

D. Ü. HUKUK FAKÜLTESİ
HUKUK SOSYOLOJİSİ DERSİ NOTLARI
1. KISIM

BİRİNCİ DÖNEM

DR. ÖĞR.ÜYESİ MUSTAFA KOÇAK

İÇİNDEKİLER

DERS 1

HUKUK SOSYOLOJİSİNE GİRİŞ

I. NORM

A. Bir Tasarım Olarak Hukuk Düzeni

B. Bir Taraf Olarak Devlet ve Hukuk

II. SOSYAL OLGU

A. Norm ve Sosyal Olgunun Örtüşmesi

B. Norm ve Sosyal Olgunun Çatışması

III. ETİK DEĞER

Hukuk Düzeni ve Meşruluk

IV. HUKUK SOSYOLOJİSİ HUKUK FELSEFESİ İLİŞKİSİ

DERS 2

HUKUKUN SOSYAL OLGU BOYUTU

I. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİNİN NEDENLERİ

A. POZİTİF HUKUKUN ÇIKMAZI

B. DOĞAL HUKUKUN YETERSİZLİĞİ

C. SOSYAL OLGUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİ

“Olan- Olması Gereken” Sorunu

II. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

DERS 3

HUKUKUN ETİK DEĞER BOYUTU-DOĞAL HUKUK

I. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ DİĞER FELSEFİ VEYA HUKUKİ YAKLAŞIMLARDAN AYRILAN ÖZELLİKLERİ

II. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ İÇYAPIYA İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ

A. İnsan Doğası

B. Akıl

C. İnsan Onuru

III. DOĞAL HUKUKUN PRATİK UYGULANABİLİRLİĞİ

IV. DOĞAL HUKUK-POZİTİF HUKUK İLİŞKİSİ

A. Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Kaynaklık Etmesi

B. Doğal Hukukun Pozitif Hukuku Değerlendirme Kriterlerini İçermesi

V. DEĞERLENDİRME

EK 1; Neden Doğal Hukuka ve Doğal Haklara İhtiyaç Duyuyoruz?

ALMANYA'DAKİ UYGULAMALAR

EK : 2; Adil Olmayan Yasalar Karşısında İnsanların İtaat Görevi Var Mıdır?

ÖRNEK OLAY

EK 3; Radbruch Formülü

EK 4; Güncel Tartışmalar: İnsan Onuru-İşkence Yasağı

DERS 1

HUKUK SOSYOLOJİSİNE GİRİŞ

Kantorowicz'den beri devam eden ve halen içinde bulunduğumuz bilim çevresinde de belli ölçülerde kabul gören bakış açısı olarak, hukukun üç boyutluluğundan söz edilmektedir. Bu yaklaşım hukukun analitik olarak araştırılması için uygun bir çerçeve sunar.¹ Hukukun üç boyutluluğu, üç fonksiyonundan ve bu üç fonksiyona tekabül eden üç unsurdan oluşur. Bu üç unsuru ve karşıladıkları üç fonksiyonu, konunun daha başlangıcında şu şekilde tespit etmekte yarar vardır:

I. Norm - Düzen

II. Sosyal Olgu ya da Toplumsal Gerçeklik – Pratik Yarar

III. Etik Değer - Adalet

Hukuk, her şeyden önce bir düzen olarak tanımlanmaktaysa da hukukun öngördüğü düzen, fiilen gerçekleşen bir düzen değildir. Hukuk bir toplumsal düzen olarak, toplum içinde insanların gerçekten nasıl davrandıklarını değil, nasıl davranmaları gerektiğini gösterir. Hukuk insanları belirli yönde davranmaya sevk ederken aynı zamanda bu davranışın doğru olduğunu da ima eder. Bu anlamda hukuk düzenin öngördüğü kurallar, kendilerinde bir değer yargısı taşır. Hukuk düşüncesi açısından en yüksek değer yargısı adalettir. Bu nedenle hukuk kuralları düzeni sağlarken bu düzenin adil bir düzen olmasını da amaçlar. Başka bir ifade ile hukuk düzeni, doğduğu andan itibaren bireyin karşısına kabul edilmesi ve uyulması gereken, kesinlikle doğru kurallar olarak çıkarken, bu kurallara uymanın adaleti gerçekleştireceğini varsayar. Ancak insan özgür bir varlıktır ve iradesini hukukun buyrukları doğrultusunda kullanabileceği gibi, onlara aykırı bir yönde de kullanabilir. Bu nedenle toplum içinde insanların tutum ve davranışlarının hukuk kurallarına uymaması her zaman mümkündür. Bu açıklamalardan sonra “Hukuk, insan davranışlarını değerlendiren, çıkar çatışmalarına adil çözümler getiren kurallardan, normlardan meydana gelen bir sistem, bir bütündür” denilebilir. Daha özlü bir tanımla:

“Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal bir yaşama düzenidir.”

Bu tanımdan, hukukun üç ayrı fonksiyonu yerine getirdiğini görmekteyiz. Bu fonksiyonlar düzen, pratik yarar ve adalettir.

Düzen fonksiyonu; Hukukun bu fonksiyonu ile anlatılmak istenen, hukukun toplumsal yaşamı düzenleyip insanların barış ve güvenlik içinde bir arada yaşamalarını sağlamaktır. Hukukun düzen fonksiyonu pozitif hukukun dogmatik özelliği ile gerçekleşir. Bilindiği gibi hukuk dogmatikliği hukukun kayıtsız şartsız uygulanması anlamına gelmektedir. Kesin ve kesintisiz uygulama toplumda ister istemez bir düzenlilik sağlayacaktır.

Pratik yarar (sosyal ihtiyaçların karşılanması); Hukukun pratik amacını, toplumsal gerçeklik/ sosyal olgular belirler. Herhangi bir sosyal olgu ile bağlantısız bir hukuk kuralı anlamsız bir kuraldır. Hatta hukuk kuralı olduğu bile söylenemez. Hukuk bu fonksiyonu ile toplum içinde yaşayan insanların, birbirleri ile kurmak zorunda oldukları ilişkilerini ve biyolojik, psikolojik bir varlık olarak insanın yapısından kaynaklanan ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır. Hukuk bu fonksiyonu ile doğum, evlenme, ölüm vb. önemli biyolojik

¹ Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, Üçüncü Baskı. İstanbul. Kavim Yayınları, 2007, s. 7

olayları da çeşitli hükümlerle düzenler. Hiçbir hukuk düzeni yaşamın temel gerçeklerini görmezden gelemaz. Hukuk düzeni, insanın doğal yapısına ve bundan ileri gelen ihtiyaçlarına uygun olmak zorundadır. Hukuk önemli ölçüde, ekonomik gerçeklere de bağılıdır; ekonomik ihtiyaçlara uymalı ve onları karşılamalıdır.

Adalet; hukuk bu fonksiyonu ile belirli bir düzenleme altına aldığı sosyal ihtiyaçları, özü salt bir eşitlik düşüncesi olan adalet ölçüsüne vurarak gerçek kimliğini kazanır. Hukukun idesi ve ideali adalettir. En kısa tanımıyla adalet, “bir eşitlik düşüncesi”dir.

Adalet aslında ahlâki bir kavramdır; Bu kapsamda, erdem, fazilet gibi değerlerle bağlantılıdır. Ancak bir erdem veya fazilet olarak adalet, kişinin bir özelliğini değil, kişilerin somut durumlarda gerçekleştireceği ilişki biçiminin bir özelliğini deyimler. Hukuk alanında hukuki değer olarak söz konusu olan adalet, bu nesnel anlamda adalettir. Çünkü hukuk, insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, adalet amacına yönelen normlar bütünüdür.

Toplum içindeki davranış ve ilişkilerin değerlendirilmelerini içeren kurallar bütünü olarak hukuk, bu değerlendirmelerde adalet ölçüsünü kullandığı ve kullanmak durumunda bulunduğuna göre, adaletin böylece, hukukun da bir değerlendirilme ölçüsü olacağı doğaldır. Hukuk normlarında adalet acaba ne ölçüde yansıtılmıştır? Mevcut hukuk ne denli adaletlidir ?

Burada yasa üstü adalet kavramı ortaya çıkmaktadır. Bu, tüm hukuk sistemine ve sistemlerine egemen bulunan, nesnel ve salt bir değer niteliğindeki adalettir. Hukuk bir toplum düzenini içerir. Hukukun varlık nedeni de adalettir; gerek mevcut düzeni korumak, gerekse onu değiştirmeyi meşrulaştırmak için her zaman adalet başvurulur. Nesnel ve yasa üstü adalet hukukta karşımıza kurulu hukuk düzenlerinin asli örneği, olması gereken hukuk anlamında hukuk idesi olarak çıkar. Bu niteliği ile adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup olmadığı açısından bir değer ve değerlendirme ölçüsü olur. Yine bu özelliği ile adalet, aynı zamanda hukukun idealidir. Hukukun gerçekleştirmek amacını güttüğü şey adalettir.

Birbirleri ile olumlu ve olumsuz karşılıklı ilişkilerde bulunan bu üç fonksiyon denge içinde olduklarında, adil bir hukuk düzeninin gerçekleşmesi sağlanır. Normal olarak tüm hukuk normları bu üç fonksiyonu da kapsar. Sonuç olarak hukuk, hem adaleti gerçekleştirecek, hem toplumsal yasama uyacak, hem de bu toplumsal yaşamın barış içinde sürebilmesi için bir düzen görünümünü sağlamaya çalışacaktır.

I. NORM

Hukuk araştırmacıları ve öğrencilerinin hukuka yönelik ilgisi, genellikle yürürlükteki hukukun belirlediği, devletin işleyişi, yetkileri ve yurttaş olarak bireylerin sahip olduğu haklar, özgürlükler ve sorumluluklar üzerine yoğunlaşmıştır. Bu yönelim çerçevesinde hukukun ne olduğu konusundaki düşünsel soruşturma, hukuk düzeni tarafından belirlenmiş usule göre yürürlüğe konulmuş kuralların temel yapısını oluşturduğu pozitif hukuk düzenin anlaşılmasına ve anlatılmasına odaklanmıştır. Burada hukuk, meşruiyeti daha önce temin edilmiş devletin yasama organı tarafından konulmuş kuralları ekseninde toplumsal hayatın düzenlendiği ve az çok istikrarlı bir yapının sağlandığı bir kolektif uzlaşma biçimi olarak anlaşılır.

