

PAPER DETAILS

TITLE: HUKUKUN DINAMIZMI: YARGIDA REFORM

AUTHORS: Ugur ÖZBEK

PAGES: 7-34

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2249094>

HUKUKUN DİNAMİZMİ: YARGIDA REFORM

Uğur ÖZBEK*

ÖZ

İnsan toplumsal bir varlıktır. Bu nedenle toplum içinde yaşar ve toplumsal iş bölümüne dayalı olarak varlığını devam ettirir. İnsanın toplum içinde nizami olarak yaşayabilmesi bir takım kurallara uymasıyla mümkündür. İnsanın olduğu her yerde kurallar ve hukuk kuralları vardır. Kurallar, insanın ve toplumun değişmesiyle değişirler. Zira toplumun ihtiyaçlarına cevap vermesi hukukun doğası gereğidir. Devlet toplum sözleşmesiyle kurulan ve bireylerin toplumda barış içinde yaşamak için güç kullanma yetkilerini devrettikleri, hukuk ile sınırlı bir aygıttır. Devletin hukuk devleti olması, hukukun içinde kalması ve hukukun üstünlüğünü tanınmasıyla mümkündür.

Yargıda reformun ülkemizde tartışılmadığı ve gündeme gelmediği bir dönem neredeyse yoktur. Hukukun toplumsal ihtiyaçlara cevap vermek için reforma tabi tutulması elbette bir gerekliliktir. Ancak, salt mevzuat değişiklikleri hukuk reformu için yeterli olmayabilir. Zira hukuk sadece mevzuat değildir. Mevzuatı somut vakaya uygulayıp, hukuksal sorunu çözen yargıcın verdiği karar da hukuka dâhildir.

Hukukun üstünlüğünün tanınmadığı, hukuk devleti ilkesinin devletin en ince kılcal damarlarına kadar içselleştirilmediği bir düzlemde yargıda reformun hukuku adalete yaklaştıracak bir rol icra edebilmesi oldukça zordur. Buradan hareketle yargının adaleti tesis edebilmesinde ve toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilmesinde bir zihniyet ve algı reformuna ihtiyaç duyulmaktadır.

* Cumhuriyet Savcısı

Anahtar Sözcükler:Hukuk, Adalet, Toplum, Devlet, Reform, Hukukun Üstünlüğü, Hukukun Dinamizmi, Toplumsal İhtiyaçlar, Hukuk Devleti.

ABSTRACT

Human is a social being. For this reason, it lives in the community and continues to exist based on the Social Work Division. It is possible for a person to live in a society regularly by following a number of rules. Everywhere there are people, there are rules and rules of law. Rules change with the change of man and society. Likewise, it is the nature of the law to respond to the needs of the society. The state is a device established by the convention of society and limited by law, in which individuals delegate the powers to use force to live in peace in society. It is possible that the state is a state of law, but only remains within the law and recognizes the rule of law.

There is almost no period when judicial reform is not discussed and raised in our country. Reforming the law to meet the social needs of society is, of course, a necessity. However, mere legislative changes may not be enough for Law Reform. Therefore the law is not just only legislation. The decision of the judge who applies the legislation to the concrete case and solves the legal problem is also included in the law.

Where the rule of law is not recognized and the principle of the rule of law is not internalized to the thinnest capillaries of the state, it is quite difficult for judicial reform to play a role that will bring the law closer to justice. Based on this, mindset and perception reforms are needed in the judiciary's ability to establish justice and respond to social needs.

Keywords:Law, Justice, Society, State, Reform, Rule of law, Dynamism of law, Social Needs, State of law

I. DEVLETİN GEREKLİLİĞİ İLE HUKUK VE TOPLUM İLİŞKİSİ:

Bütün zamanlar için geçerli, üzerinde ittifak sağlanmış bir amaçlar listesi çıkarılması mümkün değildir ama modern devletin en önemli ve sürekli amacının iç barışı sağlamak olduğu çoğunlukla dile getirilmiştir.¹

Hobbes, “devlet olmadıkça herkes herkese karşı daima savaş halinde” der ve devletin olmadığı zamanda nelerin olabileceğini bize şöyle hatırlatır; “Böyle bir ortamda çalışmaya yer yoktur; çünkü çalışmanın karşılığı belirsizdir. Ve dolayısıyla toprağın işlenmesine de yer yoktur; ne denizcilik, ne deniz yoluyla ithal edilebilecek malların kullanılması, ne rahat yapılar, ne fazla güç gerektiren şeyleri kaldırmak ve taşımak için gereken şeyler, ne zaman hesabı, ne sanat, ne yazı ne de toplum vardır. Hepsinden kötüsü, hep şiddetli ölüm korkusu ve tehlikesi vardır; ve insan hayatı yalnız, yoksul, kötü ve kısa sürer.”²

¹ Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Anayasa Teorisi, çev. Editörü: İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2014, sf.645

² Hobbes, Thomas, Leviathan, Çev. Emih Lim, YKY, 2. Baskı, İstanbul 1995, sf.94-95’den aktaran Sancar, Mithat, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13, sf. 27

Devlet, mülkiyet kavramının yerleşmesiyle toplumdaki insanların birbirine düşmesi sonucunda ortaya çıkacak anarşiyi önlemek adına bir tür sözleşmeyle kurulmuştur.³ Bu anlamda insanların sahip oldukları bir kısım yetkilerden ve haklardan bahsi edilen sözleşmeyle vazgeçerek devleti oluşturmaları toplumun ve insanın yaşamı için elzemdi.

Peki devletin kendi başına ve kendinden menkul bir amaç olarak “iyi” olduğunu söyleyebilir miyiz? Yani devletin devlet olarak var olması insan için yeterli midir?

Hegel “*devlet kendi içinde mutlak ve değişmez bir amaçtır; Tanrı’nın yeryüzündeki yürüyüşüdür.*” görüşünü savunmuş ise de Locke devletin vatandaşlar için var olan bir aygıt olduğu görüşünü ileri sürer.⁴ Aynı şekilde diğer liberaller de devleti bütünüyle bir araç olarak görmekte, devletin varlık nedenini bireysel hakların korunması olarak ifade etmektedirler. O halde devletin bireyin haklarını korumak ve bu suretle toplumda düzeni sağlamak gibi bir ödevi olduğunu, dolayısıyla salt “devlet” olmanın yeterli olmadığını söyleyebiliriz.

Devlet, hukuk sisteminin dışında var olamadığı gibi, kendini hukuk sisteminin karşısında ondan bağımsız olarak konumlandırması da mümkün değildir. O, hukuk sistemiyle özdeştir. Hatta bizatihi devlet,

³ Ortaylı, İlber, “Devlete Nasıl Bakmalı?”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Kasım 1997, sf. 7

⁴ Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13, sf.70

hukuk düzeni demektir.⁵ Hukuk ise gerek uygulanmasında gerekse ihdas edilip yürürlük kazanmasında isteğe ve keyfine bağlı olmadan onu uygulayan, gelişen ve sürekli değişim içindeki kültürü, hukukun bir parçası olan yasaya mantıklı bir şekilde işleyen ve hukukun bağlayıcılığını da vurgulayan otoriteye ihtiyaç duyar.⁶ Tam burada Hans Kelsen'in "*hukuk dışında devlet, devlet dışında hukuk olmaz*" sözünü hatırlayabiliriz.

