

ISSN 1300 - 0187

T. C. DANIŞTAY DERGİSİ

YIL : 2019

SAYI : 151



Altı Ayda Bir Yayımlanan Uluslararası Hakemli Dergidir.

YARGIYA GÜVEN SAĞLANMASI İHTİYACI

THE NEED FOR BUILDING TRUST IN THE JUDICIARY

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN*

ÖZ

Yargıya güven öncelikle hukuka güveni gerekli kılmaktadır. Devlet idaresi içinde yaşama kuralları olan hukukun uygulanması, hukuk sistemlerinin toplumsal kültür farklılıklarına göre değişiklik göstermesine yol açmıştır. Hukukun; yasama organlarınca oluşturulması veya mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmesi hukukun kaynağını ifade etmekte, dağınık ve yazılı olmayan kuralların birleştirilerek tüm ülkede geçerli bir hukuk sistemi üretilmesi ise kanunlaştırmayı anlatmaktadır. Kanunlaştırmada, toplumun gelenek ve göreneklerine örf ve adetlerine dayalı değerlerin belirlenerek esas alınması yargıya güvenin gerçekleşmesinde büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler : Yargıya güven, milli hukuk ihtiyacı, Türk hukukunun gelişimi, halk hukuku.

ABSTRACT

Building trust in the judiciary requires trust in the law. The application of law which is the rules of living within the state administration has led law systems to be changed based on the social-cultural differences. The source of law is the establishment of law by the legislative organs or development of law by the court practices. Moreover, the legislation is to produce a legal system valid in the whole country by combining dispersed and unwritten rules. In the course of legislation, identification of values based on social customs and traditions and taking these identifications into consideration as a ground are very important in building trust in the judiciary.

Keywords: Trust in the judiciary, the need for national law, development of Turkish law, public law.

* Danıştay Üyesi

I.GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti, yaklaşık yüz yıllık Cumhuriyet deneyimi ve Tanzimat döneminin öncesindeki batılılaşma olarak ifade edilen III. Selim ile başlayan yenileşme ve ıslahat süreci (Fransız İhtilali ile aynı yıllar) dikkate alınırса yaklaşık 250 yıllık deneyimi ile Kara Avrupa'sı hukuk sistemini benimsemiştir.

1839 Tanzimat Fermanı'ndan sonra 1876 Anayasası¹ ile kabul edilen Kara Avrupa'sı hukuk sistemi, 1921 Anayasası ile Cumhuriyetin ilanı gerçekleştirildikten sonra 1924 Anayasası ile de benimsenmiş ve bu irade 2000'li yıllarda tekrarlanmıştır². Gerek 2001 yılında (3.10.2001-4709/2 md.) Anayasanın 13'üncü maddesinde yapılan değişiklik³ gerekse 2004 yılında 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla yapılan değişiklik⁴ ile de bu kararlılık vurgulanmıştır. En son “Avrupa Birliği'ne

¹ Kanun-i Esasi, 1831 Belçika ve 1850 Prusya anayasalarından mülhemdir. Ancak Belçika'nın aksine Prusya'daki kuvvetler birliği sistemi alınmıştır. ÜÇOK, Coşkun, 1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, 1976, s. 5.

² 19 Mart 2001 tarihli Bakanlar Kurulunda kabul edilerek 24 Mart 2001 tarih ve 24352 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Avrupa Birliği Müktesebatının üstlenilmesine ilişkin Türkiye Ulusal Programı ile Kara Avrupa'sı hukuk sistemini gerek kamu gerek özel hukuk alanındaki düzenlemeler ile içselleştirmiştir.

³ Bu değişikliğin gerekçesinde, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir.” ifadesi yer almıştır.

⁴ Anayasanın 10/(2). maddesindeki kadın erkek eşitliğine ilişkin cinsiyet ayrımcılığına yönelik değişikliğe; 2003 Katılım Ortaklığı Belgesinde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayırım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır. Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 20 nci maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağına ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartının “III. Eşitlik” başlıklı Bölümünün 23 üncü maddesinde, “İstihdam, çalışma ve ücret de dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır.” denilmektedir. Yine 15. Maddede yapılan değişiklik gerekçesinde de; (7.5.2004—5170/2 md.) “Avrupa Birliğine üye tüm ülkeler gibi, Ülkemiz de İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 13 No'lu Protokol'ü imzalamıştır. Söz konusu Protokol idam cezasını tamamen kaldırmayı öngörmektedir. Ülkemiz 13 No'lu Protokol'ü henüz onaylamamışsa da, onaydan önce konuyla ilgili olarak Anayasada gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla, 15'inci maddeden ölüm cezasının infazıyla ilgili ibare çıkartılmaktadır.” denilmiştir.

katılım için Ulusal Eylem Planı Ocak 2016 - Aralık 2019” çalışmaları ile Avrupa Birliği üye adaylığına yönelik çabalar sürdürülmektedir.

12.09.2010 tarihinde halkoylamasına sunularak kabul edilen 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerine Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile özellikle Yüksek Yargının yeniden dizayn edilmesi sonucunu doğuran Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı ve oluşumunun yeniden düzenlenmesi ile yaşanan gelişmeler⁵ son dönemde yargıya olan güvenin azalmasının⁶ ana nedenini oluşturmaktadır.

