

ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ТҮРКІ АКАДЕМИЯСЫ
INTERNATIONAL TURKIC ACADEMY
МЕЖДУНАРОДНАЯ ТЮРКСКАЯ АКАДЕМИЯ



«ҰЛЫ ДАЛА»
IV-ші ГУМАНИТАРЛЫҚ ҒЫЛЫМДАР
ФОРУМЫНЫҢ МАТЕРИАЛДАРЫ

PAPERS PRESENTED TO THE IVth
FORUM OF SOCIAL SCIENCES
“THE GREAT STEPPE”

МАТЕРИАЛЫ IV ФОРУМА
ГУМАНИТАРНЫХ НАУК
«ВЕЛИКАЯ СТЕПЬ»

II

НҮР-СУЛТАН – 2019

TÜRK DÜNYASINDA HUKUK BİRLİĞİ VE MİLLİ HUKUK İHTİYACI

Özkan Gürsel *

THE UNITY OF THE LAW AND THE NECESSITY OF THE NATIONAL LAW IN TURKIC WORLD

ABSTRACT

Within the scope of the principles of democracy, secularism, rule of law; Turkic World's law union which is accepted by the World, legitimate, and based on mutual interest and balance of rights should be established as an economic, social and political formation.

Since the Turks in Anatolia have embraced the West Law system, and Central Asian Turks had grounded on Soviet system before, and now have based on the West Law, it seems not to cause many problems in the unity of law. However, regarding material law, the internal structure of the law which will be based for law union should be determined by the researcher from each Turkic States. The national law which is created by legislative organs ensures the unity of law in Turkic World. It will be composed from the values and principles which are determined by the studies in law of societies.

KEY WORDS: Turkic World, Constitution of law, law union, national law, law of societies.

I. GİRİŞ

Bir siyasal kurum olarak devlete halk tarafından güven duyulması, toplumun temel kültürü ile onun kurumları arasındaki uyumuna bağlı bulunmaktadır. Kurumlarla toplumun kültürü arasındaki uyumsuzluk ise gerilimlere ve sonuç olarak sisteme olan güvensizliğe yol açmaktadır [Özkan 2016: 232-262]. Siyasal sistemin uzun ömürlü ve istikrarlı olabilmesi için toplumun kültürü ile uyumlu olması gerektiği açıktır.

Batı hukuk sisteminden iktibas edilerek oluşturulan hukuk sistemimiz, birer çerçeve veya kalıp olan yeni kanunlar ile Türk toplumunun gerçeklik ve şartlarına uygun bir biçim almış olup, bu oluşum günümüze kadar da devam etmektedir [Bozkurt 2010: 210].

* *İdare Hukuku Doçenti. Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Üyesi. E-posta: drgurselozkan@hotmail.com*

Ancak bu kanunların oluşturduğu hukuk sistemi ile toplum arasında olması gereken kültürel uyum gerçekleşmemiştir. Yani halk hukuku denilen toplumun gelenek, görenek ve alışkanlıklarından kaynaklanan töre, örf ve adetler kanunların hazırlanmasında etkili olmadığı için, kuralların uygulamasında toplumsal anlamda vicdani ve ahlaki sorumluluk duygusu oluşturulamamıştır.

Fransa'da XII. yüzyıldan itibaren Örf Kitabı adını taşıyan araştırmalar, Fransız örf ve âdetini tespit etmiş sonra bu tespitler mantık çerçevesinde değerlendirilerek 1804 tarihli Medeni Kanuna zemin hazırlamıştır[Fındıkoğlu 1950:129]. Mecelle toplumsal değerlerden hareket edilerek hukuk üretilmesinin (kanunlaştırma) somut örneğini oluşturmaktadır. Mecellenin genel ilkelerine bakıldığında, toplumun değerleri esas alınarak gelenek ve örfünün belirleyici olduğu, örf ve adetler çerçevesinde kanunlaştırma yapıldığı anlaşılabacaktır.

Bir ülkede dağınık ve yazılı olmayan bir şekilde bulunan hukuk kurallarını birleştirerek, tüm ülkede geçerli bir hukuk sistemi meydana getirmek, kanunlaştırmaktır. Böylece yürürlükteki hukuk herkesçe bilinebilir, güvenli bir duruma getirilir. Fransız, İsviçre Medeni Kanunları ve Common Law sisteminde yapılan düzenlemeler bu anlamda kanunlaştırma örnekleridir.

Kanunlaştırma iki şekilde gerçekleşmektedir. Birincisi, kanunlaştırmanın Osmanlı Devleti'nde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve İsviçre'de yapılan kodifikasyonlarda olduğu gibi ülkede dağınık biçimde mevcut olan ve uygulanan kuralları bir sistem içinde birleştirmek şeklinde yapılmasıdır. İkincisi ise, bir ülkede toplumun yapısı, ihtiyaçları göz önüne alınarak eskisinden tamamen farklı, yeni hukuk kuralları yaratılmasıdır. 1789 Fransız İhtilali'ndan sonra hazırlanan 1804 tarihli Code Civil - Fransız Medeni Kanunu- ve 1917 Rus İhtilali'ndan sonra hazırlanan Rus kanunları bu duruma örnek oluşturmaktadır. Ancak kanunlaştırmada eskisinden tamamen farklı kanunlaştırma hareketini gerçekleştirmek isteyen ülkenin, yabancı bir hukukun alınması yani resepsiyon yolunu seçmesi durumu da bulunmaktadır.

Çeşitli nedenlerle yeni ihtiyaçları karşılayacak hukuk sisteminin iç imkânlarla gerçekleştirilememesi durumunda, yabancı bir ülkenin hukuk sisteminin, tamamen veya kısmen kabul edilerek yürürlüğe konulması da söz konusu olabilmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye'de kabul edilmesi bu duruma örnek oluşturmaktadır.