Hukuk bilimi de, en geniş anlamda, temel unsurları pozitif hukuk kurallarında veya bunların yaşamın her türden ayrıntısını kuşatmadığı durumlarda boşlukları doldurmaya olanak veren ikincil düzeydeki hukuk kuralları ve kaynaklarında yer tutan normatif yaşam düzenini inceler. Hukuk normları, yasama organından çıktığı hali ile genel olarak mantıksal tutarlılık içinde bir sistem durumunda olmadığından, bunların sistemleştirilmesi, çelişkilerinin giderilmesi, bağlantıların kurulması ve yorumlanması hukuk bilimine ve bilim adamlarına

düşmektedir. Hukukçu bilim adamları tüm bunları yaparken, hukuk kurallarını, iç tutarlılığı olan, genelden özele giden, bütünden ayrıntıya ulaşılan, en nihayetinde mantıksal bütünlüğü olan müesseseler toplamı haline getirmeye ve bu bütünlük içinde sunmaya çalışırlar.²

Hukuk, bu anlaşılış biçimi ile pozitif hukukçunun inceleme alanı ile sınırlı bir bilim olarak değerlendirilmektedir. Hukuk düzeninin parçaları arasında uyum ve uyumsuzluğun analitik olarak incelenmesi yeterli görülmektedir. Hukuku münhasıran pozitif hukuktan ibaret saymak ne tarihi ve sosyolojik gerçekliğe ne de halihazırda müşahade edebilme imkânı bulduğumuz yasama faaliyetinin yapısına uymasa da, hukukun bu sınırlı kavranışının nedeni; hukuku toplumsal gerçekliklerin sonucu olarak ortaya çıkan bir sistem olarak değil de adeta idealleştirilmiş bir yapı olarak kabul eden düşünce biçimidir.

A. Bir Tasarım Olarak Hukuk Düzeni

Pozitif hukuk bakış açısından hukuka dayalı toplumsal yaşam, çatışmasız ve herkesin kendisine ayrılan rıza göstererek yaşadığı veya verili toplumsal düzeni eleştirenler varsa, karşı çıkışların da düzenin tanıdığı araç ve olanaklar çerçevesinde yapılabildiği bir düzen tasarımını ifade eder.³

Ancak pozitivistizmin bu iddiasına rağmen açık bir hakikat olarak şunlar söylenebilir: Hukuk düzeni toplumu tam olarak yansıtmaz. Hukuk düzeni daha çok belli bir bakış açısının toplumu algılama ve yorumlama biçimi ile bağlantılıdır. Yani, yasa ve bir bütün olarak hukuk yapıcıları insana ve topluma özsel/ apriori bir bakış açısı ile yaklaşır. Hukuk, hukuk yapmaya muktedir egemenlerin bakış açısından idealleştirilmiştir ve bu idealleştirmenin somut görünümü pozitif hukuk metinleridir

B. Bir Taraf Olarak Devlet ve Hukuk

Diğer yandan devlet ve hukuk çoğu zaman toplum içinde çatışan gerçekliklerden biri adına taraf olur. Yani hukuk yapıcıalarının sosyal gerçekliği düzenlerken adil olacakları beklentisi varsa da bu beklenti her zaman gerçekleşmez. Söz konusu tarafsızlık toplumun çoğunluğu ya da önemli bir kesimi yönünden kabul edilebilir değilse, o toplumda düzeni ve istikrarı sağlamak güçleşir, giderek sonu gelmez bir kargaşa dönemi yaşanabilir.⁴

Dworkin'in belirttiği gibi yasaların büyük çoğunluğu- sosyal, ekonomik, siyasi haklar, eğitim ve dış siyasetle ilgili yasalar- genellikle yansız olamaz, çünkü bu yasalar çoğunluğun ve onların temsilcilerinin ortak yararları ile ilgili subjektif görüşlerini yansıtır.⁵

Pozitif hukuk normlarının, yapıcıalarının zihinsel tasarımlarının ürünü olması ve yine yapıcıalarının çıkarlarından bağımsız olmaması ihtimalinin yüksekliği karşısında, herhangi bir konudaki hukuk normunun, hukukun diğer iki unsuru olan sosyal gerçekliği doğru biçimde yansıttığı ve adalete uygunluğu konularında şüpheli olmamız gerekmektedir. Hukukun sadece normlardan oluşan kapalı bir sistem olmadığı gerçeğini keşfetmemiz, bizi tutarlı bir hukuk düşüncesinde yer alması gereken diğer unsurlar olan hukuka kaynaklık eden hukukun “sosyal olgu” boyutunu ve hukukun dayanması gereken temel ilkeleri belirlememizi sağlayan hukukun “etik-değer” boyutunu araştırmaya sevk etmektedir.

² Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 1

³ Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 7

⁴ Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 5

⁵ Mehmet Turhan, “Hukukta Özgürlükçü Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları”, **HFSA 17**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.79

II. SOSYAL OLGU

Doğruluğu genellikle ispatlanmış olan önermelere olgu (phenomena) denir. Bir şeyin var olma durumudur. Gözlem ürünüdür, yaşadığımız dünyadan elde ettiğimiz verilerdir. Kısaca gerçekleşmesi beklenen olaylara/eylemlere olgu denir. Olguları oluşturan vakalara olay denir. Örneğin, Güneş tutulması, gece, gündüz, yağmur yağması bir olgu, salı günü Diyarbakır'a yağmur yağması ise tikel bir olaydır. Olgu; nesnel ve irade dışı oluşumdur ve sık sık olay ile karıştırılır. Olgunun temel özellikleri şunlardır: 1 - Nesneldir, 2 - İstenç (irade) dışıdır.

Sosyal olgu, gruplaşma olayı içinde kendiliğinden ortaya çıkan ve kendine özgü özellikleri olan bir oluşumdur. Sağlam bir devamlılık ve kalıcılık gösteren gruplar belli nitelikte süregelen bazı olayların yaşandığı beşeri çevreyi oluştururlar. Bu süreklilik gösteren benzer olaylar dizisine sosyal olgu denir.⁶

Öyleyse sosyal olgu: genellikle başlangıç ve bitiş zamanı bilinmeyen, nerede başlayıp nerede bitebileceği kesin olarak tespit edilemeyen bir sosyal oluşum ve değişimi ifade eder. Tek tek meydana gelen sosyal olayların genel bir ifade tarzıdır. Ayşe ile Mehmet'in evlenmesi bir sosyal olaydır. Ama tüm evlilik olaylarının hepsine birden genel bir nitelendirme ile "evlenme olgusu" denir.

Sosyal olgu, birey üzerinde baskı icra etmeye muktedir olan, bireysel tezahürlerden bağımsız, kendine özgü bir varlığı olan, belirli bir toplum çerçevesinde genellik taşıyan, sabit ya da sabit-olmayan her yapma tarzı toplumsal olgudur. Bu açıklamadan anlaşılacağı gibi sosyal olgunun iki özelliği vardır: öncelikle kişisel bir eser değildir yani tek tek kişilerin dışında grubun eseridir; ikincisi, zorlayıcı ve sınırlayıcıdır. Grubun üyeleri, kişisel seçim ya da tercihlerinin ötesinde sosyal olguyu, dışarıdan gelen bir sınırlama ve baskı olarak hissederler.⁷

Sosyal gruplaşma insanların basit bir şekilde bir araya gelmesinden oluşan gruplar değildir. Ortaklaşa bazı kültür ve medeniyet ürünleri vardır. Hukuk da toplum içinde bir tür grubun içinden adeta kendiliğinden ortaya çıkan bir sosyal olgudur. Çok genel bir tanımla, hukuk, bir grubun içinde cereyan eden sosyal olguları düzenlemek amacı ile ortaya çıkan, kendini grup üyelerine empoze eden ve grup üyeleri arasındaki ilişkilerden kaynaklanan tikel olaylara adil çözümler getirmeye çalışan kurallar bütünüdür.⁸

Normla sosyal olgu arasındaki ilişkinin düzenlenmesi iki biçimde olabilir. Normla sosyal olgu ya örtüşür ya da çatışır.

A. Norm ve Sosyal Olgunun Örtüşmesi

"Herkesin yasayı bilmekle yükümlü olması",⁹ hukukun toplumsal bir olgu olduğunun en iyi örneğidir. Bu örnek aynı zamanda sosyal olguların hukuken düzenlenme biçiminin toplumsal beklentilerle örtüşmesi gerektiğini veya örtüştüğü varsayımını gösterir. Teknik tabirle hukuk burada bir "faraziye" (fiction) oluşturmaktadır. Faraziyeler karinelerden farklı olarak aksi ispat edilemeyen önermelerdir. Herkes gibi kanun koyucu da aslında pekala bilir ki, vatandaşların büyük çoğunluğu kanunların önemli bir miktarı hakkında herhangi bir bilgi sahibi değildir. Ancak bu faraziyenin hukukta kabul edilmesi, sosyal olgunun inkarı için

⁶ Niyazi Öktem – Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Dördüncü Basım. İstanbul: Der Yayınları, 2009, s.250

⁷ Emile Durkheim, **Sosyolojik Metodun Kuralları**, Çev: E. Aytekin, 2. Bası. İstanbul: Sosyal Yayınları, 1994, s. 49; Ahmet Ulvi Türkbağ, **Hukuk Sosyolojisinde Güncel Bir Radikal: Donald Black**. İstanbul: Derin Yayınları, 2009, s. 13

⁸ Öktem – Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, s. 250

⁹

değil; bazı olgulara her halukârda hukuki netice bağlamak içindir. Zira hukukun bir faraziye ile sosyal olguyu ele alması yine sosyal hayatın icaplarını göz önünde tutmak zaruretinden kaynaklanır. Yani eğer kanun koyucu, hukuk sisteminde bir kanun hükmünün bilinmediğini veya bilinmeyeceğini ispat eden bireylerin kanun hükümlerinin bağlayıcılığından kurtulabilmesine imkan veren bir istisna hükme yer verseydi hukukun üstünlüğünden söz edilemeyeceği gibi hukukun bir amacı olan toplumsal hayatın düzenliliğini gerçekleştirmek de mümkün olmayacaktı.¹⁰

Normların sosyal olguları/gerçeklikleri doğru biçimde yansıtması durumunda hukukun iki unsuru arasında bir örtüşme sağlanır. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, hukuk hiçbir zaman bütün sosyal gerçekliği bünyesine alamaz. Zira somut gerçeklikler her zaman için soyut normlardan daha zengin bir çeşitlilik arzeder. Ancak hukuk düşüncesi açısından bütün sosyal gerçekliklerin bir normla düzenlenmesi zaruretinden söz edilemez. Buna imkan olmadığı da söylenebilir. Ancak kaçınılması gereken, normların toplumda önemli ağırlıkları olan sosyal olguları çarpık ve adaletsiz bir biçimde düzenlemeye çalışmasıdır.