Halkoylaması ile yürürlüğe giren parlamenter hükümet sisteminden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş amacıyla gerçekleştirilen 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı da değiştirilerek Hâkimler ve Savcılar Kurulu olarak yeniden düzenlenmiştir.

Yargıya güvensizlik olduğu, diğer bir ifadeyle yargıya olan güven duygusunda azalma meydana geldiği yönündeki araştırma⁷ ve

⁵ 2016 yılsonu itibariyle toplam 15.945 hâkim ve savcı görev yapmakta iken; FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında meslekten ihraç edilen hâkim ve savcı sayısı yaklaşık 4.600 olmuştur. Bu sayı görev yapan hâkim ve savcılarının 1/3'üne tekabül etmektedir.

⁶ Tarafsız Bölge programında yargıda geline nokta değerlendirildi. SONAR Başkanı Hakan Bayrakçı, yaptığı anketlere dayanarak FETÖ sonrası yargıya güvenin azaldığını savundu. Bayrakçı, "Anket sonuçları yargıya güvenin yüzde 40'lara kadar düştüğünü gösteriyor" dedi. 22.05.2017 - 23:41| Son Güncelleme 30.05.2017 - 11:38; <https://www.cnnturk.com/video/tv-cnn-turk/programlar/tarafsiz-bolge/yargiya-guven-anket-sonuclarini-acikladi>.

⁷ Kadir Has Üniversitesi'nce yapılan çalışmada, Türkiye Sosyal ve Siyasal Eğilimler Araştırması, 26 ilde bin kişiyle yüz yüze görüşme tekniği ile bir araştırma gerçekleştirildi. Araştırmada, en güvenilen kurum Jandarma, çıktı. Jandarma oranı 55,1. Jandarma'dan sonra sırayla Ordu, Polis, TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Hükümet, Yargı olarak sıralandı. Yargı'nın altında ise üniversiteler var. Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit bu durum yargıya güvenin üniversitelerin üzerinde olduğu, ancak yine de bu düşüşün araştırılması gerektiğini bildirdi. (1 Mart 2019 08:35, <https://www.memurlar.net/haber/812648/yargiya-guven-universitelerin-ustunde.html>, Erişim: 25.03.2019)

anket sonuçları⁸, ülkemizin en önemli sosyal sorununun hukuka güven duygusunun güçlendirilmesi ihtiyacı olduğunu göstermektedir.

Gerçekten yargı mensuplarının, görev ve sorumluluk bilinciyle yargılama faaliyetini sürdürdüğü ve büyük bir özveri ile yapılan titiz çalışmalar sonucunda karar verdiği bilinmektedir. Ancak sadece gerçeğin ne olduğu değil nasıl anlaşıldığı toplumun bu durumu nasıl anlamlandırdığı da önem taşımaktadır. Nitekim Hâkimler ve Savcılar Kurulunca karara bağlanarak 14.03.2019 tarih ve 30714 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe giren ‘Türk Yargı Etiği Bildirgesi’ yargıya duyulan güven bakımından içinde bulunduğumuz durumun ciddiyetini ortaya koymaktadır.

Yargıya güven, haksızlığa uğranıldığı duygusuna kapılan herkesin haksızlığın giderileceği, başvuruda bulunduğu zaman hakkının teslim edileceği yargı makamlarının varlığına olan inancını ifade etmektedir. Nitekim “Yargıya güvensizlik arttı ve yargı objektif karar vermekten uzaklaştı” şeklindeki değerlendirmeler, iş yükünün bu denli arttığı⁹, devam eden (derdest) dava sayısının 10 milyona yaklaştığı¹⁰ yani sürekli

⁸ Yargıya Ne Kadar Güveniyoruz? AK Parti Genel Başkan Yardımcısı ve Yerel Yönetimler Başkanı Abdülhamit Gül, Bursa’da katıldığı AK Parti İl Başkanlığı toplantısında Türkiye’de yargıya güvenin azaldığını iddia etti. Gül konuşmasında, önceleri Türkiye’de yargıya güvenenlerin oranının yüzde 60-70’lerde seyrettiğini ancak son dönemde bu oranın yüzde 20’lerin altına düştüğünü iddia etti. Türkiye’de yargı kurumuna güveni araştırmak için ulusal ve uluslararası farklı kamuoyu yoklamalarına başvurduk. En güncelden başlayacak olursak, Kadir Has Üniversitesi tarafından yapılan "Türkiye Sosyal-Siyasal Eğilimler Araştırması"nın 2013 yılında yapılan versiyonuna göre toplumun yargıya güveni yüzde 26.5 dolaylarında. Yine aynı araştırmanın 2012 versiyonunda bu oran yüzde 37.2, 2011 versiyonunda ise yüzde 38.8 olmuş. Gallup şirketinin 2013 yılındaki araştırmasına göre yargıya güven şehirde yaşayanlar arasında yüzde 66 olurken, kırsal bölgede yaşayanlarda bu oranın yüzde 49 olduğu görülüyor. Bengi CENGİZ, 6 Kasım 2014, Erişim: 25.03.2019 <https://www.dogrulukpayi.com>

⁹ Danıştay’da ilk derece ve temyiz aşaması olmak üzere; 2013 de 147.555, 2014’ de 142.148, 2015’de 189.402, 2016’da 269.564, 2017’de 83.181, 2018’de 97.172 adet dava açılmıştır. 2017 ve 2018 yıllarındaki sayılar istinaf sisteminin uygulanması nedeniyle iş yükünün azalışını göstermektedir. UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰ 26.03.2019 tarihi itibarıyla UYAP Bilişim Sistemi kayıtlarına göre, Ceza Mahkemeleri: 1.583.747, Hukuk Mahkemeleri: 1.967.582, İdari Yargı: 210.655, Cumhuriyet Başsavcılığı Soruşturma Sayısı: 4.899.963 olmak üzere toplam: 8.661.947 adet dava ve soruşturma devam etmektedir. Yargıtay’ın derdest dava

büyük sayılarda dava açılmaya devam edildiği dikkate alınırsa, yine de toplumun yargıdan umudunu kesmediği, dava açmak suretiyle adalet arayışına devam ettiği sonucuna varılabilir.

