

§.1. HUKUKUN TOPLUMDAKİ FONKSİYONLARI

I. Toplumsal Yaşamı Düzenleyen Kurallar

Sosyal bir varlık olan insan, yaşamını bir toplum içinde sürdürmek zorundadır. Ancak, bencil ve çıkarıcı duygularla yüklü olduğundan, toplumsal yaşamı sürdürebilmek için birtakım davranış kuralları ile kendini bağlı kılmıştır. Sosyal yaşamda insanların ve gurupların tavır ve davranışları, bazı kurallara ve otoriteyi belirten standartlara göre örgütlenmiştir. Toplumsal yaşama düzeni, birbiriyle yakın ilişki içinde olan çeşitli norm tipleri biçiminde kendisini gösterir. İlkel toplumlarda bir birlik içinde bulunan toplumsal yaşama kuralları, toplumların gelişimi ile birlikte çeşitlilik kazanmış ve birbirlerinden ayrılabilir niteliklere ulaşmışlardır.

“Mutlak İyi” yi hedefleyen din kuralları, “Toplumsal Yarar” ilkesinden kaynaklanmış olan örf ve adet kuralları, “İyi” fikrinin gerçekleşmesine çalışan ahlâk kuralları ve “adalet”i gerçekleştirmeye çalışan hukuk kuralları toplumsal yaşamı düzenleyen kurallara örnek olarak sayılabilirler. Bunların yanı sıra yenilik - tarz değerini gerçekleştirmeye çalışan moda kuralları da toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar arasındadır. Bu kurallar topluluğu, bütün içinde düşünülmesi gereken büyük bir normatif yapının parçalarını oluşturmaktadırlar. Bazen, iç içe geçmekte, bazen biri diğerine üstünlük sağlamakta ve bazen de taban tabana zıtlıklar içermektedirler. Bu nedenle, hukuk nedir sorusunun cevaplandırılması için, bütün bu normların birlikte değerlendirilmesi ve sınırlarına ilişkin sorunların açıklanması gerekir. Şimdi bunların incelenmesine geçelim.

Din kuralları; toplumsal yaşam içerisinde, çeşitli yönlendirmelerde bulunarak, toplumsal düzenin sağlanmasında önemli etkiler gösterirler. Din kuralları, insanın Tanrısıyla olan ilişkilerini düzenlediği gibi, insanın insanla, insanın toplumla olan ilişkileri konusunda da kurallar getirmektedirler. Din kuralları; iyi ahlâklı olma, haklara saygılı davranma, birbirleri hakkında sürekli olarak iyi ve hayırlı şeyler düşünme gibi yüksek ahlâk ilkelerine yönelik düzenlemeler içerir. Diğer normlara göre din kurallarının en büyük farkı; insan ve toplum dışında bir varlık¹ tarafından konulmuş olduklarından, inananların sorgusuz sualsiz mutlak uymalarının yanı sıra tartışılmaz, değiştirilemez nitelikte olmalarıdır.

Ahlâk kuralları²; her zaman ve her toplumda kendisini hissettirir. Temelde, iyi ile kötünün karşıtlığına dayanırlar. Görev, sorumluluk, pişmanlık, gibi duygular halinde içsel; kınama, ayıplama gibi toplumsal yaptırıma sahiptirler.

Hukuk ve ahlâk arasında büyük ölçüde konu ve içerik birliğine rastlanır. Ahlâk, içini temiz tutmak, kendini aldatmamak, ruhsal bir çelişki içinde bulunmamak yolunda önce insanın kendine karşı ödevlerinden söz eder; çünkü, insanın kendini bir eşya gibi değil, bir kişi (süje) olarak yönetmesi, kendini nesne değil, özne olarak bilmesi ahlâkın ilk

¹ Tanrı fikri her din ve inanışta değişik yorumlandığından, Tanrı tarafından değimi kullanılmamıştır.

² Saygı, Alçak Gönüllülük, Sevgi temel ahlâki değerlerdir. Ahlâken iyinin gerçekleştiği her durumda onlarda gerçekleşmiş olurlar.