B. Norm ve Sosyal Olgunun Çatışması

Öte yandan bir hukuk düzeni içinde hukuki faraziyeler istinai olmak zorundadır. Hukuk toplumsal olguları kendi realiteleri içinde ele alarak düzenlemelidir. Olgu-norm örtüşmesi hukuk düzenin istikrarı için gereklidir. Ancak hukukun daha önce açıkladığımız gibi onu yapanların zihinlerinin ideal bir tasarımı olması ve bu idealleştirmede aşırıya gidilmesi durumunda hukuk düzeni ile gerçek hayatta cereyan eden ilişkilerin talep ettiği çözümler arasında uyumsuzluk artar. Bu çatışma iki türlü olabilir: İlkinde, hukukun devrimci bir biçimde yukardan aşağıya doğru topluma dayatılması söz konusudur. Hukuk, sosyal mühendisliğin bir aracı olarak kullanılır. Burada, toplumun kendine özgü ilişkilerini yansıtmayan bir hukuk sistemi resepsiyon ya da yasama yolu ile empoze edilir ve pozitif hukukun umulanı gerçekleştirmesi yani kendine uygun sosyal ilişkileri, yapıları ve giderek yeni bir toplum ve insan tipolojisi oluşturması amaçlanır. (Türkiye’de 1923’ten sonra yapılmaya çalışılan şey,) İkincisinde ise yürürlükteki hukukun toplumsal gelişmenin gerisinde kalması durumudur. Burada pozitif hukuk, eskimiş, güncelliğini yitirmiştir ve yeni sosyal ilişkiler yeni bir hukukun oluşturulmasını talep etmektedir. (1982 Anayasasının öngördüğü temel hak ve özgürlükler anlayışının farklı toplumsal kesimlerin beklentilerinin iyice gerisinde kalması gibi)¹¹

Başka bir anlatımla, toplumsal gerçeklik, idealleştirilmiş bir tasarım olan hukuktan önce gelir ve daha geniştir. Hukuk düzeni toplumsal gerçekliği dikkate almıyorsa, ilgili sosyal olgunun zorlayıcılığı ile hukukun zorlayıcılığı toplumsal çatışmaların temel kaynaklarından birini oluşturur.¹²

Hukuk ile sosyal olgu arasındaki çatışma kaynakları olarak şu alanlar öne çıkmaktadır:

- Hukuksal çözümlerin yaygın örf ve adet pratiklerini değiştirememesi. (Örneğin halen özellikle kırsal kesimlerde kadınların miras haklarının yürürlükteki kanunlara göre değil de geleneksel örf ve adete göre belirlenmesi)
- Dinsel pratiklerin, farklı inanç gruplarının hukuk tarafından tanınma talepleri.
- Kültürel-dilsel kimlik farklılığı ve aynı biçimde söz konusu farklılıkların hukuk tarafından tanınması talepleri

¹⁰ Esat Arsebük, “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 1943-1944 Yılı Açılış Dersi”, **HFSA 17**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 58-59

¹¹ 1982 Anayasasının hak ve özgürlükler alanındaki anti-demokratik niteliği, anayasanın kabul edildiği tarihten itibaren kabul edilen ve bilinen bir olgu ise de günümüz şartlarında anayasanın arkaik yapısı iyice belirginleşmiştir. Ayrıca bkz. Türkbağ, **Hukuk Sosyolojisinde Güncel Bir Radikal: Donald Black**, s.22

¹² Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 4

- Ekonomik eşitsizliği sürdüren uygulamaları ortadan kaldırma konusunda hukukun yeterli güvence sağlayamaması (örneğin sosyal güvenlik hukukunun pratikte çoğu kez kendinden beklenen işlevini yerine getirmekten uzak kalması)

III. ETİK DEĞER

Değer sorunsalı, “hakikat”, “erdem”, “iyi”, “geçerlilik” gibi değişik bağlamlarda irdelenmiştir. Bütün bu kavramlar, “olgu”, “şimdi olan”, “geçmişte olmuş”, ya da “gelecekte olan” şeylerle değil de; “olması gereken”, başka bir deyişle “değer”le ilgili ilgilidir. Değer kavramının filozoflarca genel olarak, “iyi”, “arzu edilir” gibi terimlerin deyimlediği şeyi içerecek biçimde dar anlamda ya da “hakikat”, “erdem”, “güzellik”, “doğruluk” gibi terimleri içerecek biçimde daha geniş ve soyut anlamda kullanıldığı görülmektedir. Değerlerin önemli bir özelliği onların geçerliliğinin ortaya konmasının, deneysel ya da mantıksal kanıtlamalarla sağlanamaz oluşudur. Dar anlamda değer yargıları, olgusal anlamda gerçekliği deyimlemedikleri gibi mantıksal ya da mantıkdışı da değildirler.¹³

Ayrıca etik değerlerin iki temel özelliğinden söz edilebilir ve bu iki özellik bir arada etik temellendirme için bir mantık geliştirmemizi sağlar. Birinci özellik, “evrenselleştirilebilirlik”tir. Evrenselleştirilebilirlik, bir olaya ilişkin olarak verilen ahlak yargısının, bu olaya tam olarak benzeyen başka bütün olaylar için de verilmesi gerektiğini ifade eder. Buna göre, temel ahlaksal ilkeler, doğaları gereği evrenseldirler: ahlaksal ilkelerimiz yalnızca bizim için söz konusu değildir. İkinci özellik ise “bağlayıcılık”, özelliğidir: etik değerlerin önemli bir özelliği, mutlak bir istemi dile getirip, insandan buyurucu bir biçimde gerçekleşmeyi beklemeleridir. Bu ise, temel özellik taşıyan ahlaksal yargılarımızın eylem ve davranışlarımız üzerinde etkiye sahip olduğunu; sözü edilen bu ahlak yargılarına inanıyorsak, elimizden geldiğince onlara uygun davranmamız gerektiğini ifade eder. Bu iki biçimsel özellik, etik temellendirmeye yardımcı olur. Kant’ın ifade ettiği biçimi ile bir davranış evrensel yasa olabilecek biçimdeyse ahlaksal açıdan iyidir: tersi durumda yani evrensel yasa olabilme özelliğine sahip değilse, ahlaksal açıdan iyi bir davranış değildir.¹⁴

Etik değerle hukuk ilişkisine gelince şunlar söylenebilir: Etik değerler hukuk düzeninin eleştirisini mümkün kılar. Hukuk felsefecisinin öncelikli inceleme alanıdır. Hukuk felsefecisi, hukuk düzeninin meşruluğunu temel araştırma konusu yapar. Bu bağlamda meşruluk kriterlerinin özenle ve hassasiyetle belirlenmesi, cari hukuk düzeninin sağlıklı bir kritiğe tabi tutulmasında hayati rol oynar. Bu kriterleri tüketici olma iddiasında olmadan şu şekilde sayabiliriz.

- insan onuruna saygı
- insan hakları
- hukuk devleti ilkesi
- demokratik yönetim
- özgürlük
- eşitlik
- toplumsal adalet

Hukuk Düzeni ve Meşruluk

Hukuk bireylerden onaylanmayı talep eder. Devletin de kendi meşruluğunu ifade etmede ve topluma kabul ettirmede hukuk düzenine ihtiyacı vardır. Devlet, kendini meşrulaştıran düşünüş modeli ve dayandığı esaslarla pozitif bir şekil verdiği hukuku da meşru

¹³ Ahmet Gürbüz, **Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)**, İkinci Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 69-70

¹⁴ Gürbüz, **Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)**, s. 70-71

hale getirir. Böylece çift yönlü bir meşruiyet algısı ortaya çıkar. Bir yandan devlet hukuka uyduğu için meşru bir güç olarak telakki edilirken diğer yandan da devletin oluşturduğu pozitif hukuk uyulması gereken meşru normlar olarak bireyleri, toplumu ve bizzat devletin kendisini bağlar. Hukuk düzeninin ve devletin meşruluğu bir bütün olarak hukuk devleti ilkesinde somutlaşır.

Ancak bu çözümleme, hukuk devletinin verili bir yönetim anlayışı olmayıp, ortaya çıkarılması, oluşturulması, varlığı gözetilen ve korunması, hatta geliştirilmesi gereken bir ilke olduğunu da bize ima eder.¹⁵ Hukuk devleti ilkesi, devlet iktidarının her koşulda meşru olmadığını, devlet iktidarını ve bu iktidarın kaynağı olan hukuku, yukarıda sayılan temel ilkeler çerçevesinde teste tabi tutmamız gerektiğini gösterir. Buna göre söz konusu ilkelerle örtüşen ya da asgari bir uyum içinde olan bir hukuk düzeni meşruluk kazanabilecekken, bu ilkelere açıkça aykırı düzenlemeler içeren hukuk düzeni ve onu oluşturan iktidarın meşruluk iddiası geçersiz olacaktır.

Tekrar etmek gerekirse birbirleri ile olumlu ve olumsuz karşılıklı ilişkilerde bulunan yukarıda açıkladığımız üç unsur ve fonksiyon denge içinde olduklarında, adil bir hukuk düzeninin gerçekleşmesi sağlanır. Normal olarak tüm hukuk normları bu üç fonksiyonu da kapsamalıdır. Sonuç olarak hukuk, hem adaleti gerçekleştirecek, hem toplumsal gerçeklikleri doğru biçimde yansıtacak, hem de bu toplumsal yaşamın barış içinde sürebilmesi için öngörülebilir/pozitif bir düzen görünümünü sağlamaya çalışacaktır.

IV. HUKUK SOSYOLOJİSİ HUKUK FELSEFESİ İLİŞKİSİ

Hukuk sosyolojisi önceleri hukuk felsefesi içinde yer almaktaydı. Daha sonraları hukuk mantığı, hukuk psikolojisi ve hukuk sosyolojisi bağımsız disiplinler olarak hukuk felsefesinden ayrıldılar. Toplumsal değişimler, deneysel araştırma ve soruşturmaların sosyolojide yeni bir yöntem olarak kabul edilmesiyle birlikte hukuk sosyolojisinin hukuk felsefesinden kopuşu zorunluydu. Ancak her iki hukuk disiplinin birbirinden kesin sınırlara ayrılması mümkün değildir.¹⁶ Zira aşağıda açıklanacağı gibi toplumsal olayların gereği gibi anlaşılması onların tespiti kadar belki de daha fazla onların doğru bir biçimde değerlendirilmesine bağlıdır. Zira Raymond Aron'un belirttiği gibi olguları, bir düzeni veya kurallar sistemini tasvir etmek yeterli değildir. Bir olguyu veya kurallar sistemini onaylamak veya mahkum etmek daha önemlidir. Hukuk söz konusu olduğunda hukuksal olguların kritiğe tabi tutulup değerlendirilmesi hukuk felsefesinin verileri ile mümkündür.

