

**T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**SİVİL TOPLUM SİYASAL TOPLUM EKSENİNDE HUKUK
İDEAL TİP HUKUK NORMU ÜZERİNDEN
KURAMSAL BİR ANALİZ**

DOKTORA TEZİ

Ümit MÜDERRİSOĞLU

Enstitü Anabilim Dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hamza AL

NİSAN – 2021

T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SİVİL TOPLUM SİYASAL TOPLUM EKSENİNDE HUKUK
İDEAL TİP HUKUK NORMU ÜZERİNDEN
KURAMSAL BİR ANALİZ

DOKTORA TEZİ

Ümit MÜDERRİSOĞLU

Enstitü Anabilim Dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

“Bu tez sınavı 01/04/2020 tarihinde online olarak yapılmış olup aşağıda isimleri bulunan jüri üyeleri tarafından oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir.”

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI
Prof.Dr. Hamza Al	Başarılı
Prof.Dr. Ahmet Nohutçu	Başarılı
Prof.Dr. Alim Yılmaz	Başarılı
Dr. Öğr.Üyesi Serdar Korucu	Başarılı
Dr. Öğr. Üyesi Yakup Köseoğlu	Başarılı

	T.C. SAKARYA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Sayfa : 1/1
TEZ SAVUNULABİLİRLİK VE ORJİNALLİK BEYAN FORMU		
Öğrencinin		
Adı Soyadı	:	Ümit Müderrisoğlu
Öğrenci Numarası	:	1160 D 03008
Enstitü Anabilim Dalı	:	Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
Programı	:	
Tezin Başlığı	:	Sivil Toplum Siyasal Toplum Ekseninde Hukuk İdeal Tip Hukuk Normu Üzerinden Kuramsal Bir Analiz
Benzerlik Oranı	:	% 17
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE,		
Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Tez Çalışması Benzerlik Raporu Uygulama Esaslarını inceledim. Enstitünüz tarafından Uygulama Esasları çerçevesinde alınan Benzerlik Raporuna göre yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının benzerlik oranının herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi beyan ederim.		
		/...../20..... Öğrenci İmza
Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Tez Çalışması Benzerlik Raporu Uygulama Esaslarını inceledim. Enstitünüz tarafından Uygulama Esasları çerçevesinde alınan Benzerlik Raporuna göre yukarıda bilgileri verilen öğrenciye ait tez çalışması ile ilgili gerekli düzenleme tarafımda yapılmış olup, yeniden değerlendirilmek üzere sbtezler@sakarya.edu.tr adresine yüklenmiştir. Bilgilerinize arz ederim		
		/...../20..... Öğrenci İmza
Uygundur		
Danışman Unvanı / Adı-Soyadı: Prof. Dr. Hamza Al Tarih: İmza:		
EYK Tarih ve No:		Enstitü Birim Sorumlusu Onayı

ÖNSÖZ

Tezin oluşumunda ve kabul edilmesinde katkısı olan ve emeği geçen herkese teşekkür ederim. Bu bağlamda öncelikle tez danışmanım Prof. Dr. Hamza Al'ın anlayışlı, yönlendirici ve hoşgörülü tavrı ile teze ilişkin geribildirimlerinin tezin nihai safhaya ulaşmasında belirleyici olduğunun altını çizmek isterim. Bunun yanında Prof. Dr. Ahmet Nohutçu'nun tez yeterlilik sınavından beri hep yanımda olduğunu, tezin her aşamasında en önemli katkıyı sağlayan isim olduğunu ifade etmek isterim. Prof. Dr. Alim Yılmaz ise makale yayınlama sürecindeki katkısı ve tez savunma sınavındaki yapıcı eleştirileriyle, tezin şekillenmesinin en önemli belirleyicilerinden olmuştur. Bunlara ek olarak tez izleme jürisinde de yer alan Dr. Öğretim Üyesi Serdar Korucu, yararlandığım eseri olan Yargısal Aktivizm kitabının dışında, tez savunma sınavı ile sonrasındaki editoryal boyutu da kapsayıcı şekilde yapıcı eleştiri ve katkılarıyla tez için fevkalade belirleyici olmuştur. Son olarak Dr. Öğretim Üyesi Yakup Köseoğlu'nun da tez savunma sınavındaki bakış açısı, yaklaşımı ve eleştirileri, tez için önemli geri bildirim yollarından birini teşkil etmiştir.

Tez çok uzun bir süreçte şekillenmiş ve belirli bir muhtevaya ulaşmıştır. Dr. Öğretim Üyesi Mahmut Karaman'ın danışmanlığında başlayan ve birçok değişiklikle nihayete eren bu süreçte en baştan beri yanımda olan isim, belirttiğim gibi Prof. Dr. Ahmet Nohutçu olmuştur. Bu süreçte katkıları inkâr edilemeyecek ancak ismini belirtmediğim birçok değerli insanı, burada şükranla anmayı bir borç bilirim.

Ümit Müderrisoğlu

01/04/2021

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iv
ŞEKİL LİSTESİ	vi
ÖZET	vii
ABSTRACT	viii
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 1: SİVİL TOPLUM VE SİYASAL TOPLUM KAVRAMLARININ TARİHİ ÖNEMLİ DÜŞÜNÜRLER VE KAVRAMLARIN BUGÜNKÜ ANLAMLARI	10
1.1. Sivil Toplum-Siyasal Toplum Kavramlarının Tarihi	10
1.2. Sivil Toplum-Siyasal Toplum Kavramlarının Oluşum Sürecinde Önemli Filozoflar ve Görüşleri	15
1.2.1. Toplumsal Sözleşme Kuramcıları	15
1.2.1.1. Thomas Hobbes	15
1.2.1.2. John Locke	17
1.2.1.3. Montesquieu.....	18
1.2.1.4. J.J.Rousseau	19
1.2.2. Çatışma Kuramcıları.....	21
1.2.2.1. Hegel	21
1.2.2.2. Karl Marx.....	24
1.2.2.3. Antonio Gramsci	25
1.2.3. A. Tocquville.....	27
1.3. Sivil Toplum.....	28
1.3.1. Birey ve Bireysel (Özel) Alan	33

1.3.2. Sivil Toplum Kuruluşları.....	42
1.4. Siyasal Toplum.....	44
BÖLÜM 2: SİVİL TOPLUM İLE SİYASAL TOPLUM ARASINDA HUKUK	51
2.1. Kamusal Alan ve Kamuoyu.....	57
2.2. Hukuk	63
2.3. Sivil Toplum ve Hukuk İle Bağlantılı Kavramlar	68
2.3.1. Sivil İtaatsizlik.....	72
2.3.2. Sivil Anayasa.....	82
2.4. Siyasal Toplum ve Hukuk İle Bağlantılı Kavramlar	88
2.4.1. Hukuk Devleti	94
2.4.2. İnsan Hak ve Özgürlükleri	100
2.4.3. Adalet	106
BÖLÜM 3: İDEAL TİP HUKUK NORMU	111
3.1. Sosyal Bilimlerin Konusu ve İdeal Tip Kavramı	111
3.1.1. Max Weber'de İdeal Tip Kavramı	116
3.1.2. İdeal Tip Kavramının İşlevi	120
3.2. İdeal Tip Kavramının Sosyal Bilimlerde Uygulanma Örnekleri.....	123
3.2.1. Kamu Yönetiminde Bürokrasi Kavramı.....	123
3.2.2. İktisat Biliminde Tam Rekabet Piyasası Kavramı	124
3.3. İdeal Tip Hukuk Normu	126
3.3.1. Hukuk Normu Belirli ve Anlamı Açık Olmalıdır	130
3.3.1.1. Yazılı Olma.....	135
3.3.1.2. Hukuk Normunun Belirsizliğine Yol Açan Haller	143
3.3.1.2.1. Hukuk Normunun Belirlenemezliği.....	143

3.3.1.2.2. Sık Değişen Hukuk Normları.....	146
3.3.1.2.3. Torba Yasalar (Hukuk Normları).....	149
3.3.1.2.4. Norm Enflasyonu	154
3.3.1.2.5. Hukuk Normunun “Bağlam”a Atıf Yapması.....	160
3.3.1.2.6. Hukuk Normunun Belirsiz İfadeler İçermesi.....	164
3.3.2. Hukuk Normu Toplumun Tamamı Tarafından Meşru Kabul Edilmelidir ..	170
3.3.2.1. Şekli Meşruiyet	172
3.3.2.2. Toplumsal Meşruiyet	174
3.3.3. Hukuk Normu Düzenlediği Alanı Tam ve Gereği Gibi Düzenlemelidir (Reel- Toplumsal Boyut).....	176
3.3.4. Hukuk Normu İnsan Haklarına ve Adaletle Uygun Olmalıdır (Ahlaki Boyut).....	185
3.4. İdeal Tip Hukuk Normunu Karşılamayan Normların Sonuçları	190
3.4.1. Yorum Sorunları.....	190
3.4.2. Yargısal Aktivizm	198
3.4.3. Heterojen (Adil Olmayan) Uygulama	203
3.4.4. Hukukun Siyaset ve İdeolojiye Açık Hale Gelmesi	211
SONUÇ	216
KAYNAKÇA.....	223
ÖZGEÇMİŞ	234

KISALTMALAR

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
A.g.e.	:Adı geçen eser
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKDTYK	:Atatürk Kültür Dil Tarih Yüksek Kurulu
A.Ş.	:Anonim Şirket
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
B.	:Başvuru
Bs.	:Basım
C.	:Cilt
Çev.	:Çeviren
Dağ.	:Dağıtım
Der.	:Derleyen
DSİ	:Devlet Su İşleri
Dü.	:Düzenleyen
E.	:Esas
H.D.	:Hukuk Dairesi
Hak.	:Hakkında
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İ.T.İ.A.	:İktisadi Ticari İlimler Akademisi
K.	:Karar
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
md.	:Madde
MEB	:Milli Eğitim Bakanlığı
M.Ö.	:Milattan Önce
NGO	:Non Governmental Organization
No:	:Numara
RG	:Resmi Gazete
S.	:Sayı
s.	:Sayfa

SBF	: (Ankara Üniversitesi) Siyasal Bilgiler Fakültesi
T.	:Türk
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TODAİE	:Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
TRT	:Türkiye Radyo Televizyonu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
UNDP	: Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı
vb.	:Ve benzerleri
vd.	:Ve diğerleri
vs.	:Ve saire
Yay.	:Yayınları
YÖK	:Yüksek Öğretim Kurulu
yy.	:Yüzyıl

ŞEKİL LİSTESİ

Şekil 1: Sivil Toplum-Siyasal Toplum Kesişme Bölgesinde Hukuk.....	56
Şekil 2: Sivil-Siyasal ve Ekonomik Toplumun Kesişme Bölgesinde Kamusal Alan.....	63
Şekil 3: Hukukun Etkileşim Alanları.....	94
Şekil 4: İdeal Tip Hukuk Normunun Unsurları.....	129
Şekil 5: İdeal Tipten Uzak Hukuk Normunun Sonuçları.....	215



Sakarya Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Özeti

Yüksek Lisans	☐	Doktora	☒
Tezin Başlığı: Sivil Toplum Siyasal Toplum Ekseninde Hukuk İdeal Tip Hukuk Normu Üzerinden Kuramsal Bir Analiz			
Tezin Yazarı: Ümit Müderrisoğlu		Danışman: Prof.Dr. Hamza Al	
Kabul Tarihi: 01/04/2021		Sayfa Sayısı: viii (ön kısım) + 235 (tez)	
Anabilim Dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi			
Sivil toplum ve siyasal toplum kavramlaştırmaları, demokrasi üzerine yapılan çalışmalarda oldukça kullanılmalarına karşın, çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez bir tamamlayıcısı olan “hukuk” olgusunun değerlendirilmesinde ve anlaşılmasında yeterince kullanılmamıştır. Hukuku saf bilim yapma ve hukuk dışı kavramlardan arındırma adına hukuku sadece norma indirgeyen akımlar, hukukun toplum, adalet ve ahlakla olan bağlarını yok saymış ve bunun sonucunda hukuk uyulması zorunlu ve örtülü bir siyasi araca dönüşebilmiştir. Hukuk, özünde toplumsal bir kurum olup, toplumun hukuk normuna verdiği anlam ve meşruiyet çerçevesinde geçerlilik kazanır. Sivil ve siyasal toplumun hukukla ilişkisi çerçevesinde hayati önem taşıyan sivil itaatsizlik gibi hak ve etkinliklerin hukukun zorlayıcılık ögesi ile bağdaştırılması için sivil toplum ve siyasal toplum kavramlarının birey merkezinde hukukla ilişkisinin de kuramsal düzeyde ortaya konulması gerekmektedir. Hukukun, siyasal toplumun varlık amacıyla sınırlanması ve tüm toplumu kuşatacak adalet anlayışına sahip olması, insan hak ve özgürlüklerini korumaya ve geliştirmeye dönük olması gerekir. Çoğunluğun iktidarını esas alan bir siyasal sistemin ürettiği hukukun, tüm toplumu kuşatması için en önemli kriter hukukun rasyonel-ussal bir biçimde inşa edilmesidir. Ancak rasyonel bir hukuk, farklılık ve çoğulculuğa dayanan modern sivil toplum için bir güvence olabilir. Max Weber’in sosyolojide temsil ettiği anlamaya dayalı niteliksel yöntem çerçevesinde kurguladığı “ideal tip” kavramlaştırmaları, hukuk normunun taşıması gereken özelliklerin belirlenmesinde de oldukça elverişli bir yöntemidir. Bu çalışmada ideal bir tip hukuk normu kavramsallaştırılmaya çalışılacaktır.			
Anahtar Kelimeler: Sivil Toplum, Siyasal Toplum, Hukuk, Adalet, İdeal Tip			

Sakarya University
Institute of Social Sciences Abstract of Thesis

Master Degree	☐	Ph.D.	☒
Title of Thesis: The Law In The Axis Of Civil Society and Political Society A Theoretical Analysis Through The Ideal Type Legal Norm			
Author of Thesis: Ümit Müderrisoğlu		Supervisor: Prof. Dr. Hamza Al	
Accepted Date: 01/04/2021		Number of Pages: viii (pretext) + 235 (thesis)	
Department : Political Science and Public Administration			
Civil society and political society conceptualizations are widely used in studies on democracy. These concepts have not been used sufficiently understanding of the “law” phenomenon, which is an indispensable complement of pluralist democracy. In the name of making law pure science and purifying it from unlawful concepts, the movements that reduce the law to only the rule, ignore the ties of law with society, justice and morality. Within the framework of the relation of civil and political society with law, rights and activities such as civil disobedience, which are of vital importance, should be associated with the coercive element of the law. The political society has to be active in areas where civil society is not sufficient for the reproduction and development of civil society. The law should have an understanding of justice that will encompass the whole society and should aim to protect and develop human rights and freedoms. A rational law can be a guarantee for modern civil society based on difference and pluralism. The sociology of Max Weber is based on the conceptualization of "ideal type" within the framework of qualitative method based on understanding. Ideal type conceptualization is very convenient method in determining the characteristics that the legal norm should have. In this study, the ideal type legal norm will be tried to be conceptualized.			
Keywords: Civil Society, Political Society, Law, Justice, Ideal Type			

GİRİŞ

Çalışmanın Konusu

Çalışmanın konusu, sivil toplum ve siyasal toplum kavramlarını tanımlayarak aralarındaki ilişki ve etkileşim sürecinde hukukun rolünü ortaya koymaktır. Bu bağlamda sivil toplum ile siyasal toplumun özellikleri ile birbirleri üzerindeki etkileşimini sağlama yollarından biri olarak hukukun nasıl oluştuğu ve ideal tip hukuk normu üzerinden nasıl oluşması gerektiği çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Hukuk esasen toplum içinde, toplum için var olur. Sosyolojik olarak sivil toplumda, pozitif hukuk açısından ise siyasal toplumda oluşan hukuk, bir sivil ve siyasal toplum konusudur. Hukukta bir sorun varsa sivil ve siyasal toplumda da bir sorun vardır demektir. Sivil toplum ve siyasal toplum kavramları ile aralarındaki etkileşim tam olarak anlaşılamazsa, hukuk da anlaşılamaz.

Sivil toplum ve siyasal toplum ile hukuk arasındaki ilişki karşılıklıdır. Sivil toplum, siyasal toplum üzerinden (pozitif) hukuka hayat verirken, hukuk da sivil toplumun güvencesini, siyasal toplumun da meşruiyetini sağlar. Sivil toplum ve siyasal toplum tam olarak oluşmamışsa, hukuk ve hukuk devleti kavramları, demokratik toplumlardaki işlevini yerine getiremez. Zira hukuk, toplumsal yapının bir yansımasıdır. Toplumsal yapı ise o toplumun sivil, siyasal ve ekonomik toplumsal özellikleriyle bağlantılıdır.

Hukuk, bunların dışında bir toplumun kültürünün alt kümesidir. Hukuk normunun oluşumu dâhil uygulamasını da içeren hukuk, esasında bir teamül, anlaşılma ve hukuka muhatap tüm birimlerde benzer şekilde benimsenme gerektiren kültürel bir formdur. Bu yüzden ki yazılı bir anayasası olmayan İngiltere'nin siyasal ve hukuksal yapısı Türkiye'ye göre gayet istikrarlı bir şekilde işlemekte, en ayrıntılı ve uzun yazılı anayasalardan birine sahip Türkiye'de ise hem siyasi yapı, hem de hukuk sistemi asla istenileni vermemekte, sürekli reform paketlerine ihtiyaç duymaktadır.

Hukukun işlevinin, rolünün anlaşılamaması ve tüm sivil toplum-siyasal toplum aktörlerince bilinmemesi-paylaşılması nedeniyle toplumdaki diğer sorun alanlarından bağımsız olmayan hukuk sorunu, bir türlü bütüncül bakış açısıyla değerlendirilememekte ve çözülememektedir. Bu çalışma, hukuktaki sorunların

özlebilmesi için öncelikli olarak sivil toplumsal yapıdaki sorunların çözülmesi gerektiğini öngörmektedir. Batı lkelerindeki sivil toplum kavramını karşılayacak seviyeye ulaşıldığı ölçüde siyasal toplum, devlet yapısının dzeleceğı, hukuk devletinin tam olarak teşekkül edeceğı bu süreçte, bunlara bağı hukuk sisteminin de olması gereken boyutuyla işlevini yerine getireceğı öngörülmektedir.

Sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki en önemli kesişme, büyük oranda hukuk üzerinden oluşmaktadır. Hukuk bu anlamda hem sivil toplumun yeniden üretilmesi için gerekli ortamı sağlamakta hem de siyasal toplumu sınırlayarak demokrasiyi güvence altına almaktadır. Siyasal toplumun bir çıktısı olan pozitif hukukun kendi üzerinden siyasal toplumu sınırlaması hukuk devletini oluşturmaktadır. Elbette hem sivil toplum hem de siyasal toplumun varlığı ve güvence altına alınması sadece hukukla sağlanmamaktadır, fakat hukuk, bu alanda en önemli sosyal kurumlardan biri olarak karşıma çıkmaktadır. Çalışmada, bu kavramlar ve aralarındaki ilişki, etkileşim sürecinin nasıl olması ve kurulması gerektiğı, ideal tip hukuk normu kavramlaştırmasıyla açıklamaya çalışılacaktır.

Çalışmanın nemi

Hukuk, bir toplum için en önemli sosyal kurumlardan biridir. Hukukun evrensel kabul edilen seviyede olması ve uygulanması, hem bireyler hem toplum, hem de devlet için vazgeçilmez öneme haizdir. Türkiye’de hukuk sorunu daha çok yargı sorunu olarak görülmekte, bazen de hukuk normlarının yeterli olmasına rağmen uygulanmasında sorun olduğu ifade edilmektedir. Bu anlayışın, hukuku sadece kurallardan ibaret sayan, dar anlamda hukuk teknisyenliği olarak kabul edilebilecek bir anlayıştan kaynaklandığı düşünülebilir.

Hukuk konusunda kuramsal düzeyde anlayışın gelişmemesi nedeniyle esasen kültürel bir kurum olan hukuk, norm ihdas etme yahut değıştirme ile yargısal bazı düzenlemelere indirgenmiştir. Gözler, lkemizde hukukun genel teorisi üzerinde kapsamlı bir çalışma bulunmadığını belirtmektedir (1998: 3). Dworkin’e göre de genel hukuk teorileri soyut olmak zorundadır, zira hukuk pratiğinin belli bir kısmını veya bölümünü değıl asıl hedefini ve yapısını yorumlamayı amaçlamaktadır (2018: 123-124).

Gürler'e göre hukuk yaratma ve uygulama süreçlerinde hukukun kuramsal yönüne duyulan ihtiyaç daha da önem kazanmaktadır. Kendine özgü bir hukuk dili ve düşüncesi bulunmayan ülkelerde kuramsal bilginin düşünce dünyasına kazandırılması gerekir. Felsefenin temel alanlarında üretilen eserlerin Türkçeye kazandırılması konusunda var olan kısır ortam, hukuk söz konusu olduğunda daha da vahim bir durum almaktadır. Bugün dünyada yerleşik bir hukuk diline ve düşüncesine sahip felsefi geleneklerle karşılaştırıldığında Türkiye'deki birikimin yeterli olduğunu öne sürmek mümkün olmadığı gibi felsefi düşünme olmaksızın bir kültürün varlığını sürdürmesi de uzun vadede pek mümkün değildir (2015:22-23). Felsefi düşüncenin olmamasının sonuçları, büyük oranda hukuk düşüncesi ve kültürünün olmaması halinde de geçerlidir .

Temel bir hukuk anlayışına sahip olunmadan yapılan her reform ve paket, kısa sürede başka reform ve paketlere ihtiyaç duymakta, bunun neticesinde hukuk alanında sorunlar katlanarak büyümektedir. Bununla bağlantılı olarak da sivil toplumun kendisini yeniden üretmesinin en önemli dayanaklarından olan hukuki güvenlik ve öngörülük sağlanamadığı için sivil toplum ve bağlantılı olarak da siyasal toplum, sürekli tekrarlayan krizlerle yüzleşmek durumunda kalmaktadır.

Türkiye'nin en önemli sorun alanlarından olan sivil anayasanın yapılamamış olması sorunu da temel olarak hukuk ile sivil toplum-siyasal toplum arasındaki ilişkilerin, etkileşimin yeterince aydınlatılmamış olması ile bu konulara ilişkin kuramsal bilgi eksikliğiyle bağlantılı görünmektedir.

Hukuk sorunu, toplumsal ve siyasal bir sorundur. Hukukun toplumsal boyutu, sosyoloji biliminin inceleme alanına girer. Hukukun yasama boyutu, siyaset biliminin konusudur. Hukukun uygulanması, yargıyı ilgilendiriyor gibi görülse de yargı ile birlikte kamu yönetimi de hukukun yürütülmesinden sorumludur. Bu yönüyle yürütme erkine bağlı olan kamu yönetimi, hukuktan ayrı düşünülemez ve hukuk sorunu, kamu yönetiminin de sorunudur. Hukuk sorununun, siyaset ve kamu yönetimi disiplinlerince de algılanması, çok katmanlı olan bu sorunun anlaşılıp çözülmesinde Türkiye için hayati önem taşımaktadır.

Hukuk kuramı, hukukun doğası, hukuk sistemi ve ahlakla, adaletin hukukla ilişkisine ilişkin kuramsal sorunlarla birlikte hukuk ve iktidar ilişkisine odaklanır. Batı

toplumlarında, özellikle Anglosakson hukuk sisteminin cari olduğu ÷lkelerde hukuk kuramına ilişkin oldukça geniş bir yazın bulunmaktadır. Hukuk ve yasa doktrininin uyumlu bir kavranışı olmadan bir toplum doğru şekilde anlaşılamaz ve açıklanamaz. Hukukun sosyal, ahlaki ve kültürel temelleri ve bu temelleri hem açıklayan hem de bunlar hakkında bilgi veren teorilerden tamamlayıcı hukuk kuramı, hukukun ne olduğu ve neden olduğunu, olgular üzerinden açıklamaya çalışırken, normatif hukuk kuramı ise değerler üzerinden hukukun ne olması gerektiğı ile ilgilenmektedir. Normatif hukuk kuramları, kaçınılmaz olarak, ahlaki ya da siyasal kuramlarla bağlantılı olup, hukuku değerlendirmeyi amaçlayan bu tür kuramlardan “ideali” kurgulayan kuramlar, siyasal olarak elde edilebilir olmaları halinde hangi hukuk kurallarının en iyi hukuk sistemini yaratacağı ile ilgilenirler. Bunların dışında hukukun akla dayanan evrensel temellere sahip ve özerk olduğu şeklindeki görüşlerden (hukukun siyasetten ayrılmaz olması nedeniyle) derin kuşkuları bulunduğu belirtilen “Eleştirel Hukuk Hareketi”, hukuk kuramının, hukuka ve hukuk sistemine yapay bir meşruluk kazandırdığını öne sürmektedir (Wacks, 2017:21-29).

Çağımızda birçok kurum, çeşitli ölçütler kullanarak ÷lkelerin hukuk endekslerini yayınlamaktadır. Bu endekslerle de ortaya konulan¹ hukuk sorunlarının çözülmesinde ve hukukun üstünlüğünün yansımalarını oluşturan alanlarda ilerleme sağlanabilmesi için öncelikle hukukun, sivil toplum ve siyasal toplum eksenindeki rolünün net bir biçimde ortaya konulması, önemli bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışmanın Amacı

Çalışma ile sivil toplum ve siyasal toplum konusunda tam ve açık tanımlamalar yapılarak, aralarındaki ilişkinin karşılıklı olarak nasıl kurulduğu (olan) ve nasıl kurulması gerektiğı (olması gereken) açıklanmaya çalışılacaktır. Sivil toplumun bünyesinde siyasal toplumun nasıl oluştuğu, siyasal toplumun sivil toplum üzerindeki yetkileri ve bu yetkileri kullanmasında hukukun oynadığı rol ve önem belirtilmeye çalışılacaktır.

¹ Hukukun üstünlüğü, hükümet gücünün sınırlandırılması, yolsuzlukla mücadele, şeffaflık, temel haklar, kişilerin can ve mal güvenliği, hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanması ve vatandaşların adalete erişimi gibi konularda ÷lkelerin derecelendirilmesi ile ilgili bkz. worldjusticeproject.org.

Çalışmanın amaçlarını, sorun-problem cümlesi şeklinde ifade etmek gerekirse amaçları şunlardır: Sivil toplum ve bireylerin hukukla ilişkisi nedir? Sivil toplum, hukuk üzerinde ne derece söz sahibidir? Sivil toplum tam olarak oluşmadan siyasal toplum karşısında varlığını sürdürebilir mi? Hukukun sivil toplum ile siyasal toplum arasında bir rolü var mıdır, varsa rolü ve işlevi nedir? Hukukun sivil toplum siyasal toplum arasındaki rolünü yerine getirebilmesi için hukuk normunun taşıması gereken özellikler varsa nelerdir? İşte çalışma, bu soru ve problemlere akademik düzeyde cevap bulmayı amaçlamaktadır. Aral'a göre doğru hukuk sorunu, geniş anlamda hukuk biliminin en önemli sorunudur (2012a:166). Doğru hukuk kavramı da bizi ideal tip hukuk normuna götürmektedir.

Bu çalışmada hukukun sosyolojik tabanı olan toplum, sivil toplum kavramı üzerinden ifade edilecektir. Hukukun siyasal boyutu olan yasama boyutu, hukuk normu üzerinden ideal tip hukuk normu kavramlaştırmasıyla değerlendirilecek ve hukuk normunu bir veri olarak kabul eden yürütme ve yargı da bu analize katılarak, hukukun sivil toplum-siyasal toplum ekseninde taşıdığı hayati rol, akademik olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır

Hukukun sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki rolünün açıklanmasına ek olarak hukukun işlevini tam olarak yerine getirebilmesi için nasıl olması gerektiği konusunda ideal tip hukuk normu tanımlaması üzerinden bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır. Hukuk nihayetinde olması gerekeni tanımlayan normatif-rasyonel bir dizgedir. Pozitif hukuk açısından olması gerekenin ne olacağı, siyasal toplum ile sivil toplum arasındaki etkileşimle oluşur.

Hukuk normunun nasıl olması gerektiği, hukuk devleti kavramının da bir gereğidir. Zira hukuk devleti anlayışı, hukukun salt bir kurallar dizgesi olmasının ötesinde belli özellikler taşımasını gerektirmektedir. Hukukun bir alt sistemi olarak kabul edilebilecek hukuk normunun nasıl oluşması gerektiği açıklanarak, hukuk normuna bir standart getirilmesinin yolu da sağlanabilecektir.

Çalışmanın Yöntemi

Çalışmanın yöntemi temel olarak niteliksel yöntemdir. Sosyal bilimlerin çalışma konusunun doğal nesneler olmaması nedeniyle, pozitivist anlayışa karşıt olarak gelişen

niteliksel yöntem, özü itibariyle çalışma konularının aktörlerince ve muhataplarınca ne anlama geldiğinin anlaşılması, yorumlanması esasına dayanmaktadır.

Hukuk, toplum ve siyasal sistemler, insanların onlara verdiği anlamlar doğrultusunda hayat bulur. Nesnel bir karşılığı yoktur. Hukukun da aralarında olduğu sosyal kurumlar ve kavramlar, içinde yer aldıkları toplumun değerleri, kabulleri doğrultusunda var olan, o toplumsal paradigma dâhilinde anlaşılabilen olgulardır. Nitekim Dikeçligil'e göre her sosyo-kültürel sistemin, varlığın-gerçekliğin doğasına, bilgiye ve ona nasıl ulaşılacağına ilişkin, bilimin dışında sınanması mümkün olmayan, doğru varsayılan sayıltılardan oluşan paradigmaları vardır. Bilimsel bulguların bir teori içinde yorumlanabilmesi için bilimin dışında sayılan bu aksiyomlar-sayıltılar, düşünce sürecinin bir parçası olarak bilimsel teorinin yapı taşlarını oluştururlar (Dikeçligil, 2005).

Dogmatik hukuk görüşü, hukukun oluşum sürecini siyaset alanında kabul ederek hukuk politikası kavramında inceleme alanı dışında tutmaktadır. Oysa hukukun en önemli safhası, hukuk normunun oluşum safhasıdır. Aynı şekilde Kıta Avrupa'sı Hukuk sisteminin bir parçası olan Türkiye'de hukuk normu olmasa, yürütme ve yargı organları hiçbir şey yapamaz. Yürütme ve yargının girdisini, hukuk normu oluşturmaktadır.

Hukukun siyasal etkiler altında hareket eden bir organ tarafından yapılması nedeniyle bilim sayılamayacağını belirten Balı (2004), hukukun bilim olarak nitelendirilmesinin hukukun niteliği ile bağdaşmadığını, bilimdeki hipotezlerin karşılığı olarak kabul edilebilecek hukuk normlarının doğrulanabilir olma ötesinde yanlışlanabilir olma özellikleri taşımadığını belirtmektedir. Yazar, hukuk normunun mahkeme salonlarında uygulanmasının deney-test sayılsa bile hep aynı sonucu vermesi gerektiğini, oysa bunun söz konusu olmadığını belirterek hukukun bir bilim olmadığını öne sürmektedir.

Gerçekten hukuk normlarının bilimsel bir önerme taşımadığı, siyasal bir nitelik taşıdığı, normların toplumsal meşruiyete tabi olması nedeniyle bilimsel anlamda sınanmasının mümkün olmadığı ortadadır. Buna ek olarak hukukun düzenleme alanına aldığı sosyal olgular, başka sosyal bilimlerin konusunu oluşturmaktadır. Şöyle ki örnek olarak hukukta "ticaret", "borç" gibi terimlerle kavramlaştırılan hususlar, ekonomi, işletme bilimlerinde işlevlerine göre kavramlaştırmaktadırlar. İhtiyaçların giderilmesi üzerinden hareket eden ve araştırma konularını tam bir bilimsel yöntemle analiz eden bu bilimler,

ihtiyaçları gideren ürünleri mal ve hizmet olarak tanımlayarak bu ürünlerin üretim, paylaşım ve tüketim safhalarını ayrıntılı olarak bilimsel incelemeye tabi tutmaktadırlar. Hukuku bilim sayan ama hukukun oluşum safhasına da karışmayan dogmatik hukukçuların çalışma konularını ise “hukuk normları” oluşurmaktadır.

Hukuk tam olarak bilim sayılmasa ve onunla bağlantılı devlet, siyasal yapılar, toplumsal yapılar-ilişkiler, insandan bağımsız olmasalar da sosyal birer olgu olmaları nedeniyle bilimsel bir yöntemle incelenebilir. İncelenen sosyal olgu ve kavramın nedeni ile incelenen olgudan kaynaklanan sonuçlar arasında niceliksel bağlantılar kurulmak suretiyle pozitivist araştırmalar da yapılabilir. Fakat kuramsal, kavramsal bir bakış açısı olmazsa bu tür çalışmalar, bir bilimin sahip olması gereken özellikleri taşımayacaktır. Bilim, olaylar ve olgular üzerinden herkes için kabul edilebilecek genel açıklamalar ve öngörülerde bulunmayı gerektirir. Örneğin elektriğin nasıl ve ne suretle oluştuğunu atomik düzeyde açıklayan fiziksel ve kimyasal kuramlar-açıklamalar “bilim”dir. Buna karşın elektriğin bilimsel düzeydeki bilgisine tam olarak sahip olmayanların, elektrikle ilgili teknik düzeydeki işlemleri de “uygulama”dır. Uygulayıcılar da çok değerli katkılarda bulunabilirler, fakat yaptıkları bilim değil teknolojidir. Habermas’a göre (doğa bilimlerine özgü) empirik-analitik yasa bilgisi, nasıl teknolojik önerilere evrilebiliyor ve tekniklerin üretilmesi için kullanılabiliyorsa, (sosyal bilimlere özgü) normatif-analitik önermeler de olası stratejilerin seçilmesini belirleyebilen stratejik önermeler biçimini alabilir (2011: 171).

Bunların dışında hukukta uygulama, normun ne anlama geldiğinin anlaşılmasına dayanan bir yönteme dayanmaktadır. Hukukta yorum üzerine özellikle yabancı ülkelerde birçok eser ve çalışma bulunmaktadır. Hukukun uygulaması esasen özü itibariyle niteliksel bir etkinliktir. Yazılı pozitif hukuk, bir metin olması hasebiyle bunu metin haline getirenlerin ve hukuk normu vasfı kazandıran yönetsel ve siyasal yapıların (yasama) bu norma ne anlam verdiklerinin, bu normu niçin ihdas ettiklerinin anlaşılması sürecini kapsayan lafzî, amaçsal birçok yorum yöntemini gerektirmektedir.

Sivil toplum ve siyasal toplum kavramsallaştırmaları, kuramsal boyuttur. Yoksa toplum bir bütündür. Sivil toplum ve siyasal toplum kavramlaştırmaları birer değişken olarak düşünülse bile her iki değişkenin birbirini etkileme şekli ve hukukun bu etkileşimde oynadığı rolün değerlendirilmesi ve analizi, kuramsal-kavramsal boyutta bir

değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Kuramsal düzeydeki iki kavram arasındaki bağ ve ilişkinin de kuramsal-kavramsal düzeyde kurulması kaçınılmazdır. Hukuk gibi belli kabuller üzerinden var olan bir sosyal olgunun, sivil toplum ve siyasal toplum gibi iki kuramsal kavram arasındaki ilişki ve rolünün analizi de aynı şekilde niteliksel, kuramsal bir analizi gerekli kılmaktadır. Siyasal toplum kavramı genel olarak devlet kavramı ile de karşılanabilirse de toplum, sivil ve ekonomik toplum şeklinde analitik bir incelemeye tabi tutulunca, siyasal nitelikteki insan faaliyetleri üzerinden yapılacak kavramlaştırma da ister istemez sivil toplum kavramının karşısında simetrik bir kavramlaştırma olarak siyasal toplum kavramıyla eşleşmektedir. Onun için siyasal toplum kavramı, yerine göre anlaşılabilmesi için devlet kelimesiyle birlikte kullanılmıştır. Nitekim demokrasi teorisini Sartori'de (2017:247), “siyasal toplum” kelimelerini “devlet” kelimesiyle birlikte kullanmaktadır.

Varlıklar, önemli ölçüde soyutlanarak algılanabilir. Kavramlaştırmalar da soyutlamalar yoluyla gerçekleştirilmektedir. İnsanlar doğrudan varlıklarla değil, onların soyutlanmış modelleriyle muhatap olmaktadır. Bilimsel düşünme, model kurma yoluyla sağlanabilmektedir. Soyut bir kuramın doğrulanması ve yorumlanması da modeller aracılığıyla yapılabilir. Model kurma ise analogi yoluyla yapılan çıkarımlardır (Kalıpsız, 1987:133-134). Sivil toplum ve siyasal toplum kavramsallaştırmaları da açıklandığı gibi kuramsal bir soyutlamadır.

Hukukun özellikle pozitif hukuk normunun ihdası (ortaya konulması) sürecinde siyasal toplumun amacı ile norma yönetsel, siyasal ve yargısal birimlerin verdiği anlam ve nihayetinde sivil toplum ve sivil toplumu oluşturan bireylerin yüklediği anlamın belirlenmesi, bu sürecin “anlamaya dayanan” niteliksel bir yaklaşımla değerlendirilmesini gerektirmektedir. Çalışmada “olması gerekeni” betimleyen "ideal tip hukuk normu" kavramının oluşturulmasında; “olan” hukuk normlarının uygulama süreçlerinde bilfiil yapılan gözlem ve analizlerden de yararlanılmıştır.

Çalışmanın başlangıcında kuramsal düzeyde sivil toplum ve siyasal toplum kavramlarını ortaya koyan ve geliştiren düşünürlerin tanımlarından da yararlanılarak günümüz modern sivil toplum ve siyasal toplum kavramlarının bugün itibarıyla kazandığı anlam açıklanmaya çalışılacaktır. Kuramsal düzeyde yapılacak bu tanımlamalar çerçevesinde aynı şekilde sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki

ilişkiler rasyonel bir analize tabi tutularak, bu ilişki sürecinde hukukun oynadığı rol niteliksel analizle verilmeye çalışılacaktır.

Bu çalışmada sivil toplum ile siyasal toplum arasında hukukun işlevini yerine getirebilmesi için sahip olması gereken nitelikler, ideal tip hukuk normu kavramsallaştırması üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır. Zira “olan” düzeyindeki hukukun değerlendirilebilmesi, “olması gereken” düzeyinde ideal tip bir hukuk normu kavramsallaştırmasını gerektirmektedir. “Olan” toplumsal gerçeklik, “olması gereken” kurgusal rasyonel normatif gerçeklikle karşılaştırılarak aksayan yönlerin bulunması sağlanmış olacaktır.

Siyasal ve toplumsal hükümler-değerlendirmeler, belirleyici (determinant) hükümler olmaktan çok, düşünce ürünü (reflective) hükümlerdir (Keane, 1993: 37). Rasyonel nitelikli bu değerlendirmeler çoğu zaman normatif değerlendirmelerle yan yanadır. Hukukun da normatif bir dizge olması, sivil toplum ve siyasal toplum analizi ile her iki toplum anlayışının kesişme bölgesinde hukukun işlevinin anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır.

Max Weber'in temsil ettiği yorumlayıcı-anlamaya dayalı niteliksel analiz, hukukun analizinde de geçerli bir yöntemdir. İdeal tip hukuk normunun tanımlanması sürecinde de rasyonel çerçevede mantık kurallarından ve dilbilim-göstergebilimden de yararlanılarak, anlamaya dayalı yöntemle, bilimsel sonuçlar üretilmeye çalışılacaktır. Max Weber'den sonra niteliksel bilimsel araştırma yöntemleri arasına etnometodolojik yöntem, fenomenolojik yöntem gibi daha birçok yöntem eklenmişse de Weber'in yöntemi, niceliksel araştırma yöntemlerini dışlamayan, niteliksel araştırma üzerinden genel sonuçlar üretmeye izin veren bir yapıdadır. Bu nedenle Weber'in ideal tip anlayışı ile özdeşleşen anlamaya dayalı yöntemi benimsenmiş böylelikle niteliksel bir analizden büyük oranda genel sonuçlar çıkarmaya çalışılmıştır. Böylelikle anlamaya dayalı niteliksel bir yöntemden yola çıkarak, niceliksel yöntemin belirleyici vasfı olan genel kural ve yasalara ulaşma çabasını içeren Weber'in ideal tip yöntemi, karma bir yöntem olarak bu çalışmanın ana yöntemini oluşturmaktadır.

BÖLÜM 1: SİVİL TOPLUM VE SİYASAL TOPLUM KAVRAMLARININ TARİHİ ÖNEMLİ DÜŞÜNÜRLER VE KAVRAMLARIN BUGÜNKÜ ANLAMLARI

1.1. Sivil Toplum-Siyasal Toplum Kavramlarının Tarihi

Sivil toplum-siyasal toplum kavramlarıyla neyin ifade edildiğinin tam olarak anlaşılabilmesi için, kavramın tarihsel geçmişine bakmak gerekir. Bir kavramın kurumun, olgunun tarihini bilmek, kavramın bugününü anlamak için de zorunludur. Zira hiçbir kurum, kavram ve olgu, bugünkü boyutuyla bir anda ortaya çıkmış değildir. Uzun bir tarihsel süreçte, toplumsal, ekonomik, siyasal değişim ve gelişmeler ile çatışmalar, bu kavramların oluşumunda etkili olmuştur. Tarihsel analizle birlikte bu kavramların oluşum sürecinde gözlem ve değerlendirmeleriyle katkısı olan düşünürlerin görüşleri de kavramların anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

Sivil toplum ve siyasal toplum kavramlarının oluşum ve gelişim sürecine katkı sağlayan düşünürler, elbette ki burada belirtilen ve aşağıda görüşleri daha ayrıntılı olarak verilenlerle sınırlı değildir. Bununla birlikte çalışmanın esas amacı kavramların çağdaş anlamları doğrultusunda hukuk ile bağlantısını koymak olduğundan tarihsel süreçte yer alan düşünürlerin tamamına değinmek mümkün olamamıştır.

Bottomore, tarihsel dönemler ve toplumsal tipler kavramları ile toplumbilime yaklaşan tarih felsefecilerinin, toplumu, siyasal topluluk ya da devletten ayrı bir kavram olarak tanımlamak suretiyle “toplum” kavramının bilimsel olarak anlaşılmasına katkı sağladığını öne sürmektedir (2000:5). Bu yaklaşım metodu doğrultusunda toplumun alt bileşenleriyle kavramsallaştırılması, toplum kavramının bütüncül olarak anlaşılabilmesinin de en önemli yollarından biridir.

İnsan için doğa nasıl önemliyse, toplum ve devlet kavramları da aynı şekilde önemlidir. Günümüzde insanların çoğunluğu, yaşamlarını bir toplum ve siyasal organizasyon olarak devletin etkisinde geçirmektedir. İnsanların tüm hayatını kuşatan ve kendi eserleri olan bu kavram ve yapıların anlaşılabilmesi için toplumun sivil toplum ve siyasal toplum şeklinde ifade edilmesi önemli bir aşamadır.

Antik Yunan’da toplum ve devlet kavramları iç içe geçmiş olarak biri diğerrinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır. Yunan filozoflarının kullanımında polis, yani site devleti, bireyi dışarıda bırakmayan bütün toplumsal alanları kapsayan bir anlama gelmektedir (Doğan, 2015: 39).

Platon’un Türkçeye “Devlet” olarak çevrilen eserinde kurguladığı devlet sistemi, polis-site devletini esas alan, ideal bir toplum, devlet modelidir. Platon bu eserinde toplum ve devlet kavramlarını aynı anlamda kullanmıştır (Platon, 2001). Platon’un toplum ve devlet kavramlarını aynı anlamda kullandığı son eseri, Devlet isimli eserine göre daha optimal bir devlet-toplum tasavvurunu içeren Yasalar isimli eseridir (Platon, 2012).

Platon sonrasında antik dönemin en büyük filozofu olan Aristoteles’de, Politika adlı eserinde toplum ve polis-site devleti kavramlarını aynı anlamda kullanmaktadır. Aristoteles, Latinceye “societas civilis” şeklinde çevrilen kavramsallaştırmasında, bir site devleti ve içindeki yurttaşları anlamıştır. Bu kullanımda birey, toplum ve devlet (Polis) kavramları iç içe geçmiştir (Doğan, 2015: 39). Aristoteles’e göre siyasal toplumun temeli “hak”tır. Adalet de devletin orta direği olup “hak”, neyin adaletli olacağına karar vermenin bir ayracıdır (2014: 13). Bu tanımlamaya göre ancak siyasal toplum (polis site devleti ve yurttaşlar) adalete karar verebilir. Siyasal toplum içinde hukuk da bir ethosun ifadesidir. Ethos ise sadece siyasal süreçleri değil aynı zamanda erdemli davranışlara dayalı müstakil bir yaşam biçimini tanımlayan, ortak normlar ve değerler kümesidir (Cohen ve Arato, 2013: 78-79).

Ortaçağ Avrupa’sında Roma İmparatorluğunun çöküşü ve siyasi iktidarın parçalanması sonrası feodalitenin ortaya çıkışı ve ardından kilisenin örgütlü bir güç olarak belirmesinin etkisiyle, dünyevi iktidarı elde etmek için yarışan krallar, feodal beyler ve özgür kentlerin arasına kilisenin de katılmasıyla bu iktidar oluşumları arasındaki mücadeleden dolayı egemenlik, parçalı bir hal almıştır. Avrupa’nın bu eşsiz deneyiminin sonucunda, kilisenin bir kurum olarak da baskın olduğu dönemde sivil toplum kavramı, kilise karşıtı dünyevi iktidar kavramına dönüşmüştür (Doğan, 2015: 42-48).

16. yüzyıldan itibaren feodalizmin çöküşünü hızlandıran kapitalist, ekonomik gelişmelerin de etkisiyle, ulus devlet şeklinde merkezi otoritenin güçlendiği siyasal sistemler oluşmuştur. Kilisenin etkisinin dini alana yöneltilmesi ve ekonomik yapıda özel mülkiyetle özdeşleşmiş burjuva sınıfının ortaya çıkmasıyla, merkezi güçlü bir ulus devletin karşısında esas olarak güçlü donanımıyla burjuva sınıfı kalmıştır.

Sivil toplum kavramının devlet alanı dışında ayrı bir alan olarak kabul görmesi, 18. yüzyıldan sonra mümkün olmuştur. Bu dönemde ortaya çıkan sözleşme teorilerinin de etkisiyle sivil toplum kavramı, politik olmayan bir anlama dönüşmüş ve orta sınıfın “serbestçe ekonomik ve siyasal faaliyette bulunduğu alan” anlamı kazanmaya başlamıştır (A.g.e.: 69-73).

Sivil toplum ve devlet ayrımının oluşmasında Anglo-Amerikan düşünce sistemi de belirleyici olmuştur. Zira kendi başına eylemde bulunan ve uyruklarının da tam itaatini öngören devlet anlayışına sahip olan Kıta Avrupa’sının aksine, Anglo-Amerikan dünyasında devletin (government-hükümet) bu özelliklere sahip olmadığı, Kıta Avrupa’sından farklı bu düşünce sisteminin toplumla, devletin ayrı ayrı algılanmasında etkili olduğu anlaşılmaktadır (Keane, 1993: 49).

Güçlü ulus devletlerin oluşumuyla egemenliğin kaynağının doğal hukuka ve doğal yaşam döneminde kurulan sözleşmelere dayandırılması, burjuvanın alanı olan ekonomik alanın da devletten bağımsız, doğal yasalara tabi olduğu anlayışına yol açmıştır. Klasik iktisatçıların devletin müdahale etmediği ekonomik bir alan olarak öngördükleri serbest piyasa kavramı da, sivil toplumun devletten özerk tanımlanmasında önemli bir aşamadır.

Sivil toplum kavramının, devlet-toplum birlikteliği şeklinde değerlendirildiği klasik anlayıştan ayrılmanın ilk işaretleri, Adam Ferguson’un 1767’de yayınladığı ve Türkçesi “Sivil Toplumun Tarihi Hakkında Deneme” olan eserinde görülmüştür. Ferguson, biri doğal durumda ilkel, diğeri de hukukun, ticari kuralların ve toplumsal değerlerin yer aldığı politik olmak üzere iki tip toplum tipi tanımlamıştır (Çaha, 2016: 38). Ferguson’un sivil toplum kavramıyla, herkesin kendi çıkarı için mücadele ettiği rekabet ortamında burjuva sınıfından oluşan, uygarlık düzeyi gelişmiş, örgütlü eğitim düzeyi yüksek medeni bir toplumu kastettiği, bu anlamda da sivil toplum kavramının

merkezinin kültür ve tarihi koyduğu Jogland tarafından ifade edilmiştir. (aktaran Doğan, 2015:108).

Ferguson'a göre sivil toplum, kültürel, kamusal ve ekonomik gereksinimlerini, düzenli yönetim, hukuk devleti ve güçlü askeri savunma yoluyla koruyan bir siyasal sistemdir. Kurallara bağlı ve düzenli bir yönetimin, toplumsal çatışmayı azaltarak ticaret ile imalatın ilerlemesini çabuklaştırdığını ifade eden Ferguson, kapitalist ekonomik gelişmeleri de ilk fark eden düşünürlerdendir. Sivil toplumun hırs ve tutkunun egemen olduğu sadece özel kazanç elde etmeye yönelik rekabetçi bir yapıya dönüştüğünü gözleyen Ferguson, bu sürecin; uyruklarını pasifleştiren, onları haklarından yoksun bırakan, bürokratik düzenlemeleri ve askeri gücü kullanan oligarşik-despotik bir yönetim biçimine yol açabileceğini öne sürmüştür. Ferguson, sivil toplumların hukuk devleti esası üzerine kurulu merkezi yönetimler ve merkezi siyasal hukuksal düzenlemeler aracılığıyla yurttaşlarının sivil özgürlükleri ile haklarını güvence altına almaya yardımcı olabileceğini ifade etmiştir. Bunun, siyasal despotizmin önlenbilmesine yardımcı olabileceğini belirten Ferguson, sivil toplumun her halükarda kendi varlığını sürdürebilmek için anayasal bir devlete ihtiyacı olacağını kabul etmiştir (Keane, 1993: 54-59).

Sivil topluma ilişkin 18. Yüzyıl kuramcılarıyla neredeyse aynı zamanlarda Adam Smith, 1776 yılında yayınladığı, Milletlerin Zenginliği adlı kitabında bireyciliğe dayanan, devletin müdahalesini gerektirmeyen, doğa yasalarına göre işleyen serbest piyasa ekonomisini kavramlaştırarak, yeni bir dünya anlayışını ortaya koymuştur. Adam Smith'in kurguladığı piyasaya müdahale etmeyen devletin işlevi, ulusal savunma, adalet ve hukuk düzenini sağlamak, bazı kamusal hizmetler ve alt yapı yatırımlarının yapılmasıyla sınırlıdır (Smith, 2006). Burjuva sınıfı üzerinden sivil toplum kavramını geliştiren Adam Smith, Ferguson'un üzerinde önemle durduğu işbölümünün ortaya çıkışını piyasa mekanizması içinde ele alarak sivil toplumu, piyasa ilişkileri açısından da analiz etmiştir. Smith, insanların piyasa içinde kendi çıkarlarını gözetmeleriyle kamusal yararın kendiliğinden sağlanacağını öne sürmüştür. Smith bu anlamda, "bireysel çıkar"ların toplumsal çıkarı sağlayacağını kabul ederek bireyselliği olumlamıştır. Böylelikle sivil toplum, devletten ayrı, kendi hareket yasalarıyla

belirlenen ve refahın gözetildiği bir alan olarak belirginleşmiş, devlet de sivil toplumdan ayrılmıştır.

Liberal kapitalist ekonomik sistemin üzerinde inşa edildiği piyasa kavramı, üretimin, değişimin ve özgürlüğün bireysel çıkarların kollanması yoluyla geliştiği sivil topluma gönderme yapmaktadır. Liberal kapitalist ekonomik düzenin alanı olan “pazar” yahut “piyasa” kavramları, işleyişine siyasal otoritelerin müdahalede bulunmasına gerek olmayan “otomatik” bir düzen olarak kurgulanmıştır.

Amerikan Devrimiyle ortaya çıkan sivil ve siyasal organizasyon, insanların doğal haklarını ve halkın egemenliğini anayasal düzeyde bir hak olarak kabul ederek, hukuka aykırı yönetime karşı direnme hakkını da temel bir ilke olarak benimsemiştir. Thomas Paine’in “İnsan Hakları” adlı yapıtı, Amerikan Devrimi’nin katkılarını olumlayarak kavramsal düzeyde sivil toplum ve devlet arasındaki ayrımı belirginleştiren önemli teorik katkılardan biridir. Paine, bu eserinde sivil toplumu “doğal haklar” çerçevesinde işlemiş, Ferguson ve Smith gibi sivil toplumu, siyasal iktidarın biçimi üzerinden; yani despotik yönetimlere karşı meşru devletin (anayasal yönetimin) savunusuyla birlikte ele almıştır. Paine’e göre devlet iktidarı, sivil toplum lehine sınırlanmalıdır. Sivil toplum ne kadar mükemmelse kendi işlerini de o ölçüde kendisi düzenlemekte ve yönetime, devlet kurumlarına ve yasalara o ölçüde az fırsat bırakmaktadır. Özgür toplum-basit devlet, sınırlandırılmış toplum-karmaşık devlet arasında ters orantılı bir ilişki bulunmaktadır. Bireylerin esasında kendisi için olması gereken siyasal-hukuksal düzenlemelere yabancılaşmasına yol açan despotik devlet yapılanmaları ve yasal düzenlemelerin toplum için bir tehdit olduğunu öne süren Paine, doğal hakların, devletlerin meşruluğunu ölçmeye yarayan siyasal bir ilke olduğunu ifade etmektedir (Keane, 1993: 60-65).

Paine’e göre, meşru devlet, doğal haklara saygılı ve yönetilenlerin rızasına dayanan bir devlettir. Hakların taşıyıcıları olan özgür ve eşit bireyler her zaman devletten önce gelirler. Bireyler ve onların karşılıklı menfaatleri ile yardım duygusunun biçimlendirdiği “doğal toplumsallık” da aynı şekilde devletten önce gelir. Despotik devletlerin baskıcı ve sınırlandırıcı özellikleri, bu toplumsallığın özünü ortadan kaldırmaktadır.

Barışçı, rekabet ile dayanışmanın birlikte var olduğu bir toplumun yaşatılabilmesi için devletin doğal haklara bağlı kılınarak sınırlandırılması gerekir. Yönetimler için anayasa neyse mahkemeler için de yasalar odur. Mahkeme yasaları yapmaz, değiştiremez, yasalar doğrultusunda işlem yapar. Aktif bir biçimde temsil edilen bireylerin rızaları, hukukun temeli olup yönetim de aynı şekilde her bireyin egemenliğinin bir yansıması olan, toplumun yaptığı anayasa doğrultusunda faaliyette bulunmak zorundadır (A.g.e.: 163).

18. yüzyıl düşünürleri sivil toplumu özel olarak devlete karşı olmaktan ziyade devletin iktidarını dengeleyecek bir alan olarak görmüşlerdir. Sivil toplumun, egemenin iradesinden bağımsız bir varlığı, düşünülmemiştir (Erdoğan, 1998: 15-16).

Böylelikle Avrupa siyasal düşünce tarihinde Kant’a gelinceye kadar “societas civilis” terimi devlet ve toplumun henüz ayrılmadığı, hem devlet hem de toplum karşılığı olarak kullanılmıştır. Kant öncesinde hem society ve civitas, hem de res publica devlet anlamına gelmiştir (Doğan, 2015: 40-41). Kant, sivil toplumu tüm resmi ve siyasi düzenlerin ötesinde evrensel insan hakları temelinde yeniden tanımlamıştır. Kant’ın tarih felsefesinde evrensel sivil toplum, hukukun üstünlüğüne dayanan, insanlık gelişiminin en son aşamasıdır (Cohen ve Arato, 2013: 82).

1.2. Sivil Toplum-Siyasal Toplum Kavramlarının Oluşum Sürecinde Önemli Filozoflar ve Görüşleri

1.2.1. Toplumsal Sözleşme Kuramcıları

1.2.1.1. Thomas Hobbes

Modern sivil toplum düşüncesinin kökleri, Hobbes'un felsefesinde bulunabilir. Hobbes, meşhur “İnsan insanın kurdudur” (Homo homini lupus) söylemiyle insanın doğal hayatta sürekli kavga ve rekabet içerisinde olduğunu öne sürerek, insanların yabancıların verebileceği zararlar ile birbirlerinden korunmak ve mutluluk içinde yaşayabilmek için bütün kudret ve güçlerini tek bir kişi veya heyete devretmeleriyle devletin oluştuğunu öne sürmüştür (Hobbes, 2013: 136). Hobbes devletin, bireylerin güvenliği ile ortak yararını sağlamakla yükümlü olduğunu öne sürerek sivil toplumu devlete karşı öncelemiş, kutsal devlet anlayışına karşı rasyonel devlet anlayışı ile bu kavramın öncülerinden olmuştur. Hobbes'a göre devletin amacı bireysel güvenliktir

(A.g.e.: 133). Güvenlik sorunu, egemen gücün adalette eşitliği sağlamasını gerektirir. İnsanların servet ve mevkileri ne olursa olsun yasa ve adalet karşısında eşit muamele görmelidir (Göze, 1987:140).

Doğal yaşam halinde mevcut doğal hakların kargaşa ve savaş halini sonlandırmaya yetmeyeceğini, zira uygulanmaları açısından bağlayıcı olmadığını, yasaların başkaları üzerinde meşru buyurma yetkisine sahip kişinin buyrukları olduğunu öne süren Hobbes, böylelikle yasaların meşru bir otorite tarafından verilmesi halinde bağlayıcı olabileceğini belirtmiştir (Hobbes, 2013: 125).

Doğal yaşam halinde insanlar arasında uyuşmazlığın kaynağı olan ortak mülkiyetin aksine bireysel mülkiyet hakkı ile yasal ve yasal olmayan tüm kuralları koyma ve uyuşmazlıkları çözme yetkisi devlete aittir (A.g.e.: 141). Böylelikle Hobbes siyasal toplumun tüm yetkileri haiz olarak sivil toplum üzerinde (yasa ile yönetmek şartıyla) yetkili olduğunu da ifade etmiş bulunmaktadır.

Leviathan olarak tanımlanan egemen gücü kuran sözleşme, karşılıklı bir anlaşma değildir. Bireyler tek taraflı olarak doğa durumunda sahip olunan haklarından vazgeçmektedir. Bu nedenlerle bireyler, egemen gücün hükümet şeklini değiştiremez, onu eleştiremez, egemenden vazgeçemez (A.g.e.: 137-141). Devleti bireylerin güvenlik ve haklarını sağlamakla yükümlü tutan Hobbes, egemen güce verdiği yetkilerle mutlakiyetçi bir yönetimi öngörmüş, bu nitelikte öngörülen egemenliğin, insan haklarının en büyük engeli olabileceğini göz ardı etmiştir. Hobbes, böylelikle herkesin her şey üzerinde hak iddia ettiği doğa durumundan, devletin izin verdiği kadarı dışında kimsenin hiçbir hakkının olmadığı, egemenin de herhangi bir yasaya tabi olmadığı bir toplum modeli kurgulamıştır (A.g.e.: 201v.d).

Hobbes eski Yunan düşünürleri gibi toplum ile devlet arasında ayırım yapmamış olup onun anlayışında devletin bulunduğu toplum seviyesi, sivil toplumdur. Hobbes'un görüşlerinin oluşumunda içinde bulunduğu dönemde İngiltere'de yaşanan siyasi kargaşanın etkili olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte egemenliğin kaynağının toplumla devlet arasında bir sözleşmeye dayandırılması, egemenliğin dünyevileştirilmesi ve rasyonel bir nedene bağlanması adına çok önemli bir gelişmedir.

1.2.1.2. John Locke

Locke'da sivil toplumun ya da devletin kökenini açıklamak için doğa durumu varsayımından yararlanmaktadır. Doğa durumunda insan istediği gibi davranan, elde ettiğini de isteği doğrultusunda kullanan mutlu bir varlıktır. Herkes özgür ve eşittir, fakat bu özgürlük, aşırı serbestlik değildir (Locke, 2012: 9). Çünkü insanların sahip olduğu akıl, onlara birbirlerinin canlarına, mallarına ya da sağlıklarına zarar vermemeleri gerektiğini öğretir. Hobbes'daki doğa durumundan farklı olarak, Locke'un doğa durumuna hâkim olan akıl ve uyum, insanlar arası olası bir savaşın önüne geçmektedir. Doğa durumunda var olan özgürlük başıbozukluk durumu değildir (A.g.e.: 10). Her ne kadar insanlar savaş halinde yaşamasalar da bu doğa durumu, insanların belli bir toplumsal gelişmişlik düzeyine ulaşamadıklarının bir göstergesidir. Fakat bu doğa durumunda herkesin haiz olduğu cezalandırma hakkının kullanılmasında belli bir ölçüt olmadığından, doğa durumu insanların lehine değildir. Doğa durumunda özgür, eşit ve bağımsız olan bireylerin yardımına başvuracak ortak yüksek bir makam olmadığından rızaya dayanan toplumsal bir sözleşme ile sivil toplumu oluştururlar. Doğal yaşamda ortak mülkiyete izin veren şartlara karşı sivil toplumun amacı, hürriyetlerin ve özel mülkiyetin korunmasıdır (A.g.e.: 81-84).

Doğal yaşam ortamında her bir kişinin sahip olduğu doğa yasalarını yürütme iktidarını terk ederek bu iktidarını kamusal bir iktidara terk etmesiyle belirli sayıdaki insanın bir toplum içinde birleştikleri durumda siyasal ya da sivil toplum oluşur (A.g.e.: 59). Görüldüğü gibi Locke'da da sivil ve siyasal toplum ayrımı olmamakla birlikte devlete karşı bireyi öncelemiş olup, ona göre sivil toplumun amaca doğa durumunda her bir bireyin kendi uyumsuzluğunun yargıcı olmasından doğan olumsuzlukları gidermek ve toplumun her bir üyesinin uyacağı bir otorite oluşturmaktır. Locke, böylelikle siyasal iktidarın amacını insanların ortak yararını sağlamak olarak ifade etmekle, siyasal iktidarın etkinlik alanını sınırlamış bulunmaktadır. Locke'a göre devletlerin ilk ve temel pozitif yasası, yasama iktidarının oluşturulmasıdır. Zira ancak bu yolla devlet toplum içindeki her bireyi korumayı yükümlülüğünü yerine getirebilir (A.g.e.: 87). Doğal yaşamda egemen olan temel doğa yasası insanın korunması olduğundan; yasama iktidarı buna aykırı, keyfi bir eylemde bulunamaz ve yayınlanmış sürekli yasalar ve bilinen yetkili yargıçlar eliyle adalet sağlanmak zorundadır (A.g.e.: 79-91).

Doğa durumunda insanların var olan hakları, sivil toplumda da aynen devam eder. Bu da, bu kanunların, sivil toplumda da herkes tarafından bağlayıcı olmasının ve gelen iktidar tarafından keyfi olarak değiştirilemeyeceğinin bir göstergesidir. Devletin asıl görevi sosyal yaşamı doğal hakları güvence altına alacak şekilde düzenlemek ve bunun devamını sağlamaktır. Doğal hukuka aykırı uygulamalar, hukuk ve siyasal iktidar tarafından önleneyecektir. Sonuç olarak insanların özgürlüklerinin, mal ve haklarının korunması ve adil bir cezalandırma sisteminin kurularak işletilmesi, siyasal toplumun kuruluş nedeni ve amacıdır (Göze, 1987:158).

Locke, siyasal topluluğu meydana getiren sosyal sözleşmeyi, her iki taraf için de (hem sivil toplum, hem de siyasal toplum) uyulması zorunlu hükümler taşıyan, her iki tarafa da karşılıklı yükümlülükler yükleyen, sözleşmeye uyulmaması halinde feshi mümkün bir sözleşme olarak kurgulamıştır. Siyasal topluma tanınmış iktidar, amacına uygun kullanılmalıdır. Siyasal toplumun, insanların hak ve hürriyetlerini koruma şeklindeki sözleşme şartına uymaması durumunda, sivil toplumun da itaat yükümlülüğü ortadan kalkar (Kapani, 1993:32) .

Bireyle, devlet arasındaki ilişkinin ana kavramı rıza olup, politik toplumun bireyin rızasına dayalı devamlılığını sürdürebilmesi için doğal hukuka uygun bir yönetim ortaya koyması gerekir. Siyasal iktidar, toplumun ve kamusal yaşamın güvenliği ile sınırlıdır (Çaha, 2016: 41).

Böylelikle Locke, Hobbes'un düşüncesinin ötesine geçmiş ve sözleşmeyle kurulan devletin, sözleşmeye bağlı kalmasının önemine vurgu yaparak, egemenliğin kullanımının sınırlandırılmasını rasyonelleştirmek suretiyle Liberal devletin kuramsal kurgulayıcılarından olmuştur.

1.2.1.3. Montesquieu

Montesquieu, sivil toplum-siyasal toplum tartışmalarında adı pek geçmese ve tam olarak toplumsal sözleşme kuramcıları arasında görülmesi de onlara yakın bir düşündürür. Sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki temel kesişme noktasında yer alan hukukun en önemli kısmı olan yasama faaliyetinin çıktısı olan yasalar konusunda Montesquieu'nun görüşleri, esasen siyasal iktidarın yasa ile sınırlandırılmasına yönelik olduğundan, onun da bu konudaki görüşlerinin açıklanması uygun olacaktır.

Montesquieu'ya göre insanların toplum haline gelmeleriyle aralarındaki eşitlik kaybolur ve savaş durumu başlar. Yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkiler siyasal hukukla, kişiler arası ilişkiler de medeni hukukla düzenlenir. Yasalar yapıldıkları topluma, ulusa özgü olur ve yasalar kendi aralarında bağlantılı olup uygulandıkları halkın karakterine, yapısına uygun olmalıdır (Montesquieu, 2017: 7-10).

İnsan yapısı yasaların adalet ilkesine dayanması gerektiğini, adaletin pozitif yasalardan önce var olduğunu belirten (Göze, 1987: 180), kanunlar yapılırken de bazı hususlara dikkat edilmesi gerektiğini belirten Montesquieu, kanunların dilinin kısa ve öz olması yazım üslubunun sade ve herkeste aynı fikirleri uyandırmasının gerektiğini ifade etmiştir. Kanunlarda belirsiz ifadelerin kullanılmaması gerektiğini de öne süren Montesquieu, gereksiz kanun da çıkarılmaması gerektiğini belirterek adeta ideal tip hukuk normu tanımlaması yapmış bulunmaktadır (Montesquieu, 2017: 751-756).

Sonuç olarak Montesquieu, içinde bulunduğu yüzyılın popüler kavramsallaştırmaları olan toplumsal ve yönetsel sözleşme kavramlarını, Roma Hukukunun medeni ve kamu hukuku (siyasi hukuk) ayrımıyla birleştirmiştir. Siyasal hukuk, yönetenlerle yönetilenlerin ilişkisini düzenlerken, medeni hukuk ise toplumun birbirleriyle olan ilişkilerini düzenler. Bunlardan yola çıkan Montesquieu, hükümet ve toplumu ayırtmış ve toplumu, ara kuvvetler, siyasal topluluklar şeklinde ifade etmiştir (Cohen ve Arato, 2013: 81-82).

1.2.1.4. J.J.Rousseau

Kendisinden önceki düşünürlerden Locke gibi, doğal yaşam halinde insanların mutlu ve barış içinde olduğunu varsayan J.J. Rousseau'ya göre, insan doğal hayatta mutlu olmakla birlikte barış içinde yaşamlarını sürdürmek ve mülkiyet haklarını korumak için bir araya gelerek özel çıkar ve iradelerini genel iradeye dönüştürmek üzere toplumsal sözleşmeyi oluşturmuşlardır. Bireyler böylelikle sözleşme karşılığında mal ve can güvenliklerini sağlamışlar, aynı zamanda kendi rızalarıyla gerçekleştirdikleri sözleşme ile özel iradelerini de “genel irade”ye devretmişlerdir. Rousseau'ya göre genel irade oluştuktan sonra bireyler farklılıklarını kaybederek “Genel İrade”nin birer taşıyıcısı haline gelmişlerdir (Rousseau, 1989: 19)

J.J Rousseau'ya göre genel irade yanılmaz, her zaman ortak menfaati sağlamaya yöneliktir. Toplum anlaşmasıyla fertler doğal yaşam halinde sahip oldukları haklarından, özgürlüklerinden terk ettiği şeyler yalnızca topluluk için önemli olan kısımlardır (A.g.e.: 36,39). Bununla beraber hâkim kudret genel anlaşma ile bağlı olup anlaşmanın sınırlarını aşamaz (A.g.e.:42). İnsanlar anlaşma ile haklarından vazgeçmemiş ancak genel irade bünyesinde karşılanmasını istemiştir.

Doğal durumda insanlar arasında var olan eşitsizliğin, toplumsal kurumlar aracılığıyla daha da genişletildiğini öne süren Rousseau, doğal yaşam durumundaki insanlarca oluşturulan sosyal sözleşme sonucu insanların kişisel iradelerini manevi ve kolektif bir bütün olan devlete devrettiğini ve onun bölünmez bir parçası haline geldiğini öne sürmüştür (Göze, 1987: 202-203).

Rousseau halkın kanunlara tabi olmakla birlikte, kanunları koyanın da kendisi olduğunu, kanunların genel iradenin fiil ve hareketleri olduğunu belirtmiştir. Hükümdarın da devletin bir üyesi olarak kanunlara tabi olduğunu, kendi kendine adaletsizlik edemeyeceği için adalete aykırı kanunlar olamayacağını öne sürmüştür (Rousseau, 1989: 50-51).

Siyasal toplumun (devletin) kuruluşunu Locke gibi tabiat halinden yola çıkarak sosyal bir sözleşmeye dayandıran Rousseau, sözleşmeyle insanların doğal yaşam halindeki haklarından vazgeçmediklerini, sözleşmenin asıl amacının insanların bu haklarını teminat altına almak olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte insanların haklarının teminat altına alınabilmesi için toplumun her üyesinin bütün haklarıyla birlikte kendisini tamamen topluluğa devretmesini önermiştir (Kapani, 1993: 34-35).

Milletin temsilcilerinin milleti temsil edemeyeceğini, zira genel iradenin temsil edilemeyeceğini belirten Rousseau, milletvekillerinin ancak milletin memurları olabileceğini, halkın kendisinin kabul etmediği kanunların da hükümsüz olduğunu öne sürmüş, genel iradenin ifadesi olan kanunu vazedenden yasama yetkisinde, halkın temsil edilemeyeceğini, fakat yürütülmesinde temsil edilebileceğini söylemiştir (Rousseau, 1989: 136-137). Halkın kanun koyucu olarak iradesinin nasıl belirleneceğini boşlukta bırakan Rousseau, toplumun yasa yapma görevini kimseye devredemeyeceğini, yasa kuvvetini ancak genel iradenin sağlayabileceğini öne sürmüştür. Bununla beraber halk

meclisine sunulan yasa tekliflerinde halkın temsilcilerinin yasayı kabul ya da ret yetkilerinin olmadığını, görevlerinin yasanın genel iradeye uygun olup olmadığını belirlemek olduğunu ifade etmiştir (Göze, 1987: 208).

Sonuçta devletin bir sözleşme ile kurulduğunu belirterek, sivil toplumu, siyasal topluma önceleyen bir anlayışa sahip olan Rousseau, genel iradenin önemine vurgu yapmakla birlikte genel iradenin oluşum şeklini belirsiz bırakarak, Hobbes gibi mutlakiyetçi ve irrasyonel bir devlet ve kamusal anlayışa yol açmıştır.

1.2.2. Çatışma Kuramcıları

1.2.2.1. Hegel

Sivil toplum ile devlet arasındaki ilk ayrımı yapan Hegel'in Hukuk Felsefesi adlı yapıtında sivil toplum; ailenin diyalektik bir evrimle devlete dönüşmesinde ara bir basamak olarak kabul edilmiştir. Yüksek düzeyde ayrılmış ve karmaşık toplumsal düzeni, kuramsal boyutta analiz eden Hegel, böylelikle sivil toplumun ilk temsili kuramcısı olmuştur (Cohen ve Arato, 2013: 84).

Hegel, sivil toplum anlayışıyla, doğal hukuk geleneğine oldukça köklü bir yaklaşım getirmiştir. Doğal hukuk geleneğinde, siyasal toplum ile sivil toplum aynı anlama gelmekte ve ayrım, doğa durumu ile siyasal ya da sivil toplum arasında iken Hegel'de bu ayrım sivil toplum, devlet ayrımına dönüşmüştür. Hegel, sivil toplumu aile ve devletten ayırarak bu keskin değişimi yapmıştır. Aile kurumunu ahlaki ve doğal bir kurum olarak kabul eden Hegel, diyalektik yöntem çerçevesinde ailenin anti tezi olarak sivil toplumun ortaya çıktığını öne sürmüştür. Sivil toplum aşamasındaysa devlet ve toplum birbirinden ayrı olup, sivil toplum apolitiktir. Sivil toplumun bünyesindeki rekabet ilişkileri devlet tarafından kontrol altına alınmazsa sivil toplum sürdürülemez. Sivil toplumun devamlılığı için devlete ihtiyacı vardır. Ancak devlet koyacağı en üstün hukuk ile evrensel akla uyumu ve bu sayede özgürlüğü sağlayabilir (Doğan, 2015:145-146).

Hegel, sivil toplum-devlet ayrımını siyasal bir etiğin yansıması olarak kabul etmektedir. Etik yaşamı aile, sivil toplum ve devlet gibi üç ayrı alana ayıran Hegel, aile yaşamının sevgi, saygı dayanışma gibi değer ve normlara sahip olduğunu, sivil toplumun anahtar kavramının ise ihtiyaç olduğunu öne sürmüştür. İhtiyaç politik bir sistem için karşılıklı

ilişkileri gerekli kılar. Bu yönüyle sivil toplum farklılık, özel çıkar ve çatışma alanıdır (Çaha, 2016: 32-33).

Hegel, sivil toplumun bireyle aile arasındaki bağı koparttığını, aile üyelerini birbirine yabancılaştırdığını ve onları bağımsız şahıslar olarak gördüğünü, böylelikle bireyin ailesinin yerini alarak kendisine (sivil topluma) bağımlı kıldığını öne sürmektedir. Yazara göre sivil toplum bu bağımlılık sayesinde bireyden taleplerde bulunabilir, fakat bireyin de sivil toplum karşısında hakları vardır (Hegel, 2018: 224-225).

Hegel'e göre sivil toplum esas olarak burjuva toplumu olup, sözleşmeye kurulmuş değildir. Sivil toplum, bireylerin gelenek ve göreneklere göre bir araya gelerek kurdukları özgür bir birliktelik olup, bu yapıya yasal ve siyasal kurumlar eklenince devlete dönüşmüştür (Tunçay, 2003:10).

Hegel'e göre sivil toplum zaman içinde gerçekleşen tarihsel bir aşamadır. Hegel'e göre sivil toplum bir sözleşmeye dayanmadığı gibi; pazar ekonomisi, sosyal sınıflar, şirketler, bireyler ve devlete bağımlı olmayan her türlü oluşumu kapsar. Böyle bir devletin sivil yurttaşları olan bireyler, gayeleri kendi öz çıkarları olan şahıslardır. Bu bireyler gayelerine ancak devletin evrensel formunda ulaşabilir (Hegel, 2018: 192).

Sivil toplum, kazanç, şahsi mutluluk ve kişisel statülerin korunması gibi yaşam kesitlerinin toplu halde yaşandığı bir durumdur. Bu çıkarlar sistemini düzenleyen tarafsız bir güce gereksinim vardır. Bu güç devlettir. Bu yönüyle sivil toplum tarihsel süreç içinde eksik bir toplumsal aşamaya karşılık gelmektedir (Mardin, 2003: 14).

Hegel'e göre sivil toplum, başka şahıslarla ilişki içinde olan birbirine bağımlı bireylerin oluşturduğu bir sistemdir. Böyle bir sistemde bireylerin varlığı, refahı ve geçimi, başkalarının da varlığı, refahı ve geçimini gerektirir; bu bağımlılık bireylere gerçeklik ve güvenlik kazandırır (2018: 190-192).

Hegel'e göre sivil toplum üç özelliğe sahiptir: Bireylerin ihtiyaçlarını kendileri ve diğer toplum bireyleri aracılığıyla karşıladığı ihtiyaçlar sistemi, mülkiyetin yargı gücü aracılığıyla korunması, özel menfaatlerin kamu yönetimi ve korporasyon aracılığıyla kamu yararı paydasında korunması (A.g.e.: 194).

Bireye gerçek kişiliğini kazandıran şey toplumsal ve ekonomik bağlardır. Devlet içinde yer alan birey, örgütlenmelerle yurttaşlık bilincine varır. Hegel'in modelinde devlet mutlaklığı ve evrensel bir iradeyi temsil eder. Gerçek bir siyasi otorite olan devletin doğuşu, siyasal evrimleşme sürecinin nihai safhası olup, devlet sivil toplumdan farklı daha üst bir düzeye karşılık gelmektedir. Hegel'e göre, kişisel hak ve menfaatlerle özdeşleşen aile ve sivil toplumun karşısında devlet bir dış zorunluluk ve yüksek bir otorite olup, gücünü nihai evrensel gayesiyle bireylerin özel menfaatlerinin birliğinden alır. Bu birlik bireylerin devlete karşı vazifeleriyle birlikte haklarını gerektirmektedir (A.g.e.: 242).

Hegel'e göre şahısların dolaysız ve soyut bir varlığa sahip bireysel hakları anlamına gelen "hak"ları, sivil toplumda kanun halini alarak herkesçe tanınıp kabul edilmek suretiyle evrensel irade ve bilgi içinde varlık kazanır (A.g.e.:212).

Sivil toplum devletten ayrı olmalı, fakat bunun ölçüsü kesin kurallar ile olmamalıdır. Yapılacak sınırlandırmalarda devletin çıkarları gözetilmelidir. Hegel'e göre sivil toplum, bireysel ihtiyaçları karşılamayı ve bireysel hakları korumayı ilke edinen ulusal devletin siyasal, yasal çerçevesinde gelişen uzmanlaşmış kurullar, kuruluşlar ile grup pratiklerinin ve davranışlarının karmaşık bir ağıdır (Vergin, 1994; 10).

Hegel'e göre devlet, somut özgürlüğün fiil halindeki realitesidir. Somut özgürlük bireyin, özel menfaatleriyle birlikte haklarının tanınmasını gerektirir. Bununla beraber bireyin, aile ve sivil toplum içinde, fakat genel menfaatle bütünleşmiş olarak bilinçli ve iradi şekilde faaliyet göstermeleri de gerekir. Yani bireysellik evrensellelikle, evrensellelik de bireysellelikle tam anlamıyla var olabilir (2018:241-242).

Hakların hukuk olarak kurumsallaşması hem devleti (meşru mevzuat koyma) hem de özerk kültürel süreçleri gerektirir. Evrensel haklar dahi, yasamayı, mevzuatlaştırmayı ve kamusal bir otoriteyi gerektirir. Haklar kendilerini yaratan özerk kültürel süreçlerden mahrum olarak geçerlilik ve tanınma sağlayamaz (Cohen ve Arato, 2013: 93).

Sivil toplum kavramının günümüzde kullanılmakta olan anlamını içeren farklılık, özgünlük ve özerklik alanı yönündeki tipoloji, büyük ölçüde Hegel tarafından oluşturulmuştur (Çaha, 2016: 35). Bu anlamda Hegel, sivil toplum konusundaki çağdaş tartışmaları en çok etkilemiş düşünürlerden sayılabilir.

1.2.2.2. Karl Marx

Marx, sivil toplum ile ilgili görüşlerine Hegel'in sivil toplum ve devlet anlayışını eleştirerek başlamıştır. Devlet ile sivil toplum arasındaki ayırım Marx'da da bulunmakla birlikte, Marx'ın teorisinde sivil toplum, devlete bağımlı sayılmamış, devletin topluma bağımlı olduğu ve devletin sivil toplum tarafından belirlendiği varsayılmıştır.

Toplumun siyasal yapısı, hukuk gibi kurumlar üst yapı kurumu olup, dayandıkları temel yapı olan ekonomik temeli yansıtır. Bununla birlikte üst yapı kurumları da temel yapıyı etkileyebilir. Sınıflara bölünmüş bir toplumda devlet ekonomik bakımdan hâkim sınıfın siyasi gücüdür (Göze, 1987: 291-292).

Farklı üretim biçimleri farklı örgütlenme biçimleri olup, bu da farklı mülkiyet biçimleri anlamına gelir. Devlet, egemen sınıfın bireylerinin kendi ortak çıkarlarını geçerli kıldıkları bir çağın burjuva toplumunun tamamını özetleyen biçimdir. Tüm ortak kurumlar devlet aracılığıyla oluşur ve politik bir biçim kazanır. Hukukun özgür iradeye dayandığı yanılması buradan kaynaklanır. Bu yanılma doğrultusunda adalet de aynı şekilde yazılı hukuka indirgenmiştir (Marx ve Engels, 2013: 64-66).

Marx, Hegel'in aksine sivil toplum-devlet ikiliğinde asıl olanın devlet değil, sivil toplum olduğunu kabul etmektedir. Toplumun sınıflara bölünmesi yoluyla analizini ilk olarak yapan Marx'dır. Filozofa göre iktisadi ilişkiler alanı olarak tanımlanan sivil toplum, siyasi ve hukuki ilişkiler alanı olan devletin hem sosyal hem de ekonomik temelini oluşturmakta olup bu bakış açısında sivil toplum, özel mülkiyet ile ekonomik ilişkilerin düzenlendiği ekonomik alanla özdeşleşmektedir. Böylelikle Marx, sivil toplumu maddi alt yapıyla özdeş tutmuştur. Bu yüzden sivil toplumu, sınıf çelişkilerinin yaşandığı bir alan olarak kabul edilmiştir. Sivil toplumda yaşanan sınıf çatışmalarının ise üst yapı kurumlarından olan siyasi partiler arasında yaşandığını belirten Marx, sivil toplumda yaşanan maddi ilişkilerin devlet biçimini belirlediğini öne sürmüştür. Sivil toplumun kendisi, devleti kontrol edici bir role sahiptir. Devletin asıl işlevi, toplum içinde yaşanan çelişkileri burjuvazinin lehine çözmektir. Dolayısıyla devlet burjuvazi iktidarının sürmesi ya da kapitalist ilişkilerin sürdürülmesi için bir araç rolündedir. Devletin bu rolleri kendiliğinden oluşmaz aksine sivil toplum tarafından belirlenir.

Devlet toplumun dışında olmayıp doğrudan toplumun, belli bir çağın ve koşulların sonucudur (Akın, 1987: 231).

Hukuksal ilişkilerin ve devlet biçimlerinin kendi başlarına izah edilemeyeceğini, bunların Hegel tarafından sivil toplum olarak tanımlanan maddi koşulların analiziyle edilebileceğini belirten Marx, üretim ilişkilerinin toplumun ekonomik yapısını oluşturduğunu, hukuksal ve siyasal sistemin ise bu yapı üzerinden temellendiğini öne sürmüştür (Vergin, 2008: 81).

