

HUKUKUN HUKUKA AYKIRILIĞA YOL AÇMASI OLGUSU¹

Hukuk çeşitli biçimlerde güncellenebilir. Ancak, burada konuyu özellikle en yaygın biçim olarak yasal çerçevesiyle sınırlamayı uygun bulduk. Bunun bir nedeni en yaygın biçim olması kadar, bugün için ideal bir form olarak kabul edilmesidir.

Hukuk denilince ilk akla gelen biçim olarak yasa, Fransız devriminden beri, insan haklarının ana güvencesi biçimini almıştır. Yasanın bu yükselişi, salt iktidarların keyfiliği karşısında oluşan bir tepkidir. Özgürlüklerin güvencesi, halkın halk tarafından yönetilmesi ve bunun temel aracı olarak yazılı, sınırları belirlenmiş bir hukuk temel standardı oluşturur. Ancak bu yasalar da bir sınırla belirlenmiş olmalıdır. **“Devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlükleri”** güvenceye almak bu sınırı oluşturur. Yasanın ulaştığı bu yüksek nokta, yöneten ve yönetilenlerin yasayla bağlı olması, sadece yasaya karşı sorumlu olma, yasaların herkese eşit uygulanması ve daha bir çok ilke siyasal özgürlüklerin ve meşruiyetin de temel dayanaklarıdır.

1789 Özgürlükler Bildirisi 5.maddesi ile “yasaların yasaklamadığı her şeyin serbest olduğunu” hükme bağlamıştır. Böylece tüm diğer özgürlüklerin de zorunlu ve yeterlilik şartı olarak yasa taçlandırılmıştır. Genel iradenin bir ifadesi olarak yasaya, 1789 bildirisinin on yedi maddesinden dokuzunda doğrudan göndermeler yapılmıştır. Rousseau, toplum sözleşmesi ve ulusal egemenlik kavramlarının bu önemli temsilcisi olan yasada ifadesini bulan genel iradeye; genel yararı yansıtmaya, yanılmazlık ve bölünemezlik vasıflarını da tanıyarak adeta onu transandantal bir ilke düzeyine yükseltmiştir².

Yüceltilen bu yasa anlayışının uygulamada her zamanda bu düzeyde kalamadığı da bir gerçektir³. Yasanın salt bir düzenleme olmaktan dolayı bir sihir ve kerameti yoktur, olamaz. Yasa eğer adil, demokratik ve özgürlükçüye olumlu bir anlam ifade eder⁴.

Çok boyutlu normatif bir yapı olarak hukuk, asıl fonksiyonunu hukuka aykırılıkları gidermek için kullanılacağı somut yaşam içinde gösterecektir. Bir yasanın uygulama içinde kazandığı işlev ve anlam, onun temel değerlendirici kriteridir. Bu değerlendirmeler bize bir yandan hukukun norm boyutunu, diğer yandan hukukun toplumsal yaşam içindeki gereksinimleri karşılama fonksiyonunu göstermektedir. Öte yandan bu her iki fonksiyonun da taşıyıcısı olarak adalet değerine ayrı bir önem vermek gerekecektir.

¹ Bu makale daha önce Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara Cilt 4, Rekmay Ltd., Ankara 2000’de yayınlanmıştır.

² Göze, s. 206-208.

³ “Yasa kötülük etmez” inancı mantık düzeyinde ne kadar çekici görünürse görünsün, somut hayatın gerçekleri bambaşka bir yol izlemiştir. Pek çok ülkenin bilançosu, “yasa ezici olmaz” iddiasının siyasal mitolojide kaldığını, bir politik efsane olmaktan ileri gitmediğini ve insan haklarının çiğnenmesinde kullanılan aldatmacalardan biri olduğunu, pek çok adaletsizliğin ve haksızlığın “yasa” kılığına bürünebileceğini yeterince ortaya koymuştur. Yasa’nın insan hakları açısından da bir tehdit kaynağı olabileceğini kabul etmek için sırf anayasa mahkemelerinin anayasaya uygunluk denetimi olgularına bakmak yeterli olur. Bkz. Tanör, s. 179.

⁴ Tanör, s. 180.

Bu tartışmada hukukun geçerli olması, etkin olması ve adil olması sorunları açısından geçerli olma ile ilgili sorunlar dışarıda tutulmaktadır; yani bu araştırma, geçerliliği tartışma dışı olan normun, uygulanabilir bir norm olarak hukuka aykırılığa yol açması konusuyla sınırlandırılmıştır⁵.

