

Yasaların Toplumsal Kökeni: İthal Dayatmacılık / Yerel Pratikler

Güncel ÖNKAL* © Ayşegül SILI**

ÖZET

Hukukun içeriği oluşturan suç ve ceza kavramları ile hukuk teorisini oluşturan adalet, iyi, kötü, hakkaniyet, hak, meşruiyet, vb. felsefi kavramların içeriğinin ekonomik, sosyo-politik ve toplumsal değişimlere paralel olarak gün geçtikçe genişlediğini ve çeşitlendiğini gözlemliyoruz. Hukukun toplumsal dinamikleri ve toplumsal taleplerin çeşitliliği karşısında yenilenmesi ihtiyacı ve yeniden değerlendirilmesi farklı bakış açılarına dayalı yorumlara konu edilmektedir. Sormamız gereken şudur: Ağaca odaklanmak mı, ormanı görmek mi; hangi bakış açısı ile kanunların sosyal boyutunu değerlendirmeliyiz? İşte çalışmamız, bu bağlamdan hareketle hukukun öyle ya da böyle kabullenilmiş evrensel meşruiyeti karşısında yerel pratiklerin konumunu incelemektedir. Bu incelemeyi yaparken temel savımız yerel pratiklerin çokluğuna karşılık evrensel hukuk düşüncesinin tek düzeliliği ve yetersizliğine dikkat çekmekten ibarettir. Hukukun toplumsal kökenleri düşünüldüğünde gerçekten hukuk herkes için özgürlüğün, bir arada yaşamanın güvencesi ve toplumsal ilerlemenin ahlaki sağlığının teminatı mıdır; yoksa dünyadaki bazı büyük devletlerin global erklerine paralel olarak kurgusu değişen, özeldeki kültürel farklılıkların göz ardı edilmesi ile de dokunulamaz hale gelen insanüstü bir yapı mıdır? Daha açık bir ifadeyle; kanun uygulamalarının özcü yapısı toplumsal değişimlerin pratiğine ket mi vurmaktadır? Kanunlar toplumdan topluma değişirken, özünde yer alan adalet duygusunun farklı

kültürlerde aynı şekilde tecelli etmesi ideal, küreselleşme olgusu ile karşısında insanlığın bir paradoksu mudur? Bu temel sorular ışığında demokratik yönetimlerin temeli olan adaletin yerel pratiklerde nasıl tecelli ettiği örnek olaylar bağlamında incelemek gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Duyarlı hukuk, küreselleşme, yerel pratikler, toplumsal normlar, kodifikasyon ve resepsiyon.

GİRİŞ

Yasaların toplumsal kökeni çok çeşitli düşünce akımları bağlamında açıklanabilir. Ancak bu çalışmada daha çok hukukun toplumsal kökenlerinden anlaşılması gereken çerçeveyi belirleyen *hukukun toplumsal değişimden beslenmek zorunda olduğu* kabulüdür. Toplumsal değişimlerin geçmiş yüzyıllara göre yoğun ve daha hızlı olarak yaşandığı çağımızda toplumların ve onları oluşturan bireylerin tabii olduğu hukuk malumatının içeriği de değişim ve dönüşüme açık olmak noktasında sıkıntılı süreçler geçirmektedir. Bu sıkıntının nedeni hukukun “evrensellik” adı altında kökenleri Roma düşünce tarihine dayanan kimi felsefi kavramların mutlakiyeti altında kısırlaştırılmasıdır. Oysa ki hukuk toplumsallıktan beslenir. Küreselleşme olgusu altında ezilen ve kendini ancak küresel kabulün ve yaygın popüler anlayışın öngördüğü biçimde ifade etmekle yetinmek zorunda bırakılan toplumların hukuku ithal dayatmacılık ile meşru kılınan mutlakçılığı

* Dr. Atatürk Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

** Dr. Atatürk Üniversitesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi.

ile yerel ihtiyaçlara yanıt veremez hale getirilmiştir. Çalışmamız bu bağlamda “sabit hukuk” karşısında “duyarlı hukuk” anlayışının geliştirilmesinin felsefi dayanaklarını özellikle yeniden ele alma girişimi olarak özetlenebilir. Bu incelemeyi üç temel adımda derinleştirmeyi amaçlıyoruz. Bunlardan birincisi yerel pratiklerin neo-liberal küreselleşme rüzgarını arkasına alarak mutlak ve sabit hukuk anlayışı karşısındaki mücadelesidir. İkinci olarak duyarlı hukuk kavramsallaştırması incelenmekte; üçüncü adımda da ise bu iki kavram çatışması karşısında hukuk makamının nasıl korunabileceğine dair bir tartışma yürütülmektedir.

1. Yerel Pratikler Karşısında Hukukun Mutlaklaştırılması

Türk vatandaşı; İsviçre medeni kanuna göre evlenen, İtalyan ceza yasasına göre cezalandırılan, Alman ceza mahkemeleri usulü yasasına göre yargılanan, Fransız idare hukukuna göre idare edilen ve İslam hukukuna göre gömülen kişidir.