Bilinen örnektir: Mimar Sinan'ın Süleymaniye Camiinin minaresinin eğri olduğunu söyleyen çocuğa, minareye bağlattığı halat ile istediği yönde düzeltilene kadar çektiirdikten sonra “evet düzeldi” dedirtip, gerçekte minarede hiçbir eksiklik olmadığı ve düzeltilmesi gerekmediği halde “eğri olduğuna yönelik algının” düzeltilmesinin sağlanması örneğinde olduğu gibi yargıya güven duygusunun yeniden sağlanması, yargının doğru-adil kararlar verdiği inancının güçlendirilmesi hayati derecede önem taşımaktadır.¹¹

sayısı 26 Mart 2019 tarihi itibarıyla Yargıtay hukuk daireleri ile Hukuk Genel Kurulunda toplam, 202.787, ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulunda 267.323; Cumhuriyet Başsavcılığında 407.344 derdest dosya bulunmaktadır. Genel toplam: 877.454; 27 Mart 2019 itibarıyla Danıştay'da derdest dava sayısı: 160.326 olmuştur. Gerek ilk derece mahkemeler gerek Yüksek Mahkemeler olarak toplam: 9.699.727 adet dava devam etmektedir. UYAP Bilişim Sistemi.

- ¹¹ Süleymaniye Camiinin inşası tamamlanmış, ibadete açılacağı gün ilan edilmişti. O gün gelince İstanbul'un her yanından insanlar bu eşsiz eserin açılışında bulunmak için şehrin bu noktasına akın etmişti. Herkes hayranlıkla bu Türk mucizesini seyrediyordu. Fakat bunlar arasında bulunan bir çocuk, “Aaa şu minareye bakın nasıl eğri!” diye bağıyordu. Herkes de bakıyordu ama bir eğrilik görmüyordu. Çocuğun minarelerden biri için eğri dediği Mimar Sinan'a kadar ulaştı. Koca mimar hemen çocuğun yanına geldi ve ona, “Yavrum hangi minare eğri göster bana” dedi. Çocuk da “İşte şu” diye minarelerden birini gösterdi. Mimar Sinan hemen adamlarını topladı. Uzun halatları biri birine ekletip minareye bağlattı “Çekin yukarı doğru!” diye çekirmeye başladı. Çocuğa da, “Oğlum, bak bu minareyi doğrultturuyorum, sen dikkat et, dosdoğru olunca haber ver” dedi. Adamlar gerçekten düzeltiyormuş gibi çekiyorlardı Çocuk bir süre sonra, “Tamam, minare doğruldu” diye bağırdı. İşçiler çekme işini bırakıp halatları çözdüler. Başından beri olaya tanık olan Sinan'ın ustalarından biri herkesin kafasını kurcalayan soruyu Mimar Sinan'a yöneltti: - Ulu mimarbaşımız, sen herkesten iyi biliyorsun ki, minarede eğrilik falan yok. O halde niçin düzeltmeye kalkıştın? Mimar Sinan'ın cevabı inceliğin, anlayışın, hoşgörünün simgesi idi: - Ben bilmez miyim minarede eğrilik olmadığını. Ama çocuğun kafasındaki “minare eğri” intibamı da öyle bırakamazdım. Bu yöneme başvurdum ki çocuğun kafasındaki “eğri” kanaati silinsin. Yoksa her yerde çocuk akıyla minarenin eğri olduğunu söyler, sonra gerçekten eğri olduğu şeklinde bir inanç yayılırdı. ÖZKAN, İsmail, Kıssadan Hisseler, HYPERLINK “http://www.ihya.org” www.ihya.org.

Bütün bunların dışında belirtilmesi gerekir ki, Türklerin devlet kurucusu bir millet olmasını sağlayan sebeplerin başında, çok üstün bir kanun ve hukuk düşüncesinin varlığı yatmaktadır. Türklerin, milli özelliklerinden biri olan kanun seven, hukuk yaratan bir millet olmaları, aynı zamanda devlet kurucu millet olmalarının doğal sonucudur. Çünkü hukuk, devletle var olur, devlet yoksa hukuk da yoktur. Devlet kurmak demek, aynı zamanda zorlama gücüne dayanılarak uyulması-riayet edilmesi sağlanmış kurallar ihdas etmek demektir.

Yargıya güven duygusunun aşınması, devlete güven duygusunun azalması sonucunu doğuracaktır. Bilinmelidir ki; millet ve devlet olarak bu coğrafyadaki 948 yıllık egemenliğimizin asıl dayanağı, milletin devlete sadakat bağı içinde bulunmasıdır. Millet olarak bu coğrafyada devlet halinde varlığımızın devamı, insanımızın devletimize sadakat duygusu ile gönülden bağlı olması ve başka bir merci veya merkeze aidiyet ilişkisi içinde bulunmamasının sağlanması gerekmektedir.