Geçerli normun bir değer taşıyıcısı olarak hukuka aykırılık yarattığı noktası temel alınmaktadır Bu sorun aslında hukukun gerçekleştirilmesi gereken standartın yani değerinin ne olduğunun sorulmasını zorunlu kılar. Hukukun bir değer olarak adaletle ilişkisi, daha da derinde hukuk ahlak ilişkisi üzerinde bir irdelemeyi gerektirir. Hart, hukukla ahlak arasındaki ilişkiler hakkındaki sorular konusunda -ki bu sorular ifadesini bilinçli olarak seçtiğini çünkü tartışmanın hararetinden hukuk-ahlak ilişkisinde tek bir sorudan değil-birbiriyle bağlantılı birçok sorudan söz edilebileceğine dikkatimizi çekmektedir. Daraltıcı bir değerlendirmeye hukuk-ahlak arasındaki ilişkide özellikle konumuz açısından şu başlıklar belirginleşebilir:

- 1- Hukuk ahlak ilişkisi arasındaki karşılıklı etkileşim. Tarihsel olarak hukukun gelişimi ahlaktan etkilenmiştir; ancak, burada adaleti gerçekleştirme ile oluşturulan düzen ortamı olarak hukukun da ahlakın gerçekleşmesi için zemin oluşturduğuna dikkat çekmek gerekir.
- 2- Analitik olarak hukukun ya da hukuk sisteminin doğru ve tam bir tanımında, ahlaka bir gönderme yapma gereği var mıdır ?
- 3- Hukukun hukuka aykırılık oluşturabilmesi adil olmama durumudur. Bu nedenle de ahlaki eleştirisinin olanaklılığı ve biçimleri ile ilgilidir. Bu olanaklılık kabul edilirse hangi ahlaksal kriter esas alınacaktır ?
- 4- Adaletin içeriğinin doldurulması ile ilgili sorunlar nasıl aşılacaktır? Daha farklı bir ifadeyle hukuk uygulamasının hukuka aykırılığa yol açması olgusu ya da bunun çözümlenmesi nasıl gerçekleşecektir ?

Bu soruların tamamının cevaplandırılmasının konu ile ilgisi açıktır.

⁵ Hukuk için şu üç temel soru yaşamsal önem taşımaktadır:

- hukuk olarak nitelendirdiğimiz şey geçerli midir? (hukukun ontolojik sorunu)
 - hukuk olarak nitelendirdiğimiz şey etkin midir? (hukukun fenomenolojik sorunu)
 - hukuk olarak nitelendirdiğimiz şey bir değeri gerçekleştirmekte midir? (hukukun aksiyolojik sorunu)
- İlk soru doğrudan hukukun düzen fonksiyonu ile ilgilidir ve onun formal yanıtıdır. Yanıt, daha çok ilgili hukuk düzeninin kendisi ile bağlantılı olarak ortaya konmuş olan temel yasaları çerçevesindedir. İkinci soru geçerlilik açısından tartışma konusu yapılmayan bir uygulamanın gerçekten bir uygulama olarak iş görüp görmediği sorusudur. Bu, hukukun toplumsal yarar fonksiyonu ile daha yakından ilişkilendirilebilecek bir alandır ve cevabı daha çok etkin ya da neden etkin değil biçiminde olan alanına ilişkin yani Hukuk Sosyolojisi teknikleri ile verilebilir. Üçüncü soru ise hukukun, belirli bir değer gerçekleşmesi veya bir program gerçekleşmesi olarak gerçekten “iyi” bir uygulama olup olmadığı açısından değerlendirilmesidir. Normun adaletle uygunluğu sorunu, o normun belli bir hukuk düzeninin esinlendiği son değerlere veya amaçlara yanıt verip vermediği sorusudur. Bir normun adalet değeri açısından ele alınması, “olan” ve “olması gereken” arasındaki fark açısından sorgulanması anlamındadır. Hukukun adalet fonksiyonu açısından sorulan bu sorunun daha çok Hukuk Felsefesi yani hukukun “olması gereken” açısından değerlendirilmesidir; Işıқтаç, HNM, s. 25 vd.

BİRİNCİ SORU :

Hukuk-Ahlak ilişkisi, Kapsamı ve Sınırları

Ahlak ‐iyi‐ nin gerçekleştirilmesi istemi olarak tanımlanabilir. Buna oranla çok daha dar bir istemde bulunan hukuk ise ‐adalet‐in gerçekleşmesini beklemektedir. Hukukla ahlakın temelindeki ‐olması gereken‐ ler olarak değerlendirebileceğimiz ‐iyi‐ ve ‐adalet‐ değerleri, ideal anlamda objektifleştirici kriterleridir. Hukukla ahlak arasındaki asıl bağlantının bu noktadan kurulabileceği açıktır. Çünkü, ‐birisine hakkı olanı vermek‐ biçiminde tanımlayacağımız adalet aynı zamanda iyi bir Őey olmakla iynin içinde de yer alır. Adalete uygun davranma ahlaki bir davranıştır. Ancak diğer ahlaki değerlere oranla adaleti ‐asgari etik‐ olarak tanımlayabiliriz. Çünkü, o bir eşitlik dūřuncesi olarak hakkı olanı vermekle yetinmemizi beklemektedir. Bunun nedeni de hukuka dūzen fonksiyonunu gerçekleştirecek kadar bir alanın yeterli olmasıdır; oysa ahlak kendimize karşı olanlardan çevreye karşı olanlara kadar bütūn yaşam alanımızı kapsayacak kadar geniş taleplerde bulunmaktadır. Ahlaki değerler alanında (sevgi değeri merhamet gibi) öyle değerler vardır ki, hakkımız olandan vazgeçmemizi, kendimizi feda etmemizi bile bekler.