Bunların yanı sıra ahlâki değerleri şu şekilde tasnif edebiliriz:

Benle ilgili ahlâki değerler; Doğruluk, Kendine Sadakat, Açık Kalplilik, Ölçülü Olmak, Saflık.

Çevreye ilişkin ahlâki değerler; Dürüstlük, Adalet, İyilik Sever Olmak, Barış Severlik.

Eşya ve olaylara ilişkin değerler; Cesaret, Sabır.

Diğer ahlâki değerler; İrade Özgürlüğü.

buyruğudur. Bazan ahlâk kuralları toplumsal yaşam alanında da sesini duyururlar ve insanın diğer insanlara karşı olan ödevlerinden söz ederler.

İnsan eylemleri, biri dış ve nesnel görünümünden, fizik dünyadaki bir olaydan; diğeri ise iç ve psişik bir olaydan, bir niyet, bir ruh ve irade durumundan ibaret olmak üzere iki öğeden meydana gelmektedir. Hukuk ile ahlâk arasındaki en önemli fark da; hukukun dış eylemlere, ahlâkın ise iç eylemlerle ilgili olmasıdır. Davranışların hukuken değerlendirilmesinde izlenen yol dıştan içe, ahlâk alanında ise içten dışa doğrudur. Hukuk, ilk planda dış eylemlerle ilgilenir, eylemlerin dış görünüşünü düzenler. Çünkü hukuk, toplumsal bir değer olan adaletin nesnel yanına yönelmiştir. Düzenleyip biçimlemek demek, davranışlarda bireysel olanı bir yana atıp, tekrarlamakla tipleştirmeye elverişli, önceden kestirilebilir olanı dikkate almak demektir. Ne var ki hukuk, dış davranışları değerlendiren, iç eylemleri de dikkate alır. Bilindiği gibi, hukukta taammüt, kast, kötü niyet, ihmal, tedbirsizlik gibi içsel tutum alışın önem taşıdığı haller farklı şekillerde değerlendirilir. Bunun nedeni, hukuka aykırılıktaki toplumsal zarar ya da tehlikenin yalnızca bir davranışta değil, aynı zamanda bunu meydana getiren düşünce ve zihniyette de açıkça belirmesidir. Ahlâk alanında ise, iyinin gerçekleştirilmesi söz konusu olduğundan özellikle eylemlerin iç yanı değerlendirmeye tabi tutulur. Çünkü, ahlâken iyinin tek tek bireylerde gerçekleşmesi, onların böylece yetkin olabilmesi hedeflenmektedir³. Ahlâk alanında her şeyden önce irade ve zihniyet söz konusudur. Ama iş bununla bitmez; bunun için düşüncenin eylem ile birleşmesi gerekir. Yani, zihniyet ahlâkı, davranış ahlâkı ile tamamlanmalıdır.

Ahlâk hukukun aksine, açık formüllerle saptanıp nesnelleştirilemez. Hukuk bir toplum düzeni kurmakla görevli olduğu için onun sürekli bir yapıya, bir biçime, bir sisteme ihtiyacı vardır. Bu ihtiyacı ancak, daha çok yasaklardan söz eden ve çıkış noktasını insanlar arası çıkar çekişmelerinden alan yasalarla giderir. Oysa ahlâk, insanın tüm yaşamını ve yaşam durumlarını kapsamına alır. Hiç bir yasal şemaya sığdırılamayacak yaratıcı bir çabadır⁴. Ahlâkın gözünde hiçbir şey çok küçük ve çok önemsiz değildir. Ölçülemeyecek kadar küçük bir şey bile sevgi dolu bir zihniyeti deyimlediğinde önem kazanır. Ahlâk görünüşte değersiz olanı kutsallaştırır, anlamla doldurup ona ağırlık verir.

Ahlâkın izlediği amaç, iç ve dış davranışın tüm birliğinde iyiye yönelmesi ve bu yolla insanın tam anlamı ile kişiliğini yüceltmesidir. Bu noktada yasaya uygunluk (legalite) ile ahlâka (moralite) uygunluk arasındaki ayırmadan söz etmek gerekmektedir. Bu ayırım, hukuka uygun bulunan bir davranışın zorunlu olarak ahlâka da uygun bulunması gerekmediği anlamına gelir. Bir davranışın sadece hukuka uygun olması, ahlâk açısından yeterli değildir. Çünkü ahlâk zihniyete öncelik tanır.