Bu makalede, hukukun oluşumu, yargıya güvenin önemi, hukuka güvenin sağlanması için halk hukukunun düzenlenme ihtiyacı ve mevcut hukuk sistemimizin gelişimi hakkında bilgi verilecektir.

II. HUKUKUN OLUŞUMU

Hukuk, devlet idaresi ve devlet çerçevesi içinde yaşama kurallarını ifade etmektedir. Başka bir deyişle devlet kurmak, devlet idare etmek, hukuk yaratmak, hukuka riayet ettirmek demektir. Hukuksuz devlet olamayacağı gibi devletsiz hukuktan da söz edilemez.

Hukuk, bir toplumda uyulması gerekli olan ve sosyal düzeni sağlayan, insanlarla insanlar ve devlet ile insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemek için devlet tarafından konulan kurallardır. Devlet tarafından konulan kuralların, toplumun davranışlarını saptama ve onların düzgün işlemelerini sağlama işlevi bulunmaktadır. Toplumun davranışlarını ise toplumun kültürel değerleri gelenek ve göreneklerinden ayrı düşünmek mümkün değildir.

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.

Devletlerin temelinde milletler bulunmaktadır. İnsan yığınlarını “millet” haline getiren ise “kültür”leridir. Aynı “dil”i konuşan insanlar başkalarından “ayrı” bir topluluk teşkil etmekte, dilin yanı sıra din, örf ve âdet, yardımlaşma ve korunma teşkilatları da, önemli olmaktadır. Sosyologlar, milletleri millet yapan maddi, manevi ortak değer ve müesseselerin hepsine “kültür” adını vermektedirler.

Milletlerin ortak olarak uydukları örf ve âdetler, onların milli şahsiyetlerinin temelini oluşturmaktadır. Yine kültür sadece dil ve edebiyat değil, musiki, resim, dans, mimari gibi sanatları kapsamakta, aynı zamanda; aile ve hukuk sistemleri, çalışma tarzı, üretim, tüketim, ulaşım şekillerini de içermektedir. Buna göre kültür kavramına, tabiatın dışında bir milletin hayatına şekil veren maddi ve manevi her şey girmekte¹², kültür bir milletin bütün hayatını kapsamına almakta, hukukunda kaynağını oluşturmaktadır.

Toplumsal kültüre uygun olarak oluşturulan hukuka toplumun uyma konusunda istekli olacağı açıktır. Kurallara uymayanları da uymaya zorlayacak derecede toplumsal duyarlılık söz konusu olacaktır. Buna göre birey toplumdan, toplum da hukuktan ayrı düşünülemez. Hukuk kuralları halkın vicdanında doğar, dil gibi kendiliğinden gelişir, örf ve âdet kuralları şeklini alır. Daha sonra hukukçular, bu kuralları yorumlayarak, düzenleyerek ve sistemleştirerek hukukun gelişmesini sağlarlar. Son aşamada ise hukuk kurallaşır ve kanunlar şeklini alır.

Gerçek anlamda hukuk, sosyolojinin toplumsal kontrol olarak nitelendirdiği toplumsal bütünleşme süreçlerinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Aynı zamanda 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 içermektedir¹³.

¹² KAPLAN, Mehmet, Kültür ve Dil, Dergâh Yayınları, 33. Baskı, İstanbul 2015, s. 26.

¹³ TEZCAN, Mahmut, Kültürel Antropoloji, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 1977, s. 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. Örf ve adet hukuku meydana gelir, bu hukuk yazılı olmayıp bireylerin, toplumların ruhunda ve vicdanında yaşar¹⁴.

İnsanoğlu bir yaşam kurduğu andan, yaşamını sürdürmeye ve bir toplum haline gelmeye çalıştığı ana kadar genel ve zorunlu ihtiyaçları için sosyalleşmek, toplumsal ve hukuki kurallar koyup, bu kuralları benimsemek zorunda kalmıştır. Hatta konulan bu kurallara uyulmadığı takdirde uymayanları cezalandırma yoluna gidilmiştir. Doğal süreçler içinde örf ve adet kurallarının modern hukuk kurallarına kaynaklık ettiği görülmektedir¹⁵. Nitekim, Fransa’da XII. yüzyıldan itibaren Örf Kitabı adını taşıyan araştırmalar, Fransız örf ve âdetini tespit etmiş sonra bu tespitler mantık çerçevesinde değerlendirilerek 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nun hazırlanmasında esas alınmıştır¹⁶.

A. KANUNLAŞTIRMA

Kanunlaştırma, dar anlamda kanun koymayı ifade etmektedir. 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 ve uygulanabilir bir duruma getirilmektedir. Fransız, İsviçre Medeni

¹⁴ NAHYA, Osman, İslam-Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Önemi, Türk Folkloru Araştırmaları Yıllığı, Belleten, 1975, s. 106.

¹⁵ DURSUN, Aysun, Türk Halk Hukuku, Ötüken Neşriyat A.Ş. , İstanbul 2016, s. 34.

¹⁶ FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, Folklor ve Hukuk, Türk Folklor Araştırmaları, 1950, Sayı: 9, s. 129.