Örf ve adetler, insana bağlı olmalarından dolayı, çevre ve guruplara göre değiştiği gibi, kültür dönemlerine, millet ve ülkelere göre de değişiklik gösterir. Değişik toplumların kendilerine özgü örf ve adetleri

bulunmaktadır. Hukuk da, ancak bir toplum için varolabileceğine göre çoğu kez onlara uymak içeriğinde onları yansıtmak durumundadır. Toplumsal ilişkileri düzenleyen hukuk, örf ve adetlerden çıkmış olup, bugün de hukukun biçimlenmesinde örf ve adetler etkili olmaktadır.

Nitekim bir toplum içinde yürürlükte olan hukuku bilmeden de ona uygun davranılmasının nedeni, onun içeriğinde o toplumdaki örf ve adetlerin, ahlak ve adabın yansıtılmış olması hukukun onlara uygun bulunmasıdır.

Hukuk toplumsal iradenin görünüm biçimi olup doğrudan doğruya hayattan ve onun ihtiyaçlarından doğmaktadır. Şöyle ki toplumsal ilişkilerde oluşan alışkanlıklara olması gereken bir norm özelliğinin katılmasıyla alışkanlık aşılmış olmaktadır. Gerçekte alışkanlık kendi başına doğal bir olaydır, onda hiçbir olması gereken karakteri özellik görülemez, o olan bir şeydir. Bu nedenle zararlarından kurtulmak ta güçtür. Bugüne kadar olagelene, bundan böylede olması gerekir düşüncesinin eklenmesiyle meydana gelen örflere bazen ayrıca zorunluluk inancı ya da hukukilik inancı denilebilen psikolojik bir öğenin katılmasıyla oluşan halk hukuku, toplumun doğrudan doğruya davranışlarının içinde bulunan, onlara katılan ve asıl bağlayıcı olan hukuki inançların açığa çıkmasıdır.

“Komşusu açken tok yatan bizden değildir” Hadis-i Şerifi ile “komşu komşunun külüne muhtaçtır” atasözü komşuluk hukuku ile ilgili kültürel değerlerimizdendir. Türk Medeni Kanunu (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun mecralar başlıklı 727., geçit hakkını düzenleyen katılma yükümlülüğüne ilişkin 750., irtifak hakkı başlıklı 791. maddesinde yardımlaşma ve işbirliğinden ziyade sorumluluk ve yükümlülüğe ilişkin düzenleme bulunmaktadır) gibi Kat Mülkiyeti Kanunu da, komşunun birlikte sorunların çözümünü ortak amaçlarda uzlaşmak ve birlikte çözüm geliştirmek yerine adeta çözüm adı altında yeni sorunlara meydan vermeyi kurallaştırmak için düzenlenmiş gibidir.

Yine verilen sözün tutulması gerekliliğine ilişkin “mert olan kişi, sözünde durur; verdiği sözü yerine getirir”, “dürüst ve yiğit kişiler ahitlerine sadık kalır ve hiçbir sözlerini inkâr etmezler, daha önce verdikleri sözde durur ve söylediklerini yaparlar. Yapamayacağı şeyi söyleyen kişi ise insanları aldatan bir hain demektir. Verilen söze namusu gibi sadık kalmalı ve gereği yapılmalı, çünkü söz ve vaat, namus kadar kutsaldır” şeklinde atasözleri ve deyimler kültürel değerlerimizdendir.

Durum böyle iken verdiği sözü imzaladığı senetle tevsik eden bir borçlunun, borcunu ödememek için malvarlığını reşit çocukları, eşi ve

akrabaları üzerine önceden devretmek suretiyle borcunu ödemekten kaçınması ve alacaklının alacağını elde edememesinin hukukten mümkün olması karşısında, bu ilişkinin geçerliliğini koruduğu bir sistemin güven sağlayıp sağlayamadığının sorgulanması gerekmektedir.

Cumhuriyetin ilk yılında gerçekleştirilen 18/03/1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu, toplam 95 maddeden ibaret olup Türk köylüsünün gelişimi ve kalkınması ile sosyal ve ekonomik sorunlarının çözümü amacıyla kültürel değerler esas alınarak ortak yönetim sorumluluğunu kurula bağlayan önemli düzenleme olmuştur. Özellikle seçimle belirlenen köy muhtarı ve ihtiyar heyeti üyelerinin dışında köyün imamı ile muallimi veya başmualliminin ihtiyar meclisinin her zaman azası olduğu yolundaki düzenleme toplumsal barış, huzur, gelişme ve ilerlemenin sağlanması için büyük önem taşımaktadır. Köy derneğinin de yaptığı görevin önemi nedeniyle özellikle köy imamının atanması hususundaki yetkisi anlamlıdır. İmam olacaklarda aranacak mesleki niteliklerin dışında Türkiye coğrafyası ve Türk ve İslam tarihini bilme zorunluluğunun aranması milli bilinç ve kimlik oluşturma amacı taşımaktadır. Devlet işleri ile köy işlerinin ayrılması ve görülme yönteminin belirlenmesi de ayrıca düzenlenmiştir. Yine köy imamları ile ilgili kural da dikkat çekicidir. Bu anlamda, Köy Kanunu sosyal sorunlara toplumsal değerler esas alınarak çözüm sağlanması amacı ile düzenleme yapmak suretiyle bize özgü kurumlar ve değerler ihdas edilmiş olması yönlerinden örnek oluşturacak niteliktedir.

Bu bildiride, halk hukukunun hukukun oluşumundaki etkisi belirlenerek, hukuk kurallarının toplumsal değerler esas alınarak yasalaşması ve milli hukuk ihtiyacının önemi üzerinde durulacaktır.