Uğur Mumcul Köy Enstitüleri Konuşması'ndan.

Her hukuk olayı kişiler arası bir anlaşmazlığı ifade etmesi bakımından aynı zamanda sosyal bir durumu ifade eder. Hukuk kuralları; adet ve gelenekler, ahlak kuralları, din kuralları gibi sosyal hayatı düzenleme ihtiyacından doğmuştur. Ancak diğerlerinden farklı olarak yaptırım gücü sadece sosyal baskının caydırıcılığıyla sınırlı olmayıp, ciddi bir cezalandırma gücüne de sahiptir. Bu yönüyle hukuk kuralları, toplumsal norm olma özelliği gösterir. Toplumsal norm, toplumsal yaşamda kişi ve grupların tavır ve davranışlarının nasıl olması gerektiğini belirleyen ve yaptırımlarla desteklenen ortak toplumsal kurallardır. Hukuk kurallarının temelde sosyal bir ihtiyaçtan doğmuş olması sosyoloji ile hukuk arasındaki organik bağın varlık sebebini oluşturmaktadır.

Hukuk kurallarının kaynağı konusunda 19. yüzyıldan bu tarafa “Savigny’nin Tarihçi Okulu” ve sonrasında Durkheim’ın çalışmaları ile beraber, temel yaklaşım hukuka kamu iradesinin hakim olduğu yönünde de, hukuk tarihine baktığımızda toplumların kendi hukuklarına oldukça yabancı oldukları anlaşılmaktadır. Uygarlığın başlangıcından itibaren en eski toplumlarda, Roma’da, Germenler’de hukuku oluşturan temel güç, toplumun kendisi değil, yüce kanun koyucular, hukuk bildiricileri (*dseurs de droit*) idi (Russo, 1960:1). Bu toplumlarda her ne kadar hukuk, din kuralları ve örf-adetlerle iç içe geçmiş bulunuyor ve kısmen farklı kişi ve organların katılımı sağlanıyorsa da, toplumun hukukla ilgili bilgisi son derece kısıtlıydı. Bu yönüyle hukuk kamu bilincinin eseri sayılmazdı.

Daha gelişmiş uygarlıklarda hukuk, laikleştirilmiş olmasına ve eskisi kadar gizli sayılmamasına rağmen, toplumun genel katılımıyla değil, belirli kişiler ve kurullar tarafından oluşturulma niteliğini sürdürmekteydi. Ortaçağ’da kamu hukukunun gelişmesinde büyük etkileri olan kanuncular (*legistes*) ve özel hukuk alanında da “Bologna Hukuk Okulu” gibi Roma hukuku çevreleri buna örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde İngiltere’de yürürlükte olan bir örf hukuku vardı ve bu örf, hukukçu kurulları tarafından oluşturulup halka öğretiliyordu (Russo: Age.5). Bu ve birçok uygulama kamu bilincinin eski toplumlarda hukuk meydana getirmedikini açıkça göstermektedir. Modernleşme süreçleri içerisinde çeşitli küreselleşme eğilimleri kazanarak geçen dünyamızda, dünyanın en azından bir kesimi için sosyal hukuk devleti gelişiminden söz edilmekle birlikte, küresel hukukun dayatmalarına ilişkin rahatsızlıklar duyarlı çevrelerce devamlı olarak dile getirilmektedir. Öyleyse tarihsel bir bakış açısıyla, genel anlamda toplumların yasalarını kendileri oluşturmadıkları ve kendi dinamiklerine aykırı ya-

salara tabi olabildiklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu anlayışla Ruso, doğrudan doğruya kamu bilincinden çıkmayan hukuku iki gruba ayırır: Birincisi uzmanlar elinden çıkan veya daha geniş bir deyişle, toplumun bütünü tarafından değil de özel topluluklar tarafından yapılan ve sonra toplumun bütününe kabul ettirilen hukuk, ikincisi bir başka toplumdan alınıp getirilen hukuk. Üçüncü bir alternatif olarak da hukukun bilinçli oluşturulmasından söz eder ki, işte bu bakış açısıyla hukuk, bazı bakımlardan sosyal hayatın kendisi kabul edildiğinden, hukuk felsefesi ve sosyolojisi bağlamında, toplumsal değişimlerden beslenen bir yapı göstermesi yönüyle dikkate alınmalıdır.

Bu noktada sosyolojik bir hukuk teorisini kurmaya çalışan Duguit'in, toplumsal hayatın kendine has koşulları ile hukuk arasındaki ilişkiye yapmış olduğu vurgu önemlidir. Sosyolojik bakış açısıyla hukuk, sosyal bir olgu olarak hukuk adamlarının değil toplumun bir ürünüdür. Hukuk, her türlü önyargıdan arınmış olarak yalnızca gözlenebilir olgular üzerinden hareket etmelidir (Bal, 2007: 89).

