıyla yok etmek, gelişen ve değişen dünya koşullarında hukuktan beklenecek faydayı da azaltmak anlamına gelecektir.

c) Hukuki pozitivizmin içerikle değil de biçimle ilgilendiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle yasayı yorumlarken gramatik ya da filolojik bir yöntem kullanılır, kavramların incelenmesi ön plana çıkar (Kavramlar İctihadı) ya da bir başka yöntemi kullanan pozitivistler için yasayı belirleyen iradesinin biçimsel olarak ortaya çıkmış olması hukuki pozitivistler için yeterlidir. (Menfaatler İctihadı).³⁵

d) Hukuk normunu diğer normlardan ayıran içeriği değil zorlayıcı oluşudur. Hukuk normu, insan tasarruflarının hukuki olup olmadıklarını belirten kalıplardan başka bir şey değildir: İdamın gerçekleştirilmesinin suç oluşturulması gibi, çünkü idam hukuk tarafından belirlenmiş bir suç kalıbının ihlali sonucu ortaya çıkan hukuki bir sonuçtur ve idam cezasını yerine getiren kişi bundan dolayı cezalandırılmamaktadır.³⁶ Bu aynı zamanda hukukun etikten kopması anlamına da gelmektedir, çünkü bir davranış ancak hukuk tarafından suç sayıldığı için cezalandırılmaktadır, hukuk tarafından düzenlenmemiş bir davranışın hukuki yükümlülük yaratmasının konusu olmayacağı kabul edilmektedir.³⁷

II) Hukuki Pozitivizme Getirilebilecek Eleştiriler:

Aslında bu görüşü savunanlar, metafizik olduğu, sübjektif değer yargıları içerdiği için reddettikleri doğal hukukun yerine bir başka değer yargısını koymaktadırlar: “Hukuk, üstün ve emredici iradeden kaynaklanan ve en iyi kuralların ortaya koyduğu bir sistem” olarak karşımıza çıkmak-

31 Keyman, a.g.m., s. 25.

32 Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 353.

33 Auer, a.g.e., s. 92.

34 Keyman, a.g.m., s. 21.

35 Ökçesiz, Hayrettin; “Hukuk ve Bilimi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 284.

36 Akbay, Muvaaffak, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 44-45.

37 Kelsen, Hans; “Saf Hukuk Kuramı Nedir?”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 57-58, 59-60.

tadır. Hukuki pozitivizm, yalnızca varlığı nedeniyle pozitif hukuka verdiği değer ve kanuni adalet anlayışı nedeniyle ideolojik bir görünüme kavuşmaktadır.³⁸ Bu yaklaşımın bir değer yargısını dışlarken bir başkasının içine düştüğü görülmektedir. Yasayı koyan iradenin eylemi bağımsız bir varlık niteliğine bürünmekte ve “en yetkin yasayı bildirebilecek” nitelikte görüldüğü için tabulaşmaktadır.³⁹ Devletin yüceltilmesi, gücü eline geçirenlerin kendilerini denetleyebilecek kurumları dışlaması, adil olmasa da kurallara sırf konulduğu için uymak ve onları uygulamak zorunda kalmak totaliter ve otoriter bir politikanın içine düşmekle eş değer olmaktadır. Devletin yaratmadığı bir hukukun bu anlayış çerçevesinde tanınması mümkün değildir, oysa bunun böyle olmadığını kanıtlama günümüzde çok zor değildir. Örneğin uluslararası hukukun önemi yadsınamaz ve çok yaygın olmasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bireysel başvurunun kabul edildiği ve kararlarının devletler üzerinde etkili olduğu hukuk mekanizmaları mevcuttur. Bu mekanizmalar, bireyin onurunun korunması, insanın insan olmasından dolayı dokunulamaz bazı haklara sahip olduğu noktasından hareketle kanun koyucuya pozitif normlar koymak yükümlülüğü yüklediği gibi, ceza yaptırımları açısından da kanun koyucunun yetkisinin sınırlarını da belirlemektedir.⁴⁰ Bu durumda, hükümet edenlerin esas yetkilerinin toplumsal düzeni sağlamak ve korumak, yurttaşlar arasında barışı egemen kılmak, bireyler arasında çıkabilecek çatışmaları önlemek, çatışma çıkarsa bunları