II. TÜRK HUKUKUNUN GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Orta Asya Döneminde, kültürel değer ve kurumlar hukuksal düzenin temelini oluşturmuştur. Gerek bireyler arasındaki ilişkiler gerekse toplumun devlet ile olan ilişkisi örfün belirlediği geleneklerin düzenlediği “töre” adı verilen yasa olarak kurallaştırılmıştır. Hukuk kültürel değer ve ilkeler üzerine inşa edilmiş ve devlet yönetimi de toplum tarafından bilinen değer ve ilkelere dayalı olarak gerçekleştirilmiştir.

Selçuklu ve Osmanlı Devleti döneminde kişiler arası ilişkiler İslam hukuku üzerine inşa edilmiş, devlet işlerine yönelik kamusal sorunlara ilişkin olarak ise örfi hukuk adı altında Padişah tarafından geliştirilen ve uygulanan hukuk söz konusu olmuştur. Kanunname olarak bilinen

bu uygulama dini kuralların düzenlemediği devlet faaliyetlerine yönelik olarak yönetim ihtiyaçlarının belirlenmesi ve sorunların çözümü amacıyla geliştirilmiştir.

Dini bir hukuk sistemi ve heterojen bir toplum yapısına sahip olan Osmanlı Devleti'nin siyasal, sosyal ve ekonomik çöküşünü durdurabilmek ve varlığını koruyabilmek için geliştirilen çözüm arayışları gerileme döneminin belirleyici vasfıdır. Osmanlı hukuku XIX. yüzyıla gelinceye kadar birlik, bütünlük ve belli bir yeknesaklık göstermektedir. Tanzimat'a kadar devam eden beş buçuk asırlık dönem boyunca hukukî yapıda kendi doğal gelişme seyri dışında köklü değişiklikler ve düzenlemeler söz konusu olmamıştır.

Tanzimat'tan önceki dönemin ayırıcı özelliği hukuk düzenine İslâm hukukunun hâkim olması, bu hukukun uygulanması sırasında meydana gelen boşlukların Osmanlı hukukunun bütünlüğü içerisinde örfi hukuk esaslarıyla doldurulmaya çalışılmasıdır. Bu yapılırken Osmanlı öncesi İslâm ve Türk devletlerinin büyük ölçüde müştereklik gösteren hukukî uygulamaları dışında yabancı bir hukuk sisteminden yararlanılmamıştır.

İslâmlığı kabule kadar özgün ve millî sayılabilecek bir hukuka sahip olan Türkler, İslâmlığı kabul edince kendilerine bütünüyle yabancı bir hukuku almak zorunda kalmışlardır [Mumcu 1990:296].

Tanzimat dönemindeki en köklü hukuk hareketleri kanunlaştırma alanında görülmektedir. 1850 tarihli Kanunnâme-i Ticaret hükümlerinin çoğu Fransız ticaret kanunundan alınan ilk yabancı menşeli kanun olmaktadır. Bu kanunnâmeden sonra hükümlerinin önemli bir kısmı 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan alınmış olan 1858 tarihli Ceza Kanunnâmesi ile yine aynı yıl Arazi Kanunnâmesi hazırlanmıştır. Bu kanunnâmeden bir süre sonra büyük ölçüde Fransız kanunundan istifade edilerek 1861 tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi, 1863' de yine Fransız Ticaret Kanunu başta olmak üzere Avrupa kanunlarından yararlanılarak Ticâret-i Bahriyye Kanunnâmesi hazırlanmıştır.

Tanzimat döneminde hazırlanan en önemli kanun hiç şüphesiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye olmuştur. O zamana kadar yürürlükte olan İslâm hukukunun esas itibarıyla eşya, borçlar ve yargılama hukukuyla ilgili hükümlerini bir araya getiren Mecelle tam anlamıyla teknik ve millî bir kanun niteliği taşımaktadır.

Mecelle'den sonra Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan yararlanılarak hazırlanan 1879 tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanunu ve Mecelle Cemiyeti'nin hazırladığı tasarıyla Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin birleştirilmesiyle

meydana getirilen 1880 tarihli Usûl-ı Muhâkemât-ı Hukukiyye Kanunu kabul edildi. Böylece Aile Kanunu'nu bir tarafa bırakacak olursak Tanzimat'ın başlangıcından XX. yüzyıla gelinceye kadar hukukun temel alanlarının çoğu kanunlaştırılmış oldu.

B. MİLLÎ HUKUK OLUŞTURMA ÇABALARI

Cumhuriyet dönemine geçilirken, Türk hukukunda bir yandan sosyal ve siyasal gelişmelere uyarlanamamış ve kamusal hayata aktarılamamış dini hükümler, bir yandan da Batı'dan alınan bazı kanunlar yan yana yaşıyordu. Birbirine zıt olan bu hukukların milli bir sentez içinde erimesi mümkün değildi. Bu nedenle devlet ve hukuk sisteminde köklü, büyük bir değişiklik yapılmıştır.