Sivil topluma olumlu bakmayan Marx, devletin çıkar çatışmalarıyla ayakta kaldığını kabul ederek diyalektik materyalist analiz yöntemiyle; sivil toplum-devlet çelişkisinde sentez olarak devletin ortadan kaldırılması gerektiğini öne sürmüştür.

Sonuç olarak sivil toplumu devletten ayıran Marx'a göre, insanın doğayla ilk etkileşimini oluşturan ekonomik hayat, insan hayatının tüm aktivitelerinin ve sosyal hayatının temel paradigmasıdır. Din, aile, devlet, kanun, ahlak, bilim v.s. gibi insani etkinliklerin tümü, üretim biçimine göre şekillenir. Marx'a göre 18. yüzyıl Avrupa'sında üretici güçlerin belli evrimsel gelişmesiyle ortaya çıkan bireyler arasındaki ekonomik ilişkiler, sivil toplumu oluşturmaktadır.

1.2.2.3. Antonio Gramsci

Gramsci, sivil toplum kavramını Marx'ın tersine, alt yapıyla değil, üst yapıyla ilişkilendirmiştir. Siyasetin mutlak bir şekilde ekonomiye bağımlı olmadığını belirten Gramsci, kültüre verdiği önemle Marxist fikir camiasında farklı bir görüşün temsilcisi olmuştur. Ona göre biri sivil toplum, diğeri ise siyasal toplum yani devlet olan iki üst yapı vardır. Toplumda hem ekonomik, hem de siyasal düzeyin belirleyici etkisi bulunmakta olup, alt yapı, üst yapıyı oluşturmakla birlikte üst yapı da alt yapıyı yani ekonomiyi etkileme olanağına sahiptir (Vergin, 2008: 85).

Gerçek hayatta siyasal toplum ve sivil toplum ayrımı olmadığını, her ikisinin de devlet teorisinin temel taşları olduğunu belirten Gramsci, sivil toplum ile siyasal toplum arasında analiz yönünden bir ayrım yapılması gerektiğini öne sürmüştür. Gramsci bu ayrımla sivil toplumun, insan yaşantısında özel olan tüm gündelik hayat ihtiyaçlarını, hukuku, dernekleri, gönüllü birliktelikleri, fikri, manevi ve ahlaki hayatı da bünyesinde

içerdiğini belirtmiştir. Gramsci, sivil toplumun, bünyesinde bulunan bu unsurlarla, ikna-beyinleri yönlendirme mekanizmasına sahip olduğunu, oysa siyasal toplumun sadece devletin baskı ve denetim aygıtlarına sahip olduğunu ve kendisini topluma bu araçlarla kabul ettirdiğini öne sürmüştür (A.g.e.: 88).

Gramsci sivil toplumu toplumsal bir grubun, toplumun bütünü üzerindeki kültürel ve siyasal hegemonyası olarak tanımlamış, sivil toplumun, özel ilişkilerin-kurumların bütünü olduğunu söylemiştir. Sivil toplum, ekonomi göz önünde tutularak oluşmuş toplumsal sınıflar arasındaki ideolojik, kültürel ve siyasal mücadelelerin gerçekleştiği alandır. Bu mücadelelerden hâkim olarak çıkan sınıf ise toplumun çıkarlarının tümünü yansıtabilen ve genelin rızasını alabilmiş olan sınıftır. Hâkim sınıf böylece kendi ideolojisini toplumun geneline benimsetmektedir. Siyasi toplumun zora dayalı gücü olmakla birlikte, bunun muhafazası sivil toplum üzerinde hegemonya yoluyla benimsetilmesine bağlıdır. Toplumsal ilişkiler esas olarak rızaya dayanmakla birlikte zorlamayı da içerebilmektedir. Böylelikle siyasal toplumu elde eden hâkim sınıf, hem toplumun rızasını ele geçirmiş, hem de zor kullanma hakkını elde etmiş olur. Bu da sivil toplum ile devletin iç içe geçmişliğini gösterir. Gramsci'nin tanımladığı sivil toplumda ekonomide var olan sınıf ilişkileri ile devletin siyasal yüzü arasındaki kültürel ve ideolojik bağ kurulmaktadır. İdeolojik ilişkinin sivil toplum üzerinde şekillendiği etkileşim hattında ise siyasal partiler, ticari birlikler, dini kurumlar, eğitim, gazetecilik, edebiyat, sanat gibi kurumlar yer almaktadır.

Gramsci, Batı toplumlarında devletin, sivil toplum ve dar anlamda devlete karşılık gelen siyasi toplumdan oluştuğunu, Doğu toplumlarında ise devletin, siyasal toplumun önderliğinde oluştuğunu, Batı dışı toplumlarda devletin mutlak olarak egemen olduğunu, sivil toplumun gelişmediğini, devlet dışında başat bir egemenlik aracının bulunmadığını öne sürmüştür (A.g.e.: 89). Böylelikle sivil toplumun geliştiği Batı toplumlarında, kültürel iktidar sağlanmadan siyasi iktidarın sağlanamayacağını belirten Gramsci, “burjuvanın” kültürel ve ideolojik hegemonya yoluyla sivil toplum ve siyasal toplum üzerinde egemenliğini meşru hale getirdiğini öne sürmüş, literatürde özgün bu teorisiyle sivil toplum-siyasal toplum analizlerinde önemli bir yere sahip olmuştur.

1.2.3. A. Tocquville

Sivil topluma yönelik kuramsal değerlendirmede herhangi bir sınıflandırmaya girmeyen, “Amerika'da Demokrasi” kitabında yaptığı toplum ile vatandaşlar arasındaki analizle sivil toplum ve siyasal toplum kavramlarına pratik katkı sağlamış bir düşünür de A. De Tocquville'dir. Demokrasinin eşitlik düşüncesine dayandığını, fakat kolaylıkla bireyciliğe yani toplum içinde yalnızlaşmaya kayabileceğini vurgulayan düşünür, demokrasilerde tehlikenin yönetenlerden ziyade yönetilenlerin bozulması olduğunu, zira demokrasilerde yöneten ve yönetilenlerin vasıflarının birleştiğini öne sürmüştür (Göze, 1987:256). Yönetilen olarak adlandırdığı toplumda orta sınıfın varlığı ve kuvvetlenmesini bir gereklilik olarak gören Tocquville, demokrasiyi de yaşama koşullarında eşitlik şeklinde sosyal bir olgu olarak kabul etmiştir. Politik anlamda halkın egemenliği ve kamu işlerine katılması olan demokrasinin, ekonomik anlamda ise ulusal gelirin dağıtımında yoksulların gözetilmesi, işsizliğin azaltılması olduğunu öne sürmüştür (Akın, 1987: 188-189).

Demokrasilerde eşitliğin, kurumlarda ve yasalarda eşitliğe götüreceğini öne süren Tocqueville, yalnızlığa yönelen bireyler küçüldükçe, devletin büyüyeceğini ifade etmiştir. Bunu önlemek için ara kurumlar olarak sivil toplum örgütlerinin geliştirilmesini öneren Tocquville, adem-i merkeziyetçi yönetimin, devletin baskı aracı olmasını azaltacağını ifade etmiş; siyasi topluma ait aktörlerin baskılarının önlenmesi için basın özgürlüğü, yargı gücü ve yöneticilerin şekillere uymaya zorlanmasını öngörmüştür (Göze, 1987: 260-261)

Tocquville, Amerika Birleşik Devletleri'nde yargının büyük bir siyasi öneme sahip olduğunu, Federal Mahkeme'nin büyük devlet erkleri içinde yüksek bir konuma sahip olduğunu, yargıçların geniş bir siyasal yetkiyle donatıldığını tespit etmiştir. Bu konumun, yargıçların verdikleri kararları, yasalardan ziyade anayasaya dayandırma yetkisine sahip olmalarından kaynaklandığını, yani yargıçların, anayasaya aykırı gördükleri yasaları uygulamama yetkisine dayandıran Tocquville, Amerikan Anayasasının katı olmadığını, fakat normal bir yasa gibi de değiştirilemediğini belirtmiştir. Tocquville, Amerikan Anayasasının tüm halkın iradesini temsil ettiğini ve bu nedenle sıradan yurttaşların yasa koyucu olarak kabul edildiğini, yargıçların tekil olaylarda karar vermeleri nedeniyle yetkisinin de dengelendiğini ifade etmektedir

(2015: 164-171). Buna ek olarak kamu görevlilerinin görevden alınmalarını sağlayan ve Temsilciler Meclisi'nin dava açma, Senato'nun yargılama yetkisine sahip olduğu, siyasi yargı olarak adlandırılan mekanizmanın, toplumun çoğunluğunu, yöneticilerin üzerinde bir konuma getirdiğini belirtmiştir (A.g.e.: 175-182). Böylelikle Tocquville, Amerika Birleşik Devletleri'nde yasama, yürütme ve yargı erkleri olan siyasi toplum üzerinde sivil toplumun, halkın aktif bir belirleyici olarak yer aldığını ve devlet kurumlarının birbirlerini dengeleyecek tarzda yetkilendirildiğini belirterek Amerikan demokrasisi üzerinden o dönem için Avrupa'da olmayan sivil toplum-siyasal toplum analizini yapmış olmaktadır.

1.3. Sivil Toplum

Sivil toplum, üzerinde tam olarak uzlaşma sağlanamamış olsa da devletle, birey ve aile arasındaki özerk, çoğulcu, kural olarak rızaya dayalı olduğu varsayılan gönüllü örgütlenme ve etkileşim ortamı olarak kabul edilmektedir. Sivil toplum kavramı, bugünkü anlamına ulus devlet sürecindeki kapitalist gelişmeler sonucu ulaşmıştır. Bu konuda Batı Avrupa'nın yapısal özellikleri ile Avrupa'da meydana gelen gelişmelerin etkisi büyüktür. Modern devleti oluşturan en önemli etken olan burjuvazi, toplumsal dinamikleri yönlendirerek sivil toplum kavramının oluşmasında ve devlet-toplum ilişkisinde sivil toplumun öncü rolünü ele geçirmesini sağlamıştır (Doğan, 2015: 37).

Sivil toplum, devletten önce gelen, onun içinde yaşayan ama onunla özdeş olmayan, hatta ona karşı koyabilen insan ilişkileri yumağıdır. Batı uygarlığı içinde bu kavram, kapitalizmle doğan burjuvaziyle ortaya çıkmıştır (Tunçay, 2003:12).

Sivil toplum, bireylerden, bireylerin ilişkileri ile ilişkilerin düzenli hal almasıyla tanımlanan toplumsal kurumlardan oluşmaktadır. İnsanların daha sınırlı nüfusa sahip avcı-toplayıcı toplumsal birimlerden, tarım toplumuna geçerken daha fazla insan ve organizasyon gerektiren kentlerde yaşamaya başladıkları ve böylelikle toplumların oluştuğu arkeolojik, antropolojik çalışmalardan anlaşılmaktadır (Giddens, 2005: 31-34). Bununla beraber avcı-toplayıcı toplulukların, Neolitik Çağ (Taş Devri) olarak tanımlanan M.Ö. 10,000'ler civarında tarım toplumuna geçmeden önce de belli amaçlarla bir araya gelebildikleri, Göbeklitepe'nin bulunuşuyla anlaşılmıştır. Göbeklitepe'de çalışmalar henüz tamamlanmadığı ve bütüncül bir yorum yapılamadığı

için bu konuda tam bir değerlendirme yapma imkânı bulunmamaktadır (Harmankaya, 2015: 6-9). İnsanların bildiğimiz boyutta yerleşik hayata geçmeden önce on binlerce yıl boyunca devlet olmadan yaşamış olmalarına ve devletle ilgisi olmayan bir kurallar ve yaptırımlar sistemiyle sosyal organizasyonlarını sürdürmüş olmalarına göre, devlet ve pozitif hukuk olmadan da insan var olabilmektedir. Nitekim Özcan, iktidar yapısının oluştuğu her türlü toplumsal seviyede, toplumsal normlara aykırı davranışların iktidar tarafından yargılandığı ve yaptırıma bağlandığı bir hukukun mevcut olduğunu belirtmekte, iktidarın olduğu her yerde hukukun da olduğunu öne sürmektedir (2012: 246). Hukukun oluşabilmesi için devlet olmasa da bir iktidar ilişkisinin olması gerektiği anlaşılmakla birlikte, insan olmadan devlet, toplum ve hukuk olamayacağına göre tüm bu kavram ve kurumların hedefine insanı alması gerekmektedir.

Edvard Shils, toplumu belli değerler etrafında kümelenmiş insan toplulukları olarak tanımlamaktadır (2002: 86). Bu tanımlama doğrultusunda sivil toplum da belli değerler etrafında toplanmış insanların sürekli hali olarak ifade edilebilir. Bu anlayışa göre sivil toplumun niteliği, (özgürlük, eşitlik v.s) sivil toplumun etrafında örgütlendiği değerlerin niteliğine bağlıdır.

Cullinan'a göre de toplum, kendisini oluşturan bireylerin ortak yaratımı olarak değerlendirilebilir. Yazara göre hukuk da toplumun insan davranışlarını yönlendirmede ve kendi bakış açısı çerçevesinde kendini oluşturma ve tanımlamada kullandığı temel araçlardan biridir (2014; 79-81).

Sivil toplum, siyasal toplum daha geniş anlamda devlet karşısında birey ve toplumun tanımlanmasıdır. Sivil toplum, devlete tabi olmayan ve devlet karşısında tanımlanabilen bir toplum anlayışıdır. Sivil toplum kavramının devlet dışında-karşısında tanımlanması, siyasal toplum-sivil toplumun birbirine hasım olması anlamına gelmemektedir. Bu ayrım, birbirini tamamlayan ve etkileşim içinde bulunan sivil toplum ve siyasal toplum şeklinde tanımlanan sistemlerin aralarındaki ilişki ve etkileşimin anlaşılabilmesi için elverişli bir analitik yöntemdir.

Habermas, sivil toplum bünyesinde bireyler arasındaki etkileşimi iletişimsel rasyonalite olarak tanımlayarak, bunun yaşam dünyasını oluşturduğunu belirtmektedir. Yaşam dünyasındaki iletişimsel eylem, adından da anlaşılacağı gibi dil (lisan) üzerinden

gerçekleşir. İletişimsel eylem, yalnızca basit bir anlaşma süreci olmayıp, eylemin aktörlerinin toplumsal gruplara aidiyetleriyle birlikte kendi kimliklerini oluşturdukları, onayladıkları ve yeniledikleri etkileşimlerdir. Böylelikle kültürel bilgi, toplumsal bütünleşme ve toplumsallaşma süreçleriyle birlikte yaşam evreninin de sınındığı, üyelerin dayanışması ve toplumsallaştırılmış bireyin kimliğinin konulduğu ölçütlere göre gerçekleştirilen toplumsal bir sınama ve yorumlama süreci olmaktadır. Etkileşime katılanlar “dünyaya yönelerek” yararlandıkları kültürel bilgiyi, anlaşma başarımları esnasında yeniden üretirken aynı zamanda kolektif aidiyetleriyle kendi kimliklerini de yeniden üretmiş olmaktadır (Habermas, 2019: 709). Sivil toplum içinde olumlu ilişkilere gönderme yapan bu değerlendirmeye karşılık sivil toplumun her zaman samimiyet, barış ve tahakkümden yoksun bir nitelikte olmadığını da kabul etmek gerekir. Zira insanların olduğu her yerde iktidar ilişkileri de bulunmaktadır. Böylelikle yaşam dünyasında sivil toplumun sürdürülmesini engelleyen iletişimsel eylemler ile şiddet, aldatma ve tahakkümle belirginleşen iktidar ilişkilerinin varlığı halinde siyasal toplum ve hukuk normlarının devreye girmesi gerekecektir.

Sivil toplum kavramı, devlet açısından devletin, toplumdan ayrılığı ve toplumdan özerkliğinin derecesini belirlemeye yararken, toplum açısından ise kendi iç dinamikleriyle karar alma, ihtilaf çözme ve kurumlaşmış yapıları ile devletten bağımsız olma potansiyelini değerlendirmeyi sağlamaktadır (Erdoğan, 1998: 206-207). Bu özellikleriyle sivil toplum ve siyasal toplum kavramsallaştırmaları, her ikisinin kesişme bölgesinde yer alan hukukun konumu, rolü ve işlevlerinin anlaşılmasında oldukça elverişli bulunmaktadır.

Devlet ile sivil toplum kavramlarının anlaşılabilmesi için aralarındaki kurumsal ayrılığın korunması, modern toplumlarda demokrasinin olmazsa olmazıdır. Bu durum yani kurumsal ve kavramsal ayrılık, devlet sivil toplum ayrımının normatif niteliğini de ortaya koymaktadır (Keane: 1993: 39).

Sivil toplum ve bireyin, hukukun temel kaynağı olarak kabul edilmesi ve hukukun toplumla olan bağının kurulması, sosyal sözleşme kuramcılarının önemli bir başarısıdır. Hukukun oluşumunda, özellikle bireyin eyleminin belirleyiciliğine yapılan vurgu, bireysel hak ve özgürlüklerin hukuk aracılığı ile korunması bakımından elverişli bir hukuk anlayışının şekillenmesini sağlamakla birlikte, kabul etmek gerekir ki, iktidar

sorunu, bugüne kadarki çalışmalarda hukuksal analize çok fazla dâhil edilmemiştir (Kılıç, 2016:221-230).

Sivil toplum kavramının tanımlanabilmesi Türkiye için sorunlu bir nitelik arz etmektedir. Zira Türkiye, Batı Avrupa’da yaşanan toplumsal, yapısal, ekonomik ve bilimsel dönüşümleri yaşamadığından; batılı anlamda bir sivil toplum yapısı ve anlayışı ne yazık ki tam olarak oluşmamıştır. Bu yönüyle sivil toplum kavramı, Max Weber’in tarihsel ideal tip olarak tanımladığı “Kapitalizm” kavramına benzemektedir. Weber, “Kapitalizm”i Batı Avrupa’daki dinamikler arasında “Protestan Ahlakı” olarak tanımladığı manevi özelliklerin belirlediği müstesna bir oluşum olarak kabul etmiştir. Aynı anlayış doğrultusunda “Sivil Toplum” kavramı da özellikle Batı Avrupa’daki müstesna gelişmeler sonucu oluşan “tarihsel bir ideal tip” olarak kabul edilebilir (Weber, 1997).

Geleneksel devlet anlayışımızda devlet, birey ve sivil toplum kavramıyla tanımlanmayan başlı başına bir olgudur. Toplumdan görece kopuk bu devlet anlayışı, toplumun, hukuk ve siyasal toplum ile olması gereken bağına da zayıflatmaktadır. Siyasal toplumun belli bir ailenin-seçkinlerin elinde olduğu bir yapı, esasen sivil toplum anlayışı ve kavramına da ihtiyaç duymamaktadır (Heper, 2006: 77).

Sivil toplum kavramı tanımlanmadan siyasal toplum-devletin tanımlanması ve ilişkilerin, hak ve yetkilerin belirlenmesi tam olarak mümkün olmamaktadır. Kültürel genetiğimize işlemiş “Devlet Baba” kavramı, toplumu ve bireyi devlet karşısında evlat konumuna indirgeyen, babasının eline bakan, kendi kendine bir şey yapamayan insanlardan oluşan bir topluma gönderme yaptığından genel olarak bu özelliklere sahip Türk toplumunun özgün bir deyişidir. Bu deyiş aynı zamanda Türkiye’de sivil toplum kavramının neden gelişmediğinin ya da özlenen oranda gelişemediğinin de yanıtıdır. Bununla beraber Batı Avrupa’dakiyle birebir örtüşmese de geleneksel Türk toplum ve devlet anlayışında yürütmeyi yani padişahı sınırlayan, böylelikle toplum ve bireylerin haklarına keyfi müdahale etmemenin garantisi olacak nitelikte bir kısım müesseselerin var olduğunu da belirtmek gerekir. Bu konuda İnalçık (2018), Osmanlı Devleti’nin Şeriat’ı aşan bir hukuk sistemi geliştirdiğini, Şeriat’ın kapsamına girmeyen sahalara ilişkin kanun koyma yetkisi anlamına gelen “örfî hukuk”un her halükarda İslam’ın dogmatik kaynaklarını oluşturan “nassı” tecavüz edemeyeceğini ve ona aykırı

olamayacağını ifade etmektedir. Bununla beraber sultanın otoritesi kapsamında koyduğu örfi hukukun uyması gereken dogmatik ilkelerin yorumu dinsel kökenli olduğundan, iktidarın dini algılayış ve referans alma seviyesi doğrultusunda sınırlayıcı etki gösterdiği de bir gerçektir.

Avrupa toplum ve kültür yapısı içinde ortaya çıkmış olan sivil toplum kavramı, Türkçeye de aynı şekilde çevrilince farklı bir çağrışım yapabilmektedir. Türkçe de sivil kelimesi, askeri olmayan anlamına geldiğinden sivil toplum, askeri olmayan toplum gibi algılanabilirse de batı kültüründe kavram, toplumun geldiği seviyeyi ifade etmektedir. Bu kavram Türkçeye alınırken belki medeni ya da uygar toplum da denilebilirdi, fakat Türkçede de sivil kelimesi kullanıldığından, kavram sivil toplum olarak yerleşmiştir.

Sivil toplum kavramını bir seviye olarak anladığımız takdirde kavram yerine oturmaktadır. Örneğin sanayi toplumu ya da bilgi toplumu denildiğinde kastedilenin sanayi devrimini yaşamış ya da sanayileşmesini tamamlamış bir toplum olduğu, kolaylıkla anlaşılabilir. Aynı şekilde bilgi toplumu ile de sanayi toplumu safhasını geçmiş bilgiyi üreten, dağıtan ve kullanan bu konuda aşama kaydetmiş bir toplum kastedilmektedir.

Sivil toplum; farklılaşma, örgütlülük, iradilik ve otonomiye sahip olma özelliklerine sahip olmayı gerektirir. Bu anlamda sivil toplum heterojen ve alternatif yaşam biçimlerinin-görüşlerinin olduğu bir toplumdur. Farklılık, bağımlılık getirmekle birlikte aynı şekilde dayanışma da getirmektedir. Farklılaşma rızai, her türlü (siyasal toplumdan yahut sivil toplum içinden gelen) otoriteden bağımsız örgütlülüğü de sağlamak durumundadır.

Gelişmemiş ülkelerdeki toplumlar, tam anlamıyla devlet karşısında konumlanamamaktadır. Sivil toplumu kendi başına ayakta tutacak dinamikler ve değerler gelişmemiş ülkelerde, ismiyle uyumlu olarak gelişmemiştir. Gelişmemiş ülke toplumları büyük oranda devletten beslenir, devlete bağımlıdır. Devlete bağımlılık devlete ait kurumlarda çalışan ya da devletle sözleşmesel bir ilişki çerçevesinde mal ya da hizmet sağlayan olabileceği gibi, devletin sağladığı sosyal transferlere bağımlı kesimler de olabilir. Gelişmemiş ülke toplumları, içsel dinamikleriyle var olmadıklarından, büyük oranda otoriteye bağımlıdırlar ve yönlendirmeye açık

yapılarında sergilenen siyasal katılım, şekli bir etkinlikten öteye geçmemektedir. Sivil toplumun devlet karşısında konumlandırılabilmesi için kendi kendine bir şeyler yapabilme yetisine sahip olması gerekir. Geri kalmış toplumların yüzyıllara yayılan bir şekilde sömürüldükleri, uyuşturuldukları, baskılandıkları, siyasal toplumdaki dışlandıkları için bu tür yetileri geliştiremedikleri kabul edilebilir.

Gelişmemiş ülkelerde sivil toplum unsurlarının devlete-siyasal topluma olan bağımlılığı, maddi olduğu kadar ideolojik de olabilir. Devleti temsil eden siyasal yapı, belli bir ideolojiye sahipse, bu ideolojiye sahip sivil toplum unsurları da ideolojik yönden siyasal toplumla uyum içinde olmak durumundadır. Zaten siyasal toplumun sivil toplumda bir dayanağı olmasa, siyasal toplum, yönetme iktidarını uzun vadede sürdüremez. Bu durum aslında Gramsci'nin hegemonya kavramına benzemektedir. Fakat burada bir fark vardır. Gelişmemiş ülkelerde tam olarak sivil toplum gelişmediği için bu tarz ülkelerdeki siyasal toplumu teşkil eden güce ideolojik olarak bağlanan toplum katmanları, Gramsci'nin öngördüğü anlamda siyasal toplumun görüşlerinin sivil toplum nezdinde rızaya dayalı konsensüs ile bağlanmamakta, bir anlamda ideolojik körlük olarak da nitelendirilebilecek bir bağlılıkla siyasal toplumu oluşturan güce ideolojik olarak bağlanmaktadır.

Sivil toplum içinde yer alan bireyler, varlıklarını sürdürmek ve geliştirmek için devletten-siyasal toplumdaki bağımsız olarak bir takım faaliyetlerde bulunurlar hatta bulunmak zorundadırlar. Bireysel-sosyal ilişkiler, ekonomik etkinlikler-ilişkiler hep sivil toplum içinde üretilir. Aynı şekilde kültürel etkinliklerin tamamı, sivil toplum içinde oluşur. Çok net bir ifade ile devleti gerektirmeyen her türlü ilişki ve etkileşimin olduğu ortam sivil toplumdur.

1.3.1. Birey ve Bireysel (Özel) Alan

Tüm toplumsal birimler insanlardan, daha özel bir kavram olarak sivil toplumda ise birey vasfını kazanmış insanlardan oluşur. Yani sivil toplumu diğer toplumsal tanımlardan ayıran temel özellik, sivil toplumdaki insanların çoğunluğunun birey olabilmeleridir. Birey vasfını kazanmamış insanların da toplumları, toplulukları vardır, fakat bu toplumlar sivil toplumu oluşturan insan kaynağını karşılamaktan uzaktır.

Modern toplumlar, bireylerin otonom ahlakı ve özerkliği-özgürlüğü varsayımı üzerinden kurulmaktadır. Özgür bireylerin kendiliğinden otonom bir ahlak yoluyla toplumsal düzene uymaları beklenir. Toplumsal düzene uyma bireyin dışındaki zorlayıcı kurumları gerektiriyorsa, bireyin normal olmadığı kabul edilir. Toplumsal düzen gerek kendiliğinden gerekse bilinçli irade tarafından oluşturulan bir dizi normun varlığını gerektirir (Topuzkanamış, 2013:15-107).

Özgürlük, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır. Kişisel ve özel olan bu kesim, bireyin mahremiyet alanı olup, bu alan aynı zamanda toplumsal ve kamusal olanın da sınırınıdır. Hukuk, (sivil) toplumu belli bir özgürlük temelinde inşa ettiği, sosyal ve normatif bir disiplin olarak insan davranışlarını düzenlediği için bireyin özgürlüklerinin kullanılış çerçevesini de belirler (Kaboğlu, 1999, 11).

Avrupa kültürünün temeli, bireyciliğe dayanmaktadır. Avrupa'nın gelişmesi; girişimci, kendi ayakları üzerinde duran, mücadeleci kişilerin meydana getirdiği burjuva sınıfı ile sağlanmıştır (Cem, 2014: 276-277).

Bireysel alan, liberal düşünce geleneğinde devleti sınırlayan kavramlardan biridir. Devleti sınırlayan diğer alan ise yasalardır (Çaha, 2016: 53).

Bireyin, diğer bireylerin, sivil ve siyasal toplum unsurlarının kendi izni olmadıkça müdahalesine izin vermeyen bir alana sahip olması gerekir. Böyle bir alan olmadığı takdirde bireyin tam olarak hayatını yaşaması mümkün olamaz. Negatif özgürlük olarak kabul edilen bu özgürlüğün dışında bireyin özgür olabilme kapasitesinin de olması gerekir. Bireyin kim olacağı ve ne yapacağına ilişkin imkân sahibi olması anlamındaki özgürlük ise pozitif özgürlük olarak kabul edilmektedir (Kocaoğlu, 2018: 24). Negatif özgürlük, sivil ve siyasal topluma bireyin özerk alanına saygı duyma ve müdahale etmeme sorumluluğu yüklerken, pozitif hak ve özgürlükler ise bireyin kendini gerçekleştirme için sivil ve siyasal toplumun organize olmasını gerektirmektedir.

Bireysellik sabit bir olgu değildir. Birey, hem öznel alanında hem de toplum içinde her an yeniden üretilen iletişim ve etkinliklerle var olur. Modern toplum, bireylerin sivil toplum içinde toplumu da her an biçimlendiren karşılıklı ilişkiler ve etkileşimlerinden oluşur (Bauman, 2015: 66).

Her toplum önem derecesine göre, bireylerine norm ve değerlerini aktararak kendi varlığını yeniden üretir. Bireyselleşme süreci tamamlanınca bu kez birey, sivil-siyasal toplumu etkiler. Yani birey hem kendine, hem içinde yer aldığı sivil-siyasal topluma, katkıda bulunan insandır. Bu tanıma göre birey ve sivil toplum ilişkisi düşünömseldir (reflexif). İnsan ancak sivil toplum sayesinde birey olur, oluşum safhasından sonra birey de sivil topluma katkı sağlar, geliştirir. Karşılıklı, birbirine bağılı bu süreç, düşünömsel bir süreçtir. Karşılıklı bir etkileşim süreci olarak toplum, kendine uygun (toplumu oluşturan norm ve değerleri benimseyen) bireyleri var etmekte, bu şekilde var edilen bireyler de kendilerini oluşturan toplumu yeniden üretmektedir. Benedict'e göre toplum ve birey uzlaşmaz karşıtlar değildir. İçinde yer aldığı kültür, bireyin yaşamını oluşturduğu hammaddeyi ona sağlarken, birey de toplumdan edindiğı malzemeyi işleyerek kültürünün zenginleşmesine katkı sağlar. Toplum, onu oluşturan bireylerden ayrı bir bütönlük değildir. Bir bireyin davranışları yalnızca onun kişisel bilgileriyle anlaşılamaz. Bireyin tanınması için kişinin içinde yer aldığı kültürdeki kurumlardan seçilen davranışlar karşısındaki uygun yanıtlardan da yararlanılmalıdır (2015: 267-270).

Sivil toplumun aktörü olan birey, kendisi gibi bireylerle ve toplumla ilişkilerinde onların koruyucusu durumundaki topluma (siyasal toplum aracılığıyla) hukuken sorumludur (Mill, 2014: 61).

Avrupa kültürel ve sosyal dinamikleri sonucu ortaya çıkan modern sivil toplumun, çoğunlukla burjuva aile yapısında birey vasfını kazanmış bireylerden oluştuğı, sivil toplum kavramını 18 ve 19. Yüzyıllarda kullanan düşünürler tarafından ifade edilmiştir.

Abraham Maslow (1943), insan davranışlarını güdülerin belirlediğini esas alarak ihtiyaçlar temelinde insanları güdüleyen beş kademeli hiyerarşik bir kuram ortaya atmıştır. İhtiyaçlar hiyerarşisi olarak da adlandırılan bu kurama göre, en alt tabakada biyolojik temelli “fizyolojik ihtiyaçlar”, üstünde bireyin kendisi ve yakın çevresinde bağılantılı olduğı kimselerin varlığını sürdürmesini sağlayacak yapılanmalar ve emniyetiyle alakalı “güvenlik ihtiyaçları” yer almakta ve bu ihtiyaçlar piramidal bir yapı göstermektedir. Piramidin üçüncü tabakasında, başka insanlarla birlikte olma, kabul edilme ve bir yere ait olma ile tanımlanan “ait olma ve sevgi ihtiyacı”, dördüncü tabakasında ise başarı, takdir ve başkaları nezdinde saygı görme gibi gereksinimlerle ifade edilen “saygınlık, takdir edilme ihtiyacı” bulunmaktadır. Piramidin en üst ve son

tabakasında ise kişisel tatmin, başarı ve kişinin potansiyel sermayesini ortaya çıkarmayı hedefleyen “kendini gerçekleştirme ihtiyacı” yer almaktadır

Maslow, ortaya koyduğu ihtiyaçlar hiyerarşisinde, alt seviyedeki ihtiyaçlar karşılanmadan üst seviyedeki ihtiyaçların karşılanmayacağını öne sürmüştür. Maslow’un ikinci kademedeki tanımladığı güvenlik ihtiyaçları, fizyolojik ihtiyaçlara yakın olmakla birlikte, gelir sağlayacak bir çalışma, sağlıklı olma, konut ve çevre gibi sivil toplum içinde bireyin kendini yeniden üretebilmesinin asgari koşullarını içermektedir. Elbette ki güvenlik gereksiniminin karşılanma boyutu, bireyin kendine yeterliliğinin de göstergesi olacaktır. Yani bu ilk iki seviyeyi (içinde yer aldıkları) toplumun standartlarında (bireysel donanımlarıyla-sermayeleriyle) karşılayan kimselerin kendine güvenen ekonomik bağımsızlığını sağlamış kimseler olduğu söylenebilir. Maslow’un üçüncü kademedeki yer verdiği başka insanlarla birlikte olma ve kabul görme gereksinimi tamamen sosyal bir gereksinim olup, eğitim seviyesinin artması da bu seviyede bireyler arasında belirgin farklar meydana getirmektedir. Dördüncü tabakadaki ihtiyaç da sosyal bir ihtiyaç olup, kişinin toplum ya da toplumsal kurumlar nezdinde saygı görmesine odaklı bir gereksinimdir. En üst ve sınırlı bir insan kesimine hitap ettiği kabul edilen kendini gerçekleştirme aşaması ise kişinin sahip olduğu potansiyeli ortaya çıkarmaya dönük bir gereksinimdir. Maslow’da zaten her insanın kendine özgü bir potansiyeli olduğunu, fakat sosyal süreçler sonucu bu özelliklerin baskılandığını, kendini gerçekleştirme şansını en üst düzey bilim, sanat ve iş insanlarının yakalayabildiğini kabul etmiştir (Maslow, 2001: 170).

Maslow’un ihtiyaçlar hiyerarşisi kuramına bazı eklemeler yapılmış, hatta Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), 1990 yılından beri İnsani Gelişim Endeksi tanımlayarak bunu rapor halinde yayınlamaya başlamıştır. Bu endekste insani gelişmişlik temel olarak: sağlık, eğitim ve gelir gibi üç temel ölçüt esas alarak ölçme yoluna gidilmiştir. Bununla beraber insani gelişmişlik kavramı özü itibarıyla, bireylerin ekonomik, siyasal, toplumsal ve kültürel bütün tercih ve seçeneklerinin artırılmasını, bireylerin bilgi üretme ile erişim ve değerlendirme kapasiteleri dâhil bir bütün olarak bireylerin yaşam kalitesinin zenginliği üzerinden bütünlükçü bir kavramdır (UNDP, 2021). UNDP raporu, gelişme ve kalkınmanın temeline insanı yerleştirerek, ölçülebilir evrensel bir değerlendirme imkanı sunmakla birlikte,

Maslow'un kuramı da saf haliyle yönetim bilimlerinde, psikolojide, motivasyon yönetimi gibi disiplinlerde önemini korumaktadır.

Maslow'un ihtiyaçlar hiyerarşisi kuramının sivil toplum ve birey açısından önemi, sivil toplumu oluşturan bireylerin davranışlarını oluşturan güdülerin (gereksinimlerin- ihtiyaçların) karşılanma seviyelerinin, bireyselleşme ile yakın ilişki içinde olmalarıdır. Temel fizyolojik ya da güvenlik gereksinimlerini karşılayamayan insanlar için siyasal toplum ve hukuk sorunları üst düzey gereksinimler olarak öncelikli değildir. Onun içindir ki geri kalmış toplumlarda yer alan insanlar, temel fizyolojik ve güvenlik ihtiyaç seviyesini aşamadıklarından, bu toplumlarda "birey" anlayışı ile sivil (ve bağlantılı ekonomik) toplum anlayışları oluşmamaktadır. Sivil toplum oluşmayınca da devlet ve hukuk ile toplum arasında asimetrik bir ilişki ve etkileşim sonucu devlet, baba figürüyle özdeşleşen (çoğu doğu toplumlarının kültürel yapısı gereği de sorgulanamayan) bir iktidar aracına dönüşmektedir.

Bireyin diğer bireylerle ilişkisi, her zaman toplumsal bir olaydır. Sosyolojinin temel kavramlarından olan toplumsal davranış, bireylerin başka bireyleri nazara alarak yaptıkları davranışlardır (Bozkurt, 2018: 10). Toplumsal davranış ve olaylar, hem sivil toplumun hem de siyasal toplumun kesişme bölgesinde yer alır.

Sivil toplum, sosyal yaptırım kurallarıyla; siyasal toplum da (pozitif) hukuk aracılığıyla bireyleri, sosyal olay ve davranışları etkiler. Hukuk, (kural olarak) ancak bireylerin birbirlerinin haklarını ihlal etmelerinde ve öngörülen düzenlemeye aykırılık halinde devreye girer. Yani hukuk, sosyal ilişkilerin içeriği ve niteliğini belirlemez, sadece düzenleme yapar ve norma aykırı davranışları yaptırıma bağlar.

Sivil toplum, nasıl toplumun ulaştığı bir seviye ve nitelikse, birey olmak da insanın ulaştığı bir seviye ve niteliktir. Birey olan şahıs, kendi hayatını dilediği gibi yönlendirebilme olgunluğuna sahip, hiçbir otoritenin baskısı altında olmayan biridir. Bu anlamda birey; ekonomik, düşünsel ve sosyal-siyasal olarak rasyonel ve rızai olarak kabul etmediği hiçbir otoriteye tabi olmayan bir şahıstır.

Birey, sivil toplum ile siyasal toplumun kesişme bölgesi olan kamusal alan üzerinden diğer bireylerle iletişim ve etkileşimde bulunarak varlığını sürdürebileceğine göre, sivil toplumun sürdürülmesi için gerekli norm ve değerlere uymak durumundadır. Yani

birey ancak sivil toplum içinde var olabilir ve siyasal toplumun işlevi de sivil toplumu desteklemek, onun eksik kaldığı noktalarda onu tamamlamaktır.

İnsanların, siyasal toplumdan-devletten önce haklara sahip olduğunun kabul edilmesiyle (doğal haklar) ortaya çıkan insan hakları kavramı, bireysel alanın da özünü oluşturmaktadır. Birey, organik ve sosyal varlığıyla bu haklara sahip olduğu gibi, sosyal-siyasal toplum bünyesinde bireysel alanıyla da bu hakların taşıyıcısıdır. Yani önce birey, sonra toplum, sonra da devlet gelmektedir. Birey olmadan toplum, toplum olmadan da devlet olamaz. En son kurgulanan devlet kavramı, kendisini önceleyen unsurlar için vardır ve var olmalıdır. Yani devlet, toplum ve bireyin kendi kendine sağlayamayacağı nitelikteki güvenliğini, mutluluğunu sağlayabilmek, sivil toplum içindeki birey ve sivil toplumun aleyhine var olan olgu, ilişki ve etkileşimleri gidermek, bireyin kendini gerçekleştirmesinin önündeki engelleri kaldırmak, dezavantajlı bireyleri, diğer bireyler karşısında kollamakla yükümlüdür.

Toplumsal ilişkiler ve toplumsal etkileşimler olmadan da bir birey tam anlamıyla birey olamamaktadır. Bu yönüyle sivil toplum, birey için vazgeçilmez öneme sahiptir. Toplumsal ilişki ve etkileşimler, özellikle çocukluk dönemi için vazgeçilmez öneme sahiptir. Toplumdan soyutlanmış yahut toplumsal ilişki ve etkileşimlerden yoksun bırakılmış çocukların, dil ve zekâ gelişimlerini sağlayamadıkları, sosyal ilişkilerden uzak oldukları ölçüde çocukluklarının erken dönemlerindeki bedensel, zihinsel ve duygusal kayıpları ileride telafi edemedikleri tespit edilmiştir. Böylelikle insanlarla sosyal etkileşimde bulunmayan-bulunamayan çocukların tam anlamıyla birey olamadıkları, bilimsel olarak belirlenmiştir (Elkin, 1990).

Bireyin var olabilmesi için gerekli sivil toplum ve onun destekleyicisi siyasal toplum bünyesinde bireyin uymakla yükümlü olduğu normlar, onun üzerinde baskı aracı değil, bireyin kendisini gerçekleştirebilmesi için gerekli olmalıdır. Çünkü liberal devlet-siyasal toplumun amacı bizzatı bireydir. Nihai amacı birey olan bir organizasyonun, birey üzerinde baskı unsuru olacak nitelikte norm ve değerlere dayanması mümkün değildir. Kısaca sivil toplumun bireyi, irade sahibi olup, kendini ilgilendiren alanlarda kararlarını kendi alabilir ve bu anlamda her yönüyle donanımlıdır. İşte böyle vasıflara sahip bir bireyin özel hayatı ve alanı, devletin-siyasal toplumun kesinlikle sınırlandıramayacağı, müdahale edemeyeceği ve düzenleyemeyeceği bir alandır.

John Stuart Mill (2014: 62-63), vicdan, düşünce ve duygu özgürlüğünün; birey-insan özgürlüğünün en özel sahası olduğunu, düşünceyi yayma ve beyan etme özgürlüğünün de pratikte ondan ayrılamayacağını öne sürmüştür. Buna ek olarak Mill, bireylerin kendi aralarında rızayla bir araya gelme özgürlüklerinin de kayıtsız şartsız olması gerektiğini belirterek, bu özgürlükler olmadığı sürece de hiçbir toplumun özgür olamayacağını ifade etmiştir. Böylelikle bireysel özgürlük olmadıkça toplumsal özgürlüğün olamayacağı, liberal düşüncenin en önemli düşünürlerinden biri olan Mill tarafından oldukça erken dönemlerde ifade edilmiştir.

Bununla beraber bireyselleşmiş bir toplumsal yapıda, ortak ve toplumsal gereksinimlerin nasıl karşılanacağı önemli bir sorundur. Bauman (2015: 71), bireyselleşmenin süreç içinde yurttaşlığın aşınmasına ve parçalanmasına yol açacağını belirtilerek kamusal alanın özel alanlar tarafından işgal edilmesi durumunda kamusal sorunların anlaşılmaz hale geleceğini öne sürmektedir.

Özel alan, genel olarak aile, piyasa ve bireysel yaşam alanı olarak formüle edilmektedir (Çaha, 2008: 1). Bireysel alan kavramının gelişiminde, özel mülkiyet kavramı da katkıda bulunmuştur. Avrupa’da Orta Çağ’ın sonlarına doğru, devlet dışında mülkiyet ilişkilerinin oluşmasıyla bireysel özgürlüğün temeli atılmış; özel mülkiyet, temel insan hakları arasına alınarak kavramın hukuksal zemini de oluşturulmuştur (Çaha, 2016: 97-98). Bireylerin devlete bağımlı olmayan ekonomik bağımsızlık ve özgürlüklerinin sağlanmasında özel mülkiyetin etkili olduğu, bunun da burjuvanın gelişmesine katkı sağladığı anlaşılmaktadır. Özel mülk sahiplerinin üretim sürecindeki konumu ve hareket alanı, özel alanın özerkliğinin de temelini oluşturmuştur (Habermas, 2018: 28).

Özel mülkiyet hakkı, bireye siyasal toplum-devlet karşısında maddi bir güç, dayanak sağladığı için önemli görülmektedir. Mülkiyet hakkına sahip olmayan bireylerin, siyasal toplum-devlet karşısında aktif bir duruş sahibi olamadıkları, edilgin ve tabi bir konumda oldukları, sosyalist devlet tecrübelerinde ortaya çıkmıştır. Bununla beraber mülkiyet hakkının sivil toplumda asimetrik ilişkilere yol açarak sivil toplumun kendi kendini yeniden üretmesini önleyecek boyuta ulaşmaması için siyasal toplumun mülkiyet hakkına ve kullanılmasına yönelik düzenleyici normlar ihdas etmesi de kabul edilmelidir.

Bireysel alan insanların bedensel bütünlüğü, kişisel şeref ve itibarı, kişisel ve sosyal kimliği, cinsel yaşam ve tercihlerini kapsamakta olup, bireyin kendi kendine yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirdiği öznel bir alandır. Bununla beraber günümüzde özel alan-kamusal alan tartışmalarında gelişmiş Batı toplumlarında bu ayrımın dönüşüm geçirdiği ifade edilmektedir. Şöyle ki: gelişmiş toplumlarda bireylerin özel alana ilişkin faaliyetlerini de kamusal alana taşımaya başlamaları sonucu kamusal alan bir anlamda özel alanların platformu niteliği kazanmıştır.

Aile, bireyden sonra sivil toplumun da dayandığı temel bir kurumdur. Aile aynı zamanda bireyin toplumsallaşmasında ilk ve en önemli kurum olduğundan, bireyin sivil toplum bünyesinde oluşturacağı kişilik, büyük oranda ailede şekillenmektedir. Ailenin bireyi, benimsediği değerler doğrultusunda şekillendirdiği, yüksek gelir grubunda yer alan ailelerin çocuklarında bağımsızlık, kendini önemseme ve özgüvenin gelişmesini arzuladığı ve bu yönde davranış kalıplarının öğretildiği, düşük gelir grubunda yer alan ailelerin ise çocuklarına otoriteye itaatin önemini vurguladıkları, yurt dışında yapılan araştırmalarda belirlenmiştir (Bozkurt, 2018: 127-128). Bu durumda bireylere dayanan sivil toplumun oluşup oluşamayacağı ve bunun karşısında siyasal toplumun niteliği, büyük oranda ailenin sosyoekonomik seviyesine, aile içindeki değerlerin niteliğine bağlı toplumsallaşmayla belirlenmiş olmaktadır. Zaten sivil toplum kavramının kavramsallaştırılması sürecinde burjuva ailesinin önemine vurgu yapılmasının nedeninin bu durum olduğu anlaşılmaktadır. Hegel’de sivil toplumu oluşturan aile üyeleri, birbiri karşısında dahi bağımsızlık kazandığından; böyle bireylerden oluşan sivil toplumdaki ilişkiler de bağımsız kişilerin birbirleriyle ilişkisi üzerinden yükselmektedir (Doğan, 2015: 150).

Kamusal alanın karakteristiği olan eleştirel olma özelliğini haiz bireyler, Habermas'a göre burjuva ailesinden çıkmıştır. Birey bu anlamda bir burjuva ailesinde ortaya çıkabilir ve bireyler kamusal alanı eleştirel bir boyuta taşıyabilir (Habermas: 2014). Kamusal alan kavramı, hem rasyonel bireylerden oluşan sivil toplumun yaşam alanını, hem de siyasal toplum ile kesişme bölgesini oluşturarak bu konudaki analizleri kolaylaştırmaktadır.

Ortaçağ'da siyasal kimliğin bağılı olduğu ailenin bireye doğuştan verdiği statü, sanayi devrimi ve sonrasında, kazanılmış statüyü gerektirmiş, bu da kamusal alanda edinilen eğitim ve kültürel fonksiyonlarla tamamlanmıştır (Çaha, 2016: 97-100).

Çekirdek aileye dönüşen ve birçok işlevini sivil-ekonomik topluma devreden aile, bugün için bireysel alandan sonra en mahrem alan olmakla birlikte, medeni hukukun da en önemli alanlarından birini oluşturmaktadır. Siyasal toplumun, sivil topluma yönelik düzenlemeleri arasında: eşler, ebeveyn-çocuk ilişkileri, nişan, akrabalık, evlilikte edinilen malların paylaşımı, komşuluk, kat mülkiyeti gibi konular aile hukuku ve bağlantılı normlar ile modern toplumun aileyi kuşatan düzenlemeleri arasında yer almaktadır (Çaha, 2008: 23).

Batıda 16. ve 17. yüzyıllarda aile alanı özel alan, aile dışı ise kamusal alan şeklinde kabul edilirken bu ayrım bugün için tam geçerli sayılamamaktadır. Aile genel olarak kamusal alan dışında düşünülmeyle birlikte, Habermas'a göre kamusal alanın özel alandan çıkışı, ailenin dışarıya açılması ve aile işlevlerinin birçoğunun (eğitim, ekonomi v.s.) kamusal alana devriyle ortaya çıkmıştır (Habermas, 2018).

Bugünkü modern aile bireyleri, kamusal alana aile bireyi olarak değil, hakları ve özgürlükleri belirlenmiş, bir birey-yurttaş olarak katılmaktadır. Modern toplumlarda aile, bireyin kimliğinin belirleyicisi değildir. Yani birey ailesinden kendisine intikal eden donanıyla birey vasfını kazanmaz. Fakat ailenin sosyoekonomik seviyesinin bireyin donanımını geliştirmesine katkısı da göz ardı edilemez. Bunun dışında aile bugün için hem kamusal alanın, hem de piyasanın önemli bir parçası haline gelmiştir. Aile ekonomik bir birim olarak kabul edilmekte, "hanehalkı" kavramlaştırması ile ekonomik analizlere tabi tutulmaktadır. Aile alanı, televizyon, internet, telefon vb. iletişim araçları yoluyla hem kamusal alan hem de küresel- toplumsal ilişki ağlarıyla iç içe geçmiştir (Çaha: 2003). Bu niteliklerinden dolayı aile alanı özel alan ile kamusal alanın kesişme bölgesinde yer almaktadır.

İnsan, sosyal bir varlık olduğu için bireysel alan, sosyal alan ve bağlantılı kavramlarla birlikte değerlendirilmelidir. Birey, sivil toplum içindeki sosyal etkinlik ve etkileşimler sonucu, diğer bireyler ve onların bireysel alanlarıyla karşılaşır. Sivil toplum aşamasına geçmeden önce birey, daha küçük bir sosyal birim olan ailede sosyalleşmekte,

toplumsal norm ve değerleri içselleştirmektedir. Birey (istisnaları olmakla birlikte), aile alanından geçerek kamusal alana, bylelikle sivil toplumsal etkinlikler alanına çıkar.

Bireysel alan içinde yer alan konut alanı da özel ve aile yaşamı ile birlikte değerlendirilmektedir. Aynı şekilde kişisel bilgiler ve veriler de insanın bireysel özel yaşam alanının bir parçasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişisel özerklik ve kişisel gelişim kavramıyla birlikte yaşam kalitesi unsurlarını da özel-bireysel alan içinde kabul etmektedir. Bu anlamda sivil toplum içindeki faaliyet alanlarında gerçekleşen etkinlik ve faaliyetler, bireyin özel yaşam kalitesine etki ediyorsa, AİHM bundan da devlet-siyasal toplumu sorumlu tutmaktadır.

İnsan hakları söz konusu olduğunda bireysel alanın mahremiyeti kalamaz-kalmamalıdır. Yani siyasal toplumun, insan haklarını korumak gerektiğinde özel alana da, aile alanına da müdahale edebilmesi gerekir, fakat bu müdahalenin sınırlarının son derece özenle çizilmesi gerekir. Zaten, bireysel özerkliğin sağlanması kadar korunması, yeni iletişim teknolojileri ve biyoteknolojilerin gelişimiyle ortaya çıkan yaşama ve bireyin haysiyetinin temeli olan bedensel ve bütünsel varlığına tecavüzün yeni biçimlerinin ortaya çıkması, özel-kamusal ilişkisinin yeniden çizilmesini gerektirmiştir. Bu gelişmeler neticesinde siyasal toplumun gerek birey, gerekse özel alanlara yönelik müdahalelerinin, hukuksal düzenlemelerle birey lehine teminat altına alınması gerekmektedir (zbek, 2015:617).

1.3.2. Sivil Toplum Kuruluşları

Sivil toplum kuruluşları, sivil toplum bünyesinde kar elde etme amacı gütmeyen rızaya dayalı oluşumlar olarak kabul edilmektedir. Dernekler, vakıflar v.b. sosyal oluşumlar, sivil toplum kuruluşlarıdır. Siyasal toplum-devletten bağımsız var olmaları ve işlevlerini yerine getirmelerine gönderme yapan ve İngilizce “Non Governmental Organization” kelimelerinin ilk harflerinden oluşan NGO kısaltması, kavramın siyasal toplum dışı olma özelliğini daha iyi vurgulamaktadır.

Günümüzde sivil toplum kuruluşları, demokratik siyasal yaşam için “onlarsız olmaz” niteliği kazanmışlardır. oğulcu bir toplumda sivil toplum kuruluşlarının, sivil toplum ile siyasal toplum arasında demokratik dengeyi sağlaması ancak çok sayıda olmaları ve (sivil) toplumun her bireyinin çıkar ve ilgilerine göre rgtlenebilmeleri (rgtlenme

özgürlüğüne sahip olmaları) halinde mümkündür. Sivil toplum kuruluşlarının, ulusal siyaset yahut uluslar arası açıdan önemli olanları, kişisel ya da grupsal çıkar sağlamak peşinde koşmayan, demokratikleşme, çağdaşlaşma gibi temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayanlardır. Demokratik toplumlarda siyasal karar alma süreci kamuoyu yönlendirmelerine açık olduğu için, sivil toplum kuruluşları, kamuoyundaki görünürlükleri ve etkinlikleri ölçüsünde (siyasal toplumu) siyasal kararları etkileyebilirler (Tunçay, 2003: 11).

Siyasal sistemlerin biçimlenmesinde, örgütlü sivil toplum yapısı, hayati bir önem taşımaktadır. Küreselleşmenin de etkisiyle, sivil toplum kuruluşlarının, devlete alternatif etkinlikler oluşturabilmesi mümkün olmuş, bu da sosyalist devlet yapılarının çözülüşü ile daha da belirgin hal almıştır. Bu durum, sivil toplum yapısı ile siyasal toplum arasındaki ilişkilerin analizini tetiklemiştir (Doğan, 2015: 29).

Sivil toplum kuruluşlarının çoğulcu taleplere açık potansiyelleri, siyasal toplum (devlet) bünyesinde bir işlev olan kamu yönetiminde yönetim açısından da önem kazanmalarına yol açmaktadır. İyi bir yönetim öngören birleştirici demokrasi anlayışında sivil toplum kuruluşları hayati öneme haizdir (Tosun Erdoğan, 2003: 41).

Sivil toplum kuruluşları, sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki iletişim ve etkileşim sürecinin de ayrılmaz bir parçasıdır. Sivil toplum kuruluşlarının kuruluş ve faaliyetleri (kural olarak) siyasal toplumun onayına bağlı değildir. Sivil toplum kuruluşlarına, siyasal toplumun müdahalesi, kamu düzeninin ve yararının gerektirmesi, demokratik bir toplumda bu müdahalenin kabul edilmesi ve bu durumun hukuk kurallarınca öngörülmesi şartıyla geçerli kabul edilmektedir. Bunların dışında siyasal toplum, sivil toplum kuruluşlarının işleyişine kural olarak karışamaz.

Sivil toplum kuruluşlarının gelişmesi ile liberal düşüncenin gelişimi arasında yakın bir ilişki olduğu görülmektedir. Liberal politik ve kapitalist ekonomik sistemin uygulandığı modern demokratik toplumlarda siyasal toplum; rekabet eden partilere, azınlık haklarına, muhalefete, alternatif yönetim modellerinin yarışması ile kontrol ve denetim sisteminin çalıştırılmasına uygun bir yapıdadır (Tosun Erdoğan, 2001: 99).

Bireysel girişimcilik kültürü, gönüllü örgütlenmeleri ve bu örgütlenmelere katılımı etkilemektedir. Bireylerin gönüllü katılımıyla var olan sivil toplum kuruluşları, daha

özgür örgütlenmeleri ve bu örgütlenmeleri mümkün kılan siyasal ve ekonomik bir yapının oluşumuna katkıda bulunmaktadır. Sivil toplum ve alanının gelişimini sağlayan bu yapılanma, devletin faaliyet alanını da daraltmaktadır (Kalaycıoğlu, 1997: 113).

Sivil toplum kuruluşlarının varlığı için öncelikle sivil toplumun var olması gerekmektedir. Sivil toplum ise devletten (siyasal toplumdan) özerk, devlete (siyasal topluma) bağımlı olmayan sosyal sınıf ve grupların, (girişimci) bireylerin varlığına bağlıdır (Yılmaz, 2001:325).

Sivil toplum kuruluşlarının demokratik bir kültür oluşmasında önemli rolleri bulunmaktadır. Çoğulcu bir toplumsal yapının oluşması ile bu kültürün topluma mal edilmesinde, demokratik sivil toplum kuruluşlarının işleyiş ve örgütsel yapılarının yanında diğer örgütlerle uyumlu çalışmalarının da katkısı bulunmaktadır (Yıldırım, 2004: 86-87). Bu özellikleriyle sivil toplum kuruluşları, sivil toplumun kendini yeniden üretmesinin de araçlarından birisi olmaktadır.

Sivil toplum örgütleri, siyasal toplumdan-devletten bağımsızlıkları ölçüsünde sivil toplumu-bireyleri devlete-siyasal topluma karşı korudukları gibi böylelikle devletin-siyasal toplumun iktidarını da sınırlayıcı bir işlev üstlenirler. Hem sivil toplum-birey ile siyasal toplum arasındaki iletişimi sağlayan hem de siyasal topluma geri bildirim gönderme işlevini yerine getiren sivil toplum kuruluşları, siyasal iktidarın demokratikleşmesini sağlayarak sivil toplumun kendisini yeniden üretmesi için vazgeçilmez bir işlev yerine getirirler.

Gelişmemiş ülkelerde şekli ve isim boyutunda var olabilen sivil toplum örgütleri, ancak devlet-siyasal toplumla kurdukları bağlarla (ve itaatle) varlığını sürdürebilmektedir. Siyasal toplum-devlete bağımlı bir sivil toplum kuruluşunun -ismi ne olursa olsun- temel işlevi; siyasal toplumun, sivil toplumdaki hegemonyasını meşrulaştırmakla sınırlı olacaktır.

1.4. Siyasal Toplum

Siyasal toplum esasında (sivil) toplumun kavramsal bir alt ayırımı, uzantısıdır. Siyasal toplum, sivil toplum bünyesinden oluştuğuna göre sivil toplumu oluşturan yapı ve ilişkilerin siyasal toplumu etkilediği kabul edilmelidir. Bu etkileşim çerçevesinde sivil

toplum içindeki çatışma alanları, siyasal topluma yansır ve sivil toplum içinde baskın, hegemonik yapı siyasal toplumu oluşturur. Bunun tersi de mümkündür. Bu anlamda sivil toplum ve siyasal toplum arasındaki ilişkiler düşünömsel (reflexif) olup birbirlerini sürekli etkilerler. Sivil toplum ile siyasal toplumu bağlayan hegemonik yapı, aralarındaki bağı sağlayarak siyasal toplum içindeki çatışmalar, öncelikler ve tercihlerle siyasal toplumun çıktısına dönüşür ve böylelikle sivil toplumu etkiler.

Siyasal sistemleri uzun dönemde belirleyen, toplumsal alt yapıdır. Toplumun dinamik kesimini ise sivil toplum oluşturmaktadır. Sivil toplum, dinamik bu özelliğiyle hem sosyal ve ekonomik, hem de siyasal toplumsal sistemlerin belirleyicisidir (Doğan, 2015: 29).

Sivil toplumdan doğan ve siyasal nitelikteki ilişki ve etkileşimlerle belirlenen siyasal toplum kavramı, sivil toplumun anlaşılması için de anahtar bir rol taşımaktadır. Esasen sivil toplumun bir uzantısı bir alt ayırımı olan siyasal toplumu oluşturanlar da insanlar, bireylerdir. Bu bireyler de sivil toplum içinde var olduklarına, sivil toplumun içinde gerçekleşen faaliyetlerle yaşamsal fonksiyonlarını karşıladıklarına göre, sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki ayırım, kuramsal bir ayırım olup esasen toplum bir bütündür. Bu toplum içinde siyasal nitelikte devlete ilişkin faaliyetler siyasal toplum olarak kabul edilebileceği gibi, sivil toplumun siyasal organizasyonu olarak da kabul edilebilir. Siyasal topluma has faaliyetler, tüm toplum üzerinde etkili olduğundan; bu ayırım ve tanımlama oldukça işlevseldir.

Sivil toplum içinde yer alan belirgin özellikler nazara alınarak yapılan başka toplumsal analizler de bulunmaktadır. Örneğin ekonomik toplum kavramı, sivil toplum içinde yer alan ekonomik etkinlik, ilişki ve kurumlar esas alınarak kullanılan analitik bir kavramdır. Buna ek olarak sosyolojide modern yaklaşımlar kapsamında, başka toplum kavramsallaştırmaları da bulunmaktadır. Ulrich Beck'in kavramsallaştırdığı “Risk Toplumu” ve Manuel Castells'in tanımladığı “Ağ Toplumu” kavramları da sivil toplum içinde yer alan özelliklerin başat nitelikte olanları esas alınarak yapılan kavramsallaştırmalardır. Ulrich Beck'in tanımladığı Risk Toplumu, sanayi devrimini yaşayan toplumlarda ortaya çıkan çevresel, ekonomik ve güvenlikten kaynaklanan riskleri ve tehditleri esas alan modernliğin krizi anlamında bir tanımlamadır (Bahar, 2009: 31). Enformasyon ve iletişim teknolojisindeki gelişmeler sonucu küreselleşme ile

birlikte kapitalist üretim ilişkilerinin ve bağlantılı olan kurumlar ve kültürel norm ve değerlerin değişimine vurgu yapan, yatay ilişkilerin hâkim olduğu Ağ Toplumu ve Ağ Devleti kavramı da Manuel Castells'in sosyolojik bir kavramsallaştırmasıdır (Castells, 2008: 275).

Bugün için (istisnaları olabilirse de) insanlar, ancak bir toplum ve siyasal sistem içinde var olduklarından, tarihsel oluşumlarından bağımsız olarak kesitsel bir tanımlama yapmak gerekirse; siyasal toplum olarak ifade edilebilecek devlet, sivil toplum üzerine inşa edilmiştir. Sivil toplumun menfaati için kurulan, fakat zor kullanma meşru tekeli elinde tuttuğu kabul edilen siyasal toplum ile sivil toplum arasındaki ilişki daha çok demokrasi üzerinden değerlendirilmektedir. Sivil toplumun siyasal toplum üzerindeki etkisinin bir ölçüsü olarak demokrasinin seviyesi çeşitli analizlere konu edilmiştir.

Siyasal toplumun, sivil toplum üzerindeki yetkilerinin sorgulanmasının, vergi verenlerin rızası olmaksızın vergi toplanmasına gösterilen dirençle başladığı ifade edilmektedir. Sivil toplumu oluşturan bireylerin bir yurttaş olarak özne ve haklarının olduğu ve bireylerin siyasal toplumun da bir üyesi olarak diğer bireylerle birlikte söz hakkına sahip olduğunun düşünülmesinin, ilkesel boyutta demokrasi fikrinin başlangıcı olduğu kabul edilmektedir (Bauman, 2015: 77).

Siyasal toplum, sivil toplumun bir boyutu, uzantısıdır. Sivil toplum içindeki siyasal nitelikteki etkinlik, ilişki ve kurumlarla ortaya çıkan siyasal toplum, meşruiyetini sivil toplumdan almaktadır. Siyasal topluma tanınan yetkiler, sivil toplumun kendisini yeniden üretme ve gelişmesini sağlayacak şekilde kullanılmak zorundadır. Zira siyasal toplum, esasen sivil toplum içinde oluşur ve esas faaliyet alanı sivil toplumdur. Siyasal toplum, sivil toplumun genel ve ortak, sivil toplumun karşılayamayacağı gereksinimleri karşılamak ve sivil toplumun ve dolayısıyla bireyin kendini daha iyi gerçekleştirebileceği ortamı oluşturmakla yükümlüdür. Sivil toplumun dış güvenliği, sivil toplumun kendi içinde korunması, siyasal toplumun görevidir.

Siyasal toplumun kuruluşunda siyasal topluma tanınan yetkiler, sivil toplumun kendini üretmesi ve varlığını sürdürmesinin ötesinde, bireylerin ve sivil toplumun gelişmesi açısından da yaşamsal öneme sahiptir. Sivil toplum, görünmeyen (varsayılan) bir siyasal alan içerisinde varlığını sürdürmek durumundadır. Bu siyasal alan, sivil toplumu sürekli

gözetiminde tutan bir alan olmayıp, sivil toplumun güvenliği ve korunması ile sivil toplumu oluşturan etkinliklerin aksaması durumunda en etkin şekilde müdahale etmeyi temin eden bir alandır.

Sivil toplum (nasıl oluştuğu ayrı bir konu olmak üzere) rızaya dayalı ilişkilerden oluştuğu varsayılan bir toplumsal alandır. Buna rağmen sivil toplum özünde bireylerin rekabet içinde bulunduğu bir alanı da temsil etmektedir. İnsanlar arasındaki bireysel, sosyal ve ekonomik farklılıkların da etkisiyle oluşabilecek çatışmalar ve olumsuz sonuçlarda bozulan durumun telafisi, siyasal toplumun müdahalesini gerektirmektedir. Bireyler ve sosyal gruplar, zor kullanma tekeli gerektiren olumsuz etkileşim ve oluşumlarda kendileri zor kullanmaya, yani kendi haklarını kendileri almaya kalkıştırlarsa, sivil toplumun varlığı tehlikeye girmektedir.

Sivil toplumun, kendisini onarıcı, toplumu yeniden üreten norm ve değerleri, toplumsal davranış kuralları bulunmaktadır. Ahlak kuralları, din kuralları, gelenekler, örf ve adet, görgü kuralları gibi kurallar sivil toplumsal düzenin kendini sürdürmesine yönelik düzenlemeler-kurallar içerir. Yerine göre bu norm ve değerler ile kurallar, bireyler ve sivil topluluklar üzerinde oldukça etkili olabilirler de zor kullanma yetkisine sahip değildirler. Sivil toplum içindeki norm ve değerler ile sivil toplumsal kurallar içinde, insanların öldürülmesine yol açacak nitelikte olumsuz sonuçlar doğuran töre adı da verilen sosyal kurallar da bulunmaktadır. Bununla birlikte, belli sosyoekonomik yapılar ve topluluklar içinde geçerli olan töre gibi bu tarz sosyal kurallar, sivil toplumun barış içinde işleyiş mantığına aykırı olduklarından, siyasal toplumun müdahalesini gerektirmektedir.

Siyasal toplum ancak gerekli olduğu ölçüde ve oranda yönetmek zorundadır, zira siyasal toplumun işlevleri arttıkça, yetkileri de artmakta bu da bireylerin ve sivil toplumun alanını daraltmaktadır. Siyasal toplumun işlevleri, yetkileri azaldıkça da bu durum anomiye yol açmaktadır. “Anomi”, Emile Durkheim’in bir kavramsallaştırması olup, Durkheim bununla normların geçerliliğini yitirmesi ve yaptırım gücünün azalmasını kastetmektedir. Normatif düzen değişikliklerinde (eski normların yürürlükten kalkması ve yeni normların yürürlüğe girmesi halinde), toplumsal değişimin hızlı olduğu durumlarda ve normatif düzenlemelerin toplumsal değişime yetişmemesi halinde, sosyal düzenin işlememesi, bozulması anomidir. Anomi, hem toplumu, hem de onun üzerinden

bireyi etkilemektedir. Durkheim, kuralsızlığın yol açtığı bir intihar türü kavramsallaştırması da yapmış ve bunu “Kuralsız İntihar” olarak tanımlamıştır (Durkheim, 2013: 241- 284). Durkheim’in kavramlaştırmasına ek olarak antik Yunanistan’da da, toplulukta hiçbir “nomos”un yani neyin haklı olduğuyla ilgili geçerli ve yaygın kavramların olmadığı, toplumda bu yönde bir anlaşmanın bulunmadığı durumlara da “anomie” dendiği ifade edilmektedir (Friedrich, 2010: 172).

Siyasal toplum hukukla yönetmek ve gerekli olduğu ölçüde sivil topluma müdahale etmek yetkisine sahiptir. Bu da ancak optimal devlet-siyasal toplum yapısında ortaya çıkar. Kuralların ve müdahalenin hiç olmadığı bir yapı, sivil toplum için önerilebilirse de fiiliyatta sivil toplumun, içsel dinamikleriyle kendisini yeniden üretmesi ve gelişmesini sağlayıp sağlayamayacağı tartışmalıdır. Anarşizm olarak da ifade edilen düşünce, sivil toplum ve birey üzerinde baskı unsuru olarak kullanılabilecek her türlü müdahale araçlarına karşı olmakla tanımlanabilir. Anarşizmin Yunanca “Anarchos” teriminden türetildiği ve bu kelimenin “yöneteni olmayan” anlamına geldiği, anarşinin de genel bir yönetilemezlik anlamında negatif, düzenin korunması için yönetimin gereksiz olduğu anlamında pozitif yönetilmeme durumunu ifade ettiği belirtilmektedir (Woodcock, 2014: 14).

Sivil toplum ve birey üzerinde en fazla baskı, siyasal toplumdan gelebileceğinden anarşizmin sadece devlete karşı olduğu sanılsa da; birey ve sivil toplum üzerindeki baskı, diğer bireylerden, toplumsal yapıdan, inançlardan ve töre örneğinde olduğu gibi bir kısım toplumsal norm ve değerlerden de gelebilir. Siyasal toplumun, sivil toplum üzerindeki yetkileri maksimum boyuta ulaşırsa bu kez sivil toplum yok olur, ortaya da totaliter bir toplum-devlet yapısı çıkar. Otoriter ve totaliter toplum-devlet yapılarında siyasal toplum, sivil toplumun her alanına müdahale etmektedir. Bu tarz toplumlarda siyasal yapı, tüm kamusal alanı domine ettiği gibi bireysel alan da bırakmayarak insanları egemen siyasi gücün görüşleri doğrultusunda yönlendirmeye çalışmaktadır. İdeoloji ya da inanç temelli siyasal toplum yapılarında sivil toplum, siyasal toplumun (siyasal toplumu oluşturan bireylerin) sahip olduğu ideoloji ya da inanç doğrultusunda şekillendirilebilmek adına kamusal alanın ötesinde özel yaşam alanlarını da sürekli kontrol ve baskı altında tutulmak durumundadır. George Orwell’in 1984 adlı romanı bu nitelikte bir devlet ve toplum kurgusuna dayanmaktadır (2013). 20. yüzyılda görülen

otoriter-totaliter devlet-toplum yapıları 1984 romanında öngörülenlerin tamamen hayal ürünü olmayıp, yaşanabileceğini göstermektedir. Gelişen teknoloji bireyleri bir yönden özgürleştirmekte, fakat aynı zamanda takip ve yönlendirmeye de açık hale getirmektedir. Uzaktan algılama teknolojilerinin gelişimi, bireylerin özel yaşam alanını dahi siyasal ya da sivil güçlerin müdahalesine açmıştır. Devletten bağımsız olduğu kabul edilen ve günümüzün en önemli sivil-kamusal alanını oluşturan internet platformu bile gerek sivil, gerekse siyasal yönlendirme ve takibe açıktır. Bireylerin özel alanlarını her geçen gün daha fazla ihlal etmeye yönelik program, uygulama ve düzenlemeler ile bunlara karşı koymaya yönelik program ve uygulamalar nerdeyse at başı yarışmaktadır. Açıklanan nedenlerle siyasal toplumun, bireyi-bireysel alanı dahi yok ettiği bir kurgu olan 1984 romanındaki “big brother” yaşanan bilimsel ve teknolojik dönüşümle adeta gerçekleşmektedir.

Siyasal toplumu devletin bir alt kümesi olarak ele alırsak, devlet aygıtı; devlet başkanlığı, hükümet başkanlığı ve idare gibi siyasal aygıtlar ile ideolojik aygıtlardan oluşmaktadır. Siyasal aygıtlar zor kullanma tekeline sahip kurumlardan oluşurken, ideolojik aygıtlar ise siyasal aygıtları, sivil topluma-toplumu oluşturan bireylere benimsettirmeye yönelik aygıtlardır.

Sivil toplum içinde bireyler-sosyal örgütler arasındaki ilişkiler her zaman uyuşma ile sonuçlanmaz. Nihayetinde herkes kârını ve hazzını maksimize etmeye çalışmaktadır. Bu nitelikte bir yarış içinde uyuşmazlık çıkması, şiddet yaşanması ve bireysel sözleşmelerin uygulanmaması durumunda sivil toplumun yapabilecekleri sınırlıdır. Uyuşmazlık ve şiddetin taraflarından kendi uyuşmazlıklarını çözmelerini beklemek sivil toplum anlayışıyla bağdaşmaz. Esasen John Locke'de siyasal toplumun kuruluş gerekçesini, doğal hayatta çıkan uyuşmazlıkları, yasalar doğrultusunda karara bağlama yetkisine sahip tarafsız bir yargıç gereksinimine bağlamıştır (Locke, 2012: 82).

Her ne kadar geleneksel toplum yapısının etkin olduğu bölgelerde, sözüne itimat edilen sivil otoriteler bulunsa ve yerine göre bu konumdaki şahısların görüşü birçok konuda etkili olsa bile, suç teşkil eden eylemlerin bastırılmasında bu şahısların bir etkisinin olması mümkün değildir. Bu tarz sivil otoritelerin diğer uyuşmazlıklardaki etkisi de esasen uyuşmazlığı çözmekten ziyade baskılamaya yönelik olduğundan, modern bir

toplumda uyuşmazlıkların geleneksel ya da karizmatik meşruiyet sahibi toplumsal lider ya da kanaat önderleri aracılığıyla çözülmesi beklenemez.

Sivil toplum, barış, eşitlik, özgürlük ve olumlu değerler üzerinde kurulabilir. Sivil toplumu oluşturan bu değerlere aykırı durumların oluşması halinde bu durumu çözmek, zor kullanma tekelini rasyonaliteden alan siyasal toplum-devlete aittir. Devletin-siyasal toplumun bireyler ve sivil topluma müdahalesi de ancak hukuk aracılığıyla olabilir. Bunun dışında bir müdahale modern bir sivil toplum anlayışında yer bulamaz. Sivil toplum içinde oluşan anlaşmazlıkları çözmek, şiddeti önlemek ve bastırmak-adil bir yaptırıma bağlamak, sözleşmelerin yerine getirilmesini sağlamak siyasal toplumun bir görevidir.

Sivil toplumun altından kalkamayacağı, güvenlik, adalet gibi gereksinimler de ancak siyasal toplum-devlet tarafından karşılanabilir. Böylelikle sivil toplum, siyasal toplumu kurarak, meşruiyetini sağlamakta, buna karşılık sivil toplumun varlık ve işlevlerini sürdürmesi ise siyasal toplumun (gerektiği ölçüde) müdahalesini gerektirmektedir. Karşılıklı bu ilişki ve bağımlılık hem sivil toplum hem de siyasal toplum için kaçınılmaz görülmektedir.

BÖLÜM 2. : SİVİL TOPLUM İLE SİYASAL TOPLUM ARASINDA HUKUK

Hukuk, sivil toplum ile siyasal toplumun kesişme bölgesinde yer almaktadır. Hukuk bu özelliğiyle hem sivil toplumun, hem de siyasal toplumun konusunu oluşturmaktadır. Sivil toplum açısından hukuk, sivil toplum içindeki ilişkileri düzenleyen sosyal yaptırım kurallarından biri ve en önemlisidir. Siyasal toplum açısından hukuk ise siyasal toplumu sivil topluma karşı meşrulaştıran ve sivil topluma yönelik işlem ve eylemlerin yerine getirilmesinin en önemli kurumlarından biridir. Sivil toplum da siyasal toplum da hukuka bağlı olmak durumundadır, çünkü sivil ve siyasal toplumsal yapıların varlığı ve öngörülen düzenin sürdürülmesi buna bağlıdır.

Pozitif hukuk, sistem anlayışı çerçevesinde siyasal toplumun bir çıktısı olmakla birlikte siyasal toplum, sivil toplum bünyesinden çıkarak, sivil toplumun onayıyla faaliyette bulunduğu; siyasal toplumun çıktısı olan pozitif hukukun kökeni de sivil toplumdur. Böylelikle hukuk, sivil toplumun kendi kendine düzenleme yapamadığı alanlarda devreye giren ve girmesi gereken toplumsal bir yaptırım dizgesidir.

Siyaset ve hukukun sistemik olarak birbirine bağımlı yapılar oldukları, fakat ilişkinin asimetrik bir ilişki olduğu da öne sürülmektedir. Bu düşüncede siyaset, kolektif bağlayıcı kararlar vermeyi hukuk aracılığıyla sağlarken hukuk, siyasetin iktidarın “iktidarını” yardımına ancak karar verirken çağırılmaktadır. Kararların verildiği yargı sistemi, hukukun sadece bir alt sistemi olup siyaset ve hukuk, birbirinden tamamen bağımsız iki sistem değil, birbiriyle uyumlu iki farklılaşmış sistemdir (Çataloluk, 2010: 67-68) .

Özgür ve eşit bireylerden oluşan bir toplumda hukuk, rasyonel bir düzen olarak varlık kazanabilir. Böyle bir (sivil) toplumda genel irade, kamusal rasyonellik anlamında tek tek bireylerin aklından oluşmak suretiyle kamusal hal bir almakta ve böylelikle toplumun işleyiş mekanizmasını kurmaktadır. Hukuk da bu ortak aklın ürünüdür. Böylelikle hukuk düzeni, yetkisini (sivil) toplumdan alan egemen gücün iradesine bağlanır (Topuzkanamış, 2013: 78-80).

Avrupa ve Amerika’da yaşanan, coğrafi, bilimsel, ekonomik ve seküler gelişmeler sonucu, modern toplum öncesi geleneksel kontrol sistemlerinin çözülmesiyle, antik

döneme kadar (M.Ö. 2330 Urukagina Yasaları) giden yasaların, toplumsal yaşamı sürdürmeyi sağlayan rol ve işlevinden yararlanılarak Batı'da orantılılık ve iadevi hukukun öne geçtiği yeni bir hukuk mantığı ortaya çıkmıştır. Bu süreçte burjuvanın siyasal iktidara ortak olması, siyasal iktidarın burjuva çıkarlarını dikkate almasını, böylelikle devletin muhatap alması gereken yeni bir kamusallığın inşasını gerektirmiştir (Özcan, 2017:187-191).

Sivil toplum kavramına eleştirel yaklaşan düşünürlerin görüşlerine göre (Liberal) devletin, siyasal-kamusal görevi, sivil (burjuva) toplum bünyesinde, mülkiyet, sözleşme, istihdam ve miras hakları ile özel bir alan kuran özel bir hukuk sistemi kurmak, çalıştırmak, yönetmek ve korumaktır. Devletin bu şekilde müdahalesi, devlet ile sivil toplumu ayırıştırılmaktadır. Hukukun üstünlüğü kavramı, egemen gücün kendisini sınırlamasını ve devletin gerçekleştirdiği eylemleri, yasa yapma ve uygulamanın aleniliği yoluyla hukuka bağlamakla, siyasi toplumu-devleti böylelikle sivil toplumdan ayırmaktadır (Cohen ve Arato, 2013:207). Liberal görüşün karşısında yer alan bu görüş, sivil toplum ile siyasal toplum arasında, hukukla sağlanan ilişkiyi kabul etmekle birlikte, liberal görüşten farklı olarak hukukun üstünlüğü kavramının, egemenin kendisini nesnel bir görüntü altında sivil topluma kabul ettirmesinin dayanaklarından biri olarak kabul etmektedir.

Hukuka esas meşruiyetini veren sivil toplum olduğu için, sivil toplumun onay vermediği bir hukuk, meşru bir hukuk sayılamaz. Bunun dışında hukuk, siyasal toplumun, sivil toplum üzerindeki örgütlü kamusal kontrolünde kullanılan bir araçtır. Siyasal toplumun kamusal kontrol aracı olması nedeniyle hukuk, iktidar kavramıyla birlikte siyasal toplumun konusudur. Hukukun kültürel, felsefi, ekonomik ve ideolojik başka boyutları da olmakla birlikte esas kaynağı olan (sivil) toplumdaki sosyolojik tanımı; hukukun, toplumsal bir gerçeklik olduğu ve uyulmaması halinde maddi yaptırım içeren tüm düzenlemelerin hukuk olduğudur. Fuller (2016: 67) bu konuya ilişkin olarak, kanunların kamusal eleştiriye açık (kanunlara tabi olacak kişilerin kanunun içeriğine etkin bir şekilde vakıf olması süreci de dâhil) olabilmesi için uygun bir şekilde ilan edilmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Yazar, kanunlar rahatça erişilebilir değilse, bunların onları uygulamakla yükümlü olanlar tarafından yok sayılmasına ilişkin hiçbir kontrol mekanizmasının olmayacağını öne sürmektedir. Böylelikle Fuller, hukuk

normunun ilan edilmesi ve erişilebilir olması üzerinden önemli bir noktaya işaret etmiştir. Hukuk normunun sivil toplum tarafından anlaşılıp değerlendirilebilmesi ve yorumlanabilmesi için normun sivil toplum tarafından erişilebilir olması, ön bir şart olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk, siyasal toplumun kendi içinde yorumlayıp uyguladığı bir iç düzenleme olmayıp, asli muhatapları sivil toplum ve bireyler olmak üzere toplumun tüm paydaşlarınca (sivil-siyasal toplum) eşit bir şekilde erişilebilir, anlaşılabilir ve değerlendirilebilir olmayı gerektirmektedir.

Hukuk, sivil toplumun en önemli güvencesi, siyasal toplum-devletin de en önemli meşruiyet aracıdır. Hukuka dayanmayan bir siyasal toplum-devlet yapısının, tüm devlet erklerini özellikle yürütme (kamu yönetimi) ve yargı erkini sivil toplum üzerinde baskı aracına dönüştürme ve sivil toplumu yok etme potansiyeli bulunmaktadır. Nitekim bunu fark eden 18 ve 19. Yüzyıl filozofları kavramların tarihçesinde belirtildiği üzere bunun önlenmesi için birçok öneri geliştirmiş olup bu süreçte hukuk üzerinden tanımlanan modern bir (sivil) toplum anlayışına ulaşılmıştır. Toplumsal düzenin dinsel referans olmadan hukuk üzerinden tanımlandığı ve siyasal iktidarın politik takdir hakkı yerine, hukuki meşruiyeti esas alan yönetime anlamında “hukuk devleti” kavramı bu şekilde ortaya çıkmıştır (Özcan, 2017: 192-194).

Toplumsal bir kurum olan hukukun siyasal toplumdaki örgütlü kamusal ifadesi olan “pozitif hukuk”, siyasetin belirleyici olduğu normatif bir dizgeye dönüşmüş olmaktadır. Bu normatif düzen ile toplumsal gerçeklik uyduğu ölçüde hukuk, yaşayan gerçek bir hukuk olur. Eğer pozitif hukuk ile toplumsal gerçeklik birbiriyle uyumlu değilse yani, siyasal toplumun öngördüğü hukuksal normatif düzen, sivil toplumsal yapıda karşılık bulmuyorsa, bu durumda sivil toplumsal yapı (sivil toplum unsurları) ile siyasal toplumsal yapı arasında bir gerilim kaçınılmazdır. Bu durum aşağıda sivil toplum ve hukuk bölümünün alt ayrımları arasında yer alan sivil itaatsizlik olgusuna yol açan olgulardan biridir.