“Hukuka uygunluğun gerçekleşmesi için, eylem ve davranışın sırf dış görünüşünün hukuk normuna uygun olması yeterlidir. Bu davranış onu meydana getiren düşünce ve zihniyet bakımından hukuka saygının bir değımi olmasa, sırf hukuki yaptırım korkusundan ileri gelse bile hukuka uygun kalır. Örneğin borçlu, hiç de hoşuna gitmeyen alacaklısına istemiyerek, sadece icra takibinden kurtulmak kaygısıyla borcunu ödese bile, bu davranışı hukuka uygundur. Ancak, bir davranışın ahlâka uygun

³“Bir kötülüğü beğenen onu işleyen daha kötüdür” Şemseddin Sami.

⁴“Yasalardan korku namuslu adamı yaratır, ama erdemli adamı değil” Marmier.

olarak nitelendirilmesi için onun yalnız dış görünüşü bakımından değil, o eylemi meydana getiren zihniyet bakımından da ahlâkın buyruğuna uygun bulunması zorunludur.”

Hukuk ile ahlâkın yürürlük kaynaklarında da fark ortaya çıkmaktadır. Hukuk normları, bireyin dışında ve üstünde, ona yabancı bir iradenin ürünüdür. Ahlâk ise bireyin kendi vicdanının ürünüdür.

Örf ve adet kuralları; bugüne kadar olagelen şeylerin bundan böyle de gerçekleşmesini buyurur. Yaşamda pek çok alışkanlıklar ediniriz. Alışkanlıklar bireysel olduğu gibi toplumsal da olabilir. İşte, toplumsal alışkanlıklardan doğan örfler de, insanları birbirine bağlayarak, karşılıklı ilişkilere bir rahatlık getirir; toplumsal yaşamı kolaylaştırır. Örf ve adetler, insana bağlı olmalarından ötürü, çevre ve guruplara göre değiştiği gibi kültür dönemlerine, ulus ve ülkelere göre değişir. Örf ve adetler, toplumsal iradenin temel görünüm biçimi olup, doğrudan doğruya yaşamdan ve onun ihtiyaçlarından doğar. Hukuk da bir toplum içinde var olabileceğine göre, çoğu kez örf ve adetlere uymak, içeriğinde onları yansıtmak durumundadır. Toplumsal ilişkileri düzenleyen hukuk, çok eskiden örf ve adetlerden çıkmıştır. Hukukun bu ilk ve temel kaynağı bugün de onun biçimlenmesinde etkili olmaktadır⁵.

Örf ve adet kuralları, hukuk normları gibi bireyin dışında toplumca istenilmiş olmasından başka, içerik açısından da hukukla geniş ölçüde benzerlik gösterirler.

Hukuk kuralları; insan topluluklarının varlığını ve sürekliliğini güvence altına alırlar ve bu anlamda toplumun yaşaması bakımından zorunlu unsurlardır. Hukuk, toplumsal yaşamın bir görünümüdür ve ancak, birden çok insan arasında, bu insanların birlikte yaşamak zorunda buldukları yerde varlık olanağına sahiptir. Hukuk kuralları, kanundan daha geniş bir kavramı işaret eder. Çünkü, hukuk kurallarının pek çoğu yasalarda yer almakla birlikte, yasaların dışında örf ve adet kuralları, sözleşmeler ve yüksek mahkeme kararları da hukuk kuralı niteliğini kazanabilir. Bir toplum içinde yürürlükte olan hukuku bilmeden de ona uygun davranılmasının nedeni, içeriğinde o toplumdaki örf ve adetlerinin, ahlâk ve adabın yansıtılmış olması; hukukun onlara uygun bulunmasıdır.