çözmek ve herkese hakkının verilmesini sağlamak (suum cuique tribuere) olduğunu unutmamalarını sağlamak gerekmektedir.⁴¹ İnsanın dolayısıyla da kanun yapanların da hata yapabileceklerini hesaba katmak ve bu yanlışların vahim sonuçlara yol açmaması için de iktidarı denetleyebilecek belirli kurumlara ihtiyaç vardır. Dolayısıyla artık, tek hukuk kaynağının devletin iradesi olduğunu söylemek de eksik bir ifade olmaktadır. Nitekim Kelsen dahi “temel norm”un kaynağını açıklamakta zorlanmıştır.⁴²

Bunun bir başka sakıncası ise, hukukun değişen ve gelişen hayat koşullarına uyum sağlamasının mümkün olmamasıdır. Hukukun statik bir nitelikte olduğunu kabul etmek, hukukun temel amacından uzaklaşmak demektir. Hukuki pozitivistler hukuku gökten yere indirirken onun kımıldayamayacak kadar fazla kök salmasına neden olmuşlardır. Hukuk insanın olduğu yerde varolabildiğine göre, temel amaç insanın yaşamını düzenlemek ve bir kaos ortamındansa bir barış ortamını sağlamak olmalıdır. İnsan yaşamı özellikle son bir-iki yüzyıldır süratle değişmektedir. Teknolojik, bilimsel değişmelere ayak durabilmek için de hukukun esnek olması ya da en azından yeniliklere açık olması gerekmektedir. Hukuku dar kalıplar içine sokmakla günümüzün genetiği değiştirilmiş organizmalar, organ nakli, kök hücre, internet, homoseksüellerin evliliği ve evlat edinmesi, ozon deliği gibi yeniliklerin ortaya çıkardıkları sorunlara çare bulmak imkansızlaşır.

38 Keyman, a.g.m., s. 23.

39 Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 355. Ayrıca Bkz. Bonnard, Roger; “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 28.

40 Ökçesiz, a.g.m., s. 283.

41 Amserek, Paul; “Norm ve Yasa”, HFSA, 1. Kitap, Nüans Basın Yayın Ltd. Şti., İstanbul, 1993, s. 47.

42 Kelsen temel normun geçerliğini nereden aldığı sorusuna açık bir yanıt vermemektedir, bunun da nedeni bu sorunun bir “saf bir hukuk” sorunu olmaktan çok sosyolojik bir nitelik taşıması olsa gerektir. Değil temel normun herhangi bir hukuk kuralının minimumda geçerliğinin olabilmesi için toplumsal destek şarttır. Bkz. Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 259.

Hukukun, onu söyleyenin iradesinden oluştuğunu söylemek, bu irade iktidardan uzaklaştığı takdirde, yeni bir yazılı hukukun oluşabileceğini kabul etmek demektir. Toplumsal düzenin sağlanması için gereken istikrar unsuru bu durumda dışlanmış olmaktadır. Dolayısıyla hukukun ifadesi olan “emir” subjektif bir içerik taşımaktadır.⁴³ Oysa hukuki pozitivizmi savunanlar bir yandan da hukuku kanunla eş anlamlı kılarak hukuk güvenliğini sağlamak istemişlerdir.