Kanunları ve Common Law sisteminde yapılan düzenlemeler bu anlamda kanunlaştırma örnekleridir¹⁷.

Tedvin (codification) bir ülkede dağınık halde bulunan hukuk kurallarının ait oldukları hukuk dalına bağlı olarak derlenip sistemli bir bütünlüğe kavuşturulması etkinliği olan kanunlaştırma, iki şekilde gerçekleşmektedir. Birincisi, kanunlaştırmanın Osmanlı¹⁸ devletinde 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 oluşturulmasıdır. 1789 Fransız İhtilali’nden sonra hazırlanan 1804 tarihli Code Civil -Fransız Medeni Kanunu- ve 1917 Rus İhtilali’nden 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 bulunmaktadır¹⁹.

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. Bu durumda, belirli bir ülkenin şartlarına uygun olarak gelişmiş bir hukuki kurum, kavram ya da olgu veya bunların tümü bir başka ülkeye aktarılmakta, yabancı kaynaklı hukuk kuralları resepsiyon yoluyla bir ülkenin yerel hukukuna giriş yolu bulunmaktadır²⁰. İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye’de kabul edilmesi bu duruma örnek oluşturmaktadır.

¹⁷ BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1. Baskı, Ankara, 2010, s. 5.

¹⁸ Tarih sahnesine çıktığı günden beri Batı dünyasında devletin adı “Türk İmparatorluğu”, ülkesi de “Türkiye” olarak anılmıştır. Nitekim daha XV. Yüzyıldan itibaren batıda yapılmış bütün haritalarda hep “Türkiye”, “Türk İmparatorluğu” gibi deyimler kullanılmıştır. MUMCU, Ahmet, Türkler; Devlet ve Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 70.

¹⁹ BOZKURT, s. 5-6.

²⁰ BOZKURT, s. 6.

B. HUKUKUN UYGULAMASI

Hukukun uygulaması, hukuk sistemlerinin oluşumuna ve farklı toplumsal kültürlerle göre değişiklik göstererek gelişimine neden olmuştur. Hukuk Sistemleri; Kara Avrupa'sı hukuk sistemi, Angola-Sakson hukuk sistemi, İslam hukuk sistemi²¹ ve Sosyalist hukuk sistemi²² olarak genel kabul görmekle birlikte, Kara Avrupa'sı hukuku ile Anglo-Sakson hukukunun uygulama aşamasında nitelik farkı bulunmaktadır.

1. Yazılı Sistem

Kara Avrupa'sı Hukuk Sistemi, Roma Hukuku'na dayalı olma özelliği bakımından bir üst kavram niteliğinde olup, Roma Hukuku'nun temelini oluşturduğu soyut kavramlar ile genel ve yazılı kuralların meydana getirdiği bir hukuk sistemini ifade etmektedir.

Yazılı sistem, Kara Avrupa'sında uygulanan hukuktur ve büyük ölçüde Roma-Cermen Hukuku'ndan etkilenmiştir. Bu sistemde, hukukun yaratıcısı, içtihat yoluyla mahkemeler veya örf ve adet yoluyla toplum değil, yasama organlarıdır. Örnek alınan mahkeme kararı demek olan içtihat, hukukun yardımcı kaynağı niteliği taşımaktadır.

Kural olarak bir mahkemenin kararı kendisini ve bir üst mahkemenin kararı, alt mahkemeyi bağlamamaktadır. Belli bir konuda belli bir karar veren mahkeme, benzer bir konuda somut olay aynı olmasına rağmen tamamen başka bir karar verebilmektedir. Benzer şekilde bir alt mahkeme belli bir uyuşmazlıkta üst mahkemenin aynı konuda belli bir biçimde verdiği kararı uygulamayabilmektedir.

2. İctihat Sistemi

İctihatların temel olduğu örnek olayların esas alınarak geliştirilmiş bulunan Ortak Hukuk (Common Law), Anglo-Sakson hukuk sistemini

²¹ İslam hukuku, Yahudi hukuku ve Kanonik hukuk gibi ilahi meşeli olup şariat olarak adlandırılmakta ve Kur'an-ı Kerim ile Hazret-i Muhammed'in koymuş olduğu hükümlerin esasını oluşturduğu, müstakil ve kendine has bir hukuk sistemidir. Beşer iradesi ancak ilahi iradeye bağlı olarak etkili olabilmektedir. EKİNCİ, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, İstanbul 2015, s. 267-268.

²² Sosyalist hukuk sistemi, Marksist düşüncenin özel bir yorumuna dayalı olarak tasarlanmış bir hukuk düzenini ifade etmektedir.

ifade etmektedir. Anglo-Sakson hukuk sisteminde hukuk; örf ve adet kuralları, çok sayıda mahkeme kararı ve dağınık halde bulunan çeşitli kanunlardan oluşmaktadır. Bu sistemde Kara Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi büyük medeni kanunlar, borçlar kanunları, ticaret kanunları, idare hukukuna ilişkin düzenlemeler bulunmamakta, örf ve adet kuralları hukukun asıl kaynakları arasında yer almaktadır. Bu sistemde hâkimler, bir örf ve adet kuralı varsa bunu uygulamak zorunda bulunmaktadır.