"Ubi societas, ibi jus": "*Nerede toplum varsa orada hukuk (da) vardır.*" Her toplum kendi hukukunu yaratır. Kişilerin kendi haklarını kendilerinin almalarını dolayısıyla ihkak-ı haklarını hiçbir hukuk sistemi kabul ve meşru görmez. Toplumdaki bireylerin devletin temelinde yer alan toplum sözleşmesi ile hak aramaya dair haklarını devlet mekanizmasına teslim ettikleri kabul edilir. Bu açıdan bakıldığında, "şiddet tekeli"nin, devlete toplumsal barışı sağlama yükümlülüğü karşılığında verildiği söylenebilir.⁷ Hukukun uygulanması toplumsal nizamın bu suretle sağlanması anlamına geldiği gibi devlet otoritesinin tanınması anlamına da gelmektedir. Hınç arzusunu, kişilerin ya da zümrelerin sübjektif yaklaşımlarına bırakmayan adalet kurumu, intikam biçimlerinin yapılaşması anlamını da taşımaktadır.⁸ Yani kişilerin

⁵ Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, a.g.e. sf.231

⁶ Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, a.g.e. sf.101

⁷ "Adalet Biraz Es Geçiliyor...", Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, TESEV,2009, sf. 17

⁸ Taburoğlu, Özgür, "Vicdan ve Başkası: Adaletin İlkesel Temelleri", Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.116

başkaca kişilere karşı hak ve alacaklarından kaynaklı ya da daha ilkel ve mesnetsiz şiddet uygulama arzularını frenleyerek, devletin şiddeti tekeline alması toplumun kargaşadan kurtulmasının yegâne yoludur. Bunun mantıksal gereği, toplumdaki çatışma ve uyuşmazlıkların tek elden çözüme kavuşmasını sağlayacak mekanizmaların oluşturulmasıdır. Buradan hareketle devletin en önemli görevinin toplumda ortaya çıkan çatışma ve ihtilafları, uyuşmazlığın taraflarının şiddete başvurmalarına gerek bırakmadan çözüme bağlamak olarak belirecektir.⁹ Elbette devlet bunu önceden konulmuş soyut ve genel kurallara bağlı, bağımsız ve tarafsız yargı erkini kullanarak gerçekleyecektir. Zira hukuk devleti anlayışına göre *“hukuk yoksa devlet de yoktur; hukukun olmadığı yerde var olan sırf örgütlü bir şiddettir.”*¹⁰ Bireylerin hukuk sistemini oluşturan normların bütününe inanması ve ona uymasıyla kendi aralarında belli ölçüde düzen ve güven inşa edilmiş olacaktır.¹¹ Dolayısıyla burada Hobbes’un bahsini ettiği şiddeti tekeline alıp, gücü merkezileştirmiş bir yeryüzü tanrısından söz etmiyor isek de, alelade bir devletten de söz ediyor değiliz. McIver *“Zora dayalı iktidar, devletin bir ölçütüdür, ama esası değildir... Her şeyin üstünde bir güç olmayan yerde devletin*

⁹ Sancar, Mithat, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13, sf. 39

¹⁰ Erdoğan, Mustafa, “Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13, sf.55

¹¹ Eveline T. Feteris, Hukuki Argümantasyonun Temelleri, çev: Ertuğrul Uzun, Pinhan Yayınları, 1. Baskı, sf.144

olmadığı doğrudur...Ama gücün kullanımı bir devlet çıkartmaz ortaya ”¹²
derken makuliyeti ifade ediyordu. Bu anlamda bahsini ettiğimiz devlet, kendini hukuk ile sınırlayan, gücünü ve meşruiyetini hukuktan alan ve sadece hukukla kayıtlı değil aynı zamanda toplumdaki bütün bireylere hukuk güvenliği sunan bir “hukuk devleti”dir.

II. DEVLETİN HUKUKU MU, HUKUK DEVLETİ Mİ?

Anayasamızın 2. maddesinde yer alan ve Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi tüm demokratik rejimlerin temel hususiyetlerinden biridir. Hukuk devleti kavramı en kısa tanımıyla *“vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu”¹³* bir sistemi ifade eder. Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini *“insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet”¹⁴* şeklinde tanımlamıştır.

Türkiye’de hukuk devleti veya hukukun egemenliğinden daha çok haklılığını “hikmet-i hükümet”ten alan devletin hukukundan söz ederiz. Machiavelli’in Discourses adlı eserindeki *“Anayurdun korunması için, kişi bir şeyin hukuki mi hukuk dışı mı, yumuşak mı zalimce mi, övgüye değer mi utandırıcı mı olup olmadığını düşünmek üzere bir an bile*

¹² Arendt, Hannah, Şiddet üzerine, iletişim Yayınları, 7. Baskı, 2014 İstanbul, sf. 47

¹³ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2005, sf.113

¹⁴ AYM’nin 1976/1 Esas, 1976/28 Karar sayılı 25.05.1976 tarihli kararı

durmamalıdır; aksine bütün diğer mülahazaları bir yana bırakarak, devletin hayatını ve onun özgürlüğünü hangi karar koruyacaksa onu sonuna kadar izlemelidir”¹⁵ düsturuna yabancı olduğumuzu düşünmüyorum. Ya da “Hâkim, ayakkabıcı, kunduracı, manav, kasap; bütün bunlar bir milli fikri sabitin araçlarıdır, iktidar araçlarıdır. Bu milli fikri sabitin, bu iktidarın taşıdığı milli fikri sabitin dışına çıkmaya çalışanlar anarşisttirler, gardisttirler, bölücüdürler ve anarşistliğe, tedhişçiliğe, gardistliğe asla müsaade edilmemesi gerekir.”¹⁶ şeklinde anlamını bulan yaklaşımı hukuk tarihimiz ve hukuka yaklaşımımızdan ayrı düşünmemek gerekir.