Hukuki pozitivizm değer ve amaç sorunlarının önemini reddetmemektedir ama bunların hukukun değil siyaset bilimi, sosyoloji, ekonomi gibi başka dalların konusuna girdiğini düşünmektedir.⁴⁴ Bunun bir sonucu olarak hukuki pozitivistler hukuk normunun sadece şekilden oluştuğunu varsayılmaktadır. Hukuk düzeninin belirli bir biçimle sağlanacağı, insan davranışlarının düzene konulacağı doğrudur. Hukuk düzendir, düzen de bir biçimlendirmeyi gerektirir.⁴⁵ Hukuki pozitivizmin bilgi-bilim anlayışı şekil ve değer arasında herhangi bir bağlantının varlığını reddederek, bu ikisi arasında aşılmaz bir ayrılık koymaktadır.⁴⁶ Ancak bu şekilciliğe çok sıkı bir biçimde tutunmanın, hukuku kağıt yığınlarından ibaret saymanın, onu içerikten dolayısıyla değerlerden örneğin adalet kavramından uzak tutacağını ya da “değer”i tamamen siyasal tercihlerin konusu yapacağını da göz ardı etmemek gerekir. Adaleti dışlanan bireysel sonuçları olabileceği gibi (Ceza davalarında her adam öldürenin aynı cezayı almaması, her olayın oluşum

biçiminin, varsa ağır ya da hafif tahrikin, olaya karışanın yaşının hesaba katılması buna örnek verilebilir), hukuki pozitivizmin hukuku tanımlarken toplumun iyiliği ve adaletin gerçekleştirilmesi veya özgürlüğün korunması gibi amaçlara yönelmiş bir kurum olarak ele alınmasını reddetmesi, toplumda huzursuzluğun doğmasına, barışın bozulmasına neden olabilecek vahim toplumsal sonuçlara da yol açabilir.⁴⁷

Hukuku biçimden ibaret sayıp hukuk normunu oluşturan kelimelere önem vermek bir yorum yöntemi olmakla beraber, sadece bu yöntemle sınırlı kalmak hukuk kavramlarını dar kalıpların içine sokmaktadır. Normlar bir takım cümlelerden onlar da kelimelerden oluşmaktadır, kelimeler de kavramların taşıyıcısıdır.⁴⁸ Ancak kelime ile kavramı aynı kefiye koyarak değerlendirmek doğru değildir, çünkü kelimelerin günlük kullanımları ile hukuki kavramların anlamları farklı olabilir. (Oysa pozitivist Austin günlük dilin temel alınması gerektiğini belirtiyor ve filozofları şatafatlı ve anlaşılmaz bir dil kullandıkları için eleştiriyordu⁴⁹). Her bilimin kendine özgü dili olabildiği gibi, bu dil zamanın koşullarından etkilenerek farklılaşabilir de. Bu nedenle de bu tür dilbilimsel araştırmalar yararlı olsalar da sadece buna dayanmak ve böylece hukuk normunu dar kalıplara sokmak doğru olmayacaktır.

Bunun dışında, hukuki pozitivizm örf ve adet kurallarını dışlamaktadır. Toplumun uzun bir zaman dilimi içinde geliştirdiği ve uygulayageldiği, birçok sorunu

43 Güriz, a.g.e., s. 257.

44 Keyman, a.g.m., s. 29.

45 Aral, Vecdi; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 17.*

46 Karakaş, Jale; “*Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler*”, *HfSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, s. 97.*

47 Keyman, a.g.m., s. 25.

48 Aral, a.g.e., s. 139.

49 Skirbekk, Gunnar/ Gilje, Nils; *Antik Yunan’dan Modern Döneme Felsefe Tarihi, Kesit Yayınları, İstanbul, 2006, s. 555.*

çözmekte kullandığı örf ve adet kurallarını yok saymak ve yargıcın bunları kullanma olanaklarını dışlamak doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıca, hem İngiliz olup da hem de Austin gibi hukuku emir ve cebir ihtiva eden kurallardan sayan düşünürlerin, yargı içtihatlarının üstünlüğe sahip olduğu İngiltere gibi ülkelerin hukuk hayatını açıklamaları zordur.⁵⁰

C) Toplumsal Olgu ve Olmayan Hukuk:

Hukuk sosyolojik açıdan ele alındığında karşımıza “toplumsal olgu” kimliği ile çıkmaktadır. Bunun anlamı şudur: Nerede bir toplum varsa, orada bir hukuki düzen vardır ve hukukun temel işlevi toplumsal düzeni sağlamaktır. Düzen bir kere sağlanınca, o toplumsal yaşamın katlanılabilir olduğu ve toplumsal yapıdan gelen taleplerin dikkate alındığı ortaya çıkmış olmaktadır.⁵¹ Hukuk bu yanıla hem toplumsal olayları etkileyen bir faktör, bir belirleyici durumdadır, hem de toplumsal yaşamın doğal bir ürünüdür. Böylece hukuk insan iradesine etki yaparak davranışlarına yön veren, toplumsal sonuçlara hatta toplumsal dönüşümlere yol açan, karşımıza değişik hukuki olgu ve süreçleri çıkaran toplumsal bir olgu olarak belirmektedir.⁵² Sonuç olarak hukuk kuralları, din, ahlak, örf ve adet kuralları gibi içine doğdukları toplumsal gerçekliğin sonucudur ve bu toplumların birçok özelliklerini doğrudan yansıtırlar ve yansıtılmaları da o toplumun ortaya konan kuralları benimseyebilmesi açısından ko-

laylık sağlar.⁵³ Hukuk sadece uyumsuzluk çözen asli bir düzen unsuru değil, aynı zamanda insanların kendilerini içinde tanımladıkları bir toplumsal yaşama düzenidir.⁵⁴

Hukukun düzeni sağlayabilmesi için hukuk kurallarının bir yönüyle etkin olması, diğer yönüyle de devletin etkinliğinin toplum tarafından tanınmasını gerektirir. Merkezi iktidar etkinliğini belirli bir yerde ve zamanda, gerçekleştirdiği toplumsal çevrenin genişliğine ve niteliğine bağlı olarak kuvvet kullanabilme potansiyelini içermektedir.⁵⁵ Bu potansiyele sahip olması iktidarın etkinliği sağlayabilmesi anlamına gelmektedir. İktidarın hukuki düzenlemeyi yaparken gelenekleri, toplumsal gerçekleri, üretim biçimlerini dikkate alması halinde yaşayan hukuk ile normatif hukuk arasındaki çatışmalar daha az olacaktır. Ancak bu durumda toplumsal olguyu gözetken bir hukuk sistemine ulaşılabilir.⁵⁶

Hukuku sadece norm boyutuyla ele alan pozitivistlerin ya da hukukun iktidarı ele geçirenin iradesi olduğunu iddia edenlerin ve sadece etik değere önem atfeden kuramların eleştirilecek taraflarının olduklarını biliyoruz. Bu nedenle, doğal hukukun yol gösterdiği ilkeler doğrultusunda, olabilecek denli ideale yaklaşan mükemmel denilebilecek bir hukuk sisteminin dahi toplumsal yaşama etki edemediği noktalar olabileceği açıktır. Hukukun yaşamın birçok alanını kuşattığı düşünülecek olursa, yurttaşlar tarafından yaratılan kurallara uymanın rasyonel olacağına dair bir zihin durumunun mevcut olması gerekir.⁵⁷

50 Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, s. 257.

51 Işıktaç, *Yasemin*; *Hukuk Sosyolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 153.

52 Gürkan, Ülker; *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 12.

53 Gürkan, a.g.e., s. 14.

54 Özcan, Mehmet Tefvik; *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2009, s. 295-296.

55 Özcan, Mehmet Tefvik; “*Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım*”, *Adalet Kavramı*, Der.: Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 58.

56 Üskül Engin, Zeynep Özlem; *Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 78.

57 Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, s. 301.