Hukukun ilk amacı, bir toplum içinde insanların birbirine karşı olan davranış ve ilişkilerini düzenlemektir. Bir adada tek başına yaşayan bir kimse için, hiçbir hukuk kuralı düşünülemez. Hukukun varlığını tasarımıyabilmek için ona aykırı bir davranış olanağının da bulunması gerekir. Tek başına yaşayan bir insanın çiğneyebileceği bir hak olamayacağından aykırı davranacağı bir hukuk normu da olamaz.

Hukuk normları karşımıza farklı yapılarda çıkmaktadır. Şimdi hukuk kurallarının incelenmesine geçelim. Bunun için öncelikle "**Hukuk Nedir ?**" sorusunu cevaplamamız gerekir.

II. Hukuk Nedir ?

Hukuk, herşeyden önce bir düzen demektir. Fakat hukukun öngördüğü düzen, fiilen gerçekleşen bir düzen değildir. Hukuk, toplum içinde insanların gerçekten nasıl davrandıklarını değil, nasıl davranmaları gerektiğini gösterir. Hukuk, kendisine uyulmak

⁵ Bugüne kadar olagelene, bundan böyle de olması gerekir düşüncesinin eklenmesiyle meydana gelen örflere bazen ayrıca zorunluluk inancı da katılır ki teamül hukuk böylece oluşur.

ve uygulanmak için vardır. Adalet değeri dolayısıyla, insanlar arası ilişkileri bir düzene koymak, toplumsal yaşamın gerçekleşmesini sağlamak ister. İnsanlara, “*Bana uy; Beni gerçekleştir*” buyruğu ile seslenir. Hukuk düzeni, doğduğu andan itibaren bireyin karşısına kabul edilmesi ve uyulması gereken, kesinlikle doğru kurallar olarak çıkar.

İnsan, özgür bir varlıktır ve iradesini hukukun buyrukları doğrultusunda kullanabileceği gibi, onlara aykırı bir yönde de kullanabilir. Bu nedenle toplum içinde insanların tutum ve davranışlarının hukuk kurallarına uymaması, her zaman mümkündür.

“İşte hukuk, insan davranışlarını değerlendiren, çıkar çatışmalarına çözüm getiren kurallardan, normlardan meydana gelen bir sistem, bir bütündür.”

İdesi ve ideali adalet olan hukuk, genel olarak şu şekilde tanımlanabilir:

"Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal bir yaşama düzenidir."

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

Düzen fonksiyonu; Hukukun bu fonksiyonu ile anlatılmak istenen, hukukun toplumsal yaşamı düzenleyip insanların barış ve güvenlik içinde bir arada yaşamalarını sağlamaktır.

Pratik yarar (sosyal ihtiyaçların karşılanması); Hukukun pratik amacını, toplumsal gerçeklik belirler. Hukuk bu fonksiyonu ile toplum içinde yaşayan insanların, birbirleri ile kurmak zorunda oldukları ilişkilerini ve biyolojik, psikolojik bir varlık olarak insanın yapısından kaynaklanan ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır. Hukuk bu fonksiyonu ile doğum, evlenme, ölüm vb. önemli biyolojik olayları da çeşitli hükümlerle düzenler. Hiçbir hukuk düzeni yaşamın temel gerçeklerini görmezden gelemez. Hukuk düzeni, insanın doğal yapısına ve bundan ileri gelen ihtiyaçlarına uygun olmak zorundadır⁶.

⁶De Saint Exupery' nin “Küçük Prens” hikayesinden ilginç bir bölümü aktarmak istiyorum;

Küçük Prens yorgun olduğu için esnedi.

- Bir kralın önünde esnemek görgü kurallarına aykırıdır, dedi Kral. Bir daha tekrarlanmasın.

- İstemedim. Kendimi tutamıyorum, dedi Küçük Prens utançla, uzun bir yoldan geliyorum, hiç uyumadım da...

- Öyleyse esnemeni buyuruyorum. Hadi bir daha esne; bu bir buyruktur.

- Korkarım esneyemeyeceğim. Küçük Prens utançtan kıpkırmızı kesilmişti.

- Hımm! dedi Kral, öyleyseeee ... bazen esne bazan da ...

