

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SOSYOLOJİ ANABİLİM DALI

ADALETİN TOPLUMSALLIĞI : TOPLUMSAL PAYDAŞLARIN
ADALETİN GERÇEKLEŞMESİNDEKİ ROLÜ

YÜKSEK LİSANS

Hazırlayan

Ahmet Nesil Sarıkaya

Danışman

Prof. Dr. Dolunay ŞENOL

Haziran-2019

KIRIKKALE

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SOSYOLOJİ ANABİLİM DALI**

**ADALETİN TOPLUMSALLIĞI : TOPLUMSAL PAYDAŞLARIN
ADALETİN GERÇEKLEŞMESİNDEKİ ROLÜ**

YÜKSEK LİSANS

Hazırlayan

Ahmet Nesil Sarıkaya

Danışman

Prof. Dr. Dolunay ŞENOL

Haziran-2019

KIRIKKALE

Kişisel Kabul Sayfası

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “ADALETİN TOPLUMSALLIĞI : TOPLUMSAL PAYDAŞLARIN ADALETİN GERÇEKLEŞMESİNDEKİ ROLÜ” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu beyan ederim.



Tarih

Adı Soyadı

İmza

ÖNSÖZ

Özünde toplumsal yapıyla ilintili bir kavram olan adaletin, hukuk alanına sınırlandırılması nedeniyle adaletin toplumdan, toplumun ise hukuktan giderek yabancılaştığı modern devletlerde ve post-modern toplumlarda, adalet idesine ulaşabilmek için hukukun tek başına başarılı olamayacağı ve toplumun desteğine ihtiyaç duyacağını öncelikle tespit ve teşhis etmektedir.

Hukukun kendi içinde tutarlı kurallara sahip olması ve diğer disiplinlerden gelen desteklere şüpheli yaklaşması, hukuka öngörülebilir, objektif, istikrarlı ve disiplinli bir alan açarken, aynı zamanda toplumsal adalet gibi değerlere uzaklaşması sonucunu da doğurduğundan, hukuk, orta ve uzun vadede adalet sorunsalının ortaya çıkmasından kaçamamakta, diğer bir deyişle hukukun kendi içine kapanması, onu toplumdan ve toplumun değerlerinden uzaklaştırmakta, bu durum da hukukun asıl amacı olan adaleti sağlamakta hukuku başarısız kılmaktadır. Adalet toplumsal bir değerdir ve neyin adil olup olmadığına toplum karar verir. Bu varsayımı, Türkiye’de ki tüm mahkemeler de kabul etmişlerdir ki kararlarını “Türk milleti adına” verdiklerini, tüm kararlarının başına büyük puntolarla yazarlar. Bu çalışma kısaca özetlenmeye çalışılan toplum-adalet-hukuk ilişkisini kavramsallığı ve tarihselliği içerisinde incelemekte ve toplumun dışlandığı bir hukuki süreçte adil kararlar çıkamayacağı tezini ileri sürmektedir.

Tezin konusunun belirlenmesinden, araştırılmasına ve çerçevesinin çizilmesinden, yazılması aşamasına kadar engin bir sabır ile tüm süreci yönlendiren ve her zaman teşvik edici tutumuyla tezin bitirilmesinde birincil rolü olan Sayın Prof. Dr. Dolunay Şenol’a şükranlarımı ve tezin bitirilmesi aşamasında desteklerini esirgemeyen sayın Dr. Hülya Çakır ile sayın Dr. Çağatay Sarp’a teşekkürlerimi saygıyla sunarım.

ÖZET

Hukukun varoluşunun ve özünün yasadan oluşması, yasanın ise siyasi otoriteyi elinde bulunduran kişi ya da gruplar tarafından istendiği an değiştirilebilmesi, hukuka esnek ve dinamik bir karakter verirken, hiçbir bilim dalında bulunmayan anlık değişim ve öngörülemezliği de beraberinde getirmekte ve onun bir bilim dalı olamayacağı eleştirilerini de kolaylıkla bertaraf edilemez kılmaktadır. Hukukun tanımlamaları sıralamada ve farklı tanımlamaları örneklemede zorlukla karşılamayacağımız açıktır. Ancak asıl dikkat edilmesi gereken olgu hukukun "ne"liğini tartışırken aslında ve gerçekte açık ve seçik olarak hukuk felsefesi yaptığımızdır. Arthur Kaufmann'a göre hukuk felsefesi ile hukuk kuramı arasında özde bir farklılık yoktur.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Sosyoloji, Toplum Bilimi, Felsefe, Adalet

ABSTRACT

While the existence and essence of the law and the essence of the law can be changed by the person or groups who hold the political authority, it gives the law a flexible and dynamic character. cannot be made. It is clear that we will not be able to address the definitions of the law in the order of sorting and different definitions. However, what should be paid attention is the fact that we are actually and in essence making philosophy of law when discussing the what of law. According to Arthur Kaufmann, there is no fundamental difference between the philosophy of law and the theory of law.

Keywords: Law, sociology, sociology, philosophy, justice

KISALTMALAR

age. :	Adı geçen eser
AİHM:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz. :	Bakınız
C. :	Cilt
E. :	Esas
f. :	Fıkra
İÜHFM. :	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K. :	Karar
m. :	Madde
S. :	Sayı
s. :	Sayfa
T. :	Tarih
vb. :	Ve Benzeri
vd. :	Ve Devamı

İÇİNDEKİLER

KİŞİSEL KABUL SAYFASI	i
ÖNSÖZ.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	ivv
KISALTMALAR	v
İÇİNDEKİLER	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TOPLUMSAL YAPIDA HUKUK, ADALET VE YARGISAL OTORİTE

1.1. Genel Anlamıyla Hukuk	4
1.2. Hukuk ve Hukuk Felsefesi.....	7
1.3. Adalet.....	10
1.4.Yargısal Otorite.....	12
1.5. Toplumsal Yapının Bu Kavramlarla Olan İlişkisi	15
1.5.1.Toplum ve Hukuk İlişkisi	16

1.5.2.Toplum ve Adalet İlişkisi.....	20
1.6. Max Weber'in Adalet ve Hukuk Kuramı	22
1.6.1. Neden Weber?.....	22
1.6.2. Weber'e göre hukuki normların ortaya çıkışı ve oluşturulması	23
1.6.3.Hukuk ve Yargılama Tarihinin Toplumsal Aktörleri	26
1.6.4. Hukukçu Olmayan Hâkimlerin Adaleti	27

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK TOPLUM İLİŞKİSİNİN TARİHSELLİĞİ

2.1 Hukuk-Tarih ilişkisi	30
2.2. Çeşitli Toplumların Hukuk ve Adalet Gelişimi	32
2.2.1. Nil Vadisi toplumları	32
2.2.2. Mezopotamya.....	36
2.2.2.1.Sümerler	37
2.2.2.2. Akadlar.....	40
2.2.2.3 Babil	41
2.3. Roma İmparatorluğunda Hukuk ve Toplum Akdeniz Havzası Toplumları.....	44
2.3.1. Senatuslar Aracılığıyla Toplumun Hukuka Katılımı	45
2.3.2. Magistralar ve Hesap verilebilirlik	46
2.3.3. Halk Meclisleri.....	47

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MERKEZİ SİYASAL BİRLİKLERİN (MODERN DEVLETLERİN) OLUŞUMUNDAN SONRA HUKUK VE HUKUKUN KÜRESELLEŞMESİ

3.1. Modern Sosyal ve Siyasal Yapıların Hukuk İhtiyacı.....	50
3.2. Toplumdaki Dezavantajlı Grupların Adalet Beklentisi: Sosyal Adalet.....	52
3.3. Adaletin Hukuk Eliyle Tesis Edilmesinin Zorunluluğu.....	54
3.4. Adalet Ve Hukuk Ayırımının Toplumlarda Fark edilmesi	56
3.5. Adalet Nedir ve Hukuk Ne Değildir?	58
3.6. Hukuk ve Adaletin Farkları.....	60
3.7. Küreselleşmenin Etkisi	62
3.8 Adalet ve Sosyal Adalet Kavramları.....	66
3.8.1. Adalet Kavramı	67
3.8.1.1. Sosyal Adalet Kavramı	69

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TOPLUMSAL ADALETİ SAĞLAMADA YARGISAL OTORİTELERİN ETKİN HALE GELMESİ

4.1 Yargısal Otoritelere Toplumun İhtiyaç Duymasının Sebepleri	71
4.1.1 Modern Devletin, Toplumsal Meşruiyetini Arttırma İhtiyacı.....	71
4.1.2 Gelişmiş ve Karmaşıklaşmış Toplumsal İlişkilerin Düzenlenmesinde Siyasi Otoritenin Yetersiz Kalması.....	73
4.2. Kendiliğinden Adalet	75
4.3. Onarıcı Adalet Anlayışı	75
4.4. Doğal Hukuk Kavramı	76
4.4.1. Doğal Haklar: Hobbes, Locke ve Rousseau.....	77
4.4.2. Doğal Hukukun Yükselişi ve Düşüşü	78
4.4.3. Doğal Hukukun Toplumsal Adalette Karşılığı	79
4.5. Normlar Olarak Hukuk: Hans Kelsen.....	80
4.6. Tüm Anlatılar Işığında Yargısal Otoritelerin Adaleti Sağlamada Yetersiz Kalmaları Ve Toplum Vicdanına Dönüş.....	81
SONUÇ	82
KAYNAKÇA	85

GİRİŞ

Toplumsal ve bireysel adaletin gerçekleştirilmesinde yargısal otoritenin tek ve nihai kaynak olarak kabulü sonucunda tartışmasız hale gelecek olan tek çıkarım, adil olma tekelinin yargısal figürlere içkinleştirileceği, bunun da amaca dönük rasyonalite taşımayacağıdır. Diğer bir deyişle adaletin gerçekleştirilmesi işi sadece hukuka havale edildiğinde ve yargısal otoriteler tek başına bu iş ile baş başa bırakıldığında ortaya çıkmasını garanti edebileceğimiz şey adalet değil, sadece prosedürel yalınlıktaki bir yargısal karardır. Bu yargısal kararın adalete uygun olup olmadığı, daha salt ifadeyle “adil olup olmadığı” ise halen belirsizdir.

Hukuka ilişkin formalist klasik liberal yaklaşımlar hukuk ile hukuksuzluk arasındaki ayırmda ağırlıklarını hukuktan yana koyarken, hukukun ve ayrıntılı yasal düzenlemelerin tek başına varlığını üstü kapalı olarak yeterli görmekte ancak realist yaklaşım taraftarları uygulayıcıların ve nihayetinde siyasi otoritenin etkisinin de yadsınmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Amacım yeterince eleştirilen formalist yaklaşımı veya etkisi abartılan realist yaklaşımı incelemek değildir. Amacım her iki yaklaşımın kabulleri ve şartları gerçekleşse bile toplumsal gerçeklerden soyutlanarak toplumsal adaletin tam olarak sağlanamayacağını ortaya koymaktır. Adalet yükü kolektif bir yüküdür ve toplumsal paydaşların da bu yargılama sürecine katılmalarının değeri yadsınamaz.

Uzun yıllardır ABD'de birçok düşünürce tartışılan ve yargının siyasal kurumlara yol gösterici aktivist kararlarının dahi nihai olarak sınırı aşmakla eleştirilmesi karşısında mutlak adaletin tesis edilmesinde kamunun ve kamusal otoritenin birincil yargı organlarının ise ikincil etkisi olduğu anlaşılmıştır.

Özetle bu tezi yazmakta ki amacım adil olma ve adaletli kararlar alma tekelinin yalnızca fonksiyonel olarak yargısal kurumlara ait olmadığı, toplumda adaletin gerçekleşmesinin yalnızca yargısal aktörlere görev olarak yüklenemeyeceği, toplumsal yapıda yer alan her figürün adil olma yükümlülüğün bulunduğunu ispatlamaktır.

Çağlar boyunca yaşanan ilerleme sonucu hukuk kuralları sözleşmeye aykırılık hallerine müdahale etme ve adam öldürenleri cezalandırma gibi temel işlevinden, modern hayatın her alanını düzenleme ve her uyuşmazlıkta söz sahibi olma seviyesine ulaşmıştır. Toplumsal yapıda huzursuz yaratan her uygulamada taraflar soluğu mahkemelerde almaktadır. Ancak kimi zaman adaletin son derece yavaş kalması, kimi zaman adli kararların uygulayıcılar tarafından işlevsiz hale getirilmesi ve kimi zamanda bankalar ve GSM şirketleri gibi profesyonel tacirlerin hızlı ayak oyunları ile kullanıcılarını mağdur etmesi gibi durumlar karşısında her çözümün mahkemeler aracılığıyla gerçekleşmeyeceği anlaşılmaya başlanmıştır. Bu durum karşısında hukukun ve yargısal aktörlerin kutsanmış adalet kavramının tek sahibi ve yükümlüsü olarak toplumsal rol almaları artık amaca uygun düşmeyecektir.

Tezin temel kavramları tanımlaya başlanıldığında sınırlı bir alanla karşılaşılacağı düşünülürken her biri hukuk, sosyoloji ve felsefenin ilgi alanına giren hukuk, adalet ve yargısal otorite kavramlarını incelemenin başlı başına cesaret isteyeceğini fark etmek uzun sürmeyecektir. Sosyal bilimlerin tüm alt disiplinlerinde karşılaşılan kavram sorunu özellikle hukuk ve adalet kavramlarında da kendini açıkça göstermektedir. Ancak bu sorunları aşmaya çalışan disiplin sayısı oldukça fazladır ve bu da tanımlama sorununun uzun sürmeyeceğini müjdelemektedir. Hukukçular ile hukuk sosyolog ve felsefecilerinin yanı sıra, (çekinmeden genellenebilecektir ki) "tüm sosyologlar" hukuk ve adalet kavramlarına ilişkin çalışma yapmışlardır. Tüm bu disiplinlerin yalnızca kavramsal farkındalığı arttırmaya değil ileri sürdüğüm tezin tamamında etkin bir yardımcı olduğunu belirtebiliriz.

Hukukun küreselleşmesiyle birlikte uluslararası hukuk öğretisinde hükümetlerin bürokratik resmi faaliyetleri ile antlaşmalar yapmak ve Birleşmiş Milletler ve organlarına katılması ve uluslararası mahkemelerin kararlarıyla sınırlıdır. Hukuk salt resmi ve şekli kurallardan ibaret olmayıp akılcı çözüm yöntemleriyle gerçeği bulma tarzıyla ilişkili bir kavramdır. Hukuk içsel ve sosyal ilişkilere yön gösteren kültürün yapıcı unsurudur. Bu noktada hukuk sosyal farklılıklarla şekillenen ve ulus devletinin politik mantığına göre şekillenen bir alandır. Bugün milli hukukların farklılığı sektörel parçalanmalarla kaplanmıştır. Oysa küresel rejim, bütünleşme, uyum ya da hukuk kurallarının birleşmesi değil; iç hukuk farklılaşmasına dönüşmüştür.

İngilizcede "judge" kelimesinin hâkim, hakem ve uzman gibi Türkçede üç farklı kelime yerinde de kullanılabiliyor olması, eski Türk metinlerinde yer alan "töre" kelimesinin hem geleneksel ahlaki kural, hem de yaptırıma tabi hukuk kuralı anlamına gelmesi gibi etimolojik problemlerin yanı sıra kavramlara yüklenen anlamların çağdan çağa ve düşünürden düşünüre değişmesi de ortak bir tanım yapmayı zorlaştırmaktadır. Ortak bir tanım yapma gereksinimimizin olmadığını ileri sürülebilir ancak tanımlar üzerinde asgari bir konsensüs sağlanması gerektiği açıktır.

Özellikle felsefik düşüncenin etkisiyle şekillenen adalet kavramına nazaran daha az uğraşı gerektiren ancak, daha çok uzlaşma sağlanabilen hukuk ve yargısal otorite kavramlarından başlayarak, üzerinde çağlardan beri ileri sürülen fikir ve kuramları sunmakla birlikte neredeyse her insana göre hukuk ile hukuksuzluk, adalet ile adaletsizlik kavramının farklı olabileceğinin altını yeniden çizmek gerekecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TOPLUMSAL YAPIDA HUKUK, ADALET VE YARGISAL OTORİTE

1.1. Genel Anlamıyla Hukuk

Hukuk tanımlanırken, felsefik / sosyolojik model örüntülerini kullanmadan hukuki kabullerle yetinmek, bütüncül bir yaklaşım sağlamayacağı gibi, bu kavramı her somut olay için yeniden tanımlamak zorunda kalmak gibi bir tehlikeyi de içinde barındıracak ve hukuk kavramının, kurumsal ve bilimsel bir kesinliğe ulaştırmamızı güçleştirecektir. Doktrinsel dağarcıkta hukukun tanımını, hukukçulardan çok felsefeci ve sosyologların yapıyor olmasının hukuku soyut alandan somut alana çıkarmada ki olumlu etkisi göz ardı edilemez. Disiplinler arası bağlantı kurmadan hukukun tanımı yapılamayacağı gibi "hukukun amacı olan adaleti sağlamada da diğer disiplinlerin ve paydaşların katkısının küçümsenemeyeceği" önermesi de ileri sürülen bu tezin zorunlu ve doğal sonucu/çıkarımıdır.

Hukukun tanımı tartışmasına girmeden önce (ve öncelikle) onun bilim olup olmadığı konusunda da tam bir konsensüs sağlanamadığını da belirtelim. Bir hukuk biliminden bahsedebilmek için elde yeterince kanıt olmasına rağmen disiplinler anlamda hukukun bilimsel kesinlik taşımaması, bazı değişmez/evrensel kurallar haricinde güven vermez bir değişkenliği karakterinde barındırması ve hatta çoğu zaman değişen koşullara değişen tepkiler vermesi ve en önemlisi "bilimsel öngörülebilirliğe" de sahip olamaması sebebiyle hukukun bir bilim dalının taşınması gerekli şartları taşımadığı genel olarak ileri sürülen itirazlardandır.

Hukuku kesin sınırlar içinde tanımlamayı amaçlayan biri olan Kelsen'in temel eseri "Saf Hukuk Teorisi"ni ve hukuk kavramını saf ve berrak hale getirme çabasını, "Hukuk bilimini gerçek bir bilim, bir tinsel bilim (Geistes-Wissenschaft) düzeyine yükseltmek, bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliğe kavuşturmak şeklinde yorumlayanlar olduğu gibi (Aral,1978:1), tüm bu tartışmalara başlamadan hukukun aslında " Müspet kanun, kanun koyucunun aklına olduğu kadar despotların

ihiraslarına da her zaman hizmete hazır iradesiz bir silahtır” diyerek tam anlamıyla bir bilim sayılamayacağını ileri süren düşünürlerde vardır (Kirchmann,1949:17).

Hukuku olduğu gibi kabul etmenin eleştirilmesinde ve bu eleştirilerin incelenmesi hakkında birçok çalışma mevcuttur. Ancak Kelsen’in hukuku teoriletmeye ilişkin çabaları ayrı bir yere sahiptir. Hukukun evrensel ve değişmez kurallara sahip olmaması, hatta çoğu zaman değişmekle övünmesinin gerçek bir bilimsel disipline yakışmayacağı yönündeki eleştiriler karşısında Kelsen de yeni bir hukuk bilimi kurulması yönünde teşvik edici olmuştur. Bu yolda Kelsen, açıkça ve kesin olarak egemen bulunan hukuk dogmatizminin metajuridik hukuk anlayışına karşı, hukuki bilgi metodunun saflığı iddiasını ve istemini ortaya atmış ve hukuk biliminin temel problemlerini yeğin bir tartışmaya tabi tutmuştur (Aral,1978:1).

Hukuk, varlığını birçok etkene borçlu ise de özü itibariyle yasadan veya otoritenin iradesinden doğmaktadır. Siyasi otoritenin iradesi ise çeşitli nedenlerle kolaylıkla değişebilmekte ve hukuk da bu belirsizlikten payını almaktadır. Kimi hukukçularca hukukun dinamikliği olarak övülen bu durum, aslında hiçbir bilim dalında görülmeyen bir belirsizliğin ve güvensizliğinde en önemli sebeplerindendir.

Özellikle ülkemizde görülen ve kaçınılmaz olduğunu kimsenin hatırlamadığı yargı reformu paketleriyle kurallar sürekli değişmekte ve yeni duruma uyum sağlamaya ve kurallara uyum sağlamaya çalışan herkes bilmektedir ki bu kurallar da bir gün değişecektir. Hukukun muhatapları arasındaki bu kanı hukuka ve kurallara olan inancı zedelemekte ve hukuk hiçbir zaman bir bilim dalı olarak diğerleri kadar saygı görmemektedir. Bir gecede tamamen değişebilen kuralların olduğu bir disiplinin bilimsel saygınlığa sahip olduğunu söylemek eleştirilere açık bir iddia olacaktır.

Yine hukuk ve yasa belirsizliğinin sebeplerinden biri de çok kademeli yargıdır. Şöyle ki; bir yasa maddesinin nasıl yorumlanması gerekeceği ve somut olaya uygunluğunun denetimi için saygı besleyerek izlediğim yerel mahkeme hakimi bir karar vermekte ve bu karar o kadar saygın bir yere koyulmaktadır ki karar verilirken mahkeme salonunda bulunan herkes ayağa kalkmaktadır. Ancak bu saygın ve ayakta karşılanan karar istinaf mahkemesine gittiğinde eleştirilmekte ve eksiklikleri yüzüne çarpılmaktadır. Bu halde önceki saygı, boş yere yerine getirilmiş bir ritüel olarak

kalmakta ve o kararın üstündeki istinaf mahkemesi kararı, üst mercii kararı olarak saygın bakışları üstüne toplamaktadır.

Peki üst mahkeme olan istinaf mahkemesinin kararına da aynı hatayı yapıp aynı saygıyı göstermemiz gerekir mi? Aslında istinaf mahkemesinin üstünde de bir Yargıtay olduğu düşünüldüğünde ve istinaf kararının yanlış olabileceği Yargıtay'ca söylenebileceğine göre şimdilik saygı kredisinin kullanılmaması tedbirli bir hareket olabilir. Nitekim yerel mahkeme kararlarının yarıya yakınının bozulduğu bir hukuk düzeninde hukuka saygı için biraz daha beklenmesi daha makul olacaktır.

Kirschmann'ın "Bir mahkemede zekâ ve bilgi ile hakikat olarak ispat edilen şeylerin, daha üst bir mahkemede aynı derecede bir zekâ ve bilgi ile hakikat olmadıkları ispat edilir. Bundan da üst mahkemede hakikat bir daha şekil değiştirmezse bu bir saadet sayılabilir." şeklindeki ironik eleştirisini bu kapsamda değerlendirebiliriz (Kirchmann 1949: 25). Kant kendi zamanı için; "Hukukçular hala hukukun tanımını aramakla uğraşıyorlar" derken, belli zaman içinde hukukun tanımlanmasıyla ilgili tartışmaların biteceğini umuyordu (Işıқтаç,t.y.:16). Tartışmalar bitmek bir yana bu konuda söz sahibi her düşünürün ayrı bir hukuk tanımı eklemesiyle şu an binlerce tanıma sahip bir hukuk kavramıyla karşı karşıya olduğumuzu söyleyebiliriz.

Başlangıç olarak Hukukun "toplumsal münasebetleri düzenlediğini" en azından bir yönünün bu olduğunu söyleyebiliriz. Weber'e göre toplumsal münasebet, devlet, kilise, aile gibi sosyal müesseseler bünyesinde cereyan etse bile sadece ve tamamıyla taraflarca bir mana etrafında belli bir tarz içinde geçmişte şimdi ve ileride karşılıklı vaziyet olarak birbirine göre uyarlanmış davranışlar sergilenmesi ihtimalinden ibarettir (Weber,2012:50). Weber hukukun toplumsallığını ayrıntılandırmakla yetinmez ve hukukun toplumsal paydaşların tamamını zorlayıcı etkisinin bulunması gerektiğini ileri sürer; "Bizce hukuk kavramının belirleyici unsuru bir zorlama organının mevcudiyetidir" şeklinde görüş bildirir (Weber,2012,62).

Kimi düşünürler hukuku iktidar, yaptırım ve emir temelinde, kimileri geçerlilik, siyasal iktidarın belirleyiciliği kavramı ile kimileri ise normlar hiyerarşisi kavramı ile hukuku açıklamışlar ise de genel olarak bu alanda çalışma yapan tüm

düşünürler hukukun zorlayıcılığına ve herkes açısından bağlayıcılığına vurgu yapma ihtiyacı hissetmişlerdir.

1.2. Hukuk ve Hukuk Felsefesi

Hukukun tanımlamaları sıralamada ve farklı tanımlamaları örneklemede zorlukla karşılaşmayacağımız açıktır. Ancak asıl dikkat edilmesi gereken olgu hukukun "ne"liğini tartışırken aslında ve gerçekte açık ve seçik olarak hukuk felsefesi yaptığımızdır. Arthur Kaufmann'a göre hukuk felsefesi ile hukuk kuramı arasında özde bir farklılık yoktur. Özellikle hukuk kuramını hukuk felsefesinden başka bir araştırma alanı yoktur(Ökçesiz,1997,118). Hal böyleyken hukukun tanımını hukuk felsefesinden soyutlamak onu sığlaştırmak olacaktır.

Hukuk felsefesini daha yakından inceleme zahmetinden kaçınma amacıyla değil, tez konusundan uzaklaşmama kaygısıyla Gustav Radbruch'un Beş Dakikada Hukuk Felsefesi yazısındaki metodolojiyi kullanarak (ve Ökçesiz,a.g.e'den esinlenerek) ve hukuk felsefesini açıklamayı hem kolay hem de teknik ve sistematik bir yöntemle adım adım şöyle derleyeceğiz :

Hukuk teriminin genelliğinin, muğlâklığa kaçması istenilmez ise ilk önce nasıl asker için emir emirse, hukukçu için de ise yasa yasadır, diye düşünülmelidir. Yani hukukçuyu bir asker disiplini ve bağlılığı içinde yasayı harfiyen ve yorumlamaksızın uygulamaya iteceğiz. Tüm bağlılığına karşın asker kendisine verilen emrin bir suç kapsamına girdiğini anladığı anda o emre itaat etmeyecektir. Örneğin komutanının sivillerin üzerine ateş açılması talimatını sorgulayacak ve bu emre itaat etmeyecektir. Salt yasaya bağlı hukukçu ise böyle bir kaygı gütmeden yasayı uygulamaya devam edecektir.

Birinci adımdaki bu hukukçuya göre, pozitif hukuk kuralları, diğer bir deyişle yürürlükteki mevzuat ne diyorsa o uygulanmalıdır. Bu hukukçu tipi salt yasanın uygulanmasını yeterli görür. Onun uygunluk, yerindelik ve tabiidir ki adalet gibi bir önceliği yoktur. Romalıların "Summun jus, summa injura" (saf hukuk saf haksızlıktır. Tercümeyi ruhuna uygun yaparsak, aşırı derecede yasa metnine bağlılık, aşırı haksızlıklara gebedir) sözü tamda bu birinci adımdaki "yasaya tapan" hukukçunun eyleminin sonucunu nitelemektedir.

Burada günlük hayatta karşılaşma ihtimalimiz olmayan bir uygulayıcı tipini betimlediğimiz zannedilmesin. Günümüzde de amaca dönük rasyonalite taşımayan ancak somut olayda uygulanabilmesi hukuken mümkün görünen yasayı uygulayan ve sonuçta adaletsiz ve çoğunlukla hak kaybına yol açıcı kararlara imza atan hem yargısal hem de idari otoriteler mevcuttur. Sadece hukuk bilen bir hukukçudan daha tehlikeli bir şey yoktur. O nedenle bu adımdaki hukuk tanımını oldukça tehlikeli ve hak ihlallerine yol açıcı niteliktedir. Bu hukukçu tipi genel olarak sosyolojik hiçbir paydaşla irtibat halinde olmayan, kendini topluma kapatmış bulunan, verdiği kararın toplumsal adalet hissini tatmin edip etmeyeceğini düşünmeyen bir hukukçu tipidir.

Hukukun felsefesini sorgulamada daha birinci adımda takılan, hukuku adalete yönelik bir araç olarak değil yasaya tabi bir nesne olarak gören bir hayli hukuk uygulayıcısı varken bu anlayış ve kabulü eleştirmede alçaltıcı sıfat bulmada zorlanmayacağımız bellidir. Ancak hukukun "ne"liği üzerine ilk adımda olduğumuzdan ve yine genellikle düşünürlerce eleştirilen daha dört adım bizi beklediğinden birinci adımın tamamen bir hukuk teknisyenliğinden ibaret olduğu gerçek bir hukukçuluk olmadığı tartışmasızdır.

Birinci adımdaki hukuk tanım ve uygulamasını amaçtan uzak ve kısmen de gaddar görenler, hukukun bu "toplum düşmanı" tavrından ürkererek onu dizginlemek ve dönüştürmek için yeni bir tanım yaparlar; "Hukuk topluma yararlı olan şeydir." Gerçekten bu tanımlamadan sonra hukuk, birinci adımdaki gaddarlığa düşmeyecek ve halka yararlı olan şey olduğunun bilinciyle salt yasayı uygulamakla yetinmeyecektir. Ancak hukukun kutsanmaya da başladığı bu aşamada karşımıza keyfilik çıkacaktır. Sözleşmeyi çiğnemek, yasaları duruma göre uygulamamak, herkese farklı bir kural uygulamak gibi eşitliğe aykırı fiiller eğer halka yararlı ise hukuki sayılacaktır. Hukuk hakların kazanılması, devredilmesi ve kaybedilmesinde önemli rol oynar (Güriz,1992:129). Hal böyleyken ve hukukun bu belirleyici rolü hala devam ederken böyle bir belirsizlik ve keyfiliği kabul edilebilir değildir. O halde burada da durmayıp üçüncü adıma geçmek zorunludur.

Gustav Radbruch üçüncü adımda nihayet adalet kavramını aramaya başladığımızı dikkat çekmektedir. Önceki uygulamaların sonucunda artık şunu ileri süreriz "Hukuk adaleti istemektir." Gustav Radbruch şöyle devam eder: "Yasalar adalet istencini bilinçli olarak görmezden geliyorsa, örneğin insan haklarını, insanlara

sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur, o zaman halk bu yasalara itaat borçlu değildir. Yine o zaman hukukçular da kendilerinde bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır.