Hukuk sosyolojisi ile hukuk felsefesi arasındaki ilişki hukuka ilişkin önemli bir tartışma alanı olan “olan- olması gereken” ayırımından kaynaklanmaktadır.

Hukuk normatif yapısı gereği, öncelikle “bir olması gereken”i ifade eder. Hukuk sosyolojisi 20. yüzyılda ortaya çıkan eğilimlere paralel olarak olgusal verilerin salt sayısal ifadelerle ortaya çıkışını tespit etmekle yetinemez. Zira bu sayısal ifadelerin aynı zamanda yorumlanması ve anlamlandırılması da gerekir.

Olanın olduğu gibi saptanması yeterli değildir. Zaman- toplum ilişkisinde geçmiş bugün ve gelecek çizgisi üzerinde bir süreç olarak hukuk öngörülebilir bir program sunmaktadır. Teknik olarak “hukuk düzeni” adını alan bu süreç, hem siyasi sistemin taşıyıcısıdır hem de toplumsal ve kültürel zeminin barış içinde gerçekleşmesini garanti etmelidir. Hukukun bir düzen olarak yürürlüğünü salt yasa koyucunun iradesine ya da yapılan ve öngörülen bir düzene değil aynı zamanda hukukun akla ve vicdana uygun gerçekleştirmeye değer bir şey oluşuna da bağlamak gerekir. Bu zorunluluk, hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisinin kesiştiği noktadır.¹⁷

¹⁵ Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 3-4

¹⁶ Öktem – Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, s. 253

¹⁷ Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 35

Diğer yandan hukukun öngördüğü davranış normlarının toplumsal gerçekliğin bir bölümünü biçimlendirmesi, yer ve zaman gibi koşullarla olan ilişkisi de açıktır. Benzer sosyal ilişki ve sosyal gereksinimlerden doğan hukuk normları her toplumsal yapıda farklı biçimlerde de olsa mutlaka düzenlenmektedir. Evlilik, velayet, boşanma, mülkiyet ve sözleşme ilişkileri, haksız fiil, şiddet ve cezalandırma bunlara belli başlı örnekler olarak verilebilir.¹⁸

¹⁸ Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 33

DERS 2

HUKUKUN SOSYAL OLGU BOYUTU

I. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNÇESİNE DAHİL EDİLMESİNİN NEDENLERİ

Hukukun niteliğine ve uygulanması biçimlerine ilişkin olarak üretilmiş görüşlerden doğal hukukçu ve hukuki pozitivist görüşler hukuk kavramını tek başlarına açıklamaya yetmemektedir. Her iki yaklaşımın da aşağıda açıklanacak olan eksiklikleri hukukçu ve sosyologları hukuku, toplumsal bir fenomen olarak incelemeye yöneltmiştir.

A. POZİTİF HUKUKUN ÇIKMAZI

Pozitif hukukçu yaklaşımdaki hukuk düzeni olarak özetlenmiş toplum imgelemi, bu imgelemin yürürlükteki hukuk normları çerçevesinde ele alınabilmesi nedeni ile sınırlıdır. Bunun nedeni, toplumsal ilişkilerin tümündeki zenginliğin topluma görece olarak statik durumda olan hukuktaki toplum imgeleminden daha kapsamlı olmasıdır.¹⁹

Hukukun toplum biliminden ve etik değerden ayrıştırılarak incelenmesi, hukuku salt normla özdeşleştirme sonucunu doğurmaktadır. Bu anlayış, “yasa eşittir hukuk” formülünün, hukuk düşüncesine, bilimine ve uygulamasına hakim olmasına neden olmaktadır. Ancak bir şekilde bireysel ve toplumsal ihtiyaçlar ve sosyal olgularla ilintili olmak zorundadır. Gerçekte de öyledir. Pozitif hukuk normları ile toplumsal olgular arasındaki ilişkinin sorunlu olması; hukuk sisteminin sosyal olguya rağmen oluşturulması ya da sosyal olgunun hukuk sistemine gereği gibi aktarılmaması nedenlerine dayanabilir.

Daha açık bir ifade ile hukuk ile toplumsal olgu arasındaki uyumsuzluk iki kaynaktan beslenmektedir. Birincisi siyasal bir devrim sonucu oluşan devrim hukuku ile toplumsal hayatı düzenleyen geleneksel uygulama biçimleri arasındaki çelişki (Buna hukuki resepsiyon da eklenebilir), ikincisi de tarihin normal seyrinde hukuksal değişimin çoğu kez toplumsal değişim taleplerinin gerisinde kalması.²⁰ Her iki durumda da hukukun öngördüğü normlar sistemi ve içerdiği buyruk, yasak ve emirler ile toplumu örgütleyen ilişkilerin cereyan tarzı arasında bir uyumsuzluk, giderek bir çatışma vardır. Hukukun salt yasa koyucunun iradesine bağlanmasının hukuku nesnellikten uzaklaştıracağı gerçeği, sosyolojik hukuk okullarından çok önce doğal hukukçular tarafından dile getirilmiştir.²¹ Nesnellikten uzaklaşma olgusal alanın eksik veya yanlış tespitinden kaynaklanabileceği gibi, hukuk normunun içerdiği değer boyutunun subjektif giderek çarpık bir idealle şekillenmesinden de kaynaklanabilir.

Pozitif hukukçu yaklaşımın bir sonucu olarak, hukukun salt yasa koyucunun iradesine indirgenerek, yargıcın bu iradeyi birebir yansıtmakla görevli bir araç konumuna indirgenmesi daha dar bir çerçevede uzman hukukçuların dünyasında da bir tepkiye neden olmuştur. Zira bu görüş hakim kuralları yorumlama ve takdir yetkisini büyük ölçüde kısıtlayan bir sonuç doğurmaktadır. Oysa bazı somut olaylarda hakim adaletli bir karar verebilmesi için hem kuralı yorumlaması hem de takdir yetkisine sahip olması gerekebilir.²²

¹⁹ Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, Üçüncü Baskı. İstanbul: 2007, s. 35

²⁰ Mevcut hukuk sisteminin bireysel ve toplumsal taleplerin gerisinde kalması durumunda ilgili talepler sosyal olgu olarak tespit edilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, değişim taleplerinin sosyal olgu ve toplumsal gerçeklik olarak kendini fiili olarak dayatmasının yanında, bu taleplerin çoğu kez doğal hukuk argümanları ile haklılaştırıldığı da tespit edilmesidir.

²¹ Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, Üçüncü Baskı. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2011, s.227

²² Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s.215

B. DOĞAL HUKUKUN YETERSİZLİĞİ

Diğer yandan hukuku insan aklının bir ürünü “ aklın ilkelerinin her zaman ve her yerde aynı sonuçları vereceğini” dolayısı ile evrensel ve değişmez kurallarla toplumlara yön verilebileceği görüşünün de uygulama alanında somut ve olumlu sonuçlara ulaştırmada naif kaldığı görülmüştür. Zira bir yandan doğal hukuk ilkelerinin nicelik olarak birkaç belirli ilkeden öteye geçememesi, diğer yandan toplumun gerçeklerinden tümüyle soyutlanmış ideal ilkelerin, bireysel gereksinimleri karşılayamaması, doğal hukukun akılcı ilkelerinin ancak sınırlı alanlarda uygulanabilirliği sonucunu doğurmuştur. Bunlar da genel olarak insan onuru ve eşitlik ilkeleri, özel hukuk alanında “söze bağlılık” ve kamu hukuku alanında “temel insan hakları” olarak ortaya çıkmaktadır.²³

Doğal hukukun ilkeleri ancak 18. yüzyıl sonundaki Amerikan (1776) ve Fransız (1789) Devrimlerinden sonra kısmi somut bir gerçeklik kazanmışlardır. Ancak bu devrimlerden sonra ilan edilen bildirge ve yapılan anayasalardan sonra dahi içerik olarak değişmez normlardan oluşan ‘Code’lar ile yaşanan gerçeklikler arasında beliren çelişkiler, adil hukukun aranması konusundaki sorunun hiçbir zaman kesin olarak çözümlenemeyeceğini göstermiştir. 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başında değişen içerikli bir doğal hukuk anlayışının ortaya çıkması bile, “doğru”, “adil”, “haklı”, gibi niteliklerle donatılmak istenen hukuk son aşaması olamamıştır.²⁴

Sosyal olguyu dışlayan yaklaşımın yanlışlığı anlaşılmış ve hukuk felsefesi de hukuk sosyolojisinin verilerinden yararlanma yoluna gitmiştir. Böylece doğal hukuka, olgu ile güçlendirilmiş yeni bir kimlik kazandırılmış ve bu yeni konumu ile doğal hukuk teorisi, hukuk felsefesi içinde yeniden ama daha güçlü bir biçimde temsil edilebilir duruma gelmiştir.²⁵

Hukukun kaynağı sorusuna cevap aranırken, yalnızca yasa koyucunun iradesinden, ya da insan aklının belirleyici gücünden yola çıkılmasının yeterli olamayacağının anlaşılması üzerine, hukukun, doğrudan toplumun içerisinde yaşayan ilişkilerde, özetle toplumsal olgularda aranıp bulunması gerektiği düşünülmüştür.²⁶

C. SOSYAL OLGUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİ

1. Hukuk, toplumun ya da sosyal gerçekliğin içerisinde aranacağına göre, öncelikle bu gerçekliğin konumunun ve niteliğinin belirlenmesi ve açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, hukuk, kendisine kaynaklık eden “gerçekliğe” ilişkin bilgileri, “toplumsal”ı çözümleyerek elde edecektir. Bunu yaparken de genel sosyolojinin yöntemlerini kullanmalıdır.²⁷

2. Hukukun ve onun sağlayacağı adaletin bir yandan genel bir nitelik taşıması (hukukun düzen fonksiyonu); diğer yandan da genel nitelikli normların olası her bireysel gereksinmeye karşılık verebilmesi gerekir (adalet fonksiyonu). Böyle bir zorunluluk ise, yasalarda ya da hukuki kuramlarda dile getirilen, ama gerçek sosyal yaşamla hiçbir bağlantısı bulunmayan analitik önermelerle yerine getirilemez. Çünkü tanım ya da önerme gerçekliği doğru yansıtmayabilir. Başka bir deyişle, tanımlardan bir varlık ya da gerçeklik yaratmaya olanak yoktur. Yani herhangi bir toplumsal düzen kuralının, olgusalı belirleyen mevcut

²³ Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s. 215-216

²⁴ Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s. 227

²⁵ Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s. 228

²⁶ Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s. 216

²⁷ Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s. 216

toplumsal koşullar göz önünde tutulmaksızın oluşturulmasına olanak bulunmadığı gibi, hukuksal tanımların gücü de toplumsal gerçeklikleri değiştirmeye yetmemektedir.²⁸

Örnek 1:

Tüm insanlar eşittir.