Çünkü hukuk normuna uyma ve bireyin toplumsal düzene uyması, bunun rasyonel olduğu önkabulünden kaynaklanır. Toplumdaki rasyonellik ise, “bireyler arasındaki ilişkilerin toplumsal uyum koşullarında cereyan ettiği veya insanların uyumu tercih ettikleri ölçüde varlık kazanır. Toplumsal çatışma ve çatışmaya yol açan faktörler, bize rasyonelliğin işlemediği durumların ihmal edilir düzeyde olmadığını gösterir.”⁵⁸ Rasyonel davranıştan uzak durma eğilimi gösteren toplumlar da yok değildir. Aslında hukuk kurumlarının varlık nedeni çatışmaları çözmektir, ancak bu durumda hukuk yalnız başına sorunu çözmekte yetersiz kalmaktadır.

Toplumun tamamına egemen olan kültür, devlet ve hukuk tarafından onaylanmış kültürdür.⁵⁹ Bu egemen kültürün dışında kalan ve devlet ve hukuk tarafından hoşgörülmemeyen, varlığına izin verilmeyen, yasaklanan alt kültürler olabilir, bu takdirde bunlar hukuk sisteminin dışında, bazen de karşısında konumlanmış olacaktırlar. Baskıya direnebilen bir alt kültür söz konusuysa zamanla bunun bir karşı kültür olarak kuvvetlenmesi ve egemen kültürü ve bunun hukuk sistemini zora sokması da mümkündür.⁶⁰ Bu kadar yoğun bir direnme olmasa, toplum tarafından ihmal edilen, önemsenmeyen bu nedenle de uygulanmayan kurallar da bulunabilir: Trafik kurallarını bu duruma örnek verebiliriz. Yaptırımı devlet tarafından değil, yaşamı kaybetmek dahi olsa bu kurallara uyulma pratiği toplum tarafından kazanılamamaktadır.

Hukuk kurallarının uygulanması ve toplumsal düzenin devamının sağlanması

için bireyin varolan düzene uymayı kabul etmesi ve kendisini bu düzenin bir parçası olarak görmesi gerekmektedir. Bu buna ilişkin önlemlerin alınması gerekmektedir.⁶¹ Bir kişinin tek başına düzene aykırı gelen davranışı hukuk kuralları tarafından cezalandırılabilir, bu davranış toplumsal bir nitelik taşımadığı için hukuk düzeni açısından tek başına bir tehdit ya da sorun oluşturmaz, ancak aynı hukuk kuralları toplumun belirli bir kesiminden gelen aykırı davranışlar bu konuyla ilgili ciddi bir sorun olduğunun ve hukuk açısından bir etkinlik sorununun ortaya çıktığının göstergesidir.⁶² Bu ülkede imam nikahlarının önünün alınmaması başta bir kamu görevi yapan imamlara hiç ceza verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Topluma medeni nikahın rasyonel olduğu, tarafların haklarını koruduğu ve onlara rasyonel görevler yüklediği anlatılmadığı sürece ve imamlar aile cüzdânını görmeden bu nikahı kıymakta herhangi bir sıkıntı duymadıkça bu uygulama devam edecektir. Bu durumda yazılı hukukun yerine yaşayan ve yazılı hukukla çatışan bir hukuk geçmektedir. Olan hukukun olmayan hukuka dönüştüğü nokta da tam olarak budur.

Her ne kadar akılcı bir sistem ortaya konulursa konulsun, gücünü gelenekten, kültürden alan yüzyıllardır benimsenen alışkanlıklar, insanların değer sistemlerini belirleyen tarihsel kalıplar söz konusu olabilir ve bunlar düşünme dinamiklerini baskılayan, aynı zamanda hukuk sisteminin işlerliğini baltalayan unsurlar olarak ortaya çıkabilir.⁶³ Nitekim düşünmeye kültürel alışkanlıkları nedeniyle kapalı toplumlarda

58 Özcan, Mehmet Teyfik; *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Kavim Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 109.

59 Özcan, a.g.e., s. 110.

60 Özcan, a.g.e., s. 110.

61 Işıktaç, a.g.e., s. 142.

62 Gürkan, Ülker; “Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 312. Ve ayrıca Bkz. Topçuoğlu, Hâmide.; *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, C.: 1, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 182.