Hukukla ahlak arasındaki ayırımın zorlayıcılık, normatiflik ve yaptırıma dayalı olma ya da olmama gibi biçimsel kriterleri açısından yapılamayacağı açıktır.

Hukuk alanında olduğu gibi, ahlak alanında da her norm belli bir durumun varlığında, belli bir biçimde davranılmasını buyurur. Herhangi bir durum ortaya çıktığında, her iki tür normun gösterdiği doğrultuda hareket etmek, insan için bir yükümlölüktür.

Zorlayıcılıktan hareketle hukukla ahlak arasında bir ayırım yapmak da yeterli olmaz. Aralarında yaptırımlı olma açısından bir fark yoktur; ancak yaptırımın niteliği açısından fark vardır. Hukukun yaptırımının dışta ve görünür olmasına karşın ahlak vicdan azabı biçiminde bir yaptırıma sahiptir. Hukuka aykırılık halinde de ahlaki olgunluk bir vicdan muhasebesine götürebildiği oranda yetkindir.

Zorlayıcılık ya da normatiflik gibi biçimsel kriterler alanında hukuk ve ahlak için ortaya çıkan benzerliklerin yanında, içeriksel olarak da hukukla ahlak arasında bir benzerlik söz konusudur ve bu nedenle alanlarının birbirlerinden ayrılması güçlük taşır. Őöyle ki; adam öldürme yasağı, girişilmiş yükümlölüklerin yerine getirilmesi, yalan söylememek vb. hem hukuku hem de ahlaki ilgilendirmektedir. Ancak; iini temiz tutmak, kendimize karşı olan görevlerimiz, tinsel çelişkilerden arınmak gibi ahlaka özgü bir alan söz konusu olduğu gibi, salt dūzenleme yapmakla ilgili bütūnüyle ahlaktan bağımsız hukuk alanı da bulunmaktadır; trafığın akış yönü, mahkeme dūzeni, hakların takibinin süreye bağlanması gibi.

Ortaklaşa alanda ahlakın istemlerinin her zaman hukuktan daha geniş olduğu da açıktır. Ahlakın ‐yardımsever olunuz‐ biçimindeki emrine karşı, hukuk sorumluluk açısından ödevi, yakın akraba ve eş ile sınırlandırıp, onların talebi halinde ve zorda kaldıkları sabitse yardım etme yükümlölüğü biçiminde ortaya koymaktadır.

Yukarıdaki açıklamalarla biçimsel noktalardan yola çıkıldığında hukukla ahlak arasındaki ayırımın temellendirilmesinin olanaksızlığı görölmektedir. Konu alanındaki birlik ve değerlerin yakınlığı da göz önüne alındığında acaba başarılı bir alan ayrıştırması yapılabilecek midir? Biçimsel olarak ortaya çıkan hukukla ahlaki ayırma güçlüğünün

içeriğe ilişkin alanlarda da söz konusu olduğunu görmekteyiz. Bu ayrımın yapılması bir yandan, ahlaksal özgürlüğün sağlanmasının -ki aksi halde buyurulmuş bir ahlak söz konusu olacaktır; bu ise ahlakın temelde özüne aykırıdır ve özgür insan kişiliğini öldüren bir şeydir- diğer yandan hukuku bir bilim olarak görebilmemiz için konusunu ve alanını belirtmenin, benzer olay ve kavramlardan ayırt etmenin, bunları karşılıklı sınırlandırmanın gereğidir⁶.

İKİNCİ SORU :

Yetkin Bir Hukuk Tanımı Hangi Fonksiyonları İçermelidir ?

Kant, hukukçuların halen bir hukuk tanımı bulmak için uğraştıklarından bahsederken, bir gün ortaklaşa bir hukuk tanımına ulaşılacağı konusunda bir düşünceye sahip olduğunu da söylemektedir . Ancak hukukun tartışma dışı bir tanımına günümüzde de henüz ulaşılmamıştır. Bu bazı olumlu sonuçlara yol açabilir; statikleşmiş durgun bir hukuk anlayışının yerini dinamik bir hukukun alması ya da her yeni hukuk tanımının bir öneri olmak sıfatıyla yeni açılımlara olanak tanınması gibi. Ancak, tümeller problemi açısından normatif bir kavram olarak hukuktan ne anlaşılması gerektiği konusunda ortalama bir anlaşma zemini olmaksızın diyalog olanağı da bulunmamaktadır.