20 Kasım 1922'de başlayan Lozan Konferansı görüşmeleri, kapitülasyonlar ve Türkiye'de yaşayan gayrimüslim azınlıkların eski imtiyazlarını sürdürme çabaları nedeniyle, Türk hukukunda "reform"un gerekliliğini ortaya koymuştur. İtilaf Devletleri Türk Adalet Sisteminde kapitülasyonlardan daha geniş bir denetim ağı kurmak üzere bir tasarı hazırlamışlardı. 31 Ocak 1923'de Türk Heyetine sunulan "Türkiye'de Adaletin Yönetimine İlişkin Bildiri Tasarısı"nda, Türk Adalet Bakanlığı ile bazı şehirlerdeki mahkemelere ve Yargıtay'a beş yıl süreyle hukuk danışmanları atanması önerilmekte ve danışmanlara, "kanunları, adalet teşkilatını ve cezaevlerini çağdaş koşullara uydurmak için gerekli reform tasarılarını hazırlama görevleri"de verilmektedir. Bu Tasarıyı, Türk Heyeti'nden istenen diğer önemli tavizler takip edince, 4 Şubat 1923'de konferans kesilmiş ve Temsilci Heyetleri ülkelerine dönmüştür [Meray 1972: 120-121]. 23 Nisan 1923'de Lozan'da tekrar toplanılmış, uzun tartışmalardan sonra 24 Temmuz 1923'te kabul edilen Lozan Barış Antlaşmasına eklenen Beynamede hukuk reformu komisyonlarının kurulacağı açıkça öngörülmüştür.

Lozan'da Türk Temsilci Heyeti'ne, azınlıkların 1914 öncesi kişi ve aile hukukuna ilişkin imtiyazlarının muhafazası için büyük baskı yapılmıştır. Türk Heyeti sürekli olarak, "Türkiye'nin din ayırımı yapmaksızın tüm tebaasına uygulanacak bir medeni kanun çıkartma hakkını muhafaza, ancak bu kanun neşredilinceye kadar azınlıkların eski adetlerine riayet etme kararını" vurgulamıştır [Bilsel 1944: 30].

1923 yılında Cumhuriyet'in ilân edilmesinden önce, Adliye Vekâleti tarafından eski kanunları zamanın ihtiyaçlarına uygun olarak tadil etmek ve bu alandaki eksiklikleri gidermek üzere; Medeni Kanun Komisyonu, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye ve Şer'îye Komisyonu, Ticaretî Bahriye ve Berriye Komisyonu, Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu ve Kanun-u Ceza Komisyonu gibi isimler altında çeşitli

komisyonlar kurulmuştur.

Vacibat ve Ahvali Şahsiye komisyonları olmak üzere Medeni Kanun komisyonu ikiye ayrılmıştır. Bu komisyonların talimatnamelerinde, 1916'da toplanmış olan ve çalışmaları Birinci Dünya Savaşı nedeniyle sonuçsuz kalan "Mecelle-i Tadi Komisyonu ile Ahkam-ı Şahsiye Komisyonlarının çalışma usulünü takip edecekleri" [Üçok-Mumcu-Bozkurt 2015: 308] belirtilmiştir.

Ahval-i Şahsiye Komisyonu 2 Mayıs 1923'de yaptığı ilk toplantısında, "toplumun menfaati hangi ahkâmın va'zını gerektiriyorsa, komisyonca müzakere ile o hükümlerin konması ve bunlardan şer'i kitaplarda dayanağı bulunanlar için kabullerine neden olan gerekçelerle beraber şer'i dayanaklarının dahi yazılması" kararlaştırıldı. Vacibat Komisyonu'nda "ahkâm-ı şer'iye'ye muhalif olmamak üzere, fâkihler arasında tartışmalı olan konularda hangi müçtehidin hükmü mevcut ihtiyaçları karşılıyorsa, onun rey'i tercih edilerek, Mecelle'nin ilgili konudaki hükümlerinin ona göre tadil olunacağı, fıkıh ile uyumu muhafaza suretiyle tüm hukuk kurumlarından yararlanılacağı, hâkimlere takdir yetkisi tanınmayacağı esasları" benimsenerek 1916 Mecelle Komisyonu'nun çizgisinde çalışmalar sürdürülmüştür. Komisyon çalışmaları çok ağır ilerlerken, sonuçta ülkenin ihtiyaçlarını karşılayacak yeni ve modern bir hukuk sisteminin kurulamayacağı da ortaya çıkıyordu.

Hukuk kurallarının oluşturulması her toplumun içinde bulunduğu şartlara ve ihtiyaçlarına uygun biçimde ve kendi kültür gelişiminin bir sonucu olarak gerçekleşmektedir. Bir kültürün kendi eseri olan hukuk kurallarının bir başka kültüre uyum kabiliyeti ve başarılı olup olamayacağı ülkemiz bakımından özellikle Tanzimat döneminde yoğun tartışmalara neden olmuştur.

Gökalp'in Türkçülüğün Esasları isimli eserinde Hukukta Türkçülüğün amacı, Türkiye'de çağdaş bir hukuk meydana getirmektir. Bu asrın milletleri arasına girebilmek için, en esassı şart, millî hukukun bütün şubelerini teokrasi ve klerikalizm artıklarından büsbütün kurtarmaktır... Asrî devletlerde, evvela, gerek kanun yapmak ve gerek memleketi idare etmek yetkileri doğrudan doğruya millete aittir. Millet'in bu yetkisini kısıtacak hiç bir makam, hiçbir gelenek ve hiç bir hak yoktur... Millet'in bütün fertleri tamamıyla birbirine eşittir. Özel üstünlüklere sahip hiçbir kişi, hiçbir aile, hiçbir sınıf var olamaz... Ziya Gökalp'e göre yapılacak iş, Türk hukuk tarihini ve İslâmiyet'e ait hukukî müesseseleri sıkı bir şekilde araştırdıktan sonra çağın telakkisine uygun çağdaş bir Türk-İslâm medeniyeti meydana getirmektir [Gökalp 1976: 123-124].