Sözlerini birbirine karıştırdı. Canı sıkılmışa benziyordu. Çünkü, Kralın asıl istediği otoritesine saygı gösterilmesi idi. Karşı gelinmesini hoşgörmezdi. Mutlak bir Kraldı. Bununla birlikte, iyi bir adam olduğu için, hep akla yakın buyruklar verirdi. Kral;

- “Eğer ben bir generale martı olmasını buyurursam, general de dediğimi yapmazsa suç onun değil benimdir.” diye örnek gösterdi.

Küçük Prensın aklı almıyordu. Gezen küçükçüktü. Neyi yönetebilirdi bu Kral ?

- Majeste dedi .. bir şey soracağım ama beni başışlayın.

- Bana bir şey sormanı buyuruyorum.

- Majesteleri neyi yönetiyorlar ?

- Her şeyi, dedi Kral, büyük bir alçak gönüllülük içinde.

Kral kendi gezegenini, öbür gezegenleri ve bütün yıldızları gösterdi.

- Bütün bunların hepsini.

Çünkü, yalnız mutlak bir kral değil, evrensel bir kraldı da.

- Yani yıldızlar da size boyun mu eğiyor ?

- Ne sandın. Bir dediğimi iki etmezler. Kargaşayı hoş görmeyen bir kralım ben.

Küçük Prens Kralın gücüne hayran olmuştu. Kendisinde de böyle bir güç olsaydı neler istemezdi. Önce aynı günde ve hiç kımıldamadan sadece kırkdört değil, belki yetmişiki, hatta yüz, hatta hatta ikiyüz kez gün batımı görmeyi buyururdu.

- Bir gün batımı görmek isterdim... Acaba ? Lütfeder misiniz ? ... Güneşe batması için buyurur muydunuz ?

- Herkesin verebileceği kadarını istemeliyiz. Otorite, her şeyden önce sağduyuya dayanmalıdır. Sen kalkıp halkına, kendilerini denize atmalarını buyurursan, ihtilal çıkar. Benim buyruklarımı, akla yakın oldukları için yerine getirmelerini istemek hakkımdır.

- Peki gün batımı ne olacak ?

Hukuk önemli ölçüde, ekonomik gerçeklere de bağlıdır; ekonomik ihtiyaçlara uymalı ve onları karşılamalıdır.

Adalet; hukuk bu fonksiyonu ile belirli bir düzenleme altına aldığı sosyal ihtiyaçları, özü salt bir eşitlik düşüncesi olan adalet ölçüsüne vurarak gerçek kimliğini kazanır. Hukukun idesi ve ideali adalettir⁷. En kısa tanımıyla adalet, “bir eşitlik düşüncesi”dir.

“Adalet, nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) olmak üzere iki değişik anlamda kullanılır. Adalet aslında ahlâki bir kavramdır; Bu kapsamda, erdem, fazilet anlamında kişisel bir özelliği deyimler.

Kişi her zaman haklı olana yönelir, herkese kendine düşeni vermek yolunda sürekli ve değişmez bir çaba gösterir. İşte bu tutum ve çabayı gösteren adalet, özne (süje) ile ilgili oluşundan ötürü öznel (sübjektif) adalet olarak nitelenir. Bir erdem olan öznel adaletin dışında ve ondan önce nesnel (objektif) bir adalet kavramı vardır. Nesnel adalet, kişinin bir özelliğini değil, kişilerin somut durumlarda gerçekleştireceği ilişki biçiminin bir özelliğini deyimler.

İşte hukuk alanında hukuki değer olarak söz konusu olan adalet de, bu nesnel anlamda adalettir. Çünkü hukuk, insanlar arası ilişkileri biçimlendiren, onlara görünür ve algılanabilir bir düzen veren, bu amaca yönelen normlar bütünüdür.”