Sözleşme özgürlüğü vardır.

Öyleyse feodal senyöre bağlı köylü de özgürdür.

Örnek 2:

1982 Anayasasının 66. maddesi

I. Türk vatandaşlığı

MADDE 66- Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.

Her iki örnekte aslında olgusal gerçekliği yansıtmamaktadır.

3. Hukuk üzerine düşünme, hukukun etik değer, norm ve sosyal olgu üçlüsünden oluştuğu varsayılan öğeleri arasından sosyal olguyu diğerlerine nazaran gecikmeli biçimde ele almıştır. Bu gecikmenin bir sonucu olarak hukuk içinde sosyal olgunun taşıdığı önem abartılı değerlendirmelere neden olmuştur. Ancak, hukukun salt olgu ile özdeşleştirilemeyeceği ve olgusalı salt olduğu biçimi ile benimsemenin, toplumu kaosa sürükleyeceği açıktır. Zira kan davası, töre cinayeti vb. toplumsal olgularda gözlemlenebildiği gibi salt olgusal olan çoğu kez tesadüfiliğin, düzensizliğin giderek kuralsızlığın ve nihayet çatışmanın kaynağıdır.

Bu nedenle bir olgunun sosyolojik yönden anlaşılabilir olması, onun hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaz. Hukuk sistemi de değerlerle örülüdür ve esas tartışmalı alan, toplumsal ve kültürel olarak kabul gören değerlerle, hukuk sisteminin korumaya layık gördüğü değerler arasında bir çatışmanın ortaya çıkması ile başlar. Hukuk sisteminin beslendiği değerlerin kültürle örtüşme ya da ayrışma derecesi, gerek ilgili kuralların içeriğinde gerek hukuk uygulamasında ortaya çıkacak olumlu ya da olumsuz tepkiyi biçimlendirir.²⁹ Bir olgunun sosyolojik yönden anlaşılabilir olmasının, onun hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaması, bizi, hukuk düşüncesindeki tartışmalı bir konu olan “olgusal” ve “gereksel” alanlar karşısında hukukun konumuna götürmektedir

“Olan- Olması Gereken” Sorunu

“Olan” ve “olması gereken” kavramlarına mantık bilimi açısından bakıldığında bu bilimin bize, “olan”dan “olması gereken”e ulaşamayacağını gösterdiği anlaşılabacaktır.

Mantıksal çıkarsamalar belirli kurallara uygun olarak yapılabilir. Yapılan çıkarsamanın doğruluğu, kullanılan çıkarsama kuralının geçerli olmasına bağlıdır. Bu çıkarsama kuralı ise ancak doğru öncüllerden hiçbir zaman yanlış bir sonuca götürmezse geçerli olabilir; ya da başka bir anlatımla, öncülerdeki doğruluğu, yanılmaksızın sonuca geçiren çıkarsama kuralları geçerli olabilir.³⁰

Bütün bunların üstünde gerçekte önemli olan şudur: Hiçbir “olgu” hiç kimseye kendiliğinden “belirli bir tavır takınma” ödevini yükleme yetkinliğinde değildir. Daha doğrusu belli bir etik değere dayanmaksızın herhangi bir olgu karşısında belirli bir tavır

²⁸ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s. 228

²⁹ Saim Üye, “Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma”, **HFSA 17**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 115

³⁰ Ahmet Gürbüz, **Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)** Gözden Geçirilmiş İkinci Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 13

kendiliğinden oluşmaz. Bunun nedeni herhangi bir dış olguya birden çok biçimde tepki gösterilmesinin olanaklı oluşudur. Bütün bunlar bize “olan”dan “olması gereken”nin çıkarsanamazlığını göstermektedir. Sözelimi “açlık olgusu” kendiliğinden “yardımda bulunma tavrını ya da inancını” sonuçlandırmaz. Ya da işsizliğin fazla olması olgusu kendiliğinden devletin, istihdam politikalarına ve sosyal güvenlik hukukunda reforma sebep olmaz. Dolayısı ile herhangi bir dış olgu karşısında, yalnızca belirli bir tavır takınılması gerektiği mantıksal bir doğruyu yansıtmamaktadır. Bir dış olgu karşısında her zaman için birden çok tavır takınılması olanaklıdır ve bu tavırların hiçbiri o olgunun kendisinden kaynaklanmaz. Bir dış olgu karşısında takınılabilecek çeşitli tavırların arasından birini seçme işi, artık bizi değerlendirme kavramına götürür. Olgunun değerlerden ayırt edilmesi ile böylece, “arı varlık”ın karşısına “soyut bir gerek” koymak söz konusu olmaktadır. Bu durumda ideal düzey yani “olması gereken” alanı insanın etik yaşantısına karşılık gelir.³¹

Hukuk söz konusu olduğunda değer boyutu, insan onuru, insan hakları, eşitlik, özgürlük, sosyal adalet, demokrasi ve hukuk devleti ilkeleridir. Bunlar hukukun iç değerler sisteminin dayanması gereken temel ilkelerdir. Dolayısı ile sosyal bir olgudan bir değer yargısı çıkartılamayacağı mantıki kuralı, hukukun iç değerler manzumesinin açığa çıkartılması konusunda bizi değerler teorisine götürmekte ve bir olguyu düzenleyen çağdaş hukuksal normların adı geçen ilkelere dayandırılması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu çözümleme, hukukun hiçbir unsurunun tek başına ele alınmasının yetkin bir hukuk kavrayışı için yeterli olmadığını bize bir kez daha göstermektedir.

II. SOSYAL OLGU BOYUTUNUN HUKUK DÜŞÜNCESİNE DAHİL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

Hukuk kuralları, her zaman ve her yerde geçerli olan bir gerçeklik yargısı niteliğinde olmayıp “değer yargısı” niteliğini taşımaktadırlar. Bu bağlamda hukuk kuralı “olan”ı değil bir “olması gerekeni” göstermektedir. Olması gerekenin ne olduğu ise olana bakılarak çıkarsanamaz. Dolayısı ile olgusal alanın tespiti hukuk kavrayışımızın oluşmasında önemli bir faktör ise de tek başına hukukilik oluşturmaz.³²

Öyleyse olgusal alanın gerçekliklerinin norma dönüştürülmeleri sırasında bunların, akıl, mantık ve adalet süzgecinden geçirilmesi gerekmektedir. Bu, basit bir gereklilik değil yaşamsal önemde bir zorunluluktur. Çünkü hukuk normları vasıtası ile topluma biçim verilmekte, giderek bir kimlik kazandırılmaktadır. Eğer bir düzenleme toplumsal gerçeklik ya da talepler ile örtüşmüyorsa, adaletin temel ilkelerini zedeliyorsa, bilim ve mantık dışı nedenlerle insanın özgürlüğünü kısıtlıyorsa veya artık anlamı kalmamış toplumsal örf ve adetleri ya da ideolojileri yüceltip normlaştırıyorsa, kısaca evrensel değerlerle bağdaşan çağdaş bireysel ve toplumsal talepleri görmezden geliyorsa hukukun farklı unsurları arasında bir çatışma var demektir.³³

Kısaca belirtmek gerekirse hukuk salt iradi ya da salt olgusal olan ile özdeşleştirilemez, böyle olunca da insanların adaleti ahlaksal bir değer olarak benimseyen genel eğilimi doğrultusunda, hukuk bazı etik değerleri gerçekleştirmekle yükümlü bir sosyal kontrol aracı olarak ele alınmalıdır. Şu halde yasa koyucunun ilk görevi, kendi iradesi dışında nesnelliği olduğu kabul edilecek değerleri saptayıp, normlara dönüştürmektir.³⁴

³¹ Gürbüz, Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), s.13-14

³² Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 229

³³ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 229

³⁴ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 228

DERS 3

HUKUKUN ETİK DEĞER BOYUTU-DOĞAL HUKUK

I. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ DİĞER FELSEFİ VEYA HUKUKİ YAKLAŞIMLARDAN AYRILAN ÖZELLİKLERİ

1. İlk olarak, doğal hukuk ve doğal haklar geleneği her yer ve zamanda geçerli evrensel ve objektif temel ilke veya normlar olduğu iddiasındadır. İlkelerin formülasyonu değişmekle beraber ilkelerin evrensel geçerliliği iddiası ortaktır. Örneğin, St. Thomas'ın pratik aklın birincil ilkesi olan “iyi olanı yap kötü olandan kaçın” buyruğu her yerde, her zaman herkes için geçerli ahlâkî normdur. Yine Locke'un insanların devredilemez, dokunulmaz haklara sahip olduğu ilkesi evrensel geçerlilik iddiası taşır. Bu açıdan doğal hukuk geleneği, skeptik (şüpheli) ve rölativist (göreceli) felsefi yaklaşımlardan ayrılır³⁵

Doğa kanunu deyimi, doğa bilimlerinde doğada nedensellik ilkesine bağlı olan düzenliliği ifade için kullanılır. Buna karşı hukuk dilinde doğal kanun ve hukuk terimleri “ideal hukuku”, “olması gereken hukuku” anlatır.³⁶ Doğal/Tabîi hukuk anlayışına göre, bazı şeyler vardır ki bunlar objektif, a priori yani deneyden bağımsız olarak tespit edilebilir. Doğruluk, iyilik, insan onuru, adalet, özgürlük, eşitlik gibi kavramları biz deneyle veya duygu ile tespit edemeyiz. Ancak bunların deney ve duygu metotları ile tespitinin yapılamaması onların olmadığı anlamına gelmez. Adı geçen kavramların varlığını, olması gerektiğini, şöyle veya böyle sezgi yolu ile biliriz.³⁷

2. Doğal hukuk ve doğal haklar geleneğinin bir diğer temel özelliği deontolojik olmasıdır. İlkeler ve normlara kendi uğurlarına saygı duyulur ve ilkelere başka bir amaç yüzünden değil kendileri hatırına uyulur. Normların ve ilkelerin savunulmasının ve onlara saygı duyulup uyulmasının nedeni, uyulması halinde onlardan beklenen sonuçlar, faydalar veya ulaşılabilecek hedefler değildir. Sonuçsal ve faydacı felsefi ekollerde olduğu gibi ilkeleri belirleyen sonuçlar ya da faydalar değildir. Doğal hukuk ilkelerine uygun davranmak ahlâken doğru, uygun davranmamak ise ahlâken yanlış olduğu için “şu” ya da “bu” şekilde davranılır. Normlar, yerine getirilip getirilmemelerinden ortaya çıkan sonuçları dikkate alınmaksızın, kendi başlarına değerlidir ve kendinden amaçlıdır. Bu açıdan, doğal hukuk kökenli bütün hukuk teorileri sonuçsalcılık ve faydacılığın karşısında yer alırlar.³⁸