Atatürk'te Ankara Hükümetinin ilk yıllarında Tanzimatçıların Batıdan kanun almalarını taklitçilik olarak niteliyor, taklitçilik yoluyla yapılacak ıslahatın beklenen faydayı temin edememesinin tabii olduğunu söylüyordu. Büyük Millet Meclisi'nin 1 Aralık 1921 tarihli oturumunda "Sultan Mahmud-ı Sani memleketin idaresini ıslah etmek, mazhar-ı terakkiyat etmek, teşebbüsle bulunmak istedi. Fakat vuku bulan teşebbüsat Avrupa'yı taklit etmek oldu. Avrupa kanunlarını almak, Avrupa nizamlarını almak, Avrupa'nın elbiselerini giymek gibi birtakım teşebbüsat-ı ıslahiyede bulundu. Fakat bu hakiki müsbet bir netice vermedi, veremezdi. Çünkü ıslahat için mukallitliğe tevessül edilmişti... Taklitle, tedbil ile kanun olamaz. Kanun, kanun-ı hakiki olmak lâzımdır. Kanun-ı tabii olmak lâzımdır ...[Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri 1961:203-209] şeklinde düşünmekteydi.

Mustafa Kemal Atatürk, 1 Mart 1924 tarihinde Meclis'te yaptığı konuşmada şunları söylüyordu: "... mühim olan nokta; adli telakkimizi, adli kanunlarımızı, adli teşkilatımızı, bizi şimdiye kadar şuuri, gayri şuuri tesiri altında bulunduran, asrın icabatına gayri mutabık revabıtları bir an evvel kurtarmaktır...Hukuk-ı medeniyede, hukuk-ı ailede takib edeceğimiz yol ancak medeniyet yolu olacaktır [Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri 1961: 329-330]. Yine Atatürk, yeni hazırlanacak kanunların, çağdaş esaslara uymayan maddelerden arındırılmasını, idare-i maslahatçılığın zararlarına işaret ederek medeni esaslara uygun kanunlar hazırlanmasını istiyordu. Bu gayeyle 1924 Mayıs'ında Ta'dil-i Kavanin Komisyonları teşekkül ettirildi, İhzar-ı Kavanin Komisyonlarının devamı mahiyetindeki bu yeni Komisyonların çok hızlı çalışmaları ve Batılı Devletlerin hukuklarından da istifade ederek gerekli kanunları bir an evvel çıkarmaları isteniyordu. Komisyonlar bu espri içerisinde çalışarak yeni kanun layihalarını hazırladıysa da, bunlar beklentileri karşılamaktan uzaktı.

III. HALK HUKUKUNUN ÖNEMİ VE HALK HUKUKU ÇALIŞMALARI

A. HALK HUKUKUNUN ÖNEMİ

Toplumu teşkil eden kişilerin hukukî durumunu kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen, kişilerin sahip olduğu hakları ve yüklendikleri borçları belirleyen kurallar olan maddi hukuk; medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku gibi hukuk dallarını içermekte ve büyük ölçüde toplumsal kültüre dayanmaktadır.

Halk hukuku, toplumun gelenek, görenek ve alışkanlıklarından beslenen, kalıp, tutum ve davranışlarla şekillenerek günümüze taşınan, toplumdaki işlevsellikleriyle dinamizmini kaybetmeyen, süreklilik

göstererek toplum tarafından bir sonraki nesle aktarılan, toplumun temeli olan ailede baba otoritesinden başlayarak bir otorite tarafından onaylanan ve desteklenen töre/örf ve adet / sözlü hukuk kuralları [Dursun 2016: 56] anlamına gelmektedir.

Her toplumun kendi yaşam biçimine bağlı olarak oluşan halk hukuku niteliğindeki normlar, ihtiyaca uygun olarak gelişmekte ve toplumsal düzeni sağlamaya yardımcı olmaktadır.

Millî düzen ve onu kuran örf, adet, yasalar, gelenekler ve Türk ahlaki töreyi oluşturmaktadır [Gökalp 1977: 17]. Töre, kanun veya yazılmamış teamüller, gelenekler anlamına [Tanyu 1979:102-103] gelmekte, daha çok devletin kuruluş düzeni ve işleyişi olarak kabul edilmektedir. Töre kanun anlamına gelmekle birlikte onunla sınırlı da değildir. Çünkü yazılmış kanunlarla, yazılmamış teamüller de törenin içinde yer almaktadır. Bu anlamda töre, gizli anayasa niteliği taşımaktadır. Hatta hukuki töreden başka dini ve ahlâkî töreler de bulunmaktadır. Dolayısıyla Türk töresi, eski Türklere atalarından kalan bütün kuralların toplamı olan hukuk düzeni demektir.

Kanuna muhalefet etmek en büyük suçtur. Kanuna muhalefet eden hakan dahi olsa azledilir. Yine geçerli anlayış olarak günah, kanunu (töreyi) terk etmektir [Cin- Akgündüz1989:32]. Göktürk Yazıtlarında töre'siz bir devlet veya topluluk olamayacağı belirtilmiştir. Bundan hareketle eski Türklerde kanunsuz veya hükümdarın şahsî iradesine bağlı bir yönetim şekli olmamıştır denilebilir. Dolayısıyla kağanlar emirlerini, yargıçlar kararlarını töre'ye göre vermişlerdir. Yani halk doğrudan doğruya töre'nin himayesindedir.

Kısaca belirtmek gerekirse, kanun anlamında değerlendirilen töre (törü), Türk örf ve geleneklerinin kesin hükümlerinin birlikte ifade edilmesi anlamına gelmekte ve sosyal hayatı düzenleyen uyulması zorunlu normlar bütünü oluşturmaktadır.