Herhangi bir hukuk teorisinin ana sorunu hukukunun özünün ne olduğunda odaklanmaktadır. Bu soru iki biçimde cevaplandırılabilir; öncelik hukuk kavramıdır. Burada soru “Hukuk nedir?” biçimindedir. İlgi, sosyal gerçeklik içinde hukukun doğasına yöneltilir. Burada da soru “niçin hukuk?” biçimini alacaktır. Habermas bu ikili soruya dikkatimizi çekerken; “normların temellendirilmesine gerek duyulmayan bir sosyalizasyon ilkesi oluşturulmadıkça, adalet sorunu, her zaman bir meşruiyet ve temellendirme problemi olarak kalacaktır” demektedir⁷. Bu nedenle de gerek etik, gerekse yönelim hukuka ilişkin çalışmalarda her zaman bulunacaktır.

Hukukla etik arasındaki ilişkinin tartışmaların odağında olduğunu görmekteyiz. Bu ilişkiyi, tarih boyunca farklılıklar göstermiş olsa bile, iki ana eğilim içinde tipikleştirebiliriz. Doğal hukuk, hukukun adalet değeri açısından kavranmasını öngörmekteyken, pozitivist ekol hukukun yasa koyucunun iradesi ile şekillenmiş olduğuna ve bunun dışında bir arayışın hukukun ideolojik değerlendirilmesi olacağını belirtmektedir. Bu tartışmalara rağmen hukuk, hem normatif bir ifade hem toplumsal yaşam içinde ortaya çıkan sorunlar için bir çözüm, üstelik de uygun -ki doğal hukuk bu uygunluktan aşkın anlamda adalet değerinin gerçekleşmesini anlarken pozitivizm yasa koyucunun uygun bulduğunu anlamaktadır- bir çözümü içeriyor olmalıdır. Bu, hukukun ihmal edilemez üç temel fonksiyonunun işaretini vermektedir: norm boyutu, toplumsal yarar boyutu ve aksiyolojik boyutu. Herhangi bir teorik hukuk yaklaşımının, hukuk normunun bu üç fonksiyonun birisini ihmal etmesi hukuka yönelik eksik bir fotoğrafı ortaya çıkaracaktır.

⁶ Aral, HBÜ, s. 71; ayrıca bkz. aynı sayfa dipnot 88.

⁷ Habermas, ss. 155, 164.

ÜÇÜNCÜ SORU :

Hukuka Yöneltilen Değere Bağlılık Eleştirilerinin Olanaklılığı ve Biçimleri

Hukuk-etik ilişkisi,

- ampirik olarak kurulabilir; belirli asgari ahlaki koşulları yerine getirmeyen hukuk sistemlerinin yaşayamayacağı ileri sürülmesi etkinlik açısından bir değerlendirmedir. Yani somut olay adaletin gerçekleştirilmemesi veya hukuka yönelen istemin çözümsüz kalması, hukukun hukuk olarak fonksiyonunu yerine getirmediği anlamına gelecektir,
- analitik olarak kurulabilir; zorunlu kavramsal ahlaki unsurlar hukuk kavramı ile tanımsal tespitlere bile girmeden önce bir bağlantı halindeyse geçerlilik açısından bir ilişki söz konusudur. Bu durumda hukuk geçerliliğini değere yönelmiş olmasından alacaktır,
- normatif olarak kurulabilir; hukuk kavramının tanımında, kavramın ahlaki unsurlar içermesi zorunluluğu ileri sürülüyorsa normatif bir ilişki söz konusudur⁸. Hukukun tam ve yetkin tanımının yukarıda sözü edilen üç fonksiyonu da içermesi halinde normatiflik, düzen fonksiyonu altında tipikleşecektir. Değerin somutlaştığı alan olarak düzen ve onun aracı olan düzenleme, normatif oluşla ilgi çekici bir biçimde bir ölçüye dönüşmektedir.

İlk iki şık özellikle yukarıda tanımlama ile ilgili başlık altında ve hukuk ahlak ilişkisindeki geçişlerle ilgili alanda cevaplandırılmaya çalışıldı. Burada normatiflik üzerinde bir miktar durup, bir öneri olarak tipik hukuk felsefesi tartışmalarından birisini çözmeye çalışalım. Bu sorun “olan”la “olması gereken” arasındaki çatışkı ve bir tercih yapma zorunluluğu etrafında düğümlenmektedir. Hukuk sistemi -ki bu geçerli ve yürürlükteki hukuk olarak alınmalıdır- ile sosyal sistem arasındaki ayrıca hukuk sistemi ile katılanların perspektifleri arasındaki bağ temelde olumlu bir ilişki olarak alınmalıdır. Çünkü hukuk diyalojsal bir ilişki olarak tarafların başarılı bir sosyal yaşam için nasıl çözüm oluşturdukları ve bu çözümün nasıl uygulanacağı ile ilgilidir. Bu bağın reddedilmesi pernormatif çelişkilere yol açar. Çünkü normatif oluş doğrudan “olan-olması gereken” ayrımını çağırıştırır. Hukukun normatif oluşu tartışılmıyorsa, bir değeri yansıtmakta olduğu da tartışılmayacaktır. Aslında buradaki göndermeyi Welzel’in yaklaşımıyla aşma olanağı vardır. Pozitif hukuk-doğal hukuk ikilisinde doğal hukukun olması gereken bir hukuk olduğunu söylerken, pozitif hukukun da bir yandan yürürlükte ve geçerli oluş açısından bir “olan” ama aynı zamanda hukukun idesini yansıtma açısından bir “olması gereken” olduğunu gösterebiliriz. Bunu da “olan-olması gereken” olarak formüleştirebiliriz. Pozitif hukukun bir “olması gereken” karakterini taşıdığı açıktır. Fakat bu “olması gereken”, insan bilincinde egemen bir güç olarak yaşadığı ve onların davranışlarından algılanabilecek toplumsal bir düzen olarak karşımıza çıktığı için, yine de “olan”dır. Yer ve zamana bağlı, değişken bir “olan-olması gereken”dir. Doğal hukuk ise yer ve zamana bağlı olmayan, bununla birlikte hukuksal ve ahlaksal bir ideal olarak yer ve zaman içinde gerçekleştirilmesi insandan beklenen bir ödev kimliğinde,