Meseleye hukuk sosyolojisi açısından baktığımızda, temel anlayış hukuk kurallarının da ahlak, din ve örf-adet kuralları gibi ait oldukları toplumsal gerçekliği yansıttığı/yansıtmaması gerektiği yönündedir. Hukuk sosyolojisinin inceleme alanı ister geçmişte, ister günümüzde olsun, her toplumda gerçekten uygulanmakta olan hukuk, yani yaşayan hukuktur. *Yetkili organlarca yürürlüğe konmuş olan yazılı hukukun etkin olan, yani kendisine uyulan kısmı, yaşayan hukukun en büyük en önemli kısmını oluşturur. Yaptırımları ne denli ağır olursa olsun, şu ya da bu nedenle uygulanmayan kurallar, hukuk sosyolojisi bakımından 'ölü kurallar', kağıt üzerinde kalan kurallar' sıfatıyla bir yana bırakılırlar, ama gerektiğinde niçin uygulanmadıkları sos-*

yolojik araştırmalarla ortaya konur (Gürkan, 2005: 37). Ayrıca devlet desteğinden yoksun olan, hatta suç sayılıp cezalandırılan örfi ya da teamüle dayalı kurallar bile yaşayan hukuka dahildir ve incelenmelidir. Ancak sosyolojik incelemenin amacı, bu tür kuralları haklı kılmak, onlara meşruiyet kazandırmak değil, onların mahiyetini anlamaktır.

Türk toplumunun hukuk tarihine hukuk sosyolojisi açısından bakıldığında, üç dönemli yapıdan oluşan bir tarihsel çizgiden söz edilebilir. Bunlar; Tanzimattan önce Osmanlı hukuk düzeni, Tanzimat dönemi Osmanlı hukuk düzeni, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin hukuk düzeni şeklinde sıralanmaktadır. Genel itibarıyla kendine has bir hukuk yapısı olan Osmanlı dönemi bir yana, Tanzimat döneminden itibaren Avrupa'da Sanayi Devrimi ile başlayan gelişmelerin dışında kalan imparatorlukta, hukuk alanında da bir geri kalmışlığın başgösterdiği anlaşılmaktadır. Bu dönemde *kodifikasyon* (ihtiyaca göre yasa yapma) denemeleri ile beraber, *resepsiyon* (yasaları tercüme ve adapte etme) çabalarının da bir mücadele yolu olarak tercih edildiği, ancak bu çabaların devletin kendisini yenilemesi için yeterli olmadığı görülmektedir. *Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk düzeni ise genel olarak eklektik bir resepsiyon hareketi görüntüsü çizmektedir. Türk hukuk devrimi, Tanzimat ile beraber gelişen bir anlayış olarak, hukuku toplum mühendisliğinin bir aracı kabul etmektedir. Osmanlı'dan; dönemin ihtiyaçlarını karşılamayan, hukuk birliğinden yoksun bir imparatorluk hukuku miras alan Genç Cumhuriyet, yeni bir hukuk düzeni kurma zorunluluğu hissederek, daha ileri bulduğu Batı hukukuna yönelmiş, modernleşme yolunda devrim niteliği taşıyan köklü ve hızlı yeniliklerle, iktibasa dayalı bir hukuk sistemi oluşturmuştur. Esasen resepsiyon yöntemi Tanzimat Dönemi'nde başlamış bir uygulamadır. Örneğin 1850 tarihli Kanunname-i Ti-*

caret , Fransız Ticaret Kanunu'ndan çeviridir. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu da 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan alınmadır. Cumhuriyet Dönemi'nde de dönemin ihtiyaçları ve kendine has koşulları karşısında bu tutum kabul görmüştür. Türk hukukunun çok parçalı yapısı bu anlayışın bir göstergesidir.

Günümüze gelindiğinde, hukuk tartışmaları en hararetli biçimde gündemi meşgul ederken, toplumun anayasa değişikliklerinin neresinde olduğu sorusu, sözünü ettiğimiz toplumsal sözleşme niteliği çerçevesinde önem kazanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası “fikir, inanç ve kararıyla anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere, Türk Milleti tarafından, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur” iken; dünyanın gelişmiş kabul edilen bazı ülkelerindeki anayasalarda, daha başlangıç metinlerinde ait oldukları toplumun iradesini temsil ettiklerini ifade etme gereği duymaları, kanımızca böylesi bir duyarlılığın göstergesidir:

ABD Anayasası; “Biz Birleşik Devletler Halkı... bu anayasayı düzenliyor ve koyuyoruz” şeklindeki cümle ile başlar.

Alman Anayasası; “ Tanrı ve insanlar karşısındaki sorumluluğunun bilincinde olan ... Alman halkı ... İş bu Almanya Federal Cumhuriyeti anayasasını kabul etmiştir” cümleleri ile başlar.