Toplum içindeki davranış ve ilişkilerin değerlendirilmelerini içeren kurallar bütünü olarak hukuk, bu değerlendirmelerde adalet ölçüsünü kullandığı ve kullanmak durumunda bulunduğu göre, adaletin böylece, hukukun da bir değerlendirilme ölçüsü olacağı doğaldır. Hukuk normlarında adalet acaba ne ölçüde yansıtılmıştır ? Mevcut hukuk ne denli adaletlidir ? İşte burada yasa üstü adalet kavramı ortaya çıkmaktadır. Bu, tüm hukuk sistemine ve sistemlerine egemen bulunan, nesnel ve salt bir değer niteliğindeki adalettir. Hukuk bir toplum düzenini içerir. Hukukun varlık nedeni de adalettir; gerek mevcut düzeni korumak, gerekse onu değiştirmeyi meşrulaştırmak için her zaman adalete başvurulur. Nesnel ve yasa üstü adalet hukukta karşımıza kurulu hukuk düzenlerinin asli örneği, olması gereken hukuk anlamında hukuk idesi olarak çıkar. Bu niteliği ile adalet, mevcut hukuk düzenlerinin kendisine uygun olup olmadığı açısından bir değer ve değerlendirme ölçüsü olur. Yine bu özelliği ile adalet, aynı zamanda hukukun idealidir. Hukukun gerçekleştirmek amacını güttüğü şey adalettir.

Birbirleri ile olumlu ve olumsuz karşılıklı ilişkilerde bulunan bu üç fonksiyon denge içinde olduklarında, adil bir hukuk düzeninin gerçekleşmesi sağlanır. Normal olarak tüm hukuk normları bu üç fonksiyonu da kapsar.

Sonuç olarak hukuk, hem adaleti gerçekleştirecek, hem toplumsal yaşama uyacak, hem de bu toplumsal yaşamın barış içinde sürebilmesi için bir düzen görünümünü sağlamaya çalışacaktır.

- İstediyin gün batımına kavuşacaksın. Bu konuyla ilgileneceğim. Ama, yönetme biliminin yasaları gereğince, koşulların uygun düşeceği bir zamanı kollayacağım.

⁷“Fiat justiti, pereat mundus” (adalet gerçekleşsin de, varsın dünya batsın).

III. Hukuk Normlarının Yapısı

Hukuk normlarının, kendine özgü bir ifade biçimi vardır. Bu hukuk normlarının mantığı yapısı olarak nitelendirilir.

Hukuk normlarının mantığı yapısını bir örnekle açıklamak istersek;

"Bir kimse, bir başkasına kasten ya da ihmali sonucu bir zarar verirse, verdiği zararı tazmin etmekte yükümlüdür."

Örnekten de anlaşılacağı gibi, hukuk normları iki bölümden oluşmaktadır;

Birincisi, **Kanuni Olay**; ikincisi **Hukuki Sonuç**'tur. Örneğimizde kanuni olay, "bir kimse bir başkasına kasten veya savsaklama sonucu bir zarar verirse" denilen bölümdür. Hukuki sonuç ise "bu zararı tazmin etmekte yükümlüdür" denilen bölümdür. Her hukuk normunda bu iki bölümü, her zaman bu kadar açık olmasa da gözlemlemek olasıdır. Bu hukuk normunun mantığı yapısıdır.

Hukukun mantığı yapısı asıl önemini hukukun uygulanmasında gösterir. Hukuk normunu uygulayacak olan, soyut kuralların, somut olaya uygulanmasında hukuk mantığından yararlanmak zorundadır.

Hukuk kurallarının özünde emir unsuru bulunur. Temel özellikleri ise genellik ve soyutluktur⁸. Soyut kural, somut olaylara çözüm getirmek konusunda sayısız olanakları içerir ve hukuk kuralını uygulayacak olan, soyut kuralı yorumlayarak bu kuralın kapsamına giren değişik uyumsuzlukların hepsine çözüm bulabilir.

Hukuk kurallarının uygulanmasında, normlar arasında bulunan hiyerarşi gözönünde bulundurulmalıdır. Yapılan sıralamaya göre, en üstte Anayasa yer alır. Anayasaları kanunlar, tüzükler, genelgeler ve bunları da sözleşmeler ile diğer tasarruflar izler. Bu düzenleme içinde, hiçbir kuralın kendinden önce gelen kurala aykırı olmaması gerekir. Ancak, bu normatif düzenlemede bir dereceden diğer dereceye geçilirken bir boşluk vardır ki, işte bu boşluk yetkili organ veya kişinin takdir yetkisini gösterir. Doldurulması gereken boşluk, bu alanda çıkabileceği gibi, genel nitelikteki kanunlar ile özel düzenleme getiren kanunlar arasında da oluşabilir. Özel düzenleme getiren kanunun sorunu cevaplayamadığı alanda, yargıcın olayı çözmek için kural koyması gerekecektir.