Yasaların tek başına varlığı adalet sonucunu garanti etmeyeceği gibi adalet ve hukukun birbirine bağlı kavramlar olmadığı da ispata muhtaç değildir. Adaletsiz bir hukuk düzeni olabileceği gibi, hukuk kullanılmadan da adaletin tesis edildiği çokça örnek vardır. Hukuk genellikle belli bir düzen ve yasalar gibi somut bir durumu ifade ederken adalet soyut ve ölküsel bir sonucu tanımlar. Hukuka tam uygunluk her zaman adaletin tam tesisini sağlamayacaktır. Birinci ve ikinci adımı geçenler hukuku artık adalete uygun şekilde yorumlayacak, eğer sonuç adil veya en azından mevcut durumla orantılı olmuyorsa o yasayı uygulamayacaktır. Örneğin eşe karşı şiddet, şiddet uygulayan eşin tutuklanmasına sebebiyet verebilir. Ancak tutuklamanın tüm şartları oluşsa bile hapse giren eşin gelirinden mahrum aile bireyleri sefalet içine düşecek ve adeta cezalandırılan çocuklar olacaksa bu hükmü uygulamakta duraksayabilir. Her ne kadar sıradaki adım da eleştirecek olsak da bu aşamada örneğin şiddet ve savaşa karşı bir hayat felsefesini benimseyen bireyin zorunlu askerlik altına alınıp savaşa hazırlanmasında adalete uygunluk görülmeyecek ve mevcut askerlik yasasını uygulanmayacaktır.

Adalet, bütünün bir parçası olması ve topluma ait bir değer ifade etmesi nedeniyle, kamu yararı ve hukuk güvenliğinden ayrı düşünülemeyecektir. Yukarıdaki örnekte bir ülke gençlerinin tamamına yakınının savaşa karşı olması durumunda ülke savunmasını sağlamak imkânsız hale geleceğinden artık dördüncü adımda adaletin ancak kamu yararı ve hukuk güvenliği ile birlikte bir bütün olarak ilgi görmesi gerektiği ve hukukun bu şekilde bir derlemeyle sunulması gerektiği belirlenecektir.

Beşinci ve nihai adımda ise artık tüm adımlarda bize yol gösteren, bulunduğumuz konumu eleştirme yetisini bize veren, hukukun karışık fenomenleri ve karmaşık ilişkileri içinde bize yol gösteren, her türlü hukuk koymadan daha güçlü olan ve kendileriyle çelişen yasaların geçerliklerini yitirebileceği evrensel hukuk ilkelerine ulaşırız. Bu ilkelere doğal hukuk veya tabii hukuk ilkeleri denir. Yaşama hakkı, ifade özgürlüğü, seçme ve seçilme hakkı, kanuna uygun yargılanma hakkı gibi temel hak ve özgürlük ilkeleri hukukun amacı ve varlık sebebidirler.

Akademik çalışmalarda tanımlar arka arkaya sıralanınca en son tanım genellikle en doğru tanımmiş gibi gelir ve belirsizliğin artmaması için insan beyni artık yeni bir tanıma kapalı bir duruş sergiler. Yeni bir son tanım ise işi içinden çıkılmaz hale getirmeyi başarabilir. Bu nedenle tarafimca bir hukuk tanımı yapılmayacaktır. Kalıcı ve evrensel bir tanım yapmanın olanaksız olması yanı sıra, toplumsal münasebetleri düzenleme, yaptırım içerme, otorite tarafından vaaz edilme, evrensel ilkelere uygunluk gibi kesin önem taşıyan şartları tek bir tanımda formüle etmenin zorluğu da, hukukun kavramsal sınırını belirlememizi zorlaştırmaktadır.

1.3. Adalet

Adalet kavramı insan beynince iyilik, dostluk, insanlık kavramları gibi duygusal renkleriyle kabullenilen en temel kavramlardandır. Adaletin terminolojik olarak ne olduğu kusursuzca tanımlanamasa bile, özellikle adaletsizliğin ne olduğu, temel eğitim almamış kişilerce bile rahatlıkla ifade edilebilmektedir. Adalet kavramını ve çerçevesi belirlemek neyin adil neyin adil olmayan olduğuna karar vermek her olayda farklılık gösterebilir. Belirsizlikle eleştirilen hukukun yanında adalet çok daha büyük bir belirsizliğe sahiptir. Aslında bu belirsizlik adaletin dinamik ve olgusal olmasına dayandığından olumsuz değil olumlu bir kavram olarak görülmelidir. Aynı veya benzer görülen bir olayda bir eylem adil iken diğer olayda adaletsizlik olarak görülebilir. Örneğin bir kişinin bir tabanca ile bir köpeği öldürmesi eylemi tek başına adaletsizlik ve gücün orantısız kullanımı olarak görülebilir. Ancak 3 yaşındaki çocuğuna koşarak gelen bir pitbull cinsi köpeği öldüren bir babanın davranışı, adil olarak görülmekte ve eleştirilmemektedir. Dolayısıyla adalet eyleme değil toplumsal kabule göre belirlenir. Toplumsal kabul ise her olayda farklı ve yerinde denetimi yapmaya ehil görülen bir fenomendir. Kimi zaman cılız eleştiriler çıksa da toplumun çoğunluğu tarafından yapılan değerlendirme bir eylemin adil olup olmadığını belirleme konusunda eldeki güvenilir kıstastır. Toplumun düşünsel etkinliğinin hukuktaki belirleyiciliği adaleti doğurur.

Şimdi düşünsel oluşuklar için, bir düşünce teorisi, düşüncenin bir bilimi olan mantıktaki bir yasaya göre, her düşünce oluşuğu varlığını, daha doğrusu geçerliliğini önce gelen başka bir düşünceden alır; Böylece düşünsel etkinlik olarak son yâda ilk de

diyebileceğimiz apaçık bir düşünceye varılır ki buna mantıkta aksiyom (belit) denir. Hukukta bu aksiyom adalettir (Aral,2014: 48).

Her ne kadar toplumu ilgilendiren güncel adli olaylar nedeniyle adalet, hukuka ve yargı organları kararlarının sonucuna/doğruluğuna özgülenmiş ise de; aslında bu kavram toplumsal bir fenomen olup hukukun ve yargı organlarının hem varlık sebebi hem de ulaşmaları gereken yerin saf ideal bir resmidir. Adalet kavramının ve mutlak adaletin genellikle ütöpik özelliklerde olması, her somut olay ve haksızlıkta talep edilebilirliğini engellemez. Adalet kavramının genellikle hukuk aracılığıyla tezahürü ve genellikle yargı organlarınca icrası onun aslında toplumsal bir pratik ve toplumsal bir olgu olması gerçeğini de değiştiremez.

Hiçbir eğitimden geçmemiş kişiler tarafından bile neyin adil neyin adil olmadığını çoğu zaman isabetli şekilde tespit edilebilmesi adalet duygusunun her vicdanda bulunduğu ispatıdır. Adalet toplumsal bir fenomen, toplumsal bir talep ve toplumun tamamını ilgilendiren "sonuçsal" nitelikte bir idedir. Adalet her somut olayda farklı şekle bürünen, nihai olarak haksızlıkların tümünü bertaraf etmeyi amaçlayan, haklı ile haksızı ayıran ve çoğu zaman toplum için olmazsa olmaz görünen bir idealdir. Adil olmayan bir durumun toplum tarafından kabul gördüğüne pek rastlanılmamaktadır, zira adalet bir erdem olarak toplum vicdanında doğal olarak vardır. Tabii hukuk ekolüyle de ilişkilendirebileceğimiz bu kabulle ilgili ileriki başlıklarda ayrıntılı değerlendirme yapılacaktır.

Adalet kavramının çok yönlü yapısı, kendisine kimin anlam atfettiğine, diğer kavramlarla özdeşleşme bile hangi kavramsal düzlemde tartışıldığına ve öncelendiği diğer kavramların niteliğine göre ayrıma tabi tutulmasını zorunlu kılar. Tartışma statülerine göre farklılaşacak ve derinleşecek adalet idesini tezin konusuna bağlı kalmamız gerektiği hatırdta kalarak sosyolojik ve psikolojik olarak şöyle inceleyebiliriz. Dolayısıyla adaletin ne olduğu sorusu salt kavramsal/kuramsal doğruluk kaygısıyla değil, çok daha canlı ve çok daha insani kaygılarla sorulmalı ve her olayda değişik şekliyle somutlaşacak olan adaletin toplumun tüm ihtiyaçlarını giderir şekilde gerçekleşmesi sağlanmalıdır. Aksi takdirde çağımızın en canı terör örgütlerinin bile kendilerince hak talep ettikleri ve kendilerince adil olmayan düzenle savaştıkları gerçeği gözden kaçırılacaktır. Adaletin ne olduğu üzerinde sağlanacak

asgari uzlaşa hem barışçıl amaçlara hizmet edecek hem de adaletin salim aklın ve sağduyunun kontrolü altına alacaktır.

1.4.Yargısal Otorite

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların üçüncü bir kişi girmeden çözümlenebilmesi her zaman mümkün olamaz. Üçüncü bir kişinin dâhil olmadığı uyuşmazlık çözümüne de yargılama denebilmesi de mümkün değildir. Ancak yargısal bir otoritenin kuruluşunun ancak modern devletle birlikte geliştiğini söylemek ve yargılamanın insanlık tarihi kadar eski olmadığını da itiraf etmek gerekir. Daha doğru bir ifade ile ; teknik ve hukuk mesleğinden yetişmiş hukukçularla yapılan, sürekli, sistematik ve ayrıntılı yargılamalara modern devlet öncesinde rastlamak pek mümkün değildi. Elbette her toplumsal yapının adalet işlerini gören bir mercii vardı. Ancak bu merci ya geçici idi, ya hukukçu olmayan kişilerin ağırlıkta olduğu bir yapıdaydı, ya da tekdüze bir uygulama değil her duruma ve kişiye göre değişebilen bir yapıdaydı. Ancak yine de tarih boyunca modern anlamıyla olmasa da tüm toplumların bir yargı makamına sahip olduklarını veya ihtiyaç duyulduğunda böyle bir makamın oluşturulduğunu söylememiz mümkündür.

Hukuk aracılığı ile hak elde edebilmenin her zaman günümüzde olduğu gibi olmadığını hatırlayalım. Örneğin eski Cermen hukukunda sadece iki taraf vardı, itham eden ve itham edilen; yani hüküm veren bir üçüncü taraf yoktu (Işıktaç,2013: 15). Max Weber de eski Alman toplumunda davacı ve davalının akrabalarını toplayarak tüm toplum önünde karşı karşıya gelerek dava gördüğünü, topluluğun, her iki tarafın savlarını dinledikten sonra bir kanaate vardığını, her hangi bir hâkim olmaksızın bu kanaat doğrultusunda iddiacının haklı veya haksız olarak genel kabul gördüğünü belirtir ve bu kararın infazının haklı görülen tarafın akrabalarınca yerine getirildiğini ekler (Weber,2012: 20).

Tarihi belge, sözleşme ve antlaşmalar, insanlar arası uyuşmazlıkların tarihin başlangıcından itibaren genellikle kaba güç ile değil uzlaşma veya uzlaştırma ile çözüldüğünü ispat için yeterli argümanı sağlamaktadır. Hukukun derin bir tarihselliği bulunduğu gibi yargısal/kazai otoritenin de varlığı geçmişe dayanır. Bu otorite başlangıçta (ve genellikle) aynı zamanda siyasal otoriteyi de elinde bulunduran güçtür.

İstisnalar ayrık tutulursa, kamusal otorite ve yargısal otoritenin birbirinden net ve belirgin çizgilerle ayrılmasının ve tam bağımsız (güvenceli) adli mekanizmanın modern devletlerin oluşumu sonrasına dayandığını söyleyebiliriz.

Burada altını çiziceğimiz husus; taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihayetlendiren her otoritenin, yargısal otorite olarak isimlendirilemeyeceğidir. Kamusal iktidarı elinde bulunduran otoritelerin uyuşmazlıkları çözmeleri veya çözme yönünde düzenleyici işlem tesis etmeleri onları yargısal otorite haline getiremez. Karar verici mekanizmanın yargısal otorite olarak tanımlanması için onun adli sistem içinde bulunması ilk koşuldur. Adli bir sistem, işlevsel varlığını yalnızca kararların yetkin ve bağlayıcı olduğunun toplumca algılanması ile sürdürülebilir (Yücel,2008:141).

İkincil olarak yargısal otorite kamusal otoriteden şekil ve öz olarak ayrık durumda olmalıdır. Yargısal bağımsızlık da denen bu şart özellikle bireyin kamusal gücü elinde bulunduranlara karşı eşit duruma yükselmesini sağlar. Yalnızca siyasi, ideolojik tartışma alanlarında değil kamulaştırma gibi tamamen maddi konularda bile birey ile devlet çatışma ve uyuşmazlık haline girebilir. Bağımsızlığı zorunlu kılan bir diğer neden ise dava konusu uyuşmazlığın fazlalığıdır. Tarihi gelişim içinde aşağı yukarı tüm toplumlarda siyasi gücü elinde bulunduranlar hukuki uyuşmazlıkları çözme işini ayrıcalık ve üstünlük olarak algılayarak ilk önce kendisi icra etmek istemiş, ancak ardından ise kendilerine gelen çok yüksek sayıda taleple bizzat başa çıkamayarak, bu yetkiyi bağımlı veya bağımsız yüksek memurlarına tevdi etmiştir.

Firavun olarak adlandırılan antik Mısır yöneticilerinden bazıları henüz topraklar çok genişlememişken, bir meclis kurmuşlar ve kendi tahtları önünde kendisine dava ve uyuşmazlık arz edenlerin davalarını bizzat dinleyerek adalet dağıtmaya çalışmışlardır. Ancak Nil nehri boyunca bütün şehirlerin idaresi firavunlara geçtikçe hem iktidarın nüfuz alanı genişlemiş hem de idare konularının çeşitliliği nedeniyle hukuki uyuşmazlıklar artık baş edilemez bir hale gelmiştir. Daha sonra ise valiler bu işle memur kılınmış ve firavun artık temyiz makamı haline gelmiştir. Bidayeten vilayet valileri icrayi adalete memur edilmiş ve bunların verdikleri hükümler firavun riyaseti altında devletin en büyük ricalinden ve mabetlerin en büyük ruhbanından otuz azadan mürekkep bir divanı adalette istinaf suretiyle rüyet edilmek usulü vaaz olunmuştu.(Özer,1936:1) Benzer süreç Avrupa'daki krallıklardan Osmanlı'daki yönetime kadar birçok idare nezdinde de yaşandı. Yargısal sorunların

çokluğu ve çeşitliliği bu işle kralın veya adına ne dersek diyelim siyasi otorite sahibinin bizzat ilgilenmesini aşacak hale gelmişti.

Adalet işleri çoğalıp da tenevvü ettikçe krallar bu işlerle meşgul olmaktan uzaklaşmağı muvafık görmeğe ve kendi yerlerine büyük memurlardan birini ve ezcümle şanseliyeyi yani sadrazamı ikameye başladılar. Yedinci Luiden sonra bu usule çok kere müracaat olunuyordu. Bu hal Fatih Sultan Mehmed'in Divan-ı Hümayun'u sadrazamlara terk etmesinin hemen aynıdır. Nihayet işler ilerledikçe istinaf vazifesinin parlemena tevdi takarrür ederek adalet meselelerinde bir nevi istiklal vücuda gelmiş idi (Özer,1936:5)

İnsanlık tarihi boyunca belli bir büyüklüğü aşan tüm topluluklar yargılama işini, bu işle uğraşan bir otoriteye tevdi etme eğilimini göstermişlerdir. Esasında hâkim kelimesi hükmeden anlamında olup siyasi otoritenin hükümdarlığını çağrıştırmakta ise de tarih boyu hiçbir hükümdar geniş bir toplumda ve karmaşıklaşmış hukuki ilişkiler içinde bizzat hâkimlik yapmayı tercih etmemiştir. Ayrı bir hâkimlik makamına adalet işinin tevdi edilmesiyle birlikte, bu işin bir uzmanlık istemesinin yanı sıra verilecek olan kararlara getirilebilecek eleştirilerden siyasi otoritenin zarar görmesi de engellenmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle siyasi otorite artık adaletsizlik ithamıyla baş başa kalmaktan kendini kurtarmış olmaktadır.

Eskiden beri hâkim yokluğunda bazı avukatların hâkimlik yapmalarının örneğine Fransa gibi Avrupa ülkelerinde rastlanılmış ise de hangi toplumda ve hangi çağda olursa olsun bir yargılamadan bahsedebilmek için nihai bir hükme ve fonksiyonel olarak bir hâkime mutlak ihtiyaç duyulmuştur. (Erem, Faruk,1973:1) Merkezileşmiş, siyasi birliğini en küçük birime kadar nüfuz ettirmiş ve kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş modern devletlerin ortaya çıkışıyla birlikte yargısal otoriteler kanuni düzenlemelere tabi tutulmuş ve önceki belirsizliklerin kurtulmuşlardır. Her toplumda farklı şekilde örgütlenen yargısal otoriteler özü itibariyle hukuk (veya ilk zamanlarda idare) eğitimi almış, ihtisas alanına hâkim, genel bütçeden finanse edilen, siyasi otoriteden nispeten veya tamamen bağımsız organlar halinde teşekkül etmişlerdir.

Yargısal otoritede bulunması lazım gelen liyakat, meseleye vukufiyet, bağımsızlık, tarafsızlık gibi özelliklerin ayrı ayrı incelenmesi tezimi aşan ve tezimin

dışında kalan konulardır. Ancak şu kadarını not etmeliyim ki; toplumsal yapılar içindeki konumuyla yargısal otorite, meşruiyetini ve saygınlığını ancak içinde bulunduğu toplumu ve toplumun özelliklerini çok iyi tanması ve onun gelişimine uygun çözümler üretmesi ile sağlayabilecektir. İçinde yaşadığı toplumu tanımayan, verdiği kararların infaz saygınlığı bulunmayan veya toplumsal ilerlemeye ayak uyduramayan mahkemelerin toplumsal kabul edilebilirliği ve toplumsal memnuniyeti karşılama oranı oldukça düşük olacaktır. İhtisaslaşma, ayrıntıları gözden kaçırmama ve uyulması gerekli şekil kurallarını belirleme, elbette yargılamanın olmazsa olmazlarından. Ancak "esasî şekle feda etme" ve adli kırtasiyeciliğe sebep olma da yargısal otoriteden toplumun memnuniyetinin önündeki en büyük engellerdendir.

Toplumsal memnuniyetin önündeki bir diğer engel ise hukukla iştiğal edenlerin kendilerini toplumdan ve yüce değerlerden soyutlayarak salt yasal metne bağlı kalmalarıdır. Niyazi Öktem, hukuku uygularken adalet, toplumsal birliktelik, huzur ve sosyal adalet gibi kavramları göz önüne almayan kişileri, hukukçu değil, hukuk teknisyeni olarak isimlendirmektedir.

1.5. Toplumsal Yapının Bu Kavramlarla Olan İlişkisi

Toplumsal yapı ile hukuk arasındaki ve toplumsal yapı ile adalet arasındaki ilişki her ne kadar çok az araştırılmış olsa da oldukça önemlidir. Aslında hukuk da, adalet de toplumsal bir fenomendir, diğer bir deyişle her ne kadar hukuk teknik bir terim olarak disiplinler olarak görülse de, aslında hukukun gerek doğuşunda, gerek uygulanışında ve gerekse yaptırımına koruma altına alınmasında toplumsal paydaşların çok önemli rolleri vardır. Dolayısıyla hukuk aslında bilimsel değil sosyal bir olgudur, bu nedenle hukukun açıklanmasında ve kavramsallaştırılmasında teknik yaklaşımların değil toplumsal ve sosyolojik yaklaşımların önemine vurgu yapılmalıdır. Toplum olan her yerde hukukun bulunması ve hukukun toplumdan dışlanarak soyutlaştırılmasının, hukukun adalete giden yolda bir araç olarak kullanılmasını imkansız kılması gibi hususlar birarada değerlendirildiğinde toplumsal yapı ile hukuk ve adalet arasında ne kadar sıkı bir ilişki olduğu izahtan vareste hale gelecektir.

Sosyal bir olgu olan hukuk, insanlık tarihi ile başlamıştır. Tarihte ne kadar gerilere gidilirse gidilsin, bütün toplumlarda insanlar arası ilişkileri düzenleyen hukuk

ve hukuk kuralları her zaman var olmuştur. Tarihi tecrübeye ve insan gerçekliğine bakarak gelecekte de hukuk kurallarının var olacağını söylemek bir kehanet değildir. (Sargın,2009:160)

Hukukun temelinde “rasyonel” olana uygunluktan ziyade, fiilen gerçekleşen davranış düzenlilikleri, alışkanlıklar (adetler) ve teamüller yer alır. Bu davranış biçimleri, bilinçli ve planlı bir şekilde gerçekleşmez, yaşamın olağan akışı içinde “spontane” bir davranış olarak gerçekleşir ve zaman içinde benimsenen, örnek davranış kalıpları (kuralları) olarak varlık kazanırlar. Bu nedenle herhangi bir davranış kuralı, hukuk normunun temelini oluşturabilir.(Türközer,2006:93)

Hukukun toplumla ilişkisi, zoraki veya kavramsal düzeyde bir ilişki değil, aksini düşünülemez kadar iç içe bir ilişkidir. Hukuk toplumdan doğmakta ve yine toplumun talebi olan adaleti gerçekleştirme yolunda varlık göstermektedir. Toplum adaleti istemekte ve hedeflemekte, bu nedenle hukuka ihtiyaç duymaktadır. Toplumun hukuksuz olması ne kadar düşünülemez bir durum ise hukukun da kendisini toplumdan soyutlayarak varlığını devam ettirebilemesi de bir o kadar düşünülemez bir durumdur.

1.5.1. Toplum ve Hukuk İlişkisi

Toplumun adaletle ilişkisi ile, toplumun hukuk ile ilişkisi birbirinden farklıdır. Toplum kendini adalete çok yakın hissetmekte iken, hukuka karşı ise mesafeli olmaktan geri kalmaz. Daha doğru bir ifadeyle hukuk, her zaman toplumla arasında bir mesafe koyar ve kendi işine toplumun karışmasından hoşlanmaz. Hukuk, kendini toplumdan soyutlamak için karmaşık cümleler kullanır, kimse anlamasın diye ağdalı kelimeleri kullanmayı seçer ve hatta çoğu toplumda hukukçular çok değişik kıyafetler giyerek toplumun geri kalanından farklı olduklarını herkes görsün isterler. İngiltere de kıyafetlerde yeterli görülmeyle hakimlerin ve avukatların peruk takmaları ve olduklarından farklı görünmeleri sağlanması bunun bariz örneklerindedir. Abartılı peruklu yargıçlar toplumun geri kalanına “ben sizden farklıyım” ve “ben ulaşamazım” mesajını vermektedir. Hukukun toplumla bir türlü barışmayan yıldızı her zaman kendisine ayrıcalıklı bir yer, yüksek bir kürsü, uzak bir lojman ve ayrıcalıklı bir sosyal statü ister. Toplum ise bu kibirli disiplini kendisinden uzak tutmakta fayda görür, bu ne yapacağı belli olmayan disiplinle muhatap olmayı pek istemez.

Hukukçu toplum ilişkisinde İngiltere dikkate değer bir örnektir. İngiltere’de hakim, savcı ve avukatlar uzun ve abartılı peruklar takarlar. Yüzyıllardır hukukçulara mistik bir imaj vermek ve kimi zamanda suçlular tarafından mahkeme dışında tanınmamak için başlatılmış bu köklü gelenek ise artık yavaş yavaş tarihe karışmaktadır. Gelenekler konusunda muhafazakar politikalarıyla bilinen İngiltere’de ülkenin sembollerinden biri olan peruklu hakimler artık sadece ceza mahkemelerinde görülmektedir. Nitekim İngiltere Adalet Bakanlığı tarafından 2007 yılında yapılan açıklamada ülkede ceza mahkemeleri dışında hakim ve avukatların peruk giyme zorunluluğunun kaldırıldığını duyurmuştur. Bakanlık, bu değişikliğin, aynı zamanda hukukçuların dokunulmazlık ve ulaşılmazlık algılarının da kaldırılmasına da hizmet edeceğini belirtmiş, diğer bir deyişle hukukçuların dokunulmazlık ve ulaşılmazlık imajlarının bulunduğunu da üstü kapalı olarak kabul etmiştir.

Toplum ve hukuk kavramıyla en çok ilgilenen bilim dalı olan sosyoloji insanların neden bir toplum düzeni içinde yaşadıkları kadar, bu yaşayışı nasıl sürdürdükleriyle de ilgilenen bir bilim dalıdır. Hukuk ise toplumsal yaşamın nasıl sürdürülebilir olacağını belirleyen kurallar bütünüdür. Hâkim ise bu kurallar bütünü uygularken kendisine hukuk verileri yüklenmiş mekanik bir aygıt gibi değil, sosyal yapının dengesini korumaya çalışan bir terazi gibi hassas olmalıdır. Ancak çoğu zaman hukukçular, toplumsal dinamikleri göz önünde bulundurmaksızın karar verebilmekte ve bu durum da toplumun adalete ulaşma istemiyle çakışmaktadır.

Bir disiplin olarak hukuk, kendisine inceleme alanı olarak yalnızca mevzuatı ve hukuk kurallarını seçemez. Hukuk, içinde bulunduğu toplumun sosyolojik ve kültürel etkileşimlerini dikkatle izlemeli, sorunlara çözümünü tek disipline bağlı kalarak değil sosyolojik etkenlerin tamamını göz önünde tutarak getirmeli, sosyolojik merkezli bir paradigmayı öncelermelidir. Bunun yanı sıra her hakkın gerçekleşmesi ve korunabilmesi için bireyler yalnızca toplumsal olarak değil hukuken de avantajlı konuma getirilmelidir. Bir hukuk kuralının hukukça meşru görülmesi ve korunması onun toplumca meşru görünmesi ve korunmasının yanında çok küçük bir alanda kalacaktır. Asıl olan hakların hukuk sistemince yaptırımlarla korunması değil toplumca içselleştirilmesi ve toplumsal korumacılığa değer görülmesidir. Böylelikle yaptırım uygulamaya gerek kalmaksızın hukuk kuralları toplumca genel kabul görmüş olacaktır.

Hiç kuşkusuz akıl ve bilime saygılı isek her toplumun kendi dinamiklerini kendi içinde değerlendirmeli ve başka toplumların verilerini kendi toplumumuzun verileriyle gelişigüzel kıyaslama kolaycılığına kaçmamalıyız ancak şu da bir gerçektir ki tüm toplumlarda hukuk kurallarının pratik anlamlarının büyük bir kısmı, hukukun içinden çıktığı toplumun kurumsal ve sosyal içeriğinden beslenmektedir (Yücel,2008:2).

Hukuktan beklenen faydaların çeşitliliği ve hukuk kurallarının yorumlanmasındaki farklılıklar (ve hatta tezatlar) hukuk kavramından beklenenin ne olduğuna göre değişmektedir. Hukuk sosyal amaçlara hizmet edebileceği gibi siyasal veya ideolojik amaçların tesisine yönelik bir mahiyete de bürünebilir. Hukukun amacı, hukukun araçsallığını, hukukun araçsal hale getirilmesi ise hukukun belirsizliğini beraberinde getirecektir. Bu belirsizlikten uzaklaşabilmek için öne çıkan yorum metotlarından olan teleolojik (fonksiyonel) metot, hukuku, diğer bilimlerden soyutlamayı reddeder ve özellikle sosyal gerçekliğe vurgu yapar.

Hukuk bir sosyal bilim disiplini ve kendisi gibi diğer sosyal bilimler disiplinlerinden kendini uzak tutmaktan vazgeçtiği ölçüde toplumsal yönü ön plana çıkacaktır. Hukukun formal yapısından uzaklaşması ve diğer sosyal bilimlerle işbirliği yapması olarak da nitelendirilen bu yaklaşım, modern ve batılı hukukçular tarafından da üstün tutulmuş, hukukun hayata başarıyla geçirilmesinde önemli bir adım olarak görülmüştür.

Ünlü Fransız hukukçusu François Geny hukuki formalizmden uzaklaşmanın Fransa'daki en önemli temsilcilerinden olmuştur. Roscoe Pound ve Cardozo, bu metodun Amerika Birleşik Devletleri'ndeki başlıca temsilcileri sayılabilir. Onlarında çabasıyla, bu usulün ABD'de yirminci yüzyılın başlarından itibaren hem teoride, hem de uygulamada gittikçe büyüyen bir rol oynadığı söylenebilir. (Güriz,2007:52)

Birçok hukukçuya göre, hukuk-toplum ilişkisinde toplum bireye, hukuk kurallarına uymak zorunda olduğunu açıkça emreder. Bu emir, yasa yapıcıların haricinde toplumsal paydaşların bir kısmının veya diğer bir deyişle toplumun ortaya koyduğu kurallarda da geçerlidir. Hatta baştan beri ortaya koyulduğu üzere zaten hukukun önemli bir kaynağı da toplumun bizzat kendisidir. Romalıların Ubi Societas, ibi jus (nerede topluluk varsa, orada hukuk vardır) şeklindeki özdeyiş artık tartışılmaz

şekilde kabul edilmekle beraber birçok toplumsal alt katmanın da varlığı hesaba katıldığında hukukun kaynağı problemi biraz daha derinleşmektedir. Ancak hiç tartışmasız olarak kabul edilen genel kanı, buyurma gücünü elinde tutan otoritelerin haricinde de özellikle toplumsal aktörler tarafından da uyulması zorunlu görülen kuralların koyulduğu yönündedir.