Temsili demokrasi, siyasal toplumun çekirdeğini oluşturan iktidarın, seçim sistemleri aracılığıyla oluşması üzerine kurgulanmıştır. Fakat Sartori, temsilcilerin, temsil edilenlere oranı azaldıkça temsilci sözcüğüne yüklenen halkın iradesini temsil etme işlevinin de azaldığını öne sürmektedir. Temsilciden ne kadar çok şey beklenirse temsilcilerin temsil ettiklerine o kadar az bağlanmış sayılacağını de belirten Sartori’ye

göre temsilcilerin seçim yoluyla belirlenmesi yani sivil toplumun tercihte bulunması, yasaları sivil toplumun yaptığını düşünmemize yetmez. Aynı şekilde sivil toplum, temsilcilerinin yaptığı yasaları gerçekten istemiş olduğu için de özgür sayılamaz. Özgürlük, yasa yapmaya katılma (seçim sistemi) nedeniyle var oluyorsa, çok az sayıda kişi bu özgürlüğe sahip olabilir. Özgürlük için sivil toplumun, siyasal toplumun yasa yapma yetkilerini denetlemesi ve sınırlaması gerekir (2017: 389-390). Görüldüğü gibi Sartori, sivil toplum ve bireyleri, siyasal toplumun (pozitif) hukuk normu oluşturma işlevine ortak etmek suretiyle siyasal toplumun hukuk normu oluşturma işlevi üzerinde denetleyici ve sınırlandırıcı bir rol oynamasını sağlamakta, böylelikle yasa yapma yetkininin özgürlüğü yok etme potansiyelini etkisizleştirmenin yolunu göstermektedir.

Hukuk normunun oluşabilmesi için sivil toplumda bir sorun-gereksinim olmalı, bu sorun ve gereksinim, bireyler, sivil toplum kuruluşları, siyasal partiler ve uluslararası güç merkezleri gibi oluşumlar tarafından yasa koyucunun gündemine getirilmeli, bu sorun ve gereksinim siyasi irade tarafından kabul edilmeli böylelikle hukuk normu oluşturulmalıdır (Sözer, 2014: 1105). Sözer'in ifade etmek istediği husus; sivil toplumdaki gereksinimin siyasal topluma aksettirilerek, siyasal toplum tarafından benimsenmesi gerektiğidir.

Klasik sosyolojinin son temsilcilerinden Talcott Parsons, modern bir hukuk sisteminin doğuşunda en önemli adımın, devlet politikasının aracı konumundaki yasalardan, cemaat türü toplumsal yapının devletten farklılaşmasını temsil eden ve bunlar arasında bir arayüz işlevi gören yasalara geçiş olduğunu öne sürmüştür. Böyle bir yasal sistem, devleti “kendi yetkileri üzerindeki bir takım yasal kısıtlamaları hem tanımlayan hem de tatbik eden” düalist bir konuma yerleştirmiştir. Böylelikle Parsons, toplumu kendi kendine yeter sosyal bir sistem şeklinde tanımlamış ve siyasi olarak sınırlandırılmış coğrafi birimler-ulusal devletleri çerçeve olarak kabul etmiştir (Cohen ve Arato, 2013: 116-117).

Sivil toplum bünyesinde (ya da bağlantılı ekonomik toplum bünyesinde) meydana gelen ekonomik etkinlik ve ilişkiler de özünde insan faaliyetleri olduğuna göre sivil toplum için öngörülen tüm özelliklerin, ekonomik toplum için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ekonomik toplum bünyesinde meydana gelen ve sivil toplumun

kendi kendine onaramayacağı türden aksamalara da ancak siyasal toplum kurumlarıyla müdahale edilebilir.

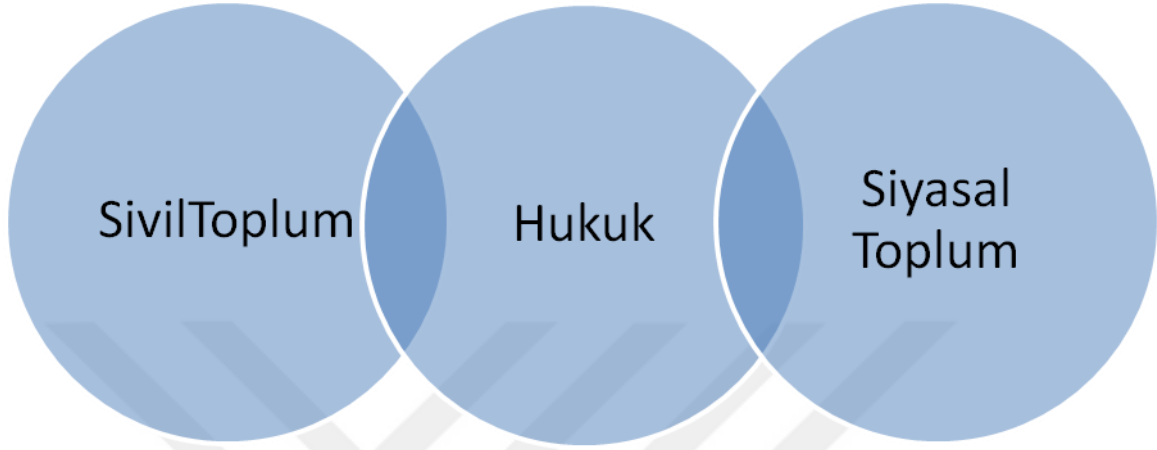
Sivil toplum özgür, iradi ilişkilerin ve etkileşimlerin faaliyet alanı olsa da ilişkiler her zaman iradi ve gönüllü sonuçlanmamakta, sivil toplumu aksatan birçok olay her gün, her an gerçekleşmektedir. Sivil toplum içinde en olumsuz durum, insanların birbirlerinin yaşam haklarını ellerinden almasıdır. Bunun dışında özel hukukun düzenleme alanına giren bireysel ilişkiler ve ekonomik faaliyetler, özel ilişkilerin temelini oluşturan iradi, sözleşmesel öngörüye uygun sonuçlanmayabilmektedir. Evlilikler anlaşmazlıkla sonuçlanabilir. Sözleşmelerde borçlar yerine getirilmeyebilir. Sivil toplum içinde bireyler haksız fiillere maruz kalabilir. İşte her türlü olumsuz durumda sivil toplum, bunları düzenleyecek, düzeltecek kurallara ihtiyaç duyar.

Olumsuz sonuçlanabilen sivil toplum etkinlikleri ile istenmeyen insan davranışları olarak suç ve haksız fiillerin, hukuk dışındaki diğer sosyal yaptırım kurumlarıyla yaptırıma tabi tutulması ya da tazmin edilmesi tam olarak mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle sözleşmelerin yerine getirilmemesi gibi olumsuz şekilde sonuçlanan sivil-ekonomik toplum faaliyetlerinin onarılması, bireylerin vicdani yaptırımlarına bırakılamaz. Dahası toplumsal-ekonomik ilişkilerin onarılmasını, bireysel vicdani yaptırımlara bırakan bir toplum, modern anlamda sivil bir toplum sayılamaz.

Modern toplum, çoğulculuk, farklılık, özellikle tanımlandığından bu niteliklere sahip bir toplum ancak rasyonel, herkes için geçerli sayılabilecek kurallarla bir arada olabilir, bu kurallar da ancak rasyonel bir hukuk olarak tanımlanabilir. Hukukun, sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki rolünü tam olarak yerine getirebilmesi için de önceliğin sivil topluma ve bireye verilmesi gerekmektedir.

Hukukun sivil toplum ve siyasal toplum tarafından aynı şekilde algılanması ve kabul edilmesi hukukun kültürel boyutudur. Kültür, hukukun oluşumu kadar uygulanmasında da sivil toplum-siyasal toplum arasındaki simgesel bağı oluşturur. Böylelikle kaynağı sivil toplum olarak kabul edilen ve siyasal toplum bünyesinde pozitif bir varlık kazanan hukuk, sivil ve siyasal toplumda baskın olan hegemonik kültürün kabulleri doğrultusunda anlaşılacak ve uygulanacak durumundadır. Bununla beraber demokratik bir toplum ve devlet yapısı, çoğunluğun hükmetmesi olmayıp, azınlıkların haklarının ve

tercihlerinin de korunmasını gerektirdiğinden bunun gerçekleştirilmesi için dahi hukukun koruyucu işlevine ihtiyaç bulunmaktadır.



Şekil 1: Sivil Toplum-Siyasal Toplum Kesişme Bölgesinde Hukuk

Hukuk, şekil 1 de görüldüğü gibi sivil toplum ile siyasal toplumun kesişme bölgesinde olmasına rağmen ana akım hukuk anlayışında hukuk, siyasetten kopuk, nesnel bir varlığı varmış gibi değerlendirilmektedir. Hukukun siyasetle ilişkisi, eleştirel hukuk çalışmalarının en önemli çalışma konularından birini oluşturmaktadır. Modern hukuk anlayışı, hukukun önceden ilan edilmiş nötr ve tarafsız olduğu varsayımına dayanmaktadır. Oysa hukukun her safhası yoruma dayanmakta olup, yorumun nötr ve tarafsız olması mümkün olmadığından bu bir kurgudur. Hukuki gerekçe de siyasetten ve yorumu yapanın kimliğinden, birikiminden, bilgi düzeyi ve dünyayı algılamasından ayrı tutulamaz. Siyasetin irade, hukukun akıla dayandığı öne sürülürse de hukuk normunun oluşum sürecindeki siyaset göz ardı edildiği gibi, hukukun uygulanma sürecindeki ideoloji ve siyaset de yok sayılmaktadır. Hukukta uygulanabilir normlar ortaya çıkana kadar toplumsal olgu ve olaylar iletişim yoluyla aktarılırlar ve olayların sunulduğu araçlar, dil ve söylemden oluşur. Dil dünyayı temsil eden basit bir araç olmayıp, dünyanın başlı başına yorumudur. Anlam her zaman temsili bir bağlamda sosyal olarak oluşur (Aktaş, 2011: 151-154) .

Böylelikle hukuk, sosyal olgu ve olay temelinde (sivil) toplumda oluşur, dilsel pratikler ve iletişim aracılığıyla siyasal topluma aktarılır ve aynı dilsel süreçle hukuksal norma dönüşür. Hukuk normunun uygulaması da aynı şekilde sivil ve siyasal toplumda dile dayanan bir etkinlik olup, dilin sivil hayattaki sözlü ve yazılı yorum ile anlam üretmeye ilişkin tüm süreçleri hukukta da aynı şekilde dilsel yorum ve anlam üretme yolu ile oluşur.

2.1. Kamusal Alan ve Kamuoyu

Sivil toplum ile siyasal toplumun kesişme bölgesi, kamusal alandır. Sivil toplum esas olarak kamusal alandaki bireysel ve sosyal etkinliklerden oluşurken, siyasal toplumun esas düzenleme ve müdahale bölgesi de kamusal alandır. Bu özelliğiyle bireyler ve sivil toplum unsurları, sivil toplum içinde birbirleriyle etkileşim içinde bulunurken, siyasal topluma ilişkin etkileşimlerde de bulunurlar. Aynı şekilde devlet-siyasal toplum da, sivil toplumun kendi kendine karşılayamadığı gereksinimlerini kamusal alan üzerinden karşılar. Sivil toplum içinde kendisine ihtiyaç duyulan anlarda siyasal toplumun işlevini yerine getirebilmesi için siyasal toplumun, kurumlarıyla kamusal alan içinde yapılanması gerekmektedir. Böylelikle kamusal alan, hem sivil toplum hem de siyasal toplum kavramlarının merkezinde yer almaktadır. Kamusal alan, ne siyasal toplum-devlete ne de sivil topluma ait bir kavramdır. Her ne kadar baskın görüş, ekonomik toplumu, sivil toplumdan ayrı kabul etmekte ise de, ekonomik toplumun esas faaliyet bölgesi de kamusal alan olup, ekonomik etkinlikler de esas olarak kamusal alanda gerçekleşir. Böylelikle kamusal alan, sivil toplumun, siyasal toplumun ve ekonomik toplumun ortak faaliyet alanı olarak her üç kavramın kesişme bölgesini oluşturmaktadır. Hegel, devletin denetiminde olan alanı, “kamusal alan”, devletin denetimi dışındaki alanı ise “sivil toplum alanı” olarak tanımlamıştır (Kalaycıoğlu, 1997: 111-112).

Arendt’e göre kamusal alan, herkese açık (aleni), insanların sınırlama olmaksızın, uyum içinde bir araya geldikleri, birlikte hareket ettikleri, özgürlüğün kendisini gösterebildiği yerdir (Arendt, 1994: 74 vd.).

Sivil toplum, kamusal alanda meydana gelen bir oluşum olup devlet, rasyonalite ve tarihsel ilerleme, kamusal alanda gerçekleşir (Çaha, 2016: 36).

Sivil toplum, toplumsal grupların kendi çıkarlarını gerçekleştirebilmek üzere birbirleriyle ve devletle etkileşim içinde oldukları, aile ile devlet arasında kalan kamusal bir mekândır (Erdoğan, 1998: 7).

Kamusal alan, kendi ekonomik çıkarlarını gerçekleştirmeye çalışan bireyler ile en üst siyasal örgütlenme olan devlet arasındaki alan olup, bireylerin devletten bağımsız olarak ama kendi kişisel yararlarını gözetmeden, genel toplum yararını gerçekleştirmeyi amaçlayan etkinlikleri bu alanda gerçekleşmektedir. Sivil toplum kuruluşları, (çeşitliliği ve) çokluğu ile (sivil toplumdaki çoğulluğu) yansıtmaları halinde, sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki ilişki ve etkileşimi (böylelikle demokrasiyi) kamuoyu üzerinden sağlayabilir (Tunçay, 2003: 12-13).

Sivil toplum ve siyasal toplumun (hatta ekonomik toplumun) kesişme bölgesi kamusal alanda gerçekleştiğine göre sivil toplum ve siyasal toplum arasındaki en önemli bağlantıyı sağlayan hukukun etkinlik alanı da kamusal alan olmaktadır. Hannah Arendt'e göre kamusal alan, tabiat olarak eşit olmayan, fakat siyasi açıdan eşit olarak yapılandırılan bireylerin oluşturduğu bir çoğunluğu gerektirir. Bu çokluk, zora dayanmayan bir söylem tarafından tanımlanan bir etkileşim modeli tesis eder (Cohen ve Arato, 2013: 165).

Türkçede kamu kelimesi devlet kavramına da gelmekle birlikte kamuoyu kavramı, genel toplumsal kanaat anlamında kullanılmaktadır. Kamuya açık ibaresindeki kullanım ise topluma açık anlamını taşımaktadır. Kamu hizmeti ise topluma yönelik hizmet anlamında kullanılmaktadır. Bu farklı kamu kullanımlarından yola çıkarak kamusal alan kavramını, sivil toplum etkinliklerinin hayat bulduğu her türlü alan olarak tanımlayabiliriz. Bu fiziksel bir alan olabileceği gibi internet gibi elektronik bir ortam- alan da olabilir. İnternet platformunda serbest girilen siteler ve herkese açık forumlar, kamusal alana karşılık gelmektedir. Yani bireylerin serbestçe girip faaliyette bulunduğu ve aynı şekilde ayrıldığı tüm alanlar, isterse sanal olsun, kamusal alan olarak sivil toplumun faaliyet alanıdır. Özet olarak kamusal alan, insanların iletişim ve etkileşimde bulunduğu devletten bağımsız yaşam alanıdır.

Kamusallığın modern toplumlardaki dönüşüm süreciyle birlikte kamusal alan, artık homojen ve kurgusal değil, birbirinden farklı, reel sosyal yaşamların oluşturduğu,

bireylerin faaliyet alanına dönüşmüştür. 18 ve 19.y.y. lardaki kamusal alan, bireylerin harmonize edildiği bir alan iken, bugünün modern sivil toplumlarının kamusal alanı, bireylerin farklılığını muhafaza ederek yer aldığı bir düzeydir. Bireyler farklılıklarını muhafaza ederek kamusal alanda toplumsallaşma becerisini kazandıkları için, gelişmiş toplumlarda uzlaşma kültürü ve tolerans da gelişmiştir. Farklılıklarını muhafaza ederek toplumsallaşan bireylerin oluşturduğu sivil toplum-siyasal toplum etkileşimi ve bununla bağlantılı demokrasi ve hukuk algısı-uygulaması, elbette ki farklılıkları muhafaza edemeyen ve toleransı düşük bireylerin oluşturduğu sivil toplum-siyasal toplumun demokrasi ve hukuk algısı-uygulamasından farklı olacaktır (Habermas, 2018).

Sivil toplum, farklılaşmış, otonom bir kamusal alanı gerekli kılmaktadır. Bu tarz bir kamusal alan ise liberal düşüncenin öngördüğü bir kamusal alandır (Çaha, 2016: 55).

Kamusal alan, devlet ile toplumsal alan arasındaki özerk aracı kurumları içerdiğinden, toplumu ve siyasal sistemi dönüştürücü potansiyele sahip olması nedeniyle demokrasi kuramları içinde önemli bir kavramdır. Bununla birlikte Türkiye’de sivil toplumla özdeşleşen bir kamusal alan imgesi olmadığından; toplumsal zihniyet dünyamızda kamusal alan, devlete ait varlık ve söylem alanı olarak görülmektedir.

Kamusal alanın dönüştürücü potansiyelini gerçekleştirebilmesi için devlet (siyasal toplum) tarafından yaptırımlarla özerkliğinin temin edilmesi gerekir. Birleştirilmiş demokrasi modelinde sivil toplum ile özdeşleşmiş kamusal alanın sınırlarını devlet ve yasalar belirler (Tosun Erdoğan, 2003: 39-40). Böylelikle görevi esas itibarıyla (temel insan haklarını ve bireyin özerkliğini sağlayabilmek için) sivil toplumun kendisini yeniden üretmesini sağlamak olan siyasal toplum; sivil toplum için hayati öneme haiz olan kamusal alanın özerkliğini de hukuk aracılığıyla güvenceye almalıdır.

Kamusal alan içinde sivil toplumu oluşturan faaliyetler kural olarak siyasal toplumdan-devletten bağımsızdır. Yani siyasal toplum-devlet olmasa bile sivil toplum bünyesinde var olurlar. Bireylerin yani insanların ihtiyaçları onların birer hakkı olup, bu hakların siyasal toplum-devlet ile bir nedensellik ilişkisi yoktur. İnsanların yaşama, düşünme, düşüncesini ifade etme, inanç, iletişim, ulaşım, evlenme gibi hakları bireylerin en temel hakları olup bu hakları ne siyasal toplum-devlet ihdas etmiştir ne de yok edebilir.

Kamusal alan içinde en önemli faaliyetlerden birisini ekonomik faaliyetler oluşturmaktadır. Hatta Marx, toplumun temelinde ekonomik ilişkilerin yattığını öne sürmektedir. Ekonomik faaliyetler, sivil toplumun içindeki gerek bireylerin gerekse ekonomik örgütlerin ekonomik nitelikteki kararlarını alıp uyguladıkları bir alanda yer almaktadır. Ekonomik nitelikteki üretim (neyin, ne kadar üretileceği) ve bölüşüm (kimin ne kadar ve nasıl tüketileceği) gibi faaliyetlerin, piyasa içinde fiyat mekanizması aracılığıyla belirlenmesini esas alan anlayış, nihayetinde sivil toplum içinde yer alan bir kavrama işaret etmektedir. Serbest piyasa kuramı, fiyat mekanizmasının, bireyler ve ekonomik örgütler gibi aktörlerin verdiği kararlar-tercihleri belirlediğini, sivil toplumun bir uzantısı olan piyasadaki dengesizlikleri (arz ve talep miktarındaki değişimleri) zaman içinde dengeye ulaştıracağını öngörmektedir. Ekonomi biliminde ilk dönem kuramcılarının kavramsallaştırdıkları “görünmez el” kavramının sistemin işleyişini kendiliğinden sağladığı düşünülmüştür. Liberal piyasa ekonomisi anlayışı, serbest piyasa koşullarında yer alan faktörlerin iradi bağitları sonucu oluşan dengede arz-talep seviyesinde gerçekleşen sapmaların, siyasal toplum-devletin ekonomik sisteme müdahale etmemesi halinde (piyasa koşullarının kendi içsel dinamikleri ile) zaman içinde yeniden denge haline geleceğini, aksamaların zaman içinde kendiliğinden düzeleceğini öngörmektedir. Bununla birlikte, 1929 buhranı sonrasında klasik iktisatçıların öngördüğü gibi bozulan dengeler kendiliğinden düzelmemiştir. Keynes, ekonomik ve sivil toplum içinde bozulan ekonomik dengelerin düzelmesi için siyasal toplum-devlet tarafından piyasaya talebi arttırıcı yönde (efektif talep) aktif müdahale edilmesi gerektiğini, kendiliğinden (görünmez el tarafından) bir türlü denge noktasına gelemeyen piyasa dengesinin ancak devletin müdahalesiyle kurulabileceğini öne sürmüştür. Dünyayı sarsan ekonomik kriz de Keynes’in görüşlerini esas alan politikalarla atlatılabılmıştır (Keynes, 1969: 20 vd.).

Benzer şekilde 2008 yılında yine ABD’de ortaya çıkan ve dünyaya yayılan küresel, finansal-ekonomik kriz de aynı şekilde siyasal toplum-devletin piyasaya müdahalesiyle -devletin finansal kriz içindeki firmalara desteğiyle- büyük oranda kontrol altına alınabilmiştir. Buradan da görüldüğü gibi sivil toplum içinde yer alan en önemli faaliyet alanı olan ekonomik faaliyetlerin (üretim-arz ve bunu karşılayacak tüketim-talep ve bağlantılı konuların) kendi kendine denge haline ulaşmasında oluşan sıkıntıların giderilmesi, büyük oranda siyasal toplum-devletin müdahalesini gerektirmektedir.

Bunun temel nedeni, sivil toplum ile serbest piyasanın, bir bütün olarak kişisel menfaatlerini maksimize etmek isteyen bireylerin örgütlerin faaliyet alanı olmasıdır. Herkesin kendi menfaati peşinde koşması halinde bunun bir bütün olarak sivil toplum ile ekonomik toplumun menfaatine olacağı varsayımı burada ispatlanamamaktadır.

Sivil toplumun bir parçası olarak piyasayı oluşturan aktörlerin ekonomik nitelikteki faaliyetleri nihayetinde insani bir faaliyettir. Bu anlamda farklı menfaatlerin yüz yüze geldiği bir ortamda zayıf durumda olan aktörler için standartlar getirilmesi, sivil toplum içinde yer alan piyasaya devletin müdahalesi anlamındadır. Çalışanlar için asgari ücret uygulaması, çalışanların işverenle olan sözleşmelerinde kamusal müdahaleler, serbest rekabet ortamının oluşması için getirilen düzenlemeler, sivil toplumun içinde yer alan kamusal alanın bir parçası olan piyasanın kendi kendini düzenleyemediğini en azından aksamaları kendi bünyesinde kısa sürede onaramadığını göstermektedir. Sivil toplumun bir parçası olan piyasanın kendi halinde bırakılması halinde bozulan dengelerin bir bütün olarak sivil topluma sirayeti, sivil toplum ve bireyin aleyhine olduğu için bunu önleyebilmek için siyasal toplum-devletin sivil topluma (hukuk içinde) müdahalesi gerekmektedir.

Kamusal alan, özünde sivil topluma ait faaliyet alanıdır. Siyasal toplumun faaliyet alanı ise niteliği gereği kamusaldır. Siyasal toplumun faaliyetleri kural olarak sivil topluma açık olmalıdır. İstisnaları olsa da seçimlerde verilen oyların sayılması, yasama organındaki toplantılar ve yargı organlarındaki duruşmalar kamuya açık yapılmak durumundadır. Yürütme organlarının faaliyetleri üzerinde de sivil toplumun kontrol koşullarının oluşturulması gerekmektedir. Toplumun kendi verdiği yetkiyle faaliyette bulunan kamusal nitelikli birimlerin etkinliklerinin sivil toplum tarafından değerlendirebilmesi için bu açıklık-aleniyet gereklidir. Siyasal toplumun kamusal alandaki görevi, sivil toplumun kamusal alanda etkinliklerin gerçekleştirebilmesi için gerekli koşulları sağlamaktır.

Siyasal işlev gören bir kamu, sadece hukuk devletinin güvencelerine değil, kültürel gelenekleriyle birlikte toplumsallaşma kalıplarının uygun olmasına ve özgürlüğü benimsemiş bir toplumun siyasal kültürüne gereksinim duyar (Habermas, 2018: 51).

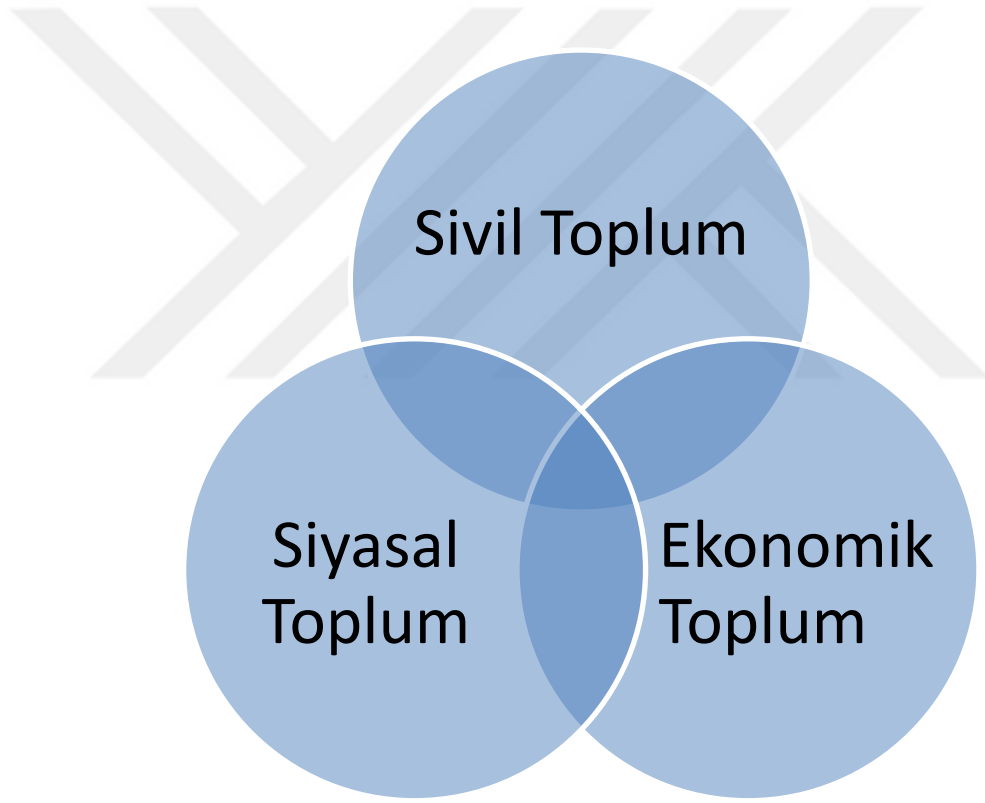
Siyasal toplum, bünyesinde siyasal partiler, kamu yönetimi, kamusal örgütlenmeler, devlet bürokrasisi, zor kullanma yetkisine sahip kuruluşlar ve kamuoyunu oluşturmaya ve yönetmeye yönelik aygıtlarıyla yapmaktadır. Devletin sivil toplum üzerindeki bu işlevlerini ve bunları sağlama biçimlerini Gramsci'nin hegemonya yaklaşımı üzerinden temellendiren Althusser, bunu devletin ideolojik aygıtları kavramsallaştırmasıyla ifade etmiştir (Althusser, 2014: 11-31). Kamusal alanda bulunan kişiler, kitle iletişim araçlarının gelişmesiyle soyut bir haberleşme ağına dâhil olmuş ve bu yolla oluşan kamuoyu, ulusal devletlerin faaliyetlerinin meşruiyetine kaynak teşkil etmiştir (Mardin, 2003: 169).

Habermas'a göre kamuoyu, sosyal devlet ilkesine dayanan demokratik toplumlarda, anayasa normlarının, anayasal gerçeklikle ilişkilerinde (kamu hukuku ve siyaset bilimince) kullanılan kurgusal bir kavramdır. Bu yüzden kamusal topluluğun davranışlarında gerçek bir nicelik olarak teşhis edilemezler. Sosyal devletin anayasal kurumları, işleyen bir kamuoyunu hesaba katmak zorundadır. Modern devletin halk egemenliğine dayanması ve meşruluğu, kamuoyu üzerinden anlaşılır (Habermas, 2018: 380-381). Bu tanıma göre sivil toplum ve siyasal toplum arasındaki ilişki, kamusal alanda kamuoyu üzerinden sağlanmakta ve siyasal toplumun meşruluğu, kamusal alanda beliren kamuoyu üzerinden takip edilmektedir.

Basın-yayın ve medya-sosyal medya organları ile internet dâhil kamuoyunu gösteren ve sivil toplumun varlığı ve gelişmesi için zorunlu platformların gerek siyasal toplum, gerekse de sivil toplum içinde belirli kimselerin-grupların eline geçmesinin (merkezileşmesi-tekelleşmenin) önlenmesi, hem sivil hem de siyasal toplumun sağlıklı işleyişi için zorunludur. Sivil toplumun asli niteliği çoğulculuk ve farklılık olduğu için bu özelliklerin var olması ve sürdürülebilmesi tekelleşmenin olmamasına bağlıdır. Tüm kamusal nitelikli fiziksel yahut sanal ortamlar-alanlar, özü itibarıyla sivil toplumun faaliyet alanı olmakla birlikte, siyasal toplumun da düzenleyici ve önleyici müdahale alanlarındandır. Siyasal toplum, sivil toplumla kesişim alanında yer alan kamusal alanlarda toplumu oluşturan bireyler ve sosyal grupların serbestçe iletişim ve etkileşimini sürdürebilmesi için gerekli koşulları sağlamak zorundadır.

Kamuoyu ve kamu hürriyetleri arasında sıkı bir bağ olup, bu iki kavram birbirini karşılıklı olarak etkilemektedir. Gerçek bir kamuoyunun oluşması için iletişim ve

haberleşme serbest olmalıdır. (Kapani, 1993: 267-268). Sivil toplumun sağlıklı bilgi alması ve olanları değerlendirebilmesi için bilgi üretme, iletme ve kullanma yolları tamamen açık olmalı, buna ek olarak olayları serbestçe değerlendirebilecek, eleştirecek, yorulmayabilecek ortamlar bulunmalıdır. Bunlardan daha önemlisi bu söylenenleri yapabilecek donanımda bireylerin olması gerekir. Böylelikle insan hak ve özgürlükleri, birey vasfını kazanmış insanların, kamusal alanda, kamuoyu üzerinden siyasal toplumu değerlendirebilmelerinin dayanağı olmaktadır. Belirtilen insan hak ve özgürlükleri, düşünce ve ifade hürriyetinden, örgütlenme özgürlüğüne kadar geniş bir yelpazede ifade edilebilecek hak ve özgürlüklerdir.



Şekil 2: Sivil-Siyasal ve Ekonomik Toplumun Ortak Kesişme Bölgesinde Kamusal Alan

2.2. Hukuk

Hukukçuların tanımına göre hukuk: “Belli bir toplumda, belli bir dönemde yürürlükte olan ve devlet tarafından yaptırıma bağlanmış toplumsal davranış kurallarının

bütünüdür.” (Teziç, 2012: 4). Pozitif hukuka gönderme yapan bu tanım, hukuku norm olarak kabul etmekle birlikte bu normların nasıl oluştuğunu, kaynağını ve nasıl uygulandığını açıklamamaktadır. Esasen Türkiye’de hukukçuların esas faaliyeti, büyük ölçüde hukuk normlarını veri kabul ederek bu normları analiz ve yorumlamak üzerine kurulmuştur.

Hukuk normlarıyla kurulan bağlantı üzerinden uyumsuzluk çözümünün hukukçuluk sayıldığı bir anlayışta hukuk, kuramsal bir altyapıya ihtiyaç duymamakta, fakat bu tarz (kuramsal bir bakış açısının gerektirdiği hukuk dışındaki diğer bilgi alanlarından yoksun) hukukçuluk, dar bir hukuk kültürüne yol açmaktadır (Akal, 2017: 11-12). Bu dar hukukçuluk, ülkemizde hukukun geri kalmasının da sebeplerinden biridir. Bu yüzden hukuku daha geniş bir perspektiften algılamak için hukuk dışına çıkmak gerekmektedir. Zira hukuk, salt hukukla tanımlanıp açıklanamayacak ölçüde amorf bir kavram ve kurumdur.

Pozitivist anlayışa göre hukuk normlarını, hukuki olmayan normlardan ayıran husus, ilkinin sosyal bir olguya gönderme yapmasıdır. Böylelikle pozitivist görüşte de hukuk ile sosyal olgu arasında bağ kurularak, hukukun toplumsal bir ürün olduğu teslim edilmiştir (Himma, 2010:16-18).

Hukukun sivil toplum esas alınarak analizi, sosyoloji, psikoloji, antropoloji, dilbilim ve ekonomi gibi birçok disiplinle temas etmeyi gerektirmektedir. Hukukun siyasal toplum esas alınarak analizi de; siyaset, kamu yönetimi, tarih, felsefe v.b disiplinlere vakıf olmaya bağlıdır.

Jorgensen’e göre hukuk, insan eseri kültürel bir fenomen olup tek bir bakış açısıyla kavranamaz. Hukuk, diğer kültürel fenomenler gibi daha büyük kültürel veya toplumsal bir üst sistemin, alt sistemidir (2001: 33-37).

Duguit’e göre hukukun kaynağı, toplumu oluşturan insanların bilincidir. Toplumdaki sosyal dayanışmaya ve toplumda yer alan bireylerin vicdanlarındaki adalet duygusuna uygun her kural, hukuk kuralıdır. Böylelikle Duguit, devleti hukukla bağlayabilmek için hukuku devlet iradesinin dışına çıkartarak, devletin dışında ve üstünde objektif bir dayanak tanımış olmaktadır (Kapani, 1993:254-255).

Hukukun, toplumla bağlantılı olduğu anlayışına elbette bir anda ulaşılmamıştır. Geleneksel toplum yapılarının temel dayanak noktası olan dinsel referans ve meşruiyet anlayışının yıkılıp, (Aydınlanma Dönemiyle) birlikte sekülerleşmesi sonucu, bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri ve devletle olan uyumsuzlukları da bundan aynı şekilde etkilenmiştir. Böylece hukuk devleti yoluyla, başka bir meşruiyete gerek duymayan, belli sınırlara sahip ve kullanıma elverişli bir yaşam dünyası inşa edilebilmiştir (Özcan, 2017:196).

Hukuk, diğerk toplumsal yaptırım-düzen kurallarıyla aynı temele dayanmasına rağmen diğerklerine nazaran daha rasyonel, belirli ve örgütlü bir görünüm arz ederek rasyonel bir kural koyma etkinliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Sosyal bir kontrol aracı olarak hukuk; açıkça gösterilmiş davranış kuralları, düzenli ve belirli yaptırımlar ve bu kuralları yapan, yorumlayan ve uygulayan kamu görevlilerini gerektirmektedir. Yaptırımın varlığı, hukuk için önemli bir gösterge ise de hukuk düzeni genel olarak toplumun büyük çoğunluğunun hukuku (içsel olarak) benimsemesi ve rutin olarak ona uymasına bağlıdır. Hukuka uyma, zordan ziyade itaat kültürüne ve bireyin toplumla kurduğu bağı dayanır (Topuzkanamış, 2013:108-109). Bu bağlamda eğer verili bir (sivil) toplumun tamamının (pozitif) hukuka uymadığını varsayarsak, toplumun tamamına yaptırım uygulanması mümkün olmadığından, böyle bir hukukun artık hukuk vasfını yitirdiğı sonucuna varılır. Yani hukukun tanımında yer alan yaptırım dahi, hukuka sınırlı uymama halinde uygulanabilecek bir nitelik arz etmektedir. Bununla beraber sınırlı olarak uygulansa da etkili bir yaptırım sistemi, kanunlara uymama düşüncesinin zeminini ortadan kaldırır (Rawls, 2017: 269). Hukuka (sivil) toplumun tamamı uymuyorsa artık yaptırım değil, hukuk (normunun) ya da uygulamanın değiştirilmesi gerekir, zira böyle bir durumda hukukun toplumsal meşruiyeti kalmamış demektir. Aynı zamanda bu durum sivil itaatsizliğin de en üst seviyesini oluşturur.

Zorunlu olarak güç kullanımını gerektiren hukuk, herkesin haklarını koruma amacının dışına taşıdığı takdirde, emrine verilen gücü bireylerin temel haklarına karşı kullanabileceğinden bu durumda yozlaşma başlar. Hukuk örgütlenmiş adalet olduğundan, zor kullanma yetkisi veren hukukun, adalet dışı sivil ve ekonomik toplum faaliyetlerini düzenlemekte kullanılması, adaletin tahrip edilmesine yol açar. Yani

hukukun temelini oluşturan yaptırım, bireylerin hak ve özgürlüklerine karşı, onları yok etmede kullanılmamalıdır (Bastiat, 2010:34).

Pozitif hukuk normları oluştukları dönemin toplumsal, ekonomik, kültürel değerlerini yansıtır, bu nedenle statik bir istikrar sağlayıcıdır. Oysa bugün için dünyanın değişim hızı karşısında, hukuk normlarıyla istikrarın sağlanmaya çalışılması bir paradoks oluşturmaktadır. Hukuk normları bizatihi değişim sağlayamaz. Değişim, hukuk dışındaki dinamiklerin sonucudur. Hukuk bu anlamda sivil toplumun sosyoekonomik ve kültürel yapısına bağımlı bir alt sistemdir. Bununla beraber hukukun da bağlantılı olduğu yapılarda değişikliğe yol açmadığı söylenemez. Hukuk, toplumda hukuksal konumlar oluşturarak, ekonomik düzenlemeler yaparak, ekonomik toplumdaki üretim, tüketim ve dağılım ilişkilerini etkileyebilir. Liberal hukuk felsefesinin en önemli temsilcilerinden Hayek, modern toplumlarda (düşününün karşısında olduğu) tasarımı değişimin baş aletinin, kanun yapma faaliyeti olduğunu öne sürmektedir (Hayek, 1994: 99).

Yasa ile hukuk devleti arasında ilişki kurulabilmesi için; yasaların taşınması gereken niteliklerin tespit edilmesi gerektiğini öne süren Schmitt, Antik Yunandan başlayarak birçok filozofun, yasaların niteliği konusunda kafa yordüğünü, yasanın, salt yetkili makamın verdiği bir emir olmayıp, aksine genel nitelikli ve mantıklı bir ürün olduğunu ifade etmiştir. Ona göre yasa doğru, adil ve mantıklı olmalıdır. İçeriği tamamen göz ardı eden salt şekli anlayış, liberal hukuk devletinde kabul edilen yasa koyucunun da yasayla bağlı olması kuralının içini boşaltmakta, böylelikle bu durum monarkın mutlak iradesinin daha çok kişiden oluşan bir organın çoğunluğuyla yer değiştirmesinden başka bir anlama gelmemektedir. Böylelikle Schmitt, burjuva hukuk devletinin şekli yasa anlayışının özelliklerini ve sınırlarını göstererek, maddi içeriğinden koparılmış bir yasa anlayışının, liberal hukuk düzeni açısından da kabul edilebilir olmadığına haklı olarak vurgu yapmıştır (Göztepe, 2015, 148-149).

Hukukun sivil toplum ve siyasal toplum arasındaki ilişkisinin ortaya konulması açısından hukukun mahiyetinin ortaya konulması gerekir. Hukuk, devletin-siyasal toplumun etkinliği olarak kabul edildiğinde pozitif hukuk kavramına ulaşılır. Hukuku, (doğal hukuk ve ideoloji gibi) hukuk dışı kavramlardan uzaklaştırma ve saf bilim yapma adına hukukun adaletle, insan haklarıyla bağını koparan hukuki pozitivistler, hukuku

siyasal iktidarın elinde bir enstrümana indirgemişler ve böylelikle ideolojiden kaçmak isterken hukuku siyasal ideolojiye teslim ederek devletle hukuku özdeşleştirmiştir (Kelsen, 2016:122-126).

Pozitif de olsa hukukun asıl muhatabı (sivil) toplum olduğuna göre, sivil toplumdan bağımsız bir hukuk tanımı yapılamaz. Bununla beraber pozitif hukukun siyasal toplum-devlet tarafından ihdas olunması, hukuk ile siyasal toplum-devletin özdeşliğini gerektirmez. Esasen siyasal toplum, sivil toplumun bir uzantısı olduğuna ve devlet dahi sivil toplumdan, sivil toplum için var edildiğine göre; siyasal toplum-devletin ortaya koyduğu hukukun, sivil toplum ve bireyi nazara almaması, sivil toplum için gerekli adaletten kopuk olması ve insan haklarına dayanmaması aklen de mümkün değildir. Hukuk insanlardan ve toplumdan bağımsız doğal bir varlık değildir. Hukuk, insanlar ve sivil toplum öyle istediği ve kabul ettiği sürece hukuk olur. Pozitif hukukun arkasında siyasal toplumun var olması, hukukun sivil toplumla olan bağıını koparmaz, zira siyasal toplumun arkasında da sivil toplum bulunmaktadır.

Hukuk normlarının, hukukun varlık nedenine -barışın, düzenin ve güvenliğin sağlanmasına- aykırı olmayacak şekilde ölçülü olması, bireylere isyan ettirecek şekilde ağır külfetler getirmemesi ve adil olması gerekir. Bu nitelikleri taşımayan bir norm, asli işlevini yerine getirmeyecek, uzun ömürlü olamayacak ve meşruiyet kazanamayacağı gibi tümüyle geçersiz de olabilecektir (Uygun, 2017: 45). Hukuk, Uygun'un belirttiği gibi, sivil toplumun kendisini yeniden üretebilmesini sağlayacak şekilde ölçülü ve adil olmalıdır.

Sonuç olarak hukuk, toplumsal bir olgu olarak sivil toplumun kendi kendisini yeniden üretmesi için gerekli toplumsal yaptırım kurallarından biri olup, sivil toplumun varlık kazandırdığı siyasal toplum tarafından ortaya konulur ve uygulanır. Hukuk, (sivil) toplum tarafından kabul edildiği ölçüde hukuktur. Sivil toplumun hukuka onay vermesi kural olarak siyasal toplum üzerinden olsa da, yerine göre siyasal toplum ile sivil toplum arasında uyumsuzluk olduğu takdirde sivil toplumun hukuka karşı reaksiyonları da hukuk içinde kalmak koşuluyla sivil itaatsizlikte olduğu gibi meşru kabul edilmek durumundadır.

2.3. Sivil Toplum ve Hukuk İle Bağlantılı Kavramlar

Hukuk toplumsal gerçeklik içinde ve toplumsal yaşamın bir parçası olarak, diğer toplumsal kurum ve olaylarla birlikte var olur. Bu özelliğiyle hukuk, kültürel bir kurumdur. Kültür bir toplumun oluşturduğu ve onu bir arada tutan (baskın) değerler sistemi ve bu doğrultuda oluşturduğu kurumlar, duyuş, düşünce ve davranış kalıplarıdır. Böylelikle kültürel değerler, normlara yol açarken, normlar da içerdikleri yaptırımlarla değerlerin toplumsal sürekliliğini sağlar. Hukuk belirli bir toplumda bireyler ve sosyal grupların toplumsal davranışları üzerinde normatif ve zorlayıcı bir etkiye sahip olduğundan, sivil toplumun hukuk ile bağlantısı, hukukun sosyolojik boyutu anlamına gelmektedir.

Bütün kültürlerin temelinde, neyin önemli, neyin iyi ve değerli olduğunu tanımlayan düşünceler, kabuller bulunur. Bu soyut düşünce ve kabuller-değerler, insanların toplumsal yapı içindeki etkileşiminde, insanların davranışlarını anlamlı kılar, onlara yol gösterir. Normlar da bir kültürün değerlerini içeren davranış kurallarıdır. Bu özelliklerinden dolayı o kültürün üyeleri, toplumsal çevrelerinde nasıl davranacaklarını, bu değer ve normlar üzerinden toplumsallaşma ile öğrenirler (Giddens, 2005: 22-23).

İnsan bir toplum içinde, toplumun basit bir ögesi olmasının ötesinde başlı başına bir amaç olup toplum insanın varlığı için zorunlu olduğuna göre toplumun bir düzen içinde sürdürülebilmesi için insanlar tarafından konulan normlarla düzenlenmesi gerekmektedir (Aral, 2012a: 171).

Hukukun esas kaynağı ve muhatabı sivil toplum ve bireydir. Habermas, hukuku yaşam dünyası olarak tanımladığı sivil toplum ve sistem dünyası olarak ifade ettiği siyasal toplum arasında bir ortam veya bir araç olarak konumlandırmaktadır. Hukuk hem ekonomi ve devletle hem de yaşam dünyasıyla iç içedir. Ekonomik ve siyasal toplumun yaşam dünyasıyla bağlantısı, hukuk üzerinden kurulmakta; hukuk da yaşam dünyasında prosedürel kamusal tartışmalarla şekillenerek buradan da hem ekonomik hem de siyasal sisteme aktarılmaktadır (Yüksel, 2004: 228 vd.).

Habermas, böylelikle normların oluşumunu iletişimsel eylem ve söylem kuramına bağlayarak hukuk normunun oluşum sürecinin etkinliğini sivil topluma ve bireylere aktarmış olmaktadır (Yükselbaba, 2008: 241).

Hukuk, sivil toplumsal yapı içindeki bireysel etkileşimlere bir model ve çerçeve sunma işlevini yerine getirir. İnsanlar belirsizlik içinde yaşayamazlar. Tüm norm ve değerler ile sosyal yaptırım kuralları, insanlara belirlenmiş, verili bir alan yaratarak bireylerin davranışlarına modellik eder. Böylelikle bireyler, davranışlarını toplumun kabul edeceği (toplumdan kaynaklanan) kurallara uyarlayarak, toplumsal yapının devamlılığını sağlar.

Geniş anlamda hukuk, hukuk algısı ile hukukun kaynağı, topluma dayandırıldığında söz konusu olabilir ve ancak bu anlayış doğrultusunda toplumsal yaşama kurallarının bütününe hukuk denilebilir (Mızrak ve Temiz, 2009).

Toplum, salt insanların bir arada yaşadığı bir yapı değildir. Toplum, merkezinde inançlar ve değerler bulunan bir alandır. (Shils, 2002: 86) Bireylerin bu değerler ve davranış kalıplarını benimsemesiyle toplumun devamlılığı sağlanır. Birey gözlerini kurulu bir sosyal yapının içine açar. Aileyle başlayan ve diğer toplumsal birimlerle sürdürülen ilişki ve iletişim ağının ismi toplum olup, (hukuk normlarını da kapsayan) toplumsal norm ve değerler insanın kendisini ve toplumunu tanımlamasına, bireysel ve toplumsal bir kimlik oluşturmaya yardımcı olur. İnsanlar bilinmezliği, belirsizliği belli kabullerle, inançlarla, norm ve değer kalıplarıyla aşar. Değerlerden, normlardan, inançlardan, belli kabullerden oluşan sosyal yapı, bireylerin davranışları, duyuş, düşünce ve davranışları için bir model, bir referans işlevi görür. İnsanların herhangi bir olay ya da durum karşısında olası bir tavır ya da davranış biçimini oluşturma eğilimi olarak tanımlanan tutumlar, insanların davranışlarının da kaynağı olarak sosyal psikolojinin en önemli kavramlarından (İnceoğlu M., 2010: 5 vd.).

Toplum, bireyler, kurumlar ve bunlar arasındaki ilişkilerden oluşur. Toplumların coğrafyaları, tarihleri ve yönetim biçimleri iç işleyişlerini belirleyen ilke ve kuralları ortaya çıkarır. Böylelikle her toplumda farklı değerler ve toplumsal normlar oluşur. Toplumlar, bir değeri benimsedikten sonra, toplumsal işleyişi ve bireylerin davranışlarını o değere göre düzenlemeye yönelik, norm olarak adlandırılan ilke ve kuralları belirlerler. Normlar doğru ve yanlış temelli değerlere dayanan davranış modelleridir. Normlar böylelikle o kültürü oluşturan üyelerin davranışlarına yön verir. Hukuk normları ise kuralları ve yaptırımları yazılı ve belirli olan en güçlü norm olup, toplumun bütünü için geçerli olması; bireysel, bölgesel, etnik, kültürel v.b farklılıkları

dikkate almayacak şekilde düzenlenmiş olmasıyla kurumsallaşmış olarak toplumsal yaşamın belli bir düzen içinde yürütülmesini sağlar (Kartarı, 2020: 227-233).

Toplumun bir insan için ne kadar önemli olduğu psikolojide küçük yaşta izole olmuş insanların bulunmasıyla daha da anlaşılmıştır. İnsanın doğumu sonrası sosyal iletişim ve etkileşimlerde bulunmaması halinde (sosyal izolasyon) daha sonra toplumsallaşamadığı, dil (lisan) ve zekasının da gelişemediği, bu konuda yapılan birçok araştırmada tespit edilmiştir (Özkalp, 2013: 102-104). Bu belirlemelerden anlaşıldığına göre, bir insan ancak bir toplumda-toplumsal ilişkiler içinde tam anlamıyla insan olabilir. Bir toplum da ancak insanlardan-bireylerden oluşur. Toplum ile bireyler arasındaki karşılıklı bu reflexif ilişki birbirinden ayrılamaz görülmektedir.

Toplumsal değerler, norm ve davranış kuralları, insanların davranışlarını yönlendirmesine yardımcı olduğu gibi, hukuk da sivil toplumun, bireyler üzerindeki sosyal kontrolünü sağlamasına yardımcı olur. Zaten hukuk da sosyal yaptırım kurallarından biridir. Hukukun diğer sosyal yaptırım kurallarından tek farkı, yaptırımının siyasal toplum-devlete bağlı olmasıdır. Hukuk, diğer sosyal yaptırım kuralları, norm ve değerler gibi, sivil toplumun kendini yeniden üretmesinin en önemli yollarından birisini oluşturmaktadır.

Sivil toplum, kural olarak özel ve medeni hukukun alanıdır. Zira sivil toplumu oluşturan bireyler yahut bireylerin oluşturduğu sosyal organizasyonlar arasındaki ilişkiler, özel hukuk ilişkileridir. Bununla beraber sivil toplumun kendi kendini yönetme yeteneğine olan güveni ne denli artarsa, devlet kurumlarına ve yasalarına olan ihtiyaç da o ölçüde azalmaktadır (Keane, 1993: 65).

Hukuk, sivil toplum ve sivil toplum içindeki alanlarda bireysel ve sosyal etkinliklerin güvenli ve öngörülebilir bir ortamda gerçekleşebilmesi için düzenlemeler ve yasaklamalar içerir. Bunlar olmadığı takdirde suç ve sapmalar üzerinde adil bir yaptırım uygulanması mümkün olmaz. Hukuk sivil toplum içindeki faaliyetlerin sınırlarını da çizer, çünkü sivil toplum bünyesindeki etkinlikler; rekabete dayalı, bireysel haz ve menfaatleri maksimize etme üzerine kurulmuştur. Bu tarz etkinlikler sınırlanmazsa, sivil toplumun kendi kendini üretme kapasitesi aşınmaktadır. Zira bir toplum büyük oranda simetrik ilişkiler, adalet ve eşitlik gibi değerlerle, barış içinde ayakta durabilir.

Ekonomik faaliyetler de bireysel haz ve menfaatleri maksimize etme üzerine kurulmuş olup, bu etkinliklerin alanı piyasa ve pazar kavramları ile ifade edilmektedir. Gerek sivil toplum, gerekse ekonomik toplum (pazar-piyasa) düzenleme ve yaptırım gerektiren durumlarda siyasal topluma ihtiyaç duyar. İşte sivil toplumun (aynı zamanda pazar-piyanın) ihtiyacı olan yaptırım ve düzenleme, ancak hukuk normu ile sağlanabilir.

Modern sivil toplumlar çoğulcu ve birey tabanlı oldukları için bu nitelikteki bir sivil toplumda oluşacak hukukun da bireylerin farklılık ve özelliklerini yadsımayan bir yapıda olması gerekir. Hukuk, sivil toplumun gereksinim duyduğu düzeni aynı zamanda sivil toplumun varlığını yeniden üretebilmesi için gerekli olan barış, güvenlik, eşitlik ve özgürlük içinde sağlamak zorundadır (Aral, 2012b: 19-25).

Sivil toplumun, sivil toplum içinde oluşabilecek baskı unsurlarından da korunması gerekmektedir. Bunun için de siyasal toplumun müdahalesi kaçınılmazdır. Sivil toplum içinde yer alan ve toplumun gelişmesini önleyen norm ve değerler kadar, şiddeti olumlayan ve baskı ile insanları ve toplumu yönlendirmeye çalışan oluşumların da siyasal toplumun öngörülen etkinlikleri (hukuk normları) ile önlenmesi ve bastırılması gerekmektedir. Bu konuda belli yörelerde halen geçerli olan ve kadınların namus cinayetlerine kurban gitmesine yol açan töreler gibi gelenekleri baskılamaya çalışan hukuk normları ile bu tip geleneksel yaptırım kurallarını önlemeye çalışan yönetsel uygulamalar örnek olarak gösterilebilir.

Hukuk, sivil toplumun güvencesidir. Zira sivil toplum faaliyetleri kural olarak devlet-siyasal toplumdan bağımsız olsalar da sivil faaliyetlerin güven ve düzen içinde gerçekleştirilebilmesi için gerekli ortam, büyük oranda hukuk yoluyla sağlanabilir.

Hukuk, hem norm hem de uygulama boyutunda sivil toplum-siyasal toplum ilişkilerinde çok önemli bir işleve sahip olup sivil toplum ve siyasal toplumdan bağımsız değildir. Avrupa sivil-siyasal toplum sisteminin bir yansıması olan Avrupa hukukunun (muhtelif ulus devlet kodifikasyonlarından) resepsiyonu yahut tercümesi, Avrupa’da oluşan sivil toplum-siyasal toplum gelişmelerinin dışında kalmış Türkiye’nin, Avrupa hukuk anlayış ve seviyesine istenen ölçüde sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Türk hukuk sistemi, normatif yönden, şekli olarak kaynak Avrupa hukukuna benzese de hukuk

dilsel bir kalıp içinde kültürel olarak algılanıp uygulandığından, hukuk yerel özelliklerin belirleyici olduğu bir boyutta anlaşılıp, uygulanabilmektedir.

Hukuk biçimsel olarak norm boyutunda var olsa da, onu uygulamaya dönüştürecek toplumsal-siyasal unsurlar oluşmadığı ve kültürel yapı ve anlayış da dönüşmediği sürece bu sorunun da devam edeceği kabul edilebilir. Bunun için hukuktaki sorunların çözümü için uluslar arası etkileşimlerin de etkisiyle hukuk normlarını tercümesi yolu da dâhil sürekli norm çıkarılması sorunu çözmemekte, sadece ötelemektedir. Gerçek anlamda hukuk reformu, büyük oranda sivil toplumu geliştirmek ve zenginleştirmekle mümkün olabilir.

Avrupa’da hukuk sistemi, Roma Hukukunun temellerinin üstünde, burjuva sınıfının, siyasal toplum bünyesinde yer ve hak elde etme mücadelesiyle oluşmuş, Türkiye’de ise bu alt yapıdan bağımsız olan bir topluma, tercüme yoluyla aktarılmıştır. Batı’yı geliştiren ilerici ve (siyasal toplumdan-devletten) bağımsız burjuva sınıf yapısı ve bireyci anlayış iken, Türkiye’de siyasal topluma ve bürokrasiye hatta dışarıya bağımlı geri kalmış bir burjuva yapısının, ne sivil ne de siyasal toplum yapısının gelişmesine fazla bir katkısı olmamıştır. Üstelik Türkiye’de, Batıdaki anlamda bireyci bir anlayış da büyük ölçüde gelişmemiştir. Batıdaki sivil-siyasal toplum yapısının farklılığından dolayı hukuk, Batı Avrupa’da insan haklarını ve gelişmeyi sağlayıcı bir fonksiyon üstlenirken, ülkemizde insan haklarını temin etmek bir yana geri kalmışlığı kökleştiren bir fonksiyon üstlenmiştir. Bu çelişkiyi Cem, “Batı’daki görevini yapmayan kurumlar” olarak ifade etmektedir (2014:295-296).

2.3.1. Sivil İtaatsizlik

Sivil toplumun, siyasal toplum tarafından ortaya konulan (pozitif) hukuk ile ilişkisinde sivil itaatsizlik, merkezi bir konum işgal etmektedir. Sivil itaatsizlik, bunu hayatında da uygulayan Henry David Thoreau’nun dünyaya armağan ettiği bir kavramsallaştırma değildir. Thoreau’nun Civil Disobedience adlı eserinin ilk satırları “En iyi devlet, en az yöneten devlettir.” sözleriyle başlamaktadır (2014: 9).

Demokratik toplumlarda hukuk normları, tartışma ve müzakere sonucu belirlendiğinden, bu normların kutsallığı yahut sorgulanamazlığı yoktur. Hukuk normlarını sorgulamanın, onlara karşı çıkmanın veya onların değiştirilmesini istemenin,

başkalarının dikkate alınması yönündeki çabaların başarıya ulaşması, (hukuk normlarına yönelik sorgulayıcı) değerlendirmenin, başkalarını (sivil ve siyasal toplumu) ikna edecek nesnel ölçütler kullanılarak yapılması halinde mümkündür (Uygun, 2017:43) .

Demokratik ve insan haklarına dayanan bir hukuk devletinde de haksızlıklar ya da meşruiyet krizleri olabilir. Bu gibi durumlarda yasal imkânların tükendiği son noktada hukuki yaptırımı da göz önüne alan, şiddet içermeyen yasaya uymama şeklinde ortaya çıkan eylem ya da eylemler zinciri, sivil itaatsizliktir.

Sivil itaatsizlik ancak demokratik ve anayasanın meşru kabul edildiği bir toplumda gerçekleşebilir. Yürürlükteki hukuk normlarına itaat ödevinin bağlayıcılığı, birinin özgürlüğünü korumak ve adaletsizliğe karşı koymanın gerektiği durumlarda sona erer. Sivil itaatsizlik için öncelikle siyasi iradenin demokratik olması şarttır. Sivil itaatsizlik kamusal, şiddet içermeyen, vicdani, genellikle yasaya aykırı olan, hükümetin (siyasal toplumun) hukuk normunda veya siyasasında değişiklik yapmasını amaçlayan siyasi bir eylemdir. Böylelikle itaatsizlik sergileyen kişi, sivil topluma (üzerinden siyasal topluma) anayasanın düzenlenmesinde esas alınan (alınması gereken) adalet ilkelerine gönderme yaparak bu yolla eylemi haklılaştırma yoluyla siyasi bir mesaj vermektedir. Böylelikle sivil itaatsizlik, bir tarafında test, diğer tarafında da vicdani red ve değişik şekillerde direnmenin ortaya çıktığı ve bunlar arasında hukuki protestonun yer aldığı bir eylem olarak tanımlanabilir (Rawls, 2017: 391-395).

Hukuka (ya da otoriteye) uymanın temelinde birçok dinamik yer alabilir. Uyuma davranışının temelinde iktidar olgusu ve çıkar yer almaktadır. Hukuk ve birey ilişkisi karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Düzen yönünde hareket etmek bireylere (büyük oranda) güvenli bir gelecek sunar. Yani düzenin disiplinine tabi olmak, önceden belirlenmiş bir rasyonalite çerçevesinde kalmak orta sınıf için kazançlı bir seçim olmaktadır. Özellikle ekonomik iktidarın baskın olduğu düzenlerde hukuka uyma, geleneksel toplum güvencelerinden yoksun bireyler için belirlenmiş bir alan yaratır. Bu anlamda uyma, orta düzey bireylerin çoğunlukla içselleştirdiği değerler ve toplumsal iktidar aygıtlarının birey üstünde kurduğu sosyal kontrol mekanizmalarının sonucudur. Uymama davranışları çoğunlukla alt yahut üst kesimlerden gelir (Topuzkanamış, 2013: 131-133).

Sosyal psikoloji alanında gerçekleştirilen deneylerle normların nasıl oluştuğu, uyma davranışının nasıl gerçekleştiği konuları aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Muzaffer Şerif'in otokinetik deneyi sonucunda, fiziksel gerçekliklerin belirsiz olduğu durumlarda toplumsal normların, fiziksel gerçekliğin doğasından bağımsız olarak insan davranışlarını belirlediği tespit edilmiştir (Şerif, 1985: 79-94).

Solomon Asch tarafından gerçekleştirilen çizgi-uyum deneyinde ise, fiziksel gerçekliğin belli olmasına rağmen, bireylerin güvendikleri kimselerin tercihlerine (normlarına) uymaya meyilli olduğu ortaya çıkmıştır (Aronson, Wilson, Akert, 2010: 440-443).

Stanley Milgram'ın itaat deneyinde ise bireylerin otorite kabul ettikleri kimselerin emirlerine (normlara), başkalarına zarar verme olasılığı olsa bile çoğunlukla uyma davranışı gösterdikleri belirlenmiştir (Aronson, vd., 2010: 482-488; Yükselbaba, 2017).

Belirtilen deneylerden çıkan sonuç insanların fiziksel gerçekliğin üzerine, (fiziksel gerçekliğe uygun olsun ya da olmasın) kendi toplumsal gerçekliklerini inşa ettikleri ve bu yapay toplumsal gerçeklik içinde varlıklarını sürdürdükleri-sürdürebildikleridir. Bu ayırım antik Yunan düşüncesinde yer alan fiziksel gerçeklikler (Physis) ile hukuk ve insan eseri tüm normları da içeren toplumsal gerçeklikler (Nomos) ayırımı ile de örtüşmektedir (Touchard, 2015: 40-43).

Bireylerin sosyal gruplar içinde yanıtı belirsiz olan durumlar kadar belirli olan durumlarda da diğer bireylerin çoğunluğunun seçimlerine uymayı tercih ettiği, sosyal norm ve değerlerin bir kere oluştuktan sonra tüm bireylerin karar ve tercihlerini etkilediği, Muzaffer Sherif'in Otokinetik Etki Deneyi ile Solomon Asch'ın Çizgiler Deneyi ile ispatlanmış bulunmaktadır (Sakallı, 2016). Sherif'in deneyinde bireylerin, grubun oluşturduğu (fikre) norma, normun doğru olduğuna inandığı için, Asch'ın deneyinde ise grubun fikrine (normuna) yanlış olmasına rağmen uyduğu, Milgram'ın itaat deneyinde ise grubun büyüklüğünün uyma davranışını etkilediği ortaya çıkmıştır. Böylelikle belirsizliğin olduğu durumlarda bireylerin küçük gruplara uyma davranışı gösterdikleri ve otoriteye itaat etme potansiyelinin ise daha fazla olduğu ortaya çıkmış bulunmaktadır (Işıқтаç ve Koloş, 2015).

İnsanlar toplum içinde yaşamak için toplumun benimsediği norm ve değerlere uyma davranışı göstermekte, bu uyma davranışı da ailede başlayan toplumsallaşma süreciyle

birlikte toplum içinde eğitim kurumları dâhil tüm toplumsal kurumlar bünyesinde sürekli pekiştirilmektedir. Birey böylelikle toplumsal normlara örtülü rıza göstererek uymakta, böylelikle başkaları tarafından benimsenmeme olasılığını bertaraf ederek toplum içinde yaşama avantajlarını kullanmış olmaktadır. Uyuma davranışının temelinde neyin doğru olduğunun bilinmediği durumlarda bireylerin bilgi sahibi olarak kabul ettikleri kimselere bireysel olarak uymalarıyla belirginleşen “bilgilendirici sosyal etki” ve toplumda doğru kabul edilen normlara kamusal uymayı gerektiren “normatif sosyal etki” yer almaktadır. Bilgilendirici sosyal etkiye uymama davranışı kişisel sonuçları olabilecek bir davranışken, normatif sosyal etkiye uymama davranışı, toplumdan dışlanmaya kadar varabilecek bir dizi yaptırımla karşılanabilmektedir. Toplumdan dışlanma en önemli yaptırım olduğundan bundan kaçınmak için bireyler normatif sosyal etki kapsamında toplumsal normlara uymaktadırlar (Aronson, vd., 2010: 481-492).

Toplum böylelikle çoğunluğu aynı değer ve normları benimseyen insanları sürekli bir biçimde yeniden üretmiş olmaktadır. Hukuk normlarına uymak da normatif sosyal etki kapsamında değerlendirilebilecek bir uyum faaliyetidir. Pozitif hukuk normları, siyasal toplum üzerinden sivil toplumun bir bütün olarak kabul ettiği normlar olarak tanımlandığında, uymama davranışı bir dizi kurumsallaşmış yaptırıma bağlanmıştır. Çoğu insan bu yaptırımlarla karşılaşmamak ve otorite kabul edilen siyasal toplum-devlet üzerinden toplumla çatışmaya girmemek adına uyma davranışını sergiler. Toplumsal bir varlık olmanın bedeli de (kural olarak) kişinin kendi dahil olmadan hazır bulunduğu normlara uymak zorunda olmasıdır.

Bireyin (hangi kesimden olursa olsun) kabul etmediği bir norma-düzenlemeye karşı çıkması, sivil itaatsizlik sergilemesi, ifade özgürlüğü kadar temel bir insan hakkıdır. İnsan ancak özgürce kabul ettiği bir düzenlemeye tabi olduğunda birey-insan olur. Aksi takdirde ikna olmadığı, meşru kabul etmediği bir düzenlemeye zorla, istemsizce, sorgulamadan tabi olan bir insan, modern sivil toplumun bir unsuru olan birey vasfında sayılamaz. Zorla itaat etme, kölelik kültürüdür.

Hukukun yöneldiği adalet, içinde bulunulan toplumun baskın adalet görüşüne uygun olsa da, bu adalet kavramının içeriği zaman içinde değişebileceğinden; baskın adalet anlayışına aykırı adalet anlayışlarının bulunması tabiidir ve değişim için bu gereklidir de. Adalet, özgürlük ve eşitlik arayışları, sosyal sınıfların, farklı kültürel grupların ve

cinsiyetlerin talebi olarak ortaya çıktığından, toplumsal değişime bağlı olarak bu anlayışların değişmesi de kaçınılmazdır (Uygun, 2017: 43). Değişen ve değişken adalet anlayışı, adalete nispi bir değer olarak yaklaşılmasını gerektirse de sivil itaatsizliğe gerekçe yapılan adaletsizlik anlayışının objektif olarak (sivil ve siyasal toplum tarafından) anlaşılıp değerlendirilebilmesi gerekmektedir (A.g.e.:45).

Zulme karşı direnme hakkı ilk kez 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde yer almıştır. Bildiriye göre: “Hükümetler, fertlerin hayat, hürriyet ve mutluluğa erişmek gibi tabii ve devredilmez haklarını sağlamak için kurulmuştur; eğer bir hükümet, bu kuruluş amacını yıkıcı bir yön tutacak olursa halk onu değiştirmek veya devirmek hakkına sahiptir”. Bu hak daha sonra ABD’yi oluşturacak konfederasyonların kendi bildirileri ve Anayasalarına ve daha sonra 1789 Fransız İhtilali sonucu yayınlanan bildirilerde daha keskin ifadelerle yer almıştır. 2. Dünya Savaşı yıkımı sonrasında hazırlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ise direnme hakkı daha dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Beynamede: “İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunması temel bir zorunluluk olduğuna göre...” denilerek siyasal topluma, insan haklarını koruyacak bir hukuk rejimi kurma sorumluluğu yüklenmiştir (Kapani, 1993: 307-308).

Toplumsal sözleşme kuramının kurucularından Locke’a göre devlet, kendisine tanınmış üstün iktidarı amacına aykırı kullanırsa, sözleşmeye aykırılık nedeniyle halkın devlete itaat yükümlülüğü kalmamaktadır (A.g.e.: 32).

Hukuk normunun yahut uygulamanın adil olmaması ya da insan haklarına aykırı olması halinde bununla muhatap olan birey ve sivil toplumun bu norma uyma yükümlülüğünün kalmadığı görüşü esas alınır. Sivil itaatsizlik, sözleşme kuramı kapsamında sözleşmeye aykırılık üzerinden meşrulaştırılabilir görünmektedir.

Habermas, modern hukuk düzenlerinin meşruluğunu “kendi kaderini tayin” düşüncesine bağlamaktadır. Bir sivil toplumu oluşturan yurttaşların kendilerini kanun koyucu olarak algılayabilmeleri gerekmektedir. Çünkü yurttaşlar aynı zamanda bu kanunların muhataplarıdır (Yükselbaba, 2008: 251). Bu kabulden yola çıkarak kendilerini yasa koyucu olarak algılama hakkına sahip bireylerin, kanunun adil olmadığını ve

uygulanmaması gerektiğini iddia edebilmeleri ve sivil topluma (dolayısıyla siyasal topluma) bu yönde mesaj verebilmeleri kabul edilmelidir.

Pozitif bir hukuk normunun değişim yahut yürürlükten kaldırılma süreci de sivil itaatsizliğin meşru kabul edilmesini gerektirmektedir. Sivil ya da siyasal toplumu oluşturan bireylerde hukuk normunun adil olmadığı, herhangi bir toplumsal faydasının kalmadığı yolunda kanaat oluştuğunda bu sinyali alan ilgili siyasal toplum unsurları, hukuk normunun değiştirilmesi yahut kaldırılması için gereken süreci başlatır.

Bir hukuk normunun kaldırılması yahut değiştirilmesini istemek, yasama yahut yürütme organı mensupları için suç değil bilakis görevse, yasanın kaldırılması yahut değiştirilmesi için sivil topluma, kamu vicdanına sivil itaatsizlik yoluyla çağrıda bulunmak da suç sayılamaz. Yasama yahut yürütme organını oluşturan unsurlar da nihayetinde insanlardan oluşmaktadır. Hukuk normunun kaldırılması yahut değiştirilmesine yönelik siyasal toplumdaki iradelerin bir karşılığı ve işlevi bulunmaktadır. Siyasal toplum, sivil toplumdan kaynaklandığına göre hukuk normunun kaynağı ve asıl muhatabı olan sivil toplum ve bireylerin, hukuk normunun adil olmadığı yahut işlevinin kalmadığı gerekçesiyle, kaldırılması ya da değiştirilmesi yönünde irade beyanında ya da eylemde bulunmaya (sivil itaatsizlik yahut nasıl adlandırılırsa adlandırılırsın) evleviyetle hakları vardır.

Duguit, yöneticilerin (siyasal toplumun) hukuka uygun olmayan kararlarının hiçbir hüküm ifade etmeyeceğini, idare olunanların (sivil toplum ve bireylerin) bunlara itaat etmemekte serbest olduklarını hatta bu düzenlemeler karşı direnmenin meşru olduğunu dahi öne sürmektedir (Kapani, 1993:257).

Habermas, (siyasi ve hukuki) irade oluşum süreçlerini analiz ederken kendi ifadeleriyle yaşam dünyası ile sistem dünyası arasındaki iletişimsel eylem yoluyla gerçekleşen etkileşime dikkat çekmektedir. Siyasi irade oluşum süreci, değişimlere sürekli açık olmasına rağmen yöntemlere bağlılık açısından istikrarlıdır. Politik sürece giren tercihler sadece verili (değişmeyen nesnel) bir şey olarak değil, tartışma ile değiştirilebilecek girdilerdir. Halk egemenliğini esas alan bir söylem teorisi, özgürlükler açısından bir tehlike yaratmaz; çünkü bundan etkilenen herkesin onayına ihtiyaç duyar ve tartışmalar mutlak doğrular değil, daha rasyonel olan argümanları kabul etme üzerine

kurulmuştur (Yükselbaba, 2008: 251). Bu açıklamadan yola çıkarak sivil itaatsizliği, normatif düzenlemelerin geçerlilikleri üzerine sivil toplum ile siyasal toplum arasında bir iletişim biçimi olarak kabul etmek mümkündür.

Demokratik olmayan ve hukuka dayanmayan siyasal toplum yapılarına sahip ülkelerde yasaya karşı çıkmak sivil itaatsizlik sayılmamaktadır. Zira otoriter yönetimlerde somut hukuk normlarına ya da yürütmenin tasarruflarına karşı çıkışlar, sivil toplumdan bir geri bildirim olarak değil, isyan, anarşizm ve terörizm gibi suç olarak görülmektedir.

İnsan-birey, hukuk karşısında edilgin değildir. İnsanların doğumundan ölümüne kadar davranışlarına yön veren, onu belli şekillerde davranmaya zorlayan normlara karşı şüphe duyması doğaldır, zira insan düşünen, sorgulayan bir varlıktır. İnsanın kurulu düzenle çatışma içinde düştüğü, haksızlığa uğradığı, siyasal baskı algıladığı durumlarda politik bir karakter kazanan kuşkuda ona ışık tutan biricik ölçü adalettir (Aral, 2012a: 45). Bu açıklama doğrultusunda sivil itaatsizliğin temel ölçüsü de adalet olmaktadır.

Siyasal toplum hukuk içinde faaliyette bulunmak zorunda olduğuna göre sivil itaatsizlik esasen somut hukuki bir düzenlemeye karşı duruştur. Hukuk dışı bir etkinliğe karşı çıkmak sivil itaatsizlik değil belki bir zorunluluktur. Bununla beraber siyasal toplumun faaliyetinin hukuka aykırı mı, hukuk dışı mı olduğunun belirlenmesi ayrı bir sorundur. Sivil itaatsizlikte bulunan şahısların donanımlı, bilinçli bireyler olması halinde bu ayrımı yapabilecekleri kabul edilebilirse de birey vasfını kazanmamış insanların siyasal toplumun eylemlerini hukuk üzerinden değerlendirmelerinin tam olarak mümkün olmadığı kabul edilebilir. Kendi kararlarını otoritelerden bağımsız alamayan insanlar, sivil itaatsizlik adı altında kolaylıkla istismar edilebilirler.

Tarihte medeniyet ve toplumsal değişimin önüne dikilen normatif yasaklar, ancak sivil itaatsizlik eylemleriyle aşılabilmektedir. ABD’de 1 Aralık 1955 tarihinde Rosa Parks’ın, otobüste beyaz bir kişiye yerini vermeyi reddetmesi ve sonrasında tutuklanmasıyla gösterdiği tekil sivil itaatsizlik; Martin Luther King’le, kitlesel bir sivil itaatsizliğe dönüşmüş, yaşanan sürecin sonunda 4 Kasım 2008 tarihinde bir siyahın, Barack Obama’nın ABD başkanı seçilmesiyle değişim tamamlanmıştır. Hukuk ve uygulama, sivil toplumda ortaya çıkan köklü zihniyet değişikliklerini takip etmiştir. Buna ek olarak çalışma yasaları, toplu sözleşme, örgütlenme ve grev hakkı gibi haklar, bu hakları

tanımayan, yasaklayan hukuk normlarına karşı yıllarca süren (bazen şiddeti de içeren) sivil itaatsizlik sürecinin sonunda elde edilebilmiştir (Arendt, 2013:103-104).

Hukuk belli bir davranış için insana yalnızca adalet adına buyruk verebilir ve onu bu davranışa zorlayabilir. Sosyal bir düzen güç kullanılmasından daha fazla bir şey olup, zamanın koşulları altında sosyal açıdan doğru ve adaletli olanı gerçekleştiren bir düzenleme hukuk olarak kabul edilebilir. İnsanları bir arada tutan her düzen, hukuk düzeni değildir. Bir düzenin hukuk düzeni olabilmesi için akla, adalet ve vicdana uygun bulunması gerekir. Hukuk düzeninin sağlamlığı ve sürekliliği onun zorla gerçekleştirilmesinde değil, insanların ona kendiliklerinden, içeriğini onaylayarak uymalarıyla sağlanabilir. Hukuku hukuk yapan adalet değeridir (Aral, 2012a:176). Sivil itaatsizlik, hukuk (normunun) olmazsa olmazı olan adaleti sağlamadığının, sivil toplum ve birey tarafından siyasal topluma yansıtılmasıdır. Birey ve sivil toplumun hukuk normunun adaleti sağlayıp sağlayamadığı konusunda değerlendirmede bulunma hakkı vardır, zira hukukun esas muhatabı birey ve toplumdur.

Siyasal toplum, hukuk normlarını gerektiğinde nasıl kaldırıyor-değiştiriyor ve bunları hangi gerekçelerle yapıyorsa; sivil toplum da aynı şekilde hukuk normlarının kaldırılmasını, değiştirilmesini talep edebilir, insan haklarına-adalete aykırı gördüğü, rasyonel bir nitelik taşımayan normlara karşı sivil itaatsizlik sergileyebilir. Hukuk, değişmeyen-statik bir gerçeklik olmadığı gibi, siyasal toplumun yahut belli bir devlet ricalinin tekeline de değildir. Hukuk, tüm sivil toplum ve bireylerin üzerinde söz sahibi olduğu bir dizgedir.

Bireylerin ve sivil toplumun rasyonel ve insan hak ve özgürlüklerine uygun olmayan, adalete aykırı yahut öyle telakki ettikleri hukuk normlarına karşı, gerekçesini açıklayarak itaatsizlik sergilemeleri, hukuk normuna uyma kadar doğal bir durumdur. Hukuk normuna uyulması asıl olmakla birlikte, hukuk normunun da insan hak ve özgürlüklerine, adalete uygun, rasyonel bir düzenleme olması gerekir.

Hukuk anlayışı, zor kullanma yetkisinin gerekçelendirilmesine bağlıdır. Rasyonel bir hukuk, devletin zor kullanma gücünü kullanmasının meşru gerekçesini, topluma izah etmek zorundadır. Yasama organının ihdas ettiği gereklilikler, vatandaşlara itaat etmek için pratik bir neden sağlamanın ötesinde ahlaki bir neden vermediği takdirde, çıkarılan

yasayı onaylamayan ya da ilke itibariyle yanlış olduğunu düşünen vatandaşlara karşı devletin zor kullanma ehliyeti büyük oranda boşluğa düşmektedir. Bir başka deyişle vatandaşlarına karşı güç kullanmasının gerekçelendirilmiş olması anlamında devletin ahlaken meşru olup olmaması ile devletin kararlarının vatandaşlara hakiki yükümlülükler yükleyip yüklemediği olguları birbiriyle özdeş değildir. Hukuk, genel itibariyle hakiki yükümlülükler kaynağı değilse, hukuku katı bir şekilde ayakta tutma şeklindeki hiçbir genel siyasa gerekçelendirilemez. Böylelikle devlet anayasal yapısı ve uygulamaları itibariyle vatandaşların kendilerine ödevler yükleme iddiasındaki siyasi kararlara itaat etme yönünde genel bir yükümlülüğe sahip olması durumunda meşrudur (Dworkin, 2018: 241-242).

Demokratik bir toplumda bireylerin adalet ilkelerini kendisinin yorumlaması ve davranışlarını buna göre belirleyerek hukuk normlarının adil olup olmadığı yönündeki değerlendirme yapma yetkisi tanınmışsa da bu yetkinin kullanılması, sivil toplumun yeniden üretilmesini önlemeyecek tarzda olmalıdır. Genel olarak adil sayılabilecek bir devlet-siyasal toplumsal yapıda, nihai kararı verecek kurumlar belli edildiğinden (edilmesi gerektiğinden), hukuk normlarına rıza göstermenin, sivil toplumun menfaatine olduğu yönünde bir karine bulunduğu ifade edilmektedir (Rawls, 2017:416-418). Bu durumda sivil itaatsizliğin esas ereğinin de siyasal toplumda hukuk normunun nasıl uygulanıp, anlaşılması gerektiği yönünde son kararı verecek organ ve mahkemelerde görev yapan şahısları (sivil itaatsizlikte bulunan birey ya da bireylerin bakış açısını kabul etmeleri yönünde) ikna etmek olduğu kabul edilebilir.

Vatandaşların hukuka itaat ödevlerinin mahiyeti ve kapsamı bağlamında sivil itaatsizlik teorileri klasik hukuk teorilerinin ayrılmaz bir parçasıdır, çünkü sivil itaatsizlik teorileri hukukun dayanaklarına ilişkin olmayıp hukukun gücüne yönelik teorilerdir. Hukukun dayanakları olan kabul edilen veriler ile dönemin paradigması kapsamında vatandaşların hukuk sayılan şeye itaatsizlik konusunda ahlaken ne zaman serbest olduklarının belirlenmesi önem kazanmaktadır. Eğer hukukun dayanakları konusunda ihtilaf bulunuyorsa ve birinin ya da birilerinin paradigma olarak kabul ettiği şeyi diğeri ya da diğerleri reddediyorsa bu durumda zaten hukuka ne kadar itaat edilmesi gerektiğinin tartışılmasının anlamı yoktur, zira sivil itaatsizlik, öncelikle hukukun dayanaklarını

oluşturan paradigmaların ortak bir payda olduğu durumların sonrasına ilişkin ikincil bir konu olmaktadır (Dworkin, 2018: 150-151).

Habermas’a göre yasaya bağlılık, “her hukuk düzeninin kendisiyle ilgili ortaya attığı adalet iddiasının makullüğü nedeniyle gönüllü biçimde benimsenmesinin sonucu olmalıdır.” Bu benimseme yasanın anayasal organlarda öngörülen usule göre çıkarıldığı varsayımına dayanır. Yasanın pozitif anlamda geçerliliğine işaret eden bu açıklama aynı zamanda şekli meşruiyetin hukuk normuna itaat için gerekli bir ön şart olduğuna da gönderme yapmış olmaktadır. Bununla beraber bu meşruiyet anlayışı, sürecin kendisinin, anayasal organların işleyişinin ve hukuk düzeninin bütününe meşruiyetine yönelik soruları yanıtlayamaz. Anayasanın, geçerliliği pozitif hukukla sınırlı olmayan prensiplerle de olumlanabilmesi gerekir. Bu nedenle modern devlet, yurttaşlarından benimsenebilecek değerler ve prensipler üzerine kurulmuş olması halinde yasalara itaat bekleyebilir. Yasal olanın meşru olarak haklı gösterilebilmesinin koşulu, bu prensipler ve değerlere uygun olmasıyla anlaşılabilceği gibi, gayrimeşru görülüp reddedilebilmesi de aynı prensipler ve değerler üzerinden değerlendirilerek bu prensip ve değerlere aykırı bulunmasını gerektirmektedir (2013:129-130).