Bir mahkemenin vermiş olduğu bir kararda belirttiği ilke veya kural, hukuk kaynağı olarak kabul edilmekte, dolayısıyla hukuk sistemi içtihadı nitelik göstermektedir. Kara Avrupası hukuk sisteminin tersine mahkeme karar verirken benzer olaylarda verilmiş bulunan kararları dikkate almak zorundadır. Üst mahkeme kararlarını bütün alt mahkemeler izlemek ve uymakla zorunlu bulunmaktadır.

Bu sistemde hukukun gerçek yaratıcısı bizzat hâkimler olup hukuk; genel kavramlara ve bağlantılı oldukları yasalara değil, örnek olay gruplarına ve bunların konu edinildiği yargı kararlarına dayanmaktadır.

Bir Avrupalı için hukuk denilince zihninde canlanan imge, yasa ve yasama etkinliği iken bir İngiliz için bu yargılama etkinliğidir. İngilizler için hukuk kuralı, yasama etkinliğinin sonucu olarak ortaya çıkmış genel ve soyut bir düzenlemeyi değil; kimi örnek yargı kararlarında işlenen çözümleri ifade etmektedir.

Yasama etkinliği sonucunda ortaya çıkan hukuk kuralı, ancak yargısal olarak yorumlandığında İngiliz Hukuk sistemi ile bütünleşmiş olur. Bu durum İngiliz Hukuku'nun tarihsel olarak üç kaynağa dayalı olarak gelişmesiyle ilgilidir: Common Law, Equity ve Statute Law olmak üzere Anglo-Sakson hukuk sistemi üç aşamadan oluşmaktadır. Birincisi, İngiliz Krallığı Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar olup, İngiliz örf ve âdetine dayanan bu kararlara olay hukuku (case law) denmektedir. İkincisi, dini ve vicdani düşüncelerle ortak hukukun eksikliklerini gidermek üzere Kraliyet Mahkemesi olan Şansölye Yüksek Mahkemesi içtihatları doğrultusunda oluşturulmuştur. Buna hakkaniyet hukuku (equity law) denmektedir. Üçüncüsü ise, İngiliz Parlamentosunun çıkardığı yasalardır. Olay ve hakkaniyet hukukunun

çözemediği uyuşmazlıkların çözümünde uygulanmakta ve yasa hukuku (statute law) olarak ifade edilmektedir²³.

III. TÜRK HUKUKUNUN GELİŞİMİ

A. ORTA ASYA VE OSMANLI DÖNEMİ

Orta Asya’da yaşadığımız yüzyıllarda 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.

Toplumsal düzenin sağlanması bakımından töre, yöneticilerin herkesin sahip olduğu özel ya da genel hakları korumaya özen göstermeleri ile her türlü karar ve eylemlerinde “adalet” ilkesi çerçevesinde hareket etmeleridir²⁴.

Zeki Velidi TOGAN’a göre, Orta Asya’da Türk ve Moğol kavimleri arasında, Mete’den Timur’a kadar binlerce yıl, esas hatları aynı kalmış bir Töre mevcut olmuştur. Bu Töre veya Yasa, devlet teşkilatının ve hanlık hâkimiyetinin temelini teşkil etmiş, onun yanında bağımlı kavimlerin gündelik işlerini idare eden yerel kanunlara, hanlık hukuku ile çatışmadığı ölçüde izin verilmiştir. Müslüman olan Cengiz Han oğulları dahi, özellikle devlet idaresinde, Yasa esaslarına titizlikle sadık kalmışlardır²⁵.

²³ GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Bursa 2017, s. 141-142.; Amerikan hukuku, hukuk tarihi ve kuramı açısından özel bir yere sahiptir. Çünkü Amerika’nın batısına göç hareketi, hukuksuz bir toplumsal yaşam biçiminden hukuki bir toplumsal yaşam biçimine geçişin modern dünyadaki belki de tek örneğidir. Sonradan bağımsızlıklarını ilan edip federal bir çatı altında birleşerek Amerika Birleşik Devletlerine dönüşecek olan İngiliz kolonileri ilkel sayılabilecek bir hukuki düzene sahiptiler. Amerikan hukukunun; mahkeme içtihatları ve yasama olmak üzere iki temel kaynağı bulunmaktadır.

²⁴ EROĞLU, Feyzullah, Türk Yönetim Tarihi ve Düşüncesi, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2018, s. 6.

²⁵ İNALCIK, s. 29-30.

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. Ancak 1699 Karlofça Antlaşması ile başlayan gerilemenin nedenlerinin tespit edilerek tekrar ilerleme ve gelişme sağlanması amacıyla yapılan çalışmalar, öncelikle orduda yenilenme ve değişim ihtiyacını ortaya çıkarmış, bu alandaki değişim diğer bütün alanları etkisi altına almıştır.

Batı kaynaklı hukuk sisteminin geleneksel Türk devlet anlayışı ve siyasal kültürü ile uyumlu bir biçimde millileştirilmesinin tam olarak başırlanamamış olduğu, güncel somut sorunların varlığından anlaşılmaktadır. Osmanlı döneminde özel hukuk alanında uygulanan hukuk İslam hukuku olmuştur. İslam hukuku terimi, Şeriat olarak bilinen İslam dinince vazedilmiş ilahi ilkeleri ifade etmektedir. İslam hukuk bilimi, şeriatın belirli hiyerarşik (Kuran-ı Kerim, Sünnet, İcma ve bu üç kaynakla çözüm bulunamaması durumunda dördüncü kaynak olarak kullanılan “mukayese, kıyas, akıl yürütme”) kaynaklardan tespit edileceği kabulüne dayanmaktadır.