63 Sezgin, Erkut; “Hukuk Kurallarının Temeli ya da ‘Adalet Duyarlığı’/‘Vicdan’ Üzerine”, HFSA, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 86.

adalete verilen anlam, özgürlük ve eşitliğe verilen anlamlarda olduğu gibi insan hak ve özgürlüklerinin kapsamlarından çok farklı bir alana kayabilir ve bunlar üzerinde bir sorgulama pratiğinin de geliştirilmemiş olduğu görülür. Bu durumda hem adalete aykırı hem de yazılı hukuk düzenine aykırı bir uygulama ile karşı karşıya bulunmaktadır. Bu durumun daha anlaşılır kılınması için hukuk yoluyla yapılması beklenen toplumsal mühendislik hareketlerine gösterilen direnç örnek olarak verilebilir.⁶⁴ Bu tarz bir direncin oluşmaması ya da oluştuysa ortadan kaldırılmasının sadece hukuksal yollarla gerçekleşmesini beklememek gerekir. Toplumsal bir sorun söz konusu olduğu açık bir gerçeklikse, etkili olabilecek diğer toplumsal faktörlerin de devreye girmesi gerekir. Eğitim, medyanın etkili kullanımı, üretim araçlarının değiştirilmesi akla gelebilecek ilk çözümler olabilir.

Kimi zaman hukuk adil sonuçlar öngörebilir ama geçerliği ya da etkinliğinde bir sorun olabilir. Kuralların uygulanması sırasında ya devlet görevlilerinin ya da halkın ciddi bir ihmali, göz ardı etmeleri ya da kültürel nedenlerle bunlara karşı koyma olabilir. Tekil hukuk ihlallerinin bireyler ya da devlet görevlilerince yapılması halinde bunların giderilmesi hukuk devleti anlayışı içinde talep ediliyor ve bu durum istikrarlı bir şekilde sürüyorsa toplumsal anlamda ve etkinlik açısından bir sorun yoktur, tersi durumda ise, hukukun nerede aksadığına bakmak gerekir. Çünkü kimi zaman da hukuk kuralları artık o toplum için uygun olmayabilir ve toplumsal değişime uğramış bir insan topluluğu için doğru kurallar olmayabilir.

Hukukta pozitivistlerin yaptığı gibi değerden yoksun bir anlama ulaşılabildiği gibi, toplumdaki kopuk değerlerle de hukuk

sistemi yaratılabilir. İşte bu nedenle hukukun tanımı yapılırken, üç boyutu olduğundan hep sözedilir: Hukukun etik değer boyutu (adalet), norm boyutu ve toplumsal olgu boyutu. Bu üç boyutu bütünüyle ele almayan kuramlar hep bir taraftan eksik kalmaktadırlar ve hukukun gerçek işlevini görmesini engelleyici bir konumda durmaktadırlar.

Çözümü hukuk tekniğinde ve onun zorlayıcı yanında aramak çoğu kez işe yaramamaktadır. Bu, bir yanda hukuk güvenliğini sağlamak için anlamlı olurken diğer yanda hukuktaki değer kavramını dışladığı için sorunu çözmektedir. Üstelik tarihe bakıldığında iktidarını sağlamlaştırmak isteyen tüm totaliter yönetimlerin kanunun kanun olduğu için uyulması gerektiği düşüncesine sıkı sıkıya sarıldığı da bir gerçektir. O nedenle hukukta değeri dışlamamak gerekir. Bir hukuk devletinin çağdaş hukuk devletler seviyesine gelebilmesi için hukukun sadece bir mühendislik işinden ibaret olduğunu düşünmemek onun mimarlığını da yapmak gerekir. İyiniyetlerle çıkarılmış, toplumu düzenlemek için konulmuş ve değer kavramını dışlamayan hukuk kurallarının bile toplumsal gerçeklikten kopuk olmaları durumunda istenilen düzeni sağlayamadığı açıktır. İşte bu noktada hukukun toplumsal bir yanı olduğunu hatırlamak ve bu yönün hukuk kurallarının etkinliğiyle doğrudan ilişki içinde olduklarını dikkate almak gerekir. İşte bu nedenle, hukuk kurallarının herşeyden önce insan özelliklerinin toplumsal sonuçlarını dikkate alması, o toplumun ekonomik hayatının özelliklerine uygun bulunması, toplumdaki güç ilişkilerine uyması ve geleneklerle de belirli bir ölçüde dahi olsa bir uyum içinde olması gerekmektedir.⁶⁵

⁶⁴ Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 113-116.