İsviçre Anayasası; “Yüce Tanrı adına! Biz, İsviçre halkı ve Kantonlar, Yaradılış sorumluluğumuzun bilincinde olup; Özgürlük ve demokrasiyi, dünyaya karşı açıklık ve dayanışma içinde bağımsızlık ve huzuru güçlendirmek için ittifakımızı yenilemeyi kararlaştırarak; Farklılıklarımızı birbirimize saygı duyarak yaşamayı belirtir; Gelecek kuşaklar karşısında genel başarılarımız ve sorumluluklarımızın bilincinde ve Sadece özgürlüklerini kulla-

nanların özgür kalacaklarını ve insanların gücünün üyelerinin en güçsüzünün refahı ile ölçüldüğünü bilerek; Bundan dolayı aşağıdaki Anayasayı kabul ederiz” şeklinde başlar.

Japon Anayasası; “Biz, Japon halkı, Ulusal Meclis’de seçilmiş temsilcilerimizle hareket ederek, kendimizi ve bütün uluslarla huzurlu bir işbirliğinin meyveleri olan gelecek nesillerimizi ve bütün bu topraklar üzerinde özgürlüğün kutsallığını koruyacağımızı belirtiriz ve ... bu anayasayı kararlı bir şekilde kurarız. ... Bununla beraber, anlaşmazlık durumunda, bütün anayasa, kanunlar, kurallar ve kararnameleri reddeder ve iptal ederiz” şeklinde bir önsözle başlar.

Bu metinler, hukukun varlık sebebi olarak toplumsal sorunlara çözüm bulabilme amacını gerçekleştirebilmesi için, ait olduğu toplumun iradesini yansıtmının gerekliliği üzerine bir vurgu içermektedir. Ayrıca toplumsal değişikliklere bağlı olarak kendisini yenileyebilen bir hukuk anlayışı geliştirmek, mevcut yasaların ölü değil yaşayan bir hukuku temsil edebilmesinin ön koşuludur. Sosyal gerçeklik, sürekli değişime tabi olması anlamında, statik değil dinamik bir yapı arz etmektedir. Sürekli değişen ve farklılaşan bir toplumda statik bir hukuk anlayışını benimsemek, yürürlükte olan yasaların ya toplum tarafından tepki ile karşılanmaya ya da toplumun umarsızlığı ile karşılık bulmaya mahkum olmaktadır.

Hukukun, sosyal yapıyı ve değişimleri dikkate almaksızın, toplumsal ilişkileri düzenleme noktasında işlevsiz kalmasına dair, hem günümüz Türkiye’sinde hem de Osmanlı Devleti döneminde, birçok örnek göstermek mümkündür. Yakın zamanda yürürlükten kaldırılan, YouTube sitesine girme yasağı toplumumuzda işlerlik kazanmamış, birçok kesim tarafından sürekli eleştirilmiş, çeşitli yöntemlerle devamlı olarak delinmiş ve en sonunda yürürlük-

ten kaldırılmıştır. Benzer şekilde birçok internet sitesine erişim yasağı, yürürlükte olmasına rağmen, bilgisayarı ortalama bir bilgi ile kullanan birisi için bile kolaylıkla delinebilir niteliktedir. Teknolojik gelişmelerin hızına yetişmek, hukuksal açıdan oldukça zor görünmektedir.

1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve bu Kanunla ilgili olarak yayımlanan 32 sayılı Karar'ın 4. maddesinin (c) bendine göre; Türkiye'de yerleşik kişilerin, dışarıda yerleşik kişilerden Türkiye'de yapacakları işlemler nedeniyle, döviz kabul etmeleri serbest. Ancak, Türkiye'de yerleşik kişilerin, yurtdışında yerleşik olmayan kişilerden yani Türkiye'de yerleşik kişilerden, yapacakları işlemler nedeniyle döviz kabul etmeleri mümkün değil. Kabul edilmesi halinde "kambiyo suçu" işlenmiş oluyor. Yargının görüşü de bu yönde. Yargıtay'a intikal eden bir olayda Yargıtay; "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın 4/c maddesi uyarınca, dışarıda yerleşik olmayan kişilerden hizmet ve mal alım-satımı karşılığı döviz kabul edilmesinin mümkün olmadığına" karar vermiştir (Bknz: Kızılot, 2007a ve 2007b). Oysa ülkemizde özellikle son yıllarda birçok ücret ve fiyat döviz üzerinden belirlenmektedir.

Yine benzer şekilde, Şapka İhtisası Kanunu ve kılık kıyafetle ilgili birtakım kanunlar yürürlükte olmasına rağmen uygulama alanı bulamamaktadır. 1925 Tekke ve zaviyelerle ilgili kanuna göre, ülkemizde falcılık ve büyücülük yasak olmasına ve cezai müeyyide gerektirmesine rağmen, halk arasında hala yaygınlığını sürdürmekte ve serbestçe yapılabilir.

Bu örnekleri çoğaltmak gerekirse; 805 Sayılı, İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, 2531 Sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun, 237 Sayılı Taşit Kanunu, 3628 Sayılı

Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet Ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu sayılabilir. Söz konusu kanunlar yürürlükte olmalarına rağmen, hukuk sosyolojisi açısından yaşayan hukuk içerisinde sayılmamaktadırlar.