Çok sayıda toplumsal alt katman vardır ve herkes fiilen bunlardan birkaçına ait olabilir. Böylece şu soruyla karşılaşırız; Hukuk kurallarının çıktığı toplumsal grup hangisidir? ... Toplumsal yaşama bir bakış bile, bizi, siyasal otorite tarafından dayatanların dışında da, yasal ya da en azından hukuksal yönergeler olduğuna inandırır. (Levy,1991:25-27)

Hukuk düşünülüşünün aksine hukukçular tarafından değil toplumun tamamını oluşturan paydaşların bizzat kendileri tarafından oluşturulmuştur. Hukuki uyumsuzluk gibi görünen konularda kimin karşı taraftan ne isteyebileceği ve hangi haklara kimin sahip olduğu maşer'i vicdan da denilen halkın vicdanındaki şaşmaz terazide aslında zaten mevcuttur. Hukuk kurallarını belirlemek, hukuku ortaya çıkarmak, diğer bir deyişle hukuku bina etmek hukukçuların becerisi dışındadır.

Ancak bina bittikten, sütunlar binayı taşımaya başladıktan sonra hukukçular, (Julius Herman Kirchmann'ın "İlim olmak bakımından hukukun değersizliği" makalesinde yaptığı benzetmedeki gibi) kargalar misali binlerce gelirler, binanın her köşesine yuvalarını yaparlar ve taşların sınırlarını ve büyüklüklerini milimetresine kadar ölçerler, bu asil binayı resimler, kabartmalarla öyle donatırlar ki hükümdar ve millet artık bu binanın kendi yaptıkları bina olduğunu anlayamazlar bile(Kirchmann,1949:2).

Hukuk kaynağını, uygulamasını ve saygınlığını toplumdan ve toplumsal yapıdan alır. Hukuk toplum için var olduğunu ve onun selameti için çabaladığını iddia eder. Bu iddiasını hukuksuz bir toplum olamayacağı teziyle savunur. Ancak hukuksuz bir toplum olmayacağı gibi toplumsuz veya toplumdan soyutlanmış bir hukuk da olamaz. Peki, toplum hukukun neresinde olmalı? Bu sorunun soruluş tarzı bile, toplumun ancak hukukun bileşenlerinden biri olabileceği ön kabulüne dayanır. Oysa toplum hukukun her aşamasında olmalı, her konuda kendisine söz hakkı tanınmalıdır. Diğer bir deyişle, toplum, gerek yasa yapıcının yanında, gerek uygulayıcı hâkim-

savcı'nın yanında, gerekse cezaevinde infaz aşamasında daima hukukun yanında olmalı, ona yol göstermelidir. Toplum hukuktan soyutlamanın en kolay yolu ona yalnızca sınırları belli bir alanı bırakmaktır. Toplum bu tuzağa düşmemeli, karmaşıktırılan, normlara bağlanan ve formulize edilen tüm uyumsuzlukların çözümünde cesurca yer almalıdır.

Geçici bir süreyle çalıştığım Yargıtay Hukuk Dairesi'ne ait iki çuvalla zor taşınılabilen bir kadastro dosyasını işyerinde bitiremediğim için evime getirmiş, incelemelerime burada devam etmekteydim. Bana acıyarak çay getiren annem bu büyük dosyanın konusunun ne olduğunu sordu. Bende dosyanın konusunun Ege illerinden birine ait sahil kasabasında bulunan bir bahçeye, yine o köyde bulunan kilisenin dava açtığını, bahçenin kendisine ait olduğunu ileri sürdüğünü, davanın ise gerek Lozan Anlaşması gerek Vakıflar Kanunu gerekse Kadastro Kanunları hükümlerince çözümlenmesi gerekeceğini söyledim. Ben bu kadar ayrıntının annemi korkutacağını düşünürken, annem bahçenin tam olarak nerede olduğunu sordu. Bende bahçenin kilisenin hemen önünde olduğunu ve etrafının aynı zamanda kilisenin inşasında kullanılan taşlarla çevrili olduğunu söyledim. Bu sefer özgüven sırası annemdeydi; "E oğlum kilisenin bahçesi, kilisenindir, neyin davasını görüyorsunuz!" Bir haftalık incelememin ardından 7 tane meslekte 30 yılını harcamış yargıçtan oluşan yüce Yargıtay heyeti dosyayı 2 saat kadar tüm kanun hükümlerine göre tartıştıktan sonra karar verdiler. "Bahçe kilisenindir."

1.5.2. Toplum ve Adalet İlişkisi

Hukuku soyuttan somuta alana çıkarırken ve sınırlarını belirlemeye çalışırken kadim tartışmaları bir kenara bırakarak, hukuku herkesi bağlayıcı yazılı kurallar bütünü olarak tanımlamak, adaletin hukuktan farkını ortaya koymakta kavramsal kolaylık sağlayacaktır. Adaleti yazılı kurallar bütünü olarak tanımlayamayız. Adalet hukukun varlık amacıdır. Ancak hukuk olmasa da adalet var olabilir, var kalabilir. Hukuk eğer adalete hizmet ediyorsa değerli ve saygındır. Yoksa soğuk birer mevzuat yığındır. Adalete yönelik olmayan hukuk yalnızca kurallar birikintisidir. Hukuk toplumdaki saygınlığını, yine toplumun hukuktan beklentisi olan adalete hizmet edebildiği ölçüde kazanmaktadır.

Bir toplumda hukukun olması o toplumda adaletin olduğu anlamına gelmez. İdeal hukuk düzenlerinde bile adaletin varlığı hep sorgulanır ve arzulanır. Adalet hukukun rengi, kokusu, tadıdır. Adaleti öncelemeyen ve önemsemeyen bir hukuk düzeni, olsa olsa idari-bürokratik bir yapılanmadır. Bu sosyolojik bakış açısından uzak olan bürokratik yapılanmaya toplumların uzun süre tahammül etmeyecekleri tarihi örneklerle sabittir. Adalet hizmetini sunanların sosyolojik bakış açısına sahip olması onların meşruiyet ve saygınlığını arttırmakla kalmaz, kararın hukuki sorumluluğunun paylaşılmasını ve adalet hizmeti sunucuların tek yanlı bakış açılarından doğabilecek mahsurları da önler.

Hukuk, adalet değerinin belli bir gerçeklik, belli bir toplum kesiminde gerçekleştirilmesinden meydana geldiğine göre, oluşumunda o gerçeklik parçasının reel yapı ve özelliklerinin etken olacağını kabul etmemek olanaksızdır. (Aral, 2012,35) Hukukun sorumlu olduğu makam hiyerarşik düzen içerisindeki üsttür. Adaletin sorumlu olduğu makam ise toplumun tamamıdır. Alması gerekenden az cezayı alan bir sanık sadece mağduru değil toplumun tamamını rahatsız eder.

Hukuki bir kuralın yanlış uygulanması yalnızca o kuraldan çıkar sağlayacak kişiyi ilgilendirirken, hakkı olana hakkını vermemek veya az vermek artık adalet/adaletsizlik tartışmasını beraberinde getirecektir. Adalet öylesine toplumsal bir kavramdır ki, onun toplumdan soyutlanması, diğer bir ifadeyle toplumun adalet sorunsalıyla ilgilenmemesini istemek veya bunu uygun görmek ancak sorumsuz ve işlevsiz bir hukuk düzeninin doğumuna baştan razı olmak demektir.

Weber'in ifadesiyle, devlet toplumu yöneten kurallar yetkisine sahip ve belirli bir toprak parçasında meşru şiddet kullanma tekeli elinde bulunduran kurallar bütünüdür. Toplum ise sosyal gereksinimleri karşılamak için etkileşen ve ortak bir kültürü paylaşan çok sayıda insanın oluşturduğu bir birlikteliktir. (Zorlu,2019 :170)

Toplumun adalete erişimi ve onu denetlemesinin önemine yönelik savları somutlaştırabilmek, adaletin sağlanmasında toplumsal rolü belirginleştirerek toplum ile adalet ilişkisini gerçekleştirebilecek ve toplumu adalet üzerinde denetleyici kılabilen üç önemli alan vardır. Bunlardan birinci; yasa yapma sürecine menfaat gruplarını ve toplumsal yapı temsilcilerini etkin şekilde dâhil etmek, parlamento dışı birliklerin de yasa komisyonuna yasa önerebilmesinin önünü açmak, ikincisi;

yargılama aşamasında verilen kararı temyiz edebilme yetkisini, davanın tarafları ile birlikte belli sayıda insan grubu veya dernek vakıf gibi toplumsal paydaşlara da tanımak ve yargılama aşamasında toplumun tamamını tedirgin eden suçlarda verilen cezanın arttırılması için toplumsal duyarlılığı sosyologlar aracılığı/bilirkişiliği nezaretinde araştırma yükümünü mahkemeye yüklemek, üçüncüsü ise ; cezanın infazında cezayı arttırıcı veya hafifletici tedbirlere karşı suçun toplumda infiale yol açıp açmadığını araştırma görevini sosyologlara inceletmektir.

1.6. MAX WEBER'İN ADALET VE HUKUK KURAMI

1.6.1. Neden Weber?

Weber'in etkileyici mantıksal örgüsü ve büyüleyici üslubunu bir kenara bıraksak bile sistematik düşünme metodunun öncüsü bir sosyolog olması Weber'e kulak kabartmamız için yeterlidir. Weber'in hukuka bakışı asla teknik ve normatif değildir. Weber, hukuku ve adaleti, siyasal ve sosyal yapının paydaşlarının etkileşimi içinde açıklar. Örneğin Weber'e göre yönetmelikler, yasa tarafından birilerinin çıkarının korunmasıdır. Yine Weber, yargının aslında, idari örgütlenme içinde doğmuş ve siyasal otoriteden asla ayrı düşünülemez bir organizasyon olarak görülmesi gerektiğini ileri sürer ki; bu da aslında kuvvetler ayrılığının hiçbir zaman hiçbir ülkede tam olarak uygulanamamış bir ütopyik ilke olduğu gerçeğiyle yüzleşmemizi sağlar.

Weber sosyolojiye önemli katkılar sağlamıştır, bir bilim olarak sosyolojinin genel kavramsal çerçevesini çizmiş ve tutarlı bir sosyal bilimler felsefesi geliştirmiştir. Weber'in önemi onun Emile Durkheim'la birlikte ayrı ve bağımsız bir disiplin olarak modern sosyolojinin kurucusu olmasından kaynaklanmaktadır. (Demirel,2013:361)

Weber sosyolojinin doğa bilimlerinden farklı olduğunu ısrarla vurgular ve insan davranışlarının belirsizliği ve öngörülemezliğiyle ilgili endişeleri nedeniyle toplum biliminde genel geçer yasalara ulaşamayacağını savunur. Dolayısıyla toplumsal evrim gibi bir genel kabulünde karşısında durur. Weber, eserlerinde toplumsal yasalardan değil toplumsal düzenden bahseder. İkisi arasındaki fark toplumsal yasaların gerçekçi olmadığı ve değişken olduğu, toplumsal düzenleri

araştırmanın ise daha rasyonel olacaktır. İçinde yaşadığı ve daha önce yaşanmış dönemlerin toplumsal gelişme ve değişimlerini farkındalık yaratarak açıklayabilmesi de yine Weber'in artılarındandır.

Toplumsal düzenin yapıtaşları ile karizmatik meşruiyete modern yaklaşımın temellerini oluşturması, içinde yaşadığı dönemin değişim ve gelişmelerini kendi özgün sosyolojik yaklaşımıyla başarıyla tespit etmesi ve analizlerindeki akıcılığa duyulan genel saygı nedeniyle çalışmanın amacını aşmamak kaygısıyla kısaca Weber'e ve fikirlerine aşağıda yer verilmeye çalışılmıştır. Hiç kuşkusuz bugün doktrinde meşruiyet, modernite otorite/meşruiyet tipolojisi veya toplumsal düzen konusunda üzerinde sosyologların mutabık kaldığı birkaç kavram var ise bunda Weber'in tartışmasız doğru kabul edilen etkileyici fikirlerinin de katkısı yadsınamaz.

1.6.2. Weber'e Göre Hukuki Normların Ortaya Çıkışı Ve Oluşturulması

Weber, Ekonomi ve Toplum isimli eserinde yargıyı ayrı ve bağımsız bir organ olarak değil kamusal bürokrasinin içinde olan ve asla siyasal güçlerden bağımsız düşünülmeyen bir yarı-otorite olarak görmektedir. Ona göre yargısal koruma ve olanakların hepsi idari bir lütuftan ibarettir. Yargı, çizgiyi aştığında ise siyasal otorite onu kendine uyduracaktır. Modern devlette gerek doğrudan yargıçlara maaş ödeme, gerek tayin terfi gibi hususlarla yargıyı genel devlet bürokrasisi içine sokmakta başarılıdır. Yine sık sık yargıçlara kararlarında eşitlik, ahlak gibi evrensel ilkelere uymaları talimatı da verilir. Böylelikle yargıçlar bağımsız görünseler de kendilerinin üstünde bir otorite olduğunun bilincindedirler. Yargısal otoriteler bir yandan kendilerine açılan sınırlı alanlarda genel devlet idaresinin aksine kararlar alarak yargı ve hükümet arasında sınırlı bir çatışma ortamı oluştururken, sınırı ve hacmi çizilmiş bu alandan çıktığı, diğer bir deyişle "haddini aştığı" alanlarda ise merkezi yönetim tarafından profesyonelce durdurulmaktadır.

Öte yandan idari alanda, modern devlet prensipte sadece objesi olan vatandaş, yargı yönetimi alanında var olanlarla resmi olarak özdeş kanun yolları, yani idari mahkemelere başvurma hakkı vererek çıkarlarını koruma imkânı vermiştir. Fakat bu güvencelerden hiçbiri yargı ve hükümet arasındaki temel çatışmayı ortadan kaldıramaz. ...Her şeyden önce, hükümetin kurallara uyması normal bir şey sayılır ve

onları bütünüyle hiçe saymak "keyfi" bir davranış olarak genellikle hoş karşılanmaz. (Weber,2012:16).

Weber, Karl Marx'tan farklı olarak hukuku sadece ekonomik çıkarların beklisi olarak görmez. Hukukun daha ziyade sosyolojik anlamda en temel kaygılardan olan kişisel güvenliğin korunmasından, kişisel onur ya da ilahi güçlerin onuru gibi salt ülküsel şeylere kadar çok çeşitli çıkarları güvence altına aldığı görüşünü savunur (Weber,2012:454).

Weber' göre her kamu kurumu, kendi teamüllerine kendi yasalarına ve yönetmeliklerine sahiptir. Her kurumun ne yapacağı ve ne yapamayacağı yazılı olarak belirlendiği için her kamu kurumu hukuki ve meşru olarak nitelendirilmeyi hak etmektedir. Ayrıca her kamu kurumu kendi denetim ve hukuk birimine sahip olduğu için genel olarak devletin yargı kurumlarını kabullenmekte sorun yaşamaz. Yine her kurum için aslında hukuk o kadar da soyut değildir çünkü kurumun işlerinin tamamını içine alan yönetmelikler mevcuttur ve kurumun hangi işlemleri ne şekilde yapacağına karar vermesi için bir yargı organına ihtiyacı yoktur. Yönetmelikler kurumlar ve bu kurumlarla muhatap olan vatandaşlar için o kadar önemlidir ki hak, hukuk ve adalet kavramları o yönetmeliğin soyut durumu ne şekilde somutlaştırdığıyla doğrudan ilintilidir. Weber'e göre iyi bir yönetmelik, iyi bir yönetimin de temelidir (Weber,2012:37).

Weber eski Alman toplumundaki bir yargılamada, toplumun katılımı ve rolünü kararın uygulanmasının kolaylaştırması bakımından irdeler. Şöyle ki, adeta bir askeri örgütlenme gibi düzenlenmiş bir yargısal otorite kabile üyelerinin tamamının karara katıldığı ve tüm toplumdan oluşan bir meclis önünde gerçekleştirilen yargılama sonucu itiraz edecek kimse kalmadığı için kararın uygulanmasının da bir sorun olmaktan çıkacağını savunmaktadır.

Bununla birlikte kazanan davacı kendi akraba grubu dışındakiler tarafından salt bir pasiflikten başka bir şeye dayanmazdı. Tabii ki kaybeden taraf karara uymazsa yargı kararını uygulamak akrabalarının da yardımıyla kendisine düşüyordu. (Weber,2012:20)

Weber'in bu kararı yargı kararı olarak nitelendirmesi ilginçtir. Modern teorilere göre bir kararın yargı kararı olarak kabul edilebilmesi, fonksiyonel olarak salt yargılama işiyle görevlendirilmiş, hukuk ihtisasını yapmış makamların belli şekil şartlarına uygun yargılama sonucu verdikleri bir hükmün bulunmasına bağlıdır. Weber ise bu örnekte davacı ve davalının bulunmasını, onları toplumun üyelerinin seyretmesini ve nihayet tartışma sonucunda bir tarafın haklı olduğu yönünde kimsenin bir itirazı kalmaması halini "yargılama", ortaya çıkan kanıyı ise "karar" olarak nitelendirmesi aslında yargıya sosyolojik bakışın bir gereğidir. Weber'e göre önemli olan fonksiyonel işlem değil toplumsal kabuldür. Yine Weber bu anlatımıyla, hukuk kurallarının oluşumunda sosyal eylemin, somut bir gerçek durum ve sosyal davranışların tamamının hukuksal önermelerle tamamen örtüşmesi veya sosyal davranışlarla hukuksal eylemlerin başa baş gittikleri durumların yaptırımsal kolaylık açısından ideali temsil ettiğini ileri vurgulamış olmaktadır.

Hukukun oluşumunda birçok etki mevcuttur ve hukukun biçimsel niteliğini bu etkilerin nasıl etkilediğinin tespiti gerekir. Modern hukuk sisteminde genel kabul görmüş kazuistik yaklaşımlar ve formalize çalışmaları mutlak rasyonel kabul edilir ve saygıyla karşılanır. Bu normların ortaya koyulmasında Yücel'e göre beş temel aşama vardır. Birincisi ortada bir somut durum olmalı ve bu somut durum soyut önermeyle genellik kazanmalıdır. İkincisi her soyut kural hukuksal mantıkla bir kararın altyapısını oluşturabilecek durumda olmalıdır. Üçüncüsü bu gerçeklikle soyutluk arasında aralıksız bir sistem oluşturulmuş olmalı veya en azından toplumca bu durum kesintisiz olarak algılanmalıdır. Dördüncüsü hukuk sistemi ve sıralaması içerisinde mantıksız olarak nitelendirilebilecek hiç bir şey bulunmamalı, diğer bir deyişle hukuk sistemi baştan sonra rasyonel olmalı ve beşinci olarak insanlara ait her eylem ya hukuka uygun ya hukuka aykırı ya da hukuksal yaptırım aracı olarak nitelendirilebilir olmalıdır. Böylelikle toplumda yaşayan her insan kendini tamamen hukukla çepeçevre sarılmış olarak görmelidir. Beşincisi, insanlara ait her sosyal eylem her zaman hukuksal önermelerin ya öngördüğü davranış olmalı, ya ihlali, ya da hukukun icrası olarak görülmelidir. Zira hukuk sisteminin aralıksızlığı bütün sosyal davranışların aralıksız bir hukuksal düzenlemesiyle sonuçlanmalıdır (Yücel, 2008: 141).

1.6.3.Hukuk Ve Yargılama Tarihinin Toplumsal Aktörleri

Weber, bir iddia veya tez olarak değil inceleme ve analiz olarak halk meclislerini ve hukuk dışı yargılama aktörlerinin İngiliz, Fransız, Antik Yunan ve Cermen topluluklarındaki rolünü irdeler. Hukuk mesleğinden olmayan kişileri (eğer bir tercüme hatası değilse) Kâhin olarak nitelendirir.

Weber'e göre bir kâhine başvurmak son derece ilkel bir yöntemdi ve fakat Babil ve Mısır gibi esasında rasyonel bir siyasi idareye sahip olan ve ekonomik olarak akılcı bir yapıya sahip olan uygarlıklarda bile bu duruma rastlanılabiliyordu. Yahudi toplumlarında da yasa kâhinleri vardı, bu kişinin görevi aynı hâkim gibi uyuşmazlıkları çözmektir. Bu kâhinlik pozisyonunu Weber'e göre evrenseldir. Rahipler ise güçlerini kimlerin kâhin olacaklarını belirlemekten veya işkence ve zorlama gibi yetkilerden alıyorlardı. Bu nedenle güçleri önce zorlama ve sonunda resmi şikâyet ve duruşma aracılığıyla intikamın ortada kalkması sonucu toplumda artan barış ile oldukça arttı. Afrika'da irrasyonel kanıt araçlarının önemi büyük ölçüde reisin yargılaması tarafından azaltıldı.

Adalet yönetiminin tamamen seküler biçimleri bile bazı şartlar altında yargılamanın eski karizmatik yöntemlerinin önemli izlerini devam ettirdi. Atina *thesmothetai*'sini* bir formelleşme süreciyle karizmatik hukuk kâhinlerinden, seçilmiş bir görevliler konseyine dönüşmüş kişiler grubu olarak görmek doğrudur. (Weber,2012:136)

Weber, hukuk prosedürüne rehberlik ve başkanlık eden çeşitli sosyal unsurlardan bahseder ve bunu çeşitlendirir. Bunlardan biri de özellikle savaş zamanlarında ki ordu mensuplarıdır. Askeri yargının kurallarının sivil alana da yol gösterici olduğunu ileri süren Weber şöyle devam eder; "Eğer siyasal birlik savaş ve savaş hazırlıkları yüzünden daimi bir askeri nitelik kazanırsa böyle bir ordu, üyeleri arasındaki çekişmelerin halledilmesi ve sonuç olarak yasanın gelişmesi üzerindeki kesin etkisini artırır."(Weber, 2012: 137)

Weber, hukuku ve yargılamayı toplumsal ve ekonomik sebeplerle açıklamak için onlarca örnek verir ve Antik Yunan'dan Roma'ya, Norveç'ten Rusya'ya kadar tüm toplumlarda hukukun gökten indirilme değil sosyal hayatın içinden çıkma bir düzen

olduğunu savunur. Weber, yargılamaya iştirak eden çeşitli sosyal toplulukları "Tanrının sesi" olarak gördüğünü ve onaylama veya onaylamama mırıltısının her zaman kayda değer bir ağırlık taşıdığını da belirtmekten çekinmez.

Yine Weber'e göre hukuksal düzen bir tercih değil, en ilkel kabul edilen toplumlarda bile birlikte yaşamın kıldığı bir zorunluluktur. Hukukun artık yalnızca profesyonellerce argüman olarak kullanıldığı topluluklarda bile (ki hukuk profesyonellerine ilk önce İngiltere'de rastlanılır) sosyal grubu temsil eden kimseler (jüri, meclis, lord temsilcileri) yargılamanın içinde kendilerine yer bulur. Weber hukukta reformist sayılabilecek ve özgün hukuk kuralları icad eden kişilerin yalnızca peygamber olduğunu geri kalan tüm hukukçuların ise sosyal yapıda mevcut kuralların veya cari uygulamaların sözcüsü olduğunu sonucuna varır.

Yücel'e göre hukukta devrimci ve yaratıcı bir tutum oluşturabilmiş kişiler yalnızca peygamberlerdir. Hukuk sadece peygamberler sayesinde sil baştan yaratılmıştır. Çoğu zaman hukuk toplumdaki geride gelir ama peygamberlerin hukuku topluma yön gösterici ve topluma öncülük edici niteliktedir. Hukukun ve hukukçuların ise hiçbir zaman liderlik ve yaratıcılık özellikleri yoktur. Hukuk ve hukukçular sadece toplumda bir şekilde yer etmiş kuralları tespitle ve onları somut olaya uygulamakla görevlidirler. Yücel' göre bu durum en gözde hukukçular içinde geçerlidir. (Yücel,2008:146)

1.6.4. Hukukçu Olmayan Hâkimlerin Adaleti

Hâkimleri, yargılamada nihai kararı veren ve açıklayan kişiler olarak tanımlarsak tarih boyu birçok toplumda hukuk mesleğini yapmayan kişilerin de hâkim olarak vasıflandığını veya en azından böyle görüldüğünü söyleyebiliriz. Hukukçu olmayan hâkimlerin yargılamaya hız kattığı, somut olay adaletini sağlarken toplumsal tepkiyi daha çok önemsedikleri ve şekli bahanelere aldırış etmedikleri söylenebilirken aynı zaman da bazı dezavantajları da şu şekilde sıralanabilir: Hâkim olmayan hukukçular aynı özelliklerdeki iki davada birbirinden farklı karar verebilerek hukuka olan güveni zedeleyebilirler, bireysel özellikleri fazla önemseyerek herhangi bir cinsiyete, etnisiteye veya sosyal kesime ayrıcalıklı davranabilirler ve sürekli olarak bu mesleği yapmadıkları için uyuşmazlıklardan haksız gelir elde etme yoluna sapabilirler.

Weber ise bu başlık altında profesyonel hukuk eğitimi almamış kimselerin katıldıkları yargılamalarda ki zayıf yanları işaretler. Weber hukukçu olmayan hâkimlerden genellikle jüri üyelerini anlar. Dikkat edilmesi gereken nokta Weber'in jüri sistemini toptan eleştirmediği yalnızca Jüride bulunan kişilerin sıfat ve vasıflarının yargılama türüne göre değişebilecek oranlarda adil karar çıkmaması ihtimalini not ettiği'dir. Diğer bir deyişle jüri üyeleri verdikleri kararı mutlak doğru kabul etmenin hukuk sistematüğinde tahribatlar yaratacağından endişeleri vardır (Weber,2012:124).

Weber'e göre jüri yapısı ve jüri sistemi halk adaletini sağlamakta başka hiçbir yöntemde olmadığı kadar başarıya yakındır ancak bu adalet tipi iki yönden eleştiriye tabidir. Birinci eleştiri, teknik uzmanlık da diyebileceğimiz yargılamanın konusuna göre jüride bulunanların kendi çıkarlarını da düşünebilecekleri ihtimalidir. Bu nedenle hem eski Roma'da hem de Almanya'da jüri üyelerinin hangi sınıftan seçilecekleri belirleyici bir role sahiptir. Örneğin modern Almanya'da jüri üyeleri işçi sınıfından yapıldığında, sınıf adaletini gözetlemeyi önceleyen jüriler yanlı kararların çıkmasına sebep olabiliyorlardı. Elbette işveren sınıfı da gelip jürilik yapsın denebilirdi ancak jürilik gibi uzun bir vakte ihtiyaç duyan ve karşılık olarak maddi bir sonucu amaçlamayan bu meşgale biçiminin işverenlere göre olduğu söylenemezdi. Yine bir cinsel taciz dosyasında jürinin erkek üyeleri kızın davranışlarını yeterince soğuk bulmamışlarsa , bir erkeği tecavüzden sorumlu bulmak istememektedirler. Tüm bu belirsizlikler ve öngörülemezlikler hukukçu olmayan karar vericilerin adaletin şüphe duyumasına sebep olmuştur (Weber,2012: 259).

Weber, hukukçu olmayan karar vericilerin dağıttığı adaleti irrasyonel bulmasının bir sebebini de kararın herhangi bir neden içermemesi ve kendisine maddi bir eleştiri getirilememesi olarak görür. Weber'e katılarak söyleyebiliriz ki, kararın gerekçelendirilmesi en az kararın kendisi kadar önemlidir. Gerekçelendirilmeyen bir kararın tartışılmasına veya kritize edilmesine olanak yoktur. Yargıcın bir hükme neden ve nasıl ulaştığı bizzat yargılamanın kendisiyle ilgilidir ve gerekçenin özüdür. Yargılama boyunca taraflar kendisini savunur. Yargıç ise hüküm verir ve gerekçesiyle de kendisini savunur. Savunmaya itibar edilip edilmemesi hükmü belirlerken, hükmün temyiz edilip edilmeyeceğini ise gerekçe belirler. Dolayısıyla Jüri sisteminde verilen kararların gerekçesiz oluşu bu kararın altında yatan nedeni ve kararın saygınlığını zedeler.



İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK TOPLUM İLİŞKİSİNİN TARİHSELLİĞİ

2.1. Hukuk-Tarih ilişkisi

Genel kanı, hukukun, barış ve esenlik içinde geliştiğidir. Oysa aşağıda göreceğimiz üzere, yeni hukuk kuralları yaratıcıları daha önce kan ve gözyaşı bedeliyle iktidara yeni gelen kral, imparator veya sultanlardır. Babil kralı Hammurabi'den Fransız devrimine kadar hukuk kuralları, genellikle sancılı bir toplumsal değişimden sonra doğmuştur. Hukuk kurallarında ki değişmelerin şiddeti çoğu zaman toplumun yaşadığı savaş, devrim, kıtlık gibi sarsıntıların ardından artmıştır. Hukuk toplum ilişkisinde önde gidenin toplum ardından gelenin hukuk olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu takipteki sıralama değişimin şiddetinde de kendini gösterir. Toplumsal olaylar ne denli büyük, kapsayıcı ve sarsıcı ise hukukta ki değişiklikte aynı ölçüde kapsamlı olmuştur.

Bir diğer yanılıgılı kanı ise hukukun kendiliğinden değiştiği ve geliştiğidir. Hukuka bir kutsallık katabilmek ve meşrulaştırmak amacıyla daha çok hukuk vaaz edicisi tarafından böyle bir yönlendirme yapılsa da aslında hukuk son derece akli, ikincil ve araçsaldır. Birincil olan, toplumsal grupların hakları ve menfaatleridir. Hukuk kuralları çoğu zaman siyasal otoritenin çıkarları ve kimi zamanda bazı bireylerin menfaatlerini, onların toplumdaki güçlerinin yansımaları ölçüsünde, kodifike eden araçsal nitelikteki kurallar bütünüdür.

Amacımız adalet idesinin en baştan tartışılması, hukukun tanımsal konumunun netleştirilmesi ya da hak kavramının ne olduğunun incelenmesi olmadığından, doğrudan doğruya toplum-hukuk ilişkisini incelememizin önünde engel yoktur. Biz doğru toplumları bir kavramı tarihselliğiyle açıklamayı severiz. Hukukun tarihselliği çok güçlü ispat araçlarına ve bağlara dayanmaktadır. Hatta kimi zaman hukuk tarihinde bir parçasıdır. Hukuk tarihi yalnızca hukuk fakültelerinde değil tarih disiplinde de önemli yere sahiptir.