3. Doğal hukuk felsefi geleneğinde doğal yasalar ve beşeri yasalar arasında kritik bir ayırım yapılır. Doğal yasalar beşeri yasaların değerlendirilmesinde ölçü olarak alınması gereken normlar olarak kabul edilir. Doğal hukuk teorisi, normatif bir teori olarak mevcut hukuk sistemlerinin ve yasaların ahlaki meşruiyet taşımaları gerektiğini, adil olmayan veya hakları ihlal eden yasaların kaldırılması gerektiğini ileri sürer. Bir yasanın ahlaki geçerliliği için egemenin iradesi veya egemenliğe meşru yoldan sahip olması temel olarak alınmaz. Bu açıdan doğal hukuki pozitivizmin karşısında yer alır.³⁹

³⁵ Cennet Uslu, **Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, İkinci Baskı Ankara: Liberte Yayınları, 2011, s.43

³⁶ Güriz, Hukuk Başlangıcı, s.229

³⁷ Güriz, Hukuk Başlangıcı, s.232

³⁸ Uslu, **Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, s.43-44

³⁹ Uslu, **Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, s. 45

II. DOĞAL HUKUK VE DOĞAL HAKLAR YAKLAŞIMININ İÇYAPIYA İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ

Düalist Yapı: Ahlak ve Hukuk arasında bir kesişim alanı, ahlaki somutlaştırarak tüketemediğimiz için.

Evrensellik ve Sonsuzluk:

A Priori Fikirlerle Bağlılık:

A. İnsan Doğası

Doğal hukuk geleneğinin felsefi dayanaklarının ilki ve temeli olan kavram *doğadır*. Doğal hukukun ayırt edici karakteristik özelliği genel olarak bir doğa ve spesifik olarak da “insan doğası” nosyonuna dayanmasıdır. Doğa, evrensel ve mutlak ahlaki ve hukuki ilkelere giden yolda sağlam, tarafsız ve itiraz edilemez bir kaynak işlevi üstlenmeye elverişli bir zemin olarak ele alınır.

Nerdeyse her doğal hukuk teorisini, bir insan doğası anlayışını ya kendisi ortaya koymuş ya da hali hazırda anlaşılanlardan birini açıkça ya da dolaylı olarak benimsemiştir. İnsan doğası, doğal yasaların, yani ahlaki ilkelerin keşfedildiği kaynak konumunda görülmüştür.

Ayrıca belirtilmesi gereken ilk önemli husus; -beşeri alana ilişkin doğal yasalar ile pozitif alana ilişkin yasalar arasında her ne kadar kesinlik ve değiştirilmezlik açısından benzerlik varsa da- beşeri alana ilişkin doğal yasaların pozitif bilimlerdeki birebir benzeyen determinist ve mekanik yasalardan farklı bir biçimde anlaşıldığıdır.

İkinci olarak dikkat edilmesi gereken nokta ise, beşer için gerekli olan doğal yasalardan söz edilirken insan doğasının biyolojik ve fizyolojik yasaları ile bu doğayı dış dünyaya yansıtan bilinçli davranışlara ilişkin yasaların farklı kategoriler oluşturduğudur. Burada, bir tarafta kesin belirlenmişlik özelliği gösteren biyolojik yasalar diğer tarafta ise irade ve aklın hakim olduğu şuurlu davranış yasaları vardır. İşte doğal hukuk derken insanın bilinçli eylem alanı olan ahlaki düzene ilişkin yasalardan söz edilmektedir. Doğal hukuk geleneğinde, söz konusu ahlaki düzen daha geniş bir evren algısının parçası ya da uzantısı olarak değerlendirilmektedir.⁴⁰

B. Akıl

Doğal hukuk ve doğal haklar geleneğinin ikinci ana unsuru *akıldır*. Akıl gelenekte ikili bir role sahiptir. Bir yandan insan doğasının ayırt edici bir niteliği diğer yandan doğal hukuk ilkelerini keşfeden araç konumundadır.

İnsanın rasyonel bir canlı olması; kişinin kendi kendisini yönetebilmesi, otonom olması ve serbest bir biçimde tercih yapabilmesi, yani irade özgürlüğüne sahip olması anlamına gelmektedir. Akıl insanı hayvanlardan farklı olarak, ahlaki bir fail statüsüne yükseltir. İnsan aklı ile doğruyu yanlıştan, iyiyi kötüden, akli olanı akli olmayandan ayırt edebilir. Akıl, genellikle hem insanların özgürlüğü hem de eşitliği için temel referans noktası olarak değerlendirilmektedir. Kısaca insan akıl sahibi olduğu için haklara sahiptir.

Diğer taraftan, insan, pratik akıl yürütme ile doğasında bulunan ve kendisi için geçerli olduğunu düşündüğü ilkeleri keşfetmek, ortaya çıkarmak ve uygulamaya geçirmek için kullanabilir. Doğal hukuk geleneğinde akıl bu yönü ile araçsal bir fonksiyon üstlenerek anlam kazanır.

⁴⁰ Uslu, **Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, s.44-45. Ancak şu husus belirtilmelidir: Doğal hukuk geleneğinde doğa, felsefi çerçeveyi çizen temel unsur olarak kaldığı için süreç içinde pozitif bilimlerdeki gelişmelerle değişen evren ve doğa anlayışlarına paralel olarak doğal hukuk teorisyenlerinin insan doğası anlayışları da değişim geçirmiştir.

Akıl - doğal hukuk ilişkisi çerçevesinde, doğal hukukun ilkeleri sıklıkla “doğru aklın ilkeleri” olarak tanımlanır. Doğru olan, pratik akla uygun olandır. Ahlaki ve otonom varlıklar olarak insanlar beşeri ilişkilerde geçerli olacak meşru ilke ve kuralları akıl vasıtası ile elde ederler. Her insan akla sahip olması nedeni ile potansiyel olarak bu ilkeleri kendisi keşfetmeye, araştırmaya ve hayatı için geçerli kılmaya yetkili ve sorumludur.⁴¹

C. İnsan Onuru

Doğal hukukun ne olduğu akıl aracılığı ile kavranılabiliyorsa de doğal haklara sahip olma başka bir kavramla da temellendirilebilmektedir. Bu kavram özellikle II. Dünya savaşından sonra kabul edilen ulusal anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde sıkça kullanılan “insan onuru” kavramıdır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) başlangıç kısmı insanlık ailesinin bütün üyelerinin sahip olduğu onurun, dünyadaki özgürlük, adalet ve barışın kaynağı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle insan onuru fikri, 1966’da insan hakları üzerine kabul edilen iki uluslararası pakttan başlamak üzere önemli insan hakları belgelerinin kalbi konumundadır. Bunlar; Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Paktı (MSHUP) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Paktıdır (ESKHUP). Ayrıca, işkenceyi, köleliği, insanlık dışı ve alçaltıcı muameleler ile her türlü ayrımcılığı yasaklayan antlaşmalarda da ‘insan onuru’na atıf yapılmıştır.

İnsan onuru genellikle tanımlandığı üzere, insan haklarının dayandırıldığı temel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yasal normların düzenlenmesinin nihai akli/başvuru kaynağı olması şaşırtıcı değildir.

İnsan onuru kavramı, her ne kadar uluslararası insan hakları belgelerinin merkezinde yer almaktaysa da bu belgelerce açıkça tanımlanmış değildir. Bununla beraber, bu belgeler ilk olarak, “bu onur, insanlık ailesinin bütün fertlerinde vardır”(İHEB, başlangıç); ikinci olarak, “bütün insanlar, onurda ve haklarda özgür ve eşittirler” (İHEB, 1.madde); üçüncü olarak, “bu haklar insan kişinin tabii onurundan türemiştir” (MSHUP ve ESKHUP Başlangıçları) diyerek bu nosyonun anlaşılması için değerli bir rehber geliştirmişlerdir.⁴²

Bu üç fikir, her ne kadar son derece belirsiz görünseler de uluslararası hukukta kullanılan insan onuru kavramının açıklığa kavuşturulması için değerli bir rehber sunmaktadırlar:

a. ‘Tabiatında’ terimi, ‘bir şeyin özsel karakterinde ya da yapısında var olan’ı, “hakiki” terimi, “bir şeyin kalıcılığı ya da şeye atfedilen özelliği” ifade eder. Bu tabir insan sıfatı ile birleştirildiğinde ifade edilen fikir, bu onurun insanlık durumundan ayrılamayacağıdır. Bu nedenle onur insan kişinin tesadüfi bir özelliği veya genç veya yaşlı, kadın veya erkek, sağlıklı veya hasta, olmak gibi bazı hususi kişisel niteliklerden türetilen bir değer değil, fakat, herkesin basitçe sırf insan olduğu için sahip olduğu koşulsuz kıymettir. Aynı fikir, bütün insanlar bir “kişidir” denilerek de ifade edilebilir. Gerçekten de “kişi” terimi, sadece tasvir edici ya da kökensel değil, fakat kurucu bir terimdir. (nomen dignitatis)

b. Uluslararası hukukta insan onurunun yüklendiği ikinci önemli sonuç, herkes için temel hakların eşit olduğudur: eğer insan onuru herkes için aynı ve hakların temeli ise bu durumda bütün insanlar eşit temel haklara sahiptir. Bu, ayrımcılığın, farklı kategorilerdeki insanlara haksız bir ayırım nedeniyle farklı davranmanın neden insan onuruna doğrudan karşıt olduğunu bize gösterir.

⁴¹ Uslu, **Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, s.45-46

⁴² Roberto Andorno, “Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics”, **Journal of Medicine and Philosophy**, 2009, s.4-5

c. Hakların insan onurundan kaynaklandığını vurgulayan uluslararası hukukun üçüncü beyanının ayrıca önemli pratik sonuçları da vardır: eğer temel haklar otorite tarafından verilmemişse (ve) fakat her insanın tabiatında önceden var olan değerler ise meşru bir biçimde ihlal edilemez. Yani insan tabiatından kaynaklanan temel haklar, tanınmadığında, tanındığı halde etkin bir biçimde korunmadığında ihlal edilmiş olur.⁴³

Diğer yandan insanlık durumundan ayrılması mümkün olmayan içsel onur herkes için aynıdır; kazanılamaz ve kaybedilemez aynı şekilde azalamaz ve artamaz. En kötü suçlular bile onurlarından arındırılmaz, insanlık dışı muameleye tabi tutulmaz ve cezalandırılmaz.