Demokratik bir toplumdaki öneminden dolayı, sivil itaatsizliğin hukukla bağdaştırılması gerekmektedir, zira sivil itaatsizlik; meşru olmadığı düşünülen somut bir hukuk normuna yahut uygulanmasına yöneliktir. Bir hukuk sisteminde hukukun tamamına uyulmaması bir bütün olarak meşru görülürse bu durumda hukukun bağlayıcılığı kalmaz. Sivil itaatsizlik olmazsa da, hukuka aykırı, meşru olmayan norm ve uygulamalar yürürlükte kalır (ya da yürürlük süresi daha da uzar). Bununla beraber sivil itaatsizlik, demokratik toplumların değişim-gelişim yollarından birini oluşturmaktadır. Zaten Rawls’a göre de sivil itaatsizlik, demokrasilerin ahlaki temellerine ilişkin teorilerin önemli bir test aracıdır (2017: 391). Aynı anlayışı dile getiren Habermas’a göre de (2013: 132-135) hukuk devleti, tamamlanmış bir yapı olmayıp sürekli değişime-gelişime açık bir sistem olarak değişen koşullar altında yeniden kurulması, korunması, yenilenmesi gereken bir projedir. Bu proje bitmediği içindir ki anayasal organlar yanılabilme olasılığının dışında değildirler. İtaatsizlik olarak görülen şey, hukukun ve politikanın sürekli bir uyum ve değişiklik sürecinde bulunmaları nedeniyle düzeltme ve yenilikleri kolaylaştırıcı bir işlev görebilir. Sivil

itaatsizlik, demokratik bir hukuk devletinin meşruiyet inancının sürdürülebilirliği için ahlaki gerekçelere dayanan bir test aracı olarak devletin kendini yenileme yeteneğinin vazgeçilmez araçlarından biri olarak yasallık ile meşruluk arasında yer almalıdır. Demokratik bir hukuk devletinde hukuk düzeni, yurttaşlarından herkes için geçerli ve anlaşılabilir meşruiyetinden başka bir nedenle itaat istemeyeceğinden sivil itaatsizlik, olgun bir politik kültürün vazgeçilmez bir unsurudur.

2.3.2. Sivil Anayasa

Sivil anayasa, sivil toplumun, siyasal toplumu oluştururken ona verdiği görev ve yetkiler ile sivil toplumun ve bireylerin hak ve ödevlerini gösteren, onları teminat altına alan siyasi-hukuki normatif bir düzenlemedir. Bu bakış açısıyla anayasalar, ortaklıklar daha doğrusu tüzel kişiliklerin kuruluşunu düzenleyen esas yahut ana sözleşmelere benzetilebilir.

Ortaklıkların kendilerini oluşturan kişilerden farklı bir kişiliğe sahip olduğu var sayılır. Bu kişiliğin kabulü sayesinde ortaklıklar, kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız hak ve fiil ehliyetine sahip olur. Ortaklıkları oluşturan kişiler, esas sözleşmeleri hazırlayarak ortaklık (tüzel kişilik) ile ortakların (üyelerin) hak ve yetkilerini düzenlerler. Sermaye şirketleri özelinde şirkete sermaye koyan ortakların sorumlulukları, koydukları sermaye ile sınırlı olup, şirketin faaliyetleri sonucu kâr elde edilirse, ortaklar payları oranında karşılık alırlar. Şirket ayrı bir kişilik olarak kabul edilmiş ve şirketin organları da tanımlanmış olmakla birlikte fiilen bu işleri yürütenler hep gerçek kişilerdir. Şirketin ortakları, faaliyet dönemi sonunda şirketi yönetenlerin etkinliklerini kontrol ederler ve beklenen verimliliğin (kârın) sağlanamaması durumunda yöneticilerden hesap sorabildikleri gibi değiştirebilirler ya da her ikisini de yapabilirler. Kâr elde etmek amacıyla ticari organizasyonlar ve sivil amaçlar güden organizasyonları kuran ve varlık kazandırıp işleten insanların, tüm toplumu ilgilendiren siyasal organizasyonu kurmasının başlangıcı da sivil anayasadan geçmektedir.

Metin'e göre (2008:26-28), anayasalar da tıpkı kanunlar gibi belli bir dönemde ve belli bir yerde geçerli olan normatif güce sahip, beşeri devranışları düzenleyen ve beşeri irade tarafından konulan pozitif hukuk kurallarıdır. Anayasanın normatifliğinin reel şartı ise ilgili devletin halkında asgari düzeyde de olsa yeterli bir siyasal kültür ile

sosyal ilişkilerin bulunmasıdır. Siyasal kültür ve bununla bağlantılı sosyal ilişkiler bir toplumun birden fazla kuşağını kapsayacak şekilde geriye giden siyasi tecrübelerden oluşur.

Schmitt'e göre mantık, adalet gibi niteliklere dayanmaksızın, saf olgulardan norm türetilemez. Aksi takdirde bir normun geçerliliği, sadece var olmasına indirgenir ki, bu olanaksızdır, çünkü bir norm kendi kendini türetemez. Oysa iktidar ya da otoritenin iradesinin anayasada ifade edilebilmesi “doğru” olmasını gerektirir. Böylelikle doğal hukukun doğru ve adalet anlayışına gönderme yapan Schmitt, hukuk düzenindeki normatif boyutun, somut siyasal düzenin varlığının dayanağını oluşturan unsurlarla birleştirilmedikçe gerçek bir hukuk düzeni niteliği kazanamayacağını öne sürmüştür. Bu nedenle her anayasa, oluşum sürecindeki siyasal ve sosyal düzene bağımlıdır (Göztepe, 2015:140).

Siyasal toplum-devletin, sivil toplum ve bireyler tarafından kurulduğu, siyasal toplumun-yöneticilerin sivil topluma ve bireylere karşı sorumlu olduğu, siyasal toplumun, sivil toplum tarafından sivil anayasada tanımlanan hak ve yetkilerinin dışında bir yetkiye sahip olmadığı ve olamayacağı kültürel olarak benimsendiğinde sivil anayasanın işlevi ve mantığı da ortaya çıkacaktır.

Sivil bir anayasa, ancak serbest piyasa ekonomisinin iyi işlediği (ticari işletme ve ortaklıkların rahatça kurulup işletildiği), bireylerden oluşan, sivil organizasyonların rahatça boy gösterdiği sivil toplumlar tarafından oluşturulabilir. Sivil toplum ve birey anlayışı gelişmemişse, sivil toplum örgütlenmeleri zayıfsa, serbest piyasa ekonomisi yoksa yahut iyi işlemiyorsa ve insanlar gerek sivil gerekse ekonomik örgütlenme ve faaliyetlerini serbestçe oluşturup yürütemiyorsa; böyle bir toplumsal yapıdan sivil anayasanın çıkmasını beklemek de gerçekçi olmayacaktır. Yani sivil bir anayasanın oluşabilmesi için öncelikle bireye dayanan sivil toplum ve serbest piyasanın gelişmesi zorunlu görülmektedir.

Sivil toplumun, sivil bir anayasa oluşturabilmesinin fiili yolu, temsili demokratik sistem doğrultusunda sivil toplumun ölçeğine göre temsilini gerektirir. Milyonlarca bireyden oluşan toplumların bir araya gelmesi bugün için fiilen mümkün olmadığına göre, sivil toplumun temsilciler aracılığıyla sivil bir anayasa oluşturmalarından başka bir yol

görünmemektedir. Temsilcilerin nasıl ve ne oranda belirleneceği ayrı bir sorun olmakla birlikte, temsilcilerin hazırlayacağı metnin daha sonra bir bütün olarak yine sivil toplumun onayına sunulması gerekmektedir.

Bugün için devlet yahut siyasal iktidarın meşruiyetinin kaynağının hukuk ve rasyonaliteden kaynaklanması dışında bir alternatif olmadığına göre; siyasal toplum-devletin rasyonel olarak kurgulanabilmesi gerekir. Devlet-siyasal toplum, kendiliğinden varlık bulan bir organizasyon olmadığına göre diğer tüm organizasyonlar gibi gerek kurumsal, gerekse işlevsel olarak yetkilerini, sınırlarını belirlemek insanların elindedir. İşte sivil toplumun, siyasal toplum-devleti oluşturmalarının en üst yolu, sivil bir anayasa inşa etmektir.

Sivil anayasa kavramı, devlet-siyasal toplumun kuruluşunu, sivil toplumun yaptığı bir sözleşmeye dayandırmanın bir sonucudur. Modern devlet ve siyasi anayasaların bireylerden oluşan bir toplum tarafından meydana getirildiği kabul edilmektedir (Turinay, 2012: 200-202).

Schmitt, anayasayı yapan asli kurucu iktidarı, siyasal varlığının bilincine varmış halkın, kendi siyasal kaderi ve birliği için verdiği asli siyasi karar ve irade olarak tanımlamaktadır (Göztepe, 2015:144).

Burada anayasanın siyasi ve hukuki yönlerinden ziyade, sivil bir anayasanın, sivil toplum ile siyasal toplum-devlet arasındaki konumu ile işlevi analiz edilmektedir. Sivil toplum ile siyasal toplum ayrı ayrı kavramsallaştırmadıkça, sivil anayasanın anlaşılması da kolay değildir. Bu zorluk Avrupa ve ABD'deki gelişmelerden uzak kalmış, sivil toplum ve sivil anayasa kavramını içselleştirememiş ülkeler-toplumlar için daha da belirgindir.

Friedrich, demokratik bir anayasa yapımının esasında bir süreç olarak değerlendirilmesi gerektiğini, hangi türde olursa olsun anayasaların her derde deva olmadığını, meşru ve işleyen bir hükümete ulaşmada deneysel bir çaba olduğunu öne sürmektedir (Friedrich, 2010).

Almond ve Verba, siyasi kurumların istikrarlı ve etkin olabilmesi için uygulandıkları toplumda geçerli olan siyasi kültürle uyum içinde olmaları gerektiğini, “anayasacılık”

düşüncesinin, demokratik bir kültürün yönetme faaliyetine ait parçası olarak ancak elverişli bir siyasi kültürün mevcut olması durumunda yaşayabileceğini öne sürmüşlerdir. Yazarlar bir toplumun toplum olabilmesi için o toplumu oluşturan bireylerin paylaştıkları ortak birtakım değerlerin olması gerektiğini, anayasacılık düşüncesini kabul eden toplumlarda paylaşılan en temel değer de devletin bir vatandaşı olarak bütün bireylerin hukuk önünde eşit olduğuna dair inanç olduğunu ifade etmektedirler (aktaran Gönenç, 2013).

Sivil toplum ile siyasal toplum kavramları, birbirinden çok ayrı ya da karşı kavramlar değildir. Karşılıklı etkileşim içinde olan bu yapıların temelini oluşturan sivil toplum, seçim sistemleri vasıtasıyla (seçimlerin nasıl yapıldığı ve siyasal toplumu nasıl belirlediği konusu ayrı bir inceleme konusu olmakla birlikte) siyasal toplumu belirlemektedir. Anayasalar sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki hukukun da tam merkezinde yer alır. Zira hukuki olarak tanımlansalar da anayasalar esasen siyasi metindirler.

Sivil anayasaların, sivil toplumu olabildiğince temsil eden meclisler-kurullar tarafından yapılması gerektiği yönündeki yaklaşım, kurucu meclis kavramını doğurmuştur. Bu düşünceye göre ancak toplumun tamamını temsil eden kurucu bir meclis anayasayı hazırlayabilir.

Sivil toplum tarafından seçilmemiş bir kurulun hazırlayacağı metnin yalnızca oylamaya sunulması, oylamayı, plebisite (halk oylamasına) dönüştürür ve sivil meşruiyet için tam olarak yeterli değildir. Bunun dışında sivil bir anayasa için anayasanın içeriğinin de demokratik bir yöntem ile oluşturulması gerekir. Anayasa geleceğe yönelik bir düzenleme olduğuna göre oluşturulacak siyasi çerçeve, bu çerçeve içinde faaliyette bulunacak siyasi partilerin de katılımını gerektirmektedir. Böylelikle sivil toplum tarafından belirlenmiş temsilciler ile siyasal toplum temsilcilerinin hazırladığı bir anayasa tam anlamıyla sivil bir anayasa olarak kabul edilebilir (Teziç, 2012:183-184). Böylelikle Teziç, sivil bir anayasanın oluşum sürecinde, siyasal partilerin de hukuki olarak varlıklarını sürdürdüklerini varsaymış olmaktadır.

Sivil bir anayasaya dayalı siyasal toplum tarafından oluşturulan pozitif hukuk, şekli olarak normlar hiyerarşisine uygun olarak sivil ve siyasal toplum arasındaki etkileşimler

ve gereksinimler doğrultusunda oluşturulması halinde kural olarak sivil toplumun güvencesini oluşturduğu kabul edilebilir. Zaten Korucu'ya göre (2014:111) yazılı bir anayasa hazırlanmasındaki temel amaç, devlet faaliyetlerinin belirli, sınırlı ve öngörülebilir olmasını sağlamaktır.

Anayasa hukukunda kullanılan Anayasa koyucu kavramı aslında iktidar olan gücü, daha etkili ve hukuki bir şekilde ifade etmekten başka bir şey değildir. Bu gücün anayasayı yapacak gücü nerden ve nasıl aldığı hukukta değil, siyaset biliminde değerlendirilmektedir.

Bir anayasanın sivil toplum tarafından yapılması, siyasal toplumun sınırlanması için çok önemlidir. Pozitif hukuk, siyasal toplum tarafından yapılsa bile sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki en temel metin, sözleşme teorilerinin öngördüğü gibi, sivil toplumla siyasal toplum arasında kurucu bir sözleşme rolü taşıyacaktır. Buna en yakın uygulama yani sivil toplumun anayasa yapması olgusu, dünyanın ilk yazılı anayasasında gerçekleşmiştir. Avrupa, özellikle Anglosakson kökenli insanlar tarafından yerleşilen ve dünyanın diğer yerlerinde görülmemiş bir sosyokültürel doku içinde kurulan ABD'nin 17 Eylül 1787 tarihli Anayasası, zaman içinde bir takım değişiklikler ve eklemeler yapılmış olmakla birlikte halen yürürlükte olan ve sivil toplum tarafından gerçekleştirildiği kabul edilebilecek ilk yazılı anayasadır. Federe devletlerin temsilcileri-delegelerinin İngiltere'ye karşı yürütülen bağımsızlık savaşının ardından bir araya gelerek oluşturduğu Anayasa, bunu metne alanların, o dönem Avrupa'daki aydınlanma dönemi düşüncelerini özümledikleri, sosyal sözleşme teorisini ortaya koyan filozofların görüşlerini esas aldıklarını göstermektedir. Liberal devletin kuramcılarından kabul edilen John Locke'un Amerikan Anayasa'sına özellikle ilham verdiği gözden kaçmamaktadır (Göze, 1987: 173). Buna ek olarak Thomas Paine'in 1776 yılında yayınlanan Common Sense (Sağduyu-Ortak Akıl) adlı eserinin de bu sürece önemli bir katkı sağladığı kabul edilmelidir (Gemalmaz, 2001: 50-53).

ABD Anayasanın başlangıcı, "Biz Birleşik Devletler Halkı, daha mükemmel bir Birlik yaratmak, adaleti sağlamak, ülke içinde huzuru güvence altına almak, ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini kendimize ve gelecek kuşaklara sağlamak için bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı takdir ve tesis

ediyoruz.”² Şeklinde kaleme alınmıştır. Bununla beraber Anayasanın bu ifadesine rağmen, o dönem ABD’yi oluşturacak devletler-eyaletlerde yaşayan herkesin “people” (halk) olarak kabul edilmediğinin de hatırdan çıkarılmaması gerekir. Anayasa hazırlandığı sırada o bölgenin yerlileri olan Kızılderililer ile köle olarak Kıtaya getirilen Afrika kökenli insanlar, halk olarak değil belki insan olarak bile kabul edilmemişlerdir (Zinn, 2018: 96). Anayasanın orijinal metninin tamamına aşağıdaki dipnottaki bağlantıdan ulaşılabilir.³

ABD Anayasası her ne kadar sivil toplumun bir eseri kabul edilse de bu durum belli başlı kimseler tarafından kaleme alındığı ve oluşmasına belirli birçok kişinin katkı sağladığı gerçeğini göz ardı etmemize de imkân vermemektedir. Anayasanın hazırlanmasında etkili olan insanlardan; Benjamin Franklin, George Washington, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton, James Madison ile birlikte John Dickinson, Gouverneur Morris, Edmund Randolph, Roger Sherman, James Wilson ve George Wythe özellikle belirtilebilir.⁴

Anayasal değişimin dinamikleri açısından ABD Anayasasının, “kurucu gruplar” arasındaki temel ilişkilerin belirlediği bir anayasa olduğu belirtilmektedir (Gönenç, 2013).

Esasen toplum yaptı denilse de, tüm hukuk metinleri, her zaman belli başlı kişiler tarafından kaleme alınmaktadır. Toplumun temsilcileri (toplumun birebir küçültülmüş bir modeli olan meclisin-parlamentonun toplumu tam anlamıyla temsil ettiği varsayımıyla), bu metni tartışırlar, metne son biçim verirler. Parlamentoların tartışması ve oylama toplum adına yapıldığından, yasa düzeyinde hukuk normlarının sivil toplum tarafından yapıldığı sembolik olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber ABD Anayasasının hazırlanmasında rol oynayan kurucu ataların, kişisel çıkarları için Anayasayı hazırladıklarını öne süren görüşler de bulunmaktadır (Zinn, 2018: 97-98).

² “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

³ https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm
<https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>

⁴ <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>.

2.4. Siyasal Toplum ve Hukuk İle Bağlantılı Kavramlar

Hukuk, toplumsal bir kurum olmakla birlikte pozitif hukuk normu koyma ve uygulama, siyasal toplum alanında devletin bir işlevidir. Yasa düzeyinde hukuk normları, demokratik bir toplumda, toplumu temsil ettiği kabul edilen parlamento, meclisler tarafından oluşturulur. Pozitif hukuk normu, siyasal toplum aracılığıyla oluşup, yaptırıma bağlandığından; sivil toplumun kültürel devamlılığında siyasal toplumun da önemi bulunmaktadır,

Hukuk sorunu, toplumsal ve siyasal bir sorundur. Hukukun toplumsal boyutu, sosyoloji biliminin inceleme alanına girerken yasama boyutu, siyaset biliminin konusu olmaktadır. Hukukun uygulanması, yargıyı ilgilendiriyor gibi görülse de yargı ile birlikte kamu yönetimi de hukukun yürütülmesinden sorumludur. Zaten yasalar kendi kendilerine toplumda etkiye neden olmazlar. Hukuk normlarının uygulanması yürütme ve kamu yönetimini gerekli kılmaktadır (Kalaycıoğlu, 1984: 403 v.d.).

Siyasal toplum, pozitif hukuk aracılığıyla sosyal düzenin ve toplumsal kontrolün sağlanmasına yardımcı olur. Siyasal toplum, hukuk aracılığıyla uyumsuzlukları çözme, toplumdaki çatışma ve sapmaları önleme ve bastırma işlevini yerine getirmek suretiyle sivil toplumsal yapının devamını, dolayısıyla kendi devamlılığını temin eder.

Her siyasal sistem, çevresinden aldığı girdileri, çıkarları, talepleri, kamu siyasaları haline dönüştürür. Kural yapımı (norm üretimi) de siyasa yapımıyla çakışan bir faaliyettir. Kural yapma, uygulama ve hüküm verme işlevleri birer devlet işlevidir (A.g.e.: 37). Böylelikle hukuk, siyasal toplumun, sivil toplum ile olan etkileşim sürecinin sonucunda varlık bulan bir olgudur.

Hukuk ile siyasetin ortak noktaları, her ikisinin de irade ürünü olmasıdır. Buna ek olarak hukuk ile siyaset arasındaki ilişki öncelikle yasaların yapılması sürecinde, daha sonra ise bu yasaların uygulanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Yasaların yapılması aşamasının özü, siyasi iktidarın hukuk aracılığı ile kurumsallaşması ve örgütlenmesidir. Devlet, hukuk kuralları koyma ve bunu uygulama konusunda tekele sahiptir. Hukuk yaratma sürecinde güç ve tekel sahibi olan devletin, yasaların ifade ediliş biçiminden izin verilen eylem ve işlemlerin niteliğine kadar her işlevi siyasidir (Mızrak ve Temiz, 2009).

Siyasal toplum, hukuk normlarını sivil toplum adına ve sivil toplum için oluşturur. Bunu yaparken, siyasal toplumun hak ve yetkileri ile sınırları da aynı şekilde hukuk normları ile belirlenir. Yani bu anlayışta hukuku var eden sivil toplumdur. Sivil toplum bu işlevini, siyasal toplum üzerinden gerçekleştirmektedir. Aynı şekilde yargının da toplum adına karar verdiği kabul edilir. Çünkü tüm devlet-siyasal toplum işlevleri, sivil toplumun, siyasal topluma verdiği yetkiler, görevlerdir. Hiçbir siyasal toplum ögesi, sivil toplumun kendisine vermediği yetkiyi, işlevi kullanamaz.

Sivil toplumun hukukun üzerinde nihai söz sahibi olduğu kabul edilince ister istemez hukukun demokrasi ile ilişkisi gündeme gelmektedir. Hukuk sistemlerinin demokratik olup olmadığının ölçütü yeni talepleri, mevcut hukuk normlarında tanımlanan hak kalıplarına uydurmak, uymayanları dışarıda bırakmak değil bu talepleri karşılayabilecek dinamiğe sahip olmaktır. Sivil toplumda hukuk normuna yönelik bu taleplerin ortaya çıkabilmesi, yorumlanması, değerlendirilmesi ve hukuk sisteminin bünyesine dâhil edilmesi, yeni hak ve özgürlük taleplerini içerecek hukuk normlarının yapılabilmesi, her şeyden önce eleştirel, ahlaki ve siyasal niteliğe sahip demokratik bir anlayış ve yapılanmayı gerektirir (Satıcı, 2018).

Sivil toplum, özgür bireysel etkinliklerden oluşmakla birlikte toplumsal düzeni bozan sapma teşkil eden davranışları önleme ya da bastırmak için hukuka bu yüzden siyasal topluma ihtiyaç duyar. Toplum bireylerine aktardığı sosyal norm ve değerler üzerinden kendisini yeniden üretirken, kamu düzeninin devamı ve suçların yaptırıma bağlanması gibi gereksinimler hukuk dışındaki ahlak, din, örf ve adet, görgü kuralları ile tam olarak karşılanamaz. Çünkü hukuk dışındaki sosyal yaptırım kurallarının maddi yaptırım gücü bulunmamaktadır. Bunun dışında toplumsal boyutta sivil toplum bünyesinde karşılanamayan kamu hizmetleri ve gereksinimler için de siyasal toplumun varlığı gereklidir.

Siyasal toplumun, bireyler ve sivil toplum üzerindeki yetkilerinin, sivil toplum aleyhine kullanılabilme olasılığına karşı en önemli korunma mekanizması, kuvvetler ayrılığı ve hukuktur. Hukukun devlete-siyasal topluma ihtiyacı bulunmakla birlikte devletin-siyasal toplumun da hukuka ihtiyacı bulunmaktadır. Hukuka dayanmayan bir devlet aygıtı, devlet iktidarını bir çeteye dönüştürür (Kaboğlu, 2000: 71).

Toplumsal düzenin ihlali durumunda zor kullanmayı gerektiren müdahale yetkisinin, sadece siyasal topluma ait olması gerekir. Bunun dışında bir müdahalenin toplumsal bir meşruiyeti yoktur ve olamaz. Siyasal toplum, sivil toplum için var olduğuna ve sivil toplumun kendini yeniden üretmesi ve gelişmesini temin etmek zorunda olduğuna göre bu işlevini nasıl yerine getirecektir? Siyasal toplum bütün işlevlerini hukuk içinde gerçekleştirmek zorundadır. Zira zor kullanma tekeline sahip siyasal toplum-devlet ancak hukuk çerçevesinde bu yetkisini kullanmak durumundadır. Devlet-siyasal toplumun, sivil toplum için gerekli düzenleme yapma, müdahale etme ve zor kullanma yetkilerini kullanması, hukukla sınırlandığı takdirde meşru ve geçerli sayılır. Zor kullanma yetkisinin hukukla sınırlanması, siyasal toplumu, terörden ve eşkıyalıktan ayırır.

Her ülkenin sivil ve siyasal toplum anlayışı farklıdır. Avrupa'daki dinamiklerden farklı bir kültürü ve tarihsel geçmişi olan Türkiye'de baskın siyasal kültür, büyük oranda kutsal-baba devlet anlayışı ile şekillenmiştir. Bu anlayış devletin, siyasal toplumun hukukla sınırlandırılmasını da önlemektedir (Çaha, 2016: 14).

Yasa yapma (Hukuk normu) edimi, kamusal yaşam konusunda belirli bir algı ile hareket eder ve bu algı, yasanın (normun) içeriğini de belirler (Özcan, 2006: 428). Böylelikle siyasal toplumu oluşturan bireylerin-unsurların algıları, hukuk normunun içeriğinin belirlenmesinde oldukça öneme sahiptir. Eğer siyasal toplum ile sivil toplum arasında sağlıklı bir iletişim ve etkileşim, sivil toplumu oluşturan bireyler ile siyasal toplumu oluşturan bireyler arasında donanım, iletişim ve etkileşim düzeylerini de kapsayacak şekilde tam bir simetri (eşitlik) varsa, siyasal toplumun algısı ile sivil toplumun algısı da elbette örtüşecektir.

Modern pozitif hukuk, siyasal toplumun bir çıktısı olmasına rağmen, uygulamada hukukun siyaset dışı, belki de üstü kabul edilmesi bir çelişki oluşturmaktadır. Bu kurgu, hukuk normunun sivil topluma yönelik uygulamasının, siyasal çekişmelerden uzak tutulması gerektiği anlayışının bir sonucudur. İşte hukuk, arka planda siyasete dayanmasına rağmen, farklı bir formda (hukuk formunda) ifade edilerek, normun gerisindeki siyaset ve ideolojinin gömülü olarak gizlenmesini sağlamaktadır.

Modern sivil toplum, hepsi birbirinden farklı bireyler ve sivil toplum unsurlarından oluşmaktadır. Çoğulcu bir sivil toplumun tamamını kuşatacak nitelikte bir hukuk sisteminin, siyaset üstü ve rasyonel bir dizge olarak ifade edilmesi ve sivil toplum tarafından bunun bu şekilde kabullenilmesi önemlidir. Çoğulcu bir sivil toplumun uzantısı olan siyasal toplumda, iktidarı elinde tutan gücün belirlediği hukukun, sivil toplum içinde iktidar olamayan muhalefet yahut azınlıklar dâhil tüm topluma hitap edecek şekilde olabilmesi, hukukun ancak rasyonel olarak düzenlenmesiyle mümkündür. Rasyonel olmayan, belli bir ideolojiye-değere dayanan hukukun, çoğulcu bir sivil topluma (uzun vadede) uygulanması mümkün değildir zira modern toplumları oluşturan bireyler, homojen-birörnek değildir.

Bu konuda Ronald Dworkin'in demokrasi anlayışından da bahsedilmesi gerekebilir. Şöyle ki: Dworkin'in iki türlü demokrasi anlayışına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bunlardan birincisi "çoğunlukçu demokrasi", diğeri ise "ortaklık demokrasisi"dir. Çoğunluk demokrasisi anlayışına göre halkın çoğunluğu, halkın kalanını yönetir. Ortaklık demokrasisi anlayışı ise "parçanın" "bütünün" menfaatine hareket ettiği takım oyunlarındaki gibi yöneticilerin de toplumun tamamının yararını gözetken kararlar almasıdır. Seçim sistemleri çoğunluğu iktidar yapsa da ortaklık demokrasisinin siyasal iktidarın eylem ve işlemlerinde mümkün olduğu kadar insanın (bireysel haklar, özellikle ifade özgürlüğünün tanınmasını gerektiren) yerleşik kanaatlerini nazara almasını gerektirdiği ifade edilmektedir (Turhan, 2014). Dworkin'in demokrasi konusundaki bu yaklaşımının hukuktaki karşılığı da rasyonel, adalet ve insan haklarına uygun hukuk olmaktadır. Zira hukuk normları da çoğunluğu temsil eden siyasal iktidar tarafından çıkartılsa da hukukun toplumun çoğunluğuna değil tamamına hitap edebilmesini, tüm toplumun kabul edebileceği rasyonalite ve meşruiyete sahip olmasını gerektirmektedir.

Siyasal toplum bünyesindeki örgütlenme çerçevesinde üretilen hukuk normlarının, birey-sivil toplumu boğmayacak tarzda, gerektiği ölçüde ve adalete uygun olarak ihdas edilmesi gerekmektedir. Hukuk normları, kamu düzenini sağlama adına bireysel hak ve özgürlükleri yok edemez ve hukuk düzeninin öngördüğü sınırların dışında sınırlayamaz. Sivil toplumdaki bireysel ve sosyal grupların faaliyetleri için adeta bir şemsiye, görünmeyen bir alan oluşturması gereken hukuk, siyasal toplumun meşruiyeti ve yapılanmasının da anahtarıdır. Siyasal örgütlenme ve faaliyetler hukukla

tanımlanmazsa, keyfilik ortaya çıkar. Bu nedenle yürütme ve özellikle kamu yönetimi açısından faaliyetlerin yasal olarak tanımlanması ve sınırlarının çizilmesi, siyasal toplumun sivil toplum üzerindeki yetkilerinin demokratik bir hukuk devletinde kullanılabilmesinin tek yoludur.

Siyasal toplumun çıktısı olan pozitif hukuk, aynı zamanda siyasal toplumu da (hükümet ve yönetim organlarını) yasal bir zemine kavuşturmuş olur. Hukuk, böylelikle siyasal toplumun meşruiyetini sağlama işlevini yerine getirmektedir.

Anayasanın tanımladığı erklerin, meşruiyetlerini anayasadan alması, normlar hiyerarşisi dâhilinde kolaylıkla anlaşılabilirse de anayasanın kendi meşruiyetinin dayanağı, normlar hiyerarşisi kavramından çıkartılamamaktadır. Hukukun, hukuka dayanmayan bir aşamayı anayasa koyucu adıyla tanımlaması, hukukun nihayetinde bir kabul, kurgu olduğunu göstermektedir. Hukuk, bir paradigma gibi kendisinin kabul edildiği kurumlar, normlar, değerler ve anlayışlar sistemi içinde anlam kazanmaktadır. Sonuç olarak hukuk, ikili yapısıyla, kendisini kabul eden bir kültürel yapı içinde geçerlilik-meşruiyet kazanır ve kendisini geçerli kabul eden yapılara da reflektif olarak meşruiyet kazandırır.

Siyasal toplumun hukuka bağlı tutulması, siyasal toplumun, sivil toplum ve bireyler üzerindeki yetkilerinin sınırlarının sivil toplum ve bireyler tarafından bilinmesini sağlar. Bu durum, bireyler ve sivil toplum unsurlarının eylemlerinin sonuçlarını öngörmesini sağladığından sivil toplumun ihtiyacı olan güvenliği sağlar.

Hukukun toplumsal ilişkileri düzene sokma işlevinin dışında esasen siyasal topluma meşruiyet kazandırdığı, bunun da iktidara yaradığı, böylelikle iktidarın, yasallık kılıfıyla muhatabı olan sivil toplum ve bireyleri itaat eden özne konumuna indirgediğini iddia eden Foucault gibi düşünürler bulunmaktadır (Koloş, 2015: 251-253). Bu görüşlerde doğruluk payı olabilir, fakat iktidarın tarih içindeki teolojik, karizmatik ve geleneksel meşruiyet sağlama araçlarından sonra rasyonel bir meşruiyet kavramıyla hukuksallık zemininde ifade edilebilmesi, önemli bir aşamadır. Nihayetinde hukuk, toplumun tamamı için, toplumun bir uzantısı olan siyasal toplum-devlet tarafından pozitif hukuk metni şeklinde ifade edilmektedir. Hukuk eğer bir zorunluluksa, bunu bir şekilde ifade edecek organ da bulunacaktır. Bu organın, siyasi ve hukuki kararlar alması

meşru kabul edilince, bu organın iktidar için yarışan bireyler ve gruplardan (siyasal partilerden) oluşması, bu organın çıktısı olan hukukun, düşünümsel olarak kendisini oluşturan organı-kurumu meşru kılması da kaçınılmaz görülmektedir. Bu nedenle hukuk, iktidar ilişkilerini gizlemeye yarasa da, hukukun yerine alternatif bulunmadığı sürece bunun böyle kabul edilmesi, zorunlu görülmektedir.

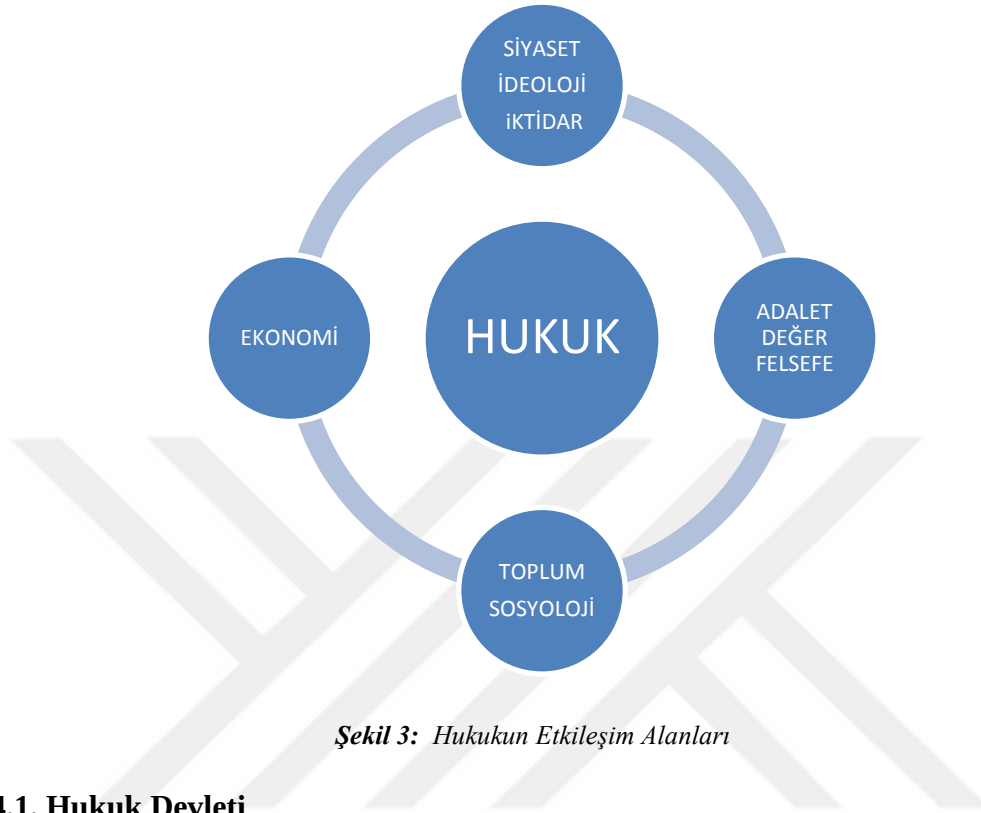
Sivil toplum, siyasal toplumu oluştururken ona bazı önemli yetkeler tanımıştır. Bu, siyasal toplumun faaliyette bulunması için zorunludur. Zira sadece siyasal toplum, sivil toplum bünyesinde meşru zor kullanma tekeline sahiptir. Zor kullanma yetkisi bir iktidar meselesi olduğundan, iktidarın kullanılışı ve sınırlarının çizilmesi çok önemlidir. İktidar hem kendi içinde hem de insan hakları ve sivil toplumla sınırlanmazsa, kuruluş amacının dışına çıkma ihtimali vardır. İktidar kavramı siyaset ve yönetim bilimlerinin her zaman en önemli konularından birisini teşkil etmiştir.

Temsili demokratik sistemlerde yer alan bir organ olan yasama organları-meclisler siyasal toplumun sivil toplum içinden oluşan küçük bir nüvesi olarak kabul edilebilir. Yasama meclislerinin oluşumu ve işleyişi ayrık tutulursa meclisler, sivil toplumun siyasal toplumdaki karşılığıdır. Bu anlayışta siyasal toplum bünyesinde oluşturulan yasa düzeyinde hukuk normlarının teorik düzeyde sivil toplum tarafından çıkarıldığı kabul edilir. Yasanın mecliste-parlamentoda meşruluk sınırında kabul oyu alması da sivil toplumun yasaya meşruiyet vermesi olarak kabul edilebilir.

Siyasal toplum içinde yer alan bir diğer erk olan yürütmenin de siyasal tercihleri olması kabul edilebilir olmakla birlikte bu erkin de hukukla sınırlanması gerekmektedir. Bu anlamda yürütme bünyesinde yer alan kamu yönetimi ve bürokrasi, merkezi ve yerel yönetim ile silahlı güvenlik unsurları yönetime bağlı olarak sivil toplumu ilgilendiren tüm faaliyetlerinde hukukla sınırlanmak durumundadır. Hukukla sınırlanmayan bir yürütme erki sivil toplum için bir tehlikedir.

Siyasal toplum içinde yer alan bir diğer erk, yargı erkidir. Yargı erkinin işlevi, sivil toplumda oluşan uyuşmazlıkları, yasama organının oluşturduğu hukuk normları ile adil bir şekilde çözmek, yasama organı tarafından şiddet ve suç olarak tanımlanan davranışların (sivil-siyasal) toplumda işlenmesi halinde bunlara (yine yasama organı tarafından öngörülmüş) uygun yaptırımı belirlemektir. Yargı erki siyasal toplum

bünyesindeki yahut siyasal toplum ile sivil toplum arasındaki uyumsuzlukları da aynı şekilde önceden belirlenmiş hukuk normları ile adil bir şekilde çözmekle yükümlüdür.



Şekil 3: Hukukun Etkileşim Alanları

2.4.1. Hukuk Devleti

Hukuk devleti, siyasal toplum-devletin kendi koyduğu normlara-kurallara uyması değil, devletin kendi varlık amacını da belirleyen kuralların arkasındaki ilke ve değerlere uyması demektir. Siyasal toplumun asıl amacı kendisine varlık veren birey ve sivil toplum olduğu için çıkarılacak pozitif hukuk normlarının önceliği de birey ve sivil toplum olmak zorundadır. Zaten çıkarılacak hukuk normlarına sivil toplum olduğu kadar siyasal toplum da uymak zorundadır. Siyasal toplumun hukuka uymama gibi bir ayrıcalığı bulunmamaktadır.

Siyasal yönetimi hukuka bağlı kılma gereği, hukuk devleti kavramını ortaya çıkarmıştır. Hukuk, sivil toplumla siyasal toplum arasındaki en önemli bağlardan birini oluşturmaktadır. Kuvvetler ayrılığı dahi ancak hukuksal bir norma bağlandığı takdirde uygulanabilir. Hukuk, siyasal toplumu da sınırlamak ve faaliyetinin nasıl gerçekleştirildiğini düzenlemek için normatif buyruklar ihdas etmek zorundadır.

Sartori (2017:393), çağımıza has bir özellik olmak üzere yasaları kimin, nasıl yaptığını ve kimin yorumladığı sorularını sorarak, “yasalar tarafından veya yasalar yoluyla yönetilebilmemiz için, yasa koyucuların kendilerinin yasalara uyması veya bağlı olması gerekir.” demektedir.

Modern sivil ve siyasal toplum yapılarından önce antik Yunan sitelerinde yasalar, keyfi iktidarlara karşı bir denge unsuru olarak görülmüştür. Yasanın amacı kolektif ahlaki bir bütün olan sitenin varlığını ve yurttaşların mutluluğunu sağlamak olarak görülmüştür. Kamusal-özel alan ayrımı olmayan Yunan sitelerinde yasalar, yurttaşların siyasi alana dâhil edilmelerinin bir aracı olup, modern hak ve özgürlük anlayışlarına sahip olmasa da siyasetin amacı ortak iyi olmuştur. Tüm yurttaşlar eşit siyasi haklara sahip kabul edildiği için, yurttaşların siyasal alanın dışındaki yaşam alanlarına siyasi bir müdahale olmamıştır (Özenç, 2014: 22-24). Böylelikle (bugünkü anlamda ve seviyede olmasa da) antik dönemlerde, siyasal iktidarın meşruluğunun dayanağını yasayla yönetme sayan bir yapının temellerinin atıldığı görülmektedir.

(Modern) Hukuk devleti, hukuka dayanan ve hukuk sayesinde var olan devlet ve yönetimdir. Bu kavram, devletin hukuk çerçevesine alınmasını, hukukla bağlanmasını ve yönetimde keyfiliğin yerine kuralların egemen olmasını gerektirir. Devleti hukukla çerçevelemenin ve bireyleri siyasi gücün keyfi kullanımına karşı korumanın başlıca araçlarından biri yazılı anayasadır. Bir hukuk devletinde egemen olması gereken hukuk, vatandaşlar için hukuk güvenliği sağlayan ve özgürlük, adalet ve eşitlik gibi evrensel değerlerle uyumlu olan bir hukuktur (Erdoğan, 2013: 113-114).

(Burjuva) Hukuk devletinin, modern burjuva bireyciliğinin anayasa idealine karşılık geldiğini öne süren Schmitt; bireysel özgürlük, mülkiyet hakkı, sözleşme yapma ve ticaret özgürlüğü gibi burjuva özgürlüklerinin, anayasanın temelini oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu kavramsal çerçevede devletin, sıkı biçimde denetlenen ve asli işlevi topluma hizmet etmek olan, sistematik biçimde normlar sistemine tabi kılınmış, norm ve süreçlere indirgenmiş bir hizmet mekanizması olarak kabul edildiğini, bunların liberal hukuk devletinin başat özellikleri olduğu öne sürülmüştür (Göztepe, 2015:147).

Bir devletin hukuk devleti niteliğini kazanması, devletin kendini, yurttaşlarının özgürlük, güvenlik ve eşitlik gibi gereksinimlerinin karşılanmasına adanmasıyla mümkün

hale gelir. Böyle bir hukuk devleti aynı zamanda sivil toplumun ürünüdür. Sivil toplum, bireylerin oluşturduğu, örgütlü ya da tekil olarak, insan gruplarının farklı etkinlik ve niteliklerle yaşamlarını sürdürme özgürlüğünün var olduğu bir yapı-alandır (Kutlu, 2001:201).

Hukuk devleti, sivil toplum içinde tüm bireylerin eşit statüde kabul edilmesini, vatandaşların suç işlediği sabit olmadıkça masum olmalarını, temel hakların hiçbir şekilde sınırlanamayacağını, siyasal toplumun hukuk normları dışına çıkamayacağını, yani keyfiliğin olmayacağını öngördüğünden, siyasal toplum ancak hukuk devleti olduğu takdirde sivil topluma karşı nötr, tarafsız kalabilir (Çaha, 2016: 63-64). Görüldüğü gibi hukuk, sivil toplum için en önemli sosyal kurumlardan biri, belki de en önemlisidir.

Siyasal toplumun bireyler ve sivil toplum üzerindeki hak ve yetkilerinin sınırını, siyasal toplumun var oluş amacı ve insan hakları sınırlar. Böyle bir siyasal toplum-devlet yapısı, hukuk devletine karşılık gelir. Zira siyasal toplumun-devletin somut bir amacı ve tanımı bulunmaktadır. Ulvi amaçlar ve değerler yüklenen siyasal toplum-devlet yapısı ve anlayışı, araçsallaştırdığı hukuk sistemiyle sivil toplum ve bireyi kendine tabi kılar.

Hukuk devletinin oluşmadığı bir siyasal toplum yapısı, keyfiliklere açıktır. Oysa sivil toplum, varlığını sürdürebilmek ve geliştirebilmek için geleceği öngörme ve hukuki belirliliğe ihtiyaç duymaktadır. Hukukun norm olarak anlaşılması ve uygulanması, birörnek uygulanmasını gerektirmektedir. Bu niteliklere sahip olmayan, yani hukuk devleti olarak yapılanmamış bir siyasal toplumun elinde hukuk, sivil toplum için keyfilik ve baskı aracı olarak kullanılabilme potansiyelini taşımaktadır. Hukuk devleti olmayan bir siyasal toplum gölgesinde sivil toplum; geleceğin belirsizliğinden dolayı, özgür bireyler ve sosyal gruplar geliştiremeyeceğinden ayrıca ekonomik toplum da belirsizlik altında kısa dönemli faaliyetlere yöneleceğinden ve böylelikle ekonomi de gelişmeyeceğinden, sivil toplum tam anlamıyla oluşamaz.

Hukuk devleti, bireylerin ve birey topluluklarının, siyasi otorite karşısında güven içinde bulundukları bir devlet sistemini ifade eder. Bu hukuki güveni sağlanmasının yolu ise devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olmasını, yani hukukun devlet üzerinde denetleyici bir niteliğinin bulunmasına bağlıdır (Huber, 1970:32).

Sivil toplum için devletin bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Devlet bir hukuk devleti olmalı ve sınırlı bir devlet olmalıdır. Devlet sivil toplum bünyesinde gerçekleşecek etkinlikler, çatışma ve rekabette taraf olmamak, ancak önleyici ve düzeltici olmak zorundadır. Siyasal toplum-devletin öngörülen işlevlerini yerine getirebilmesi için, rasyonel biçimde yapılanması gerekir. Rasyonel yapılanma ise hukuk devletini gerekli kılar (Çaha, 2016: 63-64).

Sivil toplumun var olabilmesi için devletin (siyasal toplumun) sınırlı olmasının ötesinde devlette keyfiliğin de olmaması gerekir. Keyfiliğin olmaması: hukuk devleti olmayı yani devletin bireylerin haklarına keyfi müdahalede bulunmamasını, kuralların önceden bilinmesini ve herkese eşit uygulanması gibi özelliklere sahip olunmasını gerektirir (Yılmaz, 2001:325).

Hukuk devletinin, kurum ve mekanizmaları ile hukuk düzeninin dayandığı adalet anlayışı, biçimsel ve maddi hukuk devleti anlayışlarına temel oluşturur. Biçimsel hukuk devleti anlayışı hukuk devletinin, kurum ve mekanizmaları ile hukuk düzeninin adalet anlayışı, biçimsel ve maddi hukuk devleti anlayışlarına temel oluşturur. Hukuk devleti aynı zamanda iktidarın siyasal meşruluğunun da bir ölçütü olarak görülür. Hukukun temel özellikleri, liberal hukuk anlayışında hukuk devletinin ilkeleri olup; “hukuk kurallarının genel olması, formelliği, açıklığa sahip olması, hesaplanabilir olması” bunlardan bazılarıdır (Özcan, 2006:119-144).

Hukuk devleti, özgürlüğe ilişkin bir kavram olup ancak hukuk devleti nosyonunu taşıyan bir bakış açısıyla ve hukuk devletinin düzenli adaleti oluşturan belirli kaidelerle olan bağlantısı üzerinden anlaşılabilir. Hukuk düzeni rasyonel kişilere hitap eden bir kamu kuralları bütünü olarak kabul edilirse, adalet kurallarının da hukuk devletiyle bütünleştiği açıklanmış olur (Rawls, 2017:264).

Gözler, pozitivist teoride hukuk devleti kavramına ihtiyaç olmadığını, zira hukukun kurallardan oluşan hiyerarşik bir düzen olup kuralları koyan da devlet olduğuna göre kendi koyduğu kurallara uyan her devletin Hans Kelsen’in tanımıyla totolojik olarak hukuk devleti sayılması gerektiğini öne sürmektedir. Hukuk devleti kavramının içeriğinin tabii hukuk ilkeleriyle doldurulmasının, pozitif hukuk bakımından kaygı verici olduğunu öne süren Gözler, pozitif bir temeli olmayan hukuk devleti kavramının

muğlâk ve keyfi uygulanma olasılığı bulunduğunu belirtmektedir. Yazar bu durumun bizatihi hukukun belirginliği ilkesine, hukuk güvenliğine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedir (2000: 169-178). Hukuk devleti kavramını, hukuk devleti ilkesine aykırı bulan yazar, bu kavramın içeriğinin nasıl doldurulacağı konusunda sessiz kalmıştır.

Hukuk devleti, kendi koyduğu kurallara da uyan devlet olmakla birlikte, asıl olan devletin koyduğu kuralların da asgari nitelikler taşıması gerektiğidir. Hukuk devletinin koyduğu kuralların çerçevesini sadece anayasa ile sınırlamak pozitif hukuku esas alan birisi için anlamlı olabilirse de tartışma esasen pozitif hukukun (anayasa dahil) insan haklarını, adaleti ve sivil toplum kendisini yeniden üretmesini sağlayıp sağlayamadığıdır. Bunları sağlamayan hukuk, pozitif de olsa, anayasa da olsa hukuk niteliğini taşımaz. Aksi düşünce, Nazi yönetimindeki uygulamaları pozitif hukuka uygun kabul etmek zorunda kalacaktır.

Sivil topluma hukuk normu diye sunulan düzenlemeye devlet uymazsa kendi koyduğu kurallı hukuk saymamış olur ki bunun kabul edilemeyeceği ortadadır (Kapani, 1993: 253).

Hukuk devletinin, ulaşılması gereken bir ideal olduğunu belirten Aktaş ise, hukuk normunun oluşumuna ilişkin biçimsel ve prosedürel ilkelerin, hukuk devletinin onusuz olmaz şartlarından olmasına rağmen yeterli olmadığını, hukuk devletinin var olabilmesi için, pozitif hukukun haklılık ve adillğine ilişkin bir sorgulama yapılabilmesinin (asgari düzeyde de olsa) gerektiğini ifade etmektedir. Aktaş, hukuk devleti kavramı kapsamında pozitif hukukun, yaygın kabul görmüş adalet standartlarıyla çelişmemesi gerektiğini, yaygın olarak kabul görmüş adalet ve insan hakları standartlarının, hukuk devleti kavramının unsurları haline getirilmesi gerektiğini öne sürmüştür (Aktaş, 2020: 26-27).

AİHS’de siyasal toplumun, sivil toplum ve bireyler üzerindeki müdahalesinin (her hakkın durumu farklı olmakla birlikte) koşulları açıklanmıştır. AİHS’de yer alan maddelerdeki ortak müdahale koşulları, müdahalenin hukuki olması, meşru bir amaç taşıması ve demokratik bir toplum için gerekli olması şeklindedir. Bu ilkeler, siyasal toplum-devletin, sivil toplum ve siyasal toplum kesişme bölgesinde yer alan hukuk ile yapacağı düzenlemelerin de sınırını göstermektedir.

Siyasal toplumun bütün işlem ve eylemleri meşru, kabul edilebilir bir amaç taşımalıdır. Bu amaçlar, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve kargaşanın önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması, insanların hak ve özgürlüklerinin korunması gibi ilkelerdir. Belirtilen bu hususlar esasen birey ve sivil toplumun korunması ve varlığını sürdürmesi için zorunlu olan gereksinimlerdir. Zaten siyasal toplum bunun için vardır.

Siyasal toplumun işlem ve eylemlerinin meşruiyeti için gösterilen ölçütler, büyük ölçüde soyut kavramlar olmakla birlikte bu gereksinimler ancak bu şekilde ifade edilebilmektedir.

Siyasal toplumun sivil toplum ile ilişkisi çerçevesinde diğer bir şart ise, siyasal toplumun işlem ve eylemlerinin demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır. Demokratik bir toplum için gerekli olmayan işlem ve eylemler, siyasal toplumun var oluş amacıyla bağdaşmaz.

Demokratik bir toplumdaki kasıt, toplumun demokratik bir sivil toplum olmasıdır. Demokratik bir sivil toplumun vasıfları ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 10.maddesinde yer alan "ifade özgürlüğü" kavramıyla da bağlantılı olarak AİHM tarafından, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak kabul edilmektedir (Doğru ve Nalbant, 2013: 15).

Demokratik bir sivil toplumun en belirgin özelliği, "hukukun üstünlüğü" kavramıdır. Demokratik bir sivil toplum, siyasal toplumunun hukuka bağlı bir devlet olması ve hukukun üstünlüğünün toplumun tüm paydaşlarınca kabul edildiği bir toplum tipidir.

Demokratik bir toplumdaki gereklilik, siyasal toplumun eyleminin, sivil toplumdan gelen bir talebe karşılık olmasıdır. AİHM bu ilkeyi, siyasal toplumun müdahalesi bağlamında değerlendirmekte ve gerekliliği, toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmesi ve izlediği meşru amaçla orantılı olması şeklinde uygulamaktadır.

Devletin, siyasal toplumun kendi ihdas ettiği pozitif hukukla sınırlanması gerektiğini kabul edebilmek, sivil toplum-bireyi, devlet-siyasal topluma önceleyen ya da en azından siyasal toplum-devlet ile sivil toplumu, simetrik olarak, eşit konumda algılayan bir kültürel anlayışı gerektirmektedir. Bu anlayış oluşmadığı sürece hukuk, devlet ve

siyasal toplum için bir ayak bağı, yerine getirilmesi gereken bir formalite boyutunu aşamayacaktır.

2.4.2. İnsan Hak ve Özgürlükleri

İnsanın sırf insan olma sıfatıyla doğuştan bazı haklara ve hürriyetlere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara hiçbir zaman dokunulamayacağı şeklindeki fikirlerin, bir doktrin şeklinde ifade edilmesi için 17. y.y a gitmek gerekmektedir. Siyasal iktidara bir sınır çizmek için (dinsel kaynaklı olmayan) doğal hukuktan yola çıkan bu görüş, siyasal toplum kurulmadan önce insanların tabiat halinde yaşadığını ve toplum sözleşmesi ile siyasal toplumun kurulduğunu, tabiat halinde sahip olunan hak ve hürriyetlerin en esaslı olanlarının siyasal topluma devredilmediğini esas almaktadır (Kapani, 1993:30).

İnsan haklarının siyasal topluma kabul ettirilmesi elbette kolay olmamış, uzun ve zor bir süreç sonucunda bu aşamaya gelinmiştir. Bu sürecin başlangıcının 1215 yılında İngiliz Kralı Yurtsuz John’a imzalatılan Magna Carta Libertatum ile başladığı ifade edilmektedir. Bu belge ile kral da olsa siyasi iktidarın iradesinin sınırlandırılabilceği (soylu da olsa) toplumda baronların haklarının bulunduğu, kralın baronlara danışmadan vergi salamayacağı krala kabul ettirilebilmiştir (Gemalmaz, 2001: 13-17).

Tarihsel açıklamalardan sonra bugün geline nokta siyasal toplumun asli işlevinin, sivil toplumu oluşturan bireylerin temel insan haklarını tanımanın ötesinde, insanların haklarını kullanabilmelerini kolaylaştırmak, hakların kullanılmasının önündeki engelleri kaldırmak olduğu kabul edilmelidir. Zira siyasal toplum, insanların temel haklarını ihdas etmez, bilakis insan hakları, siyasal toplum ve hukukun çerçevesini belirler. İnsan hakları, insanların ırklarına, dinlerine, cinsiyetlerine veya yaşlarına bakılmaksızın belli temel ve vazgeçilmez haklarla bahşedilmiş oldukları esasına dayanır. Bu hakların hukuki olarak tanınmış olup olmaması, haktan bağımsızdır (Wacks, 2015:58). Böylelikle hak kavramı tanımlanırken hukuk düzeninin tanıdığı yetkiler olarak yapılan tanımlama, insan haklarını açıklamada yetersiz kalmaktadır, zira insan haklarının varlığı, hukuk düzeninden önce gelir. Nitekim Sartori’ye göre de “meşruluğu ve yasallığı koruyan siyasi özgürlük olup, günümüzde özgürlükleri koruyan, hukukçuların dayandıkları biçimsel anlamda yasalar değil ‘haklar’dır.” (Sartori, 2017: 399).

Böylelikle Sartori, insan haklarının biçimsel hukuk normlarından önce geldiğini kabul ve ifade etmiş bulunmaktadır.

Özgürlük sadece liberalizm için değil, rasyonalizm ve bireycilik için de esas değerdir. Bu yüzden her üç ideoloji de anayasacılıkla yakın ilişkilidir. Bireyin özgürlüğü yasa çerçevesinde herkesin özgürlüğü ile uyum içindedir. Bu özgürlüklerin kullanılması, birey, grup yahut devlet kaynaklı iktidarın kötüye kullanılmasına neden olabilecek sınırlamaları içeren etkin kurumların varlığını gerektirir (Friedrich, 2010: 55).

Kuçuradi'ye göre “insan hakları hukuk olmayıp, hukukun türetildiği öncüllerdir.” Bu bağlamda hukukun insan haklarına uygun olarak türetilmesi gerekmektedir. Filozofa göre insan hakları, insanın değerini korumayı amaçlayan, belirli tarihsel koşullarda insan değerinin bilgisinden türetilen normlar olup, evrensellikleri de buradan gelir. Kültürel normlar ise deneysel koşullardan türetilen, değişkenlik gösteren ve daha çok da grupların çıkarlarını korumaya yönelik olan normlardır (Uygur, 2014).

İnsan hakları, dayandırıldığı ve geniş ölçüde paylaşılan değerlere ilişkin istemler olarak kavrandığında, birbirlerine bağlı olan bu değerler; saygı görmekten, iktidardan pay almaya, refaha, sağlığa, yetileri geliştirmeye, bilgi edinmeye dürüst ve adil bir düzene v.b alanlara ilişkin istemler olarak ortaya çıkmaktadır (Gemalmaz, 2001: 495).

Gerek insan hakları, gerekse özgürlükler, pozitif hukuk sınırlarını taşıyan sınırlara sahiptir. Bununla beraber içeriklerinin belirlenmesinde, çerçevelenmesinde ve güvence altına alınmasında pozitif hukuk gözardı edilemez (Kaboğlu, 1999: 12) .

Bireyin özerk olabilmesi ve kendi hayatını seçerek gerçekleştirmesini sağlayacak gerekleri (sağlık, eğitim ve güvenlik gibi) istemek, bireyin pozitif özgürlükleri kapsamındadır. Birey bu gereklere kendi imkan ve çabalarıyla sahip olamıyorsa, dışsal bir aktörün devreye girmesi gerekir. Bu dışsal aktör sivil toplum içinde bireyin ailesi ve sosyal çevresinden gelebileceği gibi bunun yetersiz kalması durumunda siyasal toplum da olabilir (Kocaoğlu, 2018: 25). Bireyin varlığını yeniden üretmesi ve geliştirmesi için gerekli olan pozitif siyasal müdahalenin sınırları da hukuk tarafından belirlenebilir.

İnsan hak ve hürriyetleri, insan varlığının ayrılmaz bir parçası olup, sivil ve siyasal toplumun asli unsuru insan olduğuna göre, insanlar tarafından kurulan siyasal toplumun

insan hak ve hürriyetlerine uygun faaliyette göstermesi ve bu doğrultuda hukuk normlarının da insan haklarına dayanması kaçınılmazdır. Bu düşünce ve kabul, fikren gelişmiş, hürriyet bilinci uyanmış insanları gerektirir. İnsan haklarının siyasi iktidarı sınırlandırıcı etki gösterebilmesi için (sivil ve siyasal) toplumun tamamı (yahut çoğunluğu) tarafından benimsenmesi gerekmektedir (Kapani, 1993:142-145). Kapani'nin gönderme yaptığı bu bilinç düzeyi, birey vasfını kazanmış insanları ifade etmektedir.

Siyasal toplumun varlık amacı birey ve sivil toplum olarak kabul edilince, siyasal toplumun çıkardığı hukuk normlarının, birey-insan haklarına uygun olması şarttır. İnsan haklarına aykırı hukuk normları esasen hukuk dahi değildir.

Schmitt, bireyin herhangi bir siyasal eylem ya da amaçtan soyutlanmış, salt birey olarak sahip olduğu, devlet-öncesi ve ötesi hakları “gerçek” temel haklar olarak tanımlamaktadır. Bu haklar, devlet öncesi ve ötesi olduğundan varlıkları, devlet tarafından yasayla tanınmış olmalarına bağlı değildir. Devlet, kendisinden önce var olan bu hakların varlığını kabul eder, onları korur ve sadece istisnai hallerde, önceden öngörülen prosedüre dayanarak bu haklara müdahale edebilir. Devlet özgürlükleri koruyarak gerçekte kendi varlık nedenini gerçekleştirir. Temel hak ve özgürlükler, özgürlük alanlarıdır ve vatandaşlığından bağımsız olarak bütün bireylere tanınır.

Gerçek temel haklar olan insan hakları, mutlak haklar olup, yasanın öngördüğü sınırlarda kullanılmaları söz konusu değildir. Yasa ancak istisnai hallerde bu haklara müdahale edebilir. (Göztepe, 2015:149).

İdeolojik devlet kavramının, 2. Dünya Savaşı öncesinde ve sürecinde ötekileştirdiği, kendilerinden saymadığı bireylere yaşattıkları acılar, insan haklarının uluslararası düzeyde teminat altına alınmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu süreçte devlet-siyasal toplumun, insan haklarından sorumlu olduğunun kabul edilmesi, Avrupa'da insan haklarının uluslararası düzeyde korunduğu AİHS ile sonuçlanmıştır. Başka Kıtalarda da aynı yönde Uluslararası Sözleşmeler imzalanmışsa da, bunlar arasında AİHS, sivil toplum ve insan hakları kavramlarının kaynağını oluşturan ülkeler tarafından oluşturulduğundan, Türkiye'nin de üyesi olduğu en önemli bölgesel insan hakları sözleşmesidir.

AİHS'ye göre insan haklarına yönelik siyasal toplumun müdahalesi, mutlaka hukuk aracılığıyla yapılmak durumundadır. Hukuk normları ile düzenlenmemiş ve öngörülmemiş bir müdahale bu ilkenin ihlalidir. Bu ilke, AİHS'nin özel ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8/2. maddesinde ifade edilmiştir. Hukukilik, hukuk aracılığıyla olduğu gibi, hukuka uygun olma anlamına da gelmektedir. Bu ilke AİHS'nin 9-11.maddelerinde, hukuken öngörülmüş olma terimiyle ifade edilmiştir. AİHM bu iki kavramın da aynı şekilde yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir (Doğru ve Nalbant, 2013: 11).

AİHS, batıda gelişen sivil toplum-siyasal toplum kavramsallaştırmalarının ulaştığı son seviyeyi göstermektedir. Şöyle ki sivil toplum-siyasal toplum kavramsallaştırmaları ile eşzamanlı gelişen insan hakları kavramı, AİHS ile uluslararası hukuka ait bir metinde varlık bulmuştur. AİHS, sivil toplum-siyasal toplum ekseninde insanların haklarını tanımlayarak siyasal toplum-devlete, bunları koruma ve sağlama konusunda yükümlülükler yüklemiştir. AİHS metni, Anayasanın 90.maddesi uyarınca Türkiye'nin iç hukuk mevzuatı hükmündedir. Avrupa, bu metni yüzlerce yıla varan bir süreçte edindiği tecrübelerin sonucu olarak hatta her yönüyle yıkıcı bir dünya savaşı sonrasında yaşanan insan hakları ihlallerinin ulaşabildiği seviye sonrasında kaleme almayı başarmıştır.

İnsan hakları ihlallerini önlemek için siyasal topluma yüklenen görevlerin yerine getirilmesinin tek yolu hukuktur. Bu yönüyle insan hakları ihlallerini önlemek için uluslararası hukukta bu yönde bir norm-kural yoksa siyasal toplum-devletin, gerekli hukuki düzenlemeleri gerçekleştirme ödevi bulunmaktadır.

Hukuka göre ifadesi aynı zamanda müdahalenin kaynağını oluşturan hukukun nitelikli olmasını da gerektirmektedir. Yani her pozitif normatif düzenleme hukuk niteliğinde sayılamaz. Nitelikli hukuk ise hukukun ilgili kişi tarafından erişilebilir olmasını, bireyin kendisi için yaratabileceği sonuçların önceden görülebilir şekilde açık ve anlaşılır olmasını ve hukukun üstünlüğüne uygun olmayı sağlayacak uygulamanın kötüye kullanılmasına karşı, koruyucu mekanizmalar içermesini gerektirmektedir (A.g.e.: 11).

AİHM içtihatlarıyla geliştirilen hukukilik kuralının erişilebilirlik özelliği, bireylerin belirli bir olaya uygulanabilir hukuk kuralları hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi

anlamına gelmektedir. Bu gereklilik, hukuk normlarının yayımlanmasını ve bireylerin erişimine hazır tutulmasını gerektirmektedir. Bireylerin özel alanlarına müdahalenin gizli yapılmasını öngören kurallar bulunduğu takdirde, bunları düzenleyen hukuk normlarının da açık ve ayrıntılı olması gerekir. Örneğin, kamusal birimlere gizli izleme ve veri toplama tedbirlerine başvurmaya yetki veren bir hukuk normunun; tedbirlere başvurmayı gerektiren durum ve şartların neler olduğu konusunda vatandaşın anlayacağı ölçüde açık olması gerekmektedir. Ayrıca gizli izleme gibi uygulamaların kötüye kullanılma olasılığına karşı hukuk normunda koruyucu düzenlemeler bulunmalıdır. Bu koruyucu düzenlemeler ise tedbirlerin niteliği, kapsamı ve süresi ile tedbir uygulaması verilebilmesi için gerekli sebepler, tedbir emri vermeye, yürütmeye ve denetlemeye yetkili makamlar ve hukuk düzeni tarafından sağlanan başvuru yolunun türüdür. Yani bu hususlar da gizli izlemeyi mümkün kılan hukuksal düzenlemede açıkça düzenlenmiş olmalı ve somut izleme kararları da hukuki bu gerekleri karşılamalıdır (A.g.e.: 11-12).

Devletin-siyasal toplumun sivil topluma ve bireyin sahip olduğu haklara müdahale edebilmesini sağlayan hukuk normu açık-anlaşılır olmalı, muğlâk olmamalıdır. AİHM'ye göre bireylerin davranışlarını düzenlemeye yönelik düzenlemeler, yeterli açıklıkta ifade edilmemişse, bu düzenleme hukuk normu olarak kabul edilemez. Bununla birlikte AİHM, hukuk normlarının her durumu kapsayacak şekilde formüle edilmesinin zorluğunu kabul ederek, genel ifadeler içeren hukuk normlarının yorum ve uygulamasını, hukuk normunun uygulama sorunu olarak kabul etmektedir. Bu özelliğiyle hukukun olması gereken açıklığı, kullanılan hakkın ve müdahalenin niteliğine, hukuk normunun içeriğine, düzenlediği alana ve muhatap aldığı kişilerin durum ve sayılarına göre değişebilmekte ve bunlar hukuk normunun uygulaması ile anlaşılabilir (A.g.e.: 12).

Hukuk normunun, hukukun üstünlüğü kavramını karşılar nitelikte olması gerekir. Bu özellik hukuk normunun, bireyi keyfi uygulamalara karşı koruyucular içermesi anlamına gelmektedir. Örneğin idareye takdir yetkisi tanıyan bir hukuk normu, bu yetkinin sınırlarını da göstermelidir.

İnsanların oluşturduğu kurumlar, örgütler v.s.in insan hakları olamaz. Tüzel kişiliklerin hukuk düzeninde tanınan kişiliği, insanların onlara verdiği izafi-farazi bir kişiliktir. Bu

tarz tüzel kişiliklerin en önemlisi devlettir. Yani devlet kavramının, insanların ona atfettiği anlamdan, yüklediği fonksiyonlardan başka bir özelliği bulunmamaktadır. İnsanlar, tarım toplumuna geçiş ve toplumsallaşma süreciyle birlikte kendi kurdukları kavramlara, kurumlara tabi olmuşlardır. Bu bir anlamda Hobbes'un Leviathan'ını hatırlatmaktadır. Gerçekte hiç kimseye ait olmayan haklar ve yetkiler, insanların kurduğu, izafi varlıklara tanınmış, bundan da o kurumları işgal edenler faydalanmışlardır. Bu açıdan tüm insan haklarının, toplumun, devletten-siyasal toplumdaki önce var olduğunun, devletin onları ihdas etmediğinin kabul edilmesi, çok önemli bir aşamadır.

İnsanı-bireyi öncelik olarak tanımlamayan bir hukuk sisteminin, bireylerden oluşan sivil toplumu düzenlemesi de sorunludur. Bu yüzden tüm insanların paylaştığı ve her insanın buna hakkı vardır denilebilecek haklar olan insan hakları, bireylerin dâhil oldukları siyasal toplumlardan, ulus devletlerden, bireyin ait olduğu kimlikten bağımsız olarak sahip olduğu evrensel nitelikte haklardır. Bu nedenle tüm siyasal toplumlar-organizasyonlar bireyin kendi siyasal organizasyonunun mensubu olup olmadığından bağımsız olarak insanların haklarını korumak, kollamakla yükümlüdür.

Temel insan haklarının kavramlaştırılmasında, olmayana ergi yöntemi kullanılarak, olmaması halinde “insan” kavramının aldığı durumdan yararlanılabilir. Yani hangi haklar olmadığı takdirde insan kavramı devreden çıkıyorsa, o hak temel insan hakkıdır. Bu yöntemle insanı insan yapan bütün özellikler onun hakkıdır. Yaşam hakkı en başta gelen insan hakkıdır. Sağlıklı yaşam hakkı da yaşam hakkının bir parçasıdır. Bunun dışında insan düşünen, konuşan, üreten, tüketen bir canlıdır. Tüketme kavramı yaşam hakkı kapsamında düşünülebilir. Bunun dışında insanın yaşayabilmesi için gerekli nitelikler de onun temel haklarını teşkil eder. İnsanın yaşayabilmesi için bir konuta-yaşam alanına, diğer insanlarla iletişim ve etkileşim kurmaya, cinsel ilişkiye-evlenmeye de ihtiyacı vardır. Bütün bunlar temel insan hakları olup, bu haklar, AİHS’de düzenlenmiş ve sınırlamaların nasıl ve ne şekilde yapılabileceği de açıkça belirtilmiştir. Haberleşme, seyahat, iletişim, gizlilik-mahremiyet, evlenme hakkı, özel alanlarına saygı duyulmasını isteme hakkı gibi haklara yönelik olarak AİHS’de siyasal toplum-devlet; bu hakları hem tanıma-saygı gösterme hem de bu hakları ihlal etmeme ve hakların kullanılması için gerekli koşulları sağlama gibi özel görevlerle yükümlendirilmiştir.

Bunlara ek olarak düşünmeyen ve bunu ifade edemeyen bir canlı da insan sayılamaz. Konuşma hakkı da düşünmeyle bağlantılı olup konuşma da insanı tanımlayan temel bir özelliktir. Bundan yola çıkarak düşünce ve vicdan özgürlüğü ile bunları açıklama yani ifade hürriyeti birbirlerinden ayıramayan temel insan haklarındandır. Hart, bu haklara, mutlak haklar adını vermekte ve bu hakların bütün insanların eşit özgürlük hakkına sahip olduğu ilkesinden kaynaklandığını öne sürmektedir (Hart, 2015:233-234).

Siyasal toplum-devlet, bireyin temel haklarını yok edemez, kullanılmasını önleyecek tarzda düzenleme yapamaz. Zira bu haklar olmadığı takdirde yukarıda da açıklandığı gibi esasen insan olmaz-olamaz. Bu hakların kullanılmasının sınırlaması da çok istisnai durumlarda ve sınırlı olarak yapılabilir. Örneğin tüm toplumu tehdit eden bir salgın hastalık tehlikesi varsa devlet-siyasal toplumun seyahat hakkına (hakkın kullanımını tamamen yok etmeyecek şekilde) sınırlama getirmesi kabul edilebilir bir sınırlama sayılabilir.

2.4.3. Adalet

Siyasal toplumun çıkardığı hukuk normlarının adalete uygun olması gerekir. Adalet, tanımlaması zor bir kavramdır. Bununla beraber adalet kavramı, bir tarihi olan ve yorum gerektiren bir kurum-kavram olması nedeniyle insanların, adalet adına bulundukları taleplere, sundukları gerekçelere ve buldukları mazeretlere karşı yorumlardan beslenerek kültürel olarak oluşmaktadır. Böylelikle herkesin bir şekilde adalet anlayışına sahip bulunduğu kabul edilmelidir (Dworkin, 2018:104-105).

Adalet kavramına, en yaygın biçimde hukuk kuralları veya o kurallara dayanan hukuk uygulaması eleştirildiğinde başvurulmaktadır. Bu özelliğinden yola çıkarak adalet, verili bir hukuk sisteminin değerlendirilmesinde veya toplumsal düzenin hukuk normları aracılığıyla düzenlenmesinde-iyileştirilmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir (Uygun, 2017: 40-41).

Hukukun doğal işlevi adaletin korunmasıdır. Halkın kafasında adeta hukuk ve adalet tek ve aynı şeydir. Bu yüzden herkes de yasaya uygun olan her şeyin aynı zamanda adil olacağı konusunda güçlü bir kanaat vardır (Bastiat, 2010: 24).

Adaletin, toplumun çoğunluğu tarafından makul veya kabul edilebilir bulunan bir tarafı olduğu gibi, ahlak ve etik ile vicdandan kaynaklanan, evrensel bir yönü de bulunmaktadır. Toplumdan topluma yahut çağlar içinde değişen (köleliğin meşru görüldüğü dönemlere yönelik) adalet anlayışı birinci duruma, her zaman geçerli bir adalet değeri-idesi de ikinci duruma bir örnektir (Uygun, 2017: 42-43). (Sivil) toplumdaki baskın adalet anlayışı da doğal olarak dönemin yasama faaliyetine yön verecektir.

Sivil toplum ve siyasal toplum ekseninde yer alan “hukuk” özelinde adalet, bireysel bir erdem olmayıp toplumsal bir erdemdir. Toplumsal erdem olarak adalet, toplumun birey üzerinde bir önceliği olduğu anlamına gelmez. Bireyin hak ve özgürlüklere sahip bir özne olarak ödev ve sorumluluklarını yerine getirmesi, kamusal hayatta aktif olarak rolünü oynaması, adaletin toplumsal bir erdem olmasının bir gereğidir. Böylelikle birey toplumsal fayda uğruna feda edilebilecek bir nesne olmaktan çıkar (Kocaoğlu, 2018: 22). Aslında birey, (insan eseri) hiçbir sosyal kurum ve kavram için feda edilemez. Tüm sosyal kurum ve kavramların olduğu gibi adalet dayanan hukukun ve bunu ortaya koymak zorunda olan siyasal toplumun asli hedefi de bireyi korumak ve kollamak olup, sivil toplumun yeniden üretilmesinin sağlanması da esasen bunun içindir.

Ahlaki bir kavram olmanın dışında Aristoteles tarafından düzeltici (mahkemenin bir tarafın başkasına yaptığı yanlış tazmin ettiği) ve dağıtıcı (herkese layık olduğuna göre hak ettiğini vermeyi amaçlamak) olarak tanımlanan adalet türlerinden özellikle dağıtıcı adaletin, yasa koyucunun ilgi alanına girdiği, fakat Aristoteles tarafından bir tanımının yapılmadığı ifade edilmektedir (Wacks, 2015:59).

En basit tanımıyla eşitlik olarak da kabul edilebilecek adalet, hukukun asli ve nihai amacı ve özelliğidir. Aristoteles’e göre adalet, erdemin bir parçası olmayıp, erdemin ta kendisidir, fakat adalet diğer insanlarla ilişkide ortaya çıkan bir durumken, erdem böyle bir özelliğin kendi başına bulunması halidir. Böylelikle adaletin, toplumsal bir konu olduğunu ortaya koyan Aristoteles, haksızlığın yasaya aykırı olma ve eşitsizlik, adaletsizliğin ise yasaya uygun olmama ve haksızlık durumu olduğunu ifade etmektedir. Toplumda insan ilişkilerini belirlemek için yasalar yapıldığını ve yasalarda haksızlık yapılmasıyla ilgili durumlardan bahsedildiğini belirten Aristoteles, adaletli olmanın da

haksızlık yapma ile haksızlığa uğramanın ortasında bulunma hali olduğunu ifade etmektedir (Aristoteles, 2014a:105-128).

Pozitif hukukun üstünde, onun düşünsel temelini oluşturacak bir nedene ihtiyaç vardır. Anayasa ile tüm pozitif hukuk, insan eseri ve çağlara-toplumlara göre değişen kurallardan meydana geldiği için onu temellendirecek, gerekçelendirecek daha üstün ve son bir nedenin bulunması zorunludur. (Pozitif) hukuk normu olması gerekeni deyimlediğinden; içeriği bakımından dahi bir değer düzenidir. Hukuksal normlar geçerliliklerini daha üstün yine bir normdan (olması gerekenden) alırlar. Pozitif hukukun geçerliliğini anayasaya kadar çıkartıp orada kesmek, rasyonel düşünceye aykırıdır, zira anayasa da pozitif bir hukuk ise onun geçerliliğinin dayanağının ne olduğunun açıklanması gerekir. Bu anlamda tüm hukukun çıktığı kaynak olarak (evrensel bir değer olan) adalet kabul edilebilir. Bu niteliğiyle adalet, sadece anayasanın değil, anayasaya bağlı olan tüm hukuk normlarının da kaynağı ve hedefi olup, tüm normlar adalet değerini taşımak zorundadır. Adalet, hukuk dışı bir kavram olmayıp, salt bir düşünce ve salt bir (olması gereken) değerdir (Aral, 2012b: 41-44).

“Adalet” doğada var olmayan, insanlar tarafından oluşturulmuş evrensel bir değer olması nedeniyle (insanların aklına, vicdanına hitap eden yönüyle), diğer tüm sosyal yaptırım kuralları gibi hukukun sınırlarını ve çerçevesini de belirlemektedir.

Hukuk normlarının adil olması, adalete yönelmesi, adaleti gerçekleştirmeyi amaçlaması, diğer sosyal davranış kurallarından daha fazla önemlidir. Diğer sosyal davranış kurallarında (törelere gibi) adalete aykırılık bulunabilirse de devletin zorlayıcı gücüne dayanan hukukta, adalet ilkesini ağır biçimde ihlal eden normlar, hiçbir şekilde hukuken geçerli sayılamaz. Adalet değerine aykırı bir hukuk normu, normu kötü bir kurala dönüştürmez, doğrudan hukuk olmaktan çıkartır (Uygun, 2017: 44). Bununla beraber daha çok doğal hukukçuların savunduğu bu görüş, adalete uygun olmadığı düşünülen hukuk normunun, hukuk olmadığı tespitini kimin ya da kimlerin yapacağı sorununu da bünyesinde taşımaktadır. Demokratik bir toplumda kamusal alanda sivil toplum ve siyasal toplum arasındaki etkileşim ve sivil itaatsizlik gibi aktiviteler sayesinde adaletsiz olduğu düşünülen (şekli) hukuk normunun siyasal toplum (organları) tarafından değiştirilmesi yahut kaldırılması sağlanabilir.

Hukukun amacı olan adalet ve barış içinde düzenli yaşam, ahlaksal bir durumun ifadesi olmakla birlikte bu durum, pozitif hukukun her bir normunun ahlaka uygun olması anlamına gelmemektedir (Işıқтаç ve Koloş, 2015:140).

Adalet, ahlaki bir değer olduğundan kesin bir buyruğu dile getirir, gerçekleştirilmesi ise toplum yaşamında yürürlük kazanmasını gerektirir (Aral, 2012a: 171).

Adalet, sosyal kurumların en önde gelen erdemi olup, iyi düzenlenmiş insan birlikteliği, kamusal adalet kavramının temel şartıdır. Neyin adil, neyin adil olmadığını tartışmalı olduğu, hangi ilkelerin toplumun temel birliktelik koşullarını tanımladığı konusunda aynı fikirde olmayan toplumlar, iyi düzenlenmiş bir toplum sayılmaz. İnsanlar ancak, adalet kavramının keyfi bir farklılık taşımaması, uygun bir denge nosyonu içermesi ve kendilerinin de kabul ettikleri ve yorumlayabilecekleri adalet ilkelerini içermesi halinde sosyal kurumlara ve sistemlere güvenebilir. İdeal anlamda her yönüyle mükemmel, adil bir toplumun amaçları ve doğası, adaletin de temel yapısıdır (Rawls, 2017:32-37).

Bireyin temel hak ve özgürlüklerine ve özel alanına müdahale etmeme şeklinde ifade edilebilecek negatif haklar, (sivil ve siyasal toplumdan gelebilecek) dışsal bir müdahaleyi önlemeye yönelik olmakla, sivil-siyasal toplumsal adaletin de en önemli unsurlarındandır. Bireyin yetersizlikleri nedeniyle sivil-siyasal toplumun katkısını, müdahalesini gerektiren pozitif hak ve özgürlükler dışında siyasal toplumun, bireysel, toplumsal ve ekonomik hayata müdahalesi, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali anlamına gelir. Adalet teorisi, bireyin negatif ve pozitif haklarını siyasal toplumun, sivil ve ekonomik toplumu da gözetecek şekilde temin etmesini gerektirir (Kocaoğlu, 2018: 26-27).

Presedürel ve şekli bir adalet anlayışını tercih ettiği anlaşılan Liberal filozof Hayek, adaletin, somut sonuçlara göre değil, eylemlere rehberlik eden kurallarla ilişkili olduğunu öne sürmektedir. Hayek'e göre bir eylemin adil olup olmadığı, eylemin adil davranış kuralları olarak adlandırılan belirli kurallara uygun yapıp yapılmadığına bakmak suretiyle belirlenir (Cevizci, 1999:11-12).

Hukuk, adaletin gerçekleşmesini sağlayan bir düzen, gerçeklik dünyasına yönelik insan davranışları ile toplumsal ilişkilerin değerlendirilmesi ve bu ölçüye uygun olanlarının onaylandığı, olumsuz olanların ise yaptırıma bağlandığı bir mekanizmadır. Pozitif

hukuki düzen sivil toplum ve bireylerin belirlediği siyasal toplum üzerinden inşa edildiği için hukukun pratik amacı toplumsal gerçeklik tarafından belirlenmekte olup, böylelikle toplumsal düzeni belirlemek için oluşturulan yasaların temelinde insan aklı yer almaktadır. Bu nedenle hukukun oluşumunda (rasyonelliğin belirleyeceği) nesnellik ve objektiflik büyük bir öneme sahiptir (Aral, 2012a:159 v.d.).

Hukuk çoğu zaman adaletle denk görülürse de bazen adaletten sapabilmekte, daha kötüsü Nazi Almanyası veya apartheidin (ırk ayrımcılığı) uygulandığı Güney Afrika döneminde olduğu gibi bizzat bir adaletsizlik aracı dahi olabilmektedir (Wacks, 2015:59).

Nozick'e göre de adalet, birey hak ve özgürlükleri temelinde inşa edilebilir. Bireylerin farklı hayatlara sahip olmasından yola çıkarak ulaşılan ahlaki sonuçta, bireylerin ihlal edilemeyecek hakları olduğu ve bu hakları diğer tüm değerler ve kurumlar karşısında öncelikli olduğu kabul edilmelidir. Adaletin anlamı, bireyin biricikliğini garanti etmektir (Kocaoğlu, 2018: 38).

Sonuç olarak adalet, hem sivil toplumun hem de siyasal toplumun bütün eylem ve işlemlerinde nazara alınması gereken temel bir kavramdır. Siyasal toplumun bir çıktısı olan hukuk normlarının adalete uygun olmaması halinde hukuken geçerlilikleri olamaz. Siyasal toplum-devletin kurulmasındaki asli amaç dahi sivil toplumun ve bireylerin adaletli bir ortam içinde varlıklarını sürdürmeleridir. Adaleti tesis edecek normlar ihdas edemeyen siyasal toplum, işlevini yerine getiremiyor demektir.