Bu anlayış dolayısıyla kendi içinde bir hukuk mantalitesini de yaratmıştır. Buna göre, hukuk, devletin “hukuk” olarak ifade ettiği ve tanımladığı şeydir. Bu zihniyetin bir ürünü olarak “yok kanun, yap kanun” anlayışını ve hukuk fakültelerinde mevzuat şerh ve analizlerinin daha revaçta olmasını örnek olarak gösterebiliriz.¹⁷Carl Schmitt de devleti hukuku yaratan aygıt olarak tanımladıktan sonra devletin kendisinin varlığını koruması gereken “istisnai/olağanüstü durumlarda” hukukun dışına çıkmasını ve onu adeta ayak bağı olmaktan çıkarmasını normal olarak görmüştür. Elbette burada “olağanüstü durum” a kimin

¹⁵ Erdoğan, Mustafa, a.g.m. sf.50

¹⁶ Recep Peker, İnkılâp tarihi Dersleri Notları, Ulus Basımevi, Ankara, 1935’den aktaran Gülenç Kurtul, Duva, Özlem, sf.240 (Kemal Şahin’in “Yargı ve Adalet: Olmayan Şey’in Adaleti” adlı makalesinden)

¹⁷ Erdoğan, Mustafa, a.g.m. sf.58

karar vereceği sorusu gündeme gelecektir. Buna da “*egemen, istisna konusunda karar verendir*” diye cevap verir Schmitt.¹⁸

Devletin kendi varlığını korumak ve devam ettirebilmek için hukuk ve etik kurallarını bir kenara bırakması, gerektiği zaman şiddete başvurulması ve varlığına kasteden “düşman”ları ortadan kaldırması ve aslolanın “devletin bekası” olarak görülmesi, hukuku ve insan haklarını ayak bağı olarak gören bir sonucu tazammun etmektedir.¹⁹

“Devletin hukuku mu yoksa hukuk devleti mi?” soruna bir katkı anlamında, bize Sokrates’in Kriton’a “*Mahkeme kararlarının hükümsüz olduğu, basit bireyler tarafından geçersiz kılınıp ayaklar altına alındığı bir kent ayakta kalır ve devrilmez mi?*” diye sorular sorarlarsa buna verecek cevabımız olmaz²⁰ diye serzenişini hatırlatan Anayasa Mahkemesinin bir kararından uzun bir alıntı yapıyorum; “*...Genel olarak yargı kararlarının, özel olarak da Anayasa Mahkemesi kararlarının ilgili kamu makamlarınca yerine getirilmemesi veya icrasının geciktirilmesi bireyin yaşamı ve devletin işleyişi üzerinde gözardı edilemez derin etkiler bırakır. İlk olarak yargı kararlarının yerine getirilmemesi hâlinde bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri kullanabilmeleri mümkün olmaz. Hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma*

¹⁸ Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13, sf.74

¹⁹ Arslan, Zühtü, a.g.m. sf.78

²⁰ Platon, Sokrates’in Savunması, Türkiye İş Bankası Yayınları, 17. Baskı, sf.78

adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında yerine getirilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez. Bir hukuk devletinde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve dolayısıyla karar gereklerinin yerine getirilmesi konusunda kuşku bulunamaz. Aksinin kabulü hukuk devletinin varlığından söz edilmesini imkânsız kılar. Bu sebeple devlet, yargı kararlarının zamanında yerine getirilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemek ve bu yolla bireylerin hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ikinci sonucu hukukun üstünlüğü ilkesinin zedelenmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması ve mahkeme kararlarının gecikmeksizin uygulanmasıyla sağlanabilir. Anayasa Mahkemesinin... kararlarının yerine getirilmemesi ise mahkemeye erişim hakkı bağlamında, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılığı daha da vahim hâle getirecektir. ... verilen kararların yerine getirilmemesi, bireylerin ve toplumun hukuk devletine olan inancını zedeler ve temel anayasal düzene zarar verir.”²¹

Devletin hukukla kayıtlanmış olmasını, idarenin genel, soyut, eşit, geçmişe yürümeyen, önceden belirlenmiş ve temel hak ve özgürlükleri koruyan yasalarla sağlanmasını, yasaların tatbikinden doğan

²¹ AYM’nin, Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021 tarihli kararı

uyuşmazlıkların ise bağımsız ve tarafsız yargı organları eliyle karara bağlanmasını ön gören hukuk devleti ilkesi, keyfî ve zorba devlet karşısındaki en etkili panzehirdir.²² Zira kutsallık zırhını ve hikmetinden sual olunmaz kılıcını kuşanan devlet, keyfilîğe ve zorbalığa oldukça müsaittir.

III. TOPLUMUN DEĞİŞMESİ VE HUKUKUN TOPLUMA ADAPTASYONU SORUNU:

Yunan filozof Herakleitos her şeyin zamanla değiştiğini “bir kişinin aynı nehre iki defa giremeyeceği” teziyle ortaya koymuştu. Gerçekten de geçen zamanda su akıp gittiği için su değişmiştir, insanda da bir takım ince değişiklikler olmuştur.²³ Toplum da zamanın değişmesine kayıtsız kalamayacak ve gerek fiziksel gerek kültürel ve siyasi etkenlerle sürekli olarak bir değişim içinde olacaktır. Toplumun değişmesi, ihtiyaçlarının ve beklentilerinin değişmesini gerektirecek ve gerek toplumdaki bireylerin birbirlerine yönelik yaklaşım ve talepleri gerekse devlete yönelik yaklaşım ve taleplerinin değişmesi kaçınılmaz olacaktır. İşte tam da bu noktada toplumdaki düzeni sağlayan, bireylerin bireylerle, bireylerin devletlerle olan ilişkilerini tanzim eden hukukun bu değişime kayıtsız kalamayacağı aşîkârdır.

²² Arslan, Zühtü, a.g.m. sf. 89

²³ Giddens, Anthony, Sosyoloji, Hazırlayan: Cemal Güzel, Kırmızı Yayınları, Ağustos 2013, sf. 77

Hukukun dinamizmine, hukukun çağa ve sosyolojik gelişmelere uyarlanması gerektiğine dair hüküm Mecelle’de çok güzel ifade edilmiş ve anlamını bulmuştur; “*Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz.*” Anılan hüküm günümüz Türkçesi ile “zamanın değişmesiyle hükümler de değişir” anlamına gelmektedir. Bilindiği üzere Mecelle veya tam adıyla “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye” Osmanlı Devleti’nin son zamanlarında uygulanan, içeriğinde bütünüyle İslam hukuku kaidelerinin yer aldığı bir kanundur.²⁴ Mecelle’nin 39. maddesinde geçen bu hükümle hakkında nass, yani ayet ve/veya hadis olmayan ve örfü ya da kıyasa dayanarak verilen hükümlerin örfün değişmesiyle değişebileceğine işaret edilmektedir. Örfün yani yasalarla belirlenmeyen gelenekle oluşan ve halkın yaşam stilini ve tarzını ortaya koyan alışkanlık ve uygulamaların bir çağdan diğerine değişebileceği muhakkaktır.