Bazen hukuk normları arasında çelişki oluşabilir. Bu çelişki, genel normla genel norm, genel normla özel norm ve özel normla özel norm arasında ortaya çıkabilir. Bu durumlarda uygulanması gereken temel kural, sonraki kanun, özel kanun ve hiyerarşik bakımdan üst düzeydeki kanun biçimindedir.

Bir hukuk düzeninde yönetmelikler tüzüklerden, tüzükler yasalardan, yasalar da anayasadan çıkar; geçerliliklerini, alttan yukarıya doğru bir dizi izleyerek, daha üstteki bir norma borçludurlar. Ancak, bir hukuk düzeninin geçerlik ve yürürlüğüne ilişkin soruyu cevaplamak yolundaki girişimi anayasaya kadar çıkarıp orada kesmek rasyonel düşünceye aykırıdır. Çünkü, anayasa da yürürlükteki değişen bir hukuktur. Bu yüzden anayasa da, geçerlik nedeni bakımından araştırılmaya tabidir. Bu araştırma ise bizi, toplum içindeki davranışların değerlendirmelerinden ibaret olan hukukun son temeli, tüm hukukun çıktığı kaynak olarak adaletin kabulüne götürür. Bunun nedeni, adaletin

⁸ Bazen kanun koyucu somut ağırlıklı kurallar koymaya çalışır. Vergi Hukuku kuralları buna örnektir.

salt bir düşünce ve salt bir değer (salt bir olması gereken) oluşudur. Hukukun asıl amacı adalettir.

IV. Hukuk Normlarının Çeşitleri

Hukukun en açık biçimde bulunmasını sağlayan ve çeşitli kullanım kolaylıkları taşıyan yazılı şekil, çoğu kez hukukun en temel kaynağı olarak kabul edilir. Yazılı hukuk kaynakları ifade olarak benzerlikler gösterebilir de, nitelik olarak farklı özellikler taşırlar. Çünkü, her kuralın işlevi farklıdır. Bu farklı nitelikteki hukuk kurallarını "Emredici", "Tanımlayıcı" ve "Tamamlayıcı" hukuk normları olarak tasnif edebiliriz.

Emredici hukuk normları; Hukukun zorlayıcılık fonksiyonunun açık bir biçimde görüldüğü bu norm, çeşiti, ifade biçiminden kolaylıkla anlaşılabilir. Örneğin;

Hırsızlık suçunu tanımlayan Türk Ceza Kanunu 491.maddesinde

"Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa altı aydan üç seneye kadar hapsolür."

Evlenme yaşı sınırlamasına ilişkin Medeni Kanun 88.maddesinde;

"Erkek on yedi, kadın onbeş yaşını bitirmedikçe evlenemez."

Borçlar Kanunu 163.maddesinde;

"Yazılı biçimde yapılmadıkça, alacağın temlik geçeri olmaz."

kuralı getirilmiştir. Bu sayılanlar emredici nitelikte kurallar olup, aksine davranış müeyyideyi (yaptırım) gerektirir.

Tanımlayıcı hukuk normları; Az olmakla birlikte bu tür hukuk normları da pozitif hukuk düzenleri içinde yer alırlar.

Medeni Kanun 19.maddesine göre;

"Bir kimsenin ikametgahı yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir."

Borçlar Kanunu 355.maddesine göre;

"İstisna akdi öyle bir sözleşmedir ki, onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir şeyin yapılmasını üstlenir."

gibi.

Amaçları çeşitli hukuki ilişkileri ve hukuk kavramlarının kanun açısından içerdiği amaçların açıklanması ve çeşitli hukuk kavramlarının tanımlanmasıdır.