BÖLÜM 3. : İDEAL TİP HUKUK NORMU

3.1. Sosyal Bilimlerin Konusu ve İdeal Tip Kavramı

Sosyal bilimlerin konusu toplumsal gerçekliklerdir. Toplumsal gerçeklikler ise insanların iletişim ve etkileşimlerinden oluşur. İnsan da nihayetinde doğanın bir parçası olmakla birlikte, sosyal bilimler, insanın biyolojik-fiziksel varlığıyla değil, insanlar arasındaki ilişkiler, bunların yapısı ve oluşumuyla ilgilenir. İnsanlar arasındaki ilişkiler belli ölçülerde ayrışıp, süreklilik arz ettiğinde kurumsallaşma başlar ve toplumsal kurumlar oluşur. Bununla beraber kurumsal hale gelseler de her bir sosyal eylem-davranış, ancak bir kereliğine var olur. Sosyal davranış örüntüleri, kurumsal şekilde devamlılık arz etse de kurumsal yapı içinde dahi her eylem ve davranış ancak bir kere var olur ve ancak bir kere gözlenebilir. Örneğin aile en küçük ve temel sosyal kurumdur. Aile kurumu, aileyi oluşturan bireylerin varlığının dışında fiziksel varlığı olan bir kurum değildir. Aile kurumu, kavramsal olarak insanların belli tür ilişkilere verdiği bir kavramdır. Aile kurumunun nesnel bir varlığı bulunmamaktadır. Ailenin yaşadığı konut, aile kurumu değildir. Aile, aileyi oluşturan bireyler arasındaki ilişkiler ve etkileşimlerdir. Güncel aile kurumunu incelemek isteyen bir disiplin, aile olarak bir arada yaşayan insanlar arasındaki ilişkileri, davranış örüntülerini gözlemek, davranışların arkasındaki saikleri anlamak zorundadır. Aynı şekilde devlet de fiziksel bir varlığı olmayan, fakat insanlar arasındaki iktidar ilişkileri ve etkileşimleriyle anlaşılabilen ve kavranan soyut bir kavram ve varlıktır.

Fiziksel dünya ile toplumsal dünya arasında bir fark görmeyen pozitivist bilim anlayışına göre doğa bilimleriyle, sosyal bilimler arasındaki yegâne fark, konularıdır. Sosyal olgu ve gerçeklikler de doğal gerçeklikler gibi incelenebilir, yasalara bağlanabilir (Swingewood, 2010: 41-50).

Pozitivist bilimsel yaklaşımı esas alan, Emile Durkheim, Talcott Parsons gibi birçok bilim insanı, sosyal bilimler alanında önemli çalışmalara imza atmıştır. Bununla beraber oldukça erken sayılabilecek bir zamanda Giambattista Vico, 1725'te yayınlanan "Yeni Bilim" adlı eserinde, doğa bilimlerinin konusuyla, insan bilimlerinin konusunun farklı olduğunu öne sürmüştür. Vico'nun toplum teorisi, aktif bir fail olarak insan öznesine, insanın deneyimlerine ve zihinsel hallerine dayanmakta olup, toplum ona göre organik bir bütündür (A.g.e.: 9-10).

Sosyal bilimlerin doğa bilimlerinden farklı inceleme nesnelere sahip olduğunu Vico sonrası ilk öne sürenlerden Wilhelm Dilthey'e göre; sosyal bilimlerin araştırma konusu insan eylemi olduğu için, sosyal bilimler, doğa bilimlerinden farklı bir bilgi biçimine ulaşır. Doğa bilimlerinde bilgi dışsal olup, fiziksel olgular birbirlerini zamandan bağımsız geçerli yasalar temelinde gözlenebilecek ve açıklanabilecek biçimde etkiler. Ancak, sosyal bilimlerdeki bilgi zorunlu olarak içsel olup, her birey bir şekilde kavranması gereken bir “iç doğa”ya sahiptir. (Turner, Beeghley, Powers, 2017: 206-207). Bu kabul şekli, sosyal bilimleri, doğa bilimlerinin araştırma konusu ve yönteminden ayırmaktadır.

Doğal olaylar ve olguları gözlemek, olguları oluşturan değişkenleri yöneterek yapılan deneyler sonucu, bağımsız değişkenlerin, bağımlı değişkenlerle ilişkileri, matematiksel formüllerle ifade edilebilir. Bu şekilde formüle edilen açıklama, aynı konuda çalışan bilim insanlarının kültürel kimliklerinden-farklılıklarından bağımsız şekilde doğrulanabilir ve anlaşılabilir. Doğal olaylar ve olgulara yönelik açıklama bazen kuramsal düzeyde, fakat yine aynı şekilde matematiksel ifadelerle yapılabilmektedir. Matematik, doğa bilimlerinde ortak bir dildir. Matematiğin soyutluğu ve netliği, doğa bilimlerinin yasalarını evrensel yapmaktadır (Feynman, 1996: 32-61). Kuramsal düzeydeki öngörüler ve sonuçlar çoğu kez ortaya çıktıkları zamanın ötesinde oldukları için, deneysel olarak doğrulanmaları zaman alabilmektedir. Son anlatılan şekildeki kuramsal açıklamalara en bilinen örnek, Einstein'ın Özel ve Genel Görecelik Kuramlarıdır.

Wilhelm Dilthey, toplumsal davranışı ele almanın en önemli yolunun tarihsel soyutlamalar yapmayı gerektirdiğini öne sürmüştür. Ona göre soyut kavramlar, davranışı kavramak için gerekli aletleri oluşturur. Sosyal bilimlerin önermeleri farklıdır ve sosyal bilimlere özgü bilimsel bilgi, insanların eylemlerine yükledikleri öznel anlamların anlaşılmasıdır (Turner, vd., 2017: 207).

Heinrich Rickert ise insanların kavramlar oluşturarak gerçekliğin kendileri için önemli yanlarını seçtiklerini öne sürmüştür. Rickert'e göre kavramlar, insanların dünyayı bilme araçlarıdır. Kavramlar olmadan insanlar dünyanın önemli kısımlarını ayırt edemez. Bu yüzden Rickert'e göre bilimin özü, kavram inşasıdır. Doğa bilimlerindeki kavramlar, işaret ettikleri nesnelerin ortak özelliklerini belirlemek için tasarlanır ve zamanla tam

kapsayıcı bir doğa yasası içinde kullanılabilecek genel kavramlar setine dönüşürler. Tarih biliminde ise kavramlar geçmişteki olguları kendine özgü kılan bireysel özelliklerini ortaya koyan ve diğer olgulardan farklarını belirlemek için formüle edilirler. Bu nedenle tarihte kullanılan kavramlar, araştırmacılara belirli toplumların özel karakteristiklerini nasıl oluşturduğunu anlamaya yardımcı olması halinde geçerlidir (Turner, vd., 2017: 209).

Sosyal bilimlerin araştırma konusunun insan eylemi olduğu kabul edildiğinde, insan eylemine varlık veren insan iradesi, insanın içinde bulunduğu kültür ve insanın o eyleme yüklediği anlamın da belirlenmesi gibi eylemin içinde var olduğu “bağlam”a ilişkin birçok unsurun değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu kabulün merkezinde insan ögesi bulunduğu için sosyal bilimlerin konusunu oluşturan alanların anlaşılabilmesi, bireyin iç doğasına nüfuz edilmesini gerektirmektedir. İnsan eylemlerini doğal olaylar gibi öngörülebilir kabul etmek, insanı mekanik bir varlık olarak kabul etmeyi gerektirdiği gibi bu anlayış, insan iradesini, özgürlüğünü de yok saymaktadır.

Matematik doğal bir bilim değil, belki bilimlerin ortak kullanım alanında yer alan bir dil, yöntemdir. Matematik içeriği olmayan soyut bir dizgedir. İnsan eylemlerini konu alan sosyal bilimlere ise içeriği olan somut dizgelerdir. Bununla beraber her ikisi de belli aksiyomatik ilkelere yola çıkılarak anlaşılabilir görülmektedir.

Aksiyomatik matematik olarak adlandırılan disiplin, doğru sayılan bir takım önermelerden, kabullerden (aksiyomlardan) yola çıkılarak bir özellik ya da ilişki bulma ve ortaya konan ilişkiyi ispatlama süreci olarak ifade edilebilir. Kuşkusuz matematiğin bu genelleme ve ispatlama yönteminin doğal karşılığı bulunduğu söylenebilir de esas olan, matematiksel doğruluğun gözlem ve deneye bağlı olmadığıdır. Matematikteki doğruluğun genel olarak rasyonel bir doğruluk olduğu kabul edilmektedir (Yıldırım, 1988: 113-112). Bu anlamda matematiksel önermelerin, kabullerin doğruluğu, olgusal değil, a priori mantıksaldır. Sisteme ispatlanmaksızın alınan önermelere aksiyom, ispatlanarak alınanlara da teorem denilmektedir (A.g.e.: 110).

Yıldırım, matematik gibi içeriği olmayan bilimlere ait ve tüm bilimlerin ortak kullandığı bir dil ve ispatlama aracı olan aksiyomatik yaklaşımın, ilk önce Euclides tarafından geometride kullanıldığını, daha sonra Spinoza’nın Ethika adlı yapıtında uygulandığını ifade etmiştir. Aksiyomatik yöntemin kullanılışının bunlarla sınırlı kalmadığını belirten

Yıldırım; yöntemin Newton tarafından Doğa Felsefesinin Matematiksel İlkeleri adlı klasik yapıtı ile 20 yüzyılda en önemli matematikçilerden birisi olan Hilbert'in eserlerinde kullanıldığını belirtmektedir (A.g.e.: 110).

Şüphesiz ki aksiyomatik kabul ve önermelerin mutlak manada doğru olduğu öne sürülemez ve aksi de her zaman ispatlanabilir. Bu ispatlama da nihayetinde önermenin, olgusal dünyaya uygulanmasıyla sağlanabilir. Olgusal dünyaya uygun aksiyomlar geçerli sayılırken, yanlışlanan aksiyomlar-önermeler ise yerlerini yenilerine bırakır. Nitekim Newton tarafından öne sürülen mutlak zaman, mekân ve ilişkilere dayanan önermeler ve aksiyomlar kendi içinde tutarlı olmakla birlikte, olgusal dünyadaki ilişkileri tam olarak açıklayamamasından dolayı yerini Einstein tarafından açıklanan göreceli, birbirinden ayrılmayan uzay-zaman ilişkili önerme ve denklemlere bırakmıştır. Esasen bilimin en önemli özelliğinin yanlışlanabilirlik olduğunu, ancak yanlışlanabilen önermelere sahip disiplinlerin gerçek bir bilim olabileceğini, önermeleri yanlışlanamayan-sınanamayan disiplinlerin ise tam olarak bilim sayılamayacağını öne süren Karl Popper, bilimsel önermelerin, bilimsel olmayanlardan ayrılmasında çok önemli bir ölçüt getirmiştir (2017: 63-72, 101-137).

Spinoza'nın (2016) *Ethica* adlı eseri, Geometrik Yöntemle Kanıtlanmış ve Beş Bölüme Ayrılmış Ahlak ifadeleriyle başlamakta olup kitabın içeriğini oluşturan metafiziksel konular, matematiksel düşünme yöntemi ve mantık kurallarıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. *Ethica*'da; Tanrı, Zihnin Doğası ve Kökeni, Duyguların Kökeni ve Doğası, İnsanın Esareti ya da Duyguların Kuvveti, Aklın Kudreti ya da İnsanın Özgürlüğü şeklinde tanımlanmış beş konu bulunmaktadır. Bu konular eserde, *Definitiones* (Tanımlar), *Axiomata* (Aksiyomlar), *Propositiones* ve *Demonstrationes* (Önermeler ve Kanıtlamalar) ve *Postulata* (Önkabuller) şeklinde birtakım düşünme araçları kullanılarak net, anlaşılır şekilde, geometrik ya da matematiksel kesinlikte açıklanmıştır.

Başlangıçta karşı çıkılamayacak ölçüde basit, temel ve doğru kabul edilen önermelerden ve kabullerden yola çıkılarak, daha ileri düzeyde kavramlara ulaşmak ve böylelikle doğayı açıklama çabasının geometri ve matematikle sınırlı kalmadığı, sosyal alanlarda da uygulanabildiği Spinoza'nın eserinde görülmektedir. Bununla birlikte tartışmaya

açık, çoğu inanca dayalı konuların, Spinoza tarafından gerçekleştirilen ölçüde açıklandığı, başka bir çalışma bilinmemektedir.

Thomas Kuhn tarafından tanımlandığı şekliyle paradigma kavramı, bir bilim topluluğunun bütün üyelerince paylaşılan tüm kabuller, inançlar, kavramlar ve teknikler bütünüdür. Bu şekliyle olağan bilimsel çalışmalar, belli bir paradigma anlayışı çerçevesinde yürütülür ve anlamlı hale gelir. Bilimsel paradigmayla uyuşmayan çalışmalar, tespitler, görüşler bastırılır. Bununla birlikte paradigmanın kabul etmediği, açıklayamadığı konular çoğaldıkça, bunları açıklayabilen yeni bir paradigmaya ihtiyaç vardır. Yeni paradigma, önceki paradigma üzerinde faaliyette bulunan topluluk tarafından benimsendiğinde eski paradigmanın kavramları, kabulleri, inanç ve teknikleri anlamını yitirir, eski paradigmanın yerini yeni paradigmanın kabulleri, inanç ve yaklaşımları alır (2015).

Einstein'dan önce sorgulanmamış zaman ve uzayın mutlaklığı anlayışı, Einstein tarafından kuramsal ve matematiksel önermelerle sorgulanarak önce özel sonra da genel rölativite (Görelilik) teorisi ortaya atılmış ve önermeler doğada ileri gözlemler ve elde edilen bulguların analiziyle de doğrulanmıştır. Einstein bu teorisini, ortaya atarken Newton tarafından tanımlanmış mutlak uzay ve zaman kurgusuna dayalı evren anlayışında cevaplanamayan sorulardan etkilenmiş olmakla birlikte, rasyonel ve düşünsel tarzda kurgularıyla da (düşünce deneyleri) olayı yanıtlamaya çalışmış, matematiksel olarak ifade edilmiş denklemleri nihayetinde madde ve enerji arasındaki eşitliğin formüle edildiği ünlü denklemiyle birlikte bugüne kadarki tüm kabulleri temelinden sarsan ve değiştiren bir paradigma değişikliğine yol açmıştır (Feynman, 2016:15/1-11).

Doğruluğu itiraz edilemeyecek derecede basit kurallar, rasyonel kavramlar, matematikte a priorik, tümdengelimsel kavramlardır. Sosyal bilimlerde ortaya konulan kurallar, kavramlar-bilimsel önermeler ise tümdengelimsel olabileceği gibi, tek tek olguların gözlenmesiyle elde edilen tümevarımsal da olabilir.

Bertrand Russell (2015: 56), "Newton her ne kadar Principia'da Yunanlıların başlattığı tümdengelim yöntemine sadık kalsa da, ...çalışmasının öncüllerinden biri olan yerçekimi yasasının apaçık bir olgu olduğu varsayılmaz, bu öncüle Kepler'in kanunlarından tümevarımsal olarak ulaşılır. Bu sebeple bu kitap bilimsel yöntemi ideal

biçimiyle betimler. Belirli olguların gözlemlenmesinden tümevarım yoluyla tümel bir yasa elde edilir ve tündengelim yoluyla tümel bir yasadan da diğer belirli olgular çıkarsanır. Bu halen kurumsal olarak diğer tüm bilim dallarının çıkarsanacağı bilim olan fizik idealidir.” Demektedir. Russell’in olguların gözlenmesinden elde edilen öncül olarak da adlandırdığı yerçekimi yasası şeklindeki genellemenin sosyal bilimlerdeki (bu çalışmada da esas alınan) karşılığı, ideal tip olmaktadır.

İdeal tip anlayışı da aynı şekilde kimsenin itiraz edemeyeceği ölçüde basit kural ve kabullerden yola çıkılarak, karmaşık nitelikteki sosyal olay, eylem ve olguların açıklanmasında, anlaşılmasında kullanılabilir görülmektedir.

3.1.1. Max Weber'de İdeal Tip Kavramı

Max Weber'e göre genelleştirici bir bilim, empirik, nedensel, açıklayıcı ve nesnel bir bilgi etkinliğidir. Bu nitelikler ise doğa bilimlerinde bulunmaktadır. Sosyoloji bilimini genelleştirici bir kültür bilimi olarak kurmaya çalışan Weber, sosyolojide; fizik biliminden farklı tasarımlar altında farklı kavramlar-yöntemler bulunmasının gerekli olduğunu öne sürmüştür. Weber'e göre, doğal gerçeklik, belli bir türdeşlik ve süreklilik içermesi nedeniyle doğa bilimlerinde tümel önermeler şeklinde genel yasalara ulaşmak mümkünken, sosyal gerçeklikler, bireysel ve süreksiz olduğundan genel yasalara ulaşmak mümkün değildir. Kültür bilimlerinde gevşek benzerlikler ve yaklaşıklıklar bulunduğundan sosyolojide yasa kavramları değil, tip kavramlar olabilir (Özlem, 2017:108).

Max Weber'e göre toplumsal eylem, kapsamlı bir anlam bağlamına yerleştirildiğinde anlaşılabilirse bile, bu anlamanın anahtarı, toplumsal eylemin boyutlarını sınıflandıran ve farklı alanlara daha uygun normları yansıtan bir dizi soyut kavramın (ideal tiplerin) geliştirilmesini gerektirmektedir (Turner vd., 2017: 208).

Sosyal bilimleri oluşturan araştırma nesnesi ile doğa bilimlerindeki araştırma nesnesinin farklı olduğu kabulü üzerinden metodunu inşa eden Max Weber, çalışma nesnesini, toplumsal eylem olarak kabul etmekle birlikte, doğa bilimleri gibi genel sonuçlara ulaşabilmek için insan eylemlerinin anlaşılması kadar nedensel açıklama yönteminin de gerekli olduğunu kabul etmektedir. Zira insan eylemleri öznel olmakla birlikte, rasyonel eğilimleri açısından öngörülebilir özellikler taşımaktadır. Weber'in tanımıyla

"sosyolojik anlama" yöntemi, eylemi anlama çabasına ek olarak nedensel açıklamayı kapsayan bir kavramdır. Bu yönüyle kültür bilimlerinin amacının empirik yoldan saptanan olguların empirik olmayan nedenlerini anlama çabasıdır (Özlem, 2017: 110-113.).

Her bilimsel çalışma, araştırdığı olguların unsurlarını belirleyebilmek için kavramsal bir haritaya gereksinim duyar. Ancak, toplumun kavramsal bir haritasını ortaya çıkarmak Weber öncesi bilim dünyasında mümkün olmamıştır. Weber, "toplumsal genel alan" hakkında çok farklı değer tutumlarıyla bile tutarlı bir kavramlar sistemi oluşturmayı amaçlamıştır. Weber ideal tipler kullanılarak hem "toplumsal eylemlerin yorumlayıcı anlaşılmasının" hem de tarihsel olay ve bireysel davranışların (bir defa olup, tekrarlanmayan davranış örüntülerinin) nedensel açıklamasının yapılabileceğini öne sürmüştür.

Sosyal araştırma konularında (toplumsal eylemler) nedensel bir araştırma yapılabilmesi için iki yol olduğunu kabul eden Weber'e göre nedensellik, iki kategoride değerlendirilebilir. Belirli bir olayın oluşumuna yol açan benzersiz koşullardan yola çıkılarak varılan "tarihsel nedensellik", diğeri de olgular arasında mutlak olmayan ama olasılıklı olan düzenli ilişkiler kurma şeklinde kabul edilebilecek "olgusal nedensellik"tir (Aron, 2014: 367).

Weber ideal kavramına normatif bir anlam ve değer yüklememiştir. Weber'e göre ideal tipler, kavramsal olarak saf bir rasyonel eylem tipi olup, mantıksal temellerde mükemmellik sağlamak için tasarlanmıştır. Weber, etik bir buyruğun, yani var olması gereken, istenene ilişkin bir modelin "idea"sı ile mantıksal olan "ideal" kavramından ayrı tutulması gerektiğini belirtmektedir. Ona göre ideal tip inşa etme sebebi, makul ve nesne olarak mümkün, nomolojik bakış açısından bakıldığında uygun görünen ilişkiler ortaya koyma gereksinimidir. Somut kültürel fenomenler, kendi karşılıklı bağılıkları, kendi nedensel koşulları ve kendi anlamları içerisinde ortaya koyabilmek ideal tip kavramını gerektirmektedir. Bu özellikleriyle soyut ideal tipler bir amaç değil, gerçeğin anlaşılmasında yardımcı bir araçtır (Weber, 2017: 119).

Kültür bilimlerinin tamamının tip kavramları ile çalışması gerektiğini öne sürmeyen Weber, kültür bilimlerinin doğa bilimlerinin genel kavramları gibi kolektif kavramların da sosyoloji için gerekli olduğunu ifade etmiştir. Kolektif kavramların normatif

anlamlarıyla sosyolojiye taşınamayacağını belirten Weber, bunu açıklamak üzere hukukçuların devlet ve benzeri kavramları normatif açıdan ele aldıklarını, oysa sosyoloji için devlet kavramının bir olgu olduğunu ve her durumda hukuksal bir anlam taşımadığını ifade etmektedir (Özlem, 2017: 152-153).

Weber'in ideal tipleri, farklı biçimlerde ve farklı amaçlarla kullandığı, kullanım sebepleri konusunda açık ve net bir ayrım yapmadığı öne sürülmüşse de temel olarak iki tür ideal tip kullandığı belirtilmiştir. İdeal tiplerden birincisi "tarihsel ideal tipler", ikincisi ise "sınıflandırıcı ideal tipler" olarak adlandırılabilir (Turner vd., 2017: 216-217.).

Weber'de tarihsel ideal tipler, geçmişteki olayların bazı yanlarına mantıksal-rasyonel olarak bütünlüklü ve tamamlanmış gibi vurguda bulunarak yeniden inşa edilmesiyle oluşur. Tarihsel olaylar bu şekilde kavramlaştırıldığında onları ideal tiplerle sistematik olarak karşılaştırmak ve rasyonel modelden sapmaları gözleyerek nedensel yargılara ulaşılabilir. Weber'de tarihsel ideal tip "gerçek durum veya eylemin karşılaştırıldığı veya belirli önemli bileşenlerini açıklamak için başvurulmuş saf ideal sınırlayıcı bir kavramı" anlatmaktadır. Weber'in tarihsel ideal tiplerinden en bilineni "kapitalizm" olup, bu ideal tip kavramlaştırması "Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu" adındaki eserinde yapılmıştır (Turner vd., 2017: 217-218). Weber (1997), özgün tarihi koşulların, özgün sonuçlara yol açtığını kabul eden görüşünün bir yansıması olan bu önemli eserinde, kapitalist toplum yapısının, özgün tarihsel koşulların, (özgün bir dinsel yapının-anlayışın) sonucu olduğunu öne sürmektedir.

Weber'in "sınıflandırıcı" olarak tanımlanan ideal tipleri, Ekonomi ve Toplum adındaki eserinde ortaya konulmuştur. Weber, önce insanların eylemlerini dört şekilde analize tabi tutmuştur.

Weber'in eylem tiplerinden birincisi "araçsal-rasyonel eylem" olup, bu eylem tipinde amaçlar araçlar bilgi temelinde (bilginin doğru olup olmamasından bağımsız olarak) inşa edilmektedir.

İkinci eylem tipi olan "değer-rasyonel eylem" tipinde ise eylemlerin arka planında bireylerin değerleri bulunmaktadır. Bağlayıcı olduğu düşünülen kurallar ve talepler, bu eylem tipinde rasyonel eylemleri belirlemektedir. Bu nitelikte insan eylemleri, bu çalışma için önemli olup, inançları nedeniyle belli bir eylem tipinden kaçınan insanlar

dâhil olmak üzere yasa yapan politikacıların bu eylem tipine göre hareket ettiği ifade edilmektedir.

Üçüncü eylem tipi ise "geleneksel eylem" tipi olup, köklü alışkanlıkların belirlediği davranış kalıpları bu eylem tipinin belirleyicisidir. Dördüncü eylem tipi ise "duygusal eylem"dir. Bu eylem tipinde eylemleri belirleyen husus duygulardır.

Weber'in eylem tipleri, gerçek durumları tam olarak yansıtmasa da bu tipleştirmelerin bir referans noktası sağladığı, ideal tipin bir deneydeki kontrol grubuna karşılık geldiği, gerçek durumlarla karşılaştırma yapılarak neden ve sonuçlar üzerinde analiz yapılmasını kolaylaştırdığı ifade edilmiştir (Turner vd., 2017: 218-221).

Weber'in yaklaşımı, pozitivist bilimsel yöntem anlayışının temeli olan nedensellik kavramını, yorumlayıcı sosyal bilimlerde de kullanan müstesna bir yaklaşım sergilemektedir. Yorumlayıcı sosyal bilim anlayışının daha güncel yaklaşımlarını oluşturan, sembolik etkileşimcilik, fenomenoloji ve etnometodoloji gibi yaklaşımlar, (olasılıksal) nedensellik ilişkisini ya önemsememekte ya da tamamen reddetmektedir.

Bürokrasi kavramını analiz ederken ideal tip kavramından yararlanan Weber, hukuk alanında bu boyutta bir ideal tip kavramı ortaya koymamıştır. Hukukun yaratılması ve bulunması süreçleri açısından sınıflandırmak üzere saf tip yöntemine başvurduğu belirtilen Weber'in, pozitif hukuk anlamında genel normlardan az ya da çok akılcı nitelikte hukuk kuralları ortaya konulmasını, hukukun yaratılması olarak kabul ettiği ve bunu da kamu kurumlarının işlevi olarak gördüğü ifade edilmektedir (San, 1971: 46).

Olan ile olması gereken arasında kesin bir ayırım yapılması gerektiğini savunan Weber, basit tümevarımcı genellemeler ile objektif bilimselliği zedeleyen metafizik kavramların yerine akılcı yöntemlerle oluşturulan ve değer yargılarından arındırılmış (belli bir sosyal olayın tüm özelliklerini bir araya getiren) soyut zihni yapılar olarak tanımladığı saf tiplerin kullanılmasını önermiştir. Weber, bu saf tiplerin her somut olayın bireyleştirici özellikleri olduğunu ifade etmiştir (A.g.e.: 59).

Max Weber'in ifade ettiği soyut kurgusal saf tiplerin bireyleştirici özelliklerinin, incelenen sosyal eylemin oluşturduğu sosyal kurum ya da olgunun diğer sosyal kurum ve olgulardan ayırt edici nitelikteki o kurum ve olguya has özellikler olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda saf ideal tip kavramı; kavramsallaştırılan sosyal eylemin

(sosyal kurum ve olguların) diğer sosyal eylemlerden (sosyal kurum ve olgulardan) ayırt edici tam ve kesin bir kurgusunu, rasyonel bir tanımını içermek zorundadır.

3.1.2. İdeal Tip Kavramının İşlevi

Toplumsal bir konunun özünde sosyal bir eylem olduğuna göre, öznel nitelikli sosyal eylemleri, nesnel sonuçlar üretecek tarzda analiz edebilmek için öncelikle bazı temel önermelere sahip olmak gerekmektedir. Sosyal eylemler, özellikle ekonomik olanlar rasyonel eylemler olarak kabul edilmekle birlikte, Weber'in ideal tipleştirmeleri arasında yer aldığı gibi, duygusal ve irrasyonel nitelikte de ortaya çıkabilmektedir.

Kesin nesnel araştırma konularına sahip disiplinler dahi doğrulukları düpedüz kanıtlanmayıp, ancak kendilerinden çıkarılan sonuçlarla, bağlantılarında anlaşılabilen objektif verilere ve mantıki aksiyomlara tabidir (Aral, 2012a:166).

Toplumsal yaşam (belirli bir toplumsal birimde) üzerinde büyük ölçüde uzlaşmış ya da uzlaşıldığı kabul edilen değerler, kabuller, semboller üzerinden işleyen bir yapıdır. En önemli toplumsal sembol dildir. Her toplumun dili farklı olmakla birlikte işlevi temelde aynıdır. İnsanlar dil sayesinde düşünebilir ve aynı dili konuşan insanlarla iletişim kurarlar. Dil olmasa bu ilişki ve etkileşim de olmayacağından; toplum “dil”dir denilse yeridir.

Toplumsal bir yapıda her seferinde dilsel pratikler ve eylemler üzerinde inşa edilen toplumsal eylemlerde insanların o eylemlerde bulunurken o eyleme yükledikleri anlamlar ile o eylemin muhatabı olan insanların o eyleme yükledikleri anlamların aynı veya benzer olması durumunda eylemin kaynağı ile muhatabı arasında fikri uyuma olacaktır.

Toplumsal nitelikteki tüm eylemler ve sosyal kurumlar-kavramlar; üzerinde uzlaşmış yahut uzlaşıldığı kabul edilen semboller üzerinde inşa edilince, bunların anlaşılabilmesi için belli bir bakış açısı, belli önermeler de kaçınılmaz görülmektedir. Bu temel kabuller, a priorik önermeler (nasıl olduğundan bağımsız olarak) olmazsa bir eylemi incelemek, tam olarak anlamak da mümkün olamaz.

Doğa bilimlerinde bilimsel araştırmalar nasıl öncelikle temel kavramlar tanımlanarak başlarmaktaysa, sosyal bilimlerde de bilimsel araştırmalar öncelikle bazı kavramlar tanımlanarak ve bu kavramlardan oluşan önermelerle başlamalıdır. Fizikte nasıl olgular

incelemeye başlanmadan önce kuvvet, alan, ivme gibi açık şekilde tanımlanmış kavramlar ortaya konularak olayların gözlenmesine ve her zaman aynı sonucu verecek tarzda genel bir açıklama yapılmaya çalışılıyorsa; sosyal bilimlerde de araştırma konusuna göre somut, net kavramlar tanımlanarak araştırmaya başlamak gerekmektedir. Bu kavram ve terimler o kadar net tanımlanmalıdır ki üzerinde asla tartışma olamayacak ve kavramı kullanan herkes tarafından aynı anlam verilebilecek açıklıkta olmalıdır. Ancak bu sayede bilimsel sonuçlara ve genellemelere ulaşılabilir.

İdeal tip kavramı, sosyal nitelikli bir olay ve kavramı-eylemi inceleme ve anlama sürecinde bilim insanlarına bir kılavuz gibi yol göstererek başlangıç-nirengi noktası işlevleri verecek, adeta yol haritası işleviyle hedefe ulaşılmasını kolaylaştıracaktır. Varılmak istenen hedef ise incelenen araştırma konusunun bilimsel bir açıklama ve anlaşılmasıyla ulaşılmak istenen sonuçtur.

Doğa bilimlerinde (ve bir kısım sosyal bilimlerde) araştırma probleminin çözümüne önce bir varsayım-hipotez kurmakla başlanmaktadır. Bu hipotezle sorunun nedenine ilişkin geçici bir açıklama yapılmakta, önerme şeklindeki bu açıklama; gözlem, deney v.b yollarla test edilmektedir. Bu yöntem doğa bilimlerinin temel bilimsel araştırma yöntemidir. Hipotezler bilimsel olarak doğrulandığında teorilere ve bilimsel kanunlara dönüşürler.

Sosyal bilimlerde araştırma probleminin analizi öncesinde ortaya bazı önermeler, varsayımlar, ideal tip tanımlamaları yapılarak bu tanımlama referans alınarak sosyal hayatın gerçekliğinde ortaya çıkan eylemler ideal tiplerle karşılaştırılabilir ve bundan bilimsel sonuçlar üretilebilir. Nitekim demokrasi teorisyenlerinden Sartori, ideal tip kavramı üzerinden tanımladığı “ideal tipin tipi” olan “kutupsal tip” kavramının “totalitarizm” kavramını tanımlamak için en uygun yol olduğunu ve bu tanımlayımının siyasal sistemlerin düzenlenmesine katkıda bulunduğunu belirtmektedir. “Kutupsal tip” kavramını, “sürekli bir dizinin yalnızca en uç veya kutup noktası, (ideal tipin) kutupsal tipidir, mantıksal işlevi de bu sürekli diziyi tanımlamaktır.” Şeklinde ifade eden Sartori, totalitarizm ile demokrasinin bir dizinin uç noktalarında durarak birbirlerini belirlediklerini, hiçbir zaman % 100 ne demokrasi ne de totalitarizmi karşılayacak somut bir sistem olamayacağını ifade etmekte ayrıca “çoğunlukçu

demokrasi” ile “ortakçı demokrasi” kavramlarını, ideal tip-kutupsal tip kavramlaştırması üzerinden analiz etmektedir (2017: 251-255, 296).

İdeal tip kavramı, sosyal eylemlerin bilimsel bir kavrayış dâhilinde (olasılıksal) nedensellik ilişkisini içerecek şekilde anlaşılabilmesinin temel anahtarlarından biri olabilir görünmektedir. Sonuç olarak ideal tipler, gerçekliğe yaklaşımda kullanılacak kılavuz kavramlardır. Bu tipleri kurmanın amacı gerçeklik hakkında görüş açısı ve yapılan seçim doğrultusunda geliştirilmiş bir yorum ortaya koyabilmektir (Özlem, 2017:161).

Gulbenkian Komisyonunca hazırlanan “Sosyal Bilimleri Açın” başlığıyla yazılmış, “Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine Rapor”da belirtildiği üzere hukuk, sosyal bilimlerin tanımladığı anlamıyla bir bilim değildir ve hiçbir zaman da olmamıştır. Sosyal bilimlerin kurumsallaştığı dönemlerin öncesinde bile var olmasına rağmen hukuk, ampirik araştırmalara uygun olmayıp, normatifliği yüzünden bilimsel bir niteliği bulunmayan idiografik bir disiplindir. Siyaset, hukuksal normların yorumlanmasından uzaklaşarak siyasal davranışa yön veren soyut kurallara yönelmekle sosyal bir bilim niteliği kazanmışken hukuk, aynı şekilde kalmıştır (2018: 36-37). Aynı şekilde Jorgensen’de hukuk biliminin konusunun sosyal bilimlerle birçok yönden ortak olmasına rağmen kesin olarak bir sosyal bilim olmadığını ifade etmektedir (2001:19).

Hukukun bir bilim olduğunu kabul etmek, hukukun toplum ile olan bağıını koparmaktır. Şöyle ki bilimler, toplumun onayını almaya ihtiyacı olmayan, meşruiyetlerini toplumdan, toplumun çoğunluğunun tasvibinden almayan disiplinlerdir. Hukukun da bir bilim olduğu öne sürüldüğü takdirde hukukun meşruiyeti için toplumsal bir dayanağa ihtiyaç duymadığı kabul edilmek durumundadır. Hukukun bilim olduğunun kabul edilmesiyle, hukuk görünümündeki siyasi iradeye bilimsel bir kesinlik ve meşruiyet atfedilmiş olacaktır. Çünkü bilim gerçekliklerin ifadesidir. Hukuk da bilim olarak kabul edildiğinde hukuk adına söylenenlerin bilimsel bir gerçeklik olarak kimsenin itiraz edemeyeceği “hukuk (bilim) bunu gerektiriyor” gibi bir formatta topluma dayatılması mümkün olabilir. Hukuk gibi siyaset de meşruiyetini toplumun çoğunluğundan almaktadır. Siyasi konular bilimsel olarak incelenebilir, siyasetin icrasına yönelik etik ilkeler konulabilir, fakat siyaset (özellikle icrası yönünden) bir bilim gibi formüle edilemez. Hukuki konular da siyasi konular gibi bilimsel olarak incelenebilirse de

hukuk, siyaset gibi toplumun tercihlerinden, tasvibinden bağımsız bilimsel bir gerçeklik gibi formüle edilemez. Nitekim Dworkin'e göre de hukuk, normatif kuralların dışında hakkaniyet ve adaletin gereklerini de bünyesinde taşıyan ilkelere dayanmaktadır (Dworkin, 2007: 46). Böylelikle tam anlamıyla bir bilim niteliği taşımayan ve toplumsal-rasyonel bir kurgu olan siyaset-hukuk eksenli bir çalışmanın da ideal tip üzerinden yapılması zorunlu görülmektedir.

3.2. İdeal Tip Kavramının Sosyal Bilimlerde Uygulanma Örnekleri

İdeal tip kavramı bu adla olmasa da, sosyal bilimlerin diğer alanlarında da kullanılmış ve kullanılmaktadır. Burada ideal tip kavramının en bilinen iki uygulaması verilmeye çalışılacaktır.

3.2.1. Kamu Yönetiminde Bürokrasi Kavramı

İdeal tip kavramının bilinen en meşhur uygulaması, Max Weber'in bürokrasi kavramıdır. Weber, otoritenin (egemenliğin) üç saf tipi olduğunu öne sürmüştür ve rasyonel temeller üzerinden tanımladığı yasal otoriteyi, bürokratik idari kadroya sahip modern bir yönetim olarak kabul etmiş, bu kavramlaştırmasını, Türkçeye "Ekonomi ve Toplum" olarak çevrilen eserinde ortaya koymuştur (2012).

Weber'in egemenlik analizinde ortaya koyduğu egemenlik tipleri üçtür: "Karizmatik Egemenlik", "Geleneksel Egemenlik" ve "Rasyonel-Hukuki Egemenlik" tipleri. Bu ideal tipler, egemenlik olgusunu anlayabilmemiz için gerekli anahtar işlevi görürler. Her egemenlik tipinin karakteristik özellikleri vardır.

Weber'in rasyonel-hukuki egemenlik olarak tanımladığı egemenlik tipi, hukuka, rasyonel hukuki otoriteye dayanır. Hukuki egemenlik yasalar sayesinde oluşur. Temel anlayış, bir hukuk kuralının uygun prosedürlerle oluşturulması ve değiştirilmesidir. Rasyonel-hukuki egemenlik tipinde meşruiyetin temelini prosedürler oluşturur. Burada anlaşıldığı kadarıyla Weber şekli bir meşruiyet anlayışını benimsemiş görünmektedir. İnsanlar yasaların ancak uygun tarzda yapıldıkları ve uygulandıklarında meşru olduğunu kabul eder. Liderlerin konumu da prosedürlere uygun atandıkları takdirde meşru sayılabilir. Modern devletin sahip olduğu fiziksel zorlayıcılık tekeli, hukuk tarafından meşrulaştırıldığı takdirde bağlayıcıdır.

Weber, rasyonel-hukuki bir sistemde yer alan yönetim aygıtını bürokrasi olarak adlandırmaktadır. Rasyonel-hukuki bir bürokrasi araçsal-akılcı eylemin bir uygulaması olup, hukuka dayanan bir yönetimde bürokrasi, etkili, esnek ve yetkin bir düzenlemenin tek aracıdır. İdeal tip bürokratik yönetim, diğer egemenlik tiplerinden olan geleneksel otoritede yer alan yönetimlerden farklı özelliklere sahiptir.

Weber'in tanımladığı rasyonel-hukuki bir sistemde bürokratik yönetim, aşağıdaki özellikleri gerektirir:

1. Resmi görevler kurallara (hukuk normlarına) göre sürekli olarak örgütlenmiştir.
2. Belirlenmiş bir yetki alanı bulunmaktadır. Bu ilkeyle bağlantılı olarak üç gereklilik daha bulunmaktadır.
 - a) Sistemli bir iş bölümü için yükümlülükler alanı,
 - b) İşlevler için her görevliye tanınması gereken otorite,
 - c) Gerekli zorlama araçlarının açık tanımı ve kullanımının kesin koşullara bağlanması.
3. Büroların hiyerarşik örgütlenmesi bağlamında alt kademedeki her görevlinin, üst kademedeki bir görevlinin denetiminde olması gerekir.
4. Memur ve görevlilerin resmi iş ve görevleri, kişisel olanlardan kesin olarak ayrılmış olup, görevlilerin kullandıkları kaynaklar üzerinde mülkiyet hakları bulunmamaktadır.
5. Görevde uzmanlaşma yüksek düzeydedir.
6. Yönetimsel etkinlikler yazılı olarak yürütülür (Ergun ve Polatoğlu, 1988: 60.).

Weber'in bürokratik ideal tipi, olması gereken değil, bürokrasinin saf halidir. Gerçek hayatta tam olarak böyle bir bürokratik yapı olmayabilir. Weber'de bunun bilincinde olup, gerçek hayattaki gözlemlerin-tespitlerin ideal tiplerle karşılaştırılarak yapılmasını önermektedir zira bürokratik ideal tip, modern toplumlara özgü temel bir değeri yansıtmaktadır. Modern bir siyasal yönetim, kişisellikten uzak, nesnel olmalı ve bilgiye dayanmalıdır. Hukukun egemenliği ancak bu sayede sağlanabilir (Turner vd., 2017: 225-229).

3.2.2. İktisat Biliminde Tam Rekabet Piyasası Kavramı

İktisat biliminde bir mal ya da hizmeti satma arzusuyla arz edenlerle, söz konusu mal ya da hizmeti talep edenlerin oluşturduğu kavramsal düzene-platforma, piyasa

denilmektedir. Piyasalar iktisatçılar tarafından mal ya da hizmeti oluşturan mal ya da hizmetin niteliği, arz ve talebin karşılaştığı ortam-yer, arz ve talepte bulunanların özellikleri ile aralarındaki rekabete dayalı olarak muhtelif ayrımlara tabi tutulmuşlardır.

Mal ve hizmeti piyasaya arz edenlerle, bunları talep edenler arasındaki rekabet durumuna göre iki temel piyasa kavramsallaştırması yapılmış olup, bunlar:

1. Tam rekabet piyasaları
2. Eksik rekabet piyasaları şeklindedir.

Tam rekabet piyasası kavramı, gerçek hayatta görülmeyen teorik bir piyasa tanımıdır. Bu tanımla tam rekabet piyasaları kavramı tam anlamıyla ideal bir tip olup, ideal bir piyasa tipi kurgusu, gerçek hayatta yer alan piyasaların analizine yardımcı olmaktadır.

Tam rekabet piyasası bir takım kabullerden oluşan ideal bir tiptir. Bir kurgu olan ideal tip tam rekabet piyasası kavramının kabulleri şöyledir:

Atomisite : Piyasada alıcı ve satıcıların kendi aralarında fiyatları ve üretim miktarını etkileyemeyecek ölçüde çok olmasıdır.

Homojenlik : Piyasaya arz edilen bütün mal ve hizmetlerin kalitelerinin aynı olmasıdır. Bu kabulde, reklamlara da yer bulunmamaktadır.

Mobilite : Piyasaya giriş ve çıkışların serbest olması, piyasada hareketliliğin hiçbir ek maliyet gerektirmemesidir. Bu varsayım bazı eserlerde serbestlik ve akıcılık altında iki alt ayrıma da tabi tutulmaktadır. Bu şekilde yapılan tasnifte piyasaya giriş ve çıkışların serbest olması serbestlik, arz ve talebin bir yerden bir başka yere engelsiz hareket edebilmesi ise akıcılık şeklinde tanımlanmıştır.

Şeffaflık : Alıcı ve satıcılar, piyasa hakkında tam bir bilgi sahibi olmalıdır (Özgüven, 1983: 258).

Görüldüğü gibi, iktisat biliminde tam rekabet piyasaları hakkındaki kurgu, ideal bir tip olarak gerçek hayatta rastlanmayacak nitelikler gerektirmektedir. Gerçek hayatta olmayan tam rekabet piyasası kavramı, gerçek hayattaki rekabet piyasalarının gözlemlerinden yola çıkılarak yapılmış olabilir, fakat esas olarak rasyonel bir kurgu olduğu ortadadır. Akıl, mantık ve ortak yaşam tecrübeleri, tam anlamıyla bir rekabetin, bu ideal tipte öngörülen hususların var olması halinde gerçekleşebileceğini kabul edebilir. Gerçek hayatta rastlanmasa bile bu özelliklerin gerçek hayatta gerçekleşen

rekabet piyasalarının, analizinde ve tanımlamasında kavramsal bir kılavuz niteliği taşıdığı ortadadır.

3.3. İdeal Tip Hukuk Normu

Hukuk, esas olarak normatif bir düzen olması nedeniyle “olan”ı değil “olması gerekeni” deyimler. Hukukun betimlediği düzen, fiili bir düzen olmayıp, doğadaki gerçek bir durumu yansıtmaz; bu özelliğiyle hukukun kendisi dahi gerçekleşmesi (olması) gereken ideal bir düzen kurgusuna dayanmaktadır (Aral, 2012a: 90-91).

Gözler’e göre hukuk normu, insan davranışlarına yönelik, belirli bir anlam taşıyan aynı zamanda doğru ya da yanlış olan bir ifade-önermedir (1998:29,34).

Hukukun (hukuk normunun) temel vasfı, olan (mevcut) toplumsal yaşamı ve toplumsal kurum-ilişkileri (siyaseti-hukuku ilgilendiren nitelikte olanları) veri kabul ederek, olması gereken boyutuyla düzenlemeye çalışmaktır. Bu haliyle esasında hukuk normu, siyasal toplum-devlet ile sivil toplum arasında bir iletişim aracıdır. Siyasal toplum, sivil toplumla hukuk normu aracılığıyla iletişim kurar. Hukuk normu, siyasal toplum-devletin yönetmek için sahip olduğu en önemli araç olup, siyasal toplum-devlet, tüm işlevlerini, hukuk aracılığıyla yerine getirmek durumundadır.

Böyle önemli ve temel bir işleve sahip hukuk normunun sahip olması gereken nitelikler esasen hukuk devleti kavramının da temelidir.

Hukuk normu, belirli durum ve ilişkileri nitelendiren bir yapıdır. Sivil ve ekonomik ya da siyasal toplumun içinde yer alan bir ilişki, siyasal toplum tarafından hukuki olarak düzenlenmesi gereken bir nitelik taşıdığında, hukuksal bir forma büründüğünde hukuk normu özelliği kazanır (Işıқтаç, 2004: 22-23).

Weber’e göre (2011: 56), her hukuksal düzenleme temelde bilinçli olarak oluşturulmuş, birbiriyle tutarlı soyut kurallar bütününden ibarettir. Yasanın yürütülmesi ise bu soyut kuralların özel durumlara uygulanmasıdır. İdari süreç ise grubun yönetim düzeni çevresinde hukuk normlarıyla belirlenmiş sınırlar içinde belirlenen ve genellemeler biçiminde anlatılabilen ve grup sisteminde onaylanmış ya da en azından reddedilmemiş ilkeleri izleyen menfaatlerin rasyonel bir şekilde sorgulanmasıyla oluşur.

Kendisi “olması gerekeni” betimleyen hukuk normu kavramı üzerinden, “olması gereken hukuk normu” kavramına ulaşılması şaşırtıcı olabilir. Fakat hukuku tanımlayan ana akımlarından birincisi, hukuku belli bir zamanda belli bir yerde yürürlükte olan (pozitif) kurallar olarak kabul ederken; diğeri ise akli esas alan ve pozitif hukukun uyması gereken adalet idesine karşılık “olması gereken” ya da “ideal hukuk” kavramıdır (Balı, 2004: 229). Böylelikle ideal hukuk kavramı, hukuk normunun ideal bir formda oluşturulması ve uygulanmasını da içerir.

Hukuk rasyonel bir dizge olduğuna göre hukuk normunun da rasyonel-ideal bir yapısı olmalıdır. Hukuk normu, ideal yapısına ulaştığı ölçüde işlevini tam olarak yerine getirebilir. İdeal tip hukuk normundan uzaklaştığı ölçüde hukuk normu, değil sorunları çözmeye, bizzat kendisi sorunların kaynağı olmaya başlar. Sözer, hukuk normunun oluşmasını (yasa yapma süreci) bilimsel bir etkinlik olarak tanımlarken, hukuk normunun uygulanmasını bir sanat ve zanaat olarak nitelendirmektedir (2014: 1115). Oysa hukukun uygulanması bir sanat ve zanaat olarak kabul edilince, her sanatkar ve zanaatkar kadar uygulama olması da kaçınılmazdır. Sanat, sanatçının yaratıcılığıyla zenginleşen, çeşitlenen sübjektif bir eylemdir. Hukuk ise her ne kadar bir bilim olmasa da hem oluşum hem de uygulama boyutunda her zaman aynı sonucu verecek tarzda bilimsel olarak formüle edilmeli ve tanımlanmalıdır. Hukukun farklı uygulanması (sanatsal uygulama) adaletin (eşitliğin) yok olmasıdır.

Fuller’e göre hukukun kavramsal işlevi, davranışları düzenlemek olup, bu işlevini yerine getirebilmesi için bazı ilkeleri karşılaması gerekir. Bu ilkelere göre kurallar: genel terimlerle ifade edilmeli, aleni olarak duyurulmalı, geleceğe dönük olmalı, anlaşılabilir terimlerle ifade edilmeli, birbirleriyle tutarlı olmalı, onlardan etkilenecek kişilerin güçlerinin ötesinde davranışları gerektirmemeli, sıklıkla değiştirilmemeli ve dile getirilişlerine uygun biçimde uygulanmalıdır (Himma, 2010: 32) .

Lon. L Fuller’in hukukun iç ahlakı olarak tanımlanan ilkeleri, aslında ahlakla ilgili ilkeler olmayıp, bir hukukun en iyi şekilde var olabilmesi için (büyük oranda hukuk normunun ihdasına yönelik) kurallardan ibarettir. Bu kurallar ve ilkelerin, hukukun ahlaki ilkeleri olduğu ifade edilmişse de aslında yazarın amacının, hukuk kurallarının yapımına ilişkin ilkeler olduğu anlaşılmaktadır. Buna ek olarak “Hukukun Ahlakı” ile

ifade edilen Lon. L. Fuller'in öngördüğü ilkeler; "prosedürel doğal hukuk" terimleriyle de karşılanmıştır (Aktaş, 2011: 5).

Yasa boyutundaki hukuk normları uyulması zorunlu, genel, soyut sürekli ve geleceğe dönük kurallardır. Habermas'a göre de hukuk, kısmen zorlayıcı mantıksal, kısmen de uzlaşım sal olarak verili şemalarla bağlantılı, hukuksal düşüncenin kurallarına göre neyin geçerli olduğunu saptayan bir dizgedir. Hukuk, bizatihi var olmasının gerekliliğini yanıtlamadığı gibi, hukuk olarak adlandırılan kuralların gerek ip gerekmediğini de yanıtlayamaz. Böylelikle hukuk bilim olarak hukuk alanını temsil eden tikel bir değer üzerinden biçimsel olarak yani amaç-araç ilişkileri açısından rasyonelleştirilebilen bir yaşam düzeni-modelidir (Habermas, 2019: 337-339).

Hukuki normlar kavramsal-olgusal olarak ne doğru ne de yanlış olabilir. Hukuki normlar ancak akla uygunluk ya da uygunsuzluk açısından bir argüman olarak tartışılabilir (Işıktaç, 2004: 376). Doğrulanması ya da yanlışlanması mümkün olmayan bir normun değerlendirilebilmesi için ideal bir norm kurgusuna sahip olunması gerekir. Yürürlükteki normlar ancak ideal tiplerle karşılaştırılarak değerlendirilebilir.

Hukuk normunun nasıl olması gerektiği konusuna, ideal tip kavramlaştırması çerçevesinde yaklaşıldığında; hukuk normundan beklenen hususların neler olduğu da anlaşılabilir. Çünkü hukuk normunun kendinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi, hukuk normunun taşıması gereken özelliklere ne kadar yakın olduğuy la alakalıdır.

İdeal hukuk normu kavramı, ideal bir hukuk anlayışının da parçasıdır. İdeal bir hukuk, sistem olarak anlaşılırsa, hukuk normu, bu üst sistemin bir alt parçasını-sistemini oluşturmaktadır. Alt sistem olan hukuk normunun ideal bir tip olarak kavramlaştırılması, üst sistem olan ideal hukuk kavramının-anlayışının bir parçasıdır. Üst bir sistemin kuruluş amacına uygun faaliyet göstermesi, kendisini oluşturan alt sistemlerin en iyi şekilde tasarlanması, işlemesi ve üst sistemi oluşturan diğer alt sistemlerle üst sistemin amaç ve faaliyetlerini optimal tarzda gerçekleştirecek şekilde bağlantılı işlemlerini gerektirmektedir.

Bütün hukuk düzenleri için geçerli, genel, soyut ve evrensel düzeyde açıklamaların hukukun genel teorisine girdiğini belirten Gözler de (1998:3), Türkçede bu kapsamda çalışmaların yok denecek kadar az olduğunu belirtmektedir.

Gerçek hayattaki hukuk normları elbette ki ideal tip hukuk normu olarak tanımlanan hukuk normunun gereklerini tamamen karşılayamayacaktır, fakat bu özellikler hukuk normunun anlaşılabilmesi ve analiz edilmesinde tüm hukuk profesyonellerine ve konuyla ilgilenenlere yardımcı olabilecektir. Bunun ötesinde ideal tip hukuk normu kurgusu, hukuk normunun oluşum sürecinde ortaya hukuk normu olarak sunulan yahut sunulmaya çalışılan metnin, ifadenin ideal tip hukuk normuna ne kadar yaklaştığını da ortaya koyabilecektir.



Şekil 4: İdeal Tip Hukuk Normunun Unsurları

Burada, hukuk normlarının türlerine ilişkin ayrımlara girilmeyecek olup, bir bütün olarak tüm hukuk normlarının taşıması gereken özellikler, ideal tip tanımlaması altında açıklanacaktır. Hukuk normlarının türlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için aşağıdaki çalışmaya bakılabilir⁵.

⁵ Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004

3.3.1. Hukuk Normu Belirli ve Anlamı Açık Olmalıdır

Hukuk normu ancak belirli olduğu zaman işlevini yerine getirebilir. Belirli olmak, çok basit bir ilke gibi görülebilir, fakat bu ilke o kadar önemlidir ki hukukun temel işlevlerinden olan düzenleme ve uyumazlıkları çözmede rehber olabilmesi ancak ve ancak belirli ya da belirlenebilir olması ile sağlanabilir. Belirli olmayan bir hukuk normu, hukuk normunu girdi olarak kullanan yürütme ve yargı, hatta yasama erki açısından dahi keyfilik anlamına gelebilir.

Hukuk devleti kavramı, siyasal iktidarı sınırlamak ve devlet faaliyetlerini kurallara bağlamak suretiyle istikrarın sağlanmasına yardım eder. İstikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik bireylerin, kamu otoritesiyle ilişkilerinde bugün ve geleceğe yönelik olarak güven duygusu içinde olması, öngörülebilirlik ise kişilerin hukuki istikrar sayesinde geleceği öngörebilmeleri ve faaliyetlerini buna göre planlayıp yürütebilmeleridir. Bireylerin yasaların onları nasıl etkileyeceğini önceden bilebilmeleri gerekir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin başlıca yollarından biri kural koymanın gerektiği durumlarda kuralların genel, soyut, kişisel olmayan, geçmişe yürümeyen ve sık sık değiştirilmeyen kurallar olmalarıdır (Erdoğan, 2013:114).

Hukuk normlarının belirliliği ve açıklığı, hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlamanın en önemli yoludur. Ancak bu sayededir ki bireyler ve sivil-ekonomik toplum, hukuk normlarını tam olarak değerlendirip geleceği öngörebilirler.

Hukuk, topluma (ve bireylere) bir çerçeve sunarak toplum hayatını düzenlemektedir. Hukukun toplumsal ve bireysel hayatı nasıl düzenlediği, dahası devleti nasıl sınırlandırdığı belirlenemezse, verilen haklar ve görevler açıklanmazsa (bilinmezse) hukuk ve özelde hukuk normu belirli sayılamaz. Belirli olmayan bir hukuk normu da toplumsal ilişkilerin üretildiği (ekonomik ilişkiler dâhil) sivil alanın gereksinim duyduğu güvenli çerçeveyi sağlayamaz.

Belirli olmayan, belirlenemeyen yahut çok zor belirlenen bir hukuk normu, toplumsal yaşamı düzenleme işlevinin dışında toplumsal kontrolü sağlama ve uyumazlıkları çözme işlevini de yerine getiremeyecektir. En önemlisi de belirlenemeyen hukuk normları, devletin hukuk devleti olmasını engelleyecektir. Zira hukuk devleti esas olarak koymuş olduğu hukuk kurallarına bağlı devlettir. Devletin koymuş olduğu hukuk

kurallarına uyabilmesi, öncelikle devletin ihdas ettiği hukuk normlarının belirli olmasına bağlıdır. Hukuk normu belirli değilse ortada (o ölçüde) hukuk devleti de yoktur. Aynı şekilde Fuller (2016:88)'in de belirttiği gibi bilinmeyen, anlaşılamayan veya daha yürürlüğe girmemiş bir kanuna uymak da mümkün değildir ve bu durum siyasal toplum için olduğu kadar tüm sivil toplum ve bireyler için de geçerlidir.

Belirlilik arayışı hukukun mihenk taşlarından biri olup, normları oluşturan sözcüklerin taşıdığı anlam üzerinde kesin ve tartışmasız bir fikir birliği olmasa da kullanılan sözcüklerin işaret ettiği durumlar, koşullar, olgular, olaylar üzerinde büyük oranda fikir benzeşmesinin olması gerekir. Bu benzeşme, hukukun sağlamayı vadettiği en belirgin kavramlardan biri olan hukuki belirlilik ilkesine yakınlaşmayı sağlar. Normların netleştiği ölçüde muhatapları için de o ölçüde belirginleşeceği söylenebilir (Erdem, J. G., 2019).

Belirlilik, hukuk normunu uygulamak durumunda olan kamusal birimler ve yargı mensupları kadar, hukuk normunun muhatabı olan toplum ve tüm bireyler için de aynı şekilde belirlenebilir olmayı da gerektirir, zira hukukun asıl muhatabı sivil toplum ve bireylerdir. Rawls'a göre de bir kurumun kurallarının kamuya açık olması, orada çalışanların birbirlerine olan davranışlarında ve beklentilerinde ne gibi sınırlamalar olduğunu ve ne tür eylemlere izin verildiğini bilmelerini sağlar (2017:85). Bu anlayıştan yola çıkarak devlet de bir kurum olduğuna göre hukuk normlarının bilinmesi, erişilir olması, hem hukuk normlarını uygulayanların hem de hukuk normuna muhatap olanların hak ve yetkilerini, sınırlarını bilmelerini sağlar.

Bir kuralın normatifliği ile içeriğinin belirsizliği karıştırılmamalıdır. Belirsiz olan bir norm, normatiflik karakterinden yoksun olmayabilir. Özellikle anayasalarda içeriği tartışmalı birçok hüküm ve kavram bulunmakla birlikte Anayasa Mahkemesi (AYM) bu kavramların içeriğini belirginleştirebilir (Gözler, 1998:41). Gözler, anayasalarda içeriği tartışmalı birçok hüküm ve kavram olduğunu belirtmekteyse de gerçek olan, tüm hukuk sisteminin birçok belirsiz hüküm, ifade ve kavramlarla dolu olduğudur.

Metin'e göre de (2008) anayasa normlarının pek çoğu oldukça soyut, kısa, öz ve genel nitelikte formül edilmişlerdir. Anayasalarda yer alan düzenlemeler çoğunlukla prensipler ve değerlerden oluştuğundan, somutlaştırılmadan uygulanmaları zordur. Anayasa hukuku, büyük ölçüde belirsiz, içeriği geniş, tamamlanmamış, oldukça genel

ve soyuttur. Anayasal normların belirsiz, genel hükümler içerdiği doğru olmakla birlikte bu belirsizlik, tüm normlar için de aynı derecede geçerlidir.

Yasalarda idari işlemlerin sebeplerini belirtmek için kullanılan, belirlenebilir hale gelebilmeleri için somut olayın akışına göre yorumlanması gereken kavramlar bulunmaktadır. “Belirsiz hukuki kavramlar” olarak ifade edilen bu kavramlara örnek olarak: “lüzum”, “genel ahlak”, “genel sağlık”, kamu düzeni”, “ihtiyaç”, “kamu güvenliği”...belirtilebilir (Erdem, J. G., 2019).

İdeal tip hukuk normu, hem normun somut-geçerli olarak belirlenmesini-ulaşılabilmesini, hem de içeriğinde belirsizlik olmaması anlamındadır. Yani hukuk normu, bizzat belirli yahut belirlenebilir olmalı, bünyesinde belirsizlik içermemelidir. Bununla beraber hukukun kesin olmadığı, belirsiz olduğu iddiası “Eleştirel Hukuk Hareketi”nden önce gelen “Hukuki Realizm” görüşü mensupları tarafından öne sürülmüşken, “Eleştirel Hukuk Hareketi”nin temel bir meselesi haline gelmiştir (Akbaş, 2006: 99).

Hukukun belirsizliği, öncelikle hukuk metninin (normunun) belirsizliği anlamına gelirken, hukuk normunun somut uyumsuzluklara uygulanmasından kaynaklanan belirsizlik ise hukuka verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkmaktadır (Özkök, 2002: 63).

(İdeal tipten uzak) hukukun belirsizliğinin kaçınılmazlığı ve yorumlamaya geniş bir alanda izin verilmesi, kararların verilmesindeki keyfiliği cesaretlendirmekte ve bu durum sadece adalete olan bağlılığı bastırmaktadır (Rawls, 2017:89).

L.L Fuller, belirlilik ilkesiyle açıklık ilkesini aynı anlamda kullanmakta olup, hukuki mükemmellik olarak kabul edilebilecek bir skalanın en üst noktasında; her kuralın mükemmel bir şekilde açık, birbiri ile tutarlı, her vatandaşa bilindik ve hiçbir kuralın asla geriye etkili olmadığı bir hukukilik ütopyasının bulunduğunu öne sürmektedir (2016: 56, 80 vd.). Ceza hukukunda lehe olan bir normun daha önceki olaylara da uygulanması esas olduğundan, kuralın geriye etkili olmadığı önermesinin tüm hukuk sistemi için geçerli olmadığını belirtmek gerekir.

Hukuk normunun belirli olma özelliği, hukuki güvenlik ilkesinin de en önemli gereğidir. Ancak belirli yahut belirlenebilir bir hukuk normu, tüm bireyler için güvenlik sağlar. Belirli olmayan hukuk normu anlayışı, hukuk devleti ile bağdaşmaz.

Dworkin, bir yasanın belirsiz olması (açık olmaması) halinde, yasanın geçerliliğinin şüpheli olduğunu belirterek böyle bir durumda bireylerin belirsiz yasaya karşı “sivil itaatsizlik” hakkına sahip olduğunu öne sürmektedir (Cohen ve Arato, 2013:517).

Türk hukuk sistemi açısından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nın 1/2.maddesine göre: "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir." (TMK, 2001) şeklindedir. Bu kanun hükmü aslında hukuk normlarındaki belirsizliğin aşılabilmesi için yapılabileceklerin bir listesini içermektedir. Örf ve adet hukuku dahi özünde bir belirsizlik içermektedir. Yazılı bir hukuk normunu belirlemek nispeten kolay olmakla birlikte örf ve adet hukukunun ne olduğunu belirlemek kolay değildir.

Hukuk düzeni bir bütün olarak belirliliği sayesinde toplumun devamını ve güvenliğini sağlar. Toplum sürekli yeniden var olan bir süreç olmakla birlikte hukuk, sabitliği ve belirliliği ölçüsünde hukuk olma vasfını taşımaktadır. Hukuk değişmezliği ölçüsünde güven verir. Sürekli değişen bir hukuk sistemi, değişen topluma gerekli güvenceyi sağlayamamaktadır. Tezat olarak görülse de hukuk, sabitliği ve belirliliği ile (değişim içindeki) topluma güven vererek, işlevini yerine getirmektedir.

İnsanlar hukuku çoğunlukla bir uyuşmazlık çıktığında uygulamak durumunda kaldığından, hukuk normları uyuşmazlıktan önce var olmak durumundadır. Belirlilik hukuk normunun belirliliği kadar ona ulaşabilme-erişilebilmeyi de içermektedir. Hukuk normuna ulaşılamıyor ve geçerli son hali belirlenemiyorsa yahut bunu belirlemek meşakkatli ise belirlilik ilkesinin zedelendiği kabul edilmelidir.

Eleştirel hukuk teorisi hukukun bir bütün olarak belirsiz olduğunu kabul etmektedir. Teoriye göre belirsizlik, hukukun yarışan sosyal gruplar arasındaki ideolojik mücadelelerin değişken ve istikrarsız bir uzlaşımı olduğundan niteliği itibarıyla belirsiz olmak durumundadır. Bunun dışında hukuk kurallarının uygulanması ve yorumunu da içine alan hukuk sisteminin içinde belirli alanlar olsa bile bu belirlilikler, hukuksal

belirsizliği kendi lehlerine çevirmeye çalışan egemen güçlerin tercihi içindir. Eleştirel hukuk düşüncesinin temel yaklaşımına göre hukuki belirsizlik, kurulu düzenini işleyişi için kullanılan bir araçtır (Aktaş, 2011: 83-85).

AYM, belirlilik ilkesini Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin bir gereği olduğunu ifade ederek ilkeyi şöyle açıklamaktadır:

“Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.” (AYM, Anayasa Mahkemesi, 2017).

AYM’nin belirlilik konusundaki yaklaşımı oturmuş bir içtihat olup, bu konudaki tüm kararlarında benzer şekilde ifade edilmektedir. Bu konuda daha yakın tarihli verdiği bir kararda hukuk devletini:

“Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi; bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olmaları koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir.” (AYM, Anayasa Mahkemesi, 2018).

Şeklinde tarif etmektedir. AYM’ye göre hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Hukuk açısından belirliliğin hukuk normunun tüm düzeylerinde (kanundan, yargısal içtihatlara hatta yürütmenin düzenleyici işlemlerine) belirlilik anlamına

geldiğini ve belirliliğin erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olmayı da içerdği kabul edilmektedir.

İdeal hukuk normu, tam olarak kesin tanımlanmış, sınırları iyi çizilmiş ve muhatabı olan herkes (yasama-yürütme ve yargı organları ile toplumu oluşturan tüm bireyler) tarafından aynı şekilde anlaşılacak belirli terimlerle ifade edilmeli, herkesin aynı şekilde anlayacağı terim ve kavramlara dayanmalıdır.

Habermas'ın diskurs (söylem) etiğinin dayandırıldığı evrenselleştirme ilkesine göre bir normun, kendisinden etkilenen herkes o normun sonuçlarını kabul edebiliyorsa ve o normun genel uygulanması ile yan etkilerinin herkesin yararını karşılayacağı kabul ediliyorsa geçerli olduğu ifade edilmektedir (Aktaş, 2011: 17). Hukuktan etkilenen ve muhatap olan kimselerin normu kabul edebilmesi için normu bütün sonuçlarıyla belirleyebilmeleri ve anlayabilmeleri gerekir. Bu da hukuk normunun belirli ve anlamının tüm paydaşlarca açık ve aynı şekilde anlaşılmasını gerektirir.

3.3.1.1. Yazılı Olma

Modern bir toplumda hukuk normunun belirliliği ilkesini karşılayacak en önemli husus, normun yazılı olmasıdır. İstisnaları olabilirse de hukuk normu ancak yazılı olduğu takdirde belirli olabilir.

Sözlü kültürde iletişimin temel öğeleri, ses ile işitmedir. Yazılı kültürde sözcükler görsel sembollere dönüşmüş ve bunun görsel algılama ve değerlendirme yolu ile muhatabına ulaşması (okuma), dinlemenin (işitme) yerini almıştır. Her iki kültür sisteminde de esas olan anlamadır. İşitilen sesler yahut yazılan ifadeler anlaşılabilir ise hiçbir değer ifade etmezler. Bilinmeyen yabancı bir dilin konuşmaları, o dile yabancı olanlar için anlamsız seslerden başka bir şey değildir. Ancak bilinen ve anlaşılan dillerdeki konuşmalar-sesler o dili bilenler için anlamlıdır. Yazılı ifadeler de aynıdır. Bilinmeyen bir dilin yazılı ifadeleri, bilmeyenler için anlamsız şekiller topluluğudur.

Hukuk normunun belirli olması anlayışı, tarihte yazılı kültürün ortaya çıkmasıyla mümkün olmuştur. Sözlü kültürün egemen olduğu bir toplumsal sistemde, hukuk normunun ne olduğu dahi sorun olma potansiyelini taşımaktadır. Bununla birlikte İngiliz hukuk sisteminde tam bir yazılı bir anayasa olmamasına rağmen devletin işliyor oluşu, hukuk normunun belirli olması için yazılı olmasına gerek olmadığını ortaya

koymaktadır. Bu istisnai durum karşısında yazılı olmayan hukuk normunun, tıpkı yazılı olmamasına rağmen toplumun tüm bileşenlerince bilindiği ve uygulandığı kabul edilen diğer sosyal yaptırım kuralları gibi içselleştirilmesi halinde, belirlilik ilkesini de karşıladığı kabul edilmek durumundadır.

Yasaların sözlü gelenek üzerine kurulu yapısının yerini yazılı yasaların alması, toplumun rızasını almak, istikrar ve meşruiyet sağlamak isteyen siyasal iktidarlar için toplumsal düzen ve istikrarı sağlamaya dönük kurgulanan hukukun şekli özellikleri ve kimler tarafından oluşturulacağı temel sorununun aşılması yönünde dikkat çeken bir gelişme olmuştur. Sözlü yasalar niteliği itibariyle keyfi kullanıma uygun olup bunların yazılı hale getirilmesi, hukuka açıklık ve istikrar öğeleri kazandırabilirse de yasaların yorumu-uygulanması ve etkisi, uygulayıcıların yetkisinde olduğundan, yasaların yorumlama yetkisi demokratikleşmedikçe yasaların yazılı olmasının çok önemli değişikliklere yol açması pek mümkün değildir. Yazılı yasaların rolü ve yaratacağı sonuçlar, metinlerin özelliklerinden çok normun uygulandığı toplumun kurumsal ve toplumsal yapısıyla yakından ilişkilidir (Özenç, 2014:25-26). Aynı konuyu anayasalar gerçek kültürü yansıtmadığında ortaya çıkabilecek tehlikenin büyüklüğünü işaret ederek işleyen Friedrich, yerli kültüre yabancı inanç ve değerlere dayalı bir anayasa üzerinden hükümet ilişkilerinin biçimselleştirilmesi çabasının başarısız olmaya mahkum olduğunu ifade etmektedir (2010:23).

Hukuk normunun yazılı olması, yazılı öncesi dönemde var olan ve toplumda üretilip davranışlarla yeniden üretilen hukuk anlayışında ileri bir boyuttur. Bu şekilde insan eliyle kodifiye edilen hukuk normu anlayışı, hukukun insan eliyle şekillendirilebileceğini göstererek, pozitif hukukun da oluşmasına yol açmıştır. Antik dönemde hukukun düzenleyici bu rolünü fark edip uygulayan hükümdarlar ve krallar olmuştur. Hammurabi Kanunları, Solon Kanunları, iki farklı kültürde birisi Babil, diğeri antik Yunanistan-Atina'da bu anlayışın karşılık bulduğunu ve bir gereksinim olduğunu göstermektedir

Hukuk normu yazılı bir metin olarak kabul edilince, yazılı metinler açısından var olan anlaşılabilme sorunu, hukuk normları açısından da temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk normlarının muğlaklığı olarak ifade edilebilecek olan bu açık seçik

olmama hususunun antik zamanlardan beri temel bir sorun olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki Aristoteles, Atinalıların Devleti adlı eserinde:

“Solon’un yasaları basit ve açık şekilde ifade edilmediklerinden, mahkemede farklı anlayışların ortaya çıkması ve uzun tartışmaların yaşanmasıyla kamusal ve bireysel konularda oylama sonucu alınana mahkeme kararlarının geçerli oluşu kaçınılmazdı. Bazıları buna bakarak, halkın mahkeme kararlarında daha etkin olabilmesi için Solon’un yasaları bilerek muğlâk yazdığını iddia eder ama bu düşünce pek akla yatkın değildir. Yasalardaki muğlâklığı her şeyi mükemmel yapmayı başaramamasında aramalıyız.” (2013: 11-12).

Demektedir. Aristoteles’in anlatımından hukuk normlarındaki muğlâklığın, (bugünkü gibi) mahkeme kararları ile aşmaya çalışıldığı, bunun bilinçli bir tercih dahi olabileceğinin söylendiği, fakat Aristoteles’in buna itibar etmediği, yasalardaki muğlâklığı, Solon’un yetersizliğine bağladığı görülmektedir.

Yazılı ifade nihayetinde hukuk normu da olsa yazılı metinlerin genel sorunlarını içermektedir. Yazılı ifadelerin anlaşılabilirliği üzerinde geniş bir literatür bulunmakla birlikte, hukuk biliminde bu disiplinden gereği gibi yararlanıldığı söylenemez. Geniş anlamda “Göstergebilim” olarak adlandırılan bu disiplin, verili bir toplumda cari olan ve gösterge niteliği taşıyan tüm yapılarla ilgilenmektedir. Bu anlamıyla en önemli göstergebilim konusu dilbilimdir. Dil (lisan) insanlığın en büyük soyutlamalarından birini oluşturmaktadır. Dil o kadar önemli bir soyutlamadır ki dil olmasa insanlık ve toplumun oluşamayacağı rahatlıkla söylenebilir. Dil sayesinde kavramlaştırma, soyutlama yapılabilir ve iletişim kurulabilir. Dil, bu anlamda insan olmaktır. Göstergebilimin alanına giren, toplumsal dizgeler sadece dilden ibaret olmayıp davranışlar, yazılı olmayan jestler, mimikler, sanat eserleri, edebiyat ve mimari eserler dâhil, gösterge olarak tanımlanabilecek her türlü toplumsal dizge, göstergebilimin inceleme alanına girmektedir (Akerson, 2016: 17).

Dil başlı başına bir gösterge olduğundan dil aracılığıyla ifade edilen yazılı hukuk normu da evleviyetle bir gösterge sayılmak durumundadır. Bu anlamda yazılı hukuk normunun göstergebilim ölçüleri dâhilinde incelenmesi mümkün ve aslında kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Hukuk dil içinde varlık kazanmakta, hukuka ilişkin bilgi, dil aracılığıyla edinilmekte-aktarılmakta, yargılama süreci de bütünüyle dil aracılığıyla gerçekleşmektedir (Uzun, 2017:153). Hukuk için geçerli olan bu gerçek, elbette ki hukuk normunun oluşumu, anlaşılması ve uygulanması süreçlerinin tamamı için de geçerlidir. Yani tüm bu safhalar dil aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu durumda hukuk normunun analizi, aynı zamanda normun göstergebilim açısından da analizidir.

Özkök (2002: 71), hukukun epistemolojik olarak belirsizliğinin; “hukuk devletinin” bir gereği olan “hukuki öngörülebilirlikle” ilişkili olduğunu, öngörülebilirliği sağlayanın ise hukuki nitelikte yer alan unsurlar olduğunu ifade etmektedir.

Dünyadaki varlıklardan yola çıkılarak oluşturulan kavramlar ancak dil aracılığıyla oluşturulmaktadır. Dil aracılığıyla oluşturulan kavramlar tek tek o varlıkları değil, o varlıkların zihinde oluşan bir soyutlamasıdır. Bu kavramlaştırma (soyutlama) sayesinde toplumsal iletişim ve düşünsel dünyanın gerçekleri ortaya çıkmaktadır.

Kavramlaştırılan varlık, somut varlıklar dünyasının bir parçası ise, bu kavramla neyin ifade edildiği, o dili paylaşan bireylerin tamamı tarafından rahatlıkla anlaşılabilir. Bir sözlü yahut yazılı ifadede elma yahut kitap denildiğinde bu sözlü yahut yazılı ifadeyi kullanan şahıs ile bu ifadeye muhatap olan kişi yahut kişilerin, kavramın gönderme yaptığı nesne yahut nesnelerin ne olduğunu kolaylıkla anladığı kabul edilebilir.

Kavram soyut bir varlığa ilişkin ise kaynağın kavrama verdiği anlamın, iletişimin muhatabı olan şahsın bu kavrama verdiği anlamla aynı olup olmadığı tartışmalı bir durumdur. Bu bağlamda adalet gibi bir kavramı kullanan kişinin kavrama yüklediği anlam ile kavramın muhatabının o kavrama verdiği anlamın birebir örtüşmesi, somut kavramlardaki kadar kolay değildir.

Anayasa düzeyindeki hukuk normlarında anayasa koyucunun bilinçli olarak soyut ifadeler ve ilkeler koyduğunu öne süren Dworkin’e göre anayasa koyucular, belli bir tarih için geçerli emir ve yasaklar getirme amacıyla hareket etmemişlerdir. Anayasa koyucuların soyut ifade ve ilkeler koymalarındaki amacın, anayasa hükümlerinin sonraki zamanlara ahlaksal okunma yoluyla uyarlanarak güncellenebilmesi olduğu öne sürülmüştür (Korucu, 2014 :136).

Soyut kavramların anlamları üzerinde toplumun tüm bireylerince tam bir uyuşma mümkün değildir. Zira soyut kavramlara yüklenen anlamlar, kişilerin eğitim düzeyleri kadar bulundukları sosyal konum, ideolojik bakış açısı dâhil olmak üzere birçok bileşen tarafından belirlenen oldukça çetrefil bir konudur. Bu anlamda hukuk normunda genel olma özelliği çerçevesinde soyut kavramların kullanılması durumunda soyut kavramlara verilen anlamların çokluğuyla orantılı olarak hukuk normunun anlamının belirlenmesi zorlaşacak yahut belirli insanların tekelinde olacaktır. Örneğin Yunanlıların Sokrates devri öncesinde bugüne “adalet” olarak çevrilen kavramı, biçimsel olarak değil, işlevsel olarak irdeledikleri, Homeros’un eserlerinde kullandığı ve suçsuz olarak tercüme edilen kelimenin tam içeriğinin “çarpmaya hazır bir savaşçı kadar güzel” anlamına geldiği, ifade edilmektedir (Ong, 2014: 66).

Yazılı ifade gerçekliğin soyutlanması olduğu için yazılı şekilde ifade edilen hukuk normu da toplumsal gerçekliğin bir soyutlamasıdır. Toplumsal gerçekliğin soyutlanması, hukukun araçsallaştırmasını da beraberinde getirmiş olup bu haliyle hukuk da manipülasyona açık hale gelmiş olmakta, böylelikle tüm soyutlamaların ortak yönü olan bu özellikten, hukuk da uzak kalamamıştır.

Tüm yazılı ve sözel iletişim kuramlarında yazılı yahut sözel ifadeyi kullanan birim, kaynak olarak tanımlanmaktadır. Kaynak belli bir mesaj vermek için sözel yahut yazılı mesajı kodlar ve muhatabına uygun kanalda iletir. Kodlama olarak adlandırılan safha, hukuk normunun yazılı olarak oluşturulmasıdır. Hukuk normunun oluşumunun teknik safhaları bu çalışmanın konusu değildir. Hukuk özü itibarıyla, hukuk normunu oluşturan siyasi organların amacı dâhilinde şekillenen dilsel bir metindir. Hukukçuların hukuk normunu yorumlarken yasa koyucunun amacı olarak ifade ettikleri husus, normun kaynağı olan siyasi iktidarın amacıdır. Uzun, toplumdaki doğal dile ait ifadelerin yasa koyucu tarafından kullanılmasıyla hukuk evrenine dâhil edildiğini, bunun da hukuk içinde anlam üretme sürecinin bir parçası olduğunu öne sürmektedir (2017: 85-86).

Kanun hükmünü taşımadan önce siyasi bir proje olan hukuk normu, kanun olarak yürürlüğe girdikten sonra artık siyasi tartışmaları ve arka planını geride bırakmakta, pozitif hukukun bir parçası haline gelmektedir. Kanun şeklinde beliren hukuk normu, kanun vasfını kazandığında, metni anlamaya çalışma sürecinde yorum olarak adlandırılan süreç, hukuk normu olarak kabul edilen metindeki kodlamanın

özölmesidir. Bu aşamada (kodlamanın özölümünde) artık kanun koyucunun hukuk normuna yansıyan iradesini belirlemek esastır. Hukuk normu kanun bazında bu vasfıyla belirdikten sonra, yasa koyucunun hukuk normunu ortaya koyma nedeni-amacı, hukuk normunun genel ve özel gerekçelerinde formel bir şekilde ifade edilmekle birlikte gerçek amaç çoğunlukla yazılı gerekçelere yansıtılmamakta, yazılı gerekçelerde daha hukuki ve nesnel bir dil kullanılmaya çalışılmaktadır.

Yasa koyucunun esas amacı, hukuk normunun niteliğine göre hukuk normunun hazırlık aşaması dâhil tüm safhalarda siyasi organların, birimlerin konuşmaları, tartışmalarından çıkarılabilir. Hukuk normu, yazılı olarak ortaya çıktıktan sonra artık siyaset dünyasından çıkararak hukuk dünyasının bir parçası olmaktadır. Yazılı hukuk normunun ortaya konulmasında kanun koyucunun yazılı metne yansıyan amacı ile alıcı yani hukuk normuna muhatap olan sivil toplum, yürütme ve yargı organları ile profesyonellerinin o yazılı metne verdiği anlam örtüşüyorsa, ortada sorun yoktur. Yani hukuk normunun kaynağı ile alıcısının hukuk normuna aynı anlamı yüklemesi halinde ortada tam bir uyuşma bulunduğu kabul edilebilir.

Hukuk normu, varlık bulduktan sonra (elbette ki hukuk normunu değiştirme yahut yürürlükten kaldırma yetkisi yasama organında bulunmakla birlikte) hukuk dünyasının bir parçası olduğundan bu safhadan sonra inisiyatif alıcıya yani hukuk normunun muhatapları olan sivil topluma, yürütme ve yargı organları ile profesyonellerine geçmektedir. İletişimin amacı zaten kaynağın alıcıya gönderdiği mesajın, gönderme amacı doğrultusunda özölmesidir. Kanun boyutunda hukuk normunun anlamının özölümünde-yorumunda, yasamanın güttüğü amacı belirlemede hukukta yorum yöntemleri adı altında başvuru olan birçok kod çözüm yöntemi bulunmaktadır.

Dil, dış dünyayı resmetmenin dışında onu yeniden biçimlendirerek kurduğundan ideolojiktir. Aynı esas hukuk için de geçerli olduğundan hukuk dili de dünyayı kendince yeniden kurmakta ve bu kurguyu gerçekliğin kendisi gibi sunmaktadır (Uzun, 2017: 107).

Hukukun belli bir dili olsa da bu dil sivil toplumun dilinden kaynaklandığına-kaynaklanması gerektiğine göre, siyasal toplumun dolayısıyla hukukun dili ile sivil toplum dili arasında tam bir uyum ve uzlaşım gerekir. Hukukun bir bilim olarak kendine özgü bir dili olması gerektiği öne sürülebilirse de hukuk dili, diğer bilim ve disiplinlerin

dili gibi belli bir kesimin tekelinde olan ve anlaşılan bir dil değildir. Diğer bilimlerin kullandığı terminoloji, o terminolojiye vakıf bilim insanlarınca anlaşılabilir ve değerlendirebilir. Hukuk dışında yer alan, özellikle doğa bilimlerdeki önermelerin geçerlilikleri, sivil toplumun onayını gerektirmez. Gerçek bir bilim, nesnel dünyaya ilişkin nesnel kavramlar ve önermeler ortaya koyar. Bilimsel önermelerin doğada denetlenmesi (hatta yanlışlanması) mümkünse ortada bir bilim vardır. Hukukta ise böyle bir nitelik yoktur. Hukuk öncelikle siyasal toplumda, son safhada ise sivil toplumda kabul ile varlık kazanır. Hukuk sivil toplum bünyesinde anlaşılmadıkça meşruluğu ve geçerliliği belirlenemez. Hukuk bir bütün olarak (oluşum, anlaşılma, uygulama) sivil toplumun kabulünü gerektiren bir değerler sistemi olduğundan siyasal toplumun hukuk normunu biçimlendirdiği dil, sivil toplum tarafından da aynen paylaşılmalıdır.