Bununla beraber ‘onur’ tek başına sorunları çözmez. Fonksiyonel olmak adına, onur genellikle haklar terminolojisi kullanılarak formüle edilen başka somut nosyonlara ihtiyaç duyar. (Örneğin, fiziksel bütünlük, mahremiyet, ayrımcılığa uğramama vs.) İnsan Hakları ve insan onuru böylece karşılıklı olarak birbirine farklı biçimlerde bağlıdır. Aralarındaki ilişki, somut bir legal normun bir ilkeyi gerçek hayatta görünür kılmasıdır.⁴⁴

III. DOĞAL HUKUKUN PRATİK UYGULANABİLİRLİĞİ

Doğal hukuk, bazen yanlış olarak anlaşıldığı gibi çok sayıda ve her konuyu kesin bir biçimde düzenleyen sayısız kurallar sıralamaz. Evrensel ahlaki normlar olarak çoğunlukla bir ya da iki tane temel prensip belirtir ki bunlar birincil ilkelere. Birincil ilkeler diğer bütün alt kural ve ilkelere genel bir rehberlik yapar veya alt kurallar bu birincil ilkelere türetilir.

Birincil ilkelerin oldukça genel bir biçimde formüle edilmesi ve sadece temel kuralları içeriyor olması, beşeri yasaların düzenlenmesinde yer veya zamana bağlı olarak kişilerin ve toplumların koşullarını dikkate almaya ve oldukça geniş bir tercih ve karar alanı bırakmaya elverişlidir. Ancak zamana ve yere göre esnek uygulanabilirlik özelliği, doğal yasaların bütün beşeri yasalar ve kurallar için en üst değerlendirme ölçüsü olma iddiası her zaman ve her ilkede sürdürülür. Bu nedenle, doğal hukuk felsefesinin demokrasi, çokkültürlülük, farklılık/çeşitlilik ve çoğulculuk gibi çağdaş değerler ile uyumlu olmasını sürpriz sayılmamalıdır.

Radbruch su soruyu soruyor:

“İnsanın görüşlerinde değil de, aklında temellendirilmiş bir doğal hukuk var mıdır?” Bu soruya cevabı şudur: “Tabii ki mutlak bir akla dayalı ve ebediyen geçerli olan bir doğal hukuk yoktur; buna mukabil -elimizdeki paradoks izin verdiği ölçüde diyelim- günümüz için gerekli olan tarihsel akıl üzerine kurulmuş bir doğal hukuk vardır. *Radbruch*, 1932 tarihli Hukuk Felsefesi eserinde doğal hukuka ilişkin konumunu çok daha belirgin hale getirir. *Radbruch* “doğal hukuk” terimine ancak, “eski tarz, değişmez içerikli doğal hukuk kavramı” yerine “değişken içerikli doğal hukuk” kavramının geçerli kabul edildiği durumlarda sıcak baktığını belirtir.⁴⁵ Değişken içerik biraz da pratik ihtiyaçların zaman ve mekana bağlı olarak ortaya çıkan farklı karşılanma yöntemleri ile ilgilidir.

IV. DOĞAL HUKUK-POZİTİF HUKUK İLİŞKİSİ

Pozitif hukukun dışında ve üstünde bir hukuk düşüncesi olarak ifade edilse bile, doğal hukuk, pozitif hukukla sürekli bir ilişki içindedir. Bu ilişki kapsamında, doğal hukukun pozitif hukuk üzerindeki etkisi, özellikle iki temel noktada görülmektedir:

A. Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Kaynaklık Etmesi

⁴³ Andorno, Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics, s.10

⁴⁴ Andorno, Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics, s. 8-10

⁴⁵ Kristian Kühl, “Radbruch Formülü”, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, *İÜHFİM*. C.LXX, (s.369-374), 2012, s. 371

Doğal hukukun ilk etkisi, pozitif hukuka örnek teşkil etmektir. Diğer bir deyişle pozitif hukukun esin kaynağı olmasıdır. Buna göre yasa koyucu toplumsal bir alanı düzenlerken, birbirine aykırı çıkarlar ve istekler ile karşılaştığında bunlar arasındaki dengeyi ancak adalet prensiplerine yani tabii hukuka başvurarak sağlayabilir. Bu doğrultuda yasa koyucunun en önemli görevi, pozitif hukuku doğal hukuka yaklaştırmak ve vatandaşlarını adalet yönünden tatmin edebilecek bir hukuk düzeni kurmaktır.

B. Doğal Hukukun Pozitif Hukuku Değerlendirme Kriterlerini İçermesi

Doğal hukukun ikinci etkisi, pozitif hukukun adalete uygunluğu açısından kontrolüne ve değerlendirilmesine imkan tanımasıdır. Özellikle pozitif hukukun anlamını belirlemeye çalışan hukukçuya/yorumcuya yol gösterecek ilkeler ancak tabii hukuk anlayışı ile tespit edilebilir.

Doğal hukuk, kanun koyucuyu uyararak, yol göstererek onu keyfilğe düşmekten kurtaracak manevi bir kontrol mekanizması olarak işlev görür.⁴⁶

V. DEĞERLENDİRME

Hukukun temel amacı, toplum hayatında güvenliği ve düzeni sağlamaktır. İnsanlar hayatlarında kesinlik ve belirlilik istedikleri için uyacakları hukuk kurallarını tespit etmişlerdir. Toplumlar düzene ve güvenliğe yaptırımla güvence altına alınmış pozitif hukuk normları ile ulaşır. Ancak düzen ve güvenliği sağlamak hukukun ilk amacı ise de en değerli amacı değildir. Hukukun asıl ve nihai amacı, düzen ve güvenlik içinde yaşayan bir toplumda bireyler arasında adaleti sağlamaktır.⁴⁷ Adalet ise herkes için eşit özgürlük tanındığı zaman gerçekleşebilir. Devletin ve hukukun amacı herkese azami eşit özgürlük tanımak ve bireylerin özgürlüklerini kullanabilecekleri haklarını tanımak ve güvence altına almaktır. Bu perspektiften bakıldığında, çağımız uluslararası toplumunda devletin ve hukukun meşruluk temeli, vatandaşlarının haklarına saygı göstermek, onları korumak ve işlevlerini yerine getirmesini sağlamaktır. 1993'te ilan edilen Birleşmiş Milletler Viyana Deklarasyonunun ilk paragrafında alışılmadık fakat doğru bir biçimde, "İnsan hakları ve temel özgürlükler bütün insanların doğuştan sahip olduğu haklardır; Hükümetlerin birinci sorumluluğu, insan haklarını korumak ve desteklemektir" ifadesi yer alır.⁴⁸

Pozitif hukukun ilk amacının insan haklarını hayata geçirmek olması gerektiği anlayışı, günümüzde de devam eden pozitif hukuk-tabii hukuk ayırımının kaynağı durumundadır. Zira insan hakları dinamik bir içeriğe sahiptir. Günümüz modern toplum şartlarında insanların sahip oldukları ya da olmaları gereken haklar, ihlal edilmeye daha müsaittirler. Zira insan haklarını ihlal edebilecek olgular, araçlar her zamandan daha fazladır. Bu durumda insanların haklarını güvenceye alacak olan pozitif hukuk kendini, sürekli yenilemek zorundadır. Bu yenilenme ise kuşkusuz, sosyal ihtiyaçlar ve tabii hukuk ilkelerine göre olmalıdır.

Kısacası pozitif hukuk-tabii hukuk ayırımı hiçbir zaman ortadan kalkacak bir ayırım değildir. Tabii hukuk ilkeleri evrensel ve ebedidir. Pozitif hukukun görevi bu ilkeleri hayata geçirerek pozitif hukuk ile tabii hukuk arasında bir örtüşme sağlamak ve olaylar ve şartlar bu örtüşmeyi bozduğunda, yeni bir örtüşme için kendisini yenilemektir.

⁴⁶ Hirş, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, s. 97

⁴⁷ Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, 10. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2005, s.38

⁴⁸ Jack, Donnelly. "Human Rights, Globalizing Flows, and State Power". **Globalization and Human Rights**. Edited by Alison Brysk. University of California Press. California, London, p.228-229

Neden Doğal Hukuka ve Doğal Haklara İhtiyaç Duyuyoruz?

EK: 1

ALMANYA'DAKİ UYGULAMALAR

- 1806'dan önce Kutsal Roma Germen İmparatorluğunda yasal eşitsizlik temel ilkeydi
- Vatandaşlık; Şehirden şehre değişiklik göstermektedir.
 - Vergi yükümlüsü olanlar vatandaş sayılıyordu,
 - Vatandaşlık ücreti ödeyenler,
 - Mezhebe bağlı vatandaşlık uygulaması da vardır,
 - Yahudiler, doğal yerleşimciler olarak görülüyordu.
- Napolyon çağında vatandaşlığa ilişkin yasal statülerde değişimler oldu. 1840 ve 1869'da birçok kısıtlama kalkmıştır.
- 19 yüzyıl ortalarında başta Yahudiler olmak üzere Alman olmayanlara karşı halk hareketleri başlamıştır.
- Yahudilerle karışık evliliğe karşı çıkan bir milyon kişinin imzaladığı bir dilekçe hükümete iletilmiştir.
- Muhafazakar Parti Yahudi özgürleşmesine karşı çıkmıştır.
- Heirich Class, 1912'de "Eğer İmparator/Kaiser Olsaydım" adlı kitabında Yahudilere yönelik şu politikaları izleyeceğini belirtmiştir.
- Yahudilerin vatandaşlık haklarının geri alınması ve yabancı statüsüne düşürülmesi,
- Yahudilerin Alman toplumsal hayatından tamamen dışlanması,
- Kamu hizmetleri ve kurumlarına alınmama; gazetecilik, bankacılık vs.
- Arazi sahibi olamama
- 1889 Alfred Dilmann Çingenelerin parmak izi ve diğer bilgilerini toplama amacı ile "Münihte Çingene Rahatsızlığı ile Mücadele İçin Merkez Ofisi"ni kurdu.
- 1926'da Bavyera'da "Çingeneler, Gezinler, Serseriler ve Aylaklar ile Mücadele Yasası" kabul edildi.
- Buna göre 16 yaşından büyük olan Sinti, Roman ve Çingenelerin ıslahevine gönderilmesi ve iki yıl içinde düzenli bir işe sahip olmayanların kayıt altına alınması uygulamaları başlamıştır.
- 1926 Bavyera yasası ulusal düzeyde bir norma dönüşmüştür. Ek olarak Çingenelerin topluluk halinde gezmesi ve kamp kurması yasaklanmıştır.