Bir kanun, ister iktibas edilerek ithal edilmiş olsun, ister toplumun belirli kesimlerince ihdas edilmiş olsun, toplumsal ihtiyaç ve değerler üzerinden kendisine varlık alanı oluşturmuyorsa, yerel pratiklere uymuyor ve devamlı çelişiyorsa, dayatma aracı olarak kalmak durumdadır. Hukukun üstünlüğü sosyal devletin bir gereği olarak ne kadar önemliyse, kanımızca sosyolojik gerçeklikle beraber yoğrulan bir hukuk anlayışı o kadar uzun ömürlü olacaktır.

II. "Duyarlı Hukuk" Kavramı

Sosyolojik gerçeklik ile beraber yoğrulan bir hukuk anlayışının nasıl olabileceğine verilen yanıtlardan biri olan "duyarlı hukuk" (*responsive law*) kavramı Philippe Nonet ve Philip Selznick'in hukukun toplumsal değişim karşısındaki pozisyonunu belirlemek için ortaya sürdükleri hukuk felsefesinin günümüz açısından değerlendirilmesi bağlamında yeni ve yeni olduğu kadar da önemli bir kavramdır. Onlara göre küreselleşme ile gelen değişim hukukun işleyişi hakkında şunu dikte etmektedir: Hukuk, kural uygulama ve kural koymaktan daha fazlasını yapmak zorundadır. Hukukun "sabit ve müstakil" oluşu (*substantive law*) hukuk açısından bir üstünlük olmaktan çıkmıştır; tersine hem hukuka hem de toplumsal hukuk algısına zarar vermektedir. (Nonet&Selznick, 52-58). Nonet ve Selznick'in duyarlı hukuk kavramına yaptıkları vurgu hukukun toplumların değişim ve dönüşümlerinden bağımsız biçimde durağan olamayacağı varsayımından kaynaklanmaktadır. Bu varsayım başka bir ayrımın varlığını da işaret etmektedir. Şöyle ki, bir toplumun tarihsel ve kültürel dinamikleri üzerine oturmuş esaslara dayalı

kanunun tartışılmazlığına karşı, duyarlılık kazandırılmış hukuk güncel pratiklerin ve taleplerin muhatabı olarak tartışılmaya her daim açık olmalıdır. Duyarlı hukuk kavramının içerik ve uygulamaları açısından diyaloga açıklığı kanun-adalet- kamu vicdanı üçgeninde uygulandığı toplumdaki yerelliği önemser. Duyarlı hukuk, kuralların hegemonyasından çok kamusal ihtiyaçların hassasiyetlerinin bir eseridir. (A.e, 14-16). Bu bağlantıyı Nonet ve Selznick şöyle özetler: “hukuk sosyal ihtiyaçlara ve merama verilen yanıtların yönetilmesidir.” (A.e.,14.). Burada dikkat çekici olan duyarlı hukuk kavramının zorlama üretilmiş bir ayırım olmaktan ziyade kuralların yürütülmesi noktasında işlevsel bir anlam ifade ettiğidir.

Nonet ve Selznick’in hukukun işlevi üzerine getirmek istediği yeni tanımlama kuşkusuz son yıllarda hukuksal yapıyı vücuda getiren özeldir kurum ve kuruluşlar ile genelde devletin tanımının artan bir ilgi düzeyi ile sorgulanmasının bir getirisi. Sivil toplum, kişisel haklar, düzeltici adalet, kitlesel özgürlük ve talepler, kamusal ilgi ve kamu vicdanı gibi başlıklar altında siyasi arenada meşruiyetini arayan toplumsallık hukukun işlevini de bu açılardan zorlamaktadır. Hukukun işlevinin genişletilmesi, Nonet ve Selznick’in ifadesiyle “hukuktaki değişimin inşasının toplumsal ihtiyaçlar odaklı oluşu” (A.e., 3), felsefi bir bakış ya da tavırdan ziyade pratik tecrübelerin zorunlu bir sonucu olarak görülmelidir. Nonet ve Selznick’in pratikte kaygısı duyarlı hukuka doğru bir değişimde teoriler çarpışmasından çok toplumsal ihtiyaçların ait olduğu dünya görüşüne bakılmaksızın kanuni düzenlemelerde nasıl bir toplumsal mutabakata yol açacağına bakılmalıdır. Böylelikle siyasi itaatsizlikler yerini toleransa, otoriteye karşı duyulan isteksizlik ise yerini hukuka katılıma bırakacaktır. Böylelikle kanunların değişimi üzerindeki siyasi etki, toplumsal ihtiyaçların