Bir şeyi tanımının en iyi yolu onun mazisini bilmektir derler. Kanunların sık değiştirilmeyip, asırlarca yaşadığı zamanlarda, hukuk tarihin ta kendisiydi. Hele antik çağlara at bir hukuk kaidesinin, asırlar sonra bambaşka bir coğrafyada yaşayan insanlar arasında görülmesi çok dikkat çekicidir. (Ekinci,2011,1)

Hukuk tarihi, hukuk dogmatikinden farklı olduğu gibi, hukuk sosyolojisinden de ayrıdır. Sosyoloji, sosyal nedenler ve sonuçlar arasındaki düzenli ilişkileri ortaya çıkarmak amacı güder. Oysa tarihin ödevi, geçmiş kurumlar ve olaylar hakkında bilgi vermektir. Bilgi verme işlemi yapılırken, her konunun veya olayın kendi özelliği içinde açıklanması gerekir. (Güriz,2007,5) Hukuk tarihine yönelik araştırmalarda neden-sonuçlara nadir olarak yer verilmesi anlaşılabilir ise de araştırmalar sonucu ahlaki çıkarımlarda bulunmak zor derece yanıltıcıdır.

Eski Türklerde ölüm ile cezalandırılan bağlı at çalmak eylemi, Roma'da para cezası ile cezalandırılıyordu. Ancak uçsuz bucaksız bozkırlarda göçebe yaşayan bir toplumun ata verdiği değer ile yerleşik yaşayan bir toplumun ata verdiği değer kıyaslanamaz niteliktedir. Herhangi bir değer yargısında bulunmadan yalnızca hukuk-tarih ilişkisi incelendiğinde toplumların ekonomik ve sosyal önceliklerini doğru tespit etmek ve her kuralı kendi toplumu içinde değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Hukuk olarak karşımıza çıkan her kural, toplum yaşamında belli bir toplumsal bağlantıyı sürdürmek, korumak, çözülmesini önlemek gibi bir işlevi yerine getirdiğinden, kendi altında yer alan gerçek toplumsal bağlantılara dayanmalıdır.(Köse,2002:100)

Hukuk insan topluluklarının kendilerini uymak zorunda hissettiği kurallardır. Bu nedenle hukukun insanlık tarihi kadar eski olduğunu iddia etmek de yanlış olmayacaktır. İnsan sosyal bir varlık olarak hayatını idame ettirmeye muhtaçtır. Tek başına kuralsız ve mutlak özgür olarak yaşama imkânına sahip değildir. Cemiyet halinde yaşama dediğimiz avlanmaktan tutun da tarıma, ticarete, üretime kadar hep başka insanlarla işbirliği yapmak zorundadır. İnsanın cemiyet halinde yaşamak haricinde bir şansı yoktur.

Cemiyet halinde yaşamak ise, insanların birbirlerine karşı bazı hak ve mükellefiyetlere sahip olmaları neticesini doğurur. Hukuk olmasa idi, kendisini

dünyanın merkezi olarak gören insan, başkalarına hakay hakı bile tanımazdı. İnsan olmasaydı hukuka hacet kalmazdı.(Ekinci, 2011,25)

2.2. Çeşitli Toplumların Hukuk ve Adalet Gelişimi

İddialı olarak söylenebilir ki, bilinen tüm toplumlar adaleti önemsemiş, hak kavramına saygı ile bağlanmış ve adaleti gerçekleştirme yolunda sayısız adımlar atmışlardır. En ilkel ve kaba kabul edilen toplumların bile belirli normlar üreterek bunlara uyduğu, en despot yöneticilerin bile yönetimine meşruiyet kazandırmak için kendi statüsü üstünde bir takım kurallar kabul ettiği sosyal ve tarihi bir gerçekliktir.

Tarihteki tüm toplumları hukuk ve adalet serencamını incelemek elbette bu çalışmayı aşacaktır, ancak hukuk ve adalete ait yeni bir politika oluşturmada "sosyal bir bakış açısını" söz sahibi kılabilmek ve "yalnızca yargısal otoritenin adaleti tek başına sağlayamayacağı" şeklindeki tezin savunulabilir olduğunu göstermek için tüm toplumlarda adaletin nasıl sağlanmaya çalışıldığını ve hukukun toplumsal yapıyı oluşturan gruplarla ne denli iç içe olduğunun tarihseliği incelenmelidir.

Hukuk tarihi araştırmasında Nil Vadisi en eski medeniyetlerden biri olması ve bu medeniyetle ilgili çok miktarda yazılı bilgi ve belge olması nedeniyle incelenmeye değer bulunmuştur. Mezopotamya bölgesi birden çok büyük kültüre ev sahipliği yapması ve yine en eski yazılı eserlere sahip olması nedeniyle irdelenmiştir. Roma imparatorluğu ise tarihteki en büyük hukuk kodifikasyonlarına sahiplik yapması, ayrı ve bağımsız bir hukuk eğitimi vermesi, çok geniş ve değerli arazilere sahip olduğundan canlı bir ticaret hukukuna sahip olması ve toplumsal yapıdaki değişiklikleri hukuka yansıtmasındaki başarısı nedeniyle ayrıca ele alınmıştır.

2.2.1. Nil Vadisi toplumları

Mısır antik çağın en büyük toplumlarından biridir. Uygarlığın yayıldığı bölge çok büyük bir sulama ve hayat kaynağı olan Nil nehri çevresidir. Eski Mısır uygarlığı Nil ile yaşamaya alışmış, onun hangi yıllar taşacağını hesaplamış, hangi bölgeleri en iyi sulamayabileceğini gözlemlemiş ve Nil'i adeta kendi emri altına almıştır. Mısır bir ziraat toplumdur ve Nil sayesinde tüketiminin üstünde tarımsal mahsul üretebilme başarısını göstermiştir. Mısır hukuk kuralları, içinde bulunduğu toplumla uyumlu

olarak genellikle tarım ve arazi hukuku üzerinde yoğunlaşmıştır. Nil toplumu tamamen nil nehrinin etrafında konumlanmıştır.

Hayat sadece Nil nehrinin sağındaki ve solundaki 5-10 kilometrelik çizgide mevcuttur. Geri kalan her yer çöl olduğundan madi bir değere sahip olan tek yer Nil nehrinin kenarı olan yerlerdir ve bu yerlerin sınırları da su taşkınları veya su çekilmeleriyle değişkenlik gösteriyordu. Bu konudaki uyuşmazlıklar ancak merkezde bulunan bir otorite ile çözüme kavuşturulabilirdi. Kadim Mısır'ın devasa Nil nehriyle sulanan geniş düzlüklerinde binlerce yıl hüküm süren Mısır toplumunu ve onun hukuki karakterini incelemek, bu tezi rahatlıkla aşmakta olduğundan, çeşitli dönemlerde verili olaylarda konulan hükümler hukuk-toplum ilişkisi özelinde incelenecektir.

Tarihçi Herodotos, “Mısır, Nil'in bir armağanıdır” der. Bir uygarlığın yaratılmasında bu denli büyük bir etkisi olan Nil nehri, Mısırlıların yaşamında belirleyici bir roldeydi. Yaşam Nil'in akışına; taşkınlığına, dinginliğine bağlıydı. Nil nehri her yıl Haziran sonu-Temmuz başında yatağından taşarak çevreyi biraz yıkıp dağıtsa da verimliliği getirmekteydi. Ekim-Kasım aylarında uzaklardan beraberinde taşıyıp getirdiği kırmızı, ince ve verimli bir toprak örtüsünü bırakıp yatağına çekilen Nil nehrinin her yıl tekrar eden bu hareketlerini önceden belirleyerek yaşamlarını düzenleme zorunluluğu; Mısır'da başta astronomi olmak üzere matematik, mimari gibi birçok bilimin gelişmesine yardımcı olur. (Örneğin taşkınların ardından kaybedilen arazi miktarının hesaplanabilmesi için arazi-yüzey hesaplarına ihtiyaç duyulması ve bu yönde çalışmalar yapılması.) Tarımsal faaliyetlerin yanında balıkçılık, taşımacılık için de eşsiz bir kaynak olan Nil nehri, Mısırlılar için bir tanrıdan farksızdı.

Nil nehri, mucizevî şekilde çoğu yerde çölün ortasında akan bir deniz gibi Mısır'ı ikiye ayırmaktadır. Yukarı Mısır güneyde kalan ve Sudan'a daha yakın olan coğrafik alanı tanımlarken, Aşağı Mısır Nil nehrinin büyük bir delta oluşturarak çok geniş bir alanda denize döküldüğü ve çok verimli topraklara sahip kuzey kısmı tanımlamaktadır. Nil nehrinin en kuzeyde denize dökülmeye başladığı yerdeki haritasal şekli yunan alfabesindeki delta harfine benzediği için buraya da Nil deltası denir.

Mısırdaki doğup büyüyen hukuk sistemi genellikle arazi uyuşmazlıklarını çözüme bağlamakla başlamış bundan sonra ise alım-satım, haksız yere gasp, miras ve

benzer uyuşmazlıkları çözümlenerek gelişmiştir. Hükümler genellikle firavunların daha önceden çıkardıkları veya yeni olarak vaaz edip tüm Mısır'a ilan ettikleri emirnamelere-kanunlara dayanıyordu. Bu nedenle Ekinciye göre Mısır hukukuna Firavunlar hukuku demek yanlış olmayacaktır. ME XVI. yüzyıla gelinceye kadar medeni hukuka ait hükümlere pek rastlanılmamıştır. M.Ö. XIV. Asırdan itibaren miras hükümleri ortaya çıktıkça, aile hukuku da gelişti.

ME VII. Asırdaki Habeş istilasından sonra evlenme, boşanma, evlat edinme, köle, toprak ve bina satışı, arazi kirası ile alakalı vesikaların arttığı görülür. Mısır'ın yakın milletlerle, bilhassa Yunanlılarla münasebeti fazlalaştıkça, ceza hükümleri de hafiflemeye, kanunlara bir yumuşaklık gelmeye başladı. (Ekinci,2011: 33) Yukarıda en ilkel ve kaba kabul edilen toplumların bile belirli normlar üreterek bunlara uyduğu, en despot yöneticilerin bile yönetimine meşruiyet kazandırmak için kendi statüsü üstünde bir takım kurallar kabul ettiği gerçeğini belirtmişim. Mısır dininde, her hangi bir siyasal rakibi ve sınırı olmayan kralın/firavunun ölünce hukuka uygun yaşadığını yönünde hesap vereceğine inanılır. Mısır halkı kurallara uymayı seven barışçıl bir toplumdur.

Mısırlılar uğraşları çiftçilik ve balıkçılık olan barışsever insanlardı. Mısır dilinde “döğüşmek” ve “çarşıma” vardı ama bizim “savaş” sözcüğünün karşılığı yoktu. (Gündüz, 2002,73) Mısır dininin ritüellerinde ve totemizminden de bazı hukuki cezai normlara ulaşmak mümkün olmuştur. Mısır dininde ahiret inancı ve diriliş mevcuttur. Ölümünden sonra bir güneş âleminde yaşama hakkına sahip olan kral bu âleminde yaşama hakkına ancak dünyada iken adaleti hâkim kıldığını ispat ile hak kazanabilmektedir. Güneş âleminde savunmasını ve hayatının hesabını veren kral, dünya hayatında adaletli davrandığını ispat için bir takım hukuk kurallarından bahsetmekte ve Mısır toplumu için önemli olan hukuk normlarını da burada tek tek anmaktadır :

" Köleye kötü muamele etmedim, kimseyi aç bırakmadım, kimseye gözyaşı döktürmedim, kimseyi öldürmedim, kimseye yalan söylemedim, hiç zina yapmadım, gıda maddelerini pahalı veya eksik satmadım, mabet eşyalarına dokunmadım, ölümlerin mumyalarını açmadım, tartarken hile yapmadım, ölmüş balığı avlamadım, otlak hayvanını çalmadım, su kanalının suyunu geriye akıtmadım..." (Ekinci,2012,33)

Nil'in cömertliği sonucu tarım ve ticaret oldukça ilerlemiş, özellikle papirüs denilen ve kâğıdın hammaddesini oluşturan bitkinin bolca yetişmesiyle kâğıt sosyal ve ekonomik hayatta sıkça kullanılır olmuştu. Bazı firavunlar zamanında kâğıda yazılmayan hiçbir akdi muamele geçerli sayılmamıştır. Mahkemeler yazılı yargılama usulüyle çalışırdı ve en önemlisi şimdiki temyiz mercii diyebileceğimiz ikinci bir denetim mekanizması Mısırda mevcuttu. Ancak Mezopotamya kadar yazılı bir hukuk kültürü yoktu. Hukuki uyuşmazlıklar dönem dönem değişse de yazılı kuralardan çok otoritenin meşruiyetiyle çözülyordu.

Halbuki Eski Mısır'da, biraz aşağıda Mezopotamya kavimleri münasebetiyle asıl üzerinde duracağımız, kanun tedvin veya vaz'ı mev'zuu bir tarafa, muasır çağlarda, doğrudan doğruya günlük hayatla ilgili, belli şekle sokulmuş gerçek hukuki vesika ve mukaveleler pek mahdut ölçüde meydana getirilmiştir. (Bilgiç,ty:104)

Avrupa ve Asya'yı gezen Sicilyalı tarihçi diodorus, yaratılış başlangıcından M.Ö. 60 yılına kadar olan hadiseleri anlattığı 40 ciltlik tarihinde Antik Mısır hakkında çok etraflı malumat vermektedir. Efsaneye göre M.Ö. 4000 yılında ilk firavun Menes Mısır'ın siyasi birliğini kurmuş, Menfis'i merkez yaparak tanrı Toth'un kendisine bildirdiği ilk yazılı kanunları hazırlamıştır. (Ekinci,2012,34)

Mısırda eğitime özel önem verilmekte ve yazı yazma, kitap okuma, bilimsel faaliyetlerle uğraşma gibi eğitimsel faaliyetler toplumun tamamında saygı görmekteydi. Sanılanın aksine Mısır halkı günümüzde kullanılan birçok teknik gelişmeyi şans eseri veya dünya dışı canlıların yardımıyla değil, eğitim ve öğretime verdikleri önemle kazanmışlardı.

Deyr el Medina'da ve başka yerlerde bulunan anılan nesnelere üzerinde şu araştırma yazıları Eski Mısırlıların eğitime ne denli önem verdiklerini gösterir. "Yüreğini bilime ver ve onu annen gibi sev", "Yeryüzünde gerçek mutluluk; gündüz büyük bir istekle topladığın kitapları gece okumaktır." (Gündüz, 2002, 74) Bugün modern hukuk sistemlerinin tamamına yakınının Mısır toplumunda 6.000 yıl önce de kullanılıyor olması şaşırtıcıdır. İki aşamalı yargılama, yazılı yargılamanın kural olması, tarafların alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi olarak hukuk mesleğinden olmayan hakemlere başvurabilmesi, yargılamanın aleni müzakerenin gizli

yapılabilmesi gibi ülkemizde bile yeni yeni uygulanan birçok usul antik Mısır'da mevcuttu.

Mısır yargı teşkilatının başında kral vardır ancak kral yani firavun bu yetkisini nadiren doğrudan ve fakat çoğunlukla başkaları vasıtasıyla icra eder. Merkezde ise bir yüksek mahkeme bulunur. Bu mahkeme günümüz Türkiye'sinde ki Yargıtay'a çok benzer. Mısır yargısı yazılıdır. Yüksek yargı üyeleri görüşmelerini gizli yapar. Hükmü herkese açıklar. Her alt eyalet veya büyük şehirlerde ise oranın ileri gelenlerinden oluşan ve o ilin valisinin nezaretinde bir şehir mahkemesi vardır. Mısır'da antik çağlarda nadiren de olsa hakem uygulamasının da cari olduğunu görüyoruz. Yerel mahkemelerin ve yargılama heyetlerinin kararlarına karşı kral ve başvezir'e müracaat edilebilir. Bu temyiz istemi Antik Mısır'da Büyük Daire Mahkemesi'yle anılan şimdiki Yargıtay benzeri bir kuruma getirilir. Bu mahkemede farklı konularda uzmanlaşan altı daire vardır.

Altı dairenin her birisinin reis ve azaları hâkimlik mesleğindedir. Azalardan bazıları tahkikat yapar, bazıları kararı hazırlar. Mühim meselelerde tahkikatı mahkeme reisi veya daire reisleri yapar. Gizli işlerin muhakemesinde yalnız altı dairenin reisi bulunur. Mahkeme duvarında tedvin edilmiş kanunlar sekiz levha halinde yazılır. (Ekinci,2012: 40)

2.2.2. Mezopotamya Topluları

Mezopotamya da en az Mısır kadar kadim ve köklü bir uygarlıktır. Özellikle bereketli toprakları ve Fırat ve Dicle gibi iki hayat damarıyla Mezopotamya tarih boyunca üretimin, tarımın, ticaretin ve büyük yerleşim yerlerinin dünya üzerindeki önemli merkezlerinden biri olmuştur.

Mezopotamya iki ülke veya ırmaklar arası ülke anlamlarına gelmektedir. Mezopotamya, Fırat ve Dicle nehirleriyle bu nehirlerin kolları arasındaki bölgeyi kapsayan coğrafyayı tanımlamakta kullanılır. Yunancadaki orta anlamına gelen "mesos" ve ırmak anlamına gelen "potamos" kelimelerinden türetilmiştir. Kuzey sınırı yaklaşık olarak Anadolu'da Güneydoğu Toros Dağları, doğu sınırı İran'daki Zagros Dağları, batı sınırı yaklaşık Amanos Dağları, güney sınırı ise Fırat ve Dicle nehirlerinin birleşip beraber döküldüğü Basra Körfezi'dir. Mezopotamya kuzeyde

dağlık bölge ve dağ eteklerinde step ortamı, ortada ovalar, güneyi ve batısı çöllerden meydana gelmiştir.(Harmankaya,2013:1) Mezopotamya tarihinin ana dönemlerini farklı kavimler belirlemiştir: Bunlar MÖ 3. binyılda Sümer ve Akadlar, MÖ 2. binyılda Babilliler, MÖ 1. bin yılda ise Assurlar ve Aramilerdir. (İplikçioğlu,1990: 45)

Her ne kadar Homo Erectus denilen atalarımızın 1.500.000 yıldır dünyanın çeşitli yerlerinde yaşadığı gibi Mezopotamya bölgesinde de yaşadığına ait kanıtlar var ise de; konumuzun dağılmaması ve hukuku doğuran başlıca etmenin sosyal yapıdaki zorunluluklar olduğunu ispatlamasına yetmesi bakımından, görece çok yeni bir uygarlık olan Sümerlerden başlayarak Akadlar ve Babil toplumlarında sosyal yaşam ve hukuk düzenini araştırma konusu yapacağım.

2.2.2.1 Sümerler

Sümerler alfabeye sahip ve yazıyı ticari hayat içinde aktif kullandığı bilinen Turanî bir kavimdir. Şehirleşme, uzun mesafeli ticaret, farklı sosyal sınıflardan oluşan toplum, görevleri ve sınırı belirli bir siyasi otorite oluşumu ve yazının geliştirilmesi gibi etkileri günümüze ulaşan ikinci önemli atılım çağı ise Güney Mezopotamya'da MÖ dördüncü binyılda yaşanmıştır. Arap yarımadası ile Filistin ve hatta Anadolu ile Mısır coğrafyasındaki gelişmeleri tetikleyen ve öncülü olan birçok temel gelişme bu sürecin ürünüdür. Sümerlerin 3200 yıllarında ve belki de daha önce geliştirdiği çiviyazısı, üç bin yıla yakın bir süre boyunca Hitit, Babil, Urartu, Akkad, Assur ve Pers gibi birçok toplum tarafından kullanılmış ve hatta Fenike kıyılarında geliştirilen alfabe yazısına da öncülük etmiştir.

Sümerler, Şark dağlarından Irak'a ME 3500 senelerinde de bugünkü Bağdat'ın güneyinden Fırat'ın denize döküldüğü Basra Körfezi'ne kadar olan mıntıkada yerleşen Turanî bir kavimdir. Sümerler, yazıyı kullandığı bilinen ilk kavimdir. Çivi yazısı kullanmışlardır. (Ekinci,2012,41) Yaratılış ve Tufan gibi tek tanrılı dinlerin tamamında değişik şekillerde günümüze değin anlatıla gelen dinsel kabuller ilk kez Sümerler tarafından yazılmıştır. Bu yazıya dökülüşün ardından tüm Mezopotamya toplumları ve yakın coğrafyalar bu anlatıları sahiplenmiştir.

Yazılı kanunlar, matematik, tıp, fal, büyü ve benzeri konularda önce bu coğrafyada adımlar atılmıştır. Teknolojik aşamayı gösteren çömlekçi çarkı, araba

tekerleği, saban, yelkenli tekne, yapı kemeri ve tonoz da Mezopotamyalı toplumların uygarlığa yaptıkları katkılardandır. Dördüncü binyılda hız kazanan örgütlü sosyal yaşamın getirdiği sulu tarım, anıtsal yapıların inşası, uzak bölgelerle ticaret, kentleşme ve devletin kuruluşuna zemin hazırlamıştır. (Harmankaya,2013,22)

Gün kavramını da ilk kez geliştiren Sümerler oldu. Sümerliler ve Babilliler günü, gündüz ve gece diye ikiye ayırıyor ve 12 çift saat “Biru’ya” bölüyorlardı. (Gündüz, 2002, 264) Toplum soylular, sıradan vatandaşlar, yanaşmalar ve kölelerden oluşmaktaydı. Halkın çoğunluğu tarım ve hayvancılıkla uğraşan çiftçilerdi. Ayrıca yazıcılar, gemiciler, balıkçılar, mimarlar, duvarcılar, marangozlar ve çömlekçiler de kent yaşamının vazgeçilmez unsurlarıydı. Her kentte zengin tüccarlar ve güçlü aileler de vardı. Tapınak sosyal yaşamın merkeziydi. (Harmankaya, 2013, 35)

Sümerliler Fırat nehrinde yaptıkları salları kullanarak Avanos dağlarından kereste ve kullanılabilir ahşap ürünler getirmişlerdir. Hemen doğularında bulunan değerli taşlarla dolu Zağros dağlarından ise madenler taşımışlar ticari hayatı son derece canlandırmışlardır. Sümerlerde ticaret ve hukuk iç içe geçmişti. Hatta Ekinciye göre " Sümer sitelerinin her biri müstakil devlet, hâkimleri de tüccarlardı." Yine Sümerlerde modern Noterlik kurumunun benzerini de görmek mümkündür. Çünkü akitlerin resmi makamlarca tasdiki ve tescili şarttı.(Ekinci, 2012: 44)

Sümerler’de borçlar hukuku ve ticaret hukuku şaşılacak derecede ileriye. Belirli tipteki sözleşmelerin resmi makamlarca onaylanması gerektiği olgusuna ilk olarak Sümerlilerde rastlanılmaktadır. Günümüzde de gayrimenkul satışı veya araç satışı gibi bazı sözleşmelerin sadece resmi noterlerde yapılabilmesi gibi Sümerlilerde de resmi şekle bağlı sözleşmeler vardı. Tarafların kendi aralarında yaptıkları bazı sözleşmeler geçersiz sayılabiliyordu. Yine satış, ödünç para verme ve kira konularında da dikkate değer ayrıntılı hükümler koyulmuştu. Sümerlilerde en önemli üretim ziraat idi. Ancak fakir köylülerin ziraat yapabilmek için az da olsa sermayeye ihtiyaçları vardı ve bunun için birçok köylü borç alırdı. Ekinci’nin de belirttiği üzere yıllık yüzde 40 oranından fazla faiz yasaktı.

Sümerlilerde iki tarafın haklarını korumak maksadıyla teferruatlı kar ve kira hükümleri konulmuştur. Faize kanuni had getirilmiştir.%40'dan fazla faiz alan alacaklının cezalandırılması cihedine gidilmiştir. Arazi kirası yazılı yapılır.

Gayrimenkul satışında yakın akrabaya şüfa hakkı tanınmıştır. (Ekinci, 2012,44) Değerli akademisyen Ekinci'nin yukarıdaki paragrafından anladığımız kadarıyla Noter Kurumu çok da yeni bir kurum değildir. Azami faiz oranı belirlenmesi ise hiçte sanayi devrimi sonrasına ait bir buluş gibi görünmemektedir. Yine çoğu hukukçu tarafından ilk kez İsveç Medeni Kanunu'nda düzenlendiği düşünülen Önalım yani şüfa hakkının tanınması da Sümer hukuk sisteminde bile vardı. Yine ülkemizde son 5-6 yıldır uygulanmaya çalışan arabuluculuk sistemi Sümer hukuk sisteminde aktif bir şekilde uygulanıyordu.

Sümerlerle ilgili kaynaklarda "*Susan kadının durumu davası*" dikkate değerdir. Buna göre M.Ö. 1850 yıllarında İsin şehrinde bir cinayet işlenir. Cinayeti işleyen üç kişi neden olduğu bilinmez bu cinayeti kadına bildirir ve kocanı üçümüz öldürdük derler. Kadın ise bu durumu kimseye bildirmez. Diğer bir deyişle şikâyetçi olmadığı gibi durumun ortaya çıkmasını da arzulamaz. Bu olay kral Ur-Ninurtaya iletilince olayı araştırma görevini adalet mahkemesi halk kurulu adındaki organa verir. Bu kurul önce kadın da dâhil dört kişinin idamına yönünde görüş bildirmişken karara muhalif kalan iki kişinin itirazı üzerine kadının beraatine katil olan üç kişinin ise ölümüne karar verir. Kadının beraat etme gerekçesi ise kocasının kendisine iyi davranmıyor olmasıdır.

Bu olaydan yola çıkarak Sümerlilerde, jüri benzeri bir yargılama olduğunu, bir suçtan dolayı kimsenin şikâyeti olmasa bile mahkemenin harekete geçebildiğini, kararların gerekçeli olduğunu, muhalif üyelere söz hakkı verildiğini ve iştirak halinde işlenen suçlarda faillerin aynı cezaya çarptırıldıklarını anlayabiliyoruz. Ancak hâkimler davasına göre tüccar olabildiği gibi rahipte olabilmektedir. Meslekten yetişmiş hukukçulardansa olayın niteliğine göre hâkim atanması Sümer'de yaygındır.

Sümer sitelerinde heyet halinde karar veren mahkemeler vardır. Hâkimler, rahiplerdir. Mahkeme de mabette toplanır. Karar için dava açmak şarttır. En mühim delil de şahitliktir. Davacı davasını ispat edemezse karşı tarafa yemin verilir. Dava başlamadan hâkim taraflara sulh teklif eder. Hatta bu iş için resmi arabulucular vardır.(Ekinci,2012: 45)

2.2.2.2 Akadlar

Sümerler Irak'ın güneyine yerleştikten sonra batıdaki Arap çölünden Sami kabileleri Irak'a göçmeye başladı. Bunlar Akad'lar olarak bilinir. ME 2371-2315 arası hüküm süren Kral Şarrukin (Yunancası Sargon) kavmini birleştirip Sümerleri yendi. Tarihte bilinen ilk Sami imparatorluğunu kurdu. (Ekinci 2012,45-46)

Mezopotampaya'nın kuzeyinden Basra körfezine doğru genişleyen Sami halkının yerleşim yerleri, Sümer şehirleriyle iç içe geçmeye başlamıştı. Sümerliler birçok şehirde ücretli asker vb gibi görevlerle Sümer devletinin vazgeçilmezi haline gelmişlerdi. Sümer site devletlerinden olan Kiş şehrinin yönetiminde Kral Urzababa'nın üst düzey memuru ve Sami halkına mensup olan Sargon, Sümerlilerin MÖ 2350 yılında bir savaşta yenilmeleri dolayısıyla ortaya çıkan başıboşluk ve kaos halinden yararlanarak başa geçti. Sami halkından çıkan ilk kral olacak olan Sargon sadece Kişi değil Sümerlerin elindeki tüm kentleri kendisine bağladı. Ancak Sargon'un Sümer kültürü ve diliyle hiçbir sorunu yoktu ve egemen kültür olarak Sümer kültürünü zapt ettiği her yerde korudu ve kolladı. Akadlar olarak da anılacak olan bu devlet birçok tarihçiye göre tarihin gördüğü ilk imparatorluktur.

Akad kanunları tedvin edilmiş olmakla beraber çok sayıda oldukları için parça parça ve gizli kalmışlardır. Bu hâkim sınıfın istibdadını devam ettirebilmesi için gerekli görülür. Mademki adalet hâkim sınıfa ilişkin bir imtiyazdır; şu halde halkın bunları öğrenip haklarını bilmesinde, hâkim sınıfın sultasına zarar verebileceği için bir mana yoktur. Akadlarda adalet sadece hâkim tabakaya aittir. Hâkim tebaadan birisi halktan birisini öldürecek olsa maktulün ailesi diyet talep edebilir ancak kıyas isteyemez.(Ekinci,2012:46)

Akanların adaleti belli bir zümreye hasretmeleri ve adaleti değil ihtilafları bir şekilde bertaraf etmeyi amaçlamaları sonucu adil bir devlet düzeni oluşturamadıkları görülmektedir. Zaten bu devlet oldukça kısa ömürlü olmuş 2371-2315 yılları arası hüküm sürerek yerini yine Sümerlilere bırakmıştır.

2.2.2.3. Babil

Babil devleti ile Asurlular birbirine sosyal ve kültürel olarak son derece yakın hatta birbirinin devamı olmaları ve Asurluların daha uzun hüküm sürmesine rağmen Babillilerin uygarlığın gelişimine sağladıkları büyük katkı nedeniyle her iki devleti Babil başlığı altında irdeleyeceğim.

Babil'liler Mezopotamya'nın verimli düzlüklerinde özellikle tarımsal mahsulün bol ve bereketli olduğu topraklarda hüküm sürmüşlerdir. İncelediğimiz tüm toplumlarda olduğu Babilli'lerde de tarımsal faaliyetler ticareti canlandırmış, canlanan ticaret sayesinde toplumsal yaşamda bilimsel bilgi değer kazanmıştır.

I-Babil ve Asur'da Sınama Ya da Nehir Adaleti

Babil ve Asurda herhangi bir kamusal suçta yani, zina isnat edilen bir kadının bu işi yapıp yapmadığı veya hırsızlık suçunun üzerine atıldığı kişinin suçluluğunda tereddüde düşüldüğünde nehrin adaletine başvurulurdu. Üzerine atılı suç tam olarak ispatlanamamış ancak kişinin masumiyeti konusunda da tereddüt oluştuysa artık son söz nehirindi. Zanlı elleri arkadan bağlı olarak nehre atılır, zanlı nehirde batarsa suçlu olduğuna hükmedilir, batmaz su üstünde kalırsa masum olduğuna hükmedilir ve kendisine bu ithamda bulunulan kişinin malları alınırdı.