Dinî bir hukuk sistemi ve heterojen bir toplum yapısına sahip olan Osmanlı devletinin 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 kalmışlardır²⁶. Osmanlı döneminde uygulanan hukuk sisteminin değerlendirilmesinden ziyade bu günkü hukuk sistemi öncesinde hangi aşamalardan nasıl geçilerek hukuk sistemimizin oluşturulduğunun bilinmesi önem taşımaktadır.

B. TANZİMAT VE CUMHURİYET DÖNEMİ

1. Tanzimat Dönemi

Hukuki bir düzenleme olan Tanzimat Fermanı, Osmanlı toplumunun kendisini zorunlu hissettiği dönüşüm ve yenilikleri ortaya koymaya çalıştığı yeni bir dönemin habercisi olmuştur. Tanzimat'ın ilânı ve Cumhuriyet'in kurulması, Türk tarihinin en önemli dönüm noktalarındandır.

Tarih boyunca pek çok devlet kuran, çok eski bir uygarlığa ve büyük bir kültür birikimine sahip olan Türklerin, Avrupa ülkelerinin çeşitli kanunlarını alarak, kökleri Avrupa hukuk düşüncesi ve uygulamasına dayanan bir hukuk sistemini benimsemiş olmasının sonuçları üzerinde değerlendirme yapmak önem taşımaktadır. Ancak böyle bir değerlendirme bu çalışmanın kapsamını aşacak nitelikte ve amacı dışında kalmaktadır.

XIX. yüzyıla gelinceye kadar gittikçe zayıflayan Osmanlı devletinin tekrar eski gücüne kavuşması için gerek Tanzimat öncesinde ve gerekse sonrasında bir dizi ıslahat hareketlerine sahne olduğu bilinmektedir. Bu ıslahatlarda özellikle Tanzimat sonrasında daima Batı dünyası örnek alınmıştır. Her alanda Batılılaşmayı amaç edinen Osmanlı devlet adamları Batı'daki kanunlaştırmaların etkisinde kalmışlar ve sosyal yapıya uyup uymayacağını, hukukî ihtiyaçları karşılayıp karşılayamayacağını fazla düşünmeksizin adlî yapıda ve kanunlaştırma alanında Batı örneğinde reformlar yapmayı gerekli görmüşlerdir.

²⁶ MUMCU, Ahmet, Milli Kültür Unsuru Olarak Hukuk, Milli Kültür Unsurlarımız Üzerinde Genel Görüşler, Atatürk Kültür Merkezi Yayını, Ankara 1990, s. 296.

Sadece iç dinamikler reformun belirleyicisi olmamış, aynı zamanda Batı devletlerinin kendi hukukî yapılarını ve kanunlarını kabul ettirme yolunda Osmanlı devletine devamlı telkin ve tazyikte bulunmalarının da etkisi büyüktür.

Batılı devletlerin gerek sanayi devrimi sonucu artan üretimleri için uygun pazarlar bulma ve bu pazar devletleri kendi hukukî yapıları ve kanunlarıyla donatarak ticaretlerini güvence altına alma düşünceleri gerek kendi hukuklarını empoze ederek hukukî bir itibar arama gayretleri ve gerekse Osmanlı devletinde kendilerine yakın hissettikleri azınlıklara özellikle kamu hukuku alanında yeni hak ve imtiyazlar sağlama ve böylece azınlıklar nezdinde prestijlerini artırma çabaları, bu devletlerin adlî teşkilât ve kanunlaştırma alanında Osmanlı devletine sürekli baskı yapmalarının sebeplerini oluşturmaktadır²⁷.

1839'da Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun okunmasıyla başlayan dönemde Osmanlı hukukunun gerek kurulan hukukî müesseseler ve gerekse hazırlanan kanunlarla önceki dönemden kesin çizgilerle ayrıldığı görülmektedir. III. Selim'in sadece orduda değil, yozlaşan diğer kurumlarda da yenilik yapma girişimlerini, II. Mahmut döneminde, hemen her alanda gerçekleştirilen reformlar izlemiş, Tanzimat ise hukuk alanında da Batı'ya yönelişin başlangıcı olmuştur.

Hukukun eksikliğini gidermek için yeni düzenlemeler yapmak yerine, Tanzimatçılar bu eksiklikleri Batı'dan alınan hukukla tamamlamak yolunu seçmişler, özellikle İslâm kamu ve özel hukukunun düzenlemediği bazı konularda Batı'dan ceza, idare, ticaret ve usul kanunları alınmış, böylece idare yapısı değişirken iki çeşit ceza hukuku ve dört çeşit mahkeme teşkilatı oluşmuştur.