doğası karşısında vatandaş katılımı odaklı sorumluluğa bırakacaktır. (A.e., 6-7). Zira duyarlı hukuk kavramı hukukun mutlaklığı karşısında vatandaşlığın sorumluluk almaktan çok sorumluluklarını hukukun aracılığına bırakma eğiliminde olduğunu varsayar. Daha açık bir ifade ile hukuk ve hukuksal normları işleten kurumlar otoriter bir tavırla toplumdaki kopuk ve mutlakiyetçi bir yapıya büründüğünde hukuka tabi olanlar sorumluluk olarak demokratik haklarına dayalı özgürlüklerini kullanmakta isteksiz davranmaktadırlar. Böylelikle duyarlı hukuk, kanunların uygulanmasında toplumsal bir mutabakata yol açabileceği gibi, toplumu oluşturan bireylerin hukuk bilinçlerinde katılımı da destekleyecektir. Böylelikle toplumsal kesimlerin farklı ideolojilerine dayalı talepler hukukun resmi ideolojisinde kendilerine hakkaniyet ölçüsünde ve toleransa dayalı bir duyarlılıkla yer bulabilecektir. (A.e, 7).

Duyarlı hukukun temel dayanağı, Nonet ve Selznick’e göre, “hukuk bilgisinin açık hale getirilmesi”dir. Kavranabilir hukuk malumatı, aktif bir katılım ve açık-seçiklik, duyarlı hukukun temel motifleridir. (A.e, 74). Hukuk bilgisinin açıklığı etkisini ve duyarlılığını sağlayacak başat unsurdur. Öyle ki hukuk toplumun her kesimi tarafından anlaşılabilir kılınırsa paylaşımaya girecektir. Hukukun topluma açılması hukuka sadakate zarar vermez. Duyarlı hukuk kavramının sona erdirmek istediği bir tür hukukçular seçkinciliğidir; lakin içeriği bilinmeyen bir malumata duyulan sadakat toleranstan çok kendi içinde kapalı kalan hukukçular seçkinciliğine yol açacaktır. (A.e, 76).

III. Toplumsal Değişimden Küresel Düzene Hukukun Konumu

Hukuk denildiği zaman akla ilk gelen antikçağlardan günümüze taşınan batılı bir bilgi sistemini anlıyoruz. Evrensel kabul edilen bu hukuk sistemi önce İngiltere’ye

oradan da Amerika kıtasına yayılarak dünyadaki siyasal ve koloniye dayalı düzene dayalı çeşitli bozulmalara tabi olsa da küresel sistemde tarihi perspektifi açısından modern ve seküler devlet sisteminin temel dayanağı olarak görülmektedir. Lakin çağımızın sorunu şu olmaktadır: Modernizmi ve sekülerizmi doktrininin temelini alarak bunları birer toplumsal değer olarak işletmeye çalışan evrensel hukuk sistemi küreselleşme sonucunda karşımıza çıkan evrensel/yerel geriliminde halen işlevini koruyabilmekte midir? William Twining, “bizim hukuk” dediği batılı hukuk düzeninin küresel dünya düzeni karşısında yeni konumunu incelediği çalışmasında hukuk adı verilen disiplinin *artık eskisi* gibi “düzenleyici kanunlar sistemi” olarak anlaşılabilmesinin olasılığının kalmadığını aktarmaktadır.(Twining, 444-445). Ancak hukukun batılı kökenlerinin halen tüm toplumlar için yol gösterici, iyileştirici hatta düzenleyici olabileceğine dair inancını da korur. Twining’in belirlemelerinden anladığımız kadarıyla, evrensel olma iddiasındaki hukuk düzeni ithal kurallar manzumesi olarak kendisine yer bulduğu yerel çevrelerde iyileştirici, düzenleyici, küresel baskılar karşısında entegrasyona yönelik dönüşümlere dayanak sağlayacak bir perspektif olarak işlev görebilir. (A.e, 445). Ancak Twining’in daha başta söylediklerini hatırlayacak olursak batılı hukuk sistemi kendi değerleri ile bir *değer sistemidir*. Bu durumda yerel hukuk sistemlerine evrensel kabul edilen bu değerler manzumesi karşısında ancak ve ancak koşulsuz uygulama rolü biçilmektedir. Dolayısıyla küresel değerler haline getirilmiş kimi tanımların bu tanımların arkasında yatan felsefi ve tarihi mirası paylaşmayan diğer toplumlarca da benimsenmesi istenmektedir. Oysa ki, Twining’in dikkat çektiği gibi, burada temel bir çelişki de vardır: Küreselleşme acımasız yüzünü modern devlet ve kent kurallarının hüküm sürdüğü ülkelere de-

ğil, kentleşme geriden gelen, gettoların, diasporaların, önceki büyük imparatorluk kalıntılarının köşelerinde göstermektedir. (A.e., 445). Dolayısıyla genel hukuk sistemi küreselleşmenin alt basamaklarında yer alan herkesi kapsayacak biçimde olmalıdır. Diğer yandan küreselleşme karşısında hukukun daha önceden kendi bünyesinde yer bulmayan yeni alt dalları da oluşturduğunu görüyoruz. İnternet hukuku, bilişim hukuku, kamu hukuku, uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ticaret ve bankacılık hukuku, çevre hukuku, insanlık mirası hukuku, kültür ve sanat varlıkları hukuku, medya hukuku... Böylelikle sadece ülkeler arasındaki sınırların değil, aynı zamanda disiplinler arasındaki ayrımların da çözüldüğünü görüyoruz.