Eskiçağ araştırmaları yapan kimselere ilk aşamada, bazı adet ve kuralların irrasyonel ve mantıksız gelmesi anlaşılabilir ama bu durum esasında araştırmacının kendini o dönemin koşullarına tam olarak verememesinden kaynaklanır. Mezopotamya da tüm uygarlıkların Fırat ve Dicle nehirleri kenarına kurulduğunu belirtmiştim. Hal böyle olunca nehir bu toplumlar için hem hayat hem de bereket kaynağıdır. Son kararı nehrin vermesi de nehrin kutsallığının ve büyüklüğünün sonucu olarak görülebilir. Görüldüğü gibi hukuki kuralların yaşam koşullarından koparılması onu anlaşılabilir kılarken hukuk toplum ilişkisini göz önüne alarak muhakemede bulunmak tarihi yorumlamada daha anlaşılabilir bir ilişki ağı kurar.

Bir toplumda güçlü ve etkin olan kişi ya da kurum ne ise onun kararının doğru olacağına ilişkin kanının meşruiyeti anlaşılabilir. İlkçağlardaki nehir adaletinin doğru olacağına ilişkin kanı da nehirin gücü, büyüklüğü ve bereketiyle doğrudan ilişkilidir. Hemen belirtelim ki zanlının elleri biraz gevşek bağlanır ve bu usulle de şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulama alanı bulurdu.

II- Babil'de Toplum ve Adalet

Eski Babilliler daha sonra cebir olarak adlandırılacak matematiksel tekniği geliştirmişlerdir. Dolayısıyla matematiksel denklemleri çözebiliyordu. Ticarete, arazi ölçümünde ve inşaatta karşılaşılan problemlerin çözümü için ihtiyaç duyulan bu denklemler kelimelerle yazılmakta ve çözümleri denenmiş belirli kurallara uyularak adım adım yapılmaktaydı. Babilliler yalnızca birinci dereceden değil ikinci ve üçüncü dereceden denklemleri de çözebilmekteydi. (Ronan Colin A.Bilim Tarihi 2005: 40)

Babil devletindeki aktif ticari yaşam yasal düzenlemelerde de kendini gösterdi. Hapis veya cisme eza verme haricinde haksız fiil neticesinde faile para cezasına hükmedilmesi ilk kez Babilde görülmüştür.

Erken Babil devrinde çıkarılan Eşnunna Kralı Daduşa'nın kanunu Akadca yazılmıştır. Bugün eldeki kısmında ceza, borçlar ve mirasa dair hükümler mevcuttur. Dayak ve yaralama gibi suçlar için para cezası öngörülmesi dikkat çekicidir. (Ekinci 2012: 47) Canlı bir ticari hayat ve karmaşık krediler ağının çağımıza has olduğu düşünülebilir ama Babil tarım ve ticaretinde de kredilerin ve faiz oranlarının önemi büyüktü. Modern hukukun ürünü zannettiğimiz azami faiz haddi uygulaması veya faizsiz borç erteleme uygulaması Babilde de cariydi.

Kredi işlemleri para ve mal üzerinden yapıldı. En yüksek faiz haddi devlet tarafından belirlenmişti. Bu oran para kredilerinde %20 mal kredilerinde ise %33 idi. Bu oranların, kanuna karşı hile yapmayı beceren kâtipler yoluyla daha da yükseltildiği görüldü. Banka yoktu, bu işi belli güçlü aileler görürlerdi. Tapıntaki rahiplerde bu tatlı karlar getiren kredi işine girmişlerdi, ekim ve hasat dönemleri için kredi verirdi. Kıtılık ve tabii afet durumlarında, tarlasını ipotek ederek kredi almış bulunan çiftçileri

korumak için kanunlar çıkartılarak o yıl için faiz istenmemesi emredilirdi. (Kozak,2011: 94)

Ceza hukuku bakımından ise Babilliler kendisinden çok sonraki medeniyetlerde de benimsenecek umumi tekafül hükümleri benimsemişlerdi. Örneğin, Babillilerin faili bulunamayan hırsızlık suçunda hadise mahallinin sahibinin veya halkının bu bedeli ödemeye zorlanması gibi ilginç bir hüküm vardır. Fail yoksa o bölgedeki herkes faildir anlayışı benimsenmiş ve böylece buna benzer bir olayın yeniden gerçekleşme ihtimaline karşı diğer toplum üyeleri de teyakkuza geçirilmişti.

Babilde hükümdar adalet işlerinden soyutlanmış değildir. Hâkimler bizzat hükümdar tarafından seçilirdi. Babilde din-yönetim ve yargının iç içe geçtiğini görüyoruz. Babilde adliye teşkilatının başında kral ve onun adına vazife yapan hâkimler bulunur. Meslekten yetişmiş hâkimlerin yanında rahiplerde adli işlere bakar. Hamurabi davaların süratini arttırmak için bazı tedbirler getirdi. Rahiplerin adli salahiyetini miras taksimi, müşterek malların tasfiyesi gibi muayyen hususlara inhisar ettirdi. Mahkemeler, baktıkları davalarda kâfi delillerin bulunmaması halinde meselenin hallini rahiplere havale eder. Babilde bir temyiz mahkemesi bulunurdu.(Ekinci 2012: 53)

Babil ve diğer Mezopotamya hukuk sistemlerinde yürütme ve yargı güçleri birbirinden ayrılmamıştı. Bir memur kendi aleyhinde olabilecek bir durumu kendi emriyle lehine çevirebiliyor bu işlemin muhatabı olan kişinin ise, memurunda hiyerarşik üstü konumunda olan krala şikâyet dışında bir şansı kalmıyordu.

“Hamurabi, bir yöneticisine, yönettiği yerde bir araziye el koyup-ki burada el koyma muhtemelen o arazi sahibinin kamusal görevini yerine getirmemiş olmasından kaynaklanmıştır- bunu bir askere vermiş olmasından dolayı o arazi sahibinin kendisine yaptı şikâyetten bahsetmektedir. Hamurabi kıdemli yöneticisine davayı incelemesini ve ilgili arazi sahibinin babadan kalma arazisi ise o araziye ona geri vermesini bildirmektedir.”(Seymeni, 2012: 40)

Babilliler tarım ticaret ve inşaatta oldukça ileriydiler. Bunun devamı olarak hukuk sistemleri de oldukça ayrıntılı ve karmaşıktı. Bugün eldeki verilerle Babillerin binlerce hükümden oluşan bir borçlar ve ceza hukuku külliyyatına sahip olduğunu söylemek mümkündür. Tüm bu bilgiler de bize toplum ve hukuk arasındaki bağın

derinliğinin tarihselliğini vermektedir. Özetle toplum ne ölçüde gelişmiş, karmaşık ve canlı ise hukukta o ölçüde gelişmiş, karmaşık ve canlıdır.

2.3. Roma İmparatorluğunda Hukuk ve Toplum, Akdeniz Havzası Toplumları

M.Ö 754'te kurulan ve M.S. 1453 yılına kadar varlığını devam ettiren Roma İmparatorluğu tarih sahnesinden çekilmesinin ardından kendisinden sonra gelen birçok devleti sosyal, siyasal ve hukuki yönden etkilemiştir. Etkileri halen devam eden Roma hukuku sayesinde Roma Akdeniz'de başarılı bir ticari hayat organize etmiş, büyük ticaret kervanlarıyla Akdeniz'in tüm kıyılarını birbirine bağlamış, birçok farklı etnik unsuru Romalı kimliği altında barış içinde yaşatmıştır.

Roma imparatorluğunun himayesi altında, birbiriyle ne dini, ne irsi, ne de lisanî hiçbir bağı bulunmayan onlarca farklı toplumun tek bir yönetim altında çok uzun yıllar barış ve huzur içinde yaşamasının gizli olmayan sırrı hukuk sisteminin başarısıdır. Uçsuz bucaksız toprakların, devasa orduların ve birbirinden farklı yüzlerce şehrin, sınırlı ulaşım imkânlarına rağmen yüzyıllarca başarıyla idare edilmesi hukuk ile zenginleştirilmiş bir yönetim felsefesine dayanıyordu. Yüzlerce yıl süren imparatorlukta toplumun ve siyasal olayların değişmesiyle Roma hukuku da defalarca yenilendi ve güncellendi.

Roma İmparatorluğu İstanbul'un fethine kadar yaşamış ve özellikle hukuk ve idare alanında uzun yıllar etkisini devam ettirmiş ise de aslında klasik dönem Roma Hukuku, M.S. 565 yılına kadar Roma devletinde uygulanan hukuk olarak kabul edilmektedir. M.S. 565 yılından itibaren Roma Hukuku birçok temel kavramını kaybetmiş ve kullanımdan çıkarmıştır. Örneğin ilk başlarda Roma'da yaşayanlar gerçek Romalı vatandaş olarak kabul edilirken daha sonra İtalya yarımadasında yaşayanlar vatandaş kabul edilmiş ardından yeni yeni ülkelerin ve çok geniş toprakların katılımıyla multikültürel bir özellik kazanan Roma, hukuk sistemini önemli ölçüde değiştirmiştir. Her yıl yapılan değişikliklerle bir birlikten ve bütünlükten uzaklaşan Roma hukukuna M.S. 527 yılında tahta çıkan imparator

Justinianus müdahale etmiş ve Corpus İuris Civilis adındaki hukuk külliyyatını ortaya çıkarmıştır.

İmparator İustinianus'un kendisinden önce konulmuş olan hukuk kurallarını toplamak ve ihtiyaçlara uygun olarak yeni kurallar ilave etmek suretiyle oluşturduğu bu külliyyat, modern hukuk sistemlerine de etki eden önemli bir eserdir.(Akıncı,1999:1)

1300 yılı aşan Roma idaresi, yönetim biçiminde çeşitli değişimler yaşayarak tarih sahnesinde etkin biçimde yer almıştır. Roma imparatorluğu M.Ö. 754-509 arasında krallık ile M.Ö. 509-27 yılları arasında Cumhuriyet ile M.Ö.27 M.S. 284 arasında ilk imparatorluk olarak anılan yönetim ve M.S. 284- M.S. 565 yılları arasında da son imparatorluk olarak anılan siyasi yönetim şekli ile yönetilmiştir.

Krallık, cumhuriyet ve ilk imparatorluk olarak anılan yaklaşık bin yıllık süreç boyunca Roma devleti başlıca üç organ tarafından yönetilirdi. Bunlar;

1- Senatus,

2- Magistralar ve

3- Halk meclisleridir.

2.3.1. Senatuslar Aracılığıyla Toplumun Hukuka Katılımı

Senatus, Osmanlı devletindeki ayan meclisine benzer şekilde her ilin önde gelenlerinden oluşmuş ve çoğu zaman hukuk kuralları vaaz etme yetkisine sahip meclislerdi. Özellikle Krallık devrinde kral, senatusun içinden çıkmakta ve dolayısıyla senatus kralın kim olacağını belirleyecek kadar önemli bir organ haline gelmiş bulunmaktaydı. Senatusta yer alan temsilciler her şehirden geldikleri ve yeni hukuk kuralları ortaya koyabildikleri için dolaylı yoldan da olsa şehirlerde yaşayan farklı dil din ve ırktan herkesin yasama faaliyetine katılabildiğini söylersek abartmış olmayız. Bu durum Mısır ve Mezopotamya medeniyetlerinde yalnızca Kralın hukuk yaratmasından çok daha katılımcı ve demokratik bir yönetim pozisyonu ortaya

koyuyordu. Senatusun tamamen ortadan kaldırıldığı tek dönem olan son imparatorluk ise bu despotluğunun cezasını imparatorluğu elinden kaybederek görecekti.

Tezimin temel iddiası olan halk katılımının hukuk ve adaletin devamı için zorunlu olduğu tespiti Roma devletinde de kendini böylece göstermiş oluyordu. Senatus, Kralın daveti üzerine toplanan bir istişare heyeti mahiyetinde idi (Kral, onun fikrine uymak mecburiyetinde olmamakla beraber onu dinlemesi adet idi ve manevi nüfuzu çok yüksek olduğundan, ekseriyetle onların arzularına uyardı. Kral, Senatus içinden çıkmış, onun bir adamı gibidir. Daha bu devirde bile Roma'daki iktidarın hakiki mümessili mahiyetindedir. (Umur,1999: 12)

2.3.2. Magistralar ve Hesap verilebilirlik

Magistralar Roma iktidar teşkilatının 3 temel organından biridir. Kralın dahi magistra olduğu düşünüldüğünde magistraların çok güçlü ve ulaşılamaz olduğunu zannedebiliriz ancak magistranın geçici bir görev olduğu ve çoğu zaman adayların bu göreve yalnızca bir yıllığına getirildiği gerçeği karşısında bugün magistra olan kişinin yarın halktan biri olacağını söylemek iddialı bir tespit olmayacaktır.

Magistralık müddetinin muvakkat olmasının doğurduğu tabii bir netice memuriyet sona erdikten sonra, magistradan alelade bir vatandaş gibi hesap sorulabilmesidir. Zaten Krala nispetle inzibat ve tedip hakları da daha sınırlı idi. Ölüm veya herkesin önünde kırbaçlatma cezasına mahkûm ettiği kimse, halk meclisine müracaat ederek itiraz edebilirdi. Magistra bir savcı gibi olup kararı halk meclisi verirdi.(Umur,1999: 15)

İdare hukukun temel prensibi kamu yararadır. Kamu yararı ise ancak yöneticilerin halktan kopmadan onlardan biri gibi çalışmasıyla sağlanabilir. Kendini ayrıcalıklı ve üstün bir yere konumlayan kamu yöneticisinin buyruk ve emirlerinin kamu yararı için olacağını söylemek insan egosu ve kibri düşünüldüğünde safça olacaktır. Roma devleti bu sorunu aşmak için magistrayı yalnızca bir yıllığına seçmekle kalmamış görevi bitiminde magistranın yargılanmasının engellenmesi için hiçbir korumacı önlem almayarak onun hesap verilebilirliğini arttırmıştır.

Magistra bir nevi memurdur, fakat bugünkü devlet memurlarından farklı bir organdır. Bunlar kanun mucibince devletin iktidarını temsil eden ve bu iktidarı bilfiil kullanan devlet adamlarıdır. Devlete ait fonksiyonların icrasında hiç kimseye tabi olmayan müstakil şahsiyetlerdir. Ellerinde bulunan salahiyyete "imperium" denir. Tercümesi zor olan bu kelimenin karşılığında devlet iktidarını bilfiil kullanma yetkisi diyebiliriz. (Umur,1999:6)

Roma da ömür boyu sürecek ve bu görevden emekli olunabilecek bir memurluk sınıfının bulunmaması magistraları halktan uzaklaştırmamış, magistraları halka tepeden bakacak hale getirmemiştir. Süreli olarak bu göreve getirilen magistralar, çeşitli dönemlerde yargı görevini de üstlenmiş ve toplumun beklentilerini ve önceliklerini bilen kamu görevlileri olarak görülmüşlerdir.

2.3.3. Halk Meclisleri

1300 yıllık serüvende kimi zaman azalmakta kimi zaman artmakla beraber halk meclislerinin temel üç işlevi vardı. Magistraları seçmek, kanun çıkarmak ve yargılama yapmak. Cumhuriyet döneminde çok etkin olan halk meclisleri sonraki dönemde özellikle magistraların seçiminin senatus'a verilmesiyle önemlerini kaybettiler. Daha sonraları halk meclislerinin itibarını arttırmak için azatlıların oy kullanmamaları gibi önlemler alınmış ise de halk meclisleri Roma toplumunda etkin olamadılar. Esasında doğrudan demokrasinin en eski örneklerinden olan ve antik Yunandan miras alınan bu halk meclisleri halkın yönetime ve hukuk üretmeye katkısını resmileştiriyor ve roma otoritesini meşrulaştırıyordu. Özellikle kral öldüğünde her askeri birlik kendi komutanını yeni kral olarak teklif ediyor kimi zaman 50 yıla yakın başıbozukluk görülebiliyordu. Ancak bu belirsizliklerin ve başıbozuklukların çoğunun özellikle cumhuriyet sonrası halk meclislerinin etkinliğinin azaltıldığı dönemlerde görülmesi de demokratik bir mesajdı.

Halk meclisleri etkin olduğu dönemlere hangi üründen ne kadar vergi alınacağına ve bu vergileri hangi magistranın idare edeceğine kendisi karar verdiği için birçok imparatorlukta görülen vergi tahsili sorunu ve devamında isyanlar daha başlamadan engellenmiş oluyordu.

Bugün Roma imparatorluğu denince yalnızca İtalya'nın zeytinliklerinin akla gelmesi yanıltıcıdır, zira İspanyadan şarap, zeytinyağı, yün, Britanya'dan bol miktarda bakır, demir, altın, Mısırdan, kâğıt, cam, Kuzey Afrika'dan yüz binlerce ton buğday ve

tüm denizlerden balıkçılık mahsullerinin gemilerle kolaylıkla taşınması sonucu Roma imparatorluğu büyük bir zenginlik ve ticari birikime kavuşmuştu. Tarihi vesikalarda 300.000 kişilik orduların kimi zaman yetersiz ve az görülerek takviye edilmesi kararlarına rastlanıldığı düşünüldüğünde Roma'nın bu kadar büyük servet ve imkânı koordine etmesinde ayrıntılı ve kapsamlı bir hukuk sistemine ihtiyaç duymasının nedeni daha rahat anlaşılabilir.

Bir beylik veya devletin 70-80 yıl ayakta durabilmesi kralın ya da hükümdarın kişisel yetenek ve karizmasıyla açıklanabilir. Ancak 1300 yıl süren bir devlet yapılanmasının açıklanması bu kadar sade ve basit olamaz. Tezin hacmini aşacak roma devlet ve hukuk siyasetinin ayrıntılı açıklamasını ihtisas sahiplerine bırakmakla beraber şu tespit yapılabilir; Roma devlet organizasyonuna şehrin ve daha özelde halkın, aktif ve etkin katılımı ve bu katılım mekanizmalarının saygınlığı arttıkça, Roma egemenliğinde yaşayanlar daha az isyan çıkarmış ve uzunca süren bir barış dönemi yaşanmıştır.

Özellikle tüm yetkilerin ve özellikle yargılama ve hukuk yaratma yetkisinin tek bir kişiye (ki Romalılar bu kişiye dicta eden anlamında dicteateur diyorlardı) verildiği zaman dilimlerinde ise imparatorluk, iç isyanlara, belirsizliklere ve dış düşmanların içte etkin yardımcıları bulmasıyla büyük toprak kayıplarına maruz kalmıştı. Roma devleti kural koyma, diğer bir deyişle hukuk yaratma işini halktan ve onun etkin organlarından alarak tek bir kişiye vermesinin bedelini tarih sahnesinden çekilerek ödedi. Aşağıda göreceğimiz üzere modern devletler ise hukuktan sade vatandaşları dışlayarak bu işi profesyonellere mahsus kılmakla adaleti ıskalama hatasına düştüler.

Akman'a göre Roma devleti senato, cumhuriyet, krallık ve imparatorluk gibi birçok farklı yönetim biçimiyle yönetilmekle birlikte hukuk sisteminin ve hukukun gelişiminin dönemin politik mücadeleleriyle ekonomik yapısı ve süreçlerinden soyutlanmadığı ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda patricius'lar ile pleb'ler olarak adlandırılan toplumsal kesimler arasında yaşanan sınıf mücadelelerinin, hem hukukun yeniden yapılandırılmasında hem de yeni politik kurumların oluşturulmasında belirleyici etken oldukları dikkat çekilmelidir. Politik kurum ve hukuksal düzenlemeler bir taraftan pleb'lerin verdikleri hukuksal eşitlik mücadelesini şekillendiriyor, diğer taraftan da ondan etkilenecek değişime uğruyor, dönüşüyordu. Roma da hukuk, toplumsal yapının her değişimini anlık olarak takip edebiliyordu (Akman,2012:95).

Tarihsel gerçeklik içinde adaletin mülkün temeli olduğu gerçeğini yalnızca söylememekle yetinen kamusal otoriteler, halkı yalnızca yargılanan ama asla yargılayamayan ve hatta yargılamaya müdahale bile edemeyen konuma sokmakla yaptıkları hatanın bedelini meşruiyetlerini kaybetmek şeklinde binlerce yıldır ödediler. Halkın karar verme aşamasına çeşitli aşamalarla katılması modern değil tarihi bir yaklaşımdır. Genellenebilir ki her toplum ve her siyasi otorite yargısal sürece toplumun katkısını arttırdıkça güçlenmiş, büyümüş, genişlemiştir. Yargısal süreçten toplumun dışlanması ve karar vermenin yalnızca siyasi otoritenin seçtiği kişilere bırakılmasıyla devlet yapısı zedelenmiş ve siyasi otorite meşruiyetini kaybetmeye başlamıştır. Bu durumun farkında olan Roma devlet yönetimi hukuku hep sosyal gruplarla iç içe kılmıştır.

Romalı hukukçuların eseri her şeyden önce gerçekçidir. Pomponius ius civile'nin (ünlü vatandaşlar hukuku düzenlemesinin) gerçek hayatın gözleminden, sosyal grupların tabii yapılarından, roma kavminde mevcut olan iş ilişkilerinden, hısımlık, komşuluk ilişkilerinden veya kendiliğinden oluşan usul hukuku kurallarından, örf ve adetlerinden, ahlak kurallarından yazmıştır. Hukuk ilmi son tahlilde özellikle insani ve ilahi şeylerin bilgisidir. (Villey,2010: 63)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MERKEZİ SİYASAL BİRLİKLERİN (MODERN DEVLETLERİN) OLUŞUMUNDAN SONRA HUKUK VE HUKUKUN KÜRESELLEŞMESİ

3.1. Modern Sosyal ve Siyasal Yapıların Hukuk İhtiyacı

Modern sosyal ve siyasal yapılar vatandaş temelli yapılardır ve geniş halk kitlelerince meşruiyete sahip kabul edilirler. Modern devletin geleneksel devlet ve imparatorluklardan farkı merkezi bir siyasal birliğe sahip olması, yasal oranlarda belirlenmiş vergilendirme politikasına sahip olması, eğitim, sağlık, ulaşım gibi temel ihtiyaçları tüm ülke topraklarında sağlaması ve vatandaşlarına anayasa ile garanti altına alınmış hakları vermesidir.

Sosyologların modern devlet tanımı toplumsal yapıyı değiştiren sanayi devrimi odaklı iken hukukçuların modern devlet tanımı ticari ve sosyal olayları düzenleyen hukuk kuralları temellidir. Kısaca siyasal iktidarın kurumsallaşmış hali olan modern devlete ait birçok kavramsal tartışma mevcuttur. Bu bölümde modern devletin tanımına ilişkin tartışmalara değinmeden, modern devleti, belirli bir ulusa dayanan, merkezi siyasal otorite tarafından yönetilen, hukuk kurallarına bağlı devlet olarak kabul edilebilir.

Buraya kadar yönetim, din, ekonomi ve hukuk olguları arasındaki bağı tarihsellik içinde çok net olarak gördük. Modern devletler öncesine kadar ekonomi hukuk eliyle, hukuk ise din ve yönetim karışımı bir otorite eliyle düzenleniyordu. Sanayi devrimi sonrası karmaşıklaşan ticari ve ekonomik ilişkilerin ise din ve yönetim karışımı bir otoriteye yönetilmeye tahammülü yoktu. Hukuk uygulayıcılarının önceden öngörülemez belirsiz ve sistemsiz uygulamaları birçok sermaye sahibini korkutmakta ve yatırım yapmakta çekingen hale getirmekteydi.

Max Weber'in sultanlık olarak tanımladığı sistemsiz ve keyfi hukuk sistemi yerini modern bir hukuk sistemine bırakmadıkça, yani rasyonelize edilmedikçe kapitalist bir sisteme geçilmiş sayılması mümkün değildir.

Bu tür patriarkal otoritede irrasyonel bir şekilde "baba"nın, "sultan"ın "despot"un buyruklarına uyulur; bu buyrukların mahiyeti tartışılmaz; hukukun oluşumunda ve yargılamada sistem yoktur, keyfilik egemendir. Din ve gelenek ağırlıklı bu tip otoriteye Weber "geleneksel otorite" adını vermektedir. (Öktem, Türkbağ, 2001: 367)

Hukuk istinasız biçimde tarih boyu siyasi bakımdan üstün bir güç tarafından oluşturulmuştur. Siyasi otoriteyi elinde bulunduran kişi ya da kurumlar haricinde kalanlar tarafından oluşturulan kuraldan hukuk değil ancak örf adet kuralları olarak bahsedilebilir. Günümüz dünyasında meşru siyasi otoritenin toplumu yönetim metodu enstrümanına hukuk adını verebiliriz. Ancak modern devletlerin ortaya çıkışında görülen kurallar kimi zaman temel insan haklarına aykırı olabildiğinden yasa ismiyle anılmaya daha layıktılar. Hukuk ve yasa ayırımında daha çok düzenleyici işleve sahip olan kurallara yasa ismiyle yaklaşılmaktadır. Yasaların Dünyası hukukun dünyasından çok daha geniş bir dünyadır. Hukuk batının insanlara hükmeden kurallarını düzenleme biçimidir. (Supiot, 2008:63)

Modern devletler çıkardıkları yasalarla öncelikle sözleşmeleri düzenlediler. Ayrıntılı borçlar kanunu ve medeni kanunları, ticaret kanunları takip etti ve devletler sözleşmelerin kefil konumuna geldiler. Ticari hayattaki birçok boşluğa devlet güvencesi gelince ticaretle uğraşanlar riskleri devlet gibi otonom bir yapıyla paylaşma konforuna eriştiler. Ticaretin devlet garantisiyle desteklenmesi bu alanı güvenli ve kazançlı bir alan haline getirdi. İçeriği ve boyutu artan ticari faaliyetler vergisel dönüşüm sayesinde devlete daha fazla güce hükmetme imkânını verdi. Devlet ise merkezi bütçenin daha büyük boyutlara ulaşmasıyla otoritesini ve etkinliğini sahip olduğu ülkenin tamamına yaymaya başladı. Merkezi siyasal birlikler taşraya daha fazla kaynak aktararak ülke topraklarının tamamında etkin bir yönetim kurdular.

Evrensel kefil kavramına ilişkin ortaçağ düşüncesi sayesinde oluşan tarihsel dinamik devletlerin himayesinde etkili olmaya devam etti. Bu kefilin temel niteliklerini kendinde toplayan devlet, sözleşme bağının yayılmasına ve kendini mükemmelleştirmesine izin verdi. (Supiot, 2008:113)

Adaleti yalnız devletin sağlayabileceği büyük bir yanılsamadır. Toplumsal yapıyı oluşturan her unsur adil olabilir ve olmalıdır da. Ancak özellikle modern

devletlerin ortaya çıkış sürecinde hukukun oluşturulmasında başat aktör devlettir ve hukukun yalnız oluşturulmasında değil uygulanmasının da katı bir takipçisidir. Modern devletlerin kuruluş aşamasında hukukun kurallara indirgendiği adaletinde yalnızca pozitif hukuk kurallarının katı biçimde uygulanması demek olduğu yönünde (ilerde de eleştireceğimiz) bir teori ve pratik egemendir.

3.2. Toplumdaki Dezavantajlı Grupların Adalet Beklentisi: Sosyal Adalet

Toplumda dezavantajlı konumda bulunanlara siyasi otoritenin birtakım yardımlarda bulunması, asgari bir hayat standartını sağlaması olarak ifade edilebilecek sosyal adaleti modern devletlerin kuruluşuyla birlikte incelememin sebebi bu dönem öncesinde sosyal adaletin bulunmaması nedeniyle değildir. Sosyal adaletin modern zamanlarda kavramsallaştırılması ve bu kavramın kurumsallaştırılması modern devletin kuruluşuyla birlikte ortaya çıkışıyla ilgilidir.

Erken dönem İslam toplumunun oluşumu ve İslam'ın ilk davetlerinin yapıldığı dönemde, bizzat kendisi de öksüz ve yetimliği yaşamış ve fakir diye nitelendirilebilecek olan İslam Peygamberinin tek tanrıya inanma ve ibadet etme çağrısının tamamı sosyal reform farkındalığıyla birlikte yapılıyor, adaletçi ve eşitlikçi bir yaklaşım her çağrıda hissedilebiliyordu.

Hz. Muhammed, tek tanrı (Allah)'ya inanmaya ve ibadet çağrısını yaparken, aynı çağrıyla birlikte sosyal reform çağrısını da birlikte gerçekleştirmişti. Bir görüşe göre, İslam'ın Çağrısına uyanlar bunu cehennem korkusundan çok ondaki güçlü adaletçi ve eşitlikçi ilkelerden dolayı yapmışlardı.” (Çebi,2012: 21)

Toplumsal formasyonun doğal bir sonucu olan dezavantajlı gruplar tarihin her döneminde yardıma değer görüldüler ancak bu yardımın miktarı, avantajlı konumda bulunanların "gönlünden geçen" kadar oldu. Modern devlet ise bu yardımı kurumsallaştırma ve kavramsallaştırmaya koyuldu. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde işçi-işveren ilişkilerinde dezavantajlı konumda bulunan işçiler lehine düzenlemeler yapılması, kiracı-kiralayan ilişkisinde kiracı lehine güvence getiren düzenlemeler getirilmesi korumacı kronolojik tarihsellik içinde artarak devam etmiş ve herhangi bir sözleşmenin tarafı olmayan işsizlere evsizlere kadar ulaşmıştır.

Modern devletin "kimsesizlere" ve "güçsüzlere" karşılıksız olarak yardım etmesi onun meşruiyetini arttırmıştır. Diğer bir deyişle toplumsal unsurlar karşılıksız yardımların karşılığı olarak merkezi devlete bağlılıklarını arttırmışlar ve devleti yegâne güç merkezi olarak konumlandırmışlardır.