Hukuk sosyal bir bilim olması münasebetiyle sosyolojik gelişmelere cevap vermek adına sürekli olarak kendini yenilemeli ve ihtiyaçlara cevap vermeye elverişli hale getirilmelidir. Güncele kendini adapte edemeyen hukuk atıl kalmakta, ihtiyaçlara cevap verememektedir. İnsanlık daima tekâmül halinde olduğundan insanı ilgilendiren hadiselerle bir sınır tayin etmenin imkânı yoktur. Hayat sürekli gelişme ve değişme halindedir ve hukuk ile hayat arasında da canlı bir bağ vardır.²⁵ Gelişen

²⁴ Şimşirgil, Ahmet; Ekinci, Ekrem Buğra, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, KTB Yayınları, 5. baskı, sf. 51-57

²⁵ Köse, Saffet, Çağdaş İhtiyaçlar ve İslam Hukuku, Rağbet Yayınları, İstanbul 2004, sf.30

toplumdaki değişen olaylara içtihat ile cevap verilememesi halinde hukukta donukluk başlayacak, hukukun olayları takip edeceği yerde hadiseler hukuka uydurulmaya çalışılacak, böylece hukuk ile hadiseler ve ihtiyaçlar arasında uyumsuzluk ortaya çıkacaktır.²⁶

IV. HUKUKUN NE OLDUĞU VE YARGICIN HUKUK DİNAMİZMİNE ETKİSİ

Hukuk, uyuşmazlıkların çözüm ölçütlerinin içinde bulunduğu bir düzeni ifade eder.²⁷ Hukukun üç temel fonksiyonu vardır; Adalete yönelmiş olmak, toplumsal ihtiyaçları karşılamak ve normatif tipikliğe sahip olmak. Bu üç fonksiyonun dengeli bir uyum içinde uygulama bulması durumunda “hukukun sanatsal uygulanması”ndan söz edebiliriz.²⁸ Leon Duguit de bundan çok farklı düşünmemektedir. O’na göre hukuk, toplumun çıkarlarını esas aldığı oranda hukuktur.²⁹

Lon L. Fuller hukuku mümkün kılan ve ahlaki olduğunu iddia ettiği sekiz ilke ortaya koyar;

Kurallar genel olmalıdır.

Kurallar ilan edilmiş olmalıdır.

Kurallar geçmişe yürür olmamalıdır.

²⁶ Köse, Saffet, a.g.e. sf.26

²⁷ Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, a.g.e. sf.87

²⁸ Işıқтаç, Yasemin, ”Hukukun Çok boyutlu tanımı ve Yarattığı İmkânlar”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.17-20

²⁹ Léon Duguit, Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans, çev: Edip Serdengeçti, Pinhan Yayınları, 1. Baskı, sf.12

Kurallar açık olmalıdır.

Kurallar çelişmemelidir.

Kurallar imkânsız talep etmemelidir.

Kurallar çok sık değişmemelidir.

Resmi eylem ile ilan edilmiş kurallar arasında uyum olmalıdır.

Bu sekiz ilkenin herhangi birinde tümüyle başarısız olmanın sadece kötü bir hukuk sistemine sebebiyet vermesi söz konusu olmaz. Böyle bir durumda tam manasıyla bir hukuk sisteminden dahi bahsedilemeyeceğini ortaya koyar Fuller.³⁰ Düşüncede ve pratikte kendisine uyulması talebinde olan yasanın, geçerli olacağı toplumda bireyler tarafından benimsenebilmesi için bireylerde “derin bir saygı” uyandırılmalıdır.³¹ Bu anlamda yasalar adalet ve eşitlik ilkeleriyle çok açık bir şekilde bağdaşmıyor ise bu yasayı hukuki statüden yoksun kabul etmek gerekmektedir.³²

Benzer şekilde hukuk devleti idealini “iyi” yasa ile özdeşleştiren Hayek, *“bilinmeyen kişiler için çıkarılan, her türlü özel yer ve zaman özelliklerinden soyutlanmış ve her yerde her zaman bulunabilecek şartlara yönelik”* yasanın gerçek anlamda yasa ya da “iyi yasa” olduğunu vurgular.³³ Bunlardan uzaklaşınca adil olduğu için değil sadece otoritesi ve dolayısıyla yaptırımı olduğu için yasaya uymayı telkin eden ve hukuku adaletten ayıran bir yaklaşımı

³⁰ Akı, E. İrem, “Lon L. Fuller ve Hukukun İç Ahlakı”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.84-85

³¹ Gülenç Kurtul, Duva, Özlem, , Yargıya Felsefeyle Bakmak, YKY, 2. Baskı, sf.212

³² Metin, Sevtap; Heper, Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, Tekin Yayınları, 3. Baskı, sf.22

³³ Arslan, Zühtü, a.g.m. sf.84

benimseyen Montaigne³⁴ ile aynı noktada yer almış olacak ve adeta hukuk fetişizmine giden yola taş döşeyeceğiz.

Burada bir zihniyetin anatomisini ortaya koymak; hukuk anlayışının ve bilincinin temelinde hukuk eğitiminin ve hukuk eğitim anlayışının bulunduğu işaret etmek adına araya girelim.

Dönemin Adliye Nazırı Ahmet Cevdet Paşa Mekteb-i Hukuk'un açılış gününde “*Efendilerim, ilm-i hukukun lüzum ve faidesi ve bizim buna ne mertebe muhtaç olduğumuz mâlûm ve müsellemdir. Dersaadette (İstanbul’da) bir hukuk mektebi küşadı (açılması) arzu olunuyordu. Divan-ı Ahkâmı Adliyenin teşkilinde bunun bir mertebe daha ehemmiyeti arttı... Efendiler, tahsil edeceğiniz ilmin kadri pek büyüktür. Biliyorsunuz ki hesap ve hendese ve kimya gibi ulum-u akliyeyi tâlim için peygamberler gelmedi ama kavanin-i şer’iyyeyi telkin ve tebliği için peygamberler geldi. Bu babta başka delil iradına hâcet görmem*” sözleriyle hukuk eğitiminin önemini vurgulamıştı.³⁵ Ancak Osmanlı Devleti’nin son yıllarında hukuk sistemine hâkim yetiştiren Mekteb-i Hukuk’da eğitim alan hukukçu adayları –sistem için gerekli- hukuk ideolojisini benimsemeyi başarabildikleri ölçüde Mekteb-i Hukuk işlevini görüyor demektir. Adayların hukuk meziyetlerine sahip olmaları daha ehemmiyetsiz bir mesele olarak görülmekteydi.³⁶ Bu tam da Ruth A. Miller’in 1911 yılının Mayıs ve Eylül aylarında çıkan kanunnamelerle hukuk terminolojisinin tekbiçimliliği özünde

³⁴ Çelebi, Aykut(hazırlayan), Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Metis Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2010, sf. 56

³⁵ Koyuncu, Nuran, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sayı: 3, sf. 176 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_3_7.pdf) erişim tarihi: 11.02.2021

³⁶ Miller, Ruth A., Osmanlı’da Cumhuriyet’e Günah ve Suç -Fıkıhtan Faşizme, Ufuk Yayınları, 2013. sf.120

“iyi”, ayrıksılığı ise özünde “kötü” olarak tanımlamaya başladığını söylemesiyle³⁷ ortaya koyduğu durumla paralel olarak okunabilir. Oysa hukuk eğitimin temel amacı bağımsız ve tarafsız olmanın yanında her durumda yalnızca hukukun(dar anlamda mevzuatın değil) gereğini yapan kişiler yetiştirmektir.³⁸

Çoğumuza ilginç gelebilir; Duguit, Mısır Hukuk Fakültesini kurmak için göreve başladığında ilk iş olarak hukuk fakültesine geleceklerin Edebiyat Fakültesi mezunu olmalarını istemiştir.³⁹ Yine James Boyd White adında birinin ABD’de hukuk ve edebiyat hareketinin temellerini attığı kabul edilir ve O’na göre yasalar ve bu yasalardan doğan hukuki kararlar hem estetik hem etik ve hem de politik anlamlar taşıdıkları için hukuk ve edebiyat hiçbir zaman birbirlerinden özerk alanlar olarak değerlendirilemeyecektir.⁴⁰ Burada meşhur *“Dünyanın en tehlikeli insanı sadece hukuk bilen hukukçudur”* sözü hatırlanabilir.