30 Ocak 1933'te Adolf Hitler İktidara geliyor.

1 Nisan 1933 Yahudi mallarının boykotuna yönelik Nazi hareketi

15 Eylül 1935'te Swastika Alman Resmi Bayrağına girmiştir.

I. Alman Kanı ve Alman Onurunun Korunması Hakkında Kanun

Kanun teklifi bir doktor olan Gerhard Wagner tarafından verilmiştir. Kanunun oybirliği ile kabul edilmiştir.

Bölüm 1:

Yahudiler ile Alman ve Almanlara akraba ırklar arasındaki evlilikler yasaklanmıştır. Bu yasanın sonuçlarından kaçınmak için (başka bir ülkede sonuçlanmış olsa da) gerçekleştirilen evlilikler geçersizdir.

Bölüm 2:

Yahudiler ve Alman Devletinin vatandaşları ve akraba ırkları arasındaki evlilik dışı ilişkiler yasaklanmıştır.

Bölüm 3:

Yahudilerin 45 yaşın altındaki Alman ya da Akraba ırklardan kadınları çalıştırmaları yasaktır.

Bölüm 4:

Cumhuriyetin ve Ulusun bayrağı ve renklerinin Yahudilerce kullanımı yasaklanmıştır. Yahudiler kendi ulusal renklerini kullanabilirler.

Bölüm 5:

1. Bölüm 1’de belirtilen yasağa aykırı davrananlar, ağır işlerde çalışma zorunluluğu cezası ile,
2. Bölüm 2’de belirtilen yasağa aykırı davrananlar, hapis cezası veya ağır işlerde çalışma zorunluluğu cezası ile,
3. Bölüm 3’te belirtilen yasağa aykırı davrananlar, 1 yıl hapis veya para cezası ile cezalandırılırlar.

Ayrıca bazı kararnameler, karışık evlikler için kısırlaştırma yöntemlerini ve böylece ırksal saflaştırmayı öngörmüştür.

Nazi döneminden önce Romanlar/Çingeneler hakkındaki geleneksel Alman politikası Romanların ana topluma entegrasyonunu öngörürken, Nazi rejimi boyunca Romanlar aşağı ırk olarak kabul edilmiş ve Alman Halkının devamı ve Alman kanının saflığı için tehlike olarak görülmüştür.

Örneğin 1933 Temmuzunda çıkarılan “Kalıtımsal Olarak Hasta Olanların Üremesinin Engellenmesi Kanunu”, belirsiz soydan gelenlerin, Romanların, yarım Romanların ve karışık soydan gelen Romanların kısırlaştırılmasına neden olmuştur.

Kasım 1933’te Tehlikeli İtiyadi Suçlulara Karşı Kanun kabul edilmiştir.

Bu kanun ile polise, Romanlar, aylaklar, evsiz serseriler, kronik alkolikler, dilenciler, fahişeler ve asosyal kişileri tutuklama yetkisi tanınmıştır.

II. Alman Cumhuriyet Vatandaşlık Kanunu

Bu kanun ile Yahudilerin oy hakkı kullanma hakları elerinden alınmış ve resmi kurumlarda çalışmaları yasaklanmış ve Yahudilerin Alman sivil hayatına katılmaları engellenmiştir.

Başlangıçta Yahudiliğin açık yasal tanımının yapılmasındaki zorluk, bazı Yahudilerin ayrımcı uygulamalardan kurtulmalarına imkan tanımıştır. Ancak kimin Yahudi sayılacağına ilişkin yasal tanımlamanın yapılması ile beraber Alman Yahudilerin temel haklarının kısıtlanması kolaylaşmıştır. Nuremberg yasaları olarak adlandırılan bu yasalar; dört atası da Alman olanları “Alman veya akraba kandan olan” olarak, üç ya da dört atası Yahudi olanları “Yahudi” olarak, bir ya da iki atası Yahudi olanları “Arada”, “Melez/Karışık Kanlı”, “Çapraz Nesil” olarak tanımlamıştır.

Bir süre sonra Kanunun kapsamı genişletilmiştir. Siyahlar, Çingeneler, ve bunların melez ırkları benzer ayrımcı uygulamalara muhatap olmuştur.

III. Profesyonel Kamu Hizmetlerinin Restorasyonu Hakkında Kanun

Aryan olmayanlara ve siyaseten Nazi İktidarı muhaliflerine kamu hizmetlerinde görev almak yasaklanmıştır.

Yahudiler, doktorluk, avukatlık, hakimlik, gazetecilik, öğretmenlik gibi mesleklerden men edilmişlerdir.

Ayrıca devlet hastanelerini, parkları, kütüphaneleri, kumsal ve plajları kullanmaları yasaklanmıştır.

Yahudi çocuklarına 14 yaşından sonra devlet tarafından eğitim verilmemeye başlanmıştır.

Piyangolardan ikramiye kazanmaları durumunda ikramiyeleri verilmeyecektir.

Savaş hatıratlarından, özellikle I. Dünya savaşına ait olanlardan Yahudi isimleri çıkartılmıştır.

III. İsim Değişiklikleri Düzenlemesi (17 Ağustos 1938)

Yahudi olup da geleneksel Yahudi ismi taşımayanlar için kullandıkları isim ile soyadları arasına bir Yahudi ismi alınması zorunluluğu getirilmiştir. Kendileri bir isim belirlemedikleri takdirde kadınlar için “Sara” erkekler için “İsrael” isimleri devletçe verilmiştir.

IV. Diğer Uygulamalar

1. 1930’da Yahudilerin dini usullere göre hayvan kesmesi yasaklanmıştır.

1. Yahudilerin pasaportuna “J” (Jewish) damgası vurulmuş ve Yurtdışına çıkmalarına izin verilmiştir. Ancak “J” damgası taşıyan pasaport sahiplerinin tekrar Alman topraklarına girişi yasaklanmıştır.

2. 1939’da Almanya Polonya’yı işgal etmiştir. Bu işgalle beraber Polonya Yahudileri için Davut yıldızlı sarı rozet taşıma zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluk Eylül 1941’de Nazi işgali altındaki bütün topraklara doğru genişletilmiştir.

3. Alman Kanı ve Alman Onurunun Korunması Hakkında Kanunda yapılan değişiklik ile Yahudiler için “ölüm cezası” getirilmiştir.

Nuremberg yasaları “Bilimsel Irkçılık” üzerine kurulmuştur ve genetiğin ilkel anlaşılışından devşirilmiştir. Almanlar/Naziler bunu marjinal boyutlara taşımışlardır. Bu anlayışın temelleri şu fikirlere dayanmaktadır:

Üstün Irk/Master Race

İrk Islahı/Eugenics

Sosyal Darwinizm/Social Darwinizm

İnsan Altı Gruplar/ Çingenler, Siyahlar, Yahudiler Aryan Olmayanlar

4. Yukarıda söz edilen uygulamaların bazılarını Nazi işgalinde olan ya da işgal tehdidinde olan doğu Avrupa ülkelerinde de rastlanmıştır. Bu ülkeler ve ayrımcı politikaların bu ülkelerdeki başlangıç tarihleri şöyledir; Macaristan 1938, Romanya 1940, Bulgaristan 1940, Slovakya 1941, Hırvatistan 1941.⁴⁹

⁴⁹ Adı geçen ülkeler, bir süre önce Avrupa Birliği ülkesi olmuşlardır. Avrupa Birliği’nin en önemli ülkesi olan Almanya bu ülkelerin Birlik üyeliğine destek vermiştir. Almanya’nın sadece savaş zamanında değil barış zamanında da doğu Avrupa’yı doğal nüfuz alanı olarak gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır

Adil Olmayan Yasalar Karşısında İnsanların İtaat Görevi Var Mıdır?

EK : 2

Birbirinden farklı iki davada Alman ordusundaki askerler Nazi rejimini eşlerinin yanında eleştirmişlerdir. Askerlerin eşleri kamu makamlarını bu eleştirileri ihbar etmişlerdir. İki asker de Nazi rejimi yasalarına göre idam cezasına mahkum olmuşlarsa da cezaları sonradan hapis cezasına çevrilmiştir. Her iki hükümlü asker de II. Dünya savaşı sonrası eşleri ve kendilerini yargılayan hakimler hakkında (1871 tarihli Alman Ceza Kanunu 239. maddesi uyarınca hürriyetten yoksunluk nedeniyle) suç duyurusunda bulundular.

Birinci davada Bölge İstinaf mahkemesi, ilgili Nazi yasalarını içerdiği ağır cezalar nedeni ile çok zalimane bulunduğunu ve Alman halkının büyük çoğunluğu tarafından terör yasaları olarak görüldüğünü ifade ederken, bunların her şeye (rağmen) doğal hukuku ihlal eden yasalar olarak görülemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme sanıklardan askeri hakimnin mevzuata göre karar verdiğinden beraat etmesi, kocasını ihbar eden kadının ise beraat etmesinin gerekmediği sonucuna ulaşmıştır. Kötü niyetli bu kadın, yetkililere yaptığı bu bildirimin sağduyulu, vicdan sahibi kişilerin adalet duygusunu rencide edeceğini bilmeliydi.

İkinci davada, Federal Temyiz Mahkemesi kararında, bir mahkeme kararının legalitesinin/yasallığının ilgili tüm kişiler için aynı olması, söz konusu davada ihbarcı eş ve karar veren hakimnin her ikisinin ya mahkum olması ya da beraat etmesi gerektiği hususuna dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre mevcut gerçekler karşısında her ikisinin de mahkum olması gerekir. Askerlere yöneltilen rejimi eleştirme suçunun temel ögesi, eleştirinin aleni olması gerekliliğidir. Aile içi iletişim aleniyet kriterini karşılamak için yeterli değildir. İlâveten bu eylem suç oluşturduğunda dahi ciddiyet derecelendirmesi (eylemin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediği) açısından en alt düzeyde olması gerekir. Bu nedenle hükmedilen yaptırım orantısız görülmüştür. Bu analiz ışığında kadın, eşinin mahkeme huzuruna çıkmasına neden olduğu, hakim de adli takdir hakkını uygun şekilde kullanmadığı için suçlu görülmüştür.⁵⁰

⁵⁰ Mustafa Tören Yücel, **Hukuk Felsefesi**, Üçüncü Baskı. Ankara: 2009, s.72