16. y.y.'dan beri tüm insanlık, düalist materyalist bakışın, kapitalist üretim ilişkilerinin, kendine muhtaç kılma, ele geçirme veya kimi zamanda sızma şeklinde müdahalesiyle karşı karşıya kalmış ve aslen batıya ait olan kavramlar tüm insanlığa tahakküm etmiştir.Nasıl modernite batıya ve batılı düşünce yapısına ait bir kavram ise aslında sosyal adalet kavramı da batılı lüteratürün bir ürünüdür ve tam da bu nedenle batılı düşünürlerin görüşlerini göz ardı edemeyeceğimiz bir gerçektir.Ancak tüm bunlara karşın her ne kadar adlandırma farklı olsa da toplumun dezavantajlı kesimlerinin bireylerce ve siyasal gücü elinde bulunduranlarca gözetilmesi gerekliliği sadece batı toplumlarında ortaya çıkmış veya batılılarca başlatılmış bir uygulama değildir.

Belirtilen bu husus sosyal adalet fenomeninin başka toplumlarda olmadığını bize göstermemektedir. Aksine antik toplumlara ve erken İslam toplumuna ilişkin bölümlerde de göstermeye çalıştığımız gibi bu fenomen bir şekilde az yada çok, bütün toplumlarda vardır. (Çebi,2012: 20)

Bütün toplumlarda istikrarsız ve güvencesiz de olsa az ya da çok bulunan sosyal adalet, modern devletin oluşumuyla birlikte asıl sorumlusuna kavuşmuştur. Artık herhangi bir sözleşmenin kaybedeni veya herhangi bir suçun mağduru olmayan ama neticede güç koşullar altında yaşayan kişilerin hak merkezli hesap soracağı bir makam ortaya çıkmıştı; Devlet. Gerçekten modern devlet öncesi yetimler, öksüzler, dullar, işsizler, bedensel engelliler veya fakirler bu hallerinden dolayı kimseyi suçlayamıyor ve ancak kendilerine gelecek lütufları bekliyorken modern devlet sonrası toplumlarda ki saydığımız dezavantajlı gruplar bu istenmeyen hallerinden devleti sorumlu tutmaya ve devletin vatandaşlarına asgari bir yaşam standardı sağlaması gerektiğini seslendirmeye başladılar.

Sosyal adaletin tezimize bakan yönü şudur; Toplumsal yapı içindeki dezavantajlı gruplar, adaletin sosyal alana yayılması gerektiğini, yalnızca yargısal kararlara has bir adaletin topluma yetmeyeceğini, adaletin her yerde ve herkese hitap

etmesi gerektiği savunurlar. Adaletin, yargısal bir kimlikten çıkarıp toplumsal bir karaktere bürünmesi gerektiğini ileri sürerler.

Bir toplumun, modern olduğunu ispatlamak için, ortak değerlerden ziyade ortak kurallarla yönetildiği, "kral" da dâhil herkesin aynı kurallara tabi olmasının gerektiği şeklindeki İngiliz düşünürlerin öncülük ettiği teorik altyapı, dezavantajlı toplumsal gruplara, devletin asgari bir yaşam standardı sağlaması gerektiği yönündeki fikri önemsemiş ve modern devleti başta işçi hakları olmak üzere toplumsal yapıda yer alan her kesime yönelik bir takım iyileştirici önlemler almaya itmiştir.

3.3. Adaletin Hukuk Eliyle Tesis Edilmesinin Zorunluluğu

Modern toplum en azından nedensel olarak hukuka dayalı olmayı gerektirir. Adaletin tesis edilmesi ise çoğu kez hukukun araçsallığıyla sağlanabilir. Hukukun zorlayıcı emirlerle olan varlığı tartışılmaz ilişkisi, hukuku içsel değil dışsal olarak egemenin buyruğu haline getirmekte, ancak onun adaletli bir sonuç ortaya çıkaracağını garanti etmemektir. Bir hukuk sisteminin varlığı, -her zaman- adaletli bir sistemin varlığının kalıcılığını ve sürekliliğini garanti etmemektedir.

Hukukun varlığını yeterli gören ve onu adaletten koparan bu şekilci-formalist görüş, ortaya çıkan kararın şekli olarak herhangi bir eksikliğe-yanlışlığa düşmemiş olması halinde adil olup olmadığıyla ilgilenmeyi gereksiz görür. Yeterince eleştirilmiş ve birçok teorisyence çürütülmüş bu fikrin, Hitler Almanya'sının "adil olmayan ama şekli olarak kusursuz" hukuk sisteminin varlığı gibi bir acı tecrübesi dururken yeniden popüler olması pek mümkün görünmemektedir.

Amacım yeterince eleştirilen bu görüşü yeniden irdelemek değildir. Amacım adaletsiz bir hukuk anlayışının sakat ve işlevsiz olmasının, hukuksuz bir adalet anlayışının da belirsiz ve güvensiz olmasıyla birlikte anılması gerektiğini teorize etmektir.

Adaletin doğasını anlatmada atacağımız ilk adım kuşkusuz onun şekli olmasını ispatlamak değildir. Elbette adaletin, hukuk kullanılmadan tezahürü imkânlıdır ve hatta daha değerlidir. Ancak (ki bu ancak oldukça önemlidir) kendiliğinden gerçekleşen adaletin de bir tesadüf olmadığını ve aynı koşullarda tekrar ortaya

çıkacağını garanti etmesi gerekir ki; bu da, hukuki güvenilirlik ve belirlilik denilen hukuk bütünselliğinin parçalarıdır. Kralın bir anlık lütfü, adaleti sağlayabilir ama eğer bu bir kerelik olacak ve yeniden adalet bekleyen mağdurlara bunun sürekli olmayacağı söylenecekse bunun adalet değil şans işi olduğunu önceden herkese duyurmak daha dürüstçe olacaktır.

Siyaset bilimi açısından sorunu ele alırsak, siyasal faaliyetin amacının belli bir hukuk düzeni (toplum düzeni) kurmak olduğu anlaşılır.(Öktem, Türkbağ,2001:239) Belirli ve güvenilir bir hukuk düzeni siyasal otoritenin meşruiyet kaynaklarından birisi ve hatta birincisidir. Toplumsal kurullarla hukuk kuralları arasındaki bağ ise oldukça güçlüdür.

Toplumsal kurulların varlığı, bir davranış düzenliliğinin bulunmasına, bundan sapmaların eleştirilmesine, eleştirinin haklı görülmesine, en azından bazı kişilerin bu düzenliliği, davranışlarını ona göre yönlendirip değerlendirdikleri bir standart olarak algılamalarına ve hakkında konuşurken normatif bir dil kullanmalarına bağlıdır.(Ceylan,2014: 85) Kendiliğinden adaleti savunan görüşlerin bile, hukuk kurallarının kesin, öngörülebilir, ispatlanmış ve meşru öncüllere sahip doğası karşısında, adaletin varlığını gerekçelendirirken aynı destekleyici zincirlemelere başvurması zorunludur. Yanlış görüşlerin bile tutarlı olabilecekleri gerçeği karşısında Adalet idesinin tutarlılığı için hukukun araçsallığını benimsemesi doğuştan gelen mükemmel bir destekleyicidir.

Hukuk ne Tanrı tarafından bildirilmiştir, ne de bilim tarafından keşfedilmiştir; onu taşıdığı değerleri dikkate almaksızın yorumlamayarak incelemeyi meslek haline getirenlerin de katılımıyla oluşan tamamen insan yapımı bir eserdir.(Supiot,2008:21)

Adaleti kişilerden kurumlardan, kuramlardan ve kısacası tüm olgulardan bağımsız bir ideal olarak görmek yerine onu bir diyalog ve bir tartışma olarak görmek ve bu tartışmada toplumsal paydaşların hepsine söz hakkı vermeyi daha doğru bir yaklaşım olarak gören tezimiz, bu tartışma sürecini, yasama organında hukuk kuralının vaaz edilmesinden, heyet halindeki mahkemelerdeki hakimlerin kendi aralarındaki müzakerelere kadar sürmesini ve ortak aklın galip gelmesini önerirken tüm bu sancılı süreci belirli ve önceden verili kurallara göre yürütmeyi ve müzakere etmeyi öncelemekte ve bu muhakemede herkesi bağlayan bir takım kurulların yargısal

argüman olarak kullanılmasını metot olarak benimsemektedir ki; bu argüman hukuk kurallarıdır.

Adalet arayışları elbette ki bir çağdan diğerine ve birinden diğerine değişir ancak bir ülkede ve bir çağda adaletin ortak olarak temsiline duyulan ihtiyaç değişmez. Hukuk, olgular tersini gösterse bile, insanların eylemlerine ortak bir anlam katan adaletin kendini gösterdiği alandır. (Supiot,2008: 21)

3.4. Adalet Ve Hukuk Ayrımının Toplumlarda Fark edilmesi

Hukuka bağlılık ve saygının adeta bir hukuk dogmatığı akımına dönüşmesine izin vermemek, hukukun toplum yararına olup olmadığı yönündeki pragmatizmin unutulmuş bir vaat haline dönüşmesine göz yummamak ve adalet süreci boyunca verilecek her ara kararın ortak toplumsal yarara fayda verip vermeyeceğini tartışmak gerektiğine olan inancım bu tezin ana akımını oluşturmaktadır.

Bu noktada;

a- Acımasız ve ödünsüz bir hukukçunun, son tahlilde adaleti de önemsemeyeceğini,

b-Şekli olarak doğru olan her kuralı uygulamayı, işini düzgün yapmak olarak göreceğini,

c- Bu kıyım makinesinin nelere gebe olacağını karnına bakarak asla yeterince tahmin edemeyeceğimizi ve,

d-"Saf hukukçu yaklaşımı" olarak pırıltılı kelimelerle ifade edilen bu metodun aslında düpedüz "kasap yaklaşımı" olabileceğini incelememiz gerekecektir.

Haklı olduğumuz zaman bile eline düşmekten korktuğumuz yargı teşkilatı ve bitmek bilmez usul kuralları çoğu kez bizatihi adalet işleyişini tökezletecek bir sorunlar yumağına dönüşmeye hazırdır.

Ölen bir kişinin karısına ve çocuklarına ne kadar hisse düşeceğine ilişkin paylaşım tablosuna veraset ilamı denir. Veraset ilamını çıkartma işi son birkaç yıldır noter kanalıyla yapılmaya başlamış ve noterler tarafından büyük oranda sorunsuzca -

ve 5 dakika içinde- taraflara veraset belgesi çıkarılabilir hale gelmiştir. Birkaç yıl öncesine kadar yargı teşkilatına tevdi edilen ve profesyonelce bir sorunlar yumağı haline getirilen bu adli işlem notere verildiğinde basit bir idari işlem haline gelmiştir. Kirschmann'ın sözlerini yukarıda anılmıştı ancak yine anılmalıdır; "Ne büyük bir kanunlar yığını ve ne kadar çok boşluklar! Ne büyük bir memurlar ordusu ve buna rağmen ne kadar yavaş bir hak dağıtımı!"

Dil bilgisi kurallarının inceliklerini ve gramer kurallarını ismen bilmeyen bir kişinin de güzel bir telaffuzla ve berrak bir dille konuşabileceğini tabii kabul ederken, hukuk kurallarını ve düzenlemeleri bilmeyen bir kişinin adil olamayacağını nasıl ileri sürebiliriz? Anlamını sorgulamayan ve gökyüzüne neden "gökyüzü" dendiğini bilmeyen bir kişiyi küçümsememiz için hiçbir neden yoktur. Hatta belki gökyüzüne "gökyüzü" denmesinde özel bir mantık da olmayabilir. İnsanların temel zihni ve vicdani kabullerini belirli formatlara sokma konusunda baskıcı olmanın bilimsel ve ahlaki hiçbir temeli yoktur.

Adalet ve adil olma kavramları her dilde basitçe ifade edilirken, hukuk kavramı kimi zaman yasa ile kimi zaman kural ile kimi zaman da normatiften gelme norm kavramı ile karışmaktadır. Özellikle İngilizce ve Almanca'nın ortak kökeni olan Latince'de "ius" çoğu kez hukuk şeklinde tercüme edilirken, directum (düzenleme) ve norm(belirli bir hiyerarşi içindeki kural) da hukuk kavramının yerine kullanılmaktadır.

Supiot'a göre hukuk Batı'nın insanlara hükmeden kuralları düzenleme biçimidir. Supiot hukuki terimleri açıklamakla iş başlar, sıkça kullanılan norm kelimesinin Latince'de (dik) anlamında olduğunu, regula'nın matematiksel kural anlamına geldiğini direktif kelimesinin de kökeni olan directum'un ise Latince'de (yön) anlamında olduğunu söyler.

"Cetvel, gönü, çizgiler ve dik açılar: Hukukla birlikte adalet kazuistikten ziyade geometrik çizim işi olmuş; Pandactae'nin ünlü formülünde "herkese kendinin olanı verme" (Suum Cuique tribuere) hakemlikten çok yerölçümünden gelmiş(tir ki), bu da hukuk sözcüğünün nesnel bir normatif mimari anlamında common law'da karşılığının neden olmadığını açıklar. (Supiot,2008: 63)

Justinianus, "Corpus Juris Civilis" isimli kendi eseri olan kanunname tamamlandığı zaman onun şerh edilmesini yasaklamıştı. Yalın, sade ve adil hükümlerin onu yorumlayan hukuk teknikerlerinin elinde karmaşıklaşacağını ve halkın böylelikle hukuktan uzaklaştırılacağını biliyordu. Yine Alman hükümdarı Büyük Friderich avukatları kaldırmaya teşebbüs etmişti ancak buna muvaffak olamamıştı. Kirchmann ise bu yarım kalan teşebbüsün başarısızlığının sebebi "yargıçları da kaldırması gerekirdi" şeklinde açıklar. Her iki teşebbüste de amaç toplum ile hukuk arasında yer alan memurlar ordusunu aradan çıkarmak, hukuku sadeleştirmek ve adaleti karmaşık hukuk ve hukukçuların eline terk etmemektir. Bu cümleler spesifik veya uçuk gibi gelebilir ancak

3.5. Adalet Nedir ve Hukuk Ne Değildir?

Adaleti Romalılar herkese kendinin olanı vermek olarak tanımlamışlardı. Neyin adaletli olduğuna yönelik oldukça geniş bir yelpazede yüzlerce tanım yapabiliriz. Suçluların cezalandırılması, sözleşmeyle belirlenmiş kurallara uyma, yanlış davranışlar sonucu mağdur olan birine hakkını verme, ahde vefanın, sözünde durmanın, dürüstlüğün korunması gibi çok farklı alanlarda tezahür edebilecek adaletin ne olduğunu tek bir tanıma sığdırmak güçtür ve gereksizdir. Ancak hukukun ne olmadığını açıklamak tezimiz açısından gerekli ve hayatidir.

Modern zamanlar kuşkusuz bize felsefi, bilimsel, etik ve estetik anlamda çok farklı bir dünya sunmaktadır. Felsefi anlamda artık dünya antik dönemlerde olduğu gibi bütüncül bakılan bir alan olmaktan çıkmıştır. Bu anlamda modern zamanların kurucu felsefesi Descartes ile başlayan Kartezyen felsefedir... Buna göre özne nesneden, akıl bedenden, teori pratikten, somut soyuttan, ideal olan gerçeklikten ve doğa kültürden kesin çizgilerle ayrılmıştır. (Çebi,2012: 141)

Bu ayırmadan hukuk ve adalette payına düşeni almış ve hukuk adaleti terk ederek kendine yeni ve karmaşık bir alan açmıştır. Artık hukuk somut bir olayın "halli" için vazedilmiş bir kural değil, toplumsal yaşamı programlayan ona yön veren, soyut ve genel bir normlar düzeni haline gelmiştir. Adaletle bağını koparan hukuk, toplumla da ipleri koparmış, teknik ve sistematik bir kurallar düzeni haline gelmiştir.

Aktaş'a göre, modern hukuk disiplini politikayı, genel siyaseti ve güncel kanaatleri dışlayan saf hukuksal ve mekanik bir çalışma sistemini esas alır. Bir uyumsuzluğu çözme, mantıktaki 0-1-0-1 kodlaması gibi dijital bir süreç olarak görülür. Ancak bu varsayımın pratikte ödün vermeden işletildiğini söylemek çok kolay değildir. Politik mülahazaların hüküm kurma sürecinden ayrı tutulması, karar verme sürecini rasyonalize etmeye dönük bir varsayımdır. Bazı durumlarda politik ve etik mülahazaların hüküm kurma sürecine dâhil olması, modern hukuk düşüncesinin hukuksal usavurma tekniğinin önemini ortadan kaldırmaz. (Aktaş, 2011: 155)

Hukukun politikadan ve güncel siyasi hesaplardan uzak durması gerektiği yönündeki kesin inanç bir toplumdaki diğerine veya bir devirden diğer bir devire geçtikçe tartışmaya açılmakta ve aslında hukukun ne toplumdaki ne de onun kamara köşkü olan politikadan ayrılamayacağı gerçeğiyle yüzleşmektedir. Kural koyma, kanun vasetme pozisyonu dışsal ve üstünlük gerektiren bir pozisyonudur. Bu pozisyonun tartışmaya açılmasını engellemek amacıyla hukuk, kendini tüm toplumsal paydaşlardan dışarıda ve üstte gösterme gayreti içindedir. Bu kimi zaman kendine ayrıcalıklı bir bürokratik konum tanımlama, kimi zaman ise tarafsızlık ve bağımsızlık aracılığıyla kendini güncel hayatın ve toplumun bir öznesi olmaktan çıkarma amacını beraberinde getirir.

Şimdi yukarıdaki alt başlıkta yer alan hukuk ne değildir sorusunun cevabını verelim. Hukuk doğaüstü, insanüstü veya politika üstü bir varlık değildir. Tam tersine hukuk, biyolojik varlığını şu üç koşula borçludur; insan ürünü olma, toplumsal olma, topluma hizmet etme. Topluma hizmet edebilmede başarılı olmak için ise en az şu üç önemli özelliğe sahip olmalıdır; Toplumun hızına yetişme, toplumun adalet anlayışını tatmin edebilme ve toplumsal değerleri önceleme.

3.6. Hukuk ve Adaletin Farkları

Sürekli olarak kavramları bölmek ve yeni alt kategorilerle hukuku kavramsal tartışmalara feda etmemek için insan zihnindeki temel anlamlarıyla hukuk ve adaletin metodolojik köklerini belirlemeye ve toplumun, kendini neden hukuk kurallarına itaat etmek zorunda hissettiğini, adaleti ise neden hep kutsadığını ve arzuladığını inceleyelim.

Adalet idesi hiçbir zaman hukuk kadar siyasetin enstrümanı olmamış kendini genellikle topluma yakın konumlamıştır. Hukuk siyasete veya siyasi egemene boyun eğmiş ve kaderini onun iki dudağı arasına bırakmışken adalet hep toplumun genel kabulünü meşrulaştırıcı kabul etmiş, toplumun üstün değerlerini içselleştirmiştir. Hukuk kurallarının varlığı geçerliliği, bir üst norma uygunluk kriterini yerine getirmeye bağlı iken, adaletin varlığı kuralların ve normların ötesinde ve üstünde konumlanmıştır. Üst norma uygun her kural hukuk olarak nitelenebilirken Adaletli bir düzenlemenin üst norma uygun haricinde uyması gereken birçok koşulu daha vardır.

Hukuk dışsal ve zorlayıcı iken adalet içsel ve kendiliğindedir. Hukuk, iktidarların toplum üzerinde uyguladığı çeşitli denetim ve dönüşüm araçlarından biridir. Hukuk kuralları eşitlikçi ve hümanist olabileceği gibi ayrımcı ve haksızlığa yol açıcı da olabilir. Ayrımcı ve haksız hukuk kuralları da yaptırım gücü altında kalmaya devam eder ve otorite tarafından katı şekilde uygulanmaya devam eder. Oysa adalet otorite tarafından korunmasa ve desteklenmese dahi yine adalettir, bir ide olarak hep toplumun içinde yer alır ve çoğu kez kendiliğinden gerçekleşir.

Hukukun olduğu her yerde adalet olmayabileceği gibi salt adaletin sağlanabildiği yerlerde de hukuktan bahsedilmediği de görülebilir. Hukuk ile Adalet arasında bir bağ olduğu doğrudur ancak aynı durum olumsuzlamada da geçerlidir. Uygur'un tespit ettiği gibi Joseph Raz'a göre, hukuk devleti ne adaletle, ne demokrasiyle, ne de insan hakları veya insanın onur sahibi bir varlık olmasıyla karıştırılmamalıdır. Örneğin, adaletsiz kurallara yer veren, insan haklarını yadsıyan bir hukuk sistemi de, hukuk devletine uygun olabilir, Hukuk demek adalet demek değildir, Raz'ın bu görüşleri çerçevesinde, maddi anlamda adalet ile hukuk devletinin birbiriyle ilişkisiz olduğu sonucuna bile varılabilir (Uygur,2004:34)

Hukuk kuramının merkezinde donuk ve soğuk "norm" kavramı varken adalet kuramının merkezinde canlı ve insancıl "vicdan" kavramı vardır. Hukuk kendi yargılarından hiyerarşik normlar silsilesi lehine fedakârlık etmekten çekinmezken adalet hep vicdan odaklı ve "temel iyi" ölçütünü gözetir. Adalet kendiliğinden olursa değerlidir ama hukuk hep bir buyurganın yaptırım gücüne muhtaçtır. Hukuk kendiliğinden gerçekleşmediği ve neticede bir otoritenin ürünü olduğu için varlığını

ve devamını otoritenin varlığı ve devamında görürken, adalet kendiliğinden var olduğu ve yalnızca vicdanlarda doğduğu için somut yapılara ve hiyerarşik normlara ihtiyaç duymaz.

Adalet baskı kabul etmez ve baskıyla şekil değiştirmezken, hukuk tüm baskılara açıktır. Bir somut olaya uygulanabilecek kural kanun veya yönetmelik değiştirilebilirken, dış müdahalelerle adaletin yanılısamaya uğraması mümkün değildir. Örneklemeyle; Kadın öğretmenlerin okul müdürü olmasını bir gecede çıkartabileceğiniz bir kanun veya yönetmelikle hukuka uygun olarak engelleyebilirsiniz ama ona görevinde yükselme ve müdür olabilme imkânını tanıma şeklindeki adil ve vicdani borcu ödemediğiniz hiçbir halde adil olmuş olmazsınız.

3.6.1 Hitler Almanya'sında Hukuk ve Adalet Ayrımı

Hukuk düşüncesi, düşünce biçimlerimizi yönetiyor ve kendi kutsaliyetini inşa ediyorken diğer bir deyişle aşağı yukarı tüm sosyal bilimciler kanunu, yasayı ya da genel olarak hukuku kutsamakta ve onu tüm dertlerin ilacı olarak görmekte iken tamamen yasalara uygun şekilde iktidara gelmiş ve yasalara uygun şekilde ülkesini yöneten bir lider ortaya çıktı. Bu hukuka ve yasalara görünüşte son derece saygılı lider Adolf Hitler'di. Hitlerin en büyük yardımcıları ise adalet nedir bilmeyen hukukçulardı.

Tarihin bugüne değin kaydettiği gelmiş geçmiş faşist düzenler içinde en koyu acımasızlıkla en korkunç baskıyı kurmuş bulunan nasyonel sosyalizm döneminde 1933 yılında Leipzig'de toplanmış bulunan hukuk kurultayında düşüncelerini düzene kiralamış olan hukukçular şöyle bir sonuca varmışlardı: Alman ulusunun yararına olan her şey haklı bu yarara aykırı olan her şey haksızdır. Alman halkının yararını ise doğrudan doğruya Führer belirleyeceğine göre Führer'in uygun gördüğü her şey haklı uygun görmediği her şey haksızdır. Doğaldır ki böyle bir hukuk anlayışının içinde kişinin ekonomik siyasal, düşünsel özgürlükleri ve temel hakları diye bir kavram var olamazdı. (Velidedeoğlu, 1983:19)

Salt hukukun, salt kanunun ve salt yönetmeliğin hâkim olduğu bir ortam doğal olarak kanunda izin verilen her şeyin adalete uysun veya uymasın yapılabileceği bir alana sebebiyet vermekteydi. Böylelikle örneğin azınlıkların belirli alanlarda toplanabileceği kanunlarla düzenlenebilir ve bu toplanma alanlarının nasıl

yönetileceği de yönetmeliklerle belirlenebilirdi. Yönetmelikte yer alan hükümlerin insan hak ve onuruna yakışıp yakışmadığına bakılmaksızın yalnızca kanuna uyup uymadığına bakıldığında ortaya insanlık tarihinin en büyük vahşetlerinden birinin çıkması da kaçınılmaz hale geliyordu.

3.7. Küreselleşmenin Etkisi

Küreselleşme denilen ve birçok tanıma sahip süreç hukukla adalet arasındaki ayrımı netleştirirken, yargısal otorite kavramındaki belirsizliği de tarihte hiç olmadığı kadar düşük bir düzeye çekmiştir. Şimdiki büyük uluslar, eski imparatorlukların içinde yalnızca küçük birer alt unsurdu. İmparatorluklar ise birçok etnik gruptan oluşan mutlak birer monarşiydi. İmparatorlukların ulus devletlere nasıl dönüştükleri ve ulus devletlerin hukuku nasıl algıladıkları ve yorumladıklarını bu başlıkta inceleyeceğiz. İmparatorluklar genellikle monarşiyle yönetilir ve birçok etnik gruptan oluşurdu. İktidara sahip olan hanedan siyasal organizasyonun resmi dilini de belirleme hakkına sahipti.

İmparatorluklarda nüfus birçok etnik gruba aitti ve birçok dil konuşuyorlardı. İmparatorluğa bir etnik grup egemen oldu ve onların dilleri genellikle kamu yönetiminin diliydi. İktidardaki hanedan, genellikle, ama her zaman değil, o gruptandı.(Pazarıcı, 2004: 79) Bu tarz monarşiler yalnızca batıya has değildi. Tüm dünyada ve tüm kültürler ırk unsuruna dayanmayan çok kültürlü ve çok uluslu imparatorluklar hüküm sürüyordu.

Bu tür bir devlet özellikle Avrupalı değildir: bu imparatorluklar Avustralya ve Antarktika hariç tüm kıtalarda var olmuştur. Müslüman dünyasında, 632 yılında Hz. Muhammed'in ölümünden hemen sonra, Halifeler kuruldu. Hilafetler, İslam peygamberi Muhammed'in siyasi-dini halefi önderliğinde İslam devletleriydi. Bu politikalar çok etnik gruptan oluşan ulus ötesi imparatorluklara dönüştü. (Toluner, 1973: 103)

Avrupa da ise özellikle 15. yy'dan sonra birçok irili ufaklı hanedan devletçikleri ortaya çıkmıştı. Bunların toprakları kraliyet evlilikleriyle genişleyebilir ve hanedanlar bir başka devletle birleşebilirdi. Bu küçük devletçiklerin kendi hükümet yapılanması ile kendi yasaları vardı.

Avrupa'nın bazı bölgelerinde, özellikle Almanya'da, çok küçük bölgesel birimler vardı. Komşuları tarafından bağımsız olarak tanındılar ve kendi hükümetleri ve yasaları vardı. Bazıları prensler veya diğer kalıtsal cetveller tarafından yönetilirken, bazıları piskoposlar veya avcılar tarafından yönetiliyordu. Ancak çok küçük oldukları için ayrı bir dile ya da kültüre sahip değillerdi: bölge sakinleri çevredeki bölgenin dilini paylaştı.(Abadan-Unat, 2012: 82)

Bu ufak tefek devletçikler 19. Yüzyıldaki milliyetçi isyan dalgasına karşı direnemediler ve kolaylıkla tarihten çekildiler. Bu ufak devletler gibi Avusturya-Macaristan imparatorluğu ve Osmanlı imparatorluğu da birinci dünya savaşının ardından dağıldılar. Rus Çarlığı da Sovyetler birliğine dönüştü. Bu büyük dönüşümden kurtulabilen sadece Lihtenştayn, Monako ve San Marino gibi birkaç küçük devletçik oldu. “Bir millet, bir devlet” idealinden en belirgin sapma, azınlıkların, özellikle de çoğunluk ulusunun üyesi olmayan etnik azınlıkların varlığıdır. Bir ulusun etnik milliyetçi tanımı mutlaka münhasırdır: etnik uluslar genellikle açık üyeliğe sahip değildir. (Gözler, 2000: 112)

Ulus devlet içindeki azınlıklara verilen olumsuz tepkiler, devletin uyguladığı kültürel asimilasyondan kovma, zulüm, şiddet ve imha arasında değişmektedir. Asimilasyon politikaları genellikle devlet tarafından uygulanır, ancak azınlıklara yönelik şiddet her zaman devlet tarafından başlatılmaz: linç veya pogromlar gibi çete şiddeti şeklinde oluşabilir. Ulus devletler, ulusun bir parçası olarak görülmeyen azınlıklara yönelik en kötü tarihsel şiddet örneklerinden bazılarından sorumludur. Bu olumsuzluklar toplumun genelindeki hoşgörüsüzlüğün hukuk eliyle meşrulaştırılması gerekliliğini doğururken hukuk çoğu zaman toplumun geneli kadar azınlıklara negatif bakmaz ve herkesin eşit olduğunu savunur pozisyona geçer. Esasında hukukun bu pozitif ayrımcı tavrı ulus devletin yeniden bölünmesinin önüne geçer ve barışı tesis eder.

Bununla birlikte, birçok ulus devlet, belirli azınlıkları ulusun bir parçası olarak kabul etmekte ve ulusal azınlık terimi bu anlamda sıklıkla kullanılmaktadır. Almanya'daki Sorbs'lar bir örnektir: Şimdi genel olarak Alman milletinin bir parçası olarak kabul edilirler ve kültürel haklarını anayasal olarak güvence altına alan Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından kabul edilirler. Dünyanın dört bir yanındaki ulus

devletlerdeki binlerce etnik ve kültürel azınlıktan yalnızca birkaçı bu kabul ve koruma seviyesine sahiptir. (Balta, 1970: 9)

Çok kültürlülük, birçok eyalette resmi bir politikadır ve çoklu etnik, kültürel ve dilsel gruplar arasında barışçıl varoluş idealini oluşturur. Birçok ülkenin azınlık haklarını koruyan yasaları vardır. Balkanlar ve Orta Asya'da olduğu gibi etnik sınırlara uymayan ulusal sınırlar çizildiğinde, etnik gerginlik, katliamlar ve hatta soykırım, bazen tarihsel olarak tekrarlarla ortaya çıkmaktadır. Ulus devlet kurallarına ve tanımlarına uymayan alt azınlıklar herhangi bir anayasal hakka sahip değillerse bazen sudan bahanelerle katledilebilmektedir. (bkz. Sırp soykırımı ve 2010 Güney Kırgızistan etnik çatışmaları).