⁶⁵ Işıktaç, *a.g.e.*, s. 137.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali; Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Yayınevi, Ankara, 2006.
- Akal, Cemal Bali; İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara, 1998.
- Akbay, Muvaffak,” Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Amserek, Paul; “Norm ve Yasa”, HFSA, 1. Kitap, Nüans Basın Yayın Ltd. Şti., İstanbul, 1993.
- Aral, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- Aral, Vecdi; Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Auer, Andréas; Introduction à la Philosophie du Droit, Université de Genève, Cenevre, 1978.
- Aybay, Aydın/ Aybay, Rona; Hukuka Giriş, 5. Bası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Bonnard, Roger; “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Çağıl, Orhan Münir; Hukuk Başlangıcı Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.
- Dinçkol, Abdullah; Temel Hukuk Bilgisi, Der Yayınları, İstanbul, 2007.
- Gürbüz, Ahmet; Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1999.
- Güriz, Adnan; Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963.
- Güriz, Adnan; Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006.
- Güriz, Adnan; Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- Gürkan, Ülker; “Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1975.
- Gürkan, Ülker; Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.
- Hacıkadirioğlu, Vehbi; “Doğal Hukuk Sorunu”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, No: 4, İstanbul.
- Işıқтаç, Yasemin; Hukuk Sosyolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- J. Lee, Stephen, Avrupa Tarihinden Kesitler, Dost Kitabevi, Ankara, 2002.
- Kale, Nesrin; “Platon’dan Günümüze Adalet Kavramı”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005.
- Karakaş, Jale; “Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004.
- Kelsen, Hans; “Saf Hukuk Kuramı Nedir?”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Keyman, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 35, S.: 1-4.
- Otar, Gogaşvili; “Doğal ve İradi Hukuk Arasındaki İlişki”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004.
- Ökçesiz, Hayrettin; “Hukuk ve Bilimi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Öktem, Niyazi/ Türkbağ, Ahmet Ulvi; Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul,
- Öktem, Niyazi; “ Antik Yunan Felsefesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 39, S.: 1-4, 1974.
- Özcan, Mehmet Tevfik; “Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım”, Adalet Kavramı, Der. Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994.
- Özcan, Mehmet Tevfik; Hukuk Sosyolojisine Giriş, KavimYayıncılık, İstanbul, 2007.
- Özcan, Mehmet Tevfik; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2009.
- Sezgin, Erkut; “Hukuk Kurallarının Temeli ya da ‘Adalet Duyarlığı’/’Vicdan’ Üzeri-

- ne”, HFSA, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005.
- Skirbekk, Gunnar/ Gilje, Nils; Antik Yunan’dan Modern Döneme Felsefe Tarihi, Kesit Yayınları, İstanbul, 2006.
- Topçuoğlu, Hâmide.; Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.:I, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963.
- Uzun, Ertuğrul; “John Austin: Analitik Pozitivizm”, Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed. Ahmet Halûk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Üskül Engin, Zeynep Özlem; Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi,
- Beşir Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Üskül Engin, Zeynep; “Birey Devlet İlişkisi ve İnsan Hakları”, Yeni Toplum Yeni Siyaset, Kalkedon yayıncılık, 2008.
- Villey, Michel; Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit, Dalloz, Paris, 1962.
- Villey, Michel; “Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin İlişkileri”, HFSA, 1. Kitap, Nüans Bası Yayın Lmtd Şti, İstanbul, 1993.