Töre genel olarak üç şekilde oluşmuştur. Zaman içinde örf ve adetler hukuki bir boyut kazanabilir. Bu töreyi oluşturabilir. Törenin, hakanın iradesiyle oluşması da mümkün olmakta, ya da kurultaylarda alınan kararların töreyi oluşturduğu bilinmektedir. Kurultaylarda önemli kararlar töre haline getirilebildiği gibi yerleşmiş töre hükümlerinin de kurultay kararları ile değiştirildiği olmuştur. Töre hükümleri değişmez kalıplar olmamıştır. Bir sosyal-hukuki normlar toplamı olarak töre, çevre ve imkânlarla uygun olarak yaşayabilmenin gerekli kıldığı yeniliklere açıktır. Bu nedenle devamlılığını farklı şartlarda bile korumuştur [Aydın 2009: 14-16]. Yazılı olmayan sözlü kültür unsuru olarak töreler günümüze kadar varlığını sürdürmüş olmasına karşın

değişik nedenlerden dolayı eski Türkler tarafından yazılmış kanunların günümüze çok az kısmı gelebilmiştir [Arsal 2014:286].

Hukuk kurallarının dayanacağı esas nokta kültürel kurallar ve öğelerdir. Yaşayan hukukun yani kültürün, yazılmış hukuk ile uygunluğunu sağlamak toplumsal düzenin devamlılığı ve varlığı açısından önem taşımaktadır.

Hukukun bütün toplumlarda var olmasının nedeni hukukun kültür gibi toplumsal ve insani bir ürün olmasıdır. Hukukun bu yönünü görmezden gelerek yani toplumun kültüründen bağımsız olarak ortaya çıkmış bir takım kurallar sistemi olarak ele almak hukukun kapsam ve anlamını ifade etmemektedir. Çünkü yazılı kurallara yaşanmışlık katan ve bu kuralları toplumda meşru hale getiren o toplumun kültürüdür.

Toplumun denetim ve düzeninin sağlanmasında toplumsal kültür unsurlarına dayanmayan hukuk kuralları yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizliği, özellikle modern toplumda her gün toplumun adalet isyanı açıkça göstermektedir. Hukuk toplumda “adalet” değerinin oluşmasını da amaç edinir. Hukukun amacı olan adalet, toplumdaki düzeni sağlamanın temel şartını oluşturmaktadır.

Uzun deneme ve gözlemlere dayanılarak topluma mal olmuş, toplum tarafından benimsenmiş ve yüzyılların düşünce ve mantık sisteminden geçerek günümüze ulaşmış kısa ve özlü sözler olarak atasözleri (-deyimler) aynı zamanda toplumsal kültür unsurları olarak da değer taşımaktadır.

B. HALK HUKUKU ÇALIŞMALARI

Anadolu Türklüğünün Batı hukuk sistemini benimsemiş olması, Orta Asya Türklüğünün ise önce Sovyet sistemini şimdi de Batı hukuk sistemini esas almış olması nedeniyle genel olarak oluşturulacak ortak hukukta fazla sorun görünmemektedir. Ancak hukuk birliğinde esas alınacak hukukun içyapısında maddi hukuk anlamında halk hukukunun her Türk devletine ait araştırmacılar tarafından yapılacak çalışmalar ile belirlenmesi gerekmektedir.

Halk hukuku çalışmaları ile belirlenen değer ve ilkelerin yasama organlarınca yasalaştırılmak suretiyle oluşturulacak milli hukuk, Türk dünyasının hukuk birliğini sağlayacaktır.

Halk hukuku alanında yapılmış bulunan çok değerli akademik çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmalardan bazıları [FINDIKOĞLU Ziyaeddin Fahri, Folklor ve Hukuk, Türk Folklor Araştırmaları, 1950, Sayı: 9; ÖNDER Ali Rıza, “Atasözlerinde Tüze Kuralları”, Türk Folklor Araştırmaları Yıllığı, Belleten, Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara

1975; ÖNDER Ali Rıza, "Geleneksel Halk Hukuku" I. Uluslararası Türk Folklor Kongresi Bildirileri, DSI Basım ve Foto-Film İşletme Müdürlüğü Ankara 1976; NAYHA Osman, İslam-Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Önemi, Türk Folklor Araştırmaları Yıllığı, Belleten, Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara 1975; TEZCAN Mahmut, Kültürel Antropoloji, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 1977; OĞUZ Öcal, "Çağdaş Kentin Hukuku ve Töre Cinayetleri", Edebiyat ve Dil Yazıları, Mustafa İscen'e Armağan, Ankara 2007; OĞUZ Öcal, "Yazılı Hukuk ve Sözlü Hukuk Açısından Evlenme Pratikleri ve Töre Cinayetleri", Milli Folklor, Sayı:95, 2012; ŞİMŞEK Esmâ, "Yöneten-Yönetilen İlişkilerinde Nasreddin Hoca'nın Tutum ve Davranış Biçimi", 21. Yüzyılı Nasreddin Hoca ile Anlamak, 8-9 Mayıs Akşehir 2008, Ankara 2009; PAMİR Aybars, Orta-Asya Türk Hukukunda "Töre" Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:2 Yıl:2009; TÜRKMEN Fikret, "Dede Korkut'ta Halk Hukuku Unsurları", Bilig, Yaz, Sayı:58, 2011; ÖZYETGİN Ayşe Melek, "Turfan Uygurlarında Ceza Hukukuyla İlgili Uygulamalar", TTK Belleten, Cilt: LXXV, 2011; DURSUN Aysun, "Dede Korkut Hikayelerinde Halk Hukuku", Turkish Studies International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic-, Sayı: 6/4, 2011; DURSUN Aysun, "Türkiye Türkçesi Atasözlerinde Sözlü Hukuk", Uluslar arası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 8, Sayı:38, 2015; DURSUN Aysun, "Türk Halk Hukuku", Ötüken Neşriyat A.Ş., İstanbul 2016] şeklindedir.