Tamamlayıcı hukuk normları; Özellikle hukuki ilişkinin sùjeleri tarafından serbest olarak belirlenmesi gerektiği halde, belirlenmeyen alanlarda bu tür kurallar kullanılır. Örneğin;

MK 170.maddesindeki düzenlemeye göre;

"Karı koca, diğer usullerden birini kabul etmedikleri takdirde, aralarında mal ayrılığı rejimi cereyan eder."

V. Hukuk Normlarının Zorlayıcılığı ve Yaptırım

Hukukun öngördüğü düzen kendiliğinden gerçekleşemez. Bu düzeni, davranışlarında ve ilişkilerinde yansıtıp gerçekleştirecek olan, insandır. İnsan hukukun öngördüğü yolda

yürürse sorun çıkmayacaktır; ya yürümezse ? Bu takdirde hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır. Hukuka aykırı davranışa karşı bir tepki olan yaptırım ise bu davranışın zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmasını amaçlar.

Tarihsel gelişim içinde yaptırım şu görünimleri almıştır. İlk olarak kişisel ölç olarak yaptırım uygulanmıştır. Toplum zarar gören kimseye böyle bir cezalandırma hakkı tanımıştı.

“Bu sistemin özellikle iki noktada sakıncası bulunmaktaydı; ilk olarak, haksız davranış ile buna karşı gösterilen tepki arasında, adalet gereği bulunması gereken uygunluk, eşitlik yoktur. İkinci olarak, saldırıların zincirleme biçimde sürüp gitmesi sakıncası bulunmaktadır.”

Zamanla kişisel ölçün sakıncaları nedeniyle kısas yöntemi bulunmuştur. Bu yöntemde, hukuka aykırı davranış ile buna karşı gösterilen tepki arasında bir eşitlik kurulmuştur. Kısacası, bu yöntemle göze göz, dişe diş ilkesi geçerlidir.

“Bu yöntemde, cezada kusur denilen öznel (sübjektif) etken dikkate alınmadığı için adaletsiz olduğu ortadadır.”

Daha sonra, uzlaşma ve hakem yöntemi bulunmuştur. Saldırıya uğrayan veya ailesi, para ya da mal karşılığında, saldıranla uzlaşır; bu şekilde toplumsal barış yeniden kurulmuş olur. Tazminat konusunda uzlaşamazlarsa ya da hakem seçmek ve onun yargısına uymak konusunda anlaşamazlarsa kişisel ölç sistemine dönmekten başka yol bulunmamaktadır.

“Haksızlığa uğrayanın saldırıyı hakem önüne götürmeye ve onun kararını yerine getirmek üzere zorlamaya yetkisi olmadığından bu yöntem de hukuk düzeninin sağlamlığı yönünden yeterli değildir.”

Bu günkü modern sistemde artık bu sakıncalar kalmamıştır. Haksızlık yapılan herkes bu eylemin sahibini hakim önüne çıkarabilir. Devletin kurduğu mahkemeler, yine devletin koymuş olduğu yasalar gereğince ortada hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını saptar ve buna karşı uygulanacak yaptırımı belirler. Verilen karar yine devlet gücüyle yerine getirilebilir.

Hukukun asıl zorlayıcılığı, adalet değerinden, onun öngördüğü düzen fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Çünkü adalet, bir eşitlik düşüncesidir. Bu eşitlik düşüncesi, aynı zamanda toplumsal bir değer olan adaletin ifadesi olarak bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu düzenleme de her zaman kendiliğinden gerçekleşmeyeceği için, hukuksal düzeni kurmakla yükümlü olan makam (bu makam çağdaş görünümde ulusal devlet kimliğini kazanmıştır) zor kullanma hakkını ama öncelikle adalet çerçevesi içerisinde uygulamak zorundadır.

Devam edecek.

Yararlanılan Kaynaklar

- | | |
|-------------------------|--|
| ARAL, Vecdi | Hukuk ve Hukuk Bilimi üzerine. İstanbul 1983. |
| ARAL, Vecdi | Toplum ve Adaletli Yaşam. İstanbul 1988. |
| GÜRİZ, Adnan | Hukuk Başlangıcı, Ankara 1986. |
| İŞIKTAÇ, Yasemin | Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku. İstanbul 1992 |