Roscoe Pound’a göre, hukukun toplumla ilgili olduğu yadsınamayacağına göre hem yasa koyucuların hem de hukuk uygulayıcılarının içinde bulundukları topluma dair bilgi sahibi olmaları elzemdir. Ancak toplum hakkında bilgi sahibi hukukçular hukuk kurallarını soyut içerikleri ile değil, toplumsal yaşam içindeki uygulanabilirlikleriyle, uygulama sonucunda doğacak

³⁷ Miller, Ruth A., a.g.e. sf.145

³⁸ Ahmet Ulvi Ulvi Türkbağ ile Söyleşi, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.35

³⁹ Cemal Bali Akal ile Söyleşi, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf. 53

⁴⁰ Muratoğlu, Cem, “Hukuk, Edebiyat ve Disiplinlerarası Sınırlar”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.201

etkiyle ele alabilecek ve sonuçlarını öngörebileceklerdir.⁴¹ Amerikan realistleri'nden Jerome Frank olayların gerçekte nasıl yaşandığının yargıç tarafından değerlendirilebilmesi için psikoloji birikiminin önemine dikkate çeker. Bir başka yerde Maurice Hariou ise “*Az sosyoloji hukuktan uzaklaştırır, çok sosyoloji hukuka yaklaştırır*” demiştir.⁴² Tüm bunlar bize hukukçunun yetişmesi için ideolojik tutum ve reflekslerden arınmış da olsa salt “hukuk” eğitiminin yeterli olamayacağını, hukuk eğitiminde multi disiplinler bir yaklaşımı benimsememiz gerektiğini göstermektedir.

1982 Anayasası'nın 138/1. maddesine göre “*Hâkimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” Burada Anayasa ve kanunla beraber “hukuk”tan ayrıca bahsedilmiş olması, sadece kanuncu bir anlayışın benimsenmemiş olduğunun göstergesidir. Buradan hareketle hâkimlerin yazılı hukuk kurallarının yanında, hukukun genel prensiplerini de göz önünde tutmak zorunda olduklarını söyleyebiliriz.⁴³

Yargıç yasalara göre karar vermek için o makamdadır⁴⁴ ve yargıçların yasayı çiğneyemeyeceği ve yasayı uygulamanın onlar için bir seçenek değil amaç olduğunu kabul etmemiz gerekir.⁴⁵ Nizamü'l-Mülk'ün Siyasetname'sinde anlattığı bir hikâyenin kahramanı, “*Kadı da şeriate mugayir davranıyorsa şimdi hakkımı almak için hangi kapıyı çalayım?*”⁴⁶ diye sorar. Yasalara uymak Kant'ın

⁴¹ Akbaş, Kasım, “Halkalar halinde Hukuk Sosyolojisinin Kısa Hikâyesi”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.145

⁴² Akbaş, Kasım, a.g.m. sf.148-150

⁴³ Özbudun, a.g.e., sf.120

⁴⁴ Platon, a.g.e., sf.55

⁴⁵ Metin, Sevtap; Heper, Altan, a.g.e., sf.49

⁴⁶ Nizamü'l- Mülk, Siyasetname, Türkiye İş Bankası Yayınları, 13. Baskı, sf.105

ahlak felsefesinin ayırıcı niteliğidir. Oysa Hannah Arendt'in Eichmann'da gördüğü sorun ise tam da budur. Eichmann ve onun gibiler genel kabul gören yasalara ve yukarıdan gelen emirlere sorgusuz sualsiz uyarak zulmeden rejimi destekleyip onun aracı olmuşlardır.⁴⁷ Montaigne de çok farklı düşünmez; *"yasalar güvenirliliklerini adil oldukları için değil, yasa oldukları için korurlar...her kim ki onlara adil oldukları için uyar, onlara uyması gerektiği gibi uymamaktadır."*⁴⁸

Formalist olarak ifade edilen kişiler *"hukukun salt normlardan oluştuğunu, hukuk uygulayıcılarının, özellikle de yargıçların, daha önce kabul edilmiş normların sadece birer sözcüsü olduklarını, bunun dışında kendilerinin hukuk yapamayacağını"* ileri sürerler.⁴⁹ Bize göre, emirlere ve kurallara uymayı yargılamaktan kaçınmanın ve sorumluluk almanın mazereti haline getirmenin⁵⁰ hukuksuz sistemi tahkim etmek dışında bir sonucu olmasa gerektir. Dworkin'in ifade ettiği gibi *"kitabî kurallara uygun olmak adalet için yeterli değildir; tersine eğer kurallar adil değilse onlara tam uygunluk çok büyük adaletsizlikler yaratabilir."*⁵¹ İçerisinin adil olup olmadığına bakılmaksızın yasanın uygulanması hukuk ve ahlak arasındaki kavramsal bağın olmadığını baştan kabul etmek anlamına gelir. Hukukun amacı adaleti gerçekleştirmek ise ve yasa da hukukun bir parçası ise ve adalete hizmet etmiyorsa o yasa hukuk olamaz.⁵²

⁴⁷ Gülenç Kurtul, Duva, a.g.e. sf.125

⁴⁸ Çelebi, Aykut, a.g.e. sf. 56

⁴⁹ Uzun, Ertuğrul, "Pozitivizmi Prokrustes'ten Kurtarmak", Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.79

⁵⁰ Gülenç Kurtul, Duva, Özlem, a.g.e., sf.125

⁵¹ Arslan, Zühtü, a.g.m., sf.84

⁵² Metin, Sevtap; Heper, Altan, a.g.e., sf.33-34

Amerikan yüksek mahkemesi yargıcı Benjamin Cardozo “yargı sürecinin doğası” adlı kitabında(sf.xv1) *“yargıç kendi ideal iyilik ve güzellik anlayışının peşinde gönlünce dolaşan bir gezgin şövalye değildir. O, kutsal ilkelere feyz alır. Belirsiz ve düzensiz iyiliğe, istikrarsız duyarlılığa mahal veremez. Gelenekten haberdar, mukayese ile düzenlenmiş, sistem tarafından disipline edilmiş ve ‘toplumsal yaşamdaki iptidai düzen gerekliliğinin’ hâkimiyetinde olan bir takdir yetkisini kullanır.”* der. Bu bağlamda Lorenz Brütt ise *“Yorumlayıcı her şeyden önce kendi siyasi ve yasama değerlerine ilişkin muhakemesini bir kenara koymalıdır ve içerisinde bulunduğu koşullarda toplumun sosyal yaşamının buyurduğu ve söz konusu yasanın amacıyla en iyi şekilde bağdaşan şeyin ne olduğunu tayin etmek için tamamen objektif bir şekilde gayret etmelidir.”* der. Hem Brütt hem de Cardozo hukukçunun(yargıcın) takdir yetkisinin genişliğine vurgu yaptıkları gibi takdir yetkisini kullanan hukukçunun(yargıcın) subjektif iyilik ve güzellik anlayışından ve dolayısıyla subjektif adalet yargısından kaçınmaları gerektiğine de dikkat çekmişlerdir.