⁸ "12-14 Ekim 1988 Götingen Uluslararası Hukuk Felsefesi ve Sosyal Felsefe Birliğinin Kongre Tebliği", Yayınlayan, R. Dreier, ARSP ek. ss. 9-23. Bkz. aynı derlemede yer alan Alexy "Hukuksal Pozitivizmin Eleştirisi" s.14 vd.

değişmez, salt bir “olması gereken”i deyimler⁹. Salt olması gerekeni gösteren hukuk, bu özelliği ile yalnızca akıl aracılığıyla değil, ancak vicdanla birlikte tasarlanabilir. Bu anlamda doğal hukuk ahlaki akıldan çıkar¹⁰.

Hukuka yönelik önemli bir ekol olarak pozitivizm, temel tezini hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunmadığı biçiminde formüleştirebilir. Ancak hukuk normunun yorumlanmasında pozitivizm kendi tezini yeniden gözden geçirmek durumundadır. Çünkü yasanın yorumlanmasında yasanın “amaç”ı esas alınacaktır. Bu ulaşılmış bir nokta olarak sübjektif irade araştırmalarının önüne geçmiştir. Bugün teleolojik yorumun önemi ve vazgeçilmezliği de buna işaret etmektedir. Teleolojik yorumu ise ancak akli esas alan birisi yapabilecektir; yani zorunlu olarak rasyoneldir. Yapılan araştırma buna bağlı olarak kavramlar ve değerler bazına taşınmak durumunda kalacaktır.

DÖRDÜNCÜ SORU:

Hukuk Ahlak Bağlantısını Kuran Değer Olarak Adaletin İçeriğinin Doldurulması İle İlgili Sorunlar Nasıl Aşılabilir ?

Bu sorunun cevaplandırılmasından önce adaletli kararların tartışma dışı yanları olarak;

- adaletli kararın ortaya çıkışında ilgili hukuk kurallarının dilsel ifadelerinin uygun olanakları içeriyor olması,
- somut duruma ilişkin koşulların yeterince aydınlatılmış olması,
- kararı verecek makamların önyargısız ve objektiflik koşullarına sahip olması,

belirlenebilir.

Yasa yapma tekniklerinin başarı ile uygulanması, normun açık ve anlaşılır olması, somut olaya ilişkin koşulların saptanmasında uygun tekniklerin ve teknolojinin kullanılması, başarılı hukuk uygulamasının en temel koşulu olan yargıcın nitelikleri konusu olmaz koşullardır. Ancak salt bu koşullardan yola çıkıldığında sınırlı postulalar olan bu ilkelerin hukukun somutlaştırılması alanını aydınlatmada yeterli olmayacağı açıktır.

Çözümle ilgili başlangıç noktası, bir değerler silsilesi olarak hukuk düzeninin iç sıralamasına yani normlar hiyerarşisine bakmak olabilir. İlk olarak yetkili organlarca usulüne uygun olarak çıkarılmış olma kriteri ele alınabilir. Burada sorunun dönüp dolaşıp bir referans metin olarak anayasaya dayandığını görmekteyiz. Bugün toplumsal uzlaşma belgesi olarak anayasalara sadece yasal bir etki değil aynı zamanda sosyolojik bir görevde yüklenmektedir. Kelsen’in tipikleştirip yetkin bir biçimde ortaya koymuş olduğu normlar hiyerarşisinin anayasa altında yer alan kademeleri için pek de sorun çıkmamaktadır. Kanun ve kanun hükmünde kararnameye uygun tüzük, tüzüğe uygun yönetmelik, yönetmeliğe uygun genelge vb. gibi giden silsile kendi içinde tutarlıdır. Ancak, anayasal düzen içinde yer almakla birlikte normlar hiyerarşisi açısından tartışılan

⁹ Welzel, s. 238. Hukukun etik doğruluğu ve mantıksal doğruluğunun sağlanmasında, kanun koyucuya doğru yönergeleri doğal hukuk verebilir. Etik doğruluk konusunda kanun koyucuya verilecek önceden belli ve hazır bir sistem yoktur. Doğal hukuk genellikle ve salt olarak geçerli bir normlar sistemini bulamamıştır. Bununla birlikte yasa koyucunun ödevinin etik bir ödev olduğu, adalete uygun olanı gerçekleştirmek zorunda bulunduğunu hatırlatıp açıklamakla, onun teorilere sapanmasını önler.