Modern toplumların siyasi organizasyonları, sınırlı kimseler arasında, sınırlı bilgiyle kavranamayacak kadar kompleks bir yapıdadır. Böyle kompleks, gelişmiş bir toplumda belirliliğin taraflarca bilinen sözlü kültür yahut hafıza teknikleriyle karşılanması mümkün değildir. Bugün içinde bulunduğumuz kültürel safha olarak kabul edilebilecek elektronik kültür, temelde yazılı kültürün unsurlarını içermekle birlikte zamansal ve mekânsal algıları değiştirmesi ve dönüştürmesiyle birlikte özünde yazılı kültürün özelliklerini taşımakta fazladan yazılı kültürün sınırlılıklarını da aşmaktadır. Buna ek olarak elektronik kültür, dünya ve gerçeklik algısını da değiştirerek gerçeklikle insan arasına girmiş bulunmaktadır. Konumuz bu olmamakla birlikte elektronik kültürel devrimin yazılı olma şeklindeki belirlilik ilkesini, zaman ve mekândan bağımsızlaştırdığı, belirlilik ilkesini sağladığı ve kuvvetlendirdiği kabul edilebilir.

Geri kalmış ülkelerin temel sorunu, gelişmiş ülkelerden hukuk dâhil birçok şeyin acele olarak iktibas edilmesinin gerekmesidir. Bu anlayış ve çaba, başka ülkelerde de olmuş ve olmaktadır da. Japonya'da Alman Medeni Kanunu'nu birebir iktibas etmiştir. Aynı gereksinim ve uygulama ülkemiz için de cari olup, ülkemizin temel hukuk normları, bir hukuk inkılâbı neticesinde Batı hukuk normlarının benimsenmesi ile varlık bulmuştur (Bozkurt, 2010: 190 vd.).

Osmanlı hukuk sisteminin de bir esası olan Batı hukuk normlarının tercüme yoluyla ithal edilmesi anlayışı, (İstisnaen Mecelle ve Arazi Kanunnamesi gibi içsel dinamiklerle

oluşturulan düzenlemeler de bulunmakla birlikte) büyük oranda Cumhuriyet döneminde de devam etmiştir.

Hazır hukuk normlarını tercüme etme anlayışı, öngörülmeleyen bir gelişmeye yol açmış ve hukuk normu üretme-üretebilme formasyonunun tam olarak oluşmasını engelleyici bir rol oynamıştır. Bu konuda bir örnek olmak üzere Türk Sivil Havacılık Kanunu belirtilebilir. Güner-Özbek (2016), 1983 yılında çıkarılan bu yasa ile ilgili olarak; Türkiye'nin o tarihlerdeki kanun yapma politikasının belli oranda da olsa yabancı mevzuattan büyük ölçüde çeviri veya derlemeye dayandığını belirtmektedir. Güner-Özbek aynı hukuk politikası gereği, sivil havacılık mevzuatı bakımından da yabancı kaynaklara başvurmakta sakınca görülmediğini belirtmekte, Türk Hukuk sisteminde etkili bulunan İsviçre, Almanya ve Fransa'nın, Sivil Havacılık Kanunları'nın da göz önünde tutulduğunu ifade etmektedir.

Model ülkelerden hukuk normu ithali bir dönem zorunluluk olsa da son dönemde ortaya konulan ve yeni birer mevzuatmış gibi ifade edilen büyük hukuk normları de esasen önceki hukuk normlarının sadeleştirilmiş ve kaynak ülkelerdeki bir kısım değişikliklerin takibi neticesinde ortaya çıkan değişikliklerin tercüme yolu ile ithalinden başka bir şey değildir. Elbette ki yenilikler olmuştur ve olacaktır, fakat temel yapı ve iskelet aynıdır. Hukuk normu oluşturmak basit bir olay olmayıp, ayrıntılı ve uzun çalışmalar, analizler gerektirir. Bunun dışında tüm (sivil) toplumsal birimlerin katkısının sağlanabilmesi de hukukun meşruiyeti ve kalıcılığının sağlanması için zorunludur.

Türkçe hukuk normu üretmede bir başka sorun da Türk dilinde eski ve yeni kavramlarının olmasıdır. Dilde sadeleşme ile 20-30 sene önce kullanılan terim ve kavramlar çok hızlı değişmekte, yeni kuşaklar bir önceki kuşağın dilini eski bulabilmektedir. Aynı durum hukuki metinlere de yansımaktadır. Bütün dillerde eskime ve yenilenme yaşanabilir ve yaşanmalıdır da. Dil yaşayan bir sistemdir. Bununla beraber Batı dillerindeki yazılı metinlerde, Türkiye'deki kadar eski kavramının olmadığı, Batı dillerine ait 19. hatta 18. y.y. a ait eserlerin bugün bile okunabildiği ve anlaşılabilirliği görülmektedir. Bir örnek olarak Fuller (2016:102, 108), hukuk düzeniyle uyumlu yorum ilkelerine emsal olarak İngiltere Mahkemesi'nin 1584 yılında verdiği bir karara gönderme yapmakta ve 1677'de kabul edilmiş bir kanun metnini de kusurlu bir kanun metni olarak analiz etmektedir.

Türk yazılı kültüründeki eski ve yeni ayrımı, hukuki metinler için de geçerlidir. Türkçe açısından elli yıl bile çok eski bir dönemi ifade etmekte, elli yıl önceye ait hukuki metinlerdeki terimlerin ve kavramların anlaşılabilmesi bugün için dahi oldukça zor olabilmektedir. Bunun aşılması için hukuk dilinin, büyük oranda sivil toplumun kullandığı çağdaş dile uygun olmasına dikkat edilmesi gerekir. Özdemir'e göre (2014) Türk Hukukunda dilin sadeleştirilmesi ve hukuki metinlerin dil-toplum düzleminde anlaşılmasının ön plana geçmesi öncelikle anayasa metinleri üzerinden başlamıştır. Anayasanın toplum tarafından anlaşılabilirliği, kademeli olarak diğer hukuk normlarına da örnek oluşturmıştır. Hukuk, sivil toplumun yeniden üretilmesi için hayati öneme sahip bir dizge olduğundan, hukukun anlaşılabilirliği ve meşruiyetini etkileyen bu durum, hukuk dilinde değişikliği hassas bir konu haline getirmektedir.

Hukuk dilinin, toplumun diline uyarlanması gerekirken; Türkiye'de günümüzde bunun tam tersi bir akım görülmektedir. Bugünün yaşayan dilinde kullanılabilir terimlerle karşılığı olmasına rağmen birçok eskimiş hukuki terim halen kullanılmaktadır. Örnek olarak bugün (sivil) toplumda “müşteki” kelimesi yaygın olarak kullanılmamakta, fakat hukuk uygulamasında ısrarla “müşteki” kavramı kullanılmaktadır. Müşteki aslında şikayetçi anlamını taşıyan bir terim olup, şikayet kelimesinin kökeni de Arapça olmakla birlikte şikayet kelimesi bugünkü sivil toplumda yerleşmiş, kullanılan ve anlaşılan bir terimdir. Şikayetçi kelimesi de “çi” şeklinde Türkçe bir ek alarak Türkçeleşmiş ve artık Türkçe'ye mal olmuş bir terimdir. Öztürkçe bir karşılık olarak türetilmiş “yakınan” kelimesi de aynı anlamdadır. Bununla beraber müşteki kelimesi sanki değişmez ve karşılanmazmış gibi kullanılmaya devam edilmektedir. Bu konuda birçok terim olmakla birlikte, nasıl “müddeiumumi” terimi “savcı”, “kanun-u esasi”, “esas teşkilat” gibi terimler “anayasa” ile karşılanmış ve oturmuş ise hukuk dilinin güncellenmesi engellenmemeli, hukuk dili ile sivil toplumun dili arasındaki makasın açılmasına izin verilmemelidir.

3.3.1.2. Hukuk Normunun Belirsizliğine Yol Açan Haller

3.3.1.2.1. Hukuk Normunun Belirlenemezliği

Bazen hukuk normunu belirlemek, hukuk normuna erişebilmek mümkün olamamakta yahut çok zor olmaktadır. Özellikle hukuk normunu nihai olarak uygulamak durumunda

kalan yargı organları nezdinde dahi somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk normunun ne olduğunun belirlenebilmesi önemli bir sorun olabilmektedir.

Hukuk normları sadece kanunlardan ibaret olmayıp uluslararası sözleşmeler de kanun hükmündedir. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." (1982 Anayasası m.90). Görüldüğü gibi TBMM tarafından bir kanunla onaylanan uluslararası sözleşmeler, kanunun dahi üstünde sayılabilecek bir derecede hukuk normudur.

Hukuk normları en azından yasa düzeyinde Resmi Gazete'de yayınlandığında hukuk normu niteliği kazanmaktadır. Bu durumda yasa düzeyinde hukuk normlarına ulaşmak için Resmi Gazetelerin takip edilmesi gerekmektedir. Bu durum, kamu kurumları için bile oldukça zor olan bir hususken, normal bireylerin hukuk normlarını nasıl belirleyecekleri ayrı bir sorundur. İnternet ortamında güncellenmiş hukuk normlarına ulaşmak görece daha kolay olmakla birlikte yönetmelik gibi yasa düzeyinin altında hukuk normlarına ulaşmak her zaman kolay olamayabilmektedir.

Hukuk normlarının asıl amacı toplumda var olan sosyal, ekonomik bir ilişkiyi, kurumu düzenlemek, çıkacak ihtilafları rasyonel bir şekilde azaltmak ve çözmek olduğuna göre; bu hukuk normlarının, öncelikle o sosyoekonomik-kültürel kurum ve ilişkinin aktörlerince bilinmesi gerekmektedir. Hukuk normlarının, hedefinde yer alan sosyoekonomik kurum ve ilişkinin aktörleri tarafından kolaylıkla belirlenememesi halinde hukuk normu, hedeflediği alanı düzenleme ve sorunların çözümüne dayanak oluşturmanın ötesinde yeni uyuşmazlıklara zemin hazırlayabilmektedir. Hukuk normlarının belirsiz yahut belirlenemez yahut belirlenmesinin çok zor olduğu durumlarda, toplumsal ilişkiler neredeyse hukuktan bağımsız bir şekilde (geleneksel yöntemlerle) işlemekte, ihtilaf çıktığında ise bu kez yargı organları hukuk normlarını belirleyebilmek dâhil, ihtilafı çözmek için çok uzun zaman harcamak zorunda kalmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, hukuk normları sadece yasalardan ibaret değildir. Cumhurbaşkanlığının kararname ve kararları, yönetmelikler, kamusal birimlerin, yasa, tüzük ve yönetmeliklerin uygulanmasında yol göstermek, herhangi bir konuyu aydınlatmak, bir duruma dikkat çekmek gibi amaçlarla ilgili yerlere ve ilgililere

gönderdikleri genelgeler, üst makamlardan ya da örgütlerden alt makamlara ya da örgütler için çıkardıkları yönergeler de aslında bir hukuk normudur. Daha çok operasyonel (uygulama) düzeyinde yer alan bu tarz hukuk normları, kamu kurumlarının uygulamalarının dayanaklarını oluşturmaktadır. Kamu yönetimini oluşturan kurumlar, uygulamalarını daha çok bu genelge ve yönergeler doğrultusunda gerçekleştirmektedir. Somut olarak yasa, tüzük ve yönetmeliği uygulama durumunda olan kamu kurumlarının, bu genelge ve yönergeleri bildikleri kabul edilebilirse bu kamu kurumunun işlem ve eylemleriyle muhatap olan sivil toplum unsurlarının ve bireylerin bu genelge ve yönergelere nerede ve nasıl ulaşacakları belli değildir. Bu anlamda uygulama düzeyindeki alt hukuk normlarının (erişim ve yürürlükte olup olmadığı hususları dâhil) belirliliği özellikle sivil toplum ve bireyler açısından önemli bir sorun alanıdır. Asıl muhatapları olan bireyler açısından belirlenemez nitelikte olan hukuk normlarının, hukuki güvenlik ve belirlilik sağlama işlevinin bulunmadığı, sivil toplum ve bireyleri bürokrasiye bağımlı hale getirdiği kabul edilmelidir.

Fuller (2016: 66-67), hukukun genel olarak bilinebilirliği için ilan edilmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Yazara göre yüz kişiden bir tanesi bile kendisine uygulanabilecek kanunlardan birini öğrenme zahmetine giriyorsa ki bu durum çoğu zaman dolaylı olarak diğerlerinin eylemlerini de etkileyeceğinden; kanunların genel olarak erişilebilir olması zorunludur. Fuller, fazladan karar verici kurumların uyuşmazlıkları uyguladıkları kuralların ilan edilmesi gereğini kabul ettiklerini, fakat kurum içi usulleri düzenleyen kural ve pratiklerin bu gereksinime dâhil olmadıkları görüşünde olduklarını, oysa davaların sonuçlarının öngörülebilmesi için şekli kuralların bilinmesinin yeterli olmadığını, karar ve danışma süreçlerine dair iç kuralların da bilinmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerçekten hukuk normlarının önemli bir kısmı kamu kurumlarının, yargı organlarının iç işleyişine dönük olup, teamül niteliğindeki birçok uygulama-kural ise yazılı bile değildir. Kamu kurumlarının ve yargı organlarının hukuk normlarını nasıl anlayıp uyguladıklarının belli edilebilmesi ve bunlara erişilebilmesi için yargı kararlarının tamamının ve kamu kurumlarının uygulamalarına dayanak yapılan iç düzenleyici işlemlerin, sivil toplum ve bireyler için külfetsiz erişime açık olacak şekilde ilan edilmesi gerekmektedir.

Kanunların neyi emrettiği ve yasakladığı açık değilse, yurttaşlar ne şekilde davranacaklarını bilemez. Meşru beklentiler için bir temel sağlamadığı sürece açık

olmayan kurallar sosyal davranışı düzenlemeye hizmet etmezler ve o nedenle bunlar bir sistemi oluşturmazlar (Rawls, 2017: 267).

3.3.1.2.2. Sık Değişen Hukuk Normları

Pozitif hukuk, verili bir toplumsal yapıyı düzenlemeyi, o toplumun kendini yeniden üretmesini sağlamayı amaçladığından tabiatı gereği statik bir yapıdadır. Hukuk, düzenlendiği tarihten sonra uygulanacağından bu özelliğiyle toplumu takip eder ve onun gerisindedir. Hukuktaki değişim, toplumsal gelişim ve değişimin gerisindedir. Burada statik bir normatif yapının, dinamik bir toplumsal sürecin kendisini yeniden üretmesini sağlayabilmesi esasında bir paradokstur. Bununla birlikte hukuk işlevlerini tam olarak da bu özelliğiyle yani sabitliği-statikliğiyle sağlamaktadır. Hukukun sivil toplum ve bireyler (aynı zamanda siyasal toplum) açısından belirli ve öngörülebilir olma özelliği (en azından belli bir zaman kesitinde), statik-sabit olması ile sağlanabilmektedir. Hukukun çok hızlı değiştiği durumlarda kimse davranışını neye göre düzenleyeceğini bilemez. Oysa değişim ve gelişim, hayatta kalmanın tek anahtarıdır. Onun için hukukun, değişimi önlemeyecek tarzda sabitlik içermesi, bu şekilde kodifiye edilmesi gerekmektedir.

Hukukun düzeni sağlama işlevi, güvenilir olmasını gerektirmektedir. Hukukun güvenilir olması, yürürlükte olması, kesin ve açık kavramlara dayanması, şekilciliği ve sürekli olması ile sağlanır. Düzeni sağlayabilmesi için hukuk, sürekli ve değişmez olmalıdır, zira hukuk ancak sürekli olduğu zaman önceden kestirilebilir ve kendisine güvenilebilir (Aral, 2012 b: 20-24).

Yazılı olan bir hukuk normunu belirlemek kolay olabilirse de modern bir toplum yapısında normların çokluğu ve yazılı hukuk normlarındaki çok sık değişiklik yapılması durumunda temel hukuk normu yahut normların geçerli son halini belirlemek her zaman mümkün olamayabilmektedir.

Günümüzde teknolojik gelişmeler (hukuk normlarındaki değişiklikler elektronik ve internet ortamında anında işlenmesi halinde) bu zorluğu büyük oranda gidermekle birlikte, basılı materyal şeklindeki hukuk normları üzerinde bu değişiklikleri takip edip yerine işlemek, çok sık değişiklik yapılması durumunda kolay değildir.

Çok sık değişen hukuk normları, hukuk normunun dışsal anlamda ne olduğunu belirlenmesini zorlaştıran bir husustur. Hukuk normları bazen tamamen değişmemekte, kısmi değişiklikler yapılmaktadır.

Fuller, geriye etkili yasamanın doğurduğu zararlar ile çok sık değişikliklerin yarattığı sorunların birbirine benzer olduğunu belirterek her ikisini de “yasama tutarsızlığı” olarak nitelendirmektedir (2016: 99).

Aşırı ve ayrıntılı hukuk normu ihdası aslında mevzuat karmaşası yaparak kaotik bir belirsizliğe yol açmaktadır. Hukuk normu ancak somut, kısa ve sade olduğunda belirlilik ilkesini sağlayabilir. Hukuk normları içinde sayfalarca süren maddeler içeren yasalar bulunmaktadır. Bu kadar fazla ve ayrıntılı ifadeler yerine göre gerekli görülebilirse de bu durumun başka yönden hukuki belirliliği de ortadan kaldırdığı-zorlaştırdığı ortadadır.

Hukuk normları kamusal (nihayetinde toplumsal) bir ihtiyaca yönelik olarak yapılmak durumundadır. Hukuk normunun değiştirilmesi de ancak hukuk normunun toplumsal ihtiyaçları, beklentileri karşılayamaması yahut meşruiyetini kaybetmiş olması halinde gerekli olabilir.

Hukuki güvenlik, hukuk normlarının çok sık değişmemesini gerektirmektedir, zira hukuk normlarının çok sık değişimi, hukuki istikrar ve belirliliğin yok edilmesine yol açmaktadır. Hukuk normlarındaki sık sık değişiklik yapmak, belirlilik ilkesinin sağlamak istediği güvenliğin tam zıddını sağlamakta, hukuki kaosa yol açmaktadır.

Sartori (2017:397), hukuk düzeninde kuralların seslendiği kişilere yaşamlarını planlamaya imkân verecek ölçüde sürekli olması gerektiğini ifade etmektedir.

Türk Hukukunda sık değişen hukuk normlarına kanun düzeyinde örnek olarak 22/01/2002 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu belirtilebilir. Bu kanunda yapılan değişikliklerin listesi kanunun sonunda tablo şeklinde verilmiştir. 4734 sayılı Kanunda belirtilen eşik değerler ve parasal limitlerin uygulanması ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu Tarafından çıkarılan Kamu İhale Tebliğlerine İlişkin ayrı bir tablo bulunmaktadır. Kanunun sadece bir tek maddesinde

yapılan değişiklikler incelendiğinde, hukuk normunun çok sık değiştirilmesinin, belirlilik ilkesini ne kadar zedelediği ortaya çıkmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun İstisnalar başlıklı 3. maddesinde yapılan değişiklikler o kadar fazladır ki bilgisayar ve internet teknolojisinin sağladığı imkânlar olmasa bu kanundaki değişiklikleri takip etmek oldukça zor olacaktır. Hukuk normunda değişiklik yapılması bir gereksinim sonucu olsa da sık değişiklik, hukuk normunun bir anlamda dejenere edilmesidir. Dejenere edilmiş bir hukuk normu da belirlilik vasfını kaybettiği, topluma bir güvenlik ve belirlilik sunmadığı-sunamayacağı için ancak şekli anlamda bir hukuk normu sayılabilir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 3. maddesindeki değişiklikler kronolojik olarak aynen şöyledir (4734 S.Kanun, 2002):

Değişiklik 30/7/2003-4964/2 md.

Ek İbareler: 27/4/2004- 5148/2 md.

Ek: 14/7/2004-5226/21 md.

Ek: 3/3/2005-5312/25 md.

Ek: 22/2/2007-5583/9 md.

Ek: 27/12/2007-5726/24 md.

Ek: 20/2/2008-5737/79 md.

Ek: 9/7/2008-5784/28 md.

Ek: 20/11/2008-5812/1 md.

Ek: 25/6/2009-5917/31 md.

Değişiklik: 3/6/2011-KHK-638/31 md.

Ek: 13/2/2011-6111/177 md.

Ek: 4/7/2012-6353/27 md.

Ek: 31/3/2012-6288/5 md.

Değişiklik: 24/4/2013-6461/10 md.

Değişiklik: 13/7/2013-6496/38 md.

Ek: 6/2/2014-6518/45 md.

Değişiklik : 4/6/2016-6719/11 md.

Değişiklik: 18/6/2017-7033/73 md.

Ek: 1/11/2017-7060/13 md.

Ek: 02/07/2018-KHK -702/10 md.

Ek: 02/07/2018-KHK- 703/171 md.

Ek: 17/01/2019-7161/29 md.

Ek: 05/12/2019-7194/44 md.

Görüldüğü gibi 2002 yılında yasa (hukuk normu) niteliği kazanan bir düzenleme, 2019'a kadar 17 yıl içinde tam 24 kez değiştirilmiş olmaktadır. Hukukun genel amacı, topluma belirlilik ve güvenlik sağlayarak, toplumun ve özelde kamu organları ile bireylerin geleceği öngörmelerini sağlamak iken sık değiştirilen hukuk normları, hukukun bu temel işlevini yok etmekte, ekonomik işlevlerin yerine getirileceği platform olan piyasayı oluşturan aktörlerin ekonomik nitelikli kararlar almasının dayanağını ortadan kaldırmaktadır. Hukuk normlarının sık değişmesi sonucu, birbiriyle bağlantılı tüm toplumsal işlevler de olumsuz etkilenmektedir. Hukuk normu, belirlilik işlevini yerine getiremezse, hukukun şemsiyesi altında sağlıklı bir toplumsal yapı ile sağlıklı işleyen bir piyasa da oluşamaz. Hukukun belirlilik işlevinin bulunmadığı bir toplum, ancak kısa süreli ilişki ve etkileşimle ayakta durmaya çalışan bir topluluktur.

Hukuk normlarındaki değişikliklerinin önüne geçilebilmesi için hukuk normu ihdas edilirken, acele edilmemeli, düzenleme alanına giren sosyoekonomik, kültürel kurum ve ilişkiler ayrıntılı analiz edildikten sonra hukuk normunun etkinliği çerçevesinde tam ve rasyonel bir düzenlemesi yapılmalıdır.

İdeal tip hukuk normundan uzak hukuk normları, bu ideale ulaşma sürecinde sürekli değişim baskısı altında kaldığından bu durum, bir döngüyle kendi kendini yeniden üretmektedir.

3.3.1.2.3. Torba Yasalar (Hukuk Normları)

Uygulamada torba yasalar olarak adlandırılan ve birden fazla kanun ya da kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapan ve kanunlara ekler getiren yasalar, belirlilik ilkesini zedeleyen bir uygulamadır. Bu şekilde çıkarılan yasalarda hukuk normunun oluşum sürecinde olması gereken müzakere süreci anlamını yitirdiği gibi, bu şekilde değişiklik yapılan hukuk normlarını takip edip değişiklikleri işlemek bugünün teknolojisi ile bile zor bir husustur. Pratik gerekçelerle torba yasalar şeklinde toplucu

ıkarıldığı ifade edilen norm değişiklikleri aslında hukuk normunun belirlilik vasfını zedelemektedir.

“Parlamento geleneğinde gelişen; ‘Bazı Kanunların Değiştirilmesi Hakkında Kanun’ adı taşıyan ve çok sayıda yasanın farklı hükümlerini insicamsız şekilde değiştiren yasa çıkarma tekniğinde yer alan yasaların içinden çıkmak neredeyse imkansızdır. Bu (torba) yasaların en önemli işlevinin hukuk güvenliğine aykırı belirsizlikler ürettiğini söylemek abartılı olmayacaktır.” (Özcan, 2017:337).

Bir örnek olmak üzere 10/09/2014 tarihinde kabul edilmiş ve 11/09/2014 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmış bulunan 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklik yapılan kanunların bir listesinin verilmesi işin boyutunu göstermesi açısından yeterli olacaktır.

Yasa yapmanın bir sanat olmakla birlikte belli ilkeleri olduğunu ifade eden ve torba yasa uygulamasını, yasa yapma sanatının ölümü olarak niteleyen Atilla Sav, 6552 sayılı yasa da yapılan değişiklikleri bir tablo halinde vermiştir (2014: 597-606). Sav, yasa yapmayı bir sanat olarak kabul etmekle birlikte kastettiğı, sanatsal güzellikte bir yasa yapmaktır. Gerçekte yasa yapmak sanat değil, herkes tarafından aynı şekilde anlaşılabacak şekilde nesnel ve standart bilimsel bir etkinlik olmalıdır.

Kanun ile değişiklik yapılan kanunlar şunlardır (6552 S.Kanun, 2014):

- 4857 sayılı İş Kanunu (sekiz madde)
- 3213 sayılı Maden Kanunu (bir madde)
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (dört madde)
- 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (bir madde)
- 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (bir madde)
- 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğı Kanunu (dört madde)
- 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (üç madde)
- 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hak. K. (bir madde)
- 492 sayılı Harçlar Kanunu (bir madde)
- 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu (iki madde)
- 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (iki madde)

- 3201 sayılı Yurt Dışında bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun (üç madde.)
- 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu (dokuz madde)
- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (yirmi dört madde)
- 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (bir madde)
- 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Kuruluş Kanunu (bir madde)
- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (dört madde)
- 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (üç madde)
- 2547 sayılı YÖK Yasası (bir madde)
- 3568 sayılı Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Kanunu (bir madde)
- 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanunu (bir madde)
- 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu (bir madde)
- 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (bir madde)
- 5510 sayılı kanuna bir madde eklenmesi (yirmi bent)
- 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Kişilere Yardım Kanunu (bir madde)
- 406 sayılı Telgraf-Telefon Kanunu (bir madde)
- 2644 sayılı Tapu Kanunu (bir madde)
- 5682 sayılı Pasaport Kanunu (iki madde)
- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (bir madde)
- 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünce Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun (bir madde)
- 6245 sayılı Harcırah Kanunu (bir madde)
- 6831 Orman Kanunu (bir madde)
- 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun(bir madde)
- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (bir madde)
- 633 sayılı Diyanet İşleri Kanunu (bir madde)
- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (bir madde)
- 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu (bir madde)
- 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (iki madde)
- 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (bir madde)

- 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu (üç madde)
- 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında KHK'nın Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun (iki madde)
- 3093 sayılı TRT Kanunu (iki madde)
- 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu (bir madde)
- 3568 sayılı Serbest Mali Müşavir-Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu (bir madde)
- 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Kanunu (iki madde)
- 4207 sayılı Tütün ve Tütün Ürünlerinin Zararlarını Önleme Kanunu (bir madde)
- 4342 sayılı Mer'a Kanunu (bir madde)
- 4458 sayılı Gümrük Kanunu (bir madde)
- 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu (bir madde)
- 4749 sayılı Kamu Finansmanı Kanunu (bir madde)
- 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu (bir madde)
- 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu (bir madde)
- 5335 sayılı Kanun (torba kanun) (bir madde)
- 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (bir madde)
- 5393 sayılı Belediye Kanunu (dört madde)
- 5449 sayılı Kalkınma Ajansı Kanunu (bir madde)
- 5543 sayılı İskân Kanunu (bir madde)
- 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınlar Hakkında Kanun (iki madde)
- 5747 sayılı Büyükşehir Kurulması Hakkında Kanun (iki madde)
- 5910 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi Kanunu (bir madde)
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (dört madde)
- 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (iki madde)
- 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanun (bir madde)
- 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (bir madde)
- 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu (bir madde)
- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu (bir madde)
- 233 sayılı Kamu İktisadi Teşekkülleri Hakkında KHK (bir madde)

- 637 sayılı Ekonomi Bakanlığı Hakkında KHK (bir madde)
- 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Hakkında KHK (bir madde)
- Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca ve başkaca kuruluşlarca kesilmiş para cezalarının affı ve tahsili hakkında düzenleme (bir madde, on iki bent)
- On bir çeşitli kanunun bazı maddeleri ile fıkralarının kaldırılmasına ilişkin düzenleme (bir madde)
- Üç geçici madde (Bu maddelerden biri elli dört satır, dört bent; altı sayfa)
- Kanunun bir kısım maddeleri, çeşitli para cezalarının tahsili veya affı gibi konuları içeren düzenlemeler olup belli bir şekilde adlandıramamıştır.
- Yürürlük maddesi ile sekiz bent olarak değiştirilen yasa hükümlerinin yürürlüğe girişleri düzenlenmiş, fakat düzenlemenin altı sayfa olduğunun belirtilmesi yerinde olmuştur.

Görüldüğü gibi, bir kanun ile sayılması bile zor olacak kadar fazla kanunda değişiklik yapılmasının geldiği noktada olay artık kanun yapma sanatı değil, hukuk normunun belirlilik ilkesinin ortadan kalkmasıdır. Belirlilik vasfı kalmayan hukuk normu da keyfiliği doğurarak, hukuk devleti ve güvenliği ilkesinin sonunu hazırlamaktadır (A.g.e.: 605). Sav, yasama erkinin çalışmasındaki yöntemsizlik ve dikkatsizliğin, kamu yönetimini olduğu kadar belki de daha çok yargı erkini de etkilediğini haklı olarak belirtmektedir. Gerçekten de bu kadar fazla kanunu değiştiren torba yasalarda hangi yasaların değiştiğini tespit ederek buna göre yasanın son halini belirlemek yerine göre mümkün olamamaktadır.

Özalp, yasaların niteliksel olarak kamu yararını gözeterek objektif ve genel olması gerektiğini, bunlara ek olarak öngörülebilir, ulaşılabilir ve etkili olma özellikleri taşıması gerektiğini, artan sayıları nedeniyle yasaların öngörülebilirliği, ulaşılabilirliği ve anlaşılabilirliğinin de imkânsız hale geldiğini belirtmektedir. Yasaların toplum çıkarları ve toplumdaki genel eğilimler dikkate alınmadan ve katılıma da imkân verilmeden hazırlandıklarını belirten Özalp, böylelikle yasaların uygulanabilirliklerinin azaldığını, tek bir yasayla birden fazla yasa maddesinde değişiklik yapan ve torba kanun olarak adlandırılan yasaların anlaşılabilirlik, ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve etkililikten de tamamen uzak olduklarını ifade etmektedir (2006: 292). Yazarın torba kanun yöntemiyle oluşturulan yasal değişiklikler kadar, artan sayıları nedeniyle öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği imkânsız olan yasalar ifadesiyle kastettiği husus, yasa

düzeyinde hukuk normlarının niceliksel olarak çoğalması durumudur. Hukuk normlarının hem tek bir norm adı altında topluca düzenlenmesi-değiştirilmesi hem de sayısının takip edilemeyecek boyutlara ulaşması, normun belirlilik özelliklerini kaybetmesi anlamındadır.

Bu konuda İba (2011) da, yasama sürecini hızlandırmak için başvurulmuş torba kanun çıkarma yolunun çok ciddi sakıncalar taşıdığını, bunun sadece yasama süreci açısından değil, yasalaşma sonrası uygulama sürecinde de sorunlar doğurduğunu belirtmektedir. Bunun dışında torba kanun çıkarma yolunun, muhalefet ve sivil toplum kuruluşlarının yasa yapım süreçlerine etkili biçimde katılımını önlediğini belirten İba, birbiriyle ilgisi olmasa dahi her türlü konuyu kapsayabilen torba kanunların, yürürlükteki mevzuata olan etkilerinin iktidar partisi milletvekilleri tarafından dahi sağlıklı değerlendirilemediğini öne sürmektedir. Bunlara ek olarak yazar, torba kanunların hızla yasalaştırılması yüzünden ortaya çıkan yasama hatalarının düzeltilmesi için değişen kanun veya kanunlarda çok geçmeden yeniden değişiklik yapılması gerektiğini de ifade etmektedir.

Torba yasa anlayışı çerçevesinde yapılan toplu yasama faaliyetleri, her ne kadar yasama sürecini hızlandırırsa da hukukun (hukuk normunun) belirlilik ilkesini zedelediğinden-zorlaştırdığından çok zorunlu olmadıkça uygulanmamalı, uygulanması gerektiğinde de sınırlı ve istisnai olarak uygulanmalıdır.

3.3.1.2.4. Norm Enflasyonu

Hukuk normunun yokluğu yahut ulaşılamaması belirsizliğe yol açarken şaşırtıcı bir biçimde hukuk normunun fazlalığı da hukuk normunun belirlilik ilkesini yok edebilmektedir. Hukuk normunun fazlalığı, aslında devletin iyi işlemediğini gösterir.

Devlet tüm asli işlevlerini, hukuk normlarıyla yerine getirmek durumundadır. Hukuk normları, devletin konuşma şekli, iş yapabilmek için gerekli eli, ayağıdır. Devletin artan işlevleri yönetme işlevini dolayısıyla bağlantılı yargısal işlevleri ve bunlara yol gösteren, düzenleyen yasama işlevinin de artmasını gerektirmekle birlikte, makul bir seviyenin üstüne çıkan hukuk normu sayısı, hukuk normlarının işlevlerini yerine

getiremediğini gösterdiği gibi oluşan hukuk enflasyonu da hukuki belirliliği zorlayan zedeleyen bir husustur.

Sartori'ye göre, hukukun yasama organınca yaratılması, birçok sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Yasa koyucuların yönetimi, yasa enflasyonu ile sonuçlanmakta, bu durum (gelecek kuşakların bu kadar yasayla nasıl başa çıkacakları ayrı bir sorun olmakla) yasanın değerini ve niteliğini düşürmektedir.

Normatif boyutta hukuka ilişkin kuramsal bilgi yoksunluğu, hukuk sorununu sürekli yasa çıkarmayla özdeş gören bir boyuta indirgemiş, bunun neticesinde ise kısır bir döngü ile hiçbir sorun çözülemediği gibi, sorunlar da birbiri üzerine eklenerek katlanmıştır. Mehmet Tevfik Özcan, Jeremy Bentham'ın Yasamanın İlkeleri diye çevrilen eserine yazdığı önsözde, yasama konusunda kuramsal bilgi yoksunluğunun hukukun kendisini yok etme noktasına ulaştığını öne sürmüştür (Bentham, 2017). Yasama olarak adlandırılan etkinlik esasında hukuk normu ihdas etmektir. Böylelikle hukukun ne olduğu bilinmeden hukuk adı altında özensiz kural çıkarma etkinliğinin hukuk olmadığı, bu konuda yetkin bir hukukçu tarafından dile getirilmiş olmaktadır.

Toplumları birbirinden ayıran kültürel özelliklerden yola çıkarak, kültürel farklılıkların yönetime yansması üzerine çalışmalar yapan ve ortaya koyduğu kültür boyutları ölçeği tüm dünyada kabul gören Hofstede (2010: 6 vd.), kültürü insan doğasının üzerine toplumsallaşma ile edinilen ve bir toplumun üyelerini diğer toplumlardan-üyelerinden ayıran, kolektif bir kültürel programlama olarak tanımlamıştır. Hofstede 1980 yılında yayınladığı Culture's Consequences adlı eserinde kültürel farklılıkları 4 boyutta sınıflandırmış, daha sonra eserinin ikinci baskısında ise kültürel boyutları beş boyuta çıkartmış, en sonunda altı olarak kabul edilen kültürel boyutlar nihai şeklini almıştır.

Hofstede'nin kültürel farklılıkları açıklamada belirlediği kültürel boyutlar şunlardır: Güç Mesafesi (Power Distance), Belirsizlikten Kaçınma (Uncertainty Avoidance), Bireyselliğe karşı Kolektivizm (Individualism versus Collectivism), Erkeksiliğe karşı Kadınsılık- Dişillik (Masculinity versus Femininity), Uzun Vadeliliğe karşı Kısa Vadeli Yönelim (Long-Term versus Short Term Orientation). (Hofstede, 2001: 85-86). Hofstede bu eserinden sonra yaptığı çalışmalarda Indulgence versus Restraint olarak ifade edilen Kısıtlamaya karşı Hoşgörü olarak çevrilebilecek tanımlamasıyla kültürel

boyutları altıya çıkartmıştır (Hofstede, G; Hofstede, G. J; Minkov; 2010: 280-298; Hofstede, 2011: 15-20).

Hofstede'nin Güç Mesafesi başlığı altında belirlediği kültürel özellik, gücün toplum içinde dağılımının nasıl kabullenildiğine dair bir özellik olup, güç mesafesinin yüksek olduğu toplumlarda, hiyerarşik eşitsizliklerin, üst pozisyonların daha fazla güce sahip olmalarının kabullenilmesiyle karakterize edilmektedir. Belirsizlikten Kaçınma başlığı altındaki kültürel özellik ise belirsizliğin nasıl karşılandığı esas alınarak yapılan bir tanımlamadır. Bu başlık altında belirsizlikten kaçınmanın yüksek olduğu toplumlar, belirsizliğe karşı hoşgörüsüzlük, belirsizliği sınırlama adına birçok kurala ihtiyaç duymayla kategorize edilmiştir. Bireycilik ve Kolektivizm tanımlaması da toplumda bireyciliğin mi toplulukçuluğun mu önemli görüldüğüne ilişkindir. Bu başlıkta kolektivist toplumların, grup çıkarlarını bireysel menfaatlere öncelediği belirlenmiştir. Erillik ve dişillik tanımlaması da mal varlığı, para gibi değerlerin mi yoksa yaşam kalitesi, güçlü sosyal bağların mı önemli olduğuna yönelik olup, eril toplumlarda mal varlığı, para ve kişisel amaçlara önem verildiği belirlenmiştir. Uzun dönemlilik-kısa dönemlilik ayrımında ise iş, yaşam ve ilişkilere bakış açısı yönünden zaman yönetimine ilişkin özellikler yer almaktadır. Uzun dönemli yönelime sahip toplumların, geleceğe yönelik projeksiyon sahibi olmalarına karşın, kısa dönemli toplumların ise geçmiş ve şimdiki zaman üzerinde yoğunlaştıkları tespit edilmiştir. Kısıtlamaya karşı Hoşgörülülük boyutunda ise hayattan tatmin olma, zevk almayla ilgili insani duyguların ne derece kontrol altına alınmasının, ne dereceye kadar hoşgörü ile karşılanmasının kabullenildiği esas alınmıştır. Toplumda kısıtlayıcı boyut zayıfsa toplumun hoşgörülü, yüksekse kısıtlayıcı-ölçülü olduğu kabul edilmiştir. (Hofstede vd., 2010: 68-298, Hofstede, 2011: 15-20).

Hofstede'nin çalışmalarında kültürel özelliklerin, toplumsal ve siyasal boyutta (ailede, okulda, işte, devlette v.s) nasıl tezahür ettikleri ayrıntılı açıklandığı gibi, hangi ülkelerde (hangi toplumlarda) bu özelliklerin baskın olduğu da belirlenmiştir. Türkiye'nin 6 boyutlu kültürel boyutlar açısından aldığı skorlar: güç mesafesinde 66, bireycilikte 37, erillikte 45, belirsizlikten kaçınmada 85, uzun erimli yönelimde 46, müsamahakarlıkta 49 dur. Bu skorlarla Türkiye, güç mesafesinin, belirsizlikten kaçınmanın ve kolektivizmin yüksek (bireyciliğin düşük) olduğu, dişi özellikler baskın, diğer boyutlar

açısından ortada belirsiz bir konumda olduğu bir ülke olarak belirlenmiştir (Hofstede Insights, 2021).

Konumuz açısından önemli olan husus, belirsizlikten kaçınma boyutu yüksek toplumların-bu toplumsal yapıya mensup bireylerin, daha fazla ve ayrıntılı norm-kural talep ettikleri gerçeğidir. Yani belirsizlikten kaçınmanın baskın olduğu kültürlerde insanlar daha fazla norm ve kural talep etmekte, düzenleme ve kural olduğu takdirde kendilerini güvende hissetmektedirler. Türkiye, belirsizlikten kaçınma yönünden yapılan ülke sınıflandırmasında aldığı puanla yüksek düzeyde belirsizlikten kaçınma davranışı gösteren toplumlar kategorisindedir. Aslında belirsizlikten korkmak-kaçınmak, insanın kendine güvensizliğinin de belirtisidir. Zaten Türkiye bireycilik-kolektivizm ayrımında da bireyciliğin gelişmediği bir kategoridedir. Belirsizlikle nasıl baş edeceğini bilememekten kaynaklanan bu korku, kişinin kendi kendine belirsizliklerle baş edebilecek donanımına sahip olmadığının (bireyselliğin gelişmediğinin) de bir göstergesidir. İnsanlık bugünkü gelişmişlik seviyesine, belirsizlikleri aşma yönünde çaba gösteren olağanüstü bireylerle ulaşmıştır.

Bununla bağlantılı olarak “İhtiyaçlar Hiyerarşisi” kavramını ortaya atan ve en üst düzey ihtiyacın, “Kendini Gerçekleştirme İhtiyacı” olduğunu belirten Maslow (2001:148-149), kendini gerçekleştiren insanların, bilinmeyenden, gizemden ve karmaşadan daha az korktuklarını, böyle durumların, bu tür insanlara daha çekici geldiğini belirtmiştir. Kendini gerçekleştiren insanların, bireyselliklerinin de geliştiği ortadadır. Yenilik, değişiklik ve belirsizlik, kendini gerçekleştirme seviyesine ulaşamamış insanlar için sancılı ve sıkıntılı bir süreçken, kendini gerçekleştiren insanlar için bir yenilik, fırsat ve uyaran anlamına gelmektedir. Maslow, daha çok yaratıcılık düzeyinde psikolojik bir değerlendirme yapmışsa da yaptığı tespitler, belirsizlikle karşılaşmaktan çekinmeyen bireylerin ve çoğunluğu bu bireylerden oluşan toplumların, belirsizliğe karşı neden daha hoşgörülü olduklarını da açıklamaktadır.

Kendini gerçekleştiren insanların belirsizlikten korkmayıp, bunu bir fırsat olarak gördükleri yönündeki Maslow’un tespiti, belirsizliği aşmaya dönük çabaların, buluşların, keşiflerin ve yeniliklerin, sanayi devriminin, günümüzde yürütülen uzayın keşfi ile Mars gezegenine yerleşme çabaların öncülüğünün neden Batı toplumlarında olduğunu da gayet yerinde açıklayabilmektedir. Hukuk ve siyaset dışındaki bu konulara

değnilmesinin nedeni, toplumları birbirinden ayıran kültürel özelliklerin bir bütün ve birbiriyle bağlantılı olduğudur. Bir toplumun belirsizlikten kaçınma düzeyinin düşük olması, o toplumu ve bireylerini başkasından ya da otoritelerden bir şey beklemeden belirsizliği çözme yönünde gayret göstermeye teşvik ederek yeniliklerin, buluşların, keşiflerin kapısını aralarken, aynı özellik hukuk ve devlet alanında da sivil toplumun devleti belirlediği bir siyasal sistemin oluşmasına, hukukun daha çok bir kültürel seviye olarak tüm toplum tarafından paylaşılan, toplum ve birey yararına yorumlanan ve anlaşılan rasyonel bir dizgeye dönüşmesine yol açmaktadır.

Belirsizlikten kaçınmanın yüksek olduğu toplumsal kültürde yer alan bireylerin bireysellikleri de gelişmediği için, bu nitelikteki fertler yenilik ve değişiklikten kaçınmakta, sabit verili düzenin devamını arzulamakta, bir düzenleme olmadığı takdirde kendilerini güvensiz hissetmektedir. Bu kültürel özelliğin devlet ve hukuk sistemine yansması da; devlete tâbi olma, her sorunu devletin çözmesini bekleme ve devletten sürekli norm-düzenleme talep etme şeklinde olmaktadır. Bu bağlamda devletin işleyişine dair bir kısım yazılı yasal düzenlemeleri olsa da genel olarak tam bir yazılı anayasası olmayan İngiltere’de anayasal sistemin nasıl olup işleyebildiği de böylelikle anlaşılabilir.

Belirsizlikten kaçınma kültürünün siyasal topluma yansması da benzer şekilde gerçekleşmekte olup, siyasal toplum da belirsizlikten kaçınma uğruna ve topluma da güvenmediğinden sürekli ve ayrıntılı normatif etkinliklerle toplumu ve bireyleri dizayn etmeye çalışmakta, bu durum da (sivil toplum özellikleri gelişmemiş) toplumun beklentisini karşılamaktadır.

Türkiye, belirsizlikten kaçınmanın yüksek olduğu bir toplum olarak, belirsizlikleri karşılama-belirsizlikle yüzleşme potansiyelleri gelişmemiş ya da bu özellikleri sınırlı bireylerden oluşması nedeniyle, belirsizliğin nasıl aşılabacağına ilişkin donanımsal eksikliklerin de etkisiyle bireylerin, (daha doğrusu kimsenin) birbirlerine güvenemediği bir toplumsal kültürü yeniden üretmektedir. Türkiye’de belirsizliğe karşı hoşgörüsüzlük ve güvensizlik kültürü, güvenilebilecek tek aygıt olarak görülen baba konumundaki siyasal toplum-devletten sürekli norm talebiyle döngüsel bir şekilde yeniden ve yeniden üretilmektedir. Toplumumuzun diğer kültürel özellikleri olan bireyciliğin düşük olması, güç mesafesinin yüksek olmasıyla belirginleşen hiyerarşik eşitsizliğin kabullenilmesi ve

sorgulanmaması, belirsizliğe karşı güvensizlik ve hoşgörüsüzlüğü doğuran psikososyal ve kültürel özelliklerle bir arada değerlendirildiğinde, sivil toplumun oluşabilmesinin uzun vadede dahi zor olduğu görülmektedir. Zira sivil toplum, bireyciliğin esas olduğu, güç mesafesinin yüksek olmaması nedeniyle sivil-siyasal toplum arasında simetrik bir ilişkinin olduğu, kişilerin belirsizlikle yüzleşebilecek donanım ve kültüre sahip, belirsizlik ve yeniliklere hoşgörüyle yaklaşan bir toplum anlamına gelmektedir. Bunlara rağmen Türkiye'nin kültürel özellikleri, sivil toplumun sahip olması gereken özelliklerin neredeyse tam tersidir.

Siyasal toplumun sürekli normatif düzenleme yapması, belirsizliği azaltma bir yana, belirsizliği aksine artırmaktadır. Bu kadar fazla norm, normların yapısal sorunları ve ideal tipten uzak formüle edilmeleriyle hem (sivil olamayan) toplumun hem de cılız ekonomik toplumun sürekli belirsizlikler içinde kalmasına yol açmaktadır.

Bunun dışında yazılı norm var olsa da esas olan yürütme ve yargının bu normları nasıl algılayacağı-yorumlayacağı ve uygulayacağı olduğundan, belirsizlik yine değişmemekte, bu kısır döngü de aynı şekilde devam etmektedir. Toplum sürekli norm talep etmekte, siyasal toplum sürekli norm üretmekte, belirsizlik norm üretimine rağmen azalmadığı için toplum yeniden norm talep etmekte ve kültür aynı şekilde sivil ve siyasal toplum bünyesinde yaşatılmaktadır.

Türk toplumunun (istisnaları olsa da) kendi kendini düzenleme yeteneklerinin yeterli ölçüde gelişmemesi ve toplumun sürekli düzenleme gereksinimi olduğunu gösteren yakın bir örnek olarak; Coronavirüs (Covid 19) Pandemi süreci belirtilebilir. Pandemi sürecinde sivil toplum ve bireyler, kendi sosyal-kişisel mesafe ve etkinliklerini kontrol edememişler, maske vb. koruyucu tedbirleri almada yetersiz kalmışlardır. Bunun sonucunda, siyasal toplum tarafından maske kullanma zorunluluğuyla birlikte, sokağa çıkma ve seyahat yasaklarını da içeren bazı temel insan haklarına sınırlamalar getirilmesi ve yaptırımların etkisiyle toplum bu kurallara genellikle uymuştur.

Norm enflasyonu konusunda Şeref İba, (2004), hukuki düzenlemelerin niceliksel olarak çoğalmasının, normların ulaşılabilirlik ve belirlilik özelliklerini tehlikeye atacağını ve bu durumun hukuk güvenliğini sarsacağı yönündeki görüşlerde haklılık payı olduğunu belirtmektedir. İba, bilgisayar ortamında ulaşım ve elektronik haberleşme yöntemleriyle

hukuk metnlerinin daha “ulaşılabilir” olduğunu, fakat bilgi çağının sunduğu teknik imkânlar, hukuk metnlerinin ulaşılabilirliğini ne denli artırırorsa artırsın, “kanun enflasyonu” olgusunun getirdiği sorunları çözmede tek başına yeterli olmayacağını belirtmektedir. İba’ya göre kanun sayısının fazla olması her şeyden önce, yürürlükteki hukuk normunun kolayca anlaşılabilir olmasını güçleştiren bir olgu olup, vatandaşlar, uygulamacılar hatta yargıçlar için aynı konuda çıkarılmış çok sayıda kanun arasından hangisinin “uygulanabilir” olduğunu saptamak her zaman kolay olmayabilmektedir demektir. TBMM'nin açıldığı 23/04/1920’den 03/03/2003 tarihine kadar çıkarılan kanunların sayısının da 12.688 olduğunu da belirten İba (2010: 344-345), kanun sayısındaki artışın hukuk devleti ilkesini tehdit ettiğini ve bu fazlalığın yeni ve modern bir devlet kuruluşu ile de açıklanamayacağını öne sürmektedir.

Hukuk normunun bulunmaması belirsizliği doğurmakta, fakat şaşırtıcı bir biçimde hukuk normunun fazlalığı da hukuki belirliliği arttırmamaktadır. Yani normun olmaması kadar, fazla olması da kaos oluşturabilmekte ve hukuk normunun fazlalığı, hukuk devletinin etkinliğini sağlamamaktadır. Bu norm enflasyonu, hukuk devleti anlayışıyla çelişen bir anlayıştır. En etkin hukuk devleti, minimal düzeyde hukuk normu ile topluma maksimum güvence sağlayabilen devlettir. Aşırı hukuk normu hem belirsizliği arttırmakta hem de sivil toplum üzerinde daraltıcı bir etki yapabilmektedir. Nihayetinde sınırlı olması gereken kurum, (sivil) toplum değil, siyasal toplum-devlettir. Aşırı hukuk normu çıkarma, siyasal toplumun, sivil toplum üzerinde tahakkümü anlamına geldiği gibi, aşırı norm çıkarma sivil toplumun tüm yaşam ve faaliyet alanlarını yok etmeye, daha ilerisi otoriter yahut totaliter devlet yapısına yol açabilecek bir potansiyel taşımaktadır.

Görüldüğü gibi, normatif düzenleme sayısının artması, etkin ve belirli yönetim anlamına gelmediği gibi hukuki güvenlik ilkesini de zaafa uğratan bir husustur.

3.3.1.2.5. Hukuk Normunun “Bağlam”a Atıf Yapması

Hukuk normları çoğunlukla uygulama aşamasında anlam kazanabilecek terimler içerebilmektedir. Bu terimler genelde ilkesel düzeyde kimsenin itiraz edemeyeceği ve başka bir şekilde de ifade edilemeyecek ifadelerdir. Bu normların bağlamı, her somut olayda farklı olabilecektir. Hukuk normundaki “bağlam”a atıf yapan eksikliğin

giderilebilmesi için hukuk normunun niteliğine göre alt düzenleyici hukuk normları çıkarılabildiği gibi, düzenleyici-açıklayıcı idari işlemler de gerekebilmektedir.

Anayasal normlar, büyük oranda “bağlama” atıf yapan ilkelere dayanmaktadır. Bağlama gönderimlilik, bir sözcüğe zımnen (dolaylı) yüklenen bütün bağlamsal hükümler olup, esasen tüm sözcüklerin doğal eksikliğidir. Sözcükler tam kesin anlamlarını, sadece üretildikleri somut bağlamlarda, dilsel bir alışverişte bağlama gönderim yaparken kazanırlar (Coulon, 2015: 30).

Özkök’e göre hukuk kurallarındaki belirsizlik, ya kullanılan dilin belirsizliğinden ya da hukuk kurallarında yer alan makullük, hakkaniyet gibi genel standartlardan kaynaklanmaktadır (2002: 65). Fuller’e göre de genellik, hukukun tarafsız hareket etmesi, kurallarının herkese uygulanması ve özel durumlara yönelik olmaması anlamına gelmektedir (2016: 62).

İdare hukuku açısından belirsizlik kavramını değerlendiren J.G. Erdem (2019), belirsiz kavramların, ancak uygulanacağı olayla ilişkilendirildiğinde somutlaşan bir anlam içerdiklerini, öncesinde tam bir anlam ifade etmediklerini, bu nedenle böyle bir kavrama dayanarak harekete geçecek olan idarenin o kavramın anlamlandırılmasında önemli bir rol oynadığını belirtmektedir. Buna ek olarak yazar, takdir yetkisi ve belirsiz hukuki kavramlar olgusunun birbirlerine karıştırıldığını ve idareye farklı noktalarda ve farklı türde yetkiler tanıdığını belirtmektedir. Takdir yetkisinin en genel ifadesiyle idareye seçim yapma olanağı verirken, belirsiz hukuki kavramların ise ancak bir değerlendirme ve öngörü ile kullanılabilir hale gelen ve farklı bakış açılarının dikkate alınmasını gerektiren kavramlar olduğunu belirten Erdem, bu kavramların, olayın nitelendirilmesi aşamasına dair bir mesele olduğunu öne sürmektedir. Yazar böylelikle kamu yönetiminin, hukuk normlarındaki belirsiz kavramları takdir yetkisi kapsamında işlem öncesi safhadan itibaren anlamlandırarak faaliyetlerini sürdürdüğünü ifade etmiş olmaktadır. Zaten belirsiz-bağlama atıf yapan kavramlar ancak normun uygulanma safhasında yürütme ve yargı organlarınca içeriği doldurulabilen kavramlardır.

Takdir yetkisi, alternatif faaliyet yönlerinden birini tercih etmeyi ve bu seçimin keyfi ve nedensiz değil, durumun gereklerine uygun olarak yapılmasını içerir. Buna ek olarak takdir yetkisi bu yetkinin nasıl kullanılacağını belirleyen kurallar çerçevesinin bulunmasını da gerektirir. Yani takdir yetkisi, belirli kurallar ve ilkelerin olmadığı ya da

formüleştiremediği ama bir kararın da verilmesi gereken durumlarda keyfiliğin önlenmesini ve onun yerine sorumlu hareketi getirmeyi amaçlayan bir yetkidir (Friedrich, 2010: 158-160).

Kanun düzeyinde hukuk normları arasında “bağlama” atıf yapan en bilindik ifade, TMK’nın 2/1. maddesidir. Bir ilke içeren bu maddeye göre: "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." (TMK, 2001). Kanun metninde geçen dürüstlük kurallarının ne olduğu belli değildir. Kanunun hiçbir yerinde ve başka kanunlarda da dürüstlük kurallarının ne olduğu konusunda bilgi ve açıklama bulunmamaktadır. Dürüstlük kuralının ne olduğu ve somut olayda dürüstlük kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı konusunda değerlendirme yapma görevi sadece yargı organlarına bırakılmış görülse de esasen bu değerlendirmeyi yapma görevi hukuk normunu uygulama durumunda olan yürütme erkine daha somut olarak da tüm kamu yönetimine aittir. Bunun dışında dürüstlük kuralına uygun davranma görevi de herkese verilip istisna konulmadığından; tüm yasama, yürütme-kamu yönetimi ve yargı organları da dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır.

Kanundaki dürüstlük kuralının ne anlama gelebileceği konusunda öğretideki yayınlar ve yüksek yargı kararlarındaki açıklamalar; ilk ve ikinci derece yargı organları ile kamu yönetimine rehberlik yapabilir. Bu hukuk normunun “bağlam”a yaptığı atıftan kaynaklanan belirsizlik, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmek durumundadır. Bu konuda Yargıtay’ın bir kararında: "Zamanaşımı definin ileri sürülmesinin hangi hallerde dürüstlük kuralına aykırı bulunduğu hususunda normatif bir düzenleme bulunmadığından, bu hususun varit (yerinde) olup olmadığının, her somut uyuşmazlığın özellikleri nazara alınarak değerlendirilmesi gerekir." (YARGITAY, 2018). Denilmek suretiyle dürüstlük kuralının hukuk normu olarak bir karşılığının olmadığı, her somut olayın durumuna (sosyal bağlamına) göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Sayıları bir hayli fazla olmakla birlikte, “bağlam”a gönderme içeren hukuk normlarına meşhur bir başka örnek olarak TTK’nın 18/2. Maddesi belirtilebilir. Bu maddeye göre: "Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir." (TTK, 2011) Bu maddenin özünü oluşturan basiretli bir iş adamının nasıl hareket ettiği ve etmesi gerektiğine dair ne TTK’da ne de başka kanunlarda bir açıklama

bulunmamaktadır. Basiretli bir iş adamının nasıl davranacağı konusundaki belirsizlik, her somut olayın durumuna göre ayrı değerlendirilmek durumundadır. Dar anlamda basiretli iş adamının, ekonomi bilimindeki rasyonel insana karşılık düştüğü kabul edilebilir, fakat nihayetinde bu da bir yorum olup, her somut olayda yargı organlarının değerlendirmesi ve öğretinin katkıları, basiretli bir iş adamının davranışlarının neler olabileceği konusunda açıklık getirebilir. Basiretli bir iş adamının davranışları, somut olayların bağlamları çerçevesinde belirlilik kazanabilecek hukuki bir terim-kavramdır. Fuller’de (2016: 81-82) ticaret hukukunda “dürüstlük kuralı”na ait gerekliliklerin ticari teamüller ve tüccarlar topluluğunun paylaştığı davranış kurallarında belirli bir tanımının bulunacağını kabul etmektedir.

“Öte yandan taraflar tacir olup 6102 sayılı TTK’nın 18/2 maddesi uyarınca her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Her ne kadar 6098 sayılı TBK’nın 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler tacirler yönünden de uygulanabilirse de TTK’nın 18/2 maddesi hükmü karşısında tacirler bakımından genel işlem koşullarının uygulanıp değerlendirilmesinde her somut olayın özelliğine göre daha dikkatli davranılması gerekmektedir.” (YARGITAY, 2017).

Yargıtay’ın bu kararında da “basiretli bir iş adamı” bağlamına gönderme yapan hukuk normunun, her somut olayın özelliğine (sosyoekonomik bağlamına) göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasal düzeydeki hukuk normları ve Anayasa yargısı üzerinden değerlendirmede bulunan Korucu (2014:122), özünde siyasi nitelik taşıyan “kamu yararı”, “genel sağlık”, “genel ahlak” gibi kavram ve ifadeler anayasalarda yer aldığı sürece, hukuki denetim sınırlarının aşılmasının her zaman mümkün olacağını belirtmektedir. Korucu’nun belirttiği bu nitelikteki kavram ve ifadeler, sadece anayasalarda değil, anayasanın altında yer alan birçok hukuki düzenlemede de yer almaktadır.

İdeal bir hukuk normunun mümkün olduğunca “bağlam”a gönderme yapan düzenlemeler içermemesi gerekir. Zira “bağlam”a gönderme yapmak hukuk normunun belirsizliği anlamında olup, bağlamın hukuk normuna uygun olup olmadığı büyük ölçüde yürütme ve yargı organlarının yorum ve değerlendirmelerine bağlı olacaktır.

3.3.1.2.6. Hukuk Normunun Belirsiz İfadeler İçermesi

İdeal tip hukuk normu belirsizlik içermemelidir, fakat uygulamada bunun sağlanması kolay olmayabilir. Nihayetinde yazılı bir ifadenin sorunları neyse, hukuk normunun sorunları da aynıdır. Hukuk normları, devletin dilidir. Hukuk normunun ideale yakın oluşması, devlet dilinin olgunlaştığını ve toplumun da o seviyede bulunduğunu gösterir. Devletin en temel işlevi kanun boyutundan genelgelere kadar belirli ve belirlenebilir hukuk normları ihdas etmektir.

Toplumun ve devletin tamamını ilgilendiren anayasa düzeyindeki hukuk normlarının çoğu; genel, soyut prensipler içerebilir ve içermektedir de. Bununla beraber bu nitelikteki hükümlerin, toplumu ve bireyleri ilgilendiren boyutta olan, temel hak ve özgürlükler ile ilkeler içeren hükümlerinin; belirsiz, içeriği tanımlanmamış, genel ve soyut ifadeler içermesi halinde bu durum, hukuki güvenlik ve belirliliği ihlal edecek potansiyele sahip sayılır. Anayasa düzeyindeki normlardaki muğlâklık ve belirsizliği, anayasal metinlerin bir özelliği olarak kabul eden Metin (2008: 46), bu muğlâklık ve belirsizliğin üstesinden gelmenin, çok anlamlılıktan, tek anlamlılığa ulaşmanın, yorum ile mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Bunların dışında Anayasa hükümlerinin muğlâk ve kapsamlı olmasının nedeninin anayasa yapımına katılanlar arasında varılan bir uzlaşmaya dayanması olduğu, anayasal normların, siyasi güç odakları arasında uzlaşma sağlama adına muğlâk olarak düzenlendiği de öne sürülmüştür (A.g.e.: 33-34). Türkiye'deki anayasalar, özellikle 1961 ve 1982 Anayasalarını oluşturan irade gözönüne alındığında, bu önermeye tamamen katılmak mümkün görünmemektedir.

Bunun dışında Özbudun'a göre Türkiye, derin etnik ve mezhepsel bölünme çizgilerinin yanında merkez/çevre, laikçilik/dindar muhafazakarlık, Türk milliyetçiliği/Kürt milliyetçiliği, ve bunlarla bağlantılı olarak vesayetçilik/ çoğunlukçuluk çatışmalarının derinden ayırdığı, bölünmüş bir toplumdur (Özbudun, 2014: 16-17). Anayasada yer alan muğlak belirsiz ifadelerin, bu bölünmüş yapılar arasında bir uzlaşmadan kaynaklanmadığı ortadadır. Türkiye'deki anayasaları oluşturan askeri irade göz önüne alındığında Anayasada yer alan muğlak, belirsiz ifadelerin ya bilinçli olarak ileride farklı yorumlara yol açabilme potansiyelinden yararlanmak ya da daha çok hukuk

metninin oluşturulması ve yazıya dökülmesindeki donanımsızlıktan kaynaklandığı düşünülebilir.

Belirsizlikler içeren hukuk normuna örnek olarak mülga (yürürlükten kalkmış) bir hukuk normu olan Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununun yasakları düzenleyen 6. maddesi verilebilir. Bu maddenin 1. fıkrasının a ve b bentlerine göre: “Milli Park sınırları içinde; a) **Belirlenen yerlerden** başka yerde geceleme, mevzuat gereği **izin verilen yerler** haricinde, halkı rencide edecek, rahatını ve huzurunu bozacak şekilde alenen alkollü içki içmek, b) **Belirlenen yerler dışında** ateş yakmak veya **izin verilen yerlerde** yakılan ateşi söndürmeden mahallini terk etmek” (Gelibolu, 2000), belli yaptırımlara tabi tutulmuştur.

Bu maddenin özünü oluşturan Milli Park sınırları içinde "belirlenen yerler ile "izin verilen yerler" in neresi olduğu kanun metninden anlaşılamamaktadır. Bu belirlenen ve izin verilen yerlerin kim tarafından nasıl belirleneceği konusunda da kanun metninde bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunun 2. maddesinde belirtilen tanımlar ve 3. maddesinde belirtilen genel esaslardan Milli Park sınırları içinde Orman Bakanlığı, Kültür Bakanlığı, Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Müdürlüğü ve Eceabat Belediyesi'nin faaliyette bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda her birinin işlevi ve sorumluluk alanları farklı olan bu kurumlardan hangisinin “belirlenen ve izin verilen yerleri” nasıl ve ne suretle belirleyeceği boşlukta bırakılmış görülmektedir. Bu hususun yönetmelikle düzenlenmesi gerektiği düşünülebilir. Kanun'un 12. maddesinde Bu Kanunun uygulanmasına dair yönetmelikler, ilgili bakanlıkların görüşleri alınarak en geç altı ay içinde Bakanlıkça çıkarılır denilmiştir. Kanun, 20/02/2000 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmasına rağmen bu konuda yayınlanan tek yönetmelik, 21/11/2002 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkındaki Yapıların Denetimi ve Yıkılması ile İzin ve İrtifak Hakkı Uygulamaları Yönetmeliği olup, bu yönetmelikte yukarıdaki belirsizliklerin giderilmesine yönelik bir düzenleme yapılmamıştır.

Mülga bir kanun ve yerine konulan kanun üzerinden örnek vermemizin nedeni, genelde hukuk normu oluşturma konusunda bilimsel bir formasyon ve gelenek kazanılmadığı takdirde yenilik olarak ortaya konulanların aslında önceki yahut kaynak mevzuatın biraz değiştirilmiş bir halinden başka bir şey olmadığını göstermektir.

Yürürlükten kaldırılan Kanunun yerine getirilen 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun'da da önceki mülga kanundaki belirsizlik içeren hükümler aynı şekilde yer almıştır. (6546 Sayılı Kanunun adı 02/07/2018 Tarih ve 703 S. KHK'nın 65.maddesiyle "Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun" olmuş ve aynı KHK ile Başkanlığa ilişkin maddeler de kaldırılmıştır.)

Mülga Kanunun yerine getirilen 6546 Sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun'un yasaklar ve cezalar başlıklı 12. maddesinin 1- a ve b bentleri, aynen şöyle olmuştur: "(1) Tarihi Alan sınırları içinde; a) **Belirlenen yerlerden** başka yerde geceleme, mevzuat gereği **izin verilen yerler haricinde** alkollü içki tüketmek, b) **Belirlenen yerler dışında** ateş yakmak veya **izin verilen yerlerde** yakılan ateşi söndürmeden mahallini terk etmek ...yasaktır." (Çanakkale, 2014). Bu kanunda öncekinden farklı olarak yeni bir örgütlenme, Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı'nın kurulması öngörülmüştür. Mülga Kanundaki Orman Bakanlığı'nın yerini bu Kanunda Kültür ve Turizm Bakanlığı almıştır. Yeni Kanunda öngörülen örgütlenme gerçekleşinceye kadar önceki mevzuatın uygulanmasına devam edileceği Kanunun geçici 1.maddesinde belirtilmiş olup, Kanunda yasakların özünü oluşturan **belirlenen ve izin verilen yerlerin** neresi olduğu hususunun kanunda özellikle belirsiz bırakılmış olduğu kabul edilmelidir. Mülga Kanundaki gibi bu kanunun geçici 1. maddesinin 8. bendinde Bu Kanunun uygulanmasına dair yönetmeliklerin altı ay içinde çıkarılacağı öngörülmüş, fakat bu konuda bir yönetmelik de yayınlanmamıştır. Bu kanunun getirdiği en önemli yenilik Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı'nı kurmak olmuşsa da 2018 yılında çıkarılan 703 Sayılı KHK ile Başkanlık ve örgütlenmeyi düzenleyen hükümler kaldırılmış fakat başkanlığa yetki ve görev veren bir kısım hükümler yürürlükte tutulmuştur. Ortada olmayan bir başkanlığın öngörülen yükümlülükleri nasıl yerine getireceği belirsiz olarak kalmıştır.

Görüldüğü gibi kanun olarak ortaya çıkmış bir hukuk normu belirsiz olabilmekte yahut belirsizlikler içerebilmektedir. Bu belirsizlik, açıklıktan farklı bir durumdur. Açık olmayan hukuk normunda bir ifade vardır, fakat ne anlama geldiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Yukarıda belirtilen hukuk normunda ise tam bir belirsizlik vardır.

Hukuk normları gerek bir bütün olarak gerekse madde bazında belirsiz olduğu ölçüde hukuk normu vasfını taşımadığı kabul edilmek durumundadır.

Bazı hukuk normları tabiatı gereği belli sınırlar dâhilinde yürütme yahut yargı organlarına hareket edebileceği alt ve üst sınırlar tanırlar. Ceza kanunlarında suçun kanuni tek bir tanımı olmakla birlikte her suçun işleniş biçimi farklıdır. Bu gerçeklikten hareketle suçun işleniş özelliklerine göre ceza tayin edilirken hâkime alt ve üst sınırlar dâhilinde (gerekçelendirmek şartıyla) ceza tayin etme hakkı yasa ile tanınmıştır. Örneğin: suçun...işlenmesi halinde sanığa 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilir şeklinde bir hukuk normu, belirsiz bir hukuk normu sayılamaz. Zira suçun özelliklerine göre cezanın şahsileştirilmesinde yargı organına hareket sahası tanımak, adaletin tesisi için gereklidir ve tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiş bulunmaktadır. Belki alt ve üst sınırlar arasındaki makasın makul ölçüyü aşacak şekilde düzenlenmesi belirsiz bir hukuk normu özelliği taşıyabilir. Örneğin: suçun ...işlenmesi halinde sanığa 1 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası verilir şeklinde bir hukuk normu olsa, cezanın alt ve üst sınırları arasındaki aşırı fark, hakimin cezayı suça göre şahsileştirmesinin ötesinde, suç ve cezanın kanuniliği kuralını yok edecek bir şekilde keyfiliğe yol açabilecek bir düzenleme olduğunu göstermektedir.

Ceza hukukuna ilişkin hukuk normlarında yargıyı oluşturan yargıca tanınan yetkinin dışında, yürütme organına yetki tanınan hukuk normları da bulunmaktadır. Yürütme organına kanunla da olsa verilen yetkinin hukuk devletine göre sınırlarının belirtilmesi gerekir. AYM'nin bir kararında 5543 Sayılı İskan Kanununun 13. maddesi ile 27/5. maddesi iptal edilmiş olup, kararda:

“5543 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde, “millî güvenlik” nedeniyle iskân edilecek yerleşim ünitelerinde yaşayan ailelerin iskânının, Millî Güvenlik Kurulu'nun önerileri doğrultusunda Bakanlar Kurulu'na alınacak kararda belirtilecek şekil ve şartlar çerçevesinde İskân Kanunu hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiştir. Aynı Yasa'nın 27. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise millî güvenlik nedeniyle iskâna tâbi tutulan ailelerin veya fertlerin borçlandırılıp borçlandırılmayacağı, borçlandırıldığı takdirde borçlanma usul ve esaslarının Bakanlar Kurulu kararıyla belirleneceği öngörülmüştür.

Millî Güvenlik, 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nda, "Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması" şeklinde tanımlanmıştır. Millî güvenlik nedeniyle aile veya fertlerin iskân edilmeleri, bu iskânın şekil ve şartlarının nasıl belirleneceği, iskân sonrasında borçlandırma işlemi yapılıp yapılmayacağı, borçlandırma yapılması durumunda usul ve esaslarının belirlenme şekli dava konusu kurallarla hüküm altına alınmış, bu konularda Millî Güvenlik Kurulu'nun önerileri doğrultusunda Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Millî güvenlik nedeniyle göç, bir toplumsal sorun olarak ortaya çıkmakla birlikte, dava konusu kurallarla bu kapsamda olan aile veya fertler iradeleri dışında iskâna zorlanmakta, zorunlu bir iskân şekli getirilmekte, ilgili kişilere herhangi bir seçme hakkı tanınmamaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Yerleşme özgürlüğü sadece Anayasa'nın 23. maddesinde sayılan özel sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlandırılabilir. 23. maddede, herkesin, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra, yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama nedenleri suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak olarak gösterilmiştir. Maddede yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama sadece yasa koyucuya bırakılmakla kalmamış, nitelikli yasa kaydıyla sınırlama benimsenerek, aynı zamanda sınırlamanın hangi neden, amaç ya da koşullarla yapılması gerektiği de tek tek sayılmıştır.

Anayasa'da sınırlama nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun bunlar dışında kalan bir nedenle yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir. Dava konusu kurallarda belirtilen "millî güvenlik", yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama nedenleri arasında sayılmamıştır.

Anayasa'nın ilgili maddesinde gösterilen sınırlama nedenlerine dayandırılmayan kuralla, aile veya fertlerin millî güvenlik nedeniyle zorunlu iskâna tabi tutulması, Anayasa'nın 23. maddesinin güvence altına aldığı yerleşme özgürlüğü alanına yapılan açık müdahale niteliğindedir...

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Buna göre miras hakkı, mülkiyet hakkının devamı ve özel bir şeklidir. Bu nedenle mülkiyet ve miras aynı maddede düzenlenerek anayasal güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın 13. maddesinde de, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.

İskân Kanunu'na dayanarak alınan iskân kararıyla belirlenen “iskân hakkı sahipliği”, “alacak hakkı” niteliğinde olup mülkiyet hakkı kapsamındadır. Mülkiyet hakkı kapsamında bulunan bir hak üzerinde mirasçılara başvuru hakkının engellenmesi miras hakkının özünü zedeler ve onu kullanılamaz hale getirir.” (AYM, 2008).

Denilmektedir. Görüldüğü gibi hukuk normları, yürütmeye yetki verebilmekte olup verilebilecek yetkinin sınırlarını da aynı şekilde Anayasa, yasa ve diğer hukuk normları oluşturmaktadır. Kanunların tanımadığı ya da sınırları yeterince tanımlanmamış yetkiler, hukuk normunun belirliliğini muhatapları, özel olarak da sivil toplum ve bireyler için yok edebilmektedir.

3.3.2. Hukuk Normu Toplumun Tamamı Tarafından Meşru Kabul Edilmelidir

İdeal hukuk normu, toplumun tamamı tarafından meşru kabul edilmeli-kabul edilecek şekilde düzenlenmiş olmalıdır.

Anayasa hukukunda “Konsensüalizm” adı verilen yaklaşıma göre, anayasal düzeydeki genel ve soyut nitelikli kavram ve ifadelerin (yargı organları tarafından) anlamı belirlenirken, yorumun yapıldığı tarihte toplum tarafından bu kavram ve ifadelere hangi anlam veriliyorsa o anlam esas alınmalıdır (Korucu, 2014: 85). Kavramların toplumsal anlamının nasıl belirleneceği ayrı bir sorun olmakla birlikte konsensüalist görüş, kavramların anlamların belirlenmesinde (sivil) toplumun görüşlerinin esas alınmasını kabul etmekle, hukukun esasen kültürel bir form olduğunu ve hukuk normları üzerinde asli belirleyici olanın sivil toplum olduğuna işaret etmiş bulunmaktadır.

İşıktaç’ın (2004:24-27) hukukun temel fonksiyonları arasında gösterdiği “geçerlilik ilkesi” hukukun meşruluğu anlamındadır. Bir hukuk normunun biçimsel geçerliliği, öngörülen yönetim uygun çıkarılması, toplumsal geçerliliği ise (sivil) toplumun tamamı yahut çoğunluğu tarafından meşru görülmesine karşılık gelmektedir.

Liberal demokratik sistemlerdeki temel meşruluk anlayışı, bireyin toplumsal bağlayıcılığı olan kararların alınma ve uygulanması sürecine doğrudan veya dolaylı katılarak kararların meşruluğunu belirleyen ortak rızanın oluşumuna etki ettiği varsayımına dayanmaktadır. Bununla beraber ortak rızanın ulus devlet içinde türdeşlik içinde kabul edilmesinin bir çelişki olduğu öne sürülmektedir (Köker, 2015:339).

Gürbüz (2013: 7 vd.)’e göre meşruluk, etimolojik (kökenbilimsel) olarak tanrı buyruğuna uygun, çoğunlukla onaylanan, yasanın, dinin ve vicdanın doğru bulduğu eylemdir. Hukuk normunun meşru kabul edilmesi hukuk normunun adil olması ile bağlantılı görünse de meşruluk her zaman adil olmayı gerektirmemektedir. Yani adil olmayan hukuk normları da meşru olabilmektedir. Özellikle şekli meşruluk olan hukuk normunun üst hukuk normuna uygun olmasının, reel meşruiyetle bir alakası olmadığı gibi, tarihte adil olmayan fakat toplumda meşru kabul edilen birçok hukuk normunun varlığı da bilinen bir husustur. Örnek olarak köleliğin toplum tarafından meşru kabul edildiği zamanlar olmuştur. Tarihi olarak köleliğin toplumda meşru kabul edilmesi köleliğe ilişkin hukuk normunun adil olduğunu göstermez. Adalet, çoğu zaman

meşruiyetle iç içe olabilirse de tamamen aynı olmadıkları kabul edilmelidir. Adalet ve meşruiyet arasındaki ilişki şöyle formüle edilebilir. Adil olan her zaman meşrudur, fakat meşru olan her zaman adil olmayabilir.

Bir toplumsal düzende, o düzenin ve onu bütünleyen kurumların varlığı ve sürekliliği için bazı olgular, değerler ve araçlar olmak zorundadır. Siyasal ve toplumsal yapının meşruluğunu sağlayan ise ya belli ilkelerin içeriğine göredir ya da bu ilkelerin ortaya çıkış usul ve sürecine göredir (Yükselbaba, 2008). Belli ilkelerin içeriğine göre meşruluk, toplumsal-maddi meşruluk, ilkelerin usul ve sürecine yönelik meşruluk ise şekli-biçimsel meşruluktur.

Habermas’a göre hukuk, meşruluğunu tüm muhataplarının özgürlüğünü, özel ve kamusal özerkliğini eşit biçimde sağlamakla kendisini meşrulaştırabilir (2015:171-172).

Hukuk normu toplumun tamamı tarafından meşru kabul edildiği takdirde bir hukuk normu vasfını kazanmış olmaktadır. Bu ilkenin çoğulcu bir toplumda tam anlamıyla uygulanması mümkün olmasa da hukuk normunun özellikle kanun hukuk normunun, temsili demokratik sistemlerde karar alma organı olan parlamentolarda, meclislerde çoğunluk tarafından kabul edilmesi geçerli sayılmalıdır. Tüm toplumun onayını almanın gerçek hayatta mümkün olmaması, bu ilkeyi anlamsız kılmamaktadır. Tüm toplumun onayını alan bir hukuk normu ideal bir hukuk normudur. Gerçek hayattaki hukuk normları arasında tüm toplumun onayını alan bir hukuk normunun olmaması-olamaması, hukuk normunun toplumsal meşruiyet oranının analizinde önem kazanacak bir hususiyettir.

Meşruluk sorunu hukukun temelde “olması gereken” boyutta ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda hukuk devleti kesin bir meşruluk istemini içermek zorundadır. Böyle bir sistemde hukuk düzeni bağlayıcılığını ve uyumunu, yaptırım korkusundan değil normatif adalet isteminin tanınmasını da kapsayan yurttaşların özgür iradeleriyle itaatinden sağlar (Gürbüz, 2013:14).

Hukuk normunun toplumun tamamı tarafından meşru kabul edilip edilmediği, teorik olarak hukuk normunun halkoyuna sunulması ile anlaşılabilir. Toplumun tamamı tarafından meşru kabul edilme (%100) hiçbir yerde ve zamanda mümkün olmasa da, meşruiyet, hukuk normunun norm olma özelliğinde içkin bir niteliktir. Bununla birlikte

toplumun hiçbir ferдинin itiraz edemeyeceği norm ve ilkeler de bulunabilir. Örneğin "Devlet, bütün işlem ve eylemlerinde adalet ilkesine uygun hareket eder." Şeklinde bir hukuk normu olduğunu kabul edelim. Bu ilkede yer alan adalet kelimesi belirsizlik içermekle birlikte adalet kavramının genel olarak tüm toplumun üzerinde uzlaşabileceği olumlu bir kavram olduğu düşünülebilir.

Hem hukukun hem de yasaların meşruiyetinin dayanağı sorununun çözümünde hukuk felsefesinden yararlanmak gerekirse; meşruiyetin dayanağının topluma mal edilebilmesi için öncelikle toplumun kendi eliyle yarattığı kurumlara ve bu kurumların işleyişine yönelik eleştiri, yorumlama, moral ve politik bir yargılama yetisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu yaklaşım, doğal hukuk geleneğinden kaynaklanan aşkın ilkeler ve değerlere dayanan evrensel ve zaman üstü hukuk kavramının yerine, çağdaş hak ve hukuk felsefesinin bir özelliği olarak, hukuk sistemlerinin yanlış yönlerini hedef ve sisteme ilişkin içkin değerleri esas alan felsefi bir sorgulama olarak kabul edilebilir (Satici, 2018).

Sonuç olarak hukuk normu ancak toplum tarafından meşru kabul edildiğinde bir hukuk normu olarak kabul edilebilir. Bunun aksi düşünülemez bile. Yani toplumun benimsemediği, meşru görmediği bir hukuk normu şekli anlamda bir hukuk normu olsa bile gerçek anlamda hukuk normu sayılamaz.

3.3.2.1. Şekli Meşruiyet

Pozitif hukuk seviyesinde şekli meşruiyetin belirlenmesi oldukça basittir. Bir hukuk normu öngörülen yönetime göre varlık bulmuş ve üst hukuk normuna uygun ise o hukuk normu meşru-geçerli sayılmaktadır. Fakat bu uygunluk testi bile bir yorum ve karşılaştırma işlemi gerektirmesi nedeniyle göstergebilim açısından sorunlu bir husustur.

Gürbüz (2013: 89), hukuksal pozitivizm olarak adlandırılan görüş çerçevesinde ortaya konulan meşruiyetin aslında yasallık olduğunu, bunun da tam olarak meşruluğu karşılamadığını öne sürmüştür. Friedrich'de bir kuralın yasallığının o kuralın pozitif hukuka uygun olması sonucunda ortaya çıkacağını, yaygın olan inanç doğrultusunda meşru sayılmak için yönetme hakkının yasalara uygun olarak kazanılmasının anlaşılması halinde meşruluk ile yasallığın birbirine eşitlendiğini, böylelikle yasalara

uygunluk kavramının bir ideoloji olarak yönetimi haklılaştırdığını ifade etmektedir (2010:175).

Hukuksal pozitivizmin, hukukun etik boyutunu yadsıyarak hukuku temellerinden kopardığı ve hukuk ile devleti eşitleyerek, yasamanın her dediğini hukuk saymak suretiyle otoriter ve totaliter devlet sistemlerine yol açtığı kolaylıkla görülebilmektedir.

Alt hukuk normunun üst hukuk normuna uygun olup olmadığının anlaşılabilmesi, normların mantık bilimi çerçevesinde işlem ve kaplamalarının birbirine çakıştırılmasını gerektirmektedir. Elbette bu çakıştırma zihinde yapılan bir faaliyettir. Matematiksel anlamda ise üst hukuk normunun, alt hukuk normunu kapsaması gerekmektedir. Matematikte tanımlanmış kümeler teorisi çerçevesinde düşünülecek olursa meşruiyet, üst hukuk normunun, alt hukuk normunu içermesidir. Bu durumda alt hukuk normu, üst hukuk normunun bir alt kümesidir. Üst hukuk normuna $\bar{U}$ diyelim alt hukuk normuna da A diyelim. Hukuki meşruiyetin sağlanabilmesi için A nın $\bar{U}$ nün alt kümesi olması yahut aynı anlama gelecek şekilde $\bar{U}$ nün A yı kapsaması gerekmektedir. Hukuk normları yazılı metinler oldukları ve olmaları gerektiği için karşılaştırmanın elbette ki buradaki gibi yapılması mümkün değildir.