Bu cümleden olarak hukukun dinamizmi hukukçunun alet-edevat çantası olan mevzuatın revize edilmesi kadar hukukçunun yorum kabiliyeti, içtihat üretme arzusu ve yetkinliğiyle de alakalıdır. Hukukçuyu yasalarda yazanı ilam eden, bunu kayıt altına alan mukayyitler olarak görmek ve hukukun dinamizmi konusunda bütün meseleyi mevzuat sorunu olarak değerlendirmek makul olmasa gerektir. Hukukun nihai amacının toplumsal refahı sağlamak olduğu gözetildiğinde ve hukukçunun yorumlarını hukukun içinde hatta bizatihi hukukun kendisi olarak kabul etmemiz gerektiği dikkate alındığında hukukun dinamik yapısı, toplumsal ihtiyaçlar ile yasayı adalet terazisinde meczeden yetkin hukukçuların gayretiyle korunabilecektir. Schmitt *“kanun yargıç kararı,*

yargıç kararı da kanun değildir.”⁵³ dese de biz hukukun adil dahi olsalar sadece kurallardan ibaret olmadığını, kuralların somut vakalara nasıl uygulandığının da hukuka dahil olduğunu düşünmekteyiz.⁵⁴

V. SONUÇ YERİNE

Meşru şiddet kullanımını tekeline bulunduran modern devletin, “ihkak-ı hak” kısıtlanması düşünülemeyeceğine göre, toplumda ortaya çıkan çatışma veya ihtilafların tek elden çözüme kavuşmasını sağlayacak mekanizmaları oluşturmak zorunda olduğu da izahtan varestedir. Bu anlamda yargının en önemli misyonu, toplumsal barışı sağlamaktır.⁵⁵

*“Suçun belirlenmesi ve cezalandırılması bakımından mahkemeler yasa yerine hükümetin emirlerine uyuyorsa hukuk yoktur.”*⁵⁶ Burada ülkemizde hukukun olup olmadığına dair bir tartışma açmak niyetinde olmadığım, hukukun var olduğu ön kabulüyle makalemize sonuç bağlamak düşüncesindeyim. Zira aksini kabul ettiğimizde ortada hukuk olmayacağından, reformdan ve dinamizmden bahsetmek de anlamlı olmayacaktır.

Hukukun dinamik yapısı tarihten günümüze birçok mevzuatın sürekli olarak değişmesini/değiştirilmesini beraberinde getirmiştir. Haddi zatında hukuk François Géný’nin ifadesiyle çağdan çağa sessizce ve bilinçsizce gelişen geleneksel ahlakın bir biçimi olduğu için, tarihsel bir ilerlemedir.⁵⁷ Türkiye’de

⁵³ Erkıpçak, Ayşe Eylem; Erkıpçak, Hasan Taylan, “Carl Schmitt’in sisteminde Anayasa Koruyucusu: Schmitt Hans Kelsen’e Karşı”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.107

⁵⁴ Erdoğan, Mustafa, “Hukuk, Kanun, Yasa(ma)”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1, sf.48

⁵⁵ “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”, Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, TESEV,2009, sf. 17

⁵⁶ Metin, Sevtap; Heper, Altan, a.g.e., sf.51

⁵⁷ Cardozo, Benjamin N., Yargı Sürecinin Doğası, Tekin Yayınları, 1. Baskı, sf.63

yargı reformunun konuşulmadığı bir dönem vaki değildir. Bunun en önemli sebeplerinin başında yargının ülke gündeminin değişmez bir konusu oluşuyla birlikte herkesin bir şekilde yargının muhatabı olması sayılabilir.

Yargıya güvenin ziyadesiyle yara aldığı günümüzde yargı reformu tartışmaları daha fazla dikkat çekmekte ve daha fazla önem arz etmektedir. Yargı kararlarının adaleti tesis ettiğine dair inancın giderek azaldığı bir zeminde ilk neşterin doğru yere vurulması gerekmektedir. Yoksa niceliksel bazı iyileştirmeler yalnızca yargıya inanç krizini kronikleştirecek ve derinleştirecektir.⁵⁸

Geleneksel yaklaşıma dayanan yargı modelinde, hâkim, yasayı uygulayan bir tür otomat, yasanın sözlerini telaffuz eden bir ağız olarak tasavvur edilir. Hâkimleri, verdikleri kararların günahından da sevabından da kurtaran, bütün sorumluluk ve fazileti uygulanan hukuk normlarına yükleyen bu yaklaşım, yargıcın görevinin, norm metninde verili olan anlamı uygun tekniklerle çıkarıp somut olaya uygulamaktan ibaret olduğunu savunur⁵⁹Kuvvetler ayrılığı teorisi”nin müellifi olarak kabul edilen Montesquieu de, yargıyı “*ağırlığı olmayan kuvvet*” olarak tanımlamış ve “*hâkim, kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir*”⁶⁰ diyerek hukukçunun hukuku yorumlama kabiliyetini ve hukuk dinamizmine tesirini tahfif etmiştir ancak yargı teşkilatında yargıcın konumu elbette bu kadar basit değildir.