Bir ulus devlet, büyük çoğunluğun aynı kültürü paylaştığı ve bilincinde olduğu bir devlettir. Ulus devlet, kültürel sınırların siyasi sınırlarla uyduğu bir idealdir. Bir tanımlamaya göre, "bir ulus devlet, öznelerinin çoğunu dil veya ortak iniş gibi bir ulus tanımlayan faktörler ile birleştiren egemen bir devlettir." Bir ülkenin baskın bir etnik gruba sahip olması gerekmediğinden, "ülke" den daha kesin bir kavramdır. (Akıllıoğlu, 1989:102)

Hiçbir etnik grubunun bariz olarak egemen olmadığı çok uluslu bir devlet, çeşitli grupların kültürel değerleri paylaşmasına bağlı olarak çok kültürlü bir devlet olarak da kabul edilebilir. Fransa'da, Eric Hobsbawm, Fransız devletinin Fransız halkının oluşumundan önce geldiğini savunmaktadır. Hobsbawm, devleti devlet yapan olayın 19. yüzyılın sonunda ortaya çıkan Fransız milliyetçiliği değil Dreyfus Meselesi deneyimi olduğunu ileri sürmüştür. 1789 Fransız Devrimi döneminde, Fransız halkının sadece yarısı bir miktar Fransızca konuşuyordu ve Hobsbawm'a göre halkın sadece %12-13 civarında bir oranı edebiyatta ve eğitim kurumlarında kullanabilecek nitelikte bir Fransızca konuşabilmekteydi. (Hobsbawm,2019:29)

Fransa ve İtalya'nın ulus devletleşme sürecinde dilin önemi aslında sanıldığı kadar büyük değildi. Bu ulus devletleşme daha çok ulusal bir kimliğin etrafında inşa ediliyordu. Ortak değerler, ortak milliyet ve ortak tarihsel arka plan bu gelişimde etkiliydi.

İtalyan birleşmesi sırasında, İtalyanca dilini konuşanların sayısı daha da düşüktü. Fransız devleti, çeşitli bölgesel lehçelerin ve dillerin merkezi bir Fransız dili

ile değiştirilmesini teşvik etti. İstişarenin ve Üçüncü Cumhuriyetin 1880'lerin kamu eğitimine ilişkin yasalarının getirilmesi, bu teori kapsamında, ulusal bir kimliğin oluşturulmasını kolaylaştırdı.(Akıllıoğlu, 1989: 102) Ulus devletlerin, ulusal öncesi devletlerinkinden farklı olarak kendi özellikleri vardır.

Başlangıç olarak, hanedan monarşileri ile karşılaştırıldığında bölgelerine farklı bir tutumu var: yarı yarıya bölünmez ve aktarılamaz. Örneğin hiçbir kral bölgeyi başka devletlerle değiştiremez, örneğin kralın kızı evlidir. Birçok ulusal devlet doğal sınırlar (nehirler, dağ sıraları) aramasına rağmen, yalnızca ulusal grubun yerleşim alanı tarafından tanımlanan prensipte farklı bir sınır türüne sahiptir. Sınırlarının kısıtlı olması nedeniyle nüfus büyüklüğü ve gücünde sürekli değişiyorlar.

Ulus devletler tipik olarak emsal öncüllerinden daha merkezi ve tekdüze bir kamu idaresine sahipti: daha küçüktü ve nüfus daha az çeşitlendi. (Örneğin, Osmanlı İmparatorluğu'nun içsel çeşitliliği çok büyüktü.) Avrupa'daki ulus devletin 19. yüzyılın zaferinden sonra, bölgesel kimlik, Alsace-Lorraine, Katalonya, Brittany ve Korsika. Birçok durumda, bölgesel yönetim aynı zamanda merkezi (ulusal) hükümete tabidir. Bu süreç 1970'lerden itibaren Fransa gibi eski merkezi devletlerde çeşitli bölgesel özerklik biçimlerinin getirilmesiyle kısmen tersine döndü.

Toluner'e göre ulus devletin ulusal olmayan önceki emsalleriyle karşılaştırıldığında en belirgin farklılığı merkezi ve bilinçli bir politikayla tek tip bir ulusal kültürün oluşturulmasını sağlamasıdır. Üstü kapalıda olsa bir birlik yoksa ulus devlet bu birliği sağlamak için birçok araç kullandı. Dil politikası sayesinde birçok farklı dil tek bir dile indirgenmeye çalışıldı. Ülkenin tamamında sorunlu olan eğitim ile tek tip bir müfredat ulusal dilin her yerde kullanılmasını ister istemez zorunlu kıldı. Okullar ayrıca, genellikle propagandacı ve mitolojik bir versiyonda ulusal tarihi öğretti ve (özellikle çatışmalar sırasında) bazı ulus devletler hala bu tür bir tarih öğretmektedir. (Toluner, 1973: 109)

Ulusal olmayan unsurların bastırılmasını amaçlayan dil ve kültür politikası bazen olumsuzdur. Toplumda aslında tamamen benimsenmemiş bu uygulamaya hukukun da araç kılınmasıyla dil yasakları bazen ulusal dillerin benimsenmesini ve azınlık dillerinin reddedilmesini hızlandırmak için de kullanılmıştır.

Toplumda yer almasına karşın hukuk sisteminde yer almayan azınlık dilleri Özbuduna göre acı çatışmaları ve daha fazla etnik ayrımcılığı tetiklemiştir. Ancak bu uygulama çoğu yerde de başarılı olmuş ve toplumun kültürel bütünlüğü ve homojenliğini arttırmıştır. Bunun en güzel örneği Atlantik kıyılarından Ren nehrine kadar oluşmuş tek tip bir Fransız kimliği ve Ren'in kıyısından öte tarafta başlayan tek tip bir Alman kimliğidir. Bu tektipliği yakalayabilmek için hukuk yeterince araştırmıştır. (Özbudun, 1998: 68)

3.8. Adalet ve Sosyal Adalet Kavramı

Her ne kadar Platon'un "Devlet" adlı eserinde, başta Sokrates olmak üzere katılımcıların diyaloglarında "adalet" hususu üzerinde detaylıca tartışmışlar ise de Adalet çok daha eski ve kadim bir tartışma konusudur. Romalıların herkese kendine ait olanı vermek (*suum cuique tribuere*) olarak tanımladıkları adalet nasıl tanımlanırsa tanımlansın rasyonel ve öngörülebilir olmaktan ziyade hissi ve duygusal bir kavramdır hatta disipliner teknik bir terim değil, insana ve topluma ait bir değerdir. Adalet ve sosyal adalet şeklinde yapılan kavramsallaştırma bile aslında gereksizdir, zira adalet zaten sosyal bir olgudur ve onun sosyalliğine ayrıca vurgu yapmaya gerek yoktur. Ancak doktrinde sosyal adaletle kastedilen genellikle toplumsal dezavantajlı durumda bulunan kişilerin diğer toplumsal paydaşlarla aralarındaki farkının kapatılması için bazı standartların modern devlet tarafından desteklenmesidir.

3.8.1. Adalet Kavramı

Sosyal bilimlerdeki kavram karmaşası adaletin tanımında da karşımıza çıkar, hukukun hangi disiplinle dirsek temasına geçtiğine göre öncelikleri ve unsurları değişen adaletin daha çok sosyolojik tanımları üzerinde duracağız.

Arapça "adl" sözcüğünden Türkçeye geçmiş olan adalet sözcüğü; başkasının hakkını gözetmek, hukuk ve eşitlik ilkeleri ve adil olmakla ilişkili bir kavramdır. Adalet, sosyal refah anlamında bir sözcüktür. Refah seviyesinin en iyi durumda olması amacıyla olan düzen, adil bir sistemin en iyi kurulduğu düzendir. Hak ve özgürlük toplumun her bireyi için eşit düzeyde ifa edilecektir. Buradan adaletin, bireylerin tercih özgürlüğünü simgeleyen bir kavram olduğu anlaşılacaktır. Adalet, "(i) Yasalarla sahip olunan hakların herkes tarafından kullanılmasının sağlanması, türe; (ii) Hak ve

hukuka uygunluk, hakkı gözetme; (iii) Bu işi uygulayan, yerine getiren devlet kuruluşları; (iv) Herkese kendine uygun düşeni, kendi hakkı olanı verme, doğruluk” çeşitli yönleriyle açıklanmaktadır (TDK, Genel Türkçe Sözlük, 2018). Haksızlığın önlenmesi gibi gerçekleşmesi beklenen girişimler, adaletin vazgeçilemez amacıdır.

Adalet, tarihin başlangıcından beri varlığı bilinen, birçok tartışmanın içinde olmasına karşın özelliklerini tarif edecek ortak ittifaka ulaşılması mümkün olmayan ve tanımının yapılması çok da kolay olmayan bir kavramdır. Bu alanda çalışan bilim insanlarının ve aydınların birçoğu; başta hukuk olmak üzere birçok kavramı içinde barındıran adalet kavramının sınırlarını belirleyerek çizip belli bir çerçeve içinde tanımlamaya çalışmıştır.

Çok eski bir kavram olan adalet, düşünce tarihinin en önemli filozofları olan Platon ve Aristoteles’in de ilgi alanlarına girmiştir. Platon, Devlet adlı eserinde yönetim şeklinin tanımını yaparken, adaletin çok önemli bir kavram olduğunu ifade etmiş ve adaleti bütün ilkelerin temeli olarak nitelemiştir. Adil olma ilkesine sahip olmalarının İyi bir eğitimden geçmiş bireylerin en belirgin özelliği olduğunu ifade etmiştir.

Adalet kavramı, zaman içinde farklı anlamlar kazanmıştır. Adalet kimi zaman, öç alma anlamına gelen misillemeyi karşılarken; kimi zaman zorda olanlara acıma ve el uzatma duygularını ifade etmek için de kullanılmıştır. Fakat adalet kavramı, bugün bu anlamından sıyrılarak toplumsal, ekonomik ve siyasal bakımdan farklı ve yeni bir anlam kazanmış; adalet kavramı bireylerle sınırlı kalmayarak insanların var ettiği devletin varlığını sürdürmek için vazgeçilmesi mümkün olmayan bir ilke haline gelmiştir (Solomon, 2004:94). Adalet, bireylerin mevcut haklarına kavuşup kavuşmadığıyla ilgili bir anlama da sahiptir.

Hak, hukuk, adalet gibi kavramlar birbirlerinin yerine kullanılan ve birbiriyle ilişkilendirilen kavramlardır. Adalet, hakkın ve hukukun ifa edilmesi; hukukun daha önce belirtilen kuralı ve temel prensip olarak değerlendirildiğinde adâlet ile hukuk arasında vazgeçilmesi mümkün olmayan bir ilişki bulunmaktadır (Çeçen, 1975: 71-115). Adalet kavramı, genel olarak hukuk uygulamasında halk için en çok faydalı olan sonucu oluşturan ve hukukun ulaşmak istediği hedefi gösteren iki modelde betimlenmektedir. Hak ve adalet arasında öyle sıkı bir bağ vardır ki adaletin her zaman bir hakkı talep etmeye dayalı olduğu izahtan varestedir. Adaletle yönelmek ve adaletle doğru çabalama ihtiyacı hissetmek her zaman bir hakkın ihlal edilmesinden sonra ortaya çıkan bir davranış biçimidir.

Adalet kavramı, dönemlere göre farklılıklar gösterse de özünde var olan adil olma, bireyin kendi hak ve hukukunu korumasından başka toplumda bulunan diğer bireylerin de haklarına saygı duyma prensiplerini taşımaktadır. Bu bağlamda adaleti, “kendisine yapılmasını istemediğini başkasına yapmamak” ilkesi olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Saygı, bağlılık, ciddiyet gibi toplumsal içeriğe sahip kavramları, adalet olgusunun kapsamı içinde değerlendirmek mümkündür. Adalet, toplumsal özelliği olan bireyin, toplum içinde uyumlu olarak hayatını nasıl sürdüreceği konusunda ışık tutan bir özellik taşımaktadır.

Toplumda bulunan fertlerin bazı temel yükümlülükleri bulunmaktadır ve bunlardan kaçınması veya bu yükümlülükleri göz ardı etmesi söz konusu değildir. Bu bağlamda adalet, çağdaş toplumlarda önem verilen konuların başında gelmektedir. İnsan hakları konusunda eşitliği savunan birey, yeteneğiyle ortaya koyduğu performansına karşılık normal olarak kendisine bir ayrıcalık sağlanmasını beklemektedir. Bu noktada beklentinin adil biçimde hak edene verilmesi, görev ifa ettiği ortamda yetenek ve performansına göre bir sistem oluşturulmasına kurulmasına katkı sağlayacaktır.

Adalet, bireylerin tutumlarını uygunluk açısından araştıran ve tartışan bir düşünce, dürüstlüğe ve adil bir düzene saygıyı amaçlayan değerlilik, objektiflik, hakkaniyet, düzgün ve uygun işlem biçiminde varlığını göstermektedir. Adalet; kişilerin karşılıklı hakların dikkate alınması, hukuk ve adalet kapsamında; devletin farklı veya çatışan çıkarları olan bireyler arasında adil bir denklik oluşturulması şeklinde anlaşılmaktadır. Buradan adaletin hem toplumsal hem de bireysel bir düzlemde değerlendirilmesi mümkündür (Cevizci, 1999, s.18).

3.8.2 Sosyal Adalet Kavramı

Sosyal adalet donuk ve net bir kavram değildir. Toplumun tüm paydaşlarının sadece bir toplum paydaşı olması nedeniyle ileri sürebileceği taleplerden oluşan sosyal adalet anlayışı, esasında modern devletle birlikte anayasal bir hak olarak düzenlenmeye başlamış ve homojen bir toplum oluşturabilmek adına dezavantajlı grupların pozitif ayrımcılığını bir görev olarak kabul etmiştir.

Çoğulcu demokrasilerin tartışma kabul etmez bir meşruiyet kaynağı olan ve toplumun üyeleriyle toplumun ortalaması arasındaki makası kapatmayı amaçlayan sosyal adalet toplumu oluşturan parçaların her birinin asgari hak ve görevlerini

saptamakla işe başlamaktadır. Bu saptamanın ve asgari maddi hakların anayasa gibi temel bir normda kendine yer bulmasıyla merkezi hükümet, anayasal bir görev olarak tüm toplum üyelerine asgari bir takım maddi, tıbbi, sosyal ve siyasi hakları sunmakla görevlendirilir.

Güçsüz ve yoksul toplum üyelerinin yiyecek, içme suyu, sağlık, eğitim, hatta barınma ve ısınma gibi temel ihtiyaçlarını da teminat altına alarak ülke kaynaklarının adil ve eşit paylaşımının sağlanması yanı sıra orta gelir seviyesindeki bireylerin de iş sağlığı ve güvenliği, iş güvencesi, tam sağlık koruması gibi hususlarda desteklenmesi demek olan sosyal adalet ekonomik krizlerin veya dengesizliklerin toplum üzerindeki etkilerini de minimize etmeye dayanır.

Sosyal adaleti sağlayacak olan hiç tartışmasız tüm kesimlerce devletin kendisi olarak görüldüğünden, sosyal adaletin ilkeleri de genellikle modern devletin kapasitesi göz önüne alınarak geniş tutulmaktadır.

Coğrafi, idari ve hukuki merkezileşmeye dayanan ve vergilerle finanse edilen modern devlet, toplumsal, ekonomik ve kültürel modernleşmenin işlevsel buyruklarını, kendinden önceki siyasi yapılanmalara nazaran çok daha iyi bir oranda yerine getirebilme kapasitesine sahiptir. (Coşkun,2009,172)

Sosyal adaletin en önemli ilkesi hiç kuşkusuz ulus devlette yer alan tüm yurttaşların mümkün olduğunca ortak bir asgari yaşam standardına kavuşması gerekliliğini benimsemesidir. İkinci olarak bu standartlar kesinlikle insan onuruna yakışır seviyede olmalı ve üçüncüsü bu durum sürdürülebilir olmalıdır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TOPLUMSAL ADALETİ SAĞLAMADA YARGISAL OTORİTELERİN ETKİN HALE GELMESİ

4.1 Yargısal Otoritelere Toplumun İhtiyaç Duymasının Sebepleri

Yukarıda tarihsellik içinde hukukun otoritesinin hükümdar-kral odaklı açıklanabildiği görülmekte iken modern devletlerde yargısal otoritenin tek başına yargılama-hüküm verme işlevini yürütmesi ve üstlenmesi pratik aklın ve ihtisaslaşma zorunluluğunun bir gereği olarak görülmektedir. Yargılama işinin yalnızca bu işi yapan kişilere özgülenmemesi halinde yargısal kararlarda istikrar ve öngörülebilirliği sağlamak mümkün değildir.

Vatandaşlarına eğitimden sağlığa, ulaşımdan teknolojiye, ticaretten spora kadar birçok farklı alanda hizmet vermeye çalışan modern devlet adalet gibi bir alanı da hizmet yelpazesinin dışında tutmak istememektedir. Adalet dağıtma işi tarihsellik içinde siyasi otoritenin gücünü gösterdiği bir gösteriş alanıyken, günümüzde modern devlete merkezi yapının vatandaşlarına sunduğu hizmet türlerinden biri haline gelmiştir.

Adalet dağıtım işi savunma ve askerlik hizmeti gibi devletin esas hizmet alanıdır ve özel kişilere devredilmesi riskli görülen alanlardandır. Özellikle 20. Yüzyıl öncesi siyasi yapılarıdaki belirsizlik ve yargılamalardaki öngörülemezlik , modern devleti bu alanda kazuistik ve ayrıntılı kurallar vazetmeye yöneltmiş ve hukuk eğitimi almış, hukuk mesleğini yapan sınıfın inşa edilmesini ve tüm yargılamaların bu kişiler eliyle merkezi devlet adına yapılmasını sağlamaya yöneltmiştir.

4.1.1 Modern Devletin, Toplumsal Meşruiyetini Arttırma İhtiyacı

Modern devletlerin ortaya çıkışı, merkezi siyasal yönetim birliklerinin güçlenmesi ve otoritelerini kendisine bağlı toprak parçasının her biriminde etkin şekilde göstermesi sonucunda olmuştur. Topluma egemen olan felsefi eğilimin

biçimlenmesinde etkin rol oynamaya başlayan modern devlet kendinden önceki siyasal birliklerin aksine toplumsal hayatın her kategorisini düzenleyebilen veya en azından etkileyebilen bir yapı haline gelmiştir. Modern devlet, sahip olduğu araçlarla yani -kimi zaman keyfi de olabilen- kanunlarla tarih içinde rastlanmayacak ölçüde etkin bir iktidara kavuştu.

1914'ten 1945'e kadar süren "Otuz yıl savaşlarının" sonunu egemen iktidar düşüncesinin derinlemesine sorgulanmasının başlangıcı olarak kabul edebiliriz. Bu savaş aklını yitiren iktidarların zincirlerinin boşalmasının nerelere kadar götürülebileceğini gösterdi; aynı zamanda kıta Avrupa'sı halklarına daha önce duymadığı bir şeyi öğretti: Devletler ölmek zorundadır. Onların yeniden kurulması hiçbir şey olmamış gibi gerçekleşemez. İktidar kabul görmek için, egemenliğini ifadenin ötesinde başka meşruiyet vasıfları bulmaya girişmelidir. Bu sorgulama devlet ile sınırlı kalmamıştır. Ticari işletmede olduğu gibi ailede ya da kamusal alanda da egemen iktidar figürleri tartışılmış ve bu durum, iktidar ilişkilerinin ortadan kalkmasına değil, bu ilişkilerin hukuk düzleminde kendini iki şekilde gösteren derin dönüşümüne yol açmıştır. (Supiot,2008:161)

Supiot'un belirlemelerine ek olarak, devletin tarihsellik içinde meşruiyet alanını geliştirici argümanlarını terk etmediğini ancak egemenliği arttırmak için meşruiyetinin de artması gerektiği özkabülünü benimsediğini söyleyebiliriz. Özellikle 20.yüzyıl başlarından itibaren daha çok egemenlik için daha çok meşruiyet gerektiren alanlarda, kimi zaman bağımsız, kimi zaman bağımsız gibi görünüp siyasal araçsallığını gizleyen, yeni olmayan, ama daha etkin ve saygın olan bir otorite türü daha belirmeye başladı; Mahkemeler. Kamusal otoritenin takdir yetkisinin keyfilığe kaçmasını engellemek ve özellikle ticari konularda daha ayrıntılı düzenlemeler yaparak profesyonel tacirliği güvence altına almak amacındaki bu yargısal otoriteler kamusal ve sosyal denetimler nedeniyle sıradan vatandaş üzerinde saygın bir konum elde ettiler.

İlk olarak takdir yetkisinin işlevsel yetki lehine gerilemesi. Bu gerileme yetkiyi elinde bulunduranlar üzerindeki denetimin artmasıyla kendini göstermiştir: Gerekçelendirme yükümlülükleriyle birlikte a priori denetimler ve yargıcın ve bilirkişilerin yetkilerinin genişlemesiyle birlikte a posteriori denetimler. Kamu otoritelerinin yargıç (idare, ceza, anayasa ya da topluluk hukuku) tarafından denetimi

(bazılarının saydamlık dedikleri) gerekçelendirme yükümlülüklerinin alanıyla birlikte artmıştır.(Supiot,2008:161)

Devlet hiçbir zaman sorumsuz ve sorgulanamaz bir kurumsal yapı olmamıştır. Çeşitli nedenlerle meşruiyetini kaybeden siyasi iktidarların yönetimden düşürülmesine modern devletler öncesinde de tüm toplumlarda rastlanabiliyordu. Ancak modern devletlerin hassas dengelere sahip iktidarların devamı önceki dönemlerdeki sosyal yapının iktidarla olan uyumunun sürekliliğine bağlı hale gelmiştir.

Yargısal otoriteye özgü değerler, bu sürekliliği sağlamakta araçsal değere sahiptir. Diğer bir deyişle; hukuk, adalet gibi değerleri sırtlayan yargısal otoritelerin varlığı ve çeşitliliği, iktidar kullanımını meşrulaştırmakta ve gelece bilecek tüm eleştirileri üzerine çekerek, siyasal-kamusal otoriteyi oyunun üstünde tutarak devlet imgesinin sağlamlığını ve ebediliğine yönelecek eleştirilere en ufak bir kredi açılmamasını sağlamaktadır. Çünkü hukuk normatif ve kurumsallaşmış niteliğiyle devleti ayakta tutan iskelet işlevi görebilmektedir.

Hukukun en temel ve en önemli özellikleri olan *normatiflik* (hukuk insan davranışlarını yönlendirme görevi yaptığından normatiftir), *kurumsallaşmış* olma (hukukun uygulanması ve değiştirilmesi genellikle kurumlar aracılığıyla gerçekleştirildiği için hukuk kurumsaldır) ve zorlayıcı olma (hukuka uyma ve hukuku uygulama, eninde sonunda güç kullanımı aracılığıyla garanti edilmektedir. Bu sebeple hukuk zorlayıcıdır) bütün hukuk sistemi kuramları için doğrulanabilirlik kriteri oluşturmaktadır. Yani bir hukuk sistemi kuramı hukukun bu özellikleri ile uyumluluğuna göre doğruluk niteliğine sahip olabilecektir (Uyanık,2014:175).

4.1.2 Gelişmiş ve Karmaşıklaşmış Toplumsal İlişkilerin Düzenlenmesinde Siyasi Otoritenin Yetersiz Kalması

Çiçero; *Ubi societas ibi jus*, (Nerede toplum varsa orada hukuk vardır), diyerek toplum olan her yerde hukuk kurallarının da mutlak varlığına işaret etmişti ama her toplumdaki hukuk kuralları ve ayrıntıya inme miktarları farklı farklıdır. Özellikle Sanayi devrimi sonrası Avrupa toplumlarından işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen genel kuralların sürekli işçi aleyhine uygulanması ve işverenin her hukuki boşluğu

suistimal ederek işçiyi acımasızca sömürmesi iş hukukunu daha ayrıntılı düzenlemelere itmiştir.

Ulaşım ve iletişim imkânlarının artması ticareti daha karmaşıklaştırmış, mesafeli satış, kredili satış, franchising usulü satış gibi yeni sözleşme türlerinin çıkmasıyla taraflar arasındaki uyumsuzlukla nitelik ne niceliksel olarak kamusal otoritenin veya yasama organının çözümleyebileceği kapasitenin üstüne çıkmıştır. Önceki tarihsellik içinde yargısal konularda "son sözü" söyleyen mahkemeler, uyumsuzluk sayısının artması ve karmaşıklaşması sonucu olarak artık hem ilk sözü hem son sözü söylemeye hatta bazı konularda tek başına söz sahibi olmaya başlamıştır.

Çağımızda hukuk kültürüne egemen olan ve bugün çoğu hukukçuyu adalet insanından ziyade ruhsuz birer hukuk teknisyenine evrimleyen bu ayrıntıcılık gereksinimi yalnızca devleti ve kamusal diğer otoriteleri değil toplumun kendisini de hukuka yabancılaştırmıştır. Sıradan vatandaşın gözünde hukuk, insanlara haklarının verildiği ve özgürce tartışıldığı bir disiplin değil sisli-puslu belirsiz ve güvensiz bir alandır. Bitmek bilmeyen kuralların, kendini vatandaşlardan üstün gören hukukçuların, sonu kestirilemez süreçlerin anasıdır hukuk.

Mahkemeler ise bu hukukun uygulayıcılarıdır. Devletin bu karmaşık hesapların şiddetine maruz kalmamak için özellikle -ticaret, borçlar gibi hukuk alanlarını- mahkemelere bırakması ve bireysel hakların çarpışması sonucu oluşacak tepki yığılmasına maruz kalmamak için mahkemeleri öne sürerek kendini geri çekmesi aynı zamanda otoritesine yönelik tartışmaları da engellemek içindir.

Hatırlayacağımız üzere, toplumsal kuralların varlığı, bir davranış düzenliliğinin bulunmasına, bundan sapmaların eleştirilmesine, eleştirinin haklı görünmesine, en azından bazı kişilerin bu düzenliliği, davranışlarını ona göre yönlendirip değerlendirdikleri bir standart olarak algılamalarına ve hakkında konuşurken normatif bir dil kullanmalarına bağlıdır.(Ceylan,2014,85) İşte bu davranış düzenliliğinden sapanlarla ilgili hüküm kuran mahkemelerin otoritesi ve meşruiyeti tartışılmadı ama sonuçsal adaleti tesis edip edemedikleri hep tartışıldı. Devlet ise bu tartışmalardan biriken tartışmaların biraz da olsa dışında kalmayı sorumluluğu mahkemelere atarak başardı.

4.2. Kendiliğinden Adalet

Hukukun değerinin adalete yaklaşımadaki başarısı olarak ölçüyorken adaletin başarısını ise kendiliğinden sağlanması ile ölçülmesi mümkündür. Diğer bir deyişle adalet dışsal bir zorlama ile sağlanabildiği gibi kimi zaman da kendiliğinden sağlanabilir. Örneğin şaibeli bir seçimi kazanan galip politikacı üzerindeki şüpheleri bertaraf etmek ve demokratik sistemin güvenilirliğini tesis etmek için kendiliğinden istifa ederek yeniden seçimlerin düzenlenmesini isteyebilir.

Bu davranış bir mahkeme kararının zorlaması ile de yapılabilirdi ancak adaletin kendiliğinden sağlanması erdem ve değer olarak çok daha üstündür. Yine hak etmediği bir birincilik madalyonunu heyet kararı olmaksızın ikinciye takdim eden şampiyonun tavrı da oldukça adildir ve kendiliğinden adaletin bir örneğidir. Kendiliğinden adaletle ilgili farkındalık yaratılması ve gerek kişilerin, gerek kurumların, gerekse devlet kurumlarının adil olan davranışı bir mahkeme kararı beklemeden yerine getirmesi adaletin toplumda hak ettiği şekilde gerçekleşebilmesi için oldukça değerlidir. Adalet toplum içinde yaşanan bir olgu olmaktan mahkeme zorlamasıyla yerine getirilen bir idari işlem oldukça değerini kaybetmektedir.

Ünlü adalet teorilerinin hiçbiri ne kadar derin öneriler dile getirirse getirsin toplumca desteklenmiyor. Adalet erdem olmaktan çıkıp teori haline geldikçe insani özünü ve tabii ki moral çekiciliğini yitirmekte. Bugün itibarıyla adaletten bahsetmek bir dizi kanıtı belli bir tutarlılık içinde sıralamaktan ibaret. Çünkü adalet erdem olarak yok oldu ancak teori olarak var. (Öztürk,2013:40)

4.3. Onarıcı Adalet Anlayışı İle Uzlaştırma Kurumunun Tarihsel Gelişimi

Toplumların ekonomik, sosyal ve siyasi değişimleri, adalet sistemlerinin de değişmesine neden olmuştur. Adalet anlayışının değişimine paralel şekilde, ceza yargılamasının amacı da değişmiştir. Bu bağlamda, onarıcı adalet anlayışı, cezalandırıcı adalet sistemine alternatif olarak ortaya çıkmıştır.

Onarıcı adalet anlayışı işlenen suçu bir değer yıkımı olarak görmekte ve bu değer yıkılmasından kaynaklanan zarar nedeniyle faili cezalandırmak yerine faili bu

zararı gidermeye zorlamaktadır. Batı demokrasilerinin çoğunda yargılama mantığı bu çerçevededir.

Faile, pişmanlık duyarak hatasını düzeltme imkânı tanınarak topluma kazandırılması sağlanmaya çalışılmaktadır. Mağdurun zararının ise fail tarafından giderilmesi sağlanarak taraflar arasındaki husumet giderilmek istenilmektedir. Bu bağlamda onarıcı adalet anlayışı, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülmektedir (Özbek, 2007:269). Onarıcı adalet sisteminde failin cezasını toplumdan tecrid edilmiş şekilde çekmesi amaçlanmamakta failin topluma verdiği zararı gidermesi beklenmektedir.