Hukuki meşruiyete varlık veren en üst hukuk normu olan anayasalar kendi dışındaki (altındaki) tüm hukuk normlarına meşruiyet vermekle birlikte kendisinin meşruiyetini alma şekli boşlukta bırakılmıştır. Bununla birlikte Hans Kelsen'in grandnorm olarak tanımladığı temel normun ahlaki bir yükümlülük duygusuna dayanan ve hukuksal formalitelere mutlak bir bağlılığı aşan bir saygıyı yansıttığı ifade edilmektedir (Gürbüz, 2013: 97). Bu durumda Kelsen'in dahi temel normun meşruiyetini sağlamak adına ahlaka dayanmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır.

Sartori, yasanın yasama organı tarafından yapılması kavramının, devletin her türlü düzenlemesini hukuk (ius) olarak görme alışkanlığı yarattığını belirterek adil yasa sorununun hukuk dışında düşünülmesi sonucu meşruluk sorununun da biçimsel bir yasallığa dönüştüğünü öne sürmektedir (2017:397).

Gerçekten de hiçbir sosyal norm ve kavram bir diğerinden bağımsız olmayıp hepsi birlikte toplum için vardır. Hukuk normu en üst yahut temel norm olduğu takdirde meşruiyetini artık toplumun hukuk dışındaki diğer değerlerinden almak durumunda kaldığı gibi, alt hukuk normlarının meşruiyetlerinde de diğer sosyal norm ve

değerlerden bağımsız olmadığı da ortadadır. Yani alt hukuk normlarının da üst hukuk normuna uymasının dışında tabi olması gereken sosyal değer ve normlar olabilir ve olmalıdır da. Hukuk normu hangi düzeyde olursa olsun ahlak (etik) kurallarına, toplumsal norm ve değerlere, adalete aykırı olamaz, olmamalıdır.

3.3.2.2. Toplumsal Meşruiyet

Hukuk normunun meşruiyetinin esası toplumsal meşruiyettir. Nihayetinde tüm sosyal kurum ve değerlerin meşruiyetlerinin kaynağı, toplumun rıza ve onayıdır. Bir toplumun kabul etmediği bir hususun o toplumda yer etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte toplumsal meşruiyetin sağlanıp sağlanmadığı yahut ne ölçüde sağlandığı hususunun tespiti ayrı bir sorun kaynağıdır. Bu anlamda toplumsal meşruiyetin genel olarak toplumun temel norm ve değerlerine aykırı olmayan anlamında kabul edilmesi daha pratik bir açıklama tarzı olarak görülmektedir. Bir hukuk normunun sosyal meşruiyetinin bulunmadığı söylenebilir fakat bu tarz genel iddialar içeren önermelerin ispatı kolay değildir.

Friedrich (2010:172-173) meşruluğun, toplumda yönetme sıfatına haklılık sağlayan yaygın bir düşünce var olduğunda kazanılabileceğini, bu yönüyle yönetmek veya hükmetmek hakkıyla ilgili bir oydaşma biçimi olduğunu belirtmektedir. Hukuk normuna da bu açıdan bakılırsa, meşru yönetme hakkına sahip yönetimin, hukuk normu şeklinde beliren iradesi üzerinde de toplumsal bir oydaşma olduğu takdirde, hukuk normunun toplumsal meşruiyetinin bulunduğu kabul edilebilir.

Hukuk toplumsal gerçekliğe bağlıdır. İçinde yer aldığı toplumsal gerçeklikten kopuk bir hukuk normunun toplumsal meşruiyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira hukuk topluma dayatılan bir kurallar dizgesi olmayıp, hukukun hem norm hem de uygulama boyutunda toplumsal gerçekliğe uygun olarak toplumun gereksinimlerini karşılaması gerekmektedir (Gürbüz, 2013: 105). Hukuk kurallarının toplumsal gerçeklikle uyum içinde olmasının aynı zamanda hukukun nihai amacı olan adaletin ilkesi olduğu da ifade edilmiştir. İnsanların olmadığı bir yerde adaletten de söz edilemeyeceğine göre ideal bir hukuk normunun toplumsal meşruiyetinin tam olması, bunun da hukuk normunun toplumsal gerçekliğe en uygun şekilde düzenleme içererek, toplumun gereksinimini en etkin ve adil bir şekilde gerçekleştirmesi halinde ortaya çıkabileceği kabul edilebilir.

Yalnız burada şunu belirtmek gerekir ki toplumsal gerçeklikler, toplumun medeni dünyaya entegrasyonunu zorlaştıran yahut kabul edilemez nitelikteyse, hukuk normu toplumsal gerçekliklere kurban edilemez. Örnek olarak belli bir bölgede namus cinayetlerini olumlayan belli değerler, inanışlar olsa bile hukuk normu yahut düzenleme, o bölgenin toplumsal gerçeği olan namus cinayetlerini olumlayamaz ve o bölgenin norm ve değerlerini esas alamaz. Aksi durumda hukukun, töre cinayetlerini meşru kabul etmesi gerekir ki bunun kabul edilemez olduğu ortadadır.

Köleliliğin cari olduğu zamanlarda, sosyal gerçeklik köleliği meşru ve gerekli saymıştır. Köleliği yasaklayan hukuk normları hemen birden bire çıkmamış, çıkamamıştır. Hukuk normlarının arkasında yer alan toplumsal yapının, anlayışın değişmesi gerekmiştir. Hukuk normları baskın görüş ve anlayışın normatif ifadesidir. Bir zamanlar için çoğunluk tarafından meşru görülen kölelik, bugün için hiçbir koşulda kabul edilemez toplumsal bir gerçekliktir. Köleliğin kaldırılabilmesi için insanlığın bir bütün olup, herkesin hür olduğu anlayışının gelişmesi ve bu anlayışı benimseyen (siyasi) güç odaklarının oluşması gerekmiş, köleliği yasaklayan hukuk normları ancak bu sayede çıkarılabilmıştır. Elbette ki hukuk normları da başlı başına işlevini yerine getiremezler. Arkalarında kendilerini meşru kabul eden bir anlayış, sosyal gerçeklik ve taban bulmaz ise en ideal hukuk normu dahi kağıt üzerinde kalmaya mahkum görünmektedir. Bunun bariz örneğini, köleliğin kaldırılması uğruna bir iç savaş yaşayan Amerika Birleşik Devletlerinde görmek mümkündür. Köleliğin devam etmesi uğruna savaşmayı bile göze alan güney eyaletlerinde 1860'larda yasaklanan ırk ayrımcılığının (kölelik boyutunda olmasa da) 1960'lara, hatta daha sonrasına kadar yaygın olarak var olması, hukuk normlarının başlı başına toplumsal gerçekliği değiştiremediğini, hukukun, eğitim, kültür, ahlak gibi başka bileşenlerle birlikte toplumun bir parçası olduğunu göstermektedir.

Hukukun evrenselliği, içerdiği hak, özgürlük ve adalet ilkelerinin herkes tarafından kabul edilebilir olmasından kaynaklanmaktadır. Modern hukuk paradigmasında yer alan "hukukun üstünlüğü" ilkesinin meşruiyeti ise herkesin hukuk önünde eşitliğini öngörmesi ve buna dayanmasındandır (Satıcı, 2018). Hukuk normu belirtildiği gibi ancak insan hak ve özgürlükleri ile adalet ilkelerine dayandığı takdirde sivil toplum tarafından meşru kabul edilebilir.

Müzakereci demokrasi üzerinden “meşru”luğu tanımlayan Habermas (2018:43), kavramı, B.Manin’in şöyle kavramlaştırdığını ifade etmektedir: “Meşruluğun kaynağı bireylerin önceden belirlenmiş iradesi olmayıp daha ziyade bu iradenin oluşum, yani müzakere edilme sürecidir. Meşru bir karar genelin iradesini temsil etmez ancak genelin müzakeresi sonucu ortaya çıkan bir karardır.” Bu görüşü hukuka uygularsak hukuk da nihayetinde toplumsal bir irade-karar olarak tanımlanabilir. Hukukun meşruiyeti açısından da üzerinde herkes uzlaşmasa bile hukuk normunun oluşum safhası öncesinde mecliste, kamuoyunda, çeşitli platformlarda müzakere edilmesi, tartışılması toplumsal meşruiyetin tesisi için zorunlu bir husustur. Sivil toplumun paydası olmadığı bir hukuk normunun toplumsal meşruiyeti her zaman tartışılabilir olacaktır.

3.3.3. Hukuk Normu Düzenlediği Alanı Tam ve Gereği Gibi Düzenlemelidir (Reel-Toplumsal Boyut)

Hukukun pratik amacını, toplumsal gerçeklik belirler. Toplumsal bir olgu olarak hukuk, diğer sosyal olaylarla birlikte reel dünyanın, reel ilişkilerin yasaları altında bulunur. Reel etken olarak ekonomik, politik, örf-adet gibi diğer sosyal etkenler ile biyolojik etkenler gibi değişmez nitelikte özellikler belirtilebilir. Reel ilişkiler, insanın keyfiliği dışında doğal yasalara tabidir (Aral, 2012a: 163). İşte hukuk normu, bireyin temel özellikleri ile toplumsal gerçekleri ve koşulları nazara almak zorundadır.

Hukuk normu düzenlediği konuyu tam ve gereği gibi etkin olarak düzenlemelidir. Yani toplumsal gerçekliğe uygun ve sorun üretmeyecek tarzda işlevsel bir düzenleme olması, hukuk normunun sosyal-gerçeklik boyutudur. Hukuk normunun düzenleme altına aldığı alanı tam ve gereği gibi (sosyal-reel gerçekleri nazara alarak) düzenlemesi daha çok düzenleme içeren hukuk normlarına yönelik bir ilkedir. Yani hukuk normlarının hepsi aynı kategoride değildir. İlke boyutunda hukuk normları olduğu gibi, yasaklayıcı düzeyde hukuk normları ile düzenleyici nitelikte hukuk normları bulunmaktadır. Bazen bu normlar iç içe geçmiş tarzda da olabilmektedir. Bu özellik, Timasheff’in teknik normlar olarak tanımladığı normlar olup, bu normların doğa yasalarından çıkarılan ve belli bir amacın gerçekleştirilebilmesi için uyulması zorunlu kurallar olduğu belirtilmektedir (Can, 2002). Yani doğa yasaları nasıl insanlardan bağımsız işliyorsa, teknik normlar da doğa yasaları gibi insanların onlara verdiği etik ve normatif değerlerden yoksun ya da görece daha sınırlı değerler içeren normlardır.

Hukuk normu, düzenlediği alandaki gerçeklikleri, işleyişi yok sayarak düzenleme yaparsa yahut yaptığı düzenlemenin toplumda karşılığı yoksa ya da uygulanmıyor-uygulanamıyorsa, yapılan düzenleme işlevsiz bir hukuk normudur. Bu durum yani hukuk normunun uygulanmaması yahut uygulanamaması, normun meşruiyeti ile ilgili bir sorun olduğunu gösterebileceği gibi uygulamanın toplumsal ve reel karşılığının olmamasından da kaynaklanabilir. Hukukta şekli olarak yürürlükte olmasına rağmen uzun süre uygulanmayan kanunlara örnek olarak TBMM'nin, henüz Cumhuriyet kurulmadan Kurtuluş Savaşı esnasında çıkardığı ilk yasalar arasında yer alan “Düğünlerde Men’i İsrifat Kanunu” verilebilir. Kanunun ihdas sebebinden, AYM tarafından 1967 yılında iptal edilmesine kadar neden uygulanamadığına yönelik tarihsel süreç ve analiz için aşağıdaki makaleye bakılabilir.⁶

Hukuk normunun toplumsal gerçekliklerden soyutluğuna örnek olarak: “bütün insanlar eşittir” şeklindeki normatif düzenleme verilebilir. Bu düzenleme, geri kalmış bir ülkenin hukuk normu olduğu takdirde, salt bu ilkenin varlığından yola çıkarak o ülkedeki insanların eşit olduğu sonucu çıkarılamaz. Toplumsal gerçekliklere ilişkin bir veri sunmayan ve ideal bir durumu deyimleyen bu nitelikteki normlar, toplumsal seviye ile uyumlu değilse bu durum o hukuk normunun değerini ve işlevini azaltmaktadır.

Salt hukuk normlarına bakarak hukukun nasıl anlaşıldığı ve uygulandığı kestirilemeyeceği gibi hukuk normlarından yola çıkılarak toplumsal yapı ve gerçeklikler de tam olarak belirlenemez. Böylelikle bir ideali (olması gereken) belirten hukuk normunun öngördüğü anlayışa ulaşmak için gerekli sosyokültürel, ekonomik ve gerekli diğer dinamikler, sivil ve siyasal toplum bünyesinde bulunmadığı takdirde, toplumun hukukla olan bağı azalmakta ve hukukun yararı ile bağlayıcılığına olan inanç ve güven de zedelenmiş olmaktadır. Uzun vadede hukuka olan inanç ve güven kalmayınca da, hukuk ve onun üzerinde yükseldiği tüm anlayışlar da çökme tehlikesiyle karşılaşabilir görünmektedir.

Hukukta etkililik ve efektiflik kavramlarının birbirlerinin yerine kullanıldığını belirten Gözler, esasında “efektiflik” kavramının: hukuk tarafından konulan kuralların sosyal uygulamada gerçekleşme derecesi olduğunu, “etkililik” kavramının ise hukuk

⁶ Şahin, Kurnaz Feyza; İlk TBMM'nin Tasarruf Tedbirlerine Bir Örnek: Düğünlerde Men’i İsrifat Kanunu ve Kamuoyundaki Yansımaları, Atatürk Dergisi, Atatürk Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü (2013) 2 1 s.25-55.

normlarının sonuçlarının ve onların hedefledikleri amaçları gerçekleştirmeye uygunluğunun değerlendirilme biçimi olduğunu belirtmektedir. Yazar bir hukuk normunun etkililiğinin muhatapları tarafından uyulmasıyla belirlendiğini, Amerikan Hukuki Realizm akımının görüşlerinden yola çıkarak, bir normun maddi geçerliliğinin, onun etkililiği, bunun da yargıçlar tarafından uygulanması anlamına geldiğini ifade etmektedir (Gözler, 1998:65-67). Oysa yargıçlar tarafından uygulanmayan, uygulanması mümkün olmayan birçok hukuk normu vardır. Hukuk normlarının büyük bir kısmı yürütme organının uygulamalarına yöneliktir. Bu anlayış kabul edilirse yargıçların-mahkemelerin uygulamadığı hukuk normlarının etkili olmadığı, toplumsal gerçekliklere uygun olmadığı halde yargıçlar tarafından uygulanan hukuk normlarının ise etkili olduğu öne sürülecektir ki bunun kabul edilemez olduğu ortadadır. Gözler'in belirttiği gibi etkinliği, etkililik anlamında kullanan Işıktaç'da (2004: 27), etkinlik kavramının geçerlilik kazanmış bir hukuk normunun fiilen uygulanıp uygulanmadığı sorunu olduğunu ifade etmektedir.

Fuller'in (2016:88-99) "imkânsız talep eden kanunlar" başlığı altında incelediği husus esasında hukuk normunun maddi ve toplumsal gerçeklere, insan doğasına aykırı olmaması gerektiğidir. Yine Fuller'in ifadesiyle bir kanunun imkânsız talep etmesi saçmalık olarak düşünülebilirse de yazara göre hayatta bu gibi şeyler mümkündür. İmkânsız talep eden hukuk normlarına: uyulması aşırı zor olan düzenleyici hukuk normları ile muhataplarına içinde bulunulan sivil toplumun seviyesine uygun alternatif seçenekler sunmayan, fakat insan hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümler ihtiva eden hukuk normları örnek olarak verilebilir.

Hukuk normlarının yargı kararlarına konu olan kısımları çoğunlukla hukuk normunun belli bir bölümünde yer alan cezai düzenlemeler ve hukuk normunda mahkemeye ya da hâkim kararına (geniş anlamda yargısal organlara) atıf yapan maddeleridir. Yani hukuk normları çoğunlukla düzenleyici yahut emredici hukuk normlarına uyulmaması halinde yaptırımlar öngörürler, Yargı kararlarına konu hukuk normlarından, yaptırımın bağlandığı düzenlemenin ne kadar sıklıkla ihlal edildiği anlaşılabilirse de; neden ihlal edildiği ancak düzenlemenin bilimsel ve toplumsal analizi ile anlaşılabilir. Bu bağlamda hukuk normuna konu kurum ve ilişkinin yargıya fazla konu olması o hukuk normunun düzenlediği kurum ve ilişkide bir sorun olduğunu gösterebilir. Örneğin aile kurumu,

hukuk düzeninin ihdas ettiği bir sosyal kurum değildir. Hukuk, bu sosyal kurumun kuruluş ve (sınırlı oranda işleyiş ile) sonlanışının nasıl olabileceğine ilişkin normlar ihdas eder. Boşanma davalarının çokluğu, boşanmayla ilgili hukuk normlarının etkinlik ve verimliliğiyle alakalı olmayıp, davaların artması, aile kurumunun boşanma nedenlerinin oranı doğrultusunda çözülmeye başladığına ilişkin sosyal bir veri olarak kabul edilebilir. Boşanmanın artması, boşanmayı düzenleyen hukuk normlarının etkinliğine ilişkin bir veri sunmaz. Boşanma davalarının artması, toplumsal yapıdaki değişikliklerle ilgilidir. Boşanma davalarının artması boşanmaya yol açan toplumsal ve bireysel faktörlerin sonucu olmakla birlikte, boşanma davalarının uzun sürmesi gibi durumlar, boşanmayı düzenleyen hukuk normlarının ya da uygulamasının etkinliği konusunda bir fikir verebilir.

Bazı hukuk normları yargılamaya konu ya da bağlantılı usul kurallarını içermeleri itibarıyla etkin olup olmadıkları, yargı organlarının yargısal işlevlerini yerine getirirken yaşadıkları sorunlardan anlaşılabilir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yahut Ceza Muhakemesi Kanunu gibi yasa düzeyindeki hukuk normları, bizatihi yargılama sürecine yönelik usul kuralları olmaları nedeniyle etkin olup olmadıkları, yargı organlarının faaliyetlerinin etkinliği ile doğrudan bağlantılıdır.

Hukuk normundan beklenen, öz olarak yöneldiği sosyal eylemi, toplumsal kurumu, en etkin ve adalete uygun şekilde düzenlemesidir. Bu anlamda etkinlik, normun uygulanıp-uygulanmadığının ötesinde düzenlediği alanı, rasyonel ve düzenlenen konunun gerçekliğine en uygun tarzda düzenleyip düzenlemediği; normun, düzenlenen konunun doğasına ve işlevine uygun olup olmadığıdır.

Hukuk normunun zorla uygulanması durumunda bunun siyasi bir bedeli olacaksa, hukuk normlarının uygulanmasından vazgeçilebilmektedir. Bu durumda hukuk normu kağıt üzerinde bir norm olarak varlığını sürdürmekte ama toplumda öngörülen boyutta uygulanmamakta yahut hukuk normunun zorlayıcılık vasfını kullanma durumunda olan siyasi iktidarın iradesi doğrultusunda uygulanmakta ya da uygulanmamaktadır.

Hukuk normuna konu kurum ve ilişkinin toplumsal gerçekliğe uygun düzenlenip düzenlenmediği, hukuk normuna konu kurum ve ilişkinin düzenlenmesi konusunda sosyal gerçeklik ve tabiatlarının nazara alınıp alınmaması ile ilgilidir. Daha somut bir ifade ile örneğin hukuk normu bir yasaklama içeriyorsa, fakat toplumda yasaklanan

ilişkiler yaygın yahut hukuk normunun öngördüğü şekilde işlemiyorsa, hukuk normunun düzenlediği alanı tam ve etkin bir şekilde düzenlemediği kabul edilmelidir. Buradaki temel sorun, hukuk normunun “olan” a mı tabi olacağı, ya da “olan” ın “olması gereken”i düzenleyen hukuk normuna mı tabi olacağıdır. Bu konuda verilebilecek en çarpıcı hukuksal düzenlemeler, imar yasalarıdır. İmar hukukuna ilişkin hukuk normları, şehirleşmenin nasıl yapılacağı dâhil olmak üzere mülkiyet hakkı (bireysel fayda) ile toplumsal faydanın (kamu yararı) nasıl telif edilebileceğine ilişkin düzenlemeler olmakla, siyasete en açık hukuk normlarından. İmar hukukuna ilişkin normların birincil uygulayıcısı da yerel yönetim birimleridir. Bir kişinin maliki ya da hak sahibi olduğu taşınmazda yapmak istediği yapıya ilişkin getirilen yükümlülükler (ruhsat, plan, iskân v.s) ya da belli yerlerin yapılaşmaya yasaklanması yahut yapılaşmanın sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin etkin olup olmadığı, bu kuralların uygulanıp uygulanmadığından kolaylıkla anlaşılabilir. Şehirleşmenin geldiği noktada, Türkiye’de imar yasaları ve bağlantılı hukuk normlarının etkin olmadığı kabul edilmelidir. Sık sık getirilen imar affı yasaları, imar hukukuna ilişkin normların, etkin olarak düzenlenmediğinin-düzenlenemediğinin bir ifadesidir. Bu durum imar davalarından-uyuşmazlıklarından da bir ölçüde anlaşılabilir olsa bile esas olarak toplumsal bir sorun olan şehirleşmeyi düzenleyen hukuk normlarının, düzenlediği konuyu olması gerektiği gibi düzenlemediği yahut olması gerekenin hukuk normunda tam olarak ifade edilemediği, yargı kararları dışında da basit bir gözlemle anlaşılabilir.

Hukuk, toplumsal gerçeklerden bağımsız bir kurum değildir. Hukuk, içinde yer aldığı toplumun ekonomik yapısından, toplumsal ilişkilerinden, toplumsal değer ve normlardan etkilenen bir kurumdur. Elbette ki bu etkilenme, doğa bilimlerindeki nedensellik boyutunda bir etkilenme değildir. Doğa bilimlerinde bile özellikle kuantum fiziğindeki gelişmeler sonucu, özellikle mikro (atom altı) düzeyde nedensellik ilkesi bir zorunluluk içermemekte, olasılık ilkesi dâhilinde belli bir öngörülebilirlik anlamına gelmektedir. Yani artık doğada bile zorunlu bir nedensellik değil olasılıksal bir nedensellik bulunmaktadır (Feynman, 1996: 167-174).

Modern dünyada artık ulusal düzeyde devlet ve ulusal düzeydeki sosyal gerçeklikler tek başlarına hukukun belirleyicisi olmayıp hukuk, uluslar arası düzeyde siyasi örgütlenmeler ve küresel boyuttaki ekonomik ilişkiler ve pratiklerden de aynı şekilde

etkilenmektedir. Yani artık hukuk, ulusal düzeydeki toplumsal sistemin bir parçası olmayıp küresel düzeyde bir toplumsal sistemin parçası haline de gelmiş bulunmaktadır (Yüksel, 2001). Hukuk normunun oluşum ve uygulanışı da bu gelişmeler doğrultusunda küresel ilişkilerden etkilenmek durumundadır.

Görüldüğü gibi hukuk normlarındaki değişikliği oluşturan-tetikleyen talep, ulusal düzeydeki dinamiklerden geldiği gibi ve küresel düzeyde dinamiklerden de gelebilmektedir. Nihayetinde ulusal devlet tarihsel süreçte var olan siyasal örgütlenmelerden birisi olarak kabul edilebileceği gibi, bütün ulusal devletler-toplumlar da küresel düzeyde bir uluslararası toplumsal sistemin alt sistemleri olarak kabul edilebilir. Bu durumda ulusal hukuk sistemlerinin küresel tetikleyicilerden etkilenmesi doğal karşılanmalıdır. Bununla birlikte dünya yüzeyinde tüm uluslar ve toplumlar aynı seviyede olmayıp aralarında yer yer uçurumlar olduğu-olabildiği için etkilenmenin şekli ve sonuçları da farklı olabilmektedir. Gelişmiş bir ülkenin dinamikleri ile gelişmemiş (ya da rahatsız edici olmayan ifadesiyle gelişmekte olan) bir ülkenin dinamikleri aynı değildir. Gelişmekte olan ülkenin, gelişmiş ülkeden hukuk normu ithal etmesi halinde, hukuk normunu ithal eden gelişmekte olan ülkenin toplumsal gerçekliklerinin üstünde bir hukuk normu olarak gelişmekte olan ülkenin gerçekliklerine uyum sağlayamayacağı gibi bu durum meşruiyet krizine de yol açabilecektir. Bu şekilde toplumun sosyoekonomik-kültürel seviyesiyle aralarında bağ kurulamayan bir hukuk, meşruiyet krizini bünyesinde taşımaktadır. Bunun tersi de söz konusu olabilir. Toplumun gelişmesine, ilerlemesine ayak uyduramayan hukuk normları da olabilir. Bu normlar da şekli hukuk normu olarak yürürlükten kaldırılmadıkları yahut değiştirilmedikleri takdirde, uygulanmayan fosil hukuk normu muamelesi görmek durumundadır. Her iki halde de hukukun yaşayan ve toplumun ihtiyaçlarına, beklentilerine cevap veren-vermesi gereken işlevi zedelenmiş olacaktır.

Hukuk normlarının düzenlediği alanı, toplumsal ve reel gerçekliği nazara alarak tam ve gerçekçi tarzda düzenlemesi gerekir. Hukuk normu, toplumsal, sosyoekonomik-kültürel gerçekler nazara alınmadan ihdas edilirse hukuk (normu) ile toplumsal-reel gerçeklikler arasında bir makas-açıklık oluşmaktadır. Bu durum hukukun (normu) toplumsal meşruiyetini sorgular hale getirebilmektedir. Bu durumun tersinden yola çıkarsak toplumsal gerçekliklere uygun hukuk normu, hukuk normunun meşruiyetinin de

sağlayıcıdır. Toplum hukuk normunu benimserse ve gerçekliğine uygun görürse zaten hukuk normunun zorlamaya da ihtiyacı olmaz. Böyle bir hukuk normu aynı anlamda tam anlamıyla meşru bir hukuk normudur.

Ali Nazım Sözer'e göre (2014: 1096-1098), hukuk kurallarının oluşumu, yasa yapma, uygulanması ise yorum yöntemleri ile olup, hukuk normunun üretilmesi, normun düzenleme konusu ve hukuki şekil olmak üzere iki kısımdan oluşur. Örneğin bir kartel yasasında iktisat bilimi, aile ilgili düzenlemelerde ise aile sosyolojisi nazara alınmak durumundadır. Yani düzenleme yapılan olgunun doğası dikkate alınır. Sözer'in belirttiği hukukun düzenleme alanı, hukukun (normun) reel boyutudur.

Hukuk sadece yazılı bir düzenleme olmayıp, kuralların hangi sosyal gerçeklere dayanması gerektiği ve getirilen kuralların etkinliğinin sağlanmasına da yönelik olup, sosyal olguların doğuşu ve gelişimi ile de yakından ilgilidir (A.g.e.:1097).

Ticaret/icra-iflas hukukuna ilişkin bir hukuk normu, ekonomik-ticari hayatın gerçeklerini, ihtiyaçlarını, beklentilerini bilmeden, onları nazara almadan düzenlenmiş olsa ve kısa vadede devlet zoru ile uygulanmaya çalışılsa bile böyle bir hukuk normu düzenlediği alanı tam ve gereği gibi düzenlemediğinden-düzenleyemediğinden işlevini tam olarak yerine getiremeyecektir. Bu konuda somut olarak “iflas erteleme” kurumu belirtilebilir. Şirketlerin borçlarını ödeyememesi, daha teknik ifadesiyle “borca batık” olması durumunda, bunu düzenlemeye dönük bir hukuk normunun etkinliği, şirketlerin iflasına yol açan nedenleri sağlıklı değerlendiren, ekonomik hayatın tüm gerçeklerini nazara alan ve gerek şirketler üzerinde hak sahibi olan sermayedarlar, gerekse şirketten alacaklı olanların, gerekse şirketin devamında faydası olan çalışanların nihayetinde devletin-toplumun hak ve menfaatlerini en optimal düzeyde düzenleyen bir hukuk normu olabilir. İflas erteleme kurumu aktive edilirken; şirketlerin, işletmelerin neden iflasa sürüklendikleri, iflas erteleme kurumunun nasıl kullanıldığı, şirketlerden alacaklı olan şahısların haklarının nasıl sağlanacağı üzerinde etraflıca düşünülmemiş ve 2003 yılında reform gibi getirilmiş olan iflas erteleme kurumu, 2018 yılında İcra İflas Kanununda yapılan ve iflas erteleme müessesesi etkinleştirilirken yapıldığı gibi yine reform olarak tanıtılan bir başka değişiklikte yerini “konkordato” kavramına bırakmıştır.

“Konkordato” kurumunu aktive eden 7101 sayılı Kanunun gerekçesinde: Ekonomi ve hukuk alanlarının birbiriyle yakın ilişki içinde olup bu ilişkinin aynı zamanda bir

ülkenin yatırım ortamının iyi olup olmadığı hakkında fikir vermesi bakımından önemli olduğu, etkin bir hukuk sisteminin, yatırım ortamının iyileştirilmesi için olmazsa olmaz bir şart olduğu ifade edilmiştir. Bunlara ek olarak iflas erteleme kurumunun bünyesinde birçok sorunu barındırdığı, alacaklıların süreçte herhangi bir söz sahibi olmadıkları, 2003 yılından beri uygulanan iflasın ertelenmesi kurumunun, ihdas amacının gerçekleştirilmesi konusunda bekleneni veremediği de itiraf edilmiştir (TBMM, 2018). Konkordato kurumuna ilişkin normatif düzenlemenin toplumsal gerçekliğe ve yapıya uygun olup olmadığı ve düzenlediği alanı tam ve gereği gibi düzenleyip düzenlemediği uygulama ile zamanla ortaya çıkacaktır. Bu süreçte birçok hukuki (norm düzeyinde) değişiklik de elbette yapılacaktır, belki de bu hukuki düzenleme ileride yerini başka bir düzenlemeye bırakacaktır.

Anayasal düzeyde düzenleyici hukuk normunun tam ve gereği gibi olmaması durumuna örnek, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yapısıdır. 2010 yılından önce de yapısı ve işleyişi eleştirilen o zamanki adıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, büyük bir reform olarak sunulan 12 Eylül 2010 tarihli anayasa değişikliği ile üyelerinin nasıl seçileceğine varıncaya dek oldukça ayrıntılı bir şekilde değiştirilmiştir. Anayasanın 2010 değişikliği ile öngörülen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı, işleyişi ve yetkileri; daha sonra Cumhuriyet tarihinde eşi görülmedik bir krize yol açmış, yapılan değişiklik sonucu ortaya çıkan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun çoğunluk olarak daha sonra terör örgütü olarak kabul edilecek bir yapının mensupları eline geçtiği anlaşılmıştır. Bu durum anayasal düzeydeki hukuki düzenlemelerin rasyonel ve toplumsal gerçekler öngörülerek gerçekleştirilmemesi durumunda bunun topluma maliyetinin yerine göre karşılanamayacak boyutlara ulaşabileceğini göstermektedir.

Hukuk normlarının düzenlenmesinde siyasi beklentiler olabilir ve olmalıdır da, fakat hukuk normunun bilimsel ve sosyal gerçeklikler nazara alınmadan, salt siyasal saiklerle gerçekleştirilmesi halinde bu durum, hukukun siyasallaşmasından başka bir amaca hizmet etmeyecektir. Reel gerçekleri nazara almadan ihdas edilen hukuk normunun, öngördüğü alanı gereği gibi düzenleyememesi sonucu etkinliğini kaybetmesiyle birlikte hukukun sosyal meşruiyetini kaybetmesi ile sonuçlanacağı da ortadadır.

Geleneksel toplumlarda hukuk, uyulması gereken ve değişmeyen, toplumla iç içe kurallar bütünüken, modern toplumlarda hukuk normatif düzeyde rasyonel bir sürecin sonucu olarak var olduğu için toplumu değiştirme, toplumu biçimlendirme potansiyeli taşısa bile onun da sınırları vardır. Hukuka böyle reformist yaklaşımlar geri kalmış ülkelerin uygulaması olup, hukuku toplumun sosyokültürel ekonomik koşullardan bağımsız algılama, hukuk normunun düzenleyici işlevinin sınırlarını oluşturur. Nasıl ülkeler sosyal, kültürel, ekonomik açılardan farklı iseler hukukları da aynı şekilde farklıdır. Hukuk, toplumsal gelişmişlik düzeyinin bir sonucudur. Dünyadaki hukuk sistemlerinin farklılığı yalnızca din, ahlak veya gelenek kurallarının farklılığından kaynaklanmamaktadır. Bu farklılık, dünyada yer alan ulusların birbirlerinden çok farklı sosyoekonomik ve bilişsel düzeylerinin farklılığının da sonucudur (Göger, 1979: 7).

Doğa olaylarını akılcı bir şekilde çözme ve anlama çabası sosyal bilimleri ve hukuku da etkilemiştir. Bilimsel anlayışın gelişmesiyle toplumsal olayların da gözlenerek anlaşılabilceği ve rasyonel olarak biçimlendirilebileceği, bunun daha etkin ve verimli sosyal kurumlara ve ilişkilere yol açtığı anlaşılmıştır. Böylelikle hukuk normunun da rasyonel olarak formüle edilebileceği, hukukun düzenleme altına aldığı ya da düzenlemeye çalıştığı kurumun özelliklerini ve tabiatını rasyonel bir biçimde değerlendirerek, olması gerekenin olandan yola çıkarak belirlenmesinin mümkün olduğu kabul edilebilir.

Rönesans ve bilim öncesi zamanlarda hukukun, insanların gereksinimlerine göre değil, a priorik ilkelerden elde edilen bir mahiyet taşıdığı, hukukun normatif bir yapı arz etmediği, bu yaklaşımın, toplumsal olayların gerçek nedenleri ve süreçlerini göz ardı ettiği anlaşılmaktadır. Bilimsel anlayış öncesi hukuk kurallarının etkinliği, insanların gereksinimlerine değil, toplumsal hayatın kalıpları olarak görülen a priorik ilkelere uygunluklarına göre değerlendirilmiştir (A.g.e.: 5). Oysa nasıl doğal olaylar akılcı ve bilimsel yolla gözlenerek ve öne sürülen kuramlar sınanarak anlamaya ve genel kurallara varılmaya çalışılıyorsa, sosyal olaylar ve olgular da gözlenerek en etkin ve verimli şekilde düzenlemelerinin yapılması mümkündür. Sosyal alanlarda her yer ve zamanda geçerli genel kurallara ulaşılmasa da rasyonel olarak optimum düzenlemelerin yapılması mümkündür. “Olan” gerçekliğin bilimsel gözlemi ve rasyonel analizi ile “olması gereken” hukuk normu, toplumsal gerçekliklere ve gereksinimlere uygun, etkin ve verimli bir şekilde düzenlenebilir. Bu gereklilik karşılanmadan yapılan

hukukun “olması gereken” düzeyi, reel ve sosyal gerçekliklere uyumlu olmayacağı gibi, toplumsal beklentileri de karşılayamayacağından işlevsel bir hukuk normu olamayacaktır.

Hukuk tam anlamıyla bir bilim olmasa da hukuk normları, bilimsel bir yöntemle, düzenleme konuları etrafı ve bilimsel bir gözlemle analiz edildikten sonra dizayn edilebilir. Düzenlediği alan tam olarak kavranmadan üretilen bir hukuk normu, sosyal ve fiziksel gerçekliğe uygun olamayabilir. İnsanın rasyonel bir varlık olduğu varsayımı özellikle ekonomide kabul edilmişse de; insanın rasyonelliğin yanında duygusal ve irrasyonel tutum ve davranışlara da sahip olduğu ortadadır.

Hukuk normları kural boyutunda birer önermedir. Bu anlamda doğanın bir parçası olmayıp, insanların bir tasarımıdır. Hukuk normları olması gerekene yönelik düzenlenmelerinden dolayı, emir önermesi-kipi (bir şeyin yapılıp yapılmaması) bildirme önermesi-kipi şeklinde var olabilirse de önemli olan “olması gerekenin” nasıl belirlendiğidir. “Olan” boyutundaki kurum ve ilişkiler tam olarak anlaşılamadan, “olması gereken” boyutundaki düzenlemenin gerçeğe uygunluğu değerlendirilemez.

Hukuk normları düzenlenmeden önce sistem analistliği anlayışıyla düzenlemeye konu alan, tüm öğeleriyle ayrıntılı olarak tanımlanmalı; aralarındaki ilişkiler ve önemli safhalar etrafıca analiz edilerek düzenleme yapılacak kurum, bu kurumun toplumsal paydasını oluşturan temsilcilerin bakış açıları, beklentileri de kavranılmak suretiyle dil bilim uzmanlarından da yararlanılmak suretiyle anlaşılabilir bir hukuk normu hazırlanmalıdır.

Hukuk düzenlemesinde en zayıf olunan nokta bu alandır. Yapılan normatif düzenlemeler işlevlerini gereği gibi yerine getirmedikleri takdirde beklentileri karşılayamamakta bu nedenle de sürekli değişim baskısı altında kalmaktadır.

3.3.4. Hukuk Normu İnsan Haklarına ve Adalete Uygun Olmalıdır (Ahlaki Boyut)

Hukukun en temel varlık nedeni adalet olup, gerek mevcut düzeni savunmak, gerekse onu değiştirmeyi meşrulaştırmak için her zaman adalete başvurulur. Mevcut düzeni korumak için kullanılan adalet, mevcut hukuk normlarına uygunlukla ifade edilen muhafazakâr bir nitelik taşıırken, haksızlıklar karşısında düzenin değişmesi için zihni

idelere dayanan adalet ise objektif ve yasa üstü bir kavramdır. Mevcut hukukun değerlendirilmesinde yararlanılan “ide”, olması gereken hukuk idesi olup, olması gereken hukukun da asli değerlendirme ölçüsü “adalet”tir (Aral, 2012a: 130-131).

Sartori (2017:393), Roma Hukukunda hukuk ve hak kelimelerinin aynı sözcükle (ius) karşılandığını ve egemen tarafından konan bir kural olarak düşünülmeyp, topluluğun adalet duygusunu ifade eden ve somutlaştıran bir kavram olarak görüldüğünü, yani biçimden ziyade içeriğinin de haklı olma nitelik ve değerini taşıması gerektiğini belirtmektedir.

Gözler (1998:58-64), bir hukuk normunun geçerliliğini adalete bağlayan görüşlerin tabii hukuk doktrinine ait olduğunu, fakat adaletin subjektif bir kavram olması nedeniyle adil olup olmadığı değerlendirmesini kimin yapacağının belirsizliğinin bu görüşü zayıflattığını öne sürmektedir. Oysa tüm toplumsal kurumlar gibi, hukuk ve adalet kavramları da insan temelli olduğuna göre, hukuk normunun adil olup olmadığına da nihai olarak elbette bireyler ve toplum karar verir ve bu durum asla bir kaos çıkarmaz. Zaten hukuk normuna karşı adaletsizlik iddialarını esas alan sivil toplum kaynaklı bireysel tepkiler, demokratik toplumlarda, sivil itaatsizlik şeklinde geçerli kabul edilmiş bir davranış şeklidir.

Hukuk, haklar ve adalet olmaksızın tanımlanamaz. Hak ve adalet düşüncesi, hukuk felsefesinin temel meselesi olarak hukuk sistemlerine nüfuz etmiş merkezi kavramlar arasında yer almaktadır. Adaletin tecellisi, hukuk sistemlerinin temel amacı olup adalet, ister pozitivist, ister normatif olsun tüm hukuk sistemlerinin dayandığı ve bu sistemler aracılığıyla gerçekleştirilecek bir erdem olarak hukukun hem varlık hem de evrenselliğinin koşuludur, zira “adalet”, hukukun pozitif yorumunu aşan ve aynı zamanda hukukun evrensellik talebini karşılayan yegâne ilkedir (Saticı, 2018).

Hukuk ve etik birlikteliğine dayanan bir hukuk anlayışına sahip Dworkin’e göre de hukuk, adaletin belirleyici olduğu bir dizgedir (Özkök, 2002 b).

Işıқтаç’ın (2004: 27-28) hukukun fonksiyonları arasında gösterdiği adalete uygunluk kavramı, hukuk konusunda en tartışmalı alanlardan birini oluşturmaktadır. Zira adaletin içeriğinin doldurulması ya da adalete uygun bir tanım verilerek bunun hukuk ile bağlantılanması oldukça sorunludur. Bununla beraber bu zorluk, hukukun adaletten ayrı

değerlendirmesini gerektirmemektedir. Hukuk, toplumsal kurum ve ilişkileri düzenleme iddiasında olduğuna göre bu düzenlemenin adalete uygun olmayan bir şekilde gerçekleştirilmesi kabul edilemez. Zaten sivil toplum, adalet üzerinden kendini yeniden üretebilir. Adaletin olmadığı bir toplumsal yapıda sivil toplum ve bağlantılı olarak ekonomik toplum da gelişemez.

Hukuk, adil olduğu zaman hukuktur. Hukuk normu bir kural, bir düzenleme, bir ilke olarak karşımıza çıkabilir. İlke boyutundaki hukuk normlarının mutlaka adalet ilkesine uygun olması gerekir. Zira ilkesel boyuttaki normlar, toplumun tamamını kuşatmak durumundadır. Aynı şekilde hukuk normunun yaptırım boyutu da, olması gereken niteliği açısından adil olmak durumundadır. Özellikle ceza hukukuna ilişkin hukuk normları belli eylemleri yasaklayarak, yasaklanan eylemin yapılması halinde cezai yaptırımlar öngörürler.

Hukuk sistemi makul insanların fiillerini düzenlemek ve sosyal birlikteliğini sağlamak amacıyla ihdas olunur. Bu kurallar ancak adil olduklarında meşru beklentiler için bir temel oluştururlar (Rawls, 2017: 264).

Hukukun bir bütün olarak toplumda adaleti gerçekleştirmeye yönelik olması, hukukun ahlak ile kesiştiği en önemli nokta olarak insanların vicdanlarına da hitap etmekle içsel bir bağlayıcılık ve meşruluk kazanmaktadır. Ahlaki ve içsel anlamda hukuk normu niteliği kazanmayan (yani adil olarak kabul edilmeyen bir hukuk normu) şekli bir hukuk normu olmak durumundadır. İçsel bağlayıcılık ve meşruiyet taşımayan bir hukuk normunun varlığı sadece devlet zorlayıcılığı ile o da kısa vadede mümkün olabilir (Aral, 2012a: 76).

“Adaletin gereklerine uygun olan bir hukuk sisteminde hukuk normlarının insan haklarından türetilmesi gerekmektedir. Yani insan haklarına dayalı bir hukuk sisteminde hukuk etikle ilgilidir.” Kuçuradi’ye göre de “insan haklarının gereklerini karşılayan bir hukuk sisteminin var olabilmesi için açık bir şekilde kavranmış, etik kaynaklı insan hakları bilgisine ihtiyaç vardır, zira hukuk ahlakla değil, etikle ilgilidir” (Uygur, 2014).

Toplumun vicdanında bir hukuk normunun adalete yönelik olmadığı yönünde bir görüş oluştuğunda, bu hukuk normu tam anlamıyla geçerli bir hukuk normu sayılamaz. Bu bağlamda hukuk normunun adil olup olmadığı meşruluğu ile ilintilidir. Örneğin insan öldürme eylemine (suçuna) hangi ceza verildiği takdirde bu ceza adil olur. Bunun

cevabını hukuk sistemi veremez. Oysa yasaklanan eyleme uygun görülmeyen yaptırım, adaletsizlik sayılmaktadır. Adalet görüldüğü gibi, hukuku aşan bir düşünce, anlayış ve kültürel değer ifadesidir. Somut durumlarda bir hukuk normunun ya da uygulamasının adil olup olmadığı ifade edilebilirse de adalet kavramının salt hukukla anlaşılamayacağı ortadadır.

Hukuk insan yapımı bir eser olarak insanların eylemlerine ortak bir anlam katan “adalet”in kendini gösterdiği bir alandır. Adalet anlayışı, çağdan çağa, bir ülkeden diğerine değişse de adaletin ortak temsiline duyulan ihtiyaç değişmez (Supiot, 2014:21-22). Rawls’a göre de iyi düzenlenmiş bir toplumda adalet kavramının paylaşılan şekilde ve etkili olarak düzenlenmesi, o toplumda neyin adil neyin gayri adil olduğu hususunda kamusal bir anlayışın var olduğunu göstermektedir (2017: 85).

“Adalet”in tarihsel ve kültürel bir bağlam içinde algılanabileceğini belirten Dworkin, kavramın toplumsal bir paradigma dahilinde anlaşılıp uygulanabileceğini öne sürmektedir (Dworkin, 2018:104-107). Dworkin’in paradigma olarak ifade ettiği husus, toplumda o dönemde geçerli anlayış ve değerlendirmedir.

Adalet kavramsal olarak rahatlıkla kullanılabilmeyle birlikte tanımını tam olarak yapabilmek mümkün değildir. Adalet daha somut olarak eşitlik olarak da düşünülebilir. Aral’a göre hukuku bilim yapan kavram adalettir. Aral (2012a: 166), matematik ve mantık gibi değerlerin de düşünsel varlıklar olduğunu, ahlaki değerler arasında yer alan adaletin de varlığın bir görünümü olması nedeniyle onu araştıran hukukun bir adalet bilimi olduğu görüşündedir.

Ahlaka uygun bir hukuk normu, değerler felsefesinin de kapsamına girmektedir. Değerler felsefesi temel olarak iyi-kötü, doğru-yanlış gibi kavramların anlaşılmasına yöneliktir. İnsanın yer almadığı doğada iyi-kötü yahut doğru yanlış gibi bir kavram bulunmamaktadır. Biyolojik yapısının dayandığı maddi dünyada iyi-kötü, doğru-yanlış gibi kavramlara yer yok iken, insanların kurduğu toplumsal yapıda özellikle hukukta iyi-kötü, doğru-yanlış gibi kavramlar nereden doğmaktadır yahut işlevleri nedir? Bunun cevabını vermek oldukça zor olmakla birlikte bu durum, hukuk normunun da nesnel bir varlığının olmadığını, arkasında toplumun menfaatini ve ortak iyiliğini yansıtan normların genel olarak iyi ve doğru olarak kabul edilebileceğini göstermektedir. Bu tanımla iyi-kötü ve doğru-yanlış gibi kavramların doğaüstü değil, toplumun

menfaatine olduğu takdirde iyi ve doğru olarak tanımlanabileceği kabul edilebilir. Bu tanımla bu tür ahlaki değerlendirmelerin, toplumdan topluma, insandan insana değişebilmesi de anlaşılabilmektedir. İçinde bulunulan toplumun (yahut alt toplumsal birimlerin) bakış açısı ve menfaatleri iyi ve kötü, doğru ve yanlış kavramlarını şekillendiriyorsa ki öyledir bu takdirde tüm toplumları kuşatan ortak bir iyi-kötü yahut doğru yanlış kavramı ve bu doğrultuda bir hukuk normu ihdas etmenin zorluğu anlaşılabilecektir. Fakat gene de her bir toplumun iyi-kötü ve doğru-yanlış kavramlarından kesişen ortak iyi-kötü, doğru-yanlış kavramlarının bulunduğu da kabul edilebilir.

İnsanlığın ortak kültür ürünlerinden olan soyut adalet inancı, hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet gibi evrensel hukuk değerleri biçiminde ortaya çıkmakta, evrensel hukuk değerleri de somut evrensel hukuk ilkelerine, onlar da somut hukuk disiplinleri bünyesinde hukuk normuna dönüşmektedir (Gürbüz, 2013: 236). Gürbüz’n bu ifadesinin “dönüşmelidir” şeklinde okunması, reel hukuksal gerçekliğe daha uygun düşebilir görünmektedir.

Hukuk normu, insan eylemlerine yöneliktir, fakat hukuk gibi insan davranışlarına yönelik ahlak normları da bulunmaktadır. Bu yönüyle hukuk ve ahlak kesişmektedir. Ahlak normları da hukuk normları gibi, belli bir durum olduğuunda belli bir şekilde davranılmasını buyurmaktadır (Aral, 2012a: 69 v.d). Zorlayıcılık anlamında da ahlakın da kendine özgü bir yaptırımını bulunmaktadır. Ahlakın toplumsal boyutu olmakla birlikte temel olarak insanın öznel yaşantısına ilişkin dev ve yükümlülükler içermektedir. Hukuk ise bireysel yaşamla ilgilenmez ve ancak birden fazla insanın söz konusu olabileceği toplumsal düzeyde var olabilir.

Hukuk normları arasında ahlaki normların da düzenleme alanına giren normlar bulunmakla birlikte, ahlaki bir içerik taşımayan, bir değer içermeyen sadece düzenlemeye yönelik hukuk normları da bulunmaktadır. Örneğin trafiğin düzenlenmesi için ihdas edilen hukuk normları, ahlaki bir değer içermeyip, salt bir düzen kurmaya yönelik normlardır. Ahlaki bir değer içermeyen normlar tam anlamıyla nesnel hukuk normları olarak kabul edilebilir. Fakat teknik düzeyde düzenleme içeren hukuk normları yanında ilkeler ve değerler içeren hukuk normları da bulunmaktadır. Anayasal hukuk

normları arasında düzenleme içeren (devletin temel yapısına ilişkin normlar) kadar ilkeler düzeyinde ahlaki normlarla kesişen normlar da bulunmaktadır.

Timasheff, değerlerden yola çıkarak, teknik kurallar ile etik kurallar ayrımı yapmaktadır. Teknik kurallar daha göreceli ilkeler olup, “olması gereken, etik bir ortak iyi değer” taşımayıp, daha ziyade belli bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik normlardır. Etik kurallar ise insan iradesinin sonucu olup, değer üzerinden davranışın neden yapılması gerektiğini açıklarlar (Can, 2002). Ceza hukuku normları, büyük oranda bu tür kurallara dayanır.

Hukukun peşinde olduğu ideal açıkça adalettir, fakat adalet de sonu olan bir nitelik olarak kavramsallaştırılamaz. Postmodern düşünür Derrida’ya göre adalet hukukun hiçbir zaman erişemeyeceği aşkın bir durum olup, sonsuzdur ve hesaba gelmez, oysa hukuk “istikrarlı ve yasal kılınabilir, hesaba gelir, tanzim edilmiş ve kodlanmış bir yönergeler sistemidir” (aktaran Cotterrell, 2018: 379).

Sonuç olarak hukukun yansıttığı adalet, ahlaki bir değer olmak zorundadır (Aral, 2012a: s.93). Görüldüğü gibi, hukukun nihai amacı olarak kabul edilen adalet, esasen ahlaki bir ilkedir. Adaletin ahlaki bir değer olmasından dolayı, hukukun da ahlaki bir ilkeyi amaç edindiği, bu itibarla hukukun felsefeyle olan ilgisinde etîğin bir parçası olduğu ifade edilmektedir (Uygur, 2014: 161).

3.4. İdeal Tip Hukuk Normunu Karşılamayan Normların Sonuçları

3.4.1. Yorum Sorunları

Yorum, hukuk için hayati bir konudur, zira hukuk normları yazılı metinler olup, yazılı metinlerin anlamının belirlenmesi yani yorum, yazılı kültüre dayanan toplumsal yapının da temelini oluşturmaktadır. İletişim ve göstergebilim anlamında mesajın çözülmesi anlamına gelen yorum, hukuk normunun ne anlama geldiğinin muhataplarınca anlaşılması sürecidir.

Hukukun kaynağı ve hedefi sivil toplum olduğundan hukuk üzerinde nihai söz ve yorum hakkının sivil topluma ait olduğu kabul edilmelidir. Sivil toplumun, (siyasal toplum üzerinden) pozitif hukukla bağı bu şekilde kurulunca, yorumun salt bir siyasal toplum etkinliği olmadığı-olamayacağı ortaya çıkmaktadır. Bundan yola çıkarak da

siyasal toplum ya da daha geniş olarak devlet bünyesindeki yorumun, sivil toplum aleyhine sonuç üretebilir niteliğinin önlenmesi gerekir. Hukuk için yorum kaçınılmaz bir etkinlik olduğundan, yorum yoluyla hukukun asli amacının dışına çıkmamasının sağlanması gerekmektedir. Buna ek olarak insan hak ve özgürlükleri ile adaleti, yorumun merkezine yerleştirecek bir hukuk ve yorum anlayışı da geliştirilmelidir. Yorum olmadan hukuk da olamayacağından, hukukun ideal tipte oluşturulmasıyla, yorumdan kaynaklanan sorunların asgari düzeye çekilmesi sağlanabilir. Hukukun genel ve birörnek uygulanması, hukuki güvenlik için vazgeçilmek bir özellik olup, yorum yoluyla farklı uygulamaların oluşmasını önlemek hukuk devleti anlayışının bir gereğidir.

Fuller (2016: 102-103)'e göre, hukuk ile resmi işlem olarak ifade edilen uygulama arasındaki en hassas nokta yorum meselesidir. Hukukilik yargıçların ve kamu görevlilerinin yazılı hukuk kaynaklarını uygulamalarını emreder, fakat bunun keyfi veya lafzî bir şekilde değil, hukuk düzeni ile uyumlu yorum ilkelerini uygun yapılmasını gerektirir. Yazara göre common law hukuk sisteminden çıkarılan bu yorum ilkeleri şunlardır:

1. Kanun değişikliğinden önceki hukukun ne olduğu belirlenmelidir.
2. Hukukun değişiklikten önceki sorunu ve kusuru belirlenmelidir.
3. Parlamento hukuk değişikliğini gerektiren sorunun çözümü için bu konuda ne çare öngörmüştür bu belirlenmelidir.
4. Parlamentonun çözümünün gerçek gerekçesi ortaya çıkarılmalı ve mahkemeler önlerine gelen sorunlara bu çareyi belirlenmiş amaç doğrultusunda uygulamalıdır.
5. Kanun sadece hâkimlerin tam olarak gerekçelerini anlayabileceği bir şey olmamalı ve anlamayanlara karşı bir tuzak olarak kullanılmamalıdır. Bunu sağlayabilmek için de kanunun amacı ile yönlendirilen kişiler (vatandaşlar) açısından nasıl anlaşılacağı konusu da değerlendirilmelidir.

Felsefî anlamda bir metnin okunması asla basit bir şifre çözümü olmayıp, anlamlı kılma tarzı içinde söylenen şeye ilişkin kavrayıştır. Kavrama ise okuduğumuzda yaptığımız şeyin bir şeyi oluşturmaktan çok anlamak gibi bir şey olduğunu düşünmemize imkân veren bir metafordur. Söylenen şey daima metnin okumasının ya da incelemesinin

içinde gerçekleştiği duruma gömülü söylenmemiş, konuşulmamış bir şeyi varsayar (Bruns, 2002:140-141). Burada kastedilen husus, yorumun önyargısız bir kavrayış olmadığı, önceden var olan bir yapının üzerine inşa edildiği, bir metni anlamlı kılmanın, geniş bir önceden belirlenmişlikler yapısını gerektirdiğidir.

Klasik anlamda yorum, normda içkin olan anlamı ortaya çıkarabilme yöntemi-sorunu olup, yorum yapmak; normun anlamını belirginleştirerek anlamını daha iyi ifade eden sözcüklerle objektif olarak açıklamaktır. Bu tanımlama, eksiksiz bir hukuk düzeninin var olduğu ve normun belirli bir anlam içerdiği şeklindeki varsayımlara dayanır (Metin, 2008: 11-13).

Hukukta yorum, genelde yargı organlarının bir işlevi gibi kabul edilmekle birlikte aslında hukuk normu ile muhatap olan ve olması muhtemel tüm birimlerin ortak etkinliğidir. Hukuk sadece yargı organları için değildir. Hukuk devletin dilidir. Devlet hukuk aracılığı ile toplum ve muhatabı olduğu bireylerle ilişki kurar. Devletin yegâne yönetim aracı da hukuktur. Devlet hukukla yönetir. Bu özellikleri karşısında hukuk normunun muhataplarının hukuk normunu ihdas eden kurum dâhil herkes olabileceği anlaşılmaktadır. Hukuk normunun düzenlemesi çerçevesinde ilk muhatabı o hukuk normunu uygulamak durumunda olan kamu organlarıdır. Kamusal birimler, faaliyetlerinin hukuki çerçevesini çizen ve genelde usul kuralları şeklinde olan kurallara uygun faaliyette bulunmak zorundadır. Elbette ki hukuk normları örgütlenme öngörüyorsa bu çerçevede örgütlenmenin de hukuk normlarına uygun gerçekleşmesi gerekmektedir. Fuller, kural ile eylemin birbirine uygun olması gerektiğini, yanlış yorumlama, hukuka erişimin olmaması, bir hukuk sisteminin bütünlüğünün nasıl korunacağına ilişkin kavrayış yetersizliğinin bu uyumu zayıflatabileceğini belirtmektedir.

Hukuk, uygulama boyutunda diğer bilim dallarında uygulanan yöntemler arasında en fazla yorumdan (hermenötik) yararlanabilmektedir. Hukukta yorum, akıl yürütme, tümevarım ve tümdengelim yöntemleri şeklinde uygulanmaktadır (Sözer, 2014:1097).

Hukukta yorum olarak adlandırılan kod çözüm yöntemleri, kanun koyucunun anlamını belirlemede öncelikli olarak metnin lafzî anlamını esas almak durumundadır. Metnin yazılı anlamından çıkarılan yahut çıkarılabilen sonuç, hukuk normunun lafzî

yorumudur. Bazen bu yorumdan bir şey anlaşılamamakta ve kanun boyutundaki hukuk normları açısından kanun koyucunun hukuk normunu koyarken güttüğü amaç, amaçsal yorum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında başka yorum yöntemleri de bulunmaktadır. Yorum konusu hukukta başlı başına bir bağımsız bir bölüm olduğundan yorumla ulaşılan sonuç hukuk normunun nihai anlamı olmaktadır. Yorumların farklılığının bir şekilde sonlandırılması gerekmekte olup, yargı organları anlamında yüksek yargı organlarının hukuk normunun ne anlama geldiği ve nasıl uygulanması gerektiği konusunda son sözü söyleyen kurumlar olduğu kabul edilmektedir. Bu bir anlamda zorunluluk olup, normun ne anlama geldiği ve norm ile neyin amaçlandığı konularında ortaya çıkan farklı yaklaşımların sonlandırılması ve hukuk normuna yeknesak bir anlam verilmesi, hukuk normunun belirlenebilir olması anlamında bir zorunluluktur.

Rawls'a göre yargıçların veya hukuk normunu uygulamakla yükümlü olanların, hukuk kuralını yanlış uygulaması ya da yorumlaması, haksız fiilin bir türüdür (2017:263).

Yorum konusunda Dworkin, yorumun içeriğini sağlayacak olan ve üzerinde tam bir uzlaşma gereken kurallar ve standartların belirlenmesini, yorum öncesi safha olarak adlandırmaktadır (2018: 95-98). Dworkin'in bu tanımlaması, yorumun üzerinde inşa edileceği genel kabuller, değerler, inançlar anlamında ortak bir paradigma olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde yorum öncesi safha, bir oyun öncesinde üzerinde uzlaşılan kurallar olarak da görülebilir. Bu anlayış doğrultusunda oyunun, öngörülen kurallara göre oynanması da yorum safhasına karşılık gelmiş olmaktadır.

Korucu (2014:111), bir hukuk düzeninde yasama ve yürütme faaliyetlerinin öngörülebilir olabilmesi için pek çok kural ve mekanizma bulunduğunu, bununla birlikte yargı bakımından buna benzer kurallar belirlemenin daha zor olduğunu, yargı açısından “yorumsal tutarlılık” ve “içtihadi bütünlük” sağlanması durumunda yargı kararlarının da daha öngörülebilir olmasının mümkün olduğunu öne sürmektedir. Yorumsal tutarlılığın sağlanabilmesi ve bunun yargı bağımsızlığıyla bağdaştırılabilmesi için hukuk normları oluşturulurken ideal tip hukuk normunun bir özelliği olan “belirlilik ve açıklık” ilkesine uygun olacak şekilde norm ihdas edilmesi gerekmektedir.

Anayasa altı hukuk normlarına örnek olarak verilebilecek vergi kanunları, vergi toplama konusunda örgütlenme dışında genel olarak vergi usulüne ve verginin özel niteliği dâhilinde nasıl tarh ve tahakkuk ile tahsil edileceğine ilişkin düzenlemeler içermektedirler. Bu özelliği ile vergi kanunlarının birinci muhatabı bu kanunu uygulamak durumunda olan kamu kurumlarıdır (maliye organları). Bu konudaki kanunlar o kadar muğlâktır ki kanunun nasıl uygulanacağı konusunda sürekli genelgeler çıkarılmaktadır. Bu nitelikteki kanunların ve elbette ki kamusal birimlerin kanunu nasıl uygulayacaklarına dair ilkeler içeren genelgelerin bir diğer muhatabı da toplumda vergi verme durumunda olan mükelleflerdir. Zira bireyler de vergiyi doğuran olayların neler olduğunu ve kamu kurumlarınca nasıl değerlendirme yapıldığını bilmek durumundadır. Vergi hukukunda mukteza (özelge) olarak adlandırılan ayrı bir idari işlem türü bulunmaktadır. Mukteza, mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulamaları bakımından kendilerine açık olmayan ve duraksama yaratan konular hakkında yetkili makamlardan yazılı olarak açıklama isteminde bulunmaları üzerine, bu makamlarca konuyla ilgili olarak verilen yazılı açıklamalar olup, özü itibarıyla ilgili hukuk normunun nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin kamu kurumunun görüşüdür. Üst hukuk normunun uygulanmasında kamu kurumunun üst yönetimince uygulama birliğini sağlama adına alt (operasyonel, uygulama boyutundaki) birimlere verilen idari işlemler türüne göre olağanüstü bir sayıya ulaşabilmekte ve sürekli değişebilmektedir. Bu idari işlemlere ulaşmanın ötesinde güncelini temin etmek de ayrı bir sorundur.

Kamu kurumları ile bireyler arasında hukukun anlaşılması ve uygulanışına dönük farklı bakış açısı ve değerlendirmeler olduğunda son sözü yargının vermesi gerekecektir. Vergi yargısına bakan mahkemeler ilk dereceden son dereceye kadar yasa ve genelge şeklindeki hukuk normunun ne anlama geldiğini ve nasıl uygulanması gerektiğini nihai olarak belirlemek durumundadır.

Hukuku, yoruma dayalı bir kavram olarak kabul ederek, hukukta yorumu da Common Law hukuk geleneği doğrultusunda yargıçların bir etkinliği olarak değerlendiren Dworkin, yargıçların yorumlarını, diğer yargıçların da yazdığı bir romana eklenen bir sayfa ya da bölüm olarak görmektedir. Böylelikle Dworkin, hukuksal bütünlüğü, romansal bütünlük üzerinden daha önce yazılan sayfa ya da bölümlere uyumlu bir

ekleme yapılması olarak “zincirleme roman” kavramıyla metaforize etmiş olmaktadır (2018: 285-297). Dworkin’in yaklaşımında zincirleme romana yeni bir ekleme yapacak olan yargıcın, romanın daha önceki bölümlerini okuması, anlaması yani yorumlaması gerekmektedir. Böylelikle romanın nasıl yazılacağını da bilmesi gereken yargıcın yazacağı yeni sayfa ya da bölüm, diğer yazarlar olarak görülen yargıçların yorumlarıyla oluşturdukları sayfa ve bölümlerle uyumlu olmak zorundadır. Romanın öncesi okunmadan, anlaşılmadan, yorumlanmadan romana ekleme yapılması, romanın bütünlüğünün bozulması anlamına gelmektedir.

Turhan (2014), bir kuralı uygulamak durumunda kalan kişinin ister istemez uygulayacağı kuralı önce anlaması, anlayabilmesi için de yorumlaması gerektiğini; yorumun açıkça anlaşılamayan söz, metin veya davranışa bir amaç veya anlam yüklemek olduğunu belirtmektedir. Yasaların uygulanabilmesi için bu metinlerin yorumlanması gerektiğini, bu nedenle hukukta yorumun önemli olduğunu belirten Turhan, anayasa mahkemesi yorumlarının ancak anayasa değişiklikleri yoluyla aşılabilmesi nedeniyle anayasa hukukunda yorumun daha da önemli olduğunu ifade etmektedir.

Yorumlanacak hukuk normu, anayasal düzeyde olduğu takdirde “yorum” tüm ülkenin kaderini etkileyecek bir nitelik taşıyabilmektedir, zira Anayasa, hukuki anlamda normlar hiyerarşinde en üstte yer almaktadır. En üst hukuk normu olarak kabul edilen anayasa, cari olduğu toplum ve devlet yapısında tüm hukuk normları ile tüm devlet organlarını bağlar. Bu anlamda anayasalar sivil toplum ile siyasal toplum kesişme bölgesinde yer alan hukuk normlarının en önemlisidir

Dworkin’e göre yorum, metni yazanların neyi söylemeyi amaçladıklarının tespiti olup, yazara göre bu yorum “yapıcı yorum”dur. Dworkin, anayasa koyucuların anayasalara soyut emir ve yasakları koyma nedenlerinin belirsiz hükümler koymak olmayıp, bunun bilinçli olarak “ilke”lerin ifade edilme yöntemi olduğunu da öne sürmüştür (Turhan, 2014).

Anayasal düzeydeki normlar açısından yargısal denetime ilişkin yapılacak yorumun kapsamı, ilkeleri ve sınırlarının belirlenmesi konusunda temel olarak iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş anayasanın yürürlüğe girdiği tarihteki özgün anlamının

esas alınması gerektiğini, anayasaların zamana göre değişmeyen sabit bir anlamı olduğunu öne süren “orijinalist” görüş, diğeri ise anayasanın değişen toplumsal koşullara uyarlanması gerektiğini öne süren “yaşayan anayasa” görüşüdür (Korucu, 2014: 79).

ABD’deki orijinalistler ile orijinalist olmayanlar arasındaki tartışmanın canlılık ve zenginliğiyle birlikte yorumun daha bir önem taşımasının nedenini; ABD Anayasasının 1787 tarihli olması ile anayasa değişikliğine gitmenin zor olmasına bağlayan Turhan (2014), Dworkin’in ortaya koyduğu yorum kuramının, arkaik bir anayasanın günümüz koşullarına uyarlanması olarak adlandırılabilceğini ifade etmektedir.

Anayasada konuyla ilgili açık ve kesin bir hüküm bulunması halinde yoruma gerek duyulmaz. Anayasada açık ve kesin bir düzenleme yoksa anayasanın yorumlanması gerekir. Anayasanın yorumlanması, anayasanın güncellenmesi, anayasanın döneme uyarlanmasıdır. Bu uyarlanma hem devlet organları, hem de tüm topluma yöneliktir (Metin, 2008: 32-33).

Eğer yorum olmasa belirli bir zaman ve toplum yapısında oluşan hukuki metinlerin, daha sonraki zaman ve toplumlara uygulanması söz konusu olamaz. Zira her hukuki metin, özellikle anayasalar, belli bir döneme ait toplumsal koşulların, geleceğe dönük düzenlemeleridir. Hukuki metinler sabit kalırken, toplum sürekli değişmekte, yenilenmektedir. Sabit bir metnin, değişen bir topluma uygulanması, yorumu gerektirir. Bu sayededir ki çeşitli değişiklikler ve eklemeler olsa da 1787 tarihli ABD Anayasası, Federal Mahkemenin kararlarıyla halen yürürlükte tutulmaktadır. “Yaşayan anayasa” kuramcılarının katı anayasaların değiştirilmesinin zorluklarına karşı “yorum”un, anayasanın değişen koşullara uyarlanmasını sağlayan daha elverişli bir yöntem olduğunu kabul ettikleri, hatta bir kısım ılımlı orijinalistlerin dahi anayasada yer alan belirsiz ifadelerin yargı tarafından somutlaştırılmasına itiraz etmedikleri belirtilmektedir (Korucu, 2014: 82-83).

Anayasal metne sadık kalma gereği ile toplumsal değişikliklerin yakalanması gereği arasındaki gerilimin aşılabilmesine yönelik hukuki problemlerin özünde, yorum meselesinin bulunduğunu kabul eden Dworkin, “ahlaksal okuma” olarak ifade edilen kavramla, anayasal düzeydeki siyasi metinlerin adalet ve siyasal ahlaka göndermede bulunan ahlaksal ilkeler temelinde yorumlanması gerektiğini öne sürmüştür (Turhan,

2014). Yazar, Dworkin'in anayasalarda yer alan soyut hükümlerin belirli anlayışları değil, belirli kavramları tanımladığını kabul ederek bu yolla ahlak felsefesi ile anayasa hukukunun birleştirildiğini ifade etmektedir.

Sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki en önemli alanlardan birini oluşturan, Türkiye'de kendisine olağanüstü özellikler yüklenen ve sorunların çözümü için bir anahtar rolü biçilen Anayasa, gerek yapılışı, gerek uygulanışı, gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanma şekliyle yeni sorunlara yol açabilmektedir. Anayasada yer alan ifadelerin genel ve soyut nitelikli olması halinde, bu ifadelerin yer aldığı düzenlemelerin yargı tarafından belli bir biçimde yorumlanarak somutlaştırılması, yargının uyması gereken anayasal sınırların bizzat yargı tarafından belirlenmesi anlamına gelmektedir. Fakat anayasal hükümlerin genel ve soyut ifadelerden oluşması durumunda, yargısal yorumun hangi ölçülere göre yapılacağı yahut yorumun sınırlarının nasıl belirleneceği gibi hususlarda tam bir yanıt verilememektedir (Korucu, 2014: 15).

Bu konuda Türk Anayasa hukuk tarihinin en tartışmalı kararlarından biri, Anayasa Mahkemesinin “367” Kararı olarak bilinen karardır (AYM, 2007). Bu karar, değil kanunların, ya da daha alt düzey hukuk normlarının, Anayasal düzeydeki hukuk normlarının bile ne anlama geldiğini anlamının kolay olmadığını, hukuk normlarının yorumunun, devletin ve toplumun tamamını ilgilendirecek tarzda sivil ve siyasal toplumun aleyhine sonuç doğurabilecek sorunlara yol açabileceğini göstermiştir. Bu kararla Anayasa Mahkemesi, cumhurbaşkanlığı seçimi açısından ne pozitif hukuk metinlerinde ne de doktrinde, ne de söz konusu hükümlerin Danışma Meclisindeki tartışmalarında ve Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında dile getirilmeyen ve öngörülme “nitelikli toplantı yeter sayısı” kavramı ihdas ederek bu kararı vermiştir. Korucu (2014:90), Anayasa Mahkemesinin bu kararını “Anayasanın Orijinal Anlamı Gözardı Edilerek Gerçekleştirilen” yargısal aktivizm olarak nitelendirmektedir. Bunun dışında Korucu, Anayasayı hazırlayan kurucu iradenin böyle temel bir konuda niçin bu kadar dolaylı bir anlatım yoluna başvurduğunu ve açıkça düzenleme yapmak yerine neden bu kadar üstü örtülü bir ifade biçimini seçmiş olabileceğini haklı olarak sormaktadır. Bunun cevaplarından birisi, ideal tip hukuk normu bir yana normal, standart bir hukuk normu oluşturma konusunda bile esaslı bir formasyonun olmayışıdır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararındaki aktivizm olarak nitelenen ve yorum yoluyla anayasa değişikliği olarak da kabul edilebilecek kararı bununla da sınırlı kalmamıştır. TBMM kararları, Anayasa Mahkemesi'nin görev tanımında yer almamaktadır. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin cumhurbaşkanlığı seçimine yönelik ilk turda almış olduğu kararı, eylemli içtüzük değişikliği yorumuyla denetleyebileceği işlemler kapsamına sokarak TBMM'nin işleyişini dahi durdurabilmiş ve daha sonraki turlara ilişkin yapılması gereken toplantıların yapılmasını da engellemek suretiyle Cumhuriyet tarihinde görülmemiş bir kriz ve kaosun kapısını aralamıştır. Oysa TBMM İçtüzüğü de dâhil olmak üzere herhangi hukuki bir düzenlemeye aykırı karar alınması sadece o düzenlemeye aykırılık olabilir (A.g.e.: 92-96). Normatif bir düzenlemeye aykırı bir kararın, eylemli İçtüzük değişikliği olarak kabul edilerek bu kabul üzerinden böyle bir karar alınabilmesi, yorumun geldiği boyutu göstermesi bakımından oldukça önemlidir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizm olarak da kabul edilen “367” kararından, cumhurbaşkanının nasıl seçileceğine ilişkin bir düzenleme getiren anayasal düzeydeki hukuk normunun bile açık seçik ve net bir şekilde düzenlenmediği-düzenlenemediği sonucu çıkarılmaktadır. Anayasal düzeydeki bir normun bu şekilde ifade edilebilmesinden yola çıkılarak, alt düzeydeki hukuk normlarının yürütme ve yargı organları tarafından, sivil toplumun kendisini yeniden üretmesini önleyecek tarzda nasıl yorumlanabileceği kolaylıkla görülebilir.

Hukuk normlarının en üst düzeyden, en alt düzeye kadar, belirli-açık ve sivil ve siyasal toplum unsurlarının aynı şekilde anlayabileceği bir hukuk diliyle ifade edilmesi ve bu anlayış doğrultusunda gerekli adımların atılması artık geciktirilemeyecek ölçüde zorunlu ve acil bir ihtiyaç haline gelmiş görünmektedir.

3.4.2. Yargısal Aktivizm

Anayasa yargısının meşruiyeti bağlamında yargısal sınırların belirlenmesini tanımlamak üzere kullanılan yargısal aktivizm, esasında tüm yargıya teşmil edilebilecek bir kavram olma özelliği taşımaktadır. Sadece yargı organları değil tüm kamu kurumları da hukuk kurallarını adil, tarafsız, öngörülebilir ve yeknesak uygulamak zorundadır. Hukuk

kurallarının muhatabı yalnız yargı organları olmayıp, yürütme ve kamu kurumları da aynı şekilde hukuk normlarının muhatabıdır.

Kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinin yargı denetimine bağlı olması, kamu kurumlarının hukuk normlarını nazara almamasını değil, bilakis daha dikkate almasını gerektirmektedir. İdari yargıya akseden davalar, idarenin yani kamu kurumlarının, genel olarak hukuk normlarını hukuka aykırı uyguladığı iddiasına dayanmaktadır. Yasa düzeyindeki hukuk normlarının genel en son maddesi olan yürütme hükmünde, daha önceden Bakanlar Kurulu'nun yürütmekle yükümlü olduğu yazılıyken, bugün için yasanın yürütülmesinden Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olduğu ifadesi yer almaktadır. Yargı organlarının hukuk kurallarının dışına çıkması yargısal aktivizm olarak kabul edilirse; kamu kurumlarının, idarenin hukuk dışına çıkması da “idari ya da yönetsel aktivizm” olarak adlandırılabilir.

Hukuk kurallarının adil, tarafsız, öngörülebilir ve yeknesak uygulanması hukuk devletinin bir gereği olup, aksi durumda hukukun ne olduğunun herkes tarafından bilinmesi mümkün olmayacaktır. Hukuku uygulama durumunda olan yargıçların, kişisel, siyasi yahut felsefi referanslarıyla hukuk yaratmaları yargısal denetimin doğasına aykırı olup, yargısal aktivizm, en basit tanımıyla yargının olağan denetim sınırlarının aşılmasıdır. Yargı organlarının aktivizmi sonucu, yargı kararlarıyla, yasama tasarrufları arasında bir uyumsuzluk olduğu ifade edilmektedir (Korucu, 2014: 51). Aynı uyumsuzluk idarenin hukuk normlarının dışına çıkması ve yargı kararlarını uygulamaması durumunda da ortaya çıkabilir.

Yargısal aktivizm, yargı organlarının özellikle Anayasa Mahkemesinin siyasi nitelikli karar alması temelinde olumsuz bir çağrışım içerse de hukukun esasen bir yorum olup, anayasanın siyasi bir metin olmasından dolayı anayasa hükümlerinin yorumunun her halükarda siyasi olacağı kabul edilebilir. Korucu'ya göre (A.g.e.:17) yargısal aktivizm, anayasa metninin genel ve soyut ifadelerden oluşması nedeniyle belirsiz olması durumunda veya kurucu iradenin farklı biçimlerde yorumlanabildiği hallerde anayasaya uygunluk denetimi yönünden kaçınılmaz bir durum olup, demokratik siyasal sistemler açısından hem bir tehdit oluşturmakta, hem de bir güvence sağlamaktadır. Hatta yazar yargısal aktivizm kavramının, sonuçlarından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini, aktivizm yoluyla demokratik işleyişin etkisizleştirilerek özgürlükler

bakımından sakıncalı birtakım kararlar alınabileceğini, bununla beraber hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak nitelikte isabetli kararlar da alınabileceğini ifade etmektedir. Korucu, yargısal denetimden kaçırılmak istenilen parlamento kararları gibi yasama işlemlerinin denetlenmesini mümkün kılan yargısal aktivizmin olumlu olduğunu belirtmektedir (A.g.e.: 97-99).

Korucu, yargısal aktivizmin bir yönden anayasal değişim sürecinin bir unsuru ve hakların güvencesiyken, bir başka yönden denetimsiz ve çoğunluk kuralıyla dengelenmediği takdirde demokratik karar alma sürecini etkisizleştiren ve hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldıran bir nitelik taşıyabileceğini ifade etmektedir. Böylelikle yargısal aktivizmi, birey hak ve özgürlüklerini geliştiren şekilde uygulandığı takdirde olumlu kabul eden yazar, siyasete yönelik meşru olmayan müdahale boyutundaki aktivizmi ise olumsuz olarak nitelendirmektedir (A.g.e.: 141-142).

Mahkemeler, kararlarının gerekçesini ayrıntılı olarak belirtmek zorundadır. (Olumsuz) Yargısal aktivizm olarak nitelendirilen kararlar da şekli bir gerekçe içermekle birlikte, bu gerekçelerden, karar sonucuna ulaşmak, genel mantık kuralları ile hukuksal çıkarım ilkelerine uygun düşmemektedir. Yani o gerekçelerden o sonucun çıkarılması, yargısal kararlar muhatap olan kurumlar ve toplumun çoğunluğu nezdinde hukuken geçerli görülmemektedir. Bununla beraber yargı kararlarının ne zaman yargısal karar alma ilkelerine dayandığı, ne zaman kişisel ve siyasal saiklere dayandığının anlaşılması, o kadar kolay olmayıp, ayrıntılı bir analizi gerektirebilir (A.g.e.: 63).

Tüm ülkeyi ilgilendirme boyutuyla Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi önemli olabilirse de yargısal aktivizm, sadece Anayasa Mahkemesi ile sınırlı değildir. Örneğin ilk derece mahkemesinin direnme hakkı olmadığı bir yüksek yargı kararına uymaması da yargısal aktivizm olarak tanımlanabilir, zira bu durumda da ilk derece yargı organı hukuk normlarını bir şekilde yorumlayarak eylemini gerekçelendirecektir.

Anayasa yargısının meşruiyeti başka bir konu, Anayasa Mahkemesinin Anayasa normlarını (meşruiyetini tartışma konusu yapacak ölçüde) yorumlaması-değerlendirmesi başka bir konudur. Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizm olarak adlandırılan, fakat aslında fonksiyon gaspı olarak da görülebilecek etkinliğinin nedeni, Anayasa Mahkemesi'nin girdisini oluşturan Anayasal düzeydeki hukuk normlarıdır.

Hukuk normlarının bilinçli ya da bilinçsiz şekilde ideal tipten uzak oluşturulması, Anayasa Mahkemesi'ne de yargısal aktivizm olarak adlandırılan etkinlikte bulunmasına fırsat tanımaktadır.

1982 Anayasasının yargısal aktivizme çok elverişli hükümler ihtiva ettiğini öne süren Özbudun, Anayasanın devletin temel niteliklerini tanımlayan ve değiştirilmesi mümkün olmayan ilk üç maddesinde “Toplumun Huzuru, Milli Dayanışma ve Adalet” gibi fevkalade geniş ve tanımlanması imkânsız kavramların yer aldığını belirterek; Anayasanın ikinci maddesinde yer alan “Atatürk Milliyetçiliği, İnsan Haklarına Saygı, Hukuk Devleti, Demokratik Devlet, Laik Devlet, Sosyal Devlet” gibi kavramların da hayli değişik tanımlanabileceğini ifade etmektedir. Özbudun, bunlara ek olarak Anayasa metnine dâhil sayılan Başlangıç bölümünde yer alan Türk Milli Menfaatleri, Türklüğün Tarihi ve Manevi Değerleri, Atatürk Milliyetçiliği, İlke ve İnkılapları ve Medeniyetçiliği gibi kavramların daha müphem ve tanımlanması imkansız olduğunu belirtmektedir. Yazar bu tür geniş ve belirsiz kavramların, Anayasa Mahkemesi'ne aktivist bir tutum izleme yolunda büyük imkânlar tanıdığını öne sürmektedir (Özbudun, 2014: 162). Özbudun'un belirttiği tanımlanması imkansız ya da zor, muğlak, geniş ve belirsiz kavramların; ideal tip hukuk normundan uzak kavramlar olduğu ortadadır. Anayasa gibi toplumun tamamını kuşatma durumunda olan siyasi-hukuki metinlerin herkesi kuşatabilmek için genel kavramlar gerektirdiği düşünülebilir, fakat bu derece geniş ve içeriği bu kavramlara muhatap olan kimselerce çok farklı şekillerde doldurulabilecek nitelikteki kavramlar özellikle kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde kullanılınca, Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi de kaçınılmaz olmaktadır.

Yargısal aktivizmin birçok türü olup, Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi, Anayasa değişikliklerini esastan inceleme ile sınırlı değildir. Anayasal bir temele dayanmadığı halde Mahkemenin yasama organının yürürlüğünü durdurması da yargısal bir aktivizm örneğidir. Nitekim Korucu (2014: 72-78), yasama tasarrufunun anayasaya aykırılığı öne sürüldüğünde yapılacak denetimin haklı olarak itiraz konusu maddelere ilişkin olması gerektiğini, itiraz konusu olmayan maddeler hakkında görüş belirtmek yahut davanın gereklerini aşan konularla ilgili karar vermek şeklinde ortaya çıkan aktivizm türünün, “içtihadî maksimalizm” olduğunu belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2007 tarihli "367" kararı olarak bilinen kararında (AYM, 2007), pozitif hukukta karşılığı olmayan ifadelerin gerekçede kullanıldığı; "olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığı", Cumhurbaşkanının "ulusun önemli bir çoğunluğunu yansıtan temsilcilerin katılımı ve iradeleriyle seçilmesi gerektiği" gibi siyasal temennilerin karara gerekçe yapıldığı ifade edilmiştir (Özbudun, 2014: 170). Böylelikle yargısal aktivizmde bulunan mahkemenin, yargısal aktivizmini meşru kılabilmek ve gösterebilmek adına yorum sınırlarını aşacak şekilde gerekçe kullandığı görülmektedir. Zaten yargısal aktivizm, yorumu da aşan boyutuyla hukukun bir anlamda sınırlarının zorlanmasıdır.

Yargısal aktivizmin iptal kararı vermeden de yapılabileceği, Türk Anayasa Mahkemesinin çeşitli tarihlerde vermiş olduğu yorumlu red kararlarının da iptal kararı vermeden yapılan bir aktivizm olduğu gibi, anayasanın açıkça yasakladığı bir yasama tasarrufunun herhangi bir yaptırıma maruz kalmamasının da ayrı bir tür yargısal aktivizm olduğu, anayasaya aykırı bir yasama tasarrufunun iptal edilmesinin ise yargısal aktivizm sayılamayacağı ifade edilmektedir (Korucu, 2014: 52-53).