Küresel düzenin vuku bulması sonucunda toplumsal değişimi ve hukukun yeni konumunu göstermesi bakımından en sağlam örnek kuşkusuz yerel olarak görülebilecek münferit meselelerin bir anda medyanın gücüyle de tüm dünyada tartışılabilir hale gelmesidir. Aile hukukuna dayalı olarak farklı ülkelerden yapılan evliliklerde çocuk velayetlerinin durumu, yabancı ülkeye çalışmaya giden bir işçinin işgücü karşılığında haksız muamelelere maruz kalması, cinsel istismar, kişilik tacizleri, kültürel ayrımcılık, vb. meselelerin hepsi genel hukuk içti-hatları açısından anlamlıdır.

Küresel düzende yerel pratiklerin değerlendirilmesinde ithal kanun kurallarının olayın sadece bir boyutunu ele alabileceğini belirten Twining, önemli olanın hukukun kültürel farklılıkları göz ardı etmeyi olabildiğince azaltabilecek şekilde hukuka bakışın *karşılaştırmalı olarak geliştirilmesi* ve *özendirilmesi olduğudur*.(A.e., 448-499). Twining’in burada ortaya koyduğu önemli bir tanım da şudur: Genel anlamda hukuk sistemi geleneği ve devamlılığı esas alacağından çağın hızlı değişimi karşısında ancak radikal kalabilir.(A.e. 449). Huku-

ku “radikal” olmaktan kurtarıp, olayların bağlamı ile “ilgili” (relevance) hale getirebilmek içinse hem kanun koyucuların hem uygulayıcıların bir vukuatın ideolojik çeşitliliğe göre farklı perspektiflere konu olabileceği yargısına açık olmaları gerekir. (A.e,541). Örneğin Amerika’nın çeşitli eyaletlerinde halen geçerli sayılan bazı kurallara göz atarsak: Ohio Clinton ilçesinde kamuya ait binalara yaslanmak yasaktır: Youngstown’da yolda arabanızın benzinin bitmesi suç kapsamındadır. Oregon Marlon’da din adamlarının ayinden önce soğan sarımsak yemesi ciddi bir suç sayılırken, Utah’ta bütün karayollarında kuşların geçiş üstünlüğüne uyulması zorunludur. Dolayısıyla olayların bağlamı ile hukukun ilgisi arasında zaman zaman toplumsal gerçeklerden ve yerel lokasyondan kaynaklanan istisnai durumlar söz konusudur ve bunlar hukuk adına evrenselleştirilemeyecek kadar yerel kalırlar. Ancak bu durum duyarlı hukuk savunucuları için bir eksikliği değil aksine bir zenginliği ifade eder.

Tüm bu bağlamlar ışığında artık hukukun Bronislaw Malinowski’nin saptamak için çok çaba harcadığı üç klasik işlevinden daha fazlasına ihtiyaç duyduğunu görüyoruz. Malinowski, hukukun mu toplumu, toplumun mu hukuku şekillendirdiği sorusuna verilen yanıtları gruplayabilmek için şöyle bir betimleme önermişti:

(1) Hukuk kurumsal davranış modellerini tanımlayarak insanların birbirlerinden ne tür hareketleri bekleyebileceğini ve bekleyemeyeceğini tanımlar; (2) Sosyal davranış biçimlerini zorunluluklar ile sınırlandırarak düzenler ve kurallara tabi tutar; (3) Toplumsallığın insanlığın doğal bir ihtiyacı olduğunu savlayarak insanların biraradalığının teminatı olma sorumluluğu ile toplumsallığı destekler. (Trevino, 332).

Değişen ve dönüşen toplumlararası düzenin hukukun bu klasik düzenleyici, teş-

vik edici ve tanımlayıcı işlevinden uzaklaşarak “olumlu/olumsuz”, “kasıtlı/kasıtsız” eylem bağlamında hukuku yürüttüğünü gözlemliyoruz. Böylelikle toplumsallığı teşvikten çok toplumu oluşturan çeşitli katmanların bir arada yaşayabilmesinin olanaklarının genişletildiği bir sistemin hukukun işleyişine egemen kılınmaya başlandığını söylemek haksızlık olmayacaktır.