¹⁰ Welzel s. 238.

bir noktanın uluslararası hukuk metinleri olduğunu görmekteyiz¹¹. Bizi özellikle de antlaşma niteliğindeki çok katımlı insan hakları sözleşmeleri ilgilendirmektedir¹². Aşırı pozitivist bazı yorumlar, bu belgelerin, anayasalarca kanun olarak kabul edildikleri noktasından hareketle, diğer yasalar gibi anayasaların altında yer aldığı iddiasıdır. Bunun pratikteki sonucu bu belgelere aykırı anayasal düzenlemelerin yapılabileceği ya da anayasa karşısında uluslararası antlaşmaların değersizliğidir. 1982 Anayasasının 90. maddesinde yer alan “Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmü sorunu daha da karmaşıktır. Oysa, bu tür antlaşmalarda, antlaşmayı imzalayan devlet, bu imza ile birlikte iç hukuk sistemindeki antlaşmaya aykırı düzenlemeleri düzeltme yükümlülüğünü de üstlenmektedir. Bunun dışında, daha hiç bir yazılı hukuk yokken bile bir hukuk kuralı olarak yürümekte olan “**pakta sund servanda**” yani ahde vefa -ki bu yoksa insanlar arası diyalogun da olanaklılığından bahsedilemez; yalanın ilk ve en büyük günahlardan biri sayılmasının sebebi de, insan şerefini taşımanın kutsal bir şekli olan “söz” ün hem söyleyeni hem de muhatabını bağlaması- ilkesiyle de devlet kendini bağlamıştır. Siyasal anlamda devlet bütünü ile farklı bir niteliği kazanmış olsa bile antlaşma, devleti bağlamaya devam edecektir¹³.

Uluslararası hukukun getirmiş olduğu standartlar bu anlamda iç hukuk sisteminin insan hakları açısından çitayı yükseltmesi anlamındadır. Uluslararası toplumun bir üyesi olarak devlet, bu alanda bireylere tanımış olduğu hak ve özgürlükleri yerine getirme, iç hukuk sistemini uyumlaştırma göreviyle de yükümlüdür. Devlet, uluslararası yargıya gitme yetkisinin vatandaşlara tanınmasıyla da uluslararası belgelerin gereğini yerine getireceğinin güvencesini, vatandaşlarına karşı uluslararası topluluk önünde dile getirmektedir. İç hukuk düzeninde ortaya çıkacak hukuka aykırılıklar için uluslararası hukuk bir standart oluşturmaktadır¹⁴. Bu nedenle daha adil uygulama olanağı veren uluslararası hukukun normatif sistemdeki önemini vurgulamak gerekir.

Sorunu biçimsel ve normlar hiyerarşisi açısından irdeledikten sonra içerik olarak da bir kaç açıdan ele alabiliriz.

¹¹ Normlar hiyerarşisi açısından uluslararası hukukun konumuyla ilgili olarak dört teorik çalışma tipikleştirilebilir: ilki uluslararası hukukun kanunla aynı hizada olduğu, ikincisi anayasa ile kanun arasında olduğu, üçüncüsü anayasa ile aynı hizada olduğu dördüncüsü ise anayasadan da üste yer alarak, anayasa için de bir ölçü oluşturmaktadır.

¹² 10 Aralık 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi burada tipikleştirilebilir.

¹³ 23.5.1969 tarihinde imzalanan Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 1980 yılında yürürlüğe girmiştir. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi nin kabulü uluslararası antlaşmaların iç hukuk sistemi hiyerarşisine dahil olduğunu pozitif anlamda da ortaya koymuştur. Ancak, antlaşmanın bu hususu düzenleyen 50. maddesine 8 devlet olumsuz oy vermiştir. Bunların içinde Türkiye’de bulunmaktadır. Antlaşma metni için bkz. A.Gündüz, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlarla İlgili Temel Metinler**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1987, ss. 115-144.

¹⁴ 1982 Anayasasının 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “insan haklarına saygı” ilkesinin, sadece insan haklarını koruyan iç hukuk kurallarına değil, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine de saygıyı içerdiği öne sürülebilir. Kaboğlu, ss. 79-80. Devletin imzaladığı sözleşmeden, devletin daha sonra yapacağı bir kanun ile kurtulması düşünülemez. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi sözleşmeden sonra yapılan kanunların sözleşmeye uygunluğunu denetleyebilir. Böylece sözleşme anayasallık bloğunun içine girer. Batum, ss. 32-33. 1982 Anayasasının 2. ve 15. maddelerinin birlikte yorumundan çıkan sonuç, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların, ulusalüstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde de en üste yer aldığıdır, Yüzbaşıoğlu, s. 49 vd.