Görüldüğü gibi yargısal aktivizm olarak adlandırılan etkinlik, yargı organları, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin anayasal düzeydeki hukuk normlarını uygularken ortaya çıkan bir durumdur. İdeal tipten uzak hukuk normları kadar hukuktaki boşluk ve belirsizlikler de yargısal aktivizme imkan vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizminin önemi, Mahkemece verilen kararların nihai karar olması nedeniyle itiraz yahut yeniden incelenme imkanının olmaması ve verdiği kararların tüm sivil ve siyasal toplum yapısını etkileyecek özellikte olmasındandır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 2007 tarihli yargısal aktivizmi, siyasi iradenin karara verdiği tepki sonucu, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçimi yönünde Anayasa değişikliğine yol açmış ve yaşanan süreç sonucu parlamenter sistemin dışına çıkılarak farklı bir yürütme anlayışı ortaya çıkmıştır.

Yargısal aktivizmin sivil toplum ve bireylerin aleyhine uygulanmasının önlenmesi için anayasa dahil hukuk normları, mümkün olduğu ölçüde ideal hukuk normuna uygun ifade edilmelidir. Bunun dışında anayasaya uygunluk denetiminin hukuki sınırları içine çekilebilmesi ve Anayasa Mahkemesinin (insan hak ve özgürlükleri ile sivil toplum aleyhine sonuçlanabilecek) olumsuz yargısal aktivizminin sınırlandırılabilmesi için yasa

düzeyindeki hukuk normlarının hangi ilke ve kurallara göre denetleneceği yönünde Anayasa'da emredici düzenleme yapılmalıdır.

Çoğunluğun karar alma yetkisini genel ve soyut ifadelerle sınırlandıran anayasal bir demokraside yargı organlarının da soyut birtakım ilkelerle karar almalarının kaçınılmaz olduğunu belirten Dworkin'in anayasalara sadakatin yargısal aktivizm olarak kabul edilebilecek ahlaksal okunma yoluyla sağlanabileceğini, azınlıkların çoğunluk iradesi karşısında güvenliğinin de yargının aktivist bir tutum izlemesiyle sağlanabileceğini ifade ettiği belirtilmektedir (Korucu, 2014: 138).

Sonuç olarak yargısal aktivizmin sivil toplum ve bireyler lehine olduğu takdirde olumlu olarak kabul edilebilecek yönleri bulunsa da olumlu olarak kullanılabileceğinin nesnel bir dayanağı bulunmamaktadır. Yargısal aktivizmin olumsuz olarak kullanılabileceğinin yani sivil toplum, birey hak ve özgürlükleri ile adalete aykırı sonuçlar üretmemesi sağlanmalıdır. Elbette ki olumsuz yargısal aktivizm yalnızca hukuk normunun ideal tipte olmamasıyla açıklanamazsa da, hukuk normlarının ifade şeklinin, yargı organları elinde özellikle olumsuz yargısal aktivizmde bulunmaya elverişli bir fırsat sunduğu ortadadır.

3.4.3. Heterojen (Adil Olmayan) Uygulama

Hukuk normunun asıl amacı eşit uygulanmasıdır. Hukuk normu herkese eşit (homojen) uygulandığında hukukun beklediği adalet tesis edilebilir. Hukukun heterojen uygulanması başlı başına adaletsizliktir. Hukuk normunun ideal tipten uzak olduğu ölçüde heterojen uygulamaya açık hale geldiği kabul edilmek durumundadır. Zira belirlenemeyen yahut belirlenmesi zor olan, açık ve herkes tarafından aynı şekilde anlaşılacak terim ve kavramlar içermeyen, düzenlediği alanı tam ve gereği gibi düzenlemeyen, şekli meşruiyet dışında meşruiyet taşımayan ve adil olmayan bir hukuk normu, aslında bir hukuk normu olmayıp keyfiliğin hukuksal ifadesidir. Bu boyuttaki bir hukuk normunu esas alan heterojen bir uygulama, keyfiliğin hukuk görünümü altında sunulmasından başka bir şey değildir.

Hukuk normunun homojen, birörnek uygulanması, hukuk normunu uygulamak durumunda olanların, hukuk normundan aynı şeyleri anlaması halinde söz konusu olabilir. Hukuk normunun uygulayıcıları, normdan aynı anlamı çıkaramıyorlarsa, ortada

ideal tipten uzak bir hukuk normu ve heterojen, adil olmayan bir hukuk uygulaması bulunmaktadır. Elbette ki heterojen hukuk uygulamasının tek sebebi hukuk normunun ideal tipten uzak ihdası sayılamaz, fakat en önemli sebeplerinden biri olduğu kabul edilebilir.

Hukuk normlarındaki çelişkiler de heterojen uygulamaya neden olabilmektedir. Çelişkili hukuk normlarının varlığı halinde normlar hiyerarşisi dâhilinde hangi hukuk normuna öncelik verileceği anlaşılabılır. Aynı düzeydeki hukuk normları arasındaki çelişki halinde normlardan sonraki tarihli olanın önceki tarihli olanı zımnen (örtülü) olarak değiştirdiği de kabul edilebilir, fakat hukuk normunun kendi içinde çelişkiler içermesi halinde olabilecekler belli değildir. Buna ek olarak kamu kurumları yasa düzeyindeki hukuk normlarından daha fazla kendi iç işleyişlerine esas tuttukları idari düzenlemeleri, genelgeleri esas almaktadır. Kamu kurumları, idari genelgelerinin üst hukuk normuna aykırı olduğu yönündeki iddiaları genelde nazara almamakta, üst hukuk normuna aykırı olsa da idari düzenlemelerini esas alarak uygulamalarını sürdürmektedirler. İdari düzenleme şeklinde bir uygulamanın üst hukuk normuna aykırı olduğunu düşünen sivil toplum unsurları ve bireylerin, sivil itaatsizlik sergilemek ya da (idare, düzenlemesini değiştirmedikçe yahut iptal etmedikçe) idari düzenlemeyi yargıya taşımaktan başka seçenekleri bulunmamaktadır.

Siyaset ve hukuk arasındaki ilişki ve çelişki burada daha net anlaşılabilmektedir. Siyaset heterojen bir toplumda çoğunluk ve farklılıkları esas alan bir etkinlik iken hukuk, bu heterojen toplumun sadece çoğunluğunu değil tamamını kucaklaması gereken ve farklılıkları nazara almadan homojen uygulamayı gerektiren bir etkinliktir.

Heterojen uygulamanın yargıdaki örnekleri çoktur. Aynı mahkemenin birden fazla dairesinin olduğu yerlerde aynı hukuk normu, aynı nitelikteki olaylara bile farklı uygulanabilmektedir. Örneğin bir mahkeme bir talebin kabulüne karar verebilirken bir diğer mahkeme, aynı nitelikte ve benzer delillere dayanan davada talebin reddine karar verebilmektedir. İlk derece adli yargı örgütündeki bu farklı uygulama, kararların istinaf edilmesi halinde Bölge Adliye Mahkemelerinde giderilmek zorundadır. Bununla beraber, aynı istinaf konusuna bakan birden fazla istinaf dairesinin olması halinde, bu istinaf dairelerinin farklı kararlar verebilmeleri mümkün olduğu gibi yüksek adli yargı organı olan Yargıtay'a intikal eden davalarda ise aynı tür davalara bakan farklı Yargıtay

dairelerinin farklı uygulamaları-içtihatları da olabilmektedir ve bu durum oldukça yaygındır.

Yargıtay'da zaman zaman içtihatları birleştirme kararları verilebilmekte ise de bu birleştirme kararı verilene kadar aynı konular mahkemeler tarafından farklı uygulanmakta, aynı nitelikte bir dava-talep bir mahkemede kabul edilirken, diğer mahkemede reddedilmiş olmakta ve bu süreçte bu kararlara muhatap olanlar mağdur edilmiş olmaktadır. Hukukun yargı organları nezdinde farklı uygulanması sadece adli yargıda olmayıp, idari yargı organları ile yüksek yargı organı olan Danıştay'da da olabilmektedir. Mahkemelerin farklı içtihatlara sahip olmaları yahut içtihatların değişebilmesi, hukukun gelişimi ve güncel gelişmelere uyarlanması için doğal sayılabilirse de buradaki farklı uygulama hukuki güvenliği tehdit eden boyutta adalet duygusunu sarsan bir eşitsizliktir. Hukuktan beklenen benzer konularda benzer sonuçlar doğuracak şekilde uygulanması, keyfiliğin olmamasıdır. Nitekim Rawls'a göre de yasalar ve kurumlar gayri adil olsalar bile uyumlu uygulamaları çoğu kez daha iyidir. Bu yolla hukuk normlarına muhatap olanlar en azından talep edilenleri bilir ve kendilerini buna karşı koruma altına almaya çalışırlar (2017:88). Görüldüğü gibi adil bir hukuk normunun heterojen uygulanması, adil olmayan bir hukuk normunun homojen uygulanmasından daha olumsuz bir durumdur.

Hukuk kurallarının farklı yorumlanması ve farklı yönde kararların verilmiş olması hukukun dinamiğinde mevcut olup, hukukun gelişimi de bu farklılığı zorunlu kılmaktadır. Ancak farklı kararların varlığı halinde hangi içtihada göre karar verilebileceği yönünde belirsizlik olacaktır. Bir mahkemeye-daireye düştüğünde kabul edilebilecek, olan talebin, diğer mahkemeye-daireye gittiğinde reddedilecek olması, hukuki korunma isteyen kişinin, mahkemenin-dairenin çelişki kararlarından hangisini bu sefer uygulayacağı konusunda tereddüdü olmamalıdır. Zira belirsizlik ve ön-görülebilirliğin olmayışı, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına karşı duymaları gereken güvene zarar verecektir (Pekcanıtez, 2019).

Hukuk devleti kavramı da benzer olaylara benzer işlemler yapılmasını ifade eder. Bu kavram olmazsa, insanlar kendi fiillerini kurallar aracılığıyla düzenleyemezler (Rawls, 2017: 266).

Hukuk normunun farklı uygulanması o boyutlara ulaşmıştır ki verilmiş bir mahkeme kararının yasa yolunun (istinafa mı tabi olduğu yahut temyize mi tabi olduğu) ne olduğu konusunda bile farklı uygulamalara rastlanmaktadır. Yani bir kararın yasa yolunun ne olduğunun bile açık bir şekilde tanımlanamadığı, bu konuda heterojen bir uygulama olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda Figanmeşe:

“Benimsenecek yorum şekline göre, Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi iptal davalarında verilen kararlara karşı, doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurulamayacağı, önce ‘istinaf yoluna’ başvurulması gerektiği veyahut Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi iptal davalarında verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurmadan, doğrudan temyiz yoluna başvurulabileceği sonucuna varılabilir. Böylesine temel bir usuli sorun hakkında farklı kanunlarda yer alan farklı hükümlere başvurarak cevap bulmak zorunda kalınıyor olmanın gösterdiği mevzuat dağınıklığı bir yana, bu farklı hükümlerin ele alınması sonucunda yeknesak bir çözüme varılamıyor olması çok düşündürücüdür.”

(2017: 1009 vd.) demek suretiyle hukuki düzenlemelerin benimsenecek yoruma göre farklı uygulanabilmesinin doğurduğu sorunlara işaret etmektedir.

Bu konu yani tahkim yargılamasında yasa yolunun belirlenmesinde uygulamada yaşanan sorun, “konkordato” kurumunun aktive edilmesine yönelik torba yasal düzenlemenin gerekçesinde de belirtilmiştir. Torba yasada İcra ve İflas Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Kooperatifler Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Milletlerarası Tahkim Kanunu, Tebligat Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Posta Hizmetleri Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile Sınai Mülkiyet Kanunun bazı hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Gerekçede: Tahkim yargılamasına konu uyuşmazlıkların önemli bir kısmının ticari uyuşmazlıklardan oluştuğu, 20 Temmuz 2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra tahkim yargılamasında görevli ve yetkili mahkeme sorununun gündeme geldiği, görevli mahkemenin belirlenememesi nedeniyle yargılama sürelerinin uzadığı, buna bağlı olarak da tahkim yargılama sürelerinin de arttığı belirtilerek tasarıyla görevli ve yetkili mahkemenin açıkça belirlenerek bu sorunun çözüme kavuşturulacağı ifade edilmektedir (TBMM, 2018).

Aynı maddi olaya dayanılarak açılan davalarda farklı sonucu ulaşılması halinde ilgililerin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği, bu hususun Anayasa'nın 36. Maddesinde yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırılık olduğu Anayasa Mahkemesi'nin birçok bireysel başvuru ihlal kararında ifade edilmiştir. Örnek olarak Anayasa Mahkemesi'nin 17/05/2018 tarihli bir kararında davaya yol açan süreç şöyle gelişmiştir: Bir işyerinde, benzer koşullarda çalışan çok sayıda işçi tarafından şirket ile imzalanan ve halen yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesine dayanarak ayrı ayrı alacak davaları açılmış, ... davaların görüldüğü ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar, önceki içtihadından dönen Yargıtay dairesi tarafından bozulmuş, dosyalar bozma sonrası farklı mahkemelere tevzi edilmiştir (dağıtılmıştır). Kararı veren ilk mahkemeye dosyalardan birisi yeniden düşmüş, bu mahkemenin kendi kararında direnmesi sonucu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından direnme kararı yerinde görülerek ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. Bu esnada bozma sonrası kendisine düşen diğer mahkeme ise bozma kararını veren Yargıtay dairesinin kararına uyarak davaları reddetmiş, bu kararın temyizi üzerine de Yargıtay dairesinin bozma kararı doğrultusunda karar verilmesinden dolayı bu karar da onanmıştır. Bu durumda aynı türdeki davalardan birinin kabulüne ilişkin karar ile davanın reddine ilişkin kararlar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiş olmaktadır. AYM kararında:

“Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Zira Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir. Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Bununla birlikte aynı somut olay ve hukuksal durumdaki farklı kişilerce açılan davalarda birbiriyle çelişen sonuçlara ulaşılması hukuk devleti ilkesinin unsurlarından olan hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşebilir. Yargı mercilerinin, anılan ilkelerin bir sonucu olarak kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etme bakımından kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir. Somut olayda ilgili Yargıtay dairesi, benzer uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yöntemden ayrılarak yeni bir

yaklaşım benimsemiştir. Yargıtay dairesinin içtihat değişikliğine gitmiş olması tek başına adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilemez ise de anılan değişikliğin aynı uyumsuzlukları çözüme bağlayan diğer daire ve HGK tarafından benimsenmediği, Yargıtay'ın kendi içinde tutarlı ve yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı saptanmıştır. Yargıtay içinde gelişen ve davaların içeriğinden kaynaklanmayan farklı uygulama nedeniyle benzer durumda bulunan kişilerin bir kısmı, talepleri doğrultusunda karar elde etmişken bir kısmının talebi ise aksi yönde sonuçlanmıştır. Söz konusu durum hukuki belirsizliğe yol açmıştır. Başvurucu için öngörülemeyen nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır.” (AYM, 2018a).

AYM'nin 25/12/2018 tarihinde verdiği bir başka kararın başvuru süreci ise şöyle gelişmiştir: Kamu kurumu niteliğine haiz bir kurumda çalıştığını belirten başvuru, ilave tediye alacağının kendisine ödenmesi amacıyla çalıştığı kuruma başvuruda bulunmuşsa da başvurusunun kurum tarafından reddedilmesi üzerine kurum aleyhine dava açmış, ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı kurumun hükme karşı istinaf yoluna başvurması üzerine, ...Bölge Adliye Mahkemesi'nin dairesi, bahse konu kurumda çalışanların kamu işçisi sıfatına sahip olmadığına ve ilave tediye alacağına hak kazanamayacaklarına hükmederek davayı reddetmiştir. Başvurucu, aynı işyerinde benzer şartlarda çalışan on dört işçi tarafından ilave tediye alacağının ödenmesi talebiyle ayrı ayrı davalar açıldığını ve ilk derece mahkemesince işçiler lehine karar verildiğini, kendisiyle benzer konumdaki kimselerin davalarının kabulüne, kendi davasının ise farklı şekilde sonuçlandığını belirtmiştir. Başvurucu bölge adliye mahkemelerindeki farklı uygulamanın daha önceden bu uyumsuzlukların temyiz incelemesini yapan Yargıtay Daireleri arasındaki görüş ayrılığından kaynaklandığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. AYM kararında:

“Adil yargılanma hakkı, uyumsuzlukların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir.

Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir.

Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlaması beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşması, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir.

Hukukun üstünlüğü ilkesi gereği yargı sistemine olan güveni sağlamak ve korumakla yükümlü olan devlet, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracabilecek nitelikte bir mekanizmayı kurmak ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde işleyişini sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olarak kabul edilmelidir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın istikrarlı olarak uygulanan içtihattan ayrılarak yeni bir yaklaşımı benimsemesi hâlinde kamuoyu nezdinde yargıya olan güvenin muhafaza edilmesi bakımından yeni yaklaşımın istikrarlı bir şekilde uygulanması gerektiğine dikkat çekmiş, ...Yargıtay daireleri arasındaki derin ve süregelen içtihat farkının faaliyete giren istinaf mahkemesi niteliğindeki BAM daireleri arasında da sürdürüldüğü saptanmıştır.

Yedi yıldan beri süren içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış olması...hukuki belirsizliğe yol açan bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemesi neticesinde uyuşmazlığın çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla derin ve süregelen farklılıkları ortadan kaldırmaya elverişli bir mekanizma niteliğindeki içtihadın birleştirilmesi yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvuru için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır. ...İhlal, başvuru için aynı anda iki farklı yorum yürürlükte bulunan ve bu nedenle belirlilik kriterini taşımayan bir hukuk kuralına tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır.” (AYM, 2018b).

Yüksek yargı organları arasındaki heterojen uygulamanın adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu kabul eden AYM, böylelikle sorunun kaynağı olarak hukuk normundaki yapısal sorunlara da kısmen işaret etmiş olmaktadır.

Bu konuda Evren de (2019: 128), Yasama, yürütme (idare) ve yargı erklerine çeşitli yükümlülükler getiren; “belirlilik”, “istikrar” ve “öngörülebilirlik” alt ilkelerinden oluşan hukuki güvenlik ilkesinin, hukuk devletinin ön koşullarını oluşturduğunu ifade etmektedir. Yasama erkine getirilen yükümlülük ise heterojen uygulamanın önüne geçmek ve ideal tip hukuk normuna uygun norm ihdas etmektir.

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay’ın 14/09/2020 tarihli bir kararından da bahsetmek gerekmektedir. Şöyle ki: 20 Temmuz 2016 tarihinde bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçince, benzer davalara bakan bazı Yargıtay daireleri birleştirilmiş; bu bağlamda usule yönelik bir konuda farklı içtihatları olan ve aynı görev tanımını içinde faaliyette bulunan dairelerden Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bünyesinde birleştirilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi: “hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri” ile “sürpriz karar verme yasağı” gereği, “sürpriz mahkeme kararlarının” hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğunu kabul etmiştir. Daire, bu kabul doğrultusunda birleşme öncesinde 9 ve 22. Hukuk Dairesinin içtihatlarına göre verilen kararların da o içtihatlara göre değerlendirileceğini belirterek, son kararında belirtilen ilkelerin ise kararın yayınlanma tarihinden sonra açılan davalara uygulanabileceğini kararlaştırmıştır (YARGITAY, 2020).

Kamu yönetiminde genelgeler gibi idari düzenlemelerle aşılmaya çalışılan uygulama farklılığını giderme yöntemi, yargıda da yüksek yargı içtihatlarıyla sağlanmaya çalışılmaktadır. Bununla beraber içtihatların çokluğu ve yüksek yargının bozma kararlarının içeriği, hukuk uygulamasında hukuk normunun ne kadar farklı uygulamalara konu olabileceğini göstermekte, bugün gelişen teknolojik imkânlarda içtihatlara ulaşmanın oldukça kolaylaşmasına rağmen bu durumun dahi farklı uygulamalara engel olamadığı anlaşılmaktadır.

3.4.4. Hukukun Siyaset ve İdeolojiye Açık Hale Gelmesi

Hukukun yaratılma safhası doğrudan siyaset ile ilgili iken, hukukun uygulaması bu kadar olmasa da hukuk-siyaset ilişkisini yansıtmaktadır (Mızrak ve Temiz, 2009).

Hukuk, özellikle normun oluşturulması ve uygulanmasını temin eden zorlayıcılık ögesiyle siyasete bağımlıdır, fakat hukuk normu bir kere var olduktan sonra görece siyasetten bağımsız anlaşılma ve uygulanmayı gerektirir. Hukuk devleti kavramı bunu gerektirir. Hukuk, toplumsal meşruiyetini de büyük ölçüde bu siyaset dışı herkesi kuşatacak tarzda anlaşılması ve uygulanması ile sağlamaktadır. Hukuk tüm toplumu kuşatan bir kurumdur. Siyaset ise toplumsal sorunların çözümüne yönelik farklı görüş ve ideolojilerin ifadesi ve örgütlenişidir. Bu anlamda farklılığa vurgu yapan siyasetin, hukuk normu bir kere varlık kazandıktan sonra hukukun uygulanmasında da belirleyici olması, hukukun meşruluğunu azaltan bir husustur. Bununla birlikte eleştirel hukuk hareketi, hukuk normunun oluşumu kadar yargısal uygulaması da dâhil olmak üzere hukukun tamamını siyasi olarak kabul etmektedir (Aktaş, 2011:151-166).

Yasama, hukuk normunu siyasi olarak ihdas etmekte, yürütme de hukuk normunun yürütülmesini siyasi bir üst yapı dâhilinde gerçekleştirmektedir. Bu durumda geriye kalan yargı erkinin, yasama, özellikle yürütme organından (örgütlenme ve işleyiş boyutunda) bağımsız hatta özerk kılınabilmesi, hukukun yargısal uygulama sürecinde siyaset ve ideolojiye açık hale gelmesini önleyebilmenin en önemli yollarından biridir.

Hukuk, normatif düzeyde ideal tipten uzaklaştığı ölçüde siyasete açık hale gelmektedir. Hukuk normunun belirsizliği, açık olmaması, (ideal tipten uzak oluşturulması) heterojen uygulamaya, yargısal aktivizme yol açmakta olup bu farklı anlayış ve uygulama da bir nevi siyaset sayılabilir. Hukuk normunu uygulayanların da dünya görüşleri, siyasal ve

ideolojik bakış açıları bulunmaktadır. Hukuk normu, ideal tipten uzaklaştığı ölçüde hukuk normunu uygulayanların siyasi ve ideolojik bakış açılarına açık hale gelmektedir. Bu durum yarı siyasi-yarı hukuki bir nitelik taşıyan Anayasanın uygulanmasında daha belirli hale gelmektedir. Anayasal düzeyde hukuk normları, siyasal metinler oldukları için, yorumları da ister istemez siyasidir. Bununla beraber zaten siyasal nitelik taşıyan anayasal düzeydeki hukuk normlarının ideal tipten uzaklığı ölçüsünde siyaset ve ideolojiye daha da açık hale geldiği kabul edilmelidir.

Yargının siyasal hale gelmesinde belirleyici olan husus, yargı organı olan mahkemeler ve (bağımlı kurumların), siyasi iktidarın emri doğrultusunda karar vermeleri (ya da işlem yapmaları) olmayıp, karar ve işlemlerde hukuk normları ve adaletin yerine egemen ya da resmi ideolojinin referans alınmasıdır (Mızrak ve Temiz, 2009).

“Devlet aklı” olarak ifade edilen kavramı formüle eden düşünürlerin, sivil toplum ile devlet ve hukuk arasındaki ilişkiyi kabul etmedikleri, devleti müstakil bir olgu olarak kabul ederek devletin yararına olduğu durumlarda iktidarın ilkeler ve hukuktan sapabileceğini kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Bununla beraber devletin yararına olan durumunu değerlendirmesini ve takdirini de yine siyasi iktidara bırakan bu görüş doğrultusunda, hukukun siyasal iktidarın elinde bir araç olduğu, iktidarın amacına göre biçimlendiği, gereksiz ya da engel görüldüğünde ise ortadan kaldırılabilirdiği ifade edilmektedir (A.g.e., 2009).

27 Mayıs 1960 darbesinden sonra gerçekleşen Yassıada yargılamaları, 12 Mart 1971 muhtırası sonrası 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu’na göre yapılan yargılamalar ve 12 Eylül 1980 darbesi sonrası uygulamaların, hukukun siyaset ve ideoloji doğrultusunda nasıl biçimlenebildiğinin en önemli göstergelerinden olduğu ifade edilmektedir (A.g.e., 2009). Bununla beraber hukukun siyaset ve ideolojiye açık hale gelmesinin sadece bu dönemlerle sınırlı olmadığı, 2007 yılı sonrasında görülen kumpas davaları ile bu süreçte yaşananlardan da anlaşılabilmektedir (Uluçakar ve Çınar, 2020; Erdem, 2019).

Demokratik bir toplumda darbe asla kabul edilemez. Buna ek olarak sıkıyönetim yahut olağanüstü hal ilanını gerektiren, sivil ve siyasal toplumu tehdit eden durumlar her zaman mümkün olup, bu dönemlerin aşılabilmesi için bazı tedbirlerin alınması gerekirse de bir hukuk devletinin hiçbir dönemde hukuk dışına çıkması kabul edilemez. Yani

sıkıyönetim ya da olağanüstü hal ilanını gerektiren dönemlerin aşılması da her halükarda hukuk içinde, hukuk ile yapılmalıdır.

Hukukun siyasileşmesi konu olduğunda hukuktan daha çok yargının siyasallaşmasından bahsedilmektedir. Siyasi olarak yapılamayacak ya da toplum tarafından kabul edilemeyecek işlemlerin yargı üzerinden gerçekleştirilmesi, yapılan işlemlere meşruiyet sağladığı gibi siyasileri de risklerden korumaktadır (Uluçakar ve Çınar, 2020; Erdem, 2019).

Hukukun siyasileştiği iddiaları genellikle soruşturma organı olan C. savcılıkları ile yargı organı olan mahkemelerde görülen soruşturma ve kovuşturmalar için “siyasi soruşturma-siyasi dava” nitelemesiyle yapılmaktadır. Yargılama ve soruşturma birimleri hukuk sisteminin uygulama boyutundaki alt sistemleri olarak kabul edilince bu alt sistem unsurları üzerinden siyasallaşma terimi, dolaylı yoldan hukukun siyasallaşması anlamına gelmekte, böylelikle hukuk normlarının, siyasi yahut ideolojik saiklerle uygulandığı ifade edilmektedir.

Hukukun siyaset ve ideolojiye açıklığı, kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı kavramlarını gündeme getirmektedir. Yargı bağımsızlığı, büyük oranda devletin örgütlenmesi ve işleyişi ile alakalı bir durum olup, demokratik bir siyasi örgütlenmede yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi, bu kavramın anayasal bir norm olarak ifade edilmesiyle değil, kültürel bir değer olarak tüm sivil-siyasal toplum unsurlarınca benimsenmesi, bu değerın içselleştirilmesiyle mümkündür. Siyaset ile anayasal hukuk sisteminin arkasında yer alması gereken ilke ve değerler, tüm sivil-siyasal toplum aktörlerince benimsenmediği, içselleştirilmediği takdirde, bu ilkelerin anayasal düzeyde ifade edilmesi, yürütme ve yargı organları hatta yasama organı nezdinde dahi uygulanmalarını temin edememektedir. Hukuk sadece normlardan ve ifadelerden oluşmayıp, algılanma ve değerlendirme ile bir bütün olduğundan, “hukuku uygulayan” ve “hukukun uygulandığı” muhatapları tarafından algılanma ve kabullenme şekli yani “yorum” hayati önem taşımaktadır. Hukukun yargısal uygulama boyutu ise bu uygulamayı sağlayan mahkemelerin, yargı bağımsızlığı kavramı ile birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir. Nitekim Rawls (2017: 263), yargıçların ve hukuk normunu uygulayanların hukuk normunu yanlış uygulaması ve yorumlamasını haksız fiil olarak nitelendirmekte, hukuk sisteminin siyasi rakipleri cezalandırmak gibi bir araç

olarak kullanılması ile önyargılı davranma ya da toplumdaki belli gruplara yargısal süreçte ayrımcılık yapmayı buna örnek olarak vermektedir.

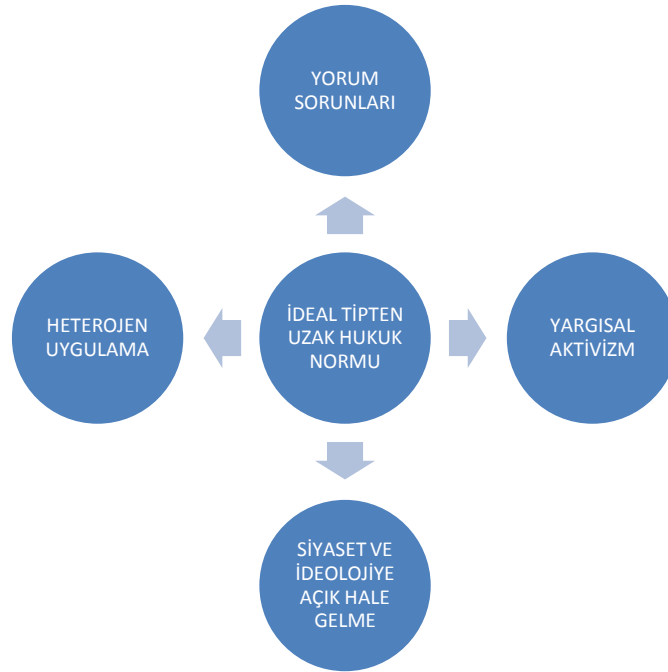
Hukukun arka planında siyasal bir irade ve organizasyon olmakla birlikte hukukun yürütme organının (kamu yönetimi üzerinden) uygulaması dışında yargısal uygulamasının, tüm safhalarıyla birlikte siyaset dışı olması gerekir. Hukukun yargısal uygulanmasında siyasetin etkili olması, hukuku değersizleştiren ve meşruiyetini kaybettiren bir durumdur, çünkü hukukun tüm toplumu kuşatan, insan hak ve özgürlükleri ile adalet değerleri üzerinden rasyonel bir dizge olduğu kabul edilmektedir. Hukukun siyaset ve ideolojiye açık hale gelmesi bu kabulü sarsarak hukuka ve uzun vadede tüm devlete olan güveni yok eden bir durum olup, hukukun objektif, eşit ve adil olduğu önermelerinin asla sarsılmaması gerekmektedir.

Siyaset ve ideolojiye açık hukuk normları, siyasal toplum-iktidar/devlet elinde bir silahtır. Nazi Almanyası'nda da şekli hukuk normları bulunmakla birlikte hukuk normları siyasi ve ideolojik oldukları için esasında hâkim Nazi ideolojisinin elinde silahtan başka bir şey değildi. Tarihte yaşanabilen bu durum salt kural ihdas etmenin hukuk anlamına gelemeyeceğini göstermektedir. Alman filozof-hukukçusu G.L. Radbruch'un Türkçeye "Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk" olarak çevrilen makalesi tam da bu konuyu irdelemektedir. Radbruch bu makalesinde yasayı hukuk sayan anlayış olarak ifade edilebilecek hukuki pozitivizmin, Nazi Almanyası'nda keyfi ve suç içeren yasalara karşı Alman hukukçuları savunmasız bıraktığını belirterek, hukuki geçerlilik ve yükümlülüğün, yasanın oluşum biçiminden ziyade yasanın bizzatı içinde yerleşik bir değer olması gerektiğini öne sürmüştür. Radbruch, şekli geçerliliğin hukuki güvenlik sağlayabileceğini, fakat bunun yeterli olmadığını, hukukun adalet ve amaçsallık gibi sahip olması gereken iki değerinin daha olduğunu, hukukun amaçsallığının ise kamu yararını sağlamak olup salt halka faydalı olan bir şeyin hukuk olamayacağını da ifade etmiştir. Radbruch, sonuç itibarıyla halka faydalı olan şeyin hukukun bizzat "hukuki güvenlik yaratması ve adaletle yönelme çabası" olduğunu öne sürmüştür (Metin ve Heper, 2015: 75-101).

Yani salt norm oluşturma hukuk sayılamaz. Eğer hukuk normu, adaletsiz bir sonuca yol açıyor ve hukuki güvenliği sağlamayacak tarzda farklı uygulanıyorsa ortada bir hukuk normu değil, yasa görünümü altında hukuka aykırı bir düzenleme bulunmaktadır.

Radbruch makalesinde, Nazi Almanyası'nda ihdas edilen ve uygulanan hukukun, adalete hizmet etmediğini, doğru-yanlış ve hakikat gibi değerlerden yoksun olması nedeniyle geçerli bir hukukun niteliklerini taşımadığını belirtmiştir. Radbruch, Nazi Almanyası'ndaki hukukun, taşıması gereken doğasından tamamen yoksun olmasından dolayı hiçbir şekilde hukuk dahi olmadığını ifade ederek bu şekilde pozitif yasa hükümlerini (bu hükümler esasen hukuk olmadığı için) uygulayan mahkemelerin bir araç niteliği taşıdığını ve yargıçların da hukuku tahrif suçlarını işlediklerini öne sürmüştür (A.g.e.: 93-97).

Hukuk normları siyasi ve ideolojik bir araca dönüşmeyecek tarzda, rasyonel olarak, ideal tipe yakın ihdas edilmeli ve uygulanmalıdır. Hukukun sivil toplum ile bağlantısı, hukukun oluşum ve uygulanması safhalarını da kapsayacak şekilde kurulmalı, hukukun yargısal boyutta uygulanmasında yargının, sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki denge ve denetim işlevini gerçekleştirebilmesi için de kuvvetler ayrılığı ilkesiyle uyumlu bir yargısal örgütlenmeye gidilmelidir. Mızrak ve Temiz'de (2009), hukukun siyasallaşmasının önlenmesi için hukukun evrensel bir kültür olarak anlaşılması ve değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, insan haklarına dayalı hukuk devleti anlayışının yerleşmesi gerektiğini öne sürmektedir.



Şekil 5: *İdeal Tipten Uzak Hukuk Normunun Sonuçları*

SONUÇ

İnsanların yerleşik yaşama geçmesinden sonra ortaya çıkan yönetici sınıf, zaman içinde toplumu yönetme, kural koyma ve yargılama yetkilerini bünyesine alarak, toplum üzerinde zorlayıcı aygıtlarla iktidarını kurmuştur. Bu süreç içinde devlete dönüşen ve toplum üzerinde zorlayıcı güce sahip tek meşru güç olarak kabul edilen devlet ile toplum arasında sürekli bir çatışma-gerilim olmuştur. Magna Carta Libertatum ile ilk örnekleri görülen uygulama sonucunda yönetici-kralın yetkilerinin sınırsız olmadığı, vergi toplama gibi kararları almadan önce toplumdaki önemli kesimlerin oluşturduğu bir kuruldan izin alması gerektiği şeklindeki anlayış, iktidar sahibinin yetkilerinin toplum tarafından sınırlandırılabilceği anlayışının başlangıcını teşkil etmektedir (Şaylan, 1998: 24-25). Bu gelişmelerin dışında özellikle aydınlanma dönemi düşünürleri de iktidarın kural koyma yetkisinin sınırsız olmadığını açıklama adına doğal hukuk, sözleşme kuramı gibi görüşlerle iktidarı sınırlamanın önemine dikkat çekmişlerdir.

Avrupa'nın sosyoekonomik ve kültürel dinamikleri, merkezi iktidarın oluşmasını geciktirmiş, toplumda feodal güçlerin bulunması, iktidarı parçalı bir hale getirmiştir. Parçalı bu iktidar yapısında merkezi örgütsel yapısıyla ayakta kalan kilise, ayrı bir güç odağı olarak varlığını sürdürmüştür. Avrupa'daki coğrafi, bilimsel, ekonomik gelişmeler devletten, daha önce var olan krallık, aristokrasi ve kiliseden bağımsız yeni bir sınıfın doğmasıyla sonuçlanmıştır. Burjuva sınıfının ekonomik gücü arttıkça konumunu muhafaza ve geliştirmek için, iktidarın yetkilerini ve gücünü sınırlama gereği daha da belirginleşmiştir. İktidarı sınırlamak için en uygun yöntem hukuk normları olarak görülmüştür. Hukuk normları böylelikle sivil toplum içinde hem belirginleşen burjuva sınıfının güvencesi, hem de siyasal toplum-iktidarın işlem ve eylemlerinin meşruiyet kaynağı olmuştur.

Sivil toplum esas olarak siyasal toplum-devletten bağımsız var olma kapasitesine sahip birey ve toplumsal organizasyonlar anlamına gelmektedir. Siyasal toplum-devlet esasen sivil topluma bağımlıdır. Sivil toplum içinde meşruiyet kazanmayan bir siyasal sistem uzun vadede ayakta kalamaz. Sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki en önemli etkileşim kamusal alanda, hukuk normları üzerinden gerçekleşmektedir. Sivil toplum, çeşitli örgütlenme ve faaliyetlerle siyasal toplum üzerinde belirleyici olmaya çalışmakta, (iktidarı elde eden) siyasal toplum içindeki yapı-anlayış da sivil toplum nezdinde meşruluğunu özellikle hukuk normları üzerinden temin ederek kamusal faaliyetlerini sürdürmektedir.

Sivil toplumun en önemli vasfı, siyasal topluma bağımlı olmamaktır. Her ne kadar bugün için baskın görüş, ekonomik faaliyetleri, sivil toplum dışında kabul etmekte ise de ekonomik faaliyetlerin gerçekleştiği alan da özü itibarıyla siyasal toplumun dışındadır. Ekonomik toplum, siyasal toplumun norm ve düzenlemelerine daha fazla açık olmakla birlikte, ekonomik toplumu oluşturan ve aktive edenler de esas olarak sivil toplum içindeki bireyler ve organizasyonlardır. Ekonomik toplumu da içeren sivil toplumun; siyasal toplum-devlet karşısında bağımsızlığı, eğitilmiş, maddi yönden kendine yeten, kendi kararlarını kendi alan bireyler ile bu nitelikteki bireylerin oluşturduğu organizasyonları gerektirir.

Siyasal toplumun karşısında kendi içsel dinamikleriyle var olan bir sivil toplum, hukukun da en önemli belirleyicisidir. Sivil toplumun gelişmediği bir toplumsal yapıda siyasal toplum-devletin elinde hukuk, zorlama aracından başka bir şey değildir. Sivil toplumun gelişmediği bir sistemde hukuk, toplumu her yönüyle kuşatan, toplumu siyasal topluma-devlete tabi kılan bir enstrümandır.

Hukuk, sivil toplumun (sivil toplumu oluşturan bireylerin, organizasyonların, toplumsal-ekonomik faaliyetlerin ve etkinliklerin) güvencesidir. Siyasal toplumun temel işlevi de sivil toplumun (sivil toplumu oluşturan bireyler, etkinlikler ve organizasyonların) yeniden üretilmesi ve geliştirilmesidir. Yetkisi ve işlevi, kendisini oluşturan sivil toplumun kendi kendine üstesinden gelemediği alanlarla sınırlı olan siyasal topluma zorlama yetkisi veren meşru tek araç, hukuktur. Siyasal toplum-devlet, ancak hukuk ile yönetir.

Her ne kadar sivil toplum esas insani-toplumsal faaliyet alanıysa da sivil toplum her yönüyle barış içinde, eşitlikçi bir ilişkiler örgüsü anlamına gelmemektedir. Sivil toplum içinde şiddet, haksızlık, asimetrik ilişkiler ve rekabet yaygın olup, bu tür özellikler sivil toplum içinde dezavantajlı kimselerin aleyhine işlediği gibi, sivil toplumun kendini yeniden üretmesinin önünde de engel teşkil etmektedir. İşte siyasal toplum-devlet, sivil toplumun üstesinden gelemediği-gelemeyeceği alanları düzenlemek, kontrol etmek ve daha iyi bir sivil toplumsal yapının oluşmasını temin etmek zorundadır. Asli işlevi, sivil toplumun tamamını etkileyen ve ilgilendiren alanlara yönelik bir organizasyon olan siyasal toplum-devletin işlevini yerine getirebilmesi için ortaya koyduğu hukuk normlarının da belli bir standardı olması gerekir. Olması gerekeni betimleyen hukuk normları, normatif özellikleri nedeniyle bir tercihin sonucudur. Siyasal toplum-devlet hukuk normları ihdas ederken varlık amacı doğrultusunda sivil toplumun kendisini yeniden üreterek geliştirmesi olmalıdır. Siyasal toplum-devletin, varlık amacının dışına çıkmaması için hukukla da sınırlandırılması gerekir. Hukuk devleti işte bu

şekilde teşekkül eder. Hukuk devleti, pozitif hukuku ihdas eden devletin; varlık amacını gözeterek düzenlemeler yapması, bu bağlamda amacı dışına çıkmamasını temin edecek hukuk normları ortaya koymasıdır. Eğer devlet-siyasal toplum hukukla sınırlanmazsa, hukuk her türlü normu ihdas etme yetkisini kendinde gören bir iktidarın elinde bir silaha dönüşebilir.

Hukuk, sivil toplum ve içindeki etkinlikler ve organizasyonların en önemli güvencesidir. Sivil toplum, hukuk ile nefes alır. Sivil toplum içindeki haksızlıklar, suçlar v.b. sivil toplumun üstesinden gelemeyeceği hususların (ideal bir) hukukla dengeleneceğine duyulan güven ve inanç, sivil toplumun en önemli dayanağıdır. Nitekim Radbruch, bu konuda “Hukuk devleti, bizim günlük ekmeğimiz, içecek suyumuz ve aldığımız nefes gibidir ve demokrasi hakkındaki en iyi şey, sadece demokrasinin böyle bir hukuk devletini teminat altına alabileceğidir.” demektedir (Metin ve Heper, 2015: 101). Radbruch, hukuk devletini ancak demokratik bir sistemin teminat altına alabileceğini öne sürmüştü de bunun tam tersinin de geçerli olduğu, yani hukuk devletinin, demokratik bir sistemin teminatı olduğu da ortadadır. Esasen hukuk devleti ve demokrasi kavramları birbirlerini etkileyen, tamamlayan kavramlardır.

İdeal tip hukuk normu, bir hukuk normunun taşıması gereken özellikleri bünyesinde taşıyan hukuk normudur. Hukuk normları, ideal tipten saptığı ölçüde işlevini yerine getiremeyecek bu da sivil toplumun kendini yeniden üretmesini ve gelişmesini engelleyecektir.

Bugünkü durumda yasa boyutundaki hukuk normlarının Anayasaya aykırılığı iddialarına esas tutulan maddeler, yasaların anayasaya aykırılığının değerlendirilmesine uygun olmadığı gibi aykırılık değerlendirmesinin içeriğini neredeyse tamamen AYM’ye bırakmış olmaktadır. Bunun dışında AYM yasa boyutundaki hukuk normlarını değerlendirirken uluslararası sözleşmelerden de yararlanmakla birlikte, anayasa değişikliklerini yargısal aktivizm yoluyla esastan değerlendirirken yararlanabileceği temel ilkeler bulunmamakta, Mahkeme bu eksikliği, Anayasanın başlangıç hükümleri ile değiştiremeyen maddeleri üzerinden temellendirmektedir. AYM’nin anayasa değişikliklerini adalet ve insan hakları lehine değerlendirmesi, birey ve sivil toplum yönünden olumlu bir gelişme olabilirse de bunun hukuki ve nesnel bir garantisi de bulunmamaktadır.

İdeal tip hukuk normunda bulunması gereken özellikler, siyasal toplum-devletin tüm normatif düzenleme ve uygulamalarında esas alması gereken ilkeler olduğundan; bu ilkeler mevcut hukuk normlarının muhataplarınca anlaşılmasını, değerlendirilmesini kolaylaştıracaktır. Bu anlayış doğrultusunda hukuk normlarının taşıması gereken özellikler-nitelikler anayasada ayrı bir başlık altında düzenlenmelidir. Böylelikle yasama, yürütme ve yargı organlarının görev

tanımları yapılarak, yasama organının yasa düzeyinde, yürütme organının da daha alt düzeyde hukuk normları ihdas ederken uyması gereken ilkeler, anayasada açık seçik ve net bir biçimde ifade edilmiş olacaktır. AYM yasaları Anayasaya göre, Danıştay da idari düzenleyici işlemleri yasaya göre değerlendirirken bu ilkeleri nazara almalıdır.

AYM'nin bireylerin AİHS ve Anayasa ile temin edilmiş hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına karşı bireysel başvuru yapılacak mahkeme olarak belirlenmesi kanaatimizce uygun olmamıştır. AYM'nin görev tanımına bu başvuruların dâhil edilmesi, Mahkemenin asli işlevlerini aksatabilecek derecede bir iş yükü ile karşılaşmasına yol açmıştır. Aşırı iş yükü altındaki bir mahkemenin insan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını sağlıklı bir şekilde inceleyip değerlendirmesi oldukça zordur. Bunun dışında AYM'nin oluşum şekli de insan hak ve özgürlüklerinin kamu gücünü kullanan bir birim tarafından ihlal edildiği yönündeki başvuruların sivil toplum ve bireyler lehine değerlendirilebileceğini kabul etmeye imkân verecek nitelikte görünmemektedir. Zira AYM bütünüyle yasama ve yürütme tarafından belirlenen üyelerden oluşmaktadır. Yasama, yürütme ve yargı organları tarafından temel insan haklarının ihlal edildiğini öne süren bir kişinin talebini değerlendirecek birimin, sivil toplum ile siyasal toplum arasında, yasama ve yürütmeden tam anlamıyla bağımsız farklı bir mahkeme-birim tarafından değerlendirilmesi daha uygun olabilir. AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6.maddesinde yer alan bağımsız mahkeme kavramı, yasama ve yürütme erki ile diğer dış etki ve baskı gruplarından bağımsız olabilme iktidarı anlamına gelmektedir. Bu bağlamda mahkemede görev yapanların atanma biçimleri, görev süreleri, görevden alınamamaları, dış müdahalelere karşı korunma tedbirlerinin bulunup bulunmadığı kadar mahkemenin bağımsız bir görünüme sahip olup olmaması da bağımsızlık kavramının AİHM tarafından değerlendirilmesinde göz önünde tutulan faktörlerdendir (İnceoğlu, 2007: 33-38).

Bugünkü durumda Türkiye'de (sivil) toplum, hukukun hiçbir safhasına katılamamaktadır. Bu durumda "bireysel başvuru davası" olarak nitelendirilen davada, davalının insan haklarını ihlal ettiği öne sürülen kamu kurumu olduğu gözetilerek, karar verecek mahkemenin ya da birimin, yasama ve yürütmeden her yönüyle bağımsızlığının temin edilmesi zorunludur.

Bunların dışında Hofstede'nin (2011) çalışmalarında görüldüğü gibi Türkiye'de tam olarak birey ve sivil toplum yapısı gelişmemiştir. Sosyokültürel özelliklerimiz göz önüne alındığında (sivil) toplumun cezai uyuşmazlıklardaki yargısal süreçlere, jüri sistemine benzer şekilde katılması mümkün değildir. Çünkü bireysellik gelişmediği ve insanlar büyük oranda edinilmiş

özellikleriyle topluma katıldıkları için bu nitelikteki insanların oluşturduğu bir toplumsal yapıda, jüri sisteminin işlemesi söz konusu olamaz.

Bununla beraber insan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği yönündeki başvuruların değerlendirileceği yeni bir oluşum olarak “İnsan Hakları Mahkemesi” ya da adı ne olursa olsun bu birimin, sivil toplum ile siyasal toplum arasında yer alacak şekilde örgütlenmesi, sivil toplumun hukuk ve yargıyla bağının kurulması yönünde olağanüstü bir aşama olabilecektir. Yasa düzeyindeki hukuk normunun olduğu parlamentoda görev yapan ve siyasi birer figür olan milletvekillerinin seçimle belirlenmesi hukuk normunun meşruiyeti yönünden bir sorun oluşturmadığına göre, hukuk normunun uygulama boyutunda görev yapanların bir kısmının sivil toplum tarafından belirlenebilmesi de meşru karşılanmalıdır.

Sonuç olarak hukukun kaynağı ve asli muhatabı sivil toplum ve bireylerdir. Siyasal topluma verilen ve meşru zor kullanma yetkisini tekelleştiren pozitif hukuk normu çıkarma yetkisine karşı, sivil toplum da hukuk normunun adalet ve insan haklarına uygun olmasını talep etme ve böyle olmadığını düşündüğü takdirde bunu ifade etme, bu bağlamda sivil itaatsizlik hakkına sahiptir. Demokrasi sadece siyasal iktidarın belirlenmesi süreci olmayıp; sivil toplumun, siyasal toplumun oluşmasına ek olarak bütün faaliyetlerine katılmasını, denetlemesini ve değerlendirmesini gerektirir. Bu gerekler hukuk açısından da geçerlidir. Hukukun toplumsal meşruiyetinin sağlanabilmesi, toplumun hukuk ve uygulamasına ulaşmasını, anlamasını ve değerlendirebilmesini gerektirir. Bütün bunların olabilmesi için de elbette ki bunları sağlayabilecek sivil ve ekonomik toplumsal yapının oluşması, bununla bağlantılı olarak da birey anlayışının gelişmesi gerekmektedir.

Hukuk, toplumun temel yapısı, değer ve normlarıyla ilişki içinde olan kültürel bir kurumdur. İfade hürriyeti ile sivil itaatsizlik hakkının siyasal toplum yönünden hukuk normuna yönelik bir geribildirim olarak kabul edilmesi de bu yönde siyasal-toplumsal demokratik bir kültürü gerektirmektedir. Hukuk norm yönünden devlet ile toplum arasında bir iletişim ve dil mevzuu olduğu için hukuk dilinin sivil toplum ve bireyler tarafından anlaşılıp değerlendirilebilecek özelliklere sahip olması da gerekir. Hukuk, esas olarak toplumu düzenleme ve adaleti sağlamaya yöneldiğinden bunları yerine getirebilecek özelliklere sahip hukuk normu, ideal tip hukuk normu kavramıyla tanımlanabilir. Zaten hukuk normunun kendisi de olması gerekeni ifade eden normatif önermelerdir. Buradan yola çıkarak hukukun da olması gereken ideal bir tipi, yapısı olmalıdır. Hukuk normu dilsel bir boyutta varlık bulduğundan, hukuk normunun yazılı ifade edilmesinde uzmanlardan yararlanılması kaçınılmazdır.

Bunlara ek olarak hukuk normunun düzenlemeye çalıştığı toplumsal-ekonomik kurum ve ilişkiler de bu alanlara yönelik bilim insanlarından elde edilecek veriler ışığında düzenlenmelidir. Hukuk normunun oluşum safhasında siyasal tercihler olabilirse de hukuk normunun toplumsal-reel gerçekler nazara alınmadan ihdas edilmesi, insan hak ve özgürlükleri ile adaletten yoksun olması normun, hukuk olmasını da önleyecektir. Zira siyaset toplumsal çoğunluğun karar alması üzerinden işlerken hukuk, tüm topluma yönelik olmak, bu bağlamda insan haklarına, adalete ve evrensel ilke ve değerlere uygun olmak ve uygulanmak zorundadır.

Bunların dışında en önemlisi hukukun yargısal uygulaması, yasama ve yürütmeden tam bağımsız bir “yargı”yı gerektirmektedir. Hukuk normu her ne kadar siyasal bir arka planı olsa da bağımsız bir yargı elinde adil sonuçlar üretecek şekilde yorumlanabilir. Zira hukuk sadece norm olmayıp, uygulamayı da kapsayacak şekilde yorum ve anlam vermedir. Hukukun uygulaması sadece yargıya ilişkin olmasa da nihai karar ve değerlendirme yargıya ait olacağı- olması gerektiği için, demokratik bir sivil-siyasal toplum yapılanması bağımsız bir yargı olmadan olamaz. Elbette ki bunlar için birbiriyle bağlantılı sosyoekonomik, toplumsal ve kültürel bir seviyeye ulaşmak gerekmektedir.

Araştırmanın amacı kısmında problem cümleleri olarak ifade edilen soruların, araştırmanın sonunda cevaplandırılması gerekirse şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Sivil toplum ve bireylerin hukukla ilişkisi nedir sorusuna verilecek cevap, sivil toplum ve bireylerin hukukun hem kaynağı hem de hedefi olduğudur. Zira hukuk sosyal bir olgu olarak sivil toplumun onay verdiği siyasal toplum üzerinden pozitif olarak var olmakta ve esas olarak sivil toplumun kendisini yeniden üretmesi ve gelişmesi için gerekli normatif düzenlemeyi sağlamaktadır.

Sivil toplum, hukuk üzerinde ne derece söz sahibidir sorusunun yanıtının verilmesi ise oldukça sorunludur. Bu sorunun yanıtlanabilmesi için öncelikle ortada bir sivil toplum var mıdır sorusu sorulmalıdır. Türk toplumunun sosyokültürel değerlerinin mevcut durumda sivil toplumu karşılayacak nitelikte olmadığı ortaya çıkmıştır. Sivil toplum tam olarak oluşmadan hukuk üzerinde söz sahibi olması da mümkün görünmemektedir. Batı Avrupa tarihinde sivil toplum, ulusal devlet, insan hak ve özgürlükleri, kapitalizm, anayasal demokrasi modelinde modern hukuk devleti ve anlayışı gibi gelişmeler birbiriyle neredeyse eşgüdüm içinde gelişmiş ve bugünkü seviyesine ulaşmıştır. Sivil toplumun hukuk üzerinde etkisi, öncelikle sivil toplumun, siyasal toplum üzerinde ne derece söz sahibi olduğu sorununa bağlıdır. Zira pozitif hukuk siyasal toplum aracılığıyla üretilmekte, siyasal toplum ise meşruiyetini sivil

toplumdan almaktadır. Sivil toplumun hukuk üzerinde söz sahibi olabilmesi, siyasal toplumun demokratik bir hukuk devleti olmasını, sivil toplum ve bireyler ile siyasal toplum arasında iletişim ve etkileşim kanallarının açık olmasını, sivil itaatsizlik gibi geribildirim yollarının meşru ve geçerli sayılmasını zorunlu kılmaktadır.

Sivil toplum tam olarak oluşmadan siyasal toplum karşısında varlığını sürdürebilir mi sorusunun yanıtı ise siyasal toplumun karşısında her seviyede toplumun var olabileceğidir. Sivil toplumun belirleyici vasfı, siyasal toplum ile aralarında simetrik bir konumlanmanın olmasıdır. Bunun sağlanabilmesi bireyciliğin gelişmesi, sivil toplumun ekonomik toplumla birlikte siyasal toplumdan bağımsız faaliyetlerle otonomiye sahip olmasıdır.

Hukukun sivil toplum ile siyasal toplum arasında bir rolü var mıdır, varsa rolü ve işlevi nedir sorusunun yanıtında ise hukuk, sivil toplumun yeniden üretilmesi ve geliştirilmesini sağlamakta, siyasal toplum ve çıktılarına da meşruiyet vermektedir şeklindedir.

Hukukun sivil toplum siyasal toplum arasındaki rolünü yerine getirebilmesi için hukuk normunun taşıması gereken özellikler, ideal tip hukuk normu olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda hukuk, normatif olarak sivil ve siyasal toplumun ortak diliyle ifade edilmeli, sivil ve siyasal toplum unsurları tarafından aynı oranda erişilebilir, belirlenebilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Anlaşılamayan ve yorumlanamayan bir hukuk normunun değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun yanında hukukun meşru, toplumsal gerçekliklere uygun insan hakları ve adalete uygun olması da hukuk normunun taşıması gereken özelliklerdendir. Hukuk, ancak bu niteliklere haiz olursa hukuk vasfını kazanır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKAL, C. B. (2017). *Hukuk Nedir?* Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.
- AKBAŞ, K. (2006). *Hukukun Büyübozumu*. İstanbul: Legal Yayıncılık San.Tic. Ltd. Şti.
- AKIN, İ. (1987). *Kamu Hukuku*. İstanbul: Beta Yay.Dağ.
- AKTAŞ, S. (2011). *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- AKTAŞ, S. (2011). *Prosedürel Doğal Hukuk*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- ALTHUSSER, L. (2014). *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*. (A. Tümertekin, Çev.) İstanbul: İthaki Yayınları.
- ARAL, V. (2012a). *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- ARAL, V. (2012 b). *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- ARENDT, H. (1994). *İnsanlık Durumu*. (S. Şener, Çev.) İstanbul: İletişim Yayınları.
- ARENDT, H. (2013). *Sivil İtaatsizlik. Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik* (Y. Coşar, Çev., s. 77-108). içinde İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- ARİSTOTELES. (2013). *Atinalıların Devleti*. (A. Çokona, Çev.) İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- ARİSTOTELES. (2014a). *Nikomakhos'a Etik*. (F. Akderin, Çev.) İstanbul: Say Yayınları.
- ARİSTOTELES. (2014b). *Politika*. (M. Tunçay, Çev.) İstanbul: Remzi Kitabevi.
- ARON, R. (2014). *Sosyolojik Düşüncenin Evreleri*. (K. Alemdar, Çev.) İstanbul: Kırmızı Yayınları.
- ARONSON, Elliott; WILSON, Timothy D ve AKERT, Robin M;. (2010). *Sosyal Psikoloji*. (O. Gündüz, Çev.) İstanbul: Kaknüs Yayıncılık.
- BAHAR, H. İ. (2009). *Sosyoloji*. Ankara: Usak Yayınları.
- BASTIAT, F. (2010). *Hukuk*. (Y. A. Yayla, Çev.) Ankara: Liberte Yayınları.
- BAUMAN, Z. (2015). *Bireyselleşmiş Toplum*. (Y. Alogan, Çev.) İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- BENEDICT, R. (2015). *Kültür Örüntüleri*. (M. Topal, Çev.) İstanbul: İletişim Yayınları.
- BENTHAM, J. (2017). *Yasamanın İlkeleri*. (B.Asal, Çev.) İstanbul: Oniki Levha Yayınları
- BOTTOMORE, T. B. (2000). *Toplumbilim*. (Ü. Oskay, Çev.) İstanbul: Der Yayınları.
- BOZKURT, G. (2010). *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*. Ankara: AKDITYK.

- BRUNS, G. (2002). İnsan Bilimlerinde Dilin Zayıflığı Üzerine. H. Arslan, & H. Arslan (Dü.) içinde, *Retorik, Hermeneutik ve Sosyal Bilimler* (H. Arslan, Çev., s. 127-151). İstanbul: Paradigma Yayınları.
- CAN, C. (2002). *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- CASTELLS, M. (2008). *Ağ Toplumunun Yükselişi Enformasyon Çağı: Ekonomi Toplum ve Kültür* (Cilt 1). (E. Kılıç, Çev.) İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- CEVİZCİ, A. (1999). *Felsefe Sözlüğü*. İstanbul: Paradigma Yayınları.
- COHEN, Jean L. ve ARATO, Andrew. (2013). *Sivil Toplum ve Siyasal Teori*. (A. Akdoğan, Dü., & B. Kurt, Çev.) Ankara: Efil Yayınevi.
- COTTERRELL, R. (2018). *Hukukbilimin Politikası*. (S. Üye, Çev.) İstanbul: Pinhan Yayıncılık.
- COULON, A. (2015). *Etnometodoloji*. (Ü. Tatlıcan, Çev.) İstanbul: Küre Yayınları.
- CULLINAN, C. (2014). *Vahşi Hukuk*. (M. Güneşdoğmuş, Çev.) Ayrıntı Yayınları.
- ÇAHA, Ö. (2003). Mahrem Kamusal Alan. *Sivil Toplum* (2), 79-88.
- ÇAHA, Ö. (2008). *Sivil Toplum Aydınlar ve Demokrasi*. İstanbul: Plato Yayınları.
- ÇAHA, Ö. (2016). *Sivil Toplum ve Devlet*. Ankara: Orion Yayınevi.
- ÇELEBİ, A. (2015). Kamusal Alan ve Sivil Toplum: Siyasal Bir Değerlendirme. M. ÖZBEK içinde, *Kamusal Alan* (s. 265-311). İstanbul: Hil Yayıncılık.
- DOĞRU, O. ve NALBANT, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* (Cilt 2). Ankara.
- DURKHEIM, E. (2013). *İntihar*. (Z. İlkelen, Çev.) İstanbul: Pozitif Yayınları.
- DWORKIN, R. (2007). *Hakları Ciddiye Almak*. Ankara: Dost Yayınları.
- DWORKIN, R. (2018). *Hukukun Hükümleri*. (E. Uzun, Çev.) İstanbul: Nora Kitap.
- ELKİN, F. (1990). *Çocuk ve Toplum Çocuğun Toplumsallaşması*. (N. Güngör, Çev.) İstanbul: Gündoğan Yayınları.
- ERDOĞAN, M. (1998a). *Liberal Toplum Liberal Siyaset*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- ERDOĞAN, M. (1998b). Liberalizm ve Türkiye'deki Serüveni. *Liberal Düşünce* (10-11), 5-21.
- ERDOĞAN, M. (2013). *Anayasal Demokrasi*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- ERGUN, T. ve POLATOĞLU, A. (1988). *Kamu Yönetimine Giriş*. Ankara: TODAİE.
- FEYNMAN, R. (1996). *Fizik Yasaları Üzerine*. (N. Arık, Çev.) Ankara: Tübitak Yayınları.

- FEYNMAN, R. (2016). *Feynman Fizik Dersleri* (Cilt 1-3). (Z. Aydın, Çev.) İstanbul: Alfa Yayınları.
- FRIEDRICH, C. J. (2010). *Sınırlı Devlet*. (M. Turhan, Çev.) Ankara: Gündoğan Yayınları.
- FULLER, L. L. (2016). *Hukukun Ahlakı*. (E. Arıkan, Çev.) İstanbul: Tekin Yayınevi.
- GEMALMAZ, M. (2001). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- GÖGER, E. (1979). *Hukuk Başlangıcı Dersleri* (Cilt 2). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- GÖZE, A. (1987). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. İstanbul: Beta Yay.Dağ.
- GÖZLER, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş*. Ankara: Us-A Yayıncılık.
- GÖZLER, K. (2000). *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- GÜRBÜZ, A. (2013). *Hukuk ve Meşruluk*. İstanbul: Beta Yayınları.
- GÜRİZ, A. (2000). *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- GÜRLER, Sercan. (2015). Modern Hukuk Felsefesinde Bir Gayya Kuyusu: Hukuk- Ahlak İlişkisi Sunuş. S. Gürler (Dü.) içinde, *H.L.A.Hart ve Hukuk- Ahlak Ayrımı* (s. 9-26). İstanbul: Tekin Yayınevi.
- HABERMAS, J. (2011). *Sosyal Bilimlerin Mantığı Üzerine*. (M. Tüzel, Çev.) İstanbul: Kabalcı Yayınevi.
- HABERMAS, J. (2013). Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletinin Denektaş Almanya'da Otoriter Legalizm Karşıtlığı. *Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik* (Y. Coşar, Çev., s. 122-143). içinde İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- HABERMAS, J. (2015). Hukuk Devleti ve Demokrasi Arasındaki İçsel İlişki. J. Habermas içinde, *"Öteki" Olmak "Öteki"yle Yaşamak* (İ. Aka, Çev., s. 167-178). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- HABERMAS, J. (2018). *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*. (M. S. T. Bora, Çev.) İstanbul: İletişim Yayınları.
- HABERMAS, J. (2019). *İletişimsel Eylem Kuramı*. (M. Tüzel, Çev.) İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- HART, H. (2015). Doğal Haklar Var Mı? S. Gürler (Dü.) içinde, *H.L.A. Hart ve Hukuk- Ahlak Ayrımı* (O. B. Keskin, Çev., s. 217-237). İstanbul: Tekin Yayınevi.
- HAYEK, F. A. (1994). *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*. (A. Yayla, Çev.) Ankara: T. İş Bankası Yayınları.
- HEGEL, G. W. (2018). *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*. (C. Karakaya, Çev.) İstanbul: Sümer Yayıncılık.

- HEPER, M. (2006). *Türkiye'de Devlet Geleneği*. İstanbul: Doğu-Batı Yayınları.
- HIMMA, K. E. (2010). *Hukukun Ahlaki Kriterleri*. (S. Üye, Çev.) Ankara: Bilgesu Yayınları.
- HOBBS, T. (2013). *Leviathan*. (S. Lim, Çev.) İstanbul: Yapı Kredi Yayınlar.
- HOFSTEDE, G. (2001). *Culture's Consequences (Second Edition)*. California USA: Sage Publications Inc.
- HOFSTEDE, G. (2001). *Culture's Consequences Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations*.
- HOFSTEDE, G. (2011). Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model. *Online Readings in Psychology and Culture*(2(1)), 1-26.
- HOFSTEDE, Geert; HOFSTEDE, Gert, Jan ve MINKOV, Michael;. (2010). *Cultures and Organizations*. New York: McGraw-Hill Companies.
- İBA, Ş. (2010). *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- İNCEOĞLU, M. (2001). *Tutum Algı İletişim*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- İNCEOĞLU, S. (2007). *Adil Yargılanma Hakkı ve Etiği*. Ankara: Council of Europe.
- İŞIKTAÇ, Y. (2004a). *Hukuk Felsefesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İŞIKTAÇ, Y. (2004b). *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İŞIKTAÇ, Y. ve KOLOŞ, U. (2015). *Hukuk Sosyolojisi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- JORGENSEN, S. (2001). *Hukuk ve Toplum*. (Ü. Yükselbaba, Çev.) İstanbul: Donkişot Yayınları.
- KABOĞLU, İ. (1999). *Özgürlükler Hukuku*. İstanbul: Afa Yayıncılık.
- KABOĞLU, İ. (2000). *Anayasa ve Toplum*. Ankara: İmge Kitabevi.
- KALAYCIOĞLU, E. (1984). *Çağdaş Siyasal Bilim*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- KAPANI, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- KARTARI, A. (2020). *Kültür, Farklılık ve İletişim*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- KEANE, J. (Ed) (1993). *Sivil Toplum ve Devlet*. (Erkan Akın vd., Çev.) İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- KELSEN, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı*. (E. Uzun, Çev.) İstanbul: Nora Kitap.
- KOCALOĞLU, M. (2018). *Robert Nozick Adalet Teorisi ve Temel Kavramları*. Ankara: İmaj Yayınevi.

- KORUCU, S. (2014). *Yargısal Aktivizm*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KÖKER, L. (1992). *Demokrasi Üzerine Yazılar*. Ankara: İmge Kitabevi.
- KÖKER, L. (2015). Demokratik Meşruluk, Kamusal Alan ve Çokkültürlülük Sorunu. M. ÖZBEK içinde, *Kamusal Alan* (s. 337-348). İstanbul: Hil Yayıncılık.
- KUTLU, M. (2001). *Kuvvetler Ayrılığı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- LOCKE, J. (2012). *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*. (F. Bakırcı, Çev.) Ankara: Ebabil Yayıncılık.
- MARDİN, Ş. (2003). *Türkiye'de Toplum ve Siyaset*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- MASLOW, A. (2001). *İnsan Olmanın Psikolojisi*. (O. Gündüz, Çev.) İstanbul: Kuraldışı Yayıncılık.
- METİN, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti.
- MILL, J. S. (2014). *Hürriyet Üzerine*. (M. O. Dostel, Çev.) Ankara: Liberte Yayınları.
- ONG, W. J. (2014). *Sözlü ve Yazılı Kültür*. İstanbul: Metis Yayınları.
- ORWELL, G. (2013). 1984. (C. Üster, Çev.) İstanbul: Can Yayınları.
- ÖZBEK, M. (2015). Kamusal-Özel Alan, Kültür ve Tecrübe. M. ÖZBEK içinde, *Kamusal Alan* (s. 601-670). İstanbul: Hil Yayıncılık.
- ÖZBUDUN, E. (2011). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, E. (2014). *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- ÖZCAN, M. T. (2012). *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- ÖZCAN, M. T. (2017). *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*. İstanbul: Tekin Yayınevi.
- ÖZDEMİR, H. (2014). *Cumhuriyet Tarihi Boyunca Hukuk Dilindeki Değişmeler ve Gelişmeler*. Ankara: Türk Dil Kurumu.
- ÖZENÇ, B. (2014). *Hukuk Devleti*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- ÖZGÜVEN, A. (1983). *İktisat Bilimine Giriş*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÖZLEM, D. (2017). *Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji*. İstanbul: Notos Kitap Yayınevi.
- PLATON. (2001). *Devlet*. (S. Eyüboğlu, & M. A. Cimcoz, Çev.) İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- PLATON. (2012). *Yasalar*. (C. Şentuna, & S. Babür, Çev.) İstanbul: Kabalcı Yayınevi.

- POPPER, K. R. (2017). *Bilimsel Araştırmanın Mantığı*. (İ. Aka, & İ. Turan, Çev.) İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- RADBRUCH, G. (2015). Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk. S. H. Metin içinde, *Ceza Hukuku Felesefesine Katkı: Radbruch Formülü* (s. 75-101). İstanbul: Tekin Yayınevi.
- RAWLS, J. (2017). *Bir Adalet Teorisi*. (V. A. Coşar, Çev.) Ankara: Phoenix Yayınları.
- RUSSELL, B. (2015). *Bilimsel Bakış*. (F. Sezer, Çev.) İstanbul: Say Yayınları.
- SAKALLI, N. (2016). *Sosyal Etkiler*. Ankara: İmge Kitabevi.
- SAN, C. (1971). *Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi*. Ankara: AİTİA Yayınları.
- SARTORI, G. (2017). *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*. (T. Karamustafaoğlu, & M. Turhan, Çev.) İstanbul: Sentez Yayıncılık.
- SCHMITT, C. (2016). *Kanunilik ve Meşruiyet*. (M. C. Ozansü, Çev.) İstanbul: İthaki Yayınları.
- SMITH, A. (2006). *Milletlerin Zenginliği*. (H. Derin, Çev.) İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- SUPIOT, A. (2014). *Homo Juridicus Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*. (B. AÇIMUZ, Çev.) Ankara: Dost Kitabevi.
- SWINGWOOD, A. (2010). *Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi*. (O. Akınhay, Çev.) İstanbul: Agora Kitaplığı.
- ŞAYLAN, G. (1998). *Demokrasi ve Demokrasi Düşüncesinin Gelişmesi*. Ankara: TODAİE.
- ŞERİF, M. (1985). *Toplumsal Kuralların Psikolojisi*. (İ. Sandıkçıoğlu, Çev.) İstanbul: Alan Yayıncılık.
- TEZİÇ, E. (2012). *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
- THOREAU, H. D. (2014). *Sivil İtaatsızlık-Yürümek*. (A. Örköp, Çev.) İstanbul: Zeplin Yayınları.
- TOCQUEVILLE, A. D. (2015). *Amerika'da Demokrasi*. (Ö. Doğan, Çev.) İstanbul: Doğu Batı Yayınları.
- TOPUZKANAMIŞ, E. (2013). *Hukuk ve Disiplin*. İstanbul: Oniki Levha yayıncılık.
- TOSUN ERDOĞAN, G. (2001). *Demokratikleşme Perspektifinden Devlet-Sivil Toplum İlişkisi*. İstanbul: Alfa Yayınları.
- TOUCHARD, J. (2015). *Siyasal Düşünceler Tarihi*. (İ. Yerguz, Çev.) İstanbul: Işık Yayınları.
- TURİNAY, F. (2012). *Dil, Hukuk ve Siyaset Bağlamında Anayasa Düşüncesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık A.Ş.

- TURNER, J. H., BEEGHLEY, L. ve POWERS, C. H. (2017). *Sosyolojik Teorinin Oluşumu*. (Ü. Tatlıcan, Çev.) İstanbul: Sentez Yayınları.
- UYGUN, O. (2017). *Hukuk Teorileri*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- UYGUR, G. (2014). İoanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik mi? Ahlak mı? İ. KUÇURADI, B. Çotuksöken, G. Uygur, & H. Şimga (Dü) içinde, *Çağın Olayları Arasında* (s. 161-172). Tarihçi Kitabevi Yayınları.
- UZUN, E. (2017). *Hukuk Göstergebilimi*. İstanbul: Nora Kitap.
- WACKS, R. (2015). *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*. (E. Arıkan, Çev.) İstanbul: Tekin Yayınevi.
- WACKS, R. (2017). *Hukuk Kuramını Anlamak*. (F. Süzgün, Ş. Ünver, & S. Ünver, Çev.) Ankara: Astana Yayınları.
- WEBER, M. (1997). *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*. (Z. Aruoba, Çev.) İstanbul: Hil Yayınları.
- WEBER, M. (2011). *Bürokrasi ve Otorite*. (H. Akın, Çev.) Ankara: Adres Yayınları.
- WEBER, M. (2012a). *Sosyolojinin Temel Kavramları*. (M. Beyaztaş, Çev.) İstanbul: Yarın Yayınları.
- WEBER, M. (2012b). *Ekonomi&Toplum* (Cilt 1). (L. Boyacı, Çev.) İstanbul: Yarın Yayınları.
- WEBER, M. (2017). *Sosyal Bilimler Metodolojisi*. (V. S. Öğütle, Çev.) İstanbul: Küre Yayınları.
- WOODCOCK, G. (2014). *Anarşizm Bir Düşünce ve Hareketin Tarihi*. (A. Türker, Çev.) 2014: Kaos Yayınları.
- YILDIRIM, C. (1988). *Matematiksel Düşünme*. İstanbul: Remzi Kitabevi.
- YILDIRIM, İ. Ş. (2004). *Demokrasi Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YILMAZ, A. (2001). *Çağdaş Siyasal Akımlar*. Ankara: Vadi Yayınları.
- YÜKSEL, M. (2001). *Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- YÜKSEL, M. (2004). *Modernite Postmodernite ve Hukuk*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- ZINN, H. (2018). *Amerika Birleşik Devletleri Halklarının Tarihi*. (S. S. Özer, Çev.) Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.

Sürelî Yayınlar

- AKTAŞ, S. (2020). Hukuk Devleti İdealine Felsefî Bir Bakış. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*(1), 1-32.

- BALI, A. Ş. (2004). Hukukun Bilimselliği Sorunu. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), 223-237.
- DİKEÇLİGİL, B. (2005). Bilimsel Paradigmaların Oluşumunda ve Dönüşümünde Sosyolojik Bağlam. *Bilimde Modern Yöntemler Sempozyumu*. Kocaeli.
- ERDEM, F. H. (2019). Türkiye'de Yargının Hukuk Ötesi Sorunları. *DÜHFD*, 24(40), 3-30.
- ERDEM, J. G. (2019). Türk ve Alman İdare Hukuku Öğretilerinde Belirsiz Hukuki Kavramlar. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 61-72.
- EVREN, Ç. C. (2019). Bir Örnek Olay Üzerinden Mahkeme Kararlarında İstikrar. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 4(2019/2), 113-136.
- FİĞANMEŞE, İ. A. (2017). Hakem Kararlarının İptali Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1004-1037.
- GÖNENÇ, L. (2013). Anayasal Değişim. *AÜHFD*, 62(4), 1063-1086.
- GÖZTEPE, E. (2015). Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa Öğretisi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, LXXIII(1), 129-180.
- GÜLENC, K. (2010). Hukuk ve Şiddetin Hayaletimsi Birlikteliğinin Benjaminci Eleştirisi Üzerine Bir İnceleme. *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi* (Cilt 20, s. 59-67). içinde İstanbul: İstanbul Barosu.
- GÜNER-ÖZBEK, M. D. (2016). Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin Eş Zamanlı Uygulanması, Havayolu ile Yapılan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanan Hükümler ve Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun İç Taşımalara İlişkin Hükümlerinin Acil Revizyon İhtiyacı. *TBB Dergisi*(123), 325-372.
- GÜRBÜZ, A. (2016). Hukuksal Muhakemenin Temel Paradigması Olarak Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkeleri Nasıl İşlevselleştirilebilir. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*(7), 609-619.
- HUBER, E. R. (1970). Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet. (Ç. T. Ansay, Dü.) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXVII(3-4).
- İBA, Ş. (2011). Ülkemizde "Temel Kanun" ve "Torba Kanun" Uygulamaları. *Ankara Barosu Dergisi*(1), 197-202.
- İNALCIK, H. (2018). Örfi-Sultani Hukuk (Kanun) ve Kanunnameler. H. İNALCIK içinde, *Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet* (s. 57-83). İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- KALAYCIOĞLU, E. (1997). Sivil Toplum ve Neopatrimonyal Siyaset. *Küreselleşme Sivil Toplum ve İslam* (s. 111-135). içinde Ankara: Vadi Yayıncılık.

- MASLOW, A. H. (1943). *A Theory of Human Motivation*. (C. GREEN, Dü.) 01 21, 2021 tarihinde Classics in the History of Psychology: <https://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm> adresinden alındı
- MIZRAK, D. ve TEMİZ, Ö. (2009). Hukuk ve Politika Türkiye'de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, 67(2), 77-97.
- ÖZCAN, M. T. (2006a). Hukuk Devleti Modern Devletin Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 64(2), 119-144.
- ÖZCAN, M. T. (2006b). Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan. *Hukuk Kurultayı* (s. 287-446). Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- ÖZKÖK, G. (2002a). Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51(2), 63-81.
- ÖZKÖK, G. (2002b). Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar. *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi*, 5, 98-106.
- PEKCANITEZ, H. (2019). Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi. *TBB*(144), 383-419.
- SARIBAY, A. Y. (2003, Ocak-Şubat-Mart). Sivil Toplum: Universitas mı, Societas mı? *Sivil Toplum*(1), 15-19.
- SATICI, M. (2018). Hukuk Felsefesine Neden İhtiyacımız Var? *İnsan&İnsan*, 6(21), 713-724.
- SAV, A. (2014). Yasa Yapma Sanatının Ölümü (Torba Yasalar). *Ankara Barosu Dergisi*, 595-606.
- SHILS, E. (2002). Merkez ve Çevre. *Türkiye Günlüğü*, 70.
- SÖZER, A. N. (2014). Bilim ve Hukuk. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Özel Sayı*, 1081-1119.
- TAMER, M. (2010). Tarihsel Süreçte Sivil Toplum. *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 91-92.
- TOSUN ERDOĞAN, G. (2003). Birleştirici Demokrasi Devlet- Sivil Toplum İlişkisinin Yeniden Yapılandırılması İçin Bir Analiz Aracı Olabilir mi? *Sivil Toplum Düşünce Araştırma Dergisi*, 1(1), 29-45.
- TUNÇAY, M. (2003). Sivil Toplum Kuruluşlarıyla İlgili Kavramlar. *Sivil Toplum Düşünce ve Araştırma Dergisi*, 1(1), 9-13.
- TURHAN, M. (2014). Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu. *HFSA*(26), 443-480.
- TÜRKBAĞ, A. U. (2003). Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi. *HFSA Arkivi* (8), 58-68.

ULUÇAKAR, M. ve ÇINAR, M. F. (2020, Nisan). Türkiye'de Yargı ile Siyaset İlişkisinin Kuvvetler Ayrılığı Perspektifinden Analizi. *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (1), 126-141.

Diğer Yayınlar ve Kaynaklar

AY. (1982, 10 18). 2709 S. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası(m.90)*. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>.

AYM. (2007, 05 01). *Anayasa Mahkemesinin 01/05/2007 T. ve 2007/45 E.- 2007/54 K. Sayılı Kararı*. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070627-17.htm>.

AYM. (2008, 09 24). *Anayasa Mahkemesi. 2006/142 E.-2008/148 K.* . <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/12/20081225-5.htm>.

AYM. (2017, 09 28). *Anayasa Mahkemesi. 2016/198 E.-2017/144 K.* https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-144.pdf.

AYM. (2018, 05 02). *Anayasa Mahkemesi. 2017/159 E.-2018/41 K.* https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-41.pdf.

AYM. (2018a, 05 17). *Anayasa Mahkemesinin 17/05/2018 T. ve 2016/13021 B.* <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/13021?BasvuruNoYil=2016&BasvuruNoSayi=13021>.

AYM. (2018b, 12 25). *Anayasa Mahkemesinin 25/12/2018 T. ve 2017/29896 B.No.lu Kararı*. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/29896?Dil=tr>.

Gelibolu Yarımadası, K. (2000, 02 17). 4533 S.*Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu*. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4533.pdf>.

Çanakkale Savaşları, G. T. (2014, 06 19). 6546 S. *Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun*. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-10.htm>.

ÇATALOLUK, G. (2010). *Hukuka Sistemik Yaklaşımlar. Yayınlanmamış Dr. Tezi*. İstanbul. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>

Hofstede Insights: (2021, 01 17). <https://www.hofstede-insights.com/country/turkey/> adresinden alınmıştır

<https://www.anayasa.gov.tr/>. (2020, Nisan 11). <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/ayni-maddi-olaya-dayanilarak-acilan-davalarda-farkli-sonuca-ulasilmasi-nedeniyle-hakkaniyete-uygun-yargilanma-hakkinin-ihlal-edilmesi/> adresinden alınmıştır

İBA, Ş. (2004). *Yasama Tarihimizde Kanunların Ayıklanmasına Yönelik Çalışmalar Üzerine*. http://www.tbmm.gov.tr/eyayin/GAZETELER/WEB/MECLIS%20BULTENI/2469_2004_0000_0108_0000/0030.pdf adresinden alınmıştır

4734 S.Kanun. (2002, 01 04). 4734 S. *Kamu İhale Kanunu (m.3)*. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf>.

- 6552 S.Kanun. (2014, 09 10). 6552 S. *İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun*. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/09/20140911M1-1.htm>.
- TBMM. (2003). *İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/718)*. Dönem 22 Yasama Yılı 2. Ankara: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c041/tbmm22041052ss0372.pdf>.
- TBMM. (2018). *Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (1/913) ve Adalet Komisyonu Raporu*. Sıra Sayısı:524. Ankara: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic.
- TMK. (2001, 11 22). 4721 S. *Türk Medeni Kanunu*. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>.
- TTK. (2011, 01 13). 6102 S. *Türk Ticaret Kanunu*. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>.
- YARGITAY. (2017, 02 28). *Yargıtay 19.H.D.'nin 28/02/2017 T. ve 2016/2835 E.-2017/1582K.S.Kararı*. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.
- YARGITAY. (2018, 05 07). *Yargıtay 11. H.D.'sinin 07/05/2018 T. ve 2017/4816 E.-2018/3230 K.S.Kararı*. <https://avukatlarasor.net/q/yargitay-11-hukuk-dairesi-20174816-e-20183230-k>.
- YARGITAY. (2020, 09 14). *Yargıtay 9.H.D.'sinin 14/09/2020 T. ve 2016/26476 E.-2020/7547 K. S.Kararı*. <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-26476.htm>.
- YÜKSELBABA, Ü. (2008). *Habermas'da Kamusal Alan Özel Alan Ayrımı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Dr. Tezi. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>

ÖZGEÇMİŞ

Ümit Müderrisoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş olup, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne devredilen Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Yüksek Lisans Programını, “Türk Adli Yargı Örgütü ve Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı tezi ile tamamlamış, ayrıca Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Sosyoloji Bölümünü bitirmiştir.