Babil kralı Hammurabi, milattan önce 1700'lü yıllarda yaşamıştır. Hammurabi, ülkesinin iyi yönetilebilmesi bakımından 282 maddelik bir kanun hazırlamıştır. İlk ceza kanunu mahiyetindeki bu kanunda, onarıcı adalet anlayışı da yer almıştır (Çiftçioğlu, 2015, s.41). Bu kanundan önce Ur-Nammu ile Ešnunna kanunlarında da düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. Hammurabi kanunları kendisinden yüzlerce yıl sonra gelen Asur ve Hitit kanunlarını da etkilemiştir.

Bundan sonra 20. yüzyıla kadar onarıcı adalet anlayışı unutulmuştur. 20. yüzyılda ise ceza adalet sisteminden memnuniyetsizlik duyulması nedeniyle yeniden onarıcı adalet anlayışı yükselmeye başlamıştır (Çetintürk, 2017, s.108). Bu bağlamda, 1963 yılında Yeni Zelanda'da, 1964 yılında İngiltere'de ve 1966 yılında ABD'de mağdurların zararlarının giderilmesine yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmiştir (Çiftçioğlu, 2015: 41).

4.4. Doğal (Tabii) Hukuk Kavramı

Aziz Augustinus tarafından ifade edilen ve birçok kaynakta doğal hukukun teml kabulü olarak gösterilen “Non esse lex quae justa non ferit” (âdil olmayan kanun, kanun değildir) sözü doğal hukukun yasaya ve adalet bakışını özetlemektedir. Adil olan ise doğada bulunandır. Hali hazırda mevcut durum zaten adildir. Adaletsizlik bu mevcudun dışına çıkma halidir.

İlk Çağda tabii hukuk, kendi isminden de anlaşılacağı üzere “tabiat” kavramı üzerine kuruludur. “Tabii hukuk” isimlendirmesi, zaten İlk Çağdaki bu anlayışı ifade

eder. Aynı şekilde İlk Çağ tabii hukukçularına göre, hukukun geçerliliğinin kriteri olan adalet de tabiata uygunluk ile tanımlanır. (Gözler,2008:80) Tabii hukukun varlığının kendiliğinden hissedildiği, herhangi bir araca ve özellikle hiç bir normatif olguya başvurulmaksızın algılandığı, köklerinin fizik tabiatla insanın ortak tabiatını temsil eden tabii akılda yattığı ve dolayısı ile de tabii hukukun soyut ve evrensel olduğu iddiaları, müspet hukuktan farklılığının doğal sonuçlarıdır. (Keyman,t.y.:18)

Yunan filozoflarınca irdelenen doğal hukuk kavramı, yunan eserlerinin çevrilmesinin ardından 1800'lü yıllarda Fransa ve İngiltere'de fazlaca araştırma ve yorum konusu yapılmıştır. Bu araştırma ve yorumların önemli kısmı Roussaeu, Locke ve Hobbes tarafından yapılmıştır. Toplumsal sözleşme ve toplumu güvenlik önceliği hukuku zorlayan kimi düzenlemelerin tartışılması ve yorumlanması bu 3 yazarın ortak çalışma konusu olmuştur.

Doğal hukuk tanımlaması esasen ahlaki ve varoluşsal bir hukuk tanımıyla beraber hayat bulmuştur. Doğal hukukun varlığını kabul edenlere göre salt vicdani yönlendirmeyle bireylerin ve toplumların adaleti bulabileceği ileri sürülmüştür. Doğal hukuk felsefenin de ilgi alanı içerisinde ancak konumuzlar doğrudan ilintili olmadığından diğer disiplinlere taşmayacağız ancak etik ve vicdani sorunların doğal hukuk felsefesince de irdelendiğini belirtmekte yarar vardır.

4.4.1. Doğal Haklar: Hobbes, Locke ve Rousseau

Hobbes toplumsal sözleşmecileri ve doğal hukuk kuramının temellerini atan hukuk felsefecilerinden biridir. Bu husus özellikle büyük eseri Leviathan'da belirlenmiştir. Bu eser de insanların devletten önce ve toplum olmadan önce sınırsız bir özgürlük içinde yaşadıklarını bu sebeple güçlünün her zaman güçsüzü ezdiği ve güvenliğin olmadığı bir dünyanın resmini çizmiştir. Buna karşın toplumsal sözleşme ile sınırsız özgürlükler başkasının özgürlüğünü yok etmeye başladı anda sınırlandırılmış ve devlet tarafında güvenliğin ve bireylerin özgürlüğünün korunduğu toplum yapısına geçildiği belirtilmiştir. Hobbes devlet öncesi yaşamı karamsar bir biçimde resmetmiş, buna karşın bu resmin karşısına diktatörlük yönetimini çıkarmıştır.

Thomas Hobbes, doğada adalet olmadığını savunmuştur. Bir açıdan kesinlikle haklıdır. Büyük bir taş düşüp küçük bir taşı ezer, hiçbirimizde bunun bir haksızlık

olduğunu düşünecek kadar duygusal davranmayız. Volkanik bir patlamayla orman yok olur, bir muson yağmuru tropikal bir adayı yıkar geçer. Bu olayları huşu içinde izler ve falar adaletle ilişkilendirmeyiz. Gerçekten de doğada adalet yoktur. (Solomon,2004:137)

Locke ise Hobbes'un tersine toplum sözleşmesi öncesi hayatı karamsar değil aksine cennetvari bir biçimde resmetmiştir. Buna karşın bu cennetin tek eksik noktası mülkiyet hakkının korunamıyor olması idi. Toplum mülkiyet hakkının daha sağlıklı korunması adına özgürlüklerinden feragat ettiğini belirtmiştir. Bu noktada Locke'un toplum sözleşmesi, bu özgürlükleri geri kazanabilecek panzehirin de olduğunu belirterek, seçilen hükümet tarafından doğal hukukun etkin korumasının yapılamaması halinde toplumun seçilmiş hükümeti görevden alabileceğini belirten devrimci bir görüşü savunmuştur.

Rousseau ise ortak irade ile toplumsa sözleşmenin kurulduğunu dolayısıyla yönetimin aldığı her kararın için toplumdaki herkesin ortak iradesinin yansıtıldığı görüşünü belirtmiştir. Bu görüş diktatörlüğün temel felsefelerinde bir olarak algılandı. Zira yönetimin aldığı her karara toplum kendi iradesinin yansımaları olduğu için uymak zorunda kalacaktı.

4.4.2. Doğal Hukukun Yükselişi ve Düşüşü

Doğal hukuk tartışmaları özellikle 19. yüzyıl ile birlikte popülerliğini yitirmeye çok rağbet görmemeye başlamıştır. Doğal hukuk felsefesinin bu yüzyılda düşünün temel sebebi hukuk pozitivisminin gelişimi olarak gösterilmektedir. Bu bağlamda insanın doğal hukuka ulaşması için öncelikle pozitif hukukta neyin doğru neyin yanlış olduğunu bilmesi vicdanını doğru ve yanlış ayırt edebilmeyi öğrenerek geliştirmesi gerektiği fikri doğal hukuk tartışmalarını geri plan atıp, hukuk pozitivismine yönelmeyi sağlamıştır.

4.4.3. Doğal Hukukun Toplumsal Adalette Karşılığı

Doğal hukukun yansımaları ve uygulanmasında farklılıklar olsa da Hobbes, Locke ve Rousseau doğal hukuku vicdani ve ahlaki bir güdü olarak tanımlar. Adeta felsefik bir kavram olan “adaletin çıkış noktasını insan bedeni gibi herkeste bulunan

bir temele konumlandırırlar. Esasında bu görüş, yani hukuka ve adalete ait temel kabullerin her insanda mevcut olduğu görüşü tezimizin temel önermesi ile de birebir paralel niteliktedir.

Doğal hukuk ilkesi gereği, bir insan, hukukçu olmasa da veya hukuka ait temel normları bilmese de neyin hukuka uygun neyin hukuka aykırı olduğu yaratılıştan kendisine verilen güdülerle belirleyebilecek durumdadır. Yine doğal hukuk ilkesi gereği toplumun adalet algısında kendisine yer bulamayacak kavramlar olan işkence yapmak, yaşam hakkına saldırmak, mülkiyet hakkını gasp etmek gibi hukuka aykırılıkların bertaraf edilmesi için bu konuda bir mahkeme kararına veya yargısal korumaya gerek kalmayacak bu haklara tabii olarak saygı duyulacaktır.

Hukukun teknik ve bürokratik kimliğinden sıyrılması ve ait olduğu toplumsal yuvaya geri dönmesini doğal hukuk savunucularında -hayatta olsalar idi- destekleyeceğini düşünmemizin en önemli nedeni, toplumsal adaletin de, doğal hukuk öğretisinin de aynı temellerden beslenmesi olarak not edilebilir. Nitekim toplumsal adalet tezimizin de ana dayanak noktası herkesin vicdanında doğal bir adalet duygusunun bulunduğu ve adalet ile hukukun teorik tanımını eksiksiz yapamamasalar bile neyin hukuksuz ve neyin adaletsiz olduğunu doğal bir refleks olarak verebilmeleridir.

Hukuk pozitivizmi mevzuat veya konulmuş, yürürlükteki hukuk anlamına gelmektedir. Hukuk pozitivizmi felsefi olarak doğal hukukun karşısında yer almaktadır. Zira doğal hukuk insan eliyle yapılan ve dönemlik olarak değiştirilebilen, evrensel karakterli olmayan hukuk anlayışını yani pozitivizmi tüm özellikleri ile reddetmektedir.

4.5. Normlar Olarak Hukuk: Hans Kelsen

Hans Kelsen, toplumsal yapıyı düzenleyen kuralların hepsinin aynı güç ve etkiye olmadığını, hukukun anlaşılmasında ve uygulanmasında bir hiyerarşiden yardım alınması gerektiğini savunur. Bir anayasal düzenleme ile sıradan bir yasanın,

bir yasa ile de bir bakanlık genelgesinin bir tutulmaması gerektiğini ilk olarak ileri süren yazarlardandır.

Hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi bulunması bazı hukuk kurallarının daha imtiyazlı ve daha üstte bulunmasının da kabulü anlamına gelir. Hukuk kuralları kendi içinde dahi birbiriyle eşit değilse toplumun öncelediği değerlere hukuktan saygı beklemek de en temel hakkımızdır. Hukuk felsefesinin temel soruları hak kavramının ve adalet kavramının ne demek olduğu üzerinedir. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde hak ve adalet kavramları üzerinde durulması zorunludur.

Yaşadığımız çağ doğru, eksiksiz ve tam olarak etkin bir şekilde uygulanırsa bir haklar çağıdır. Zira insan hakları, hayvan hakları, ekonomik ve siyasi haklar, toplumsal tartışmanın temelinde yer almaktadır. Türkiye özelinde ve Dünya da temel insan haklarının korunması en değerli uğraş alanı olarak görülmüş ve sırf bu hakların ihlal edilmesi halinde uyuşmazlıklara bakacak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve 2012 yılı ile hayatımıza giren Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru imkânı ile korunmaya çalışılmaktadır.

İnsan hakları esas olarak üç kuşaktan geçmiştir. Bunlardan ilki 17-18 yüzyıl da siyaset felsefecileri tarafından geliştirilen medeni ve siyasi haklardır. İkinci kuşak haklar ise, temel haklar olup, ayrımcılık karşıtıdır. Bunlar yaşam, beslenme, barınma ve sağlık haklarıdır. Üçüncü kuşak haklar ise, kolektif haklardır, çevrenin ve uzayın korunması, yeraltı, denizaltı kaynaklarının ortak kullanımı gibi haklar üçüncü kuşak haklardandır.

Genellikle hukuk kavramı adalet ile eşdeğer tutulmaktadır. Buna karşın hukuk ve adalet farklı kavramlardır. Mahkeme binaları gibi hukukun uygulama alanları hep adalet sözcükleri ile donatılmıştır. Buna karşın hukuk her zaman adaleti sağlayamamaktadır. Hukuk sistemleri ne kadar maddi adaletin temel olduğunu, maddi adalete ulaşılmaya çalışsalar da Örneğin hukuk davalarında şekli adalet bazen maddi adaletin önüne geçebilmektedir. Karar verici hâkim kanunu uygulamak zorundadır. Dolayısıyla maddi gerçeklikte haklı olsa bile tara bunu ispat edememesi halinde karşı tarafın haklılığı kabul edilecektir. Sonuç olarak adalet ile hukuk eşdeğer kavramlar olmadıkları gibi zaman zaman birbirleriyle olan bağlantıları da tamamen ortadan kalmaktadır.

4.6. Tüm Anlatılar Işığında Yargısal Otoritelerin Adaleti Sağlamada Yetersiz Kalmaları Ve Toplumsal Paydaşlara Dönüş

Tarih boyunca adaletin toplumsal yönü hep ağır basmış ve adalet toplumun beklentilerini karşılamak için türlü yolları denemiştir. Kimi zaman hukuk mesleğiyle uğraşmayan kişilerin de adaleti sağlamada fikrine başvurulmuş, kimi zaman toplumun yönetici kısmının hâkim olarak yargılama yapmasına müracaat edilmiş kimi zaman ise adalet tamamen hukuk dışı aktörlerin sevk ve idaresine bırakılmıştır. Adalet salt hukuka bırakıldığında toplumun adalet beklentisi çoğu zaman karşılanamamış, bununla birlikte kendini toplumdan üstün gören bir hukuk anlayışı peydah olmuştur.

Günümüzde gerek bilirkişilerin mahkeme sürecinde sürekli artan rolü, gerek hukuk dışı paydaşlarla yapılan sempozyum, seminer gibi toplantılar, gerekse yüksek mahkemelerin bile adil karar vermekte zorlandığı konularda referanduma başvurularak tüm toplumun söz sahibi olarak kabul edilmesi gibi yöntemlerle, salt hukukun yol açabileceği acımasızlık veya katılık ekarte edilmeye çalışılmıştır. Modern devletin oluşumu ile karmaşıklaşan ve ayrı bir disiplin haline gelen hukuk yargılamasının sadece meslekten hâkimlerin kontrolüne bırakılması ve adaletin böyle sağlanabileceği düşünülmesi hatalı ve eksik bir görüş haline gelmiştir.

Günümüzde Türk toplumunun mahkeme türleri arasında en çok memnun kaldığı mahkeme türü tüketici mahkemeleridir. Bu mahkemeler tüketici hakem heyeti kararlarını onamakla yetinen mahkemelerdir ve tüketici hakem heyetleri hukukçu olmayan kişilerden oluşur ve çoğunlukla şaşılacak derecede adil kararlar verirler. Yine işçi mahkemeleri de bilirkişilerin belirlediği tutar üzerinden ve mahkemede dinlenen işçi tanıklar üzerinden karar vermekte ve bilirkişi ve tanık gibi toplumsal iki paydaş sayesinde toplumun adalet duygusunu tatmin edebilecek kararlar verebilmektedirler.

Mahkemeler, toplumsal yapının paydaşlarını, daha spesifik olarak belirtmemiz gerekirse uyuşmazlık konusu ne ise, bu uyuşmazlığın toplumdaki muhataplarını yargılama sürecine dahil etmeden adil bir sonuca ulaşamayacaklardır. Yine günümüzde hakem kararları dediğimiz tarafların seçtiği hakemler aracılığıyla yargılama yapılması usulü de artarak tercih edilmektedir. Hakemlerinde hukukçu olma mecburiyeti yoktur. Örneğin inşaat işi yapan iki şirket arasındaki bir davada her şirket birer hakem seçmekte ve bu seçilen hakemler bir üçüncü hakem seçmektedirler.

Bu hakemler hakim veya hukukçu değil inşaat konusunda uzman kişilerdir. Hakemlerin üçü de inşaat işini iyi bilen kimseler oldukları için ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta en isabetli kararı verebilecek durumdadırlar. Bu durum hakemlerin tarafsızlığı yönünden eleştirilebilir ancak davanın çok daha hızlı bitmesi, inşaatla ilgili en doğru kararların alınması ve her iki tarafın kendilerini rahatça temsil edebilmeleri gibi artıları düşünüldüğünde gün geçtikçe daha çok tercih edilen bir uygulama olmaktadır.

Hukukun sırça köşkünden tebliğ edilecek kararlar, -hayati öneme sahip-meşruiyetten ve adillikten uzak görülecektir. Gerek hukukçu hakimlerin her konuyu bilmelerinin beklenememesi ve gerekse olayın somut koşullarına hakim olamamaları nedeniyle günümüzde verilen kararların çoğu eleştirilmekte ve yargıya güven gitgide azalmaktadır. Toplum yargısal otoritelerden daha çok kendi içinden çıkan paydaşların karara katılımından memnuniyet duymaktadır.

SONUÇ

Hukukun halkın genelinin anlayabileceği ve içselleştireceği tanımı siyasi otorite tarafından koyulmuş kurallar bütünüdür. Bu kuralların siyasi otoriteyi elinde bulunduran kişi ya da gruplarca her an değişebilir olması hukuku donuk olmaktan kurtarmakta ancak aynı zamanda bu değişiklik kapasitesi hukuku öngörülemez ve güvenilemez kılmaktadır. Bilim dalları ve disiplinler belirli kurallara sahip olmakla tutarlı ve öngörülebilir olurlar ve bu durum onlara bilimsel saygınlık katar. Hukuk ise yapılan bu değişikliklerle bu saygınlıktan sürekli uzaklaşır ve öngörülemez bir hal alır. Toplumun hukuka şüpheyile yaklaşmasının ve ona adalet kavramı kadar güvenmemesinin nedeni hukukun arkasında siyasi otorite olduğu gerçeğini tüm çıplaklığıyla görmesidir. Hukuk her zaman arkasındaki otoriteyi gizlemeye çalışmakta

ancak bu konuda başarılı olamamaktadır. Adalet ise hiçbir şeyi gizlememekte ve arkasını siyasi otoriteye değil topluma yaslamaktadır.

Solomon'a göre adalet çağımızın en büyük düşünürlerinin kafa yorduğu bir konudur ve söz sahibi olan her kesim ve kişi duruşunu ortaya koymuş, tanımlamış, sonra tekrar tekrar tanımlamış bulunuyor. Solomon'a göre nitelermeler yeniden nitelendirildi, itirazlara tekrar tekrar daha çok itirazla yanıtlar verildi, varılan sonuçlar çeşitli kollara ayrıldı, süslendi püslendi. Ama tek, tarafsız ve akılcı bir görüş umudu her defasında engellerle karşılaştı. Tam tersine kuramlar çeşitlenip geliştikçe ve daha dar bir biçim aldıkça, tartışma mesleki bir takıntıya dönüşmüş, adalet konusundaki kuramlar arasındaki boşluk büyümüş; sıradan yurttaşların adalete dair his ve düşünceleri karışmıştır(Solomon,2004,48).

İçinde bulunduğumuz zamanı yüzyıllarla değil on yıllarla tanımlamak hatta birkaç yıldaki köklü değişiklikler göz önünde tutularak sadece yıllarla tanımlamak gerektiğinden, korkutucu hızdaki toplumsal gelişmeleri uyuşuk, belirsiz ve tamamen otorite kaynaklı hukuk ile okumak, değerlendirmek ve yargılamak mümkün değildir. Hukukun nihai ve hatta biricik amacı, adaleti sağlamak olduğundan ve adaletin sağlanması için hukukun veya yargısal otoritelere tek başına yetki verilmesinin yeterli görülmesi hatalı sonuçlara yol açtığından, gelinen aşamada hukukun toplumsal paydaşlardan yardım alması gerektiği tartışmasız hale gelmiştir. Toplumsal paydaşların fikri ve katkısı çeşitli yargılama türlerinde değişik şekiller almakla beraber her aşamada yol gösterici olarak istifadeye değer görülmelidir. Soyut olarak bir tez ileri sürmemiş olmak amacıyla somutlaştırarak örnek vermemiz gerekirse;

Bir apartman dairesinde veya bir köy evinin avlusunda gerçekleşen hırsızlık olayıyla ilgili hüküm kurulurken o apartmanda oturanların veya o köydeki ileri gelenlerin de fikri adeta bilirkişi raporu gibi dosya arasına girmelidir. Bir üniversitede haksız bir işleme maruz kaldığını iddia eden bir öğrenci veya öğretim görevlisinin davası görülürken eğitim konusuna 20-30 yılını vermiş bir kaç kişinin görüşüne ve yönlendirmesine de başvurulmalı ve bu kişilerin değerlendirmelerine hâkim tarafından önem verilmelidir. Bir otel ile bir tur şirketi arasında imzalanan tacirler arası hizmet sözleşmesinde vaadinden dönen tarafla ilgili verilecek kararda birkaç otel yöneticisi ile tur şirketi sahiplerinin de görüşüne başvurulmalıdır.

Bir tren kazası sonucu 25 kişinin öldüğünü 200 kişinin yaralandığını düşünelim. Burada maktul yakınlarının kimi sorumlu tuttıkları önemli olduğundan, projeyi uygulayan işçinin değil, projenin ve demiryollarının genel siyasetini belirleyen kişilerin sorumluluğuna gidilecek ve muhtemelen kamu vicdanını tatmin eden bir karar çıkacaktır. Ancak yargılamanın toplumsal paydaşlarına görüşlerinin sorulmaması halinde ise birkaç işçinin cezalandırılması ile dosya hukuken kapatılacak ancak vicdanlardaki adalet hissi asla tatmin olmayacaktır.

Örnekleri tüm toplumsal paydaşlara yayarak çoğaltabiliriz. Burada dikkat edilmesi gereken bir linç kültürüyle nabza göre şerbet vermek değil, gerçekten adil bir karar için hukuki otorite ile toplumsal paydaşların eşgüdümlü çalışabileceği bir ortamın sağlanması için çabalamaktır. Adaletin ağır yükünü yalnızca yargısal otoritelerin kaldıramayacağı açık ve net olarak görüldüğünden, bu yükün ağırlığını toplumun paydaşlarıyla beraber yüklenme gerekliliği kaçınılmaz bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Köyde bir öğretmen veya muhtarın, bir ticaret odasında duayen tacirlerin veya üniversiteyle ilgili bir uyuşmazlıkta o üniversitenin kıdemli akademisyenlerinin çoğu zaman hakimden daha adil kararlar verebileceğini bir ön kabul olarak doğru kabul ediyor ve adaletin artık bir toplumsal olgu olduğu gerçeğinden hareketle, adaletin tesisinde, hukuk mesleğinden olan hakim savcılar kadar, uyuşmazlıkla ilgili toplumsal paydaşlarında, karar verici olarak hak ettikleri yerde oturmaları gerektiği tartışmasız haldedir.

KAYNAKÇA

Abadan-Unat, Nermin, Hayatını seçen kadın : "Hocaların hocası" Nermin Abadan Unat / söyleşi: Sedef Kabaş, İstanbul: Doğan Egmont Yayıncılık, 2012.

Akıncı, Şahin, Roma Hukuku Nobel Yayıncılık 1999,Konya

Aral, Vecdi Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi Metodu ve Değeri, Sulhi Garan Matbaası İstanbul 1978

Aral, Vecdi, Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet, Legal Yayıncılık, İstanbul,2014.

Aral, Vecdi "Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine" On İki Levha yayıncılık 2010,İstanbul

Aktaş, Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011

Balta Tahsin Bekir İdare hukukuna giriş / Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Âmme İdaresi Enstitüsü, 1970

CEYLAN, Şule Şahin, HART'ın Hukuk Kavramı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014

Coşkun, Vahap, Ulus Devletin Dönüşümü ve Meşruluk sorunu, Liberte yayınları, Ocak 2009, Ankara

Çebi, Yar. Doç Dr. Sezgin Seymen, Sosyal Adalet, Tarihsel Ve Kuramsal Bir Bakış, 2012 XII Levha Yayıncılık Ankara

Çetintürk Ekrem Onarıcı adalet ve ceza adalet sisteminde uzlaştırma Ankara, Adalet Yayınevi, 2017

Çiftcioğlu, Cengiz Topel Onarıcı Adalet Sistemine Dair Genel Bir İnceleme Yayın Tarihi: 2015 Fasikül Cilt.7, Sayı.66 Sayfa.38-49 ss

Erem, Prof. Dr. Faruk, Hakimsiz Mahkemeler,1972,Sevinç matbaası, S:1)

Gözler Kemal, Türk anayasa hukuku /Bursa: Ekin Kitabevi, 2000, (Motif Matbaası)

Gündüz, Altay, Mezopotamya ve eski Mısır, (Bilim, Teknoloji, Toplumsal Yapı ve Kültür) Buke yayıncılık, 2002 İstanbul

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, siyasal Kitabevi, Ankara 2007

Hobsbawm, E.J. Sanayi ve imparatorluk, Dost Kitabevi, Ankara,2019 sayfa 29

Işıқтаç, Yasemin, Hukuk sosyolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013. s15

Işıқтаç Yasemin, Adalet psikolojisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2013, s:15

İplikçioğlu, Bülent, Eski Çağ Tarihinin Ana Hatları, Edebiyat Fakültesi Basımevi,1990,İstanbul

Kozak, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi Ankara 2011

Ökçesiz Prof. Dr. Hayrettin, *Çağdaş* hukuk Felsefesi ve hukuk kuramı incelemeleri Hazırlayan Alkım yayınları 1997 İstanbul s.118

Öktem Niyazi, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der yayınları, İstanbul 2001

Özer Prof Dr. Yusuf Ziya, Adalet Teşkilatının Tarihi Tekâmülü, Hukuk ilmini yayma kurumu:11,1936s:5

Özbek, Veli Özer Ceza muhakemesi hukuku bilgisi Ankara, Seçkin, 2007.

Özbudun, Ergun Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1998

Öztürk, Armağan, Liberal Adalet, Doruk yayınları, İstanbul 2013

Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası hukuk dersleri / Ankara: Turhan Kitabevi, 2004

Ronan, Colin A. Bilim Tarihi, Dünya Kültürlerinde Bilimin Tarihi ve Gelişmesi, TÜBİTAK Yayınları 2005

Solomon, Robert C. Adalet Tutkusu: Toplum Sözleşmesinin Kökenleri Ve Temelindeki Duygular / Robert C. Solomon; İngilizceden çeviren: Ertuğ Altınay. İstanbul: Ayrıntı, 2004.

Supiot, Alain, Homo Juridicus, Dost yayınları,2008,Ankara

Toluner, Sevim, Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler İstanbul: İstanbul Ün. Hukuk Fak. 1973, (İstanbul : Sulhi garan matbaası) Koll. Şti.)

Türközer, Bahir Güneş, Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir,2006 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-62-195>

Umur, Ziya, Roma Hukuku, Beta yayınları, İstanbul 1999

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Toplumsal Yaşam ve Hukuk Hil yayın. 1983

Villey, Michel, Roma Hukuku Güncelliği, Der yayınları, İstanbul 2010

Yücel, Mustafa Tören, Hukuk sosyolojisi, Afşar Matbaacılık,2008,141

Weber, Max Ekonomi ve toplum, İstanbul matbaacılık 2012

Weber, Max, Sosyolojinin Temel Kavramları, s.50. Yarın yayınları, İstanbul,2012

İNTERNET ERİŞİMLİ KAYNAKLAR:

Abak, Volkan <http://www.fdk.yildiz.edu.tr/Yazilar/MisirTarihi.pdf>. Yıldız Teknik Üniversitesi Felsefe ve Düşünce kulübü internet sitesi İngilterede hukukçuların peruk takmayacaklarına ilişkin haber <https://www.dunyabulteni.net/arsiv/304ngiliz-yarg305clar-art305k-peruk-takmayacak-h18758.html>

Türközer, Bahir Güneş, Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir, 2006 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-62-195>

ÜNİVERSİTE VEYA KURUL YAYINLARI

Harmankaya Yrd. Doç. Dr. Savaş, Eski Mezopotamya Ve Mısır Tarihi, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2280, Yazarlar (Ünite 1) Prof.Dr. Kemalettin KOROĞLU (Ünite 2-6) Doç.Dr. Hakan SİVAS (Ünite 7, 8), Eskişehir Ocak 2013

MAKALELER

Akıllıoğlu, Tekin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve İç Hukukumuz Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Cilt.44, Sayı.3-4 Sayfa.155 - 173 Ss.

Akman, Şefik Taylan, Roma Antikitesinde Sosyal - Politik - Ekonomik Değişimlerin Hukuksal Yapı Ve Kamu Düzeni Üzerindeki Etkileri Araştırma Akman / Hacettepe Hukuk Fak. Derg., 2(2) 2012, 89-107

Bilgiç, Prof. Dr. Emin Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı Ve An'anesi [Http://Dergiler.Ankara.Edu.Tr/Dergiler/26/1045/12625.Pdf](http://Dergiler.Ankara.Edu.Tr/Dergiler/26/1045/12625.Pdf)

Gözler, Prof. Dr. Kemal Tabiî Hukuk Ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı Kemal Gözler, "Tabiî Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", *Muhafazakar Düşünce*, Yıl 4, Sayı 15, Kış 2008, s.77-90.

Işıқтаç Yasemin. İstanbul Üniversitesi Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Üyesi.Makale Gazi Üniversitesi Dergisinde Yayınlanmış Ancak Makaleye Tarafımca [Http://Webftp.Gazi.Edu.Tr/Hukuk/Dergi/2_16.Pdf](http://Webftp.Gazi.Edu.Tr/Hukuk/Dergi/2_16.Pdf) Adresinden Ulaşılmıştır.

KEYMAN, Doç. Dr. Selahattin Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/294/2690.pdf>

Kirchmann, İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/243/2145.pdf>

KÖSE, Dr. Hızır Murat Georges Gurvitch'in Hukuk Sosyolojisi Alanında Türkiye'ye Etkisi ,2002, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/285/2601.pdf>

Sargın, Yrd. Doç. Dr. İzzet, Toplumsal Düzen Açısından Hukuk ve Devlet s.160
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/46987> adresinden ulaşılmıştır.

Demirel, Demokan Max Weber'in sosyoloji Kuramı, 2013 Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic Volume 8/12 Fall 2013, p. 361-369, ANKARA

Zorlu, Yard. Doç. Abdulkadir <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA22-Zorlu.pdf>

Uygur, Yrd. Doç. Dr. Gülriiz Adalet Ve Hukuk Devleti, 2004,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/277/2505.pdf>