Hukuk - zaman ilişkisi;

Toplumsal yaşamın, özellikle de ülkemiz gibi değişim süreçlerinin hızlı yaşandığı toplumlarda, hukukun her zaman için biraz daha çabuk eskiyebileceği gerçeği dikkat çekmektedir. Bu eskimeye hukukun tutucu kimliği ve toplumsal yaşamdaki değişimin şiddeti de etki etmektedir. Örneğin, dünya teknolojisindeki gelişmeye paralel olarak trafik ve trafik hukukundaki değişim, çevre yönünden olan gelişim ya da kadının günümüzde aile içindeki ve iş yaşamındaki yeri hakkında düşündüğümüzde, dün geçerli ve yeterli olan yazılı hukukun bugünkü gereksinimlere yanıt verememesi söz konusudur. Yeni yaşam formları, yeni kurallar koymayı gerektirebilir. Hukukun tüm bu değişimleri zaman içinde mi sağlayacağı, hukuktaki yeni yapılanmanın, yeni hukuk kuralları koyarak mı yoksa içtihatlarla mı aşılabileceği konusu da tartışmalıdır. Var olan hukukun geliştirilmesiyle sorunlara çözüm aranması özellikle kod niteliğindeki yasaların değiştirilmesi ile ilgili güçlükler de göz önüne alındığında daha çok tercih edilmektedir. Bu da mahkeme kararlarının ve nitelikli hukukçunun önemini giderek arttırmaktadır. Türk hukuk uygulaması açısından bu görevi yerine getiren yüksek mahkemelerin içtihatları örnek gösterilebilir.

Hukukun zamana gereksinimi vardır; çünkü o, kanunları sonsuza dek geçerli olmaları için yapmasa bile, tek bir gün için de yapmaz. Kanun koyucu yasaları tahmin edilebilir bir gelecek için üretmektedir. Hakim ilk bakışta karşılaşılabilecek olumsuz sonuçları tamamıyla kestiremeyeceğinden adım adım ve öngörülü bir biçimde davranmalıdır. Bu zamansal açığın kapatılması, aynı zamanda düşünceler de birbirinden ayrıldığı ve bir normun yetersizliği hemen anlaşılacak için, hukuk düzenleri her zaman yetersiz normlar da içerebilir. Yasanın hükmünün sürekliliği ancak kanunun yürürlükte kaldığı süreye bağlıdır. Bu nedenle zaman - hukuk ilişkisinde yürürlüğe girme ve yürürlükten çıkma kavramları üzerinde durmak gerekir. Düzen fikrinin gerçekleştirilmesi hukuk alanında sosyal olgunun tanınıp anlamlandırılması ile mümkündür. Bu anlamlandırma süreci hukukun özündeki zorlayıcılığı da biçimlendirecektir. Aynı zamanda toplumsal değişim yasalarla sosyal gerçeklik arasındaki mesafeyi sürekli açar. Geçerli bir hukuk normunun geçerliliğini kaybetmemesi için minimum etkililiğe sahip olmalıdır¹⁵. Sürekli olarak etkinlikten yoksun kalan bir norm tartışılabilir bir duruma gelecektir. Bu metrukiyet sorunu olarak adlandırılır ve negatif bir örf ve adet kabul edilebilecek bir durumu gösterir¹⁶. Yürürlükteki norma uygun davranmama konusundaki bu tutum hukuk için son derece sakıncalıdır ve hukuk politikası olarak sistemden ayıklanmaları gerekir. Yürürlükte ve geçerli olan bir normun uygulanmaması aynı durumdaki norma aykırı davranılması ile eş değerdir; hatta hukuk güvenliği açısından daha da vahim sonuçlara yol açabilir.

Çağdaşlaşma gereksinimleri içindeki ülkemiz için geleceğin hukukunun (de lege feranda) da zaman hukuk ilişkisi açısından büyük bir önemi bulunmaktadır. Bu konudaki öngörüler hukuk politikası için çok büyük önem taşımaktadır. Gelişmiş ülkelerin bile bu sistemin ve hukukun fütürist kavranışı konusundaki çalışmalara verdikleri önem ortadadır. Bir hız ve iletişim çağı olan bu yüzyıl erken yol alanı taçlandırmaktadır. Zaman

¹⁵ Kelsen s. 14 vd., 276 vd.

¹⁶ Kelsen s. 277 vd.

olarak eksikliğin tamamlanması artı geleceğin biçimlendirilmesi olarak da yüksek politik stratejiler açısından bu tutum önemlidir¹⁷.