IV. MİLLÎ HUKUKUN YARARLARI

Bireysel aidiyet ve devlete sadakat, toplumsal huzur ve sosyal barış ve görev ve sorumluluk bilinci yönlerinden millî hukukun gerçekleştirilmiş olması önem taşımaktadır.

A. AİDİYET VE DEVLETE SADAKAT

Bireyin vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna güven duyması öncelikle toplumsal aidiyet duygusunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Kendini bir yere, topluluğa, aileye, millete ait hissetmek anlamına gelen 'ait olma' duygusu, 'aidiyet' hissetme ancak güven duygusunun varlığı halinde mümkün olmaktadır.

Toplumdaki bireyleri birbirine bağlayan başka bir ifadeyle toplumsal birliği sağlayan önemli unsur bireylerin birbirlerine ve toplumsal işleyişe olan güvenidir. Bireyler sosyal ilişkilerinde çoğu kez bilinçsiz bir şekilde birçok kişiye, kendileri hakkında zayıf ve yüzeysel bir bilginin gücüne dayanarak güvenmektedir. Örneğin bireyler, davada lehlerinde ya da aleyhlerinde adaletli bir şekilde karar vereceğini

umdukları yargıcı tanımadan güvenle yaklaşmaktadır. Çünkü toplumsal ilişkiler içinde her birey, bu kişilerin bilgi ve tecrübe gibi niteliklere sahip olduğunu ve ancak bu niteliklerle mesleklerini elde ettiklerini ve sürdürdüklerini kabul ederek ve inanarak davranmakta, toplumsal güven aynı zamanda bir bağlılığa dayanmaktadır.

Bu bağlılık toplumsal bütünleşmeyi ve dayanışmayı sağlamaktadır. Bunun tersi yabancılaşmadır. Bir toplumda yabancılaşmanın artması ise toplumsal bağların özündeki değerlerden, kültürel özerkliklerden ve normlardan kopma anlamına gelmektedir. Toplumun bir parçası olarak kabul edilmenin karşısı olarak toplumsal dışlanma, bireyin toplumla bütünleşmesini ve bireyin kendi geleceğini oluşturmada fırsatlarla ulaşmasının mümkün olmamasıdır.

B. TOPLUMSAL HUZUR VE BARİŞ

Hukuka güven duygusunun gelişmesi öncelikle hukuka toplumun vicdanen ve ahlaken uyma anlayışını ifade etmektedir. Hukukun sadece kamu gücü kullanılarak yaptırımlı olarak uygulanmasının dışında toplumun kuralla uygun davranmayı ahlaki ve vicdani bir sorumluluk olarak uyma iradesi/duygusu taşıması halinde, toplumsal huzurun ve sosyal barışın tesis edileceği kuşkusuzdur. Bunu için de hukuk kurallarının toplumsal değer ve adetlerden üretilmiş olması, toplumun örfü ile uyumlu bulunması gerekmektedir.

Toplumsal huzur ve barışın maddi temeli ülkenin zenginleşmesi ve bu zenginliğin topluma adil olarak dağıtılmasıdır. Bu da, bir ülkenin potansiyeli dikkate alındığında, ancak güven ortamında mümkün olabilir. Güven ortamının hukuka olan güven anlamına geldiği dikkate alınırsa, gerek kişiler arası ilişkilerin gerekse devletle birey arasındaki ilişkilerin güvene dayanması toplumsal huzur ve barış için büyük öneme sahiptir.

C. GÖREV VE SORUMLULUK BİLİNCİ

Bir hukuk düzeninin uzun süre yürürlüğünü sürdürebilmesi o toplumdaki insanların psikolojik durumuyla yakından ilgili bulunmaktadır.

Hukuk düzeni bir hak tanımak istediğinde bunu, bu yoldaki iradesinin insanların aynı yöndeki dürtüleriyle gerçekleşmesini umduğu yerde ve zamanda yapmalıdır. Yine bir ödev yüklemek istediğinde veya sorumluluk getirdiğinde bunu, kendi iradesine ters düşen dürtülere karşı, karşıt dürtülerin harekete geçeceğini beklediğinde gerçekleştirmelidir[Aral 2012:26]. Çünkü bir yasak, o yasağa aykırı davrananlara toplumca bir tepki gösterilmeyecekse, ne denli akla uygun olursa olsun sırf zabıta gücü ile yerine getirilemez. Polis arkasında toplum yoksa hiçbir şey yapamaz. Yine bir hak da kendilerine tanınan

bireylerce aranmazsa yok olacağı gibi, yasaların, onların sahip oldukları otoriteye karşı bir kuşkunun uyanmasına da neden olur. Böyle bir hukuk düzeni gerek yüklediği ödevlerin yerino getirilmemesi ve gerekse tanıdığı hakların aranmaması durumunda yıkılma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Dolayısıyla hukuk ancak, insanların sadece akıllarıyla değil, aynı zamanda toplumsal dürtü ve duygularıyla değişik bir ifadeyle toplumsal kültür unsurlarıyla desteklendiğinde yürürlüğünü sürdürebilir. Bir hukuk düzeni insanın doğal yapısına ve bundan ileri gelen ihtiyaçlarına uygun olduğu ölçüde, toplumda hukuka uyma inanç ve iradesi vicdani bir sorumluluk duygusu olarak kendini gösterecektir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1215 Magna Carta Libertatumdan bu yana insanlığın hak ve özgürlük mücadeleleriyle gerek topluma gerek devlete karşı elde ettiği haklarının hukuk sistemi tarafından korunması temel bir zorunluluktur. Evrensel hukukun temel ilkeleri ile hak ve özgürlüklerin gereklerine uygun davranılması konusunda hiçbir kuşku bulunmamaktadır.