⁵⁸ Kılınç, Bilal, “Türkiye’de yargı reformu tartışmalarının arka planı: Cumhuriyet devri yargı sisteminin temeli olan Nizamiye Mahkemeleri üzerine kısa bir değerlendirme”, Birikimler V, sf. 61

⁵⁹ “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”, Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, TESEV,2009, sf. 23

⁶⁰ “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”, Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, TESEV,2009, sf. 19

Yasa koyucunun gelecekte ortaya çıkacak bütün durumları görmesi ve buna uygun yasa ihdas etmesi mümkün değildir. Bu nedenle yasa koyucu genellikle açık ve muğlâk terimler kullanmak suretiyle normun belirli bir vakada tam olarak ne anlama geldiğini tespit ve tayin etme işini yargıca bırakır.⁶¹ “*Yargıcın görevi de hukuk temelinde bulunacak olan ‘tek bir doğru cevabı’ bulup çıkarmaktır.*”⁶² Kanaatimizce bu “*tek doğru cevap*”, adalete en yakın olma ve toplumsal ihtiyaçları karşılama hususiyetlerini ihtiva edecektir. Bu anlamda mükemmel bir teşkilatlanma ve sistemle mahkemeler kurulmuş olsa, -hatta dünyanın en makul ve ideale en yakın yasaları yürürlükte olsa- eğer bu mahkemelerde adil ve hakîm hukukçular yoksa toplumsal barış ve adaletin sağlanması mümkün olmayacaktır.⁶³

Kanunlar zaruri olarak kendilerine hayat veren dönemlerin, zamanların ve rejimlerin ifadeleridir.⁶⁴ Bu cümle yukarıda zikrettiğimiz zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesinin kaçınılmaz olduğuna dair prensibin bir başka ifadesidir. O halde toplumun ihtiyaçlarının ve taleplerinin kaçınılmaz bir şekilde değişmesi hukuk alanında reformu icbar etmektedir. Ancak sürekli reformla ya da dolayısıyla sorunla gündeme gelen yargının bir kriz içinde olduğunu söylemek malumu ilam etmek olacaktır. Krizleri çözecek nihaî merci olarak görülen erkin bizatihi kendisinin krize girmesi veya kriz üretmesi, üstesinden kolayca gelinecek bir durum değildir. Bu anlamda denebilir ki, yargının krizi, aynı zamanda diğer kuvvetlerin de krizi demektir; bu ise,

⁶¹ Eveline T. Feteris, a.g.e., sf.28

⁶² Eveline T. Feteris, a.g.e., sf.29

⁶³ Kılınç, Bilal, a.g.m., sf. 65

⁶⁴ Miller, Ruth A., a.g.e., sf.185

sistemin bir bütün olarak ve çıkış yolları çok daralmış bir biçimde krize girmesi anlamına gelir.⁶⁵

Çoğu yerde -izah ettiğimiz üzere- yasaların değiştirilmesi, reforma tabi tutulması gerekebilir ancak yargının asıl sorununun mevzuatımızın yetersizliğinden, toplumsal sorunları karşılayamamasından ve bunlara cevap verememesinden kaynaklandığına dair inancın aksini düşünüyorum. Ülkemizde yürürlükte olan mevzuatın yeterince insan haklarına dayalı ve bireyi önceleyen, toplumun ihtiyaçlarına cevap veren ve adalete yönelmiş bir özellik taşıdığı ancak uygulama noktasında yeterince bu hususiyetlerin gözetil(e)mediği kanaatindeyim. Burada eski Adalet bakanı ve hali hazırda Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyesi Cemil Çiçek'in “...Ama ben demek istiyorum ki, doğru adımlar atabilmek için yeteri kadar kanun çıktı zaten. Ama biz hâlâ çözümü yeni kanunlar çıkarmakta arıyoruz. Dokuz binden fazla kanun var. Mesele kanun çıkarmak değil...Nedir mesele peki?; Kanunların uygulanması...Her gün bin tane reform lafı geçiyor, biz 50 senedir reform, reform diye söylüyoruz. Sonuçta bu iş aşınıyor, heyecan uyandırmıyor... Türkiye’de hukuki konularla ilgili bir kısım değerlendirmeleri yaparken işin ahlaki boyutunu da dikkate alırsak daha isabetle hareket etmiş oluruz. Yargının kararlarına uyacaksınız. Anayasa’ya göre yargı kararlarının uygulanması gerekir. Kararlara uyulmaması aynı zamanda bir ahlaki sorundur... Örneğin, Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcıdır. Verdiği kararları fikren tasvip etmemek ayrı bir konudur ama herkesi bağlar. Bunu hâlâ tartışıyorsak ortada

⁶⁵ “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”, Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, TESEV,2009, sf. 21

*bir ahlaki sorun var demektir...*⁶⁶sözleriyle, Adalet Bakanı Abdülhamit Gül'ün 3 mart tarihinde bir vesileyle yargıda reform tartışmaları üzerine; *“Reform dediğimiz bir iklimdir, bir zihniyettir...”*⁶⁷sözlerini birlikte okuduğumuzda, ortaya izah ettiğimizden farklı bir tablo çıkmayacaktır. Gerçekten öyle değil midir? Zihniyet ve iklim değişmeden yasalarda yapılacak revizyonların reform sonucunu doğurması pek muhtemel değilken, zihniyeti ve iklimi değiştirerek reform sonucuna ulaşmak ziyadesiyle mümkün olduğunu hukuk tarihimiz bize göstermektedir.⁶⁸

Perelman, yargıcın karar verdiğiinde karşısına aldığı üç farklı muhatap kitleden söz eder ve yargıcın bu üç kitlenin onayını almak zorunda olduğuna dikkat çeker. Bunlardan ilki yargıcın kararıyla çözüme kavuşturduğu uyuşmazlığın taraflarıdır, ikincisi hukukçular, üçüncüsü ise kamuoyudur. Bu üç kitle yargıcın makuliyetinin mihenk taşıını oluşturur.⁶⁹ Buradan hareketle son olarak *“Kanunun uygulama alanındaki muhatabının hukuksal bilinci zayıf ise, hukuk hukuku hiçe sayarak umursanmamış olur. Hukukun otoritesi*

⁶⁶https://www.indyturk.com/node/274886/haber/cemil-%C3%A7i%C3%A7ek-bunu-h%C3%A2l%C3%A2-tart_%C4%B1%C5%9F%C4%B1yorsak-ortada-bir-ahlaki-sorun-var-demektir erişim tarihi:19.03.2021

⁶⁷https://www.indyturk.com/node/324571/siyaset/adalet-bakan%C4%B1-g%C3%BCl-reform-dedi%C4%9Fi_miz-%C5%9Fey-sihirli-bir-de%C4%9Fnek-de%C4%9Fil-bir-zihniyettir erişim tarihi:19.03.2021

⁶⁸ Örneğin, Terörle Mücadele Yasası'nın 7/2. Maddesinde tanzim edilen “terör örgütünün propagandasını yapmak” suçu kapsamında ya da TCK'nın 215. Maddesinde düzenlenen “Suçu ve suçluyu övme” suçu kapsamında yapılan yargılamalarda mahkûmiyet kararlarının dönem dönem artan dönem dönem azalan bir eğilim göstermesi yasalarda sürekli olarak yapılan değişikliklerle ya da suç faillerinin dönemsel artışı ya da azalışı ile ilgili olmasa gerektir. Zira “suçu ve suçluyu övme” suçu en son 11/04/2013 tarihinde somut tehlike suçu olarak değiştirilmiş, “terör örgütünün propagandasını yapmak” suçunu düzenleyen mevzuata ise en son 27/03/2015 tarihinde bir fıkra eklenmiştir.