İçerik olarak hukukun standartlarının yükselmesi ve hukuk uygulamalarının başarısı da ele alınabilir. Bunların büyük kısmı yapısal değerlendirmeleri gerektirmektedir. Adil yasaların çıkarılması Anayasanın 2.maddesinde yazılan devletin etiketinin gerçekleştirilmesi için de bir ön koşuldur. Demokratik, laik, sosyal hukuk devleti olmanın gereğine uygun yasalar silsilesi bu yapısal sorunların çözümlenmesinde temel kriterler olacaktır. Ancak ne yazık ki demokratik ve laik olma ile ilgili koşullardaki sıkıntılar daha teknik çalışmayı gerektiren ve aklın sisteme katılması demek olan sosyal devlet uygulamalarının çok önüne geçmiştir; henüz bu şartların da tam olarak gerçekleştiğinden söz edemeyiz.

Pozitif hukuk sistemi, demokratik bir rejimin evrensel kabul görmüş ilke ve kurallarıyla çelişmekte, toplumun beklentilerine dar gelen bir çerçeve oluşturmakta ve böylece gerek devlet aygıtının işleyişinde gerekse bireysel toplumsal yaşam düzleminde çözümü giderek güçleşen derin sorunlar yaratmaktadır.

Yürürlükteki siyasal- hukuksal yapının ve sistemin, barışçıl, demokratik, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına dayanan bir öze kavuşturulabilmesi, hem somut bir gereksinimden kaynaklanmaktadır, hem de tek akılcı çözüm yöntemi olarak açığa çıkmaktadır. Siyasal ve hukuksal yapının özünde bulunan soruna çözücü olma niteliğinin yeniden kazandırılması gerekir. Çünkü her iki sistem de başlı başına sorun yaratıcı bir konuma gelmiştir. Ancak, sisteme yönelik bu eleştirilerin “cambaza bak” şeklinde bir kandırmaya da dönüşmemesi gerekir. Kaliteli yönetimin ve hukukun da “insan kalitesine” bağlı olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Eğitim buna ek olarak demokrasinin bir “bilinçlenme” düzeyi olarak tek tek bireylere anlatılması, ahlaki davranışın yeniden yüceltilmesi ve mutlaka hukuk olanın uygulanması sağlanmalıdır. Pozitif hukuk sisteminin var olan hak ve özgürlüklerin, en kötü biçimde bile olsa bir ölçü olduğunu unutmamak gerekir. Ancak, bu sistemin de istisnasız ve herkes için uygulanabilir olduğunun gözden kaçmaması gerekir. Çünkü, adalet yoksa asgari etik sıfatıyla diğer ahlaki ilkelerin gerçekleşme olanağı da zora girer. Hukuka aykırılığın her zaman bir adalet sorunu olduğu ve hukuka uygun davranışın kural, hukuka aykırılığın ise istisna olmasının sebebinin hukukun bu değer yanına işaret ettiğini unutmamak gerekir.

¹⁷ 1995 tarihli fütürist bir çalışmada konu, hukukun kaynakları ile sınırlandırılmış olmakla birlikte şu genel başlıklar bu gün için de bir öngörü olabilir. Hukukun rasyonelleşmesi eğilimleri (Karizmatik hukuk anlayışından deneysel hukuka geçiş, hukukun boşluk içermeyen bütünsel bir sisteme çevrilmesi, statü hukuku-sözleşme hukuku açısından hukukun maddi yürürlük alanının genişlemesi), hukukun toplumsallaşma eğilimleri (hukuksal korumada devletin rolünün artması, hukukun toplumsallaşması eğilimleri ve devletin küçülmesi arasındaki ilişkiler), hukukun konusunun gelişme eğilimleri (hukuk kurumlarının uzmanlaşma ve bürokratikleşme eğilimleri, hukukta bilimselleşme eğilimleri). Işıktaç, HÇG, s. 81-95.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- Aral, V.: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Batum, S.: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Sistemine Etkileri (Basılmamış Doçentlik Tezi)**, İstanbul, 1990.
- Dreier, R.: **Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts Wiesbaden**, 1990 ARSP ek: NR. 37.
- Habermas, J.: **Sosyal Bilimlerin Mantığı Üzerine**, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Hart, H.L.A.: **The Concept of Law**, Oxford University Press, 1961.
- Göze, A.: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1986.
- Işıқтаç, Y.: **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulanması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999 (metinde HNM olarak gösterilmiştir).
- Işıқтаç, Y.: “Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları Kavramına Etkileri”, **HfSA**, 2. Kitap, Afa Yayınları, İstanbul, 1995 (metinde ÇGE olarak gösterilmiştir).
- Kaboğlu, İ.: **Anayasa Yargısı**, İmge Kitapevi, Ankara, 1994.
- Kelsen, H.: **Reine Rechtslehre, zweite volsaendig neubearbeitete und erweiterte Auflage**, Wien, 1960.
- Tanör, B.: **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.
- Welzel, H.: **Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit**, 4. Auflage, Göttingen, 1962.
- Yüzbaşıoğlu,
N.: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHFY, İstanbul, 1993.