Özellikle belirtmek gerekir ki hukuk devleti ilkesinin gerekleri başta olmak üzere kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, laiklik, demokratik rejim vazgeçilmez önem taşımaktadır. Çünkü uluslar arası toplum ve ekonomik kurum ve kuruluşlar, mülkiyet hakkı başta olmak üzere mal ve can güvenliği ve serbest piyasa ekonomisi koşullarına tabi bir hukuk sisteminin varlığı tartışmasızdır.

Toplumsal kültüre uygun olarak oluşturulan hukuka, toplumun uyma konusunda istekli olacağı açıktır. Kurallara uymayanları da uymaya zorlayacak derecede toplumsal duyarlılık söz konusu olacaktır. Bu anlamda, birey toplumdan, toplum da hukuktan ayrı düşünülemez. Sosyolojinin toplumsal kontrol olarak nitelendirdiği toplumsal bütünleşme süreçlerinin önemli bir parçasını oluşturan hukuk, toplumun çoğunluğu tarafından uygulanan kurallardır. Bu yönüyle hukuk, bütün toplumun başkalarına nasıl davranmalarının uygun olacağı konusunda kabul ettiği bir uzlaşmayı ifade etmekte, gelenek ve görenekler ile aynı anlamı içermektedir [Tezcan 1977:134].

Toplumsal kontrol etkisi, toplumsal bütünleşme, ya da ayrışma anlamına da gelebilmektedir. Örf ve adetler / gelenek ve görenekler bir kişinin veya bir grup insanın, bilinçli bir tercihi sonucu değil, kendi kendine meydana gelmektedir. Bir toplumda birkaç kişi arasında mahiyetleri benzer nitelikli durumlarda aynı hususlara uyulmaya başlanır. Zaman içinde bu hususlara uyumun alanı genişler, yayılır, toplumu ilgilendiren insanların birlikte uyduğu uymak zorunda hissettiği kurallara dönüşür. Bu şekilde bir gelenek, aynı kuralların

uygulanması sonucu toplumda bir alışma meydana getirir. Başlangıçta bilinçli bir isteğe dayanmayan bu alışma, toplumun bireyleri arasında giderek bilinçli bir uygulamaya dönüşür[Nahya 1975:106].

Az sözle çok şey anlatma geleneğini ifade eden atasözleri, her işini çok çabuk yapmak zorunda kalan konargöçer toplumun adeta bir gereği olarak ortaya çıkmış olup günümüzde de halk arasında etkisini sürdürmektedir. Bu nedenle atasözleri derlendikten sonra tasnif edilerek ilgili oldukları hukuk alanında hukuk kuralı olarak yasal düzenleme konusu yapılmak suretiyle milli geleceğin ve toplumsal değerlerin korunup geliştirilmesine katkı sağlanması gerekmektedir.

Toplumsal kültür unsurları olarak değer taşıyan atasözlerinin, önce araştırılıp belirlenmesi ve derlendikten sonra tasnif edilerek ilgili oldukları hukuk alanında hukuk kuralı olarak yasal düzenleme konusu yapılmak suretiyle milli geleceğin ve toplumsal değerlerin korunup geliştirilmesinde esas alınması zorunludur.

Hukukun ana kavramlarına ilişkin (hak, özgürlük, eşitlik, adalet gibi), idare hukukuna ilişkin (ehliyet, liyakat, uzmanlık), ceza hukuku, iş hukuku, özellikle medeni hukuk (kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, borçlar hukuku) yine ekonomi ve ticaret hukuku gibi hukukun tüm alanlarına ilişkin atasözleri ve deyimler tasnif edilmek suretiyle yapılacak tespitler esas alınarak pozitif hukukun düzenlenmesi büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Özkan G. "İdari Usul, İyi Yönetim Hakkı ve Türk Devlet Geleneğinde Yönetim Anlayışı", 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı, 10 Mayıs 2016, Ankara, 233-262 s.

Bozkurt G. Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1. Baskı, Ankara 2010, 210 s.

Fındıkoğlu Z. F. Folklor ve Hukuk, Türk Folklor Araştırmaları, 1950, Sayı: 9, 129 s.

Mumcu A. Milli Kültür Unsuru Olarak Hukuk, Milli Kültür Unsurlarımız Üzerinde Genel Görüşler, Atatürk Kültür Merkezi Yayını, Ankara 1990, 296s.

Meray S. Lozan Barış Konferansı, Tutanakları, Belgeler, Ankara, 1972.1, 1/1, 120-121 s.

Bilsel M. C. "Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi", Medeni Kanunun XV. yıl dönümü için, İstanbul 1944, 30 vd..s.

Üçok C. Mumcu A. Bozkurt G. Türk Hukuk Tarihi, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2015, 308 s

Gökalep Z. Türkleşmek, İslamlaşmak, Muasırlaşmak, Türk Kültür Yayını, İstanbul 1976, 123-124 s.

- Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, Cilt:1, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 203-209 s.
- Dursun A. Türk Halk Hukuku, Ötüken Neşriyat A.Ş. , İstanbul 2016, 34s.
- Gökalp Z. Türk Töresi, Kültür Bakanlığı Yayını, İstanbul 1977, 17s.
- Tanyu H. Türk Töresi Üzerinde Yeni Bir Araştırma, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:23/1, 1979, 102-103 s.
- Cin H. Akgündüz A. Türk Hukuk Tarihi, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989, 32 s.
- Aydın M. A. Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. , İstanbul 2009, 14-16 s.
- Arsal S. M. Türk Tarihi ve Hukuk, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2014, 286s.
- Aral V. Toplum ve Adaletli Yaşam, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, 26 s.
- Tezcan M. Kültürel Antropoloji, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 1977, 134 s.
- Nahya O. İslam-Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Önemi, Türk Folkloru Araştırmaları Yıllığı, Belleten, 1975, 106 s.