⁶⁹ Eveline T. Feteris, a.g.e., sf.107

kaybolur.”⁷⁰sözüyle aslında hukuk anlamında yaşadığımız sorunların toplumsal bir cephesinin olduğunu da dikkate sunmak isterim. Çünkü “Hukuk Devleti”nin teşekkülü için hukukun yaygınlaştığı, asgari düzeyde hukuk bilgisinin toplumun ekseriyeti tarafından bilindiği, insanların hak ve ödevlerinin içselleştirildiği bir toplum düzeninin –ki bunun adı hukuk toplumudur- olması gerekmektedir.⁷¹

Proudhon’un *“adalet türlü nam ve işaretlerle dünyaya, doğaya, insanlığa, bilime ve vicdana, mantık ve ahlaka, iktisada, siyasete, tarihe, edebiyata ve sanata hükmeder. Adalet insan ruhunda en ilk, toplumda en temel ve kavramlar arasında en saygın olan ve kitlelerin daima tutkuyla sarıldıkları şeydir. O aklın biçimi olduğu gibi, dinlerin özü, inancın derinliklerinde gizlenmiş konusu, bilginin başı, ortası ve sonudur. İnsan adaletten daha kapsamlı, daha güçlü, daha mükemmel neyi tasarlayabilir?”*⁷²şeklinde ifade ettiği adalete öncelikle bir zihniyet reformu, sonrasında gerekirse yasal reformlarla ulaşmayı arzu ediyorum.

⁷⁰ Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, a.g.e., sf.96

⁷¹ Balcı, Muharrem, “Hukuk Toplumu-Hukuk Devleti”, sf.2-3, <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebligler/238.pdf> erişim tarihi:19.03.2021

⁷² Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk ve Adalet Üstüne Duygular”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13, sf.238

KAYNAKÇA

- Ahmet Ulvi Ulvi Türkbağ ile Söyleşi, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.
- Akbaş, Kasım, “Halkalar halinde Hukuk Sosyolojisinin Kısa Hikâyesi”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1,
- Akı, E. İrem, “Lon L. Fuller ve Hukukun İç Ahlakı”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.
- Arendt, Hannah, Şiddet üzerine, iletişim Yayınları, 7. Baskı, 2014 İstanbul.
- Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13.
- Balcı, Muharrem, “Hukuk Toplumu-Hukuk Devleti”.
<http://www.muharrembalci.com/yayinlar/tebligler/238.pdf>
Erişim tarihi:19.03.2021
- Cemal Bali Akal ile Söyleşi, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.
- Cardozo, Benjamin N., Yargı Sürecinin Doğası, Tekin Yayınları, 1. Baskı.
- Çelebi, Aykut(hazırlayan), Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Metis Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2010.
- Duva, Özlem, sf.240 (Kemal Şahin’in “Yargı ve Adalet: Olmayan Şey’in Adaleti” adlı makalesinden)
- Erdoğan, Mustafa, “Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13.
- Erdoğan, Mustafa, “Hukuk, Kanun, Yasa(ma)”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.
- Erkıpçak, Ayşe Eylem; Erkıpçak, Hasan Taylan, “Carl Schmitt’in sisteminde Anayasa Koruyucusu: Schmitt Hans Kelsen’e Karşı”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.
- Eveline T. Feteris, Hukuki Argümantasyonun Temelleri, çev: Ertuğrul Uzun, Pinhan Yayınları, 1. Baskı.
- Giddens, Anthony, Sosyoloji, Hazırlayan: Cemal Güzel, Kırmızı Yayınları, Ağustos 2013.
- Gülenç Kurtul, Duva, Özlem, Yargıya Felsefeyle Bakmak, YKY, 2. Baskı.
- Hobbes, Thomas, Leviathan, Çev. Emih Lim, YKY, 2. Baskı, İstanbul 1995.

- Işıқтаç, Yasemin, "Hukukun Çok boyutlu tanımı ve Yarattığı İmkânlar", Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.
- Kılınç, Bilal , "Türkiye’de yargı reformu tartışmalarının arka planı: Cumhuriyet devri yargı sisteminin temeli olan Nizamiye Mahkemeleri üzerine kısa bir değerlendirme", Birikimler V.
- Koyuncu, Nuran, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sayı: 3. (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_3_7.pdf) erişim tarihi: 11.02.2021
- Köse, Saffet, Çağdaş İhtiyaçlar ve İslam Hukuku, Rağbet Yayınları, İstanbul 2004.
- Léon Duguit, Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans, çev: Edip Serdengeçti, Pinhan Yayınları, 1. Baskı.
- Metin, Sevtap; Heper, Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, Tekin Yayınları, 3. Baskı.
- Miller, Ruth A., Osmanlı’da Cumhuriyet’e Günah ve Suç -Fıkıhtan Faşizme, Ufuk Yayınları, 2013.
- Muratoğlu, Cem, "Hukuk, Edebiyat ve Disiplinlerarası Sınırlar", Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.
- Nizamü’l- Mülk, Siyasetname, Türkiye İş Bankası Yayınları, 13. Baskı.
- Ortaylı, İlber, "Devlete Nasıl Bakmalı?", Doğu Batı Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Kasım 1997.
- Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Anayasa Teorisi, çev. Editörü: İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2014.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2005.
- Platon, Sokrates’in Savunması, Türkiye İş Bankası Yayınları, 17. Baskı.
- Recep Peker, İnkılâp tarihi Dersleri Notları, Ulus Basımevi, Ankara, 1935 ‘den aktaran Gülenç Kurtul,
- Sancar, Mithat, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu Batı Dergisi, Yıl:4, Sayı:13.
- Şimşirgil, Ahmet; Ekinci, Ekrem Buğra, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, KTB Yayınları,5. Baskı.

Taburoğlu, Özgür, “Vicdan ve Başkası: Adaletin İlkesel Temelleri”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.

Uzun, Ertuğrul, “Pozitivizmi Prokrustes’ten Kurtarmak”, Pasajlar Dergisi, sayı:1, yıl:1.

Cemil Çiçek: Bunu hâlâ tartışıyorsak ortada bir ahlaki sorun var demektir

<https://www.indyturk.com/node/274886/haber/cemil-%C3%A7i%C3%A7ek-bunu-h%C3%A2l%C3%A2-tart-%C4%B1%C5%9F%C4%B1yorsak-ortada-bir-ahlaki-sorun-var-demektir> erişim tarihi:19.03.2021

Adalet Bakanı Gül: Reform dediğimiz şey sihirli bir değnek değil, bir zihniyettir.

<https://www.indyturk.com/node/324571/siyaset/adalet-bakan%C4%B1-g%C3%BCl-reform-dedi%C4%9Fi-miz-%C5%9Fey-sihirli-bir-de%C4%9Fnek-de%C4%9Fil-bir-zihniyettir> erişim tarihi:19.03.2021

“Adalet Biraz Es Geçiliyor...”, Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, TESEV,2009, sf. 17

AYM’nin 1976/1 Esas, 1976/28 Karar sayılı 25.05.1976 tarihli kararı

AYM’nin, Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021 tarihli kararı