Talcott Parsons, hukukun klasik evrenselliğinin yerine toplumu oluşturan bireylerin kendi aralarındaki meşruiyet sorununda düğümlendiğine vurgu yapar. Ona göre hukuk gerçekleşmiş durumlardan ya da olabilecek durumlardan yapılan soyutlamaların herkese dayatılması değildir. (A.e, 335). Küreselleşme olgusu ile olayların tekilliğindeki çeşitlilik, uygulamaların yerelliğindeki kültürel öğelerin göz ardı edilemezliği, evrensel olma iddiasındaki hukuk değerlerini, Parsons’a göre şu sorular bağlamında esnetmeye çalışmaktadır: Bir hak kaynağını nereden alır; neye dayanır? Benim ve başkalarının doğuştan bazı hakları olduğu ve bunların çiğnenemeyeceği gibi bir temel varsayım meşruiyetini hukuktan mı yoksa dinsel/tinsel inanışlardan mı alır? Belli durumda belli kişiler için geçerli bir kuralın, başka durumlarda başka kişiler için de geçerli olduğuna nasıl varabiliriz? Kuralların anlamı nereden kaynaklanmaktadır? Kuralların yorumlanmasında farklılıklar varsa aynı kuraldan nasıl bahsedebiliriz? Hukuk uygulamaları varılan kararlar ve sonuçlar açısından toplumu muhafaza etmeğe hizmet ederek o toplum için iyilik mi yapmaktadır yoksa olabilecek daha iyi durumları engellemekte midir? Hakim konumunda olanlar hukuksal normları uygulama konusunda evrensel değerlere mi yerel gerçeklere göre mi karar vermelidir? (A.e., 334-335).

SONUÇ YERİNE

Hukukun toplumsal sorunları çözme işlevini tam anlamıyla yerine getirebilme-

si, koruması ve geliştirebilmesi için yerel değerlerin durağan değil dinamik bir anlayışta, duyarlı hukuk sistemi çerçevesinde ele alınması ihtiyacı söz konusudur. Bu ihtiyaç kendisini günümüzde daha da fazla hissettirmektedir. Duyarlı hukuk kavramının yaygınlaştırılması özellikle hukuk sisteminde yer alan karar vericilerin takdir, içtihat ve yorumlama gibi hukuki motifleri kullanma biçimlerinde önem arz etmektedir. İçinde yer aldığımız Türk toplumunun çalışmamız boyunca örneklendirdiğimiz üzere kodifikasyon ve resepsiyon üzerinden kendi hukuk sistemini var etme çabasını dikkate aldığımızda duyarlı hukuk kavramının yerel pratikler karşısında evrensel değerleri içselleştirmekte ve pratikte de bilinç yoluyla hakim kılmakta belli türden bir sürece ihtiyacı olduğunu görüyoruz.

Toplumsal ilişkilerin başlıca düzenleyicisi olarak hukukun, kanun koyma ve uygulama faaliyetlerini ifa ederken, ilişkili bulunduğu toplumsal yapının kendine has nitelik ve dinamiklerinden kendisini soyutlayarak, ütopyik bir noktadan toplumsal meselelere yaklaşma eğilimi, kendi varlık sebebiyle doğrudan çelişkili bir durum oluşturacaktır. Bu sebeple modernleşme süreciyle beraber bireyselleşmenin ve hak taleplerinin hem arttığı hem de çeşitlendiği günümüz dünyasında, tüm kesimleriyle toplumun hukuktan/hukukçulardan/hukuk enstrümanlarından beklentilerinin karşılanmaması, bir düzenleyici vasıta olması gereken hukuk unsurlarını, bizatihi sorun haline dönüştürecektir. Hukukun üstünlüğü üzerinden toplum mühendisliğinin bir enstrümanı olarak hukukun kullanılması ve tahakküm aracı haline getirilmesi hem hukukun kendisine hem de toplumlara zarar verebilir. Hukukun evrensel değerleri sözde temel alarak tekil bireyin temel haklarından uzaklaşarak adeta siyasi otoriteyi meşrulaştırma aracı haline getirilmesi ve toplumun belli kesimlerine hitap edebilmesi seçkin bir zümrenin hegemonyası altında hukukun duyarsızlaştırılması demektir.

KAYNAKÇA

- Bal, H., (2007). Hukuk Sosyolojisi, Fakülte Kitabevi, Isparta.
- Barkan, S.E., (2008). Law and Society, Pearson-Prentice Hall, New Jersey.
- Gürkan, İ. (2005). Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- Friedmann, W. (1972) Law in a Changing Society, Columbia University Press, New York.
- Kızılot, Ş. (2007a) “Dövizle Satış ya da Kira Artışı Yapmanın Yasak Olduğu”, Yaklaşım Dergisi, Sayı 179. Çevrimiçi kaynak: (www.yaklasim.com/basindamevzuat/kanunlar/012/012028028_makaledergi.htm)
- Kızılot, Ş. (2007b) Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayınları.
- Nonet P, Selznick P, (2001). Law&Society in Transition: Toward Responsive Law, Transaction Publishers, New Brunswick, London.
- Öktem, N., Türkbağ, A.U., (2003) Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul.
- Taylor, S.E., (e.t), (2007), Sosyal Psikoloji, (çev) A.Dönmez, İmge, Ankara.
- Trevino, A.J. (2008). The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives, Transaction Publishers, New Brunswick, London.
- Twining W., (2009). General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective, Cambridge University Press, Cambridge.