Tanzimat dönemindeki en köklü hukuk hareketleri kanunlaştırma alanında görülmektedir. Ceza hukukunun belli bir bölümünü düzenleyen 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunları yürürlüğe konulmuştur. 1850 tarihli Kanunnâme-i Ticaret hükümlerinin çoğu

²⁷ BARKAN, Ömer Lütfi, Türkiye'de Din ve Devlet İlişkileri, Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri, Seminere Sunulan Bildiriler, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1975, s. 93. Şer'iyye mahkemelerinin yanı sıra ilk olarak ticaret mahkemelerinin kurulması, Batı'dan alınan ilk kanunların ticaret kanunu olması bu baskıların temelinde ticari ve iktisadî menfaatlerin rol oynadığını göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Fransız ticaret kanunundan alınan ilk yabancı menşeli kanun olmuştur. Bu kanunnâmeden sonra hükümlerinin önemli bir kısmı 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan alınmış olan 1858 tarihli Ceza Kanunnâmesi ile yine aynı yıl Arazi Kanunnâmesi hazırlanmıştır²⁸. 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 Mecell-i Ahkâm-ı Adliye olmuştur²⁹. 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'de şekil olarak Batı kanunlarının etkisinde kalması dışında Avrupa hukukundan yararlanma söz konusu olmamıştır. İslâm hukukunun klasik meselecî (kazuistik) sistemine bağlı kalarak hazırlanan Mecelle, İslâm hukukunun kanunlaştırılmasının ilk örneğidir. Gerek Osmanlı devletinde ve gerekse diğer İslâm devletlerinde yapılan kanunlaştırmalara öncülük ve örneklik etmiştir³⁰.

²⁸ Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir heyet tarafından hazırlanan Arazi kanunnâmesi Tanzimat döneminde hazırlanan ve hükümlerinin tamamı o zamana kadar esasen yürürlükte olan hukukî esasların kanunlaştırılmasıyla oluşan millî bir kanundur.

²⁹ Fransız Kanunlarının ıktibasî yolunun izlenmesi yönündeki görüşlere karşı çıkılarak yerli-millî bir düzenleme yapılması gerekliliği yönündeki anlayış çerçevesinde Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Komisyonu kurulmuş ve bugün kısaca Mecelle olarak anılan bir Mukaddime onaltı kitaptan oluşan 1851 maddelik Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hazırlanmıştır. KARAKOÇ, Yusuf, (Cengiz İLHAN, Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014), Sunuş yazısı.

³⁰ Mecelle'den sonra Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan büyük ölçüde istifade edilerek 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.

2. Cumhuriyet Dönemi

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.

İmparatorluğun Birinci Dünya Savaşı'ndan yenik çıkması üzerine dayatılan Sevr Antlaşması ile hem fiilen Osmanlı devleti sona eriyor hem de adli kapitülasyonlar ve konsolosluk mahkemelerinin yetkileri genişliyordu.

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 hazırlamışlardı³¹.

Bu Tasarıyı, Türk Heyeti'nden istenen diğer önemli tavizler takip edince, 4 Şubat 1923'de konferans kesildi ve Temsilci Heyetleri ülkelerine döndüler³². 23 Nisan 1923'de Lozan'da tekrar toplanılmış, uzun tartışmalar sonucu 24 Temmuz 1923'te kabul edilen Lozan Barış

³¹ 31 Ocak 1923'te 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 Tasarıya göre, Türk Hükümeti, ikisini Türk Adalet Bakanlığı görevlilerinden, üçünü La Haye Milletlerarası Daimî Adalet Divanının asil yada yedek hakimlerinin arasından seçeceği beş üyeden oluşan bir komisyon kuracaktır. Türk Hükümeti bu komisyonun önerdiği adaylar arasından İstanbul, İzmir, Samsun, Adana Mahkemelerinde ve Yargıtay'da görev yapacak hukuk danışmanları seçecektir. Bu danışmanların bir kısmı ile Türk yetkililerden oluşacak bir Danışma Komitesi de reform tasarıları hazırlayacaktır.

³² MERAY, Seha, Lozan Barış Konferansı, Tutanakları, Belgeler, Ankara, 1972.1, 1/1, s. 120-121.

Antlaşmasına eklenen Beyannamede³³ hukuk reformu komisyonlarının kurulacağı açıkça öngörülmüştür. Aslında "Hukuk Reformu" konusu, Lozan'ın azınlıklarla ilgili tüm komisyon tartışmalarının esasını oluşturmuştur.

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" vurgulamıştır³⁴.

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,
- * Ticareti Bahriye ve Berriye Komisyonu,
- * Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu ve
- * Kanun-u Ceza Komisyonu gibi isimler altında çeşitli komisyonlar kurulmuştur.

³³ İdare-i Adliyyeye Dair Beyannâme'de, şu kararlara yer verilmiştir: Türk Hükümeti, beş yıldan az olmamak üzere, gerekli göreceği bir süre için, I. Dünya Savaşına katılmamış ülkelerin uyrukları olan hukukçular arasından, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'nca düzenlenmiş bir çizelgeden Avrupalı hukuk danışmanlarını Türk memurları statüsünde ve Adalet Bakanı'na bağlı olmak üzere hizmetine alacaktır. Bu danışmanlar hukuk reformları komisyonlarının çalışmalarına katılacaklar ve yargıçların görevlerine karışmaksızın, Türk hukuk, ticaret ve ceza mahkemelerinin işleyişini izlemekle ve Adalet Bakanı'na gerekli görecekları bütün raporları göndermekle görevli olacaklardır. Bu danışmanlar, gerek hukuk, ticaret ya da ceza konularında mahkemelerin yönetimi, gerek cezaların ya da kanunların uygulanması yüzünden doğabilecek bütün yakınmalara bakmakla ve Türk kanunlarının tam olarak uygulanmasını sağlamak üzere, Adalet Bakanı'na bu konuda bilgi vermekle görevli olacaklardır.

³⁴ BİLSEL, M. Cemil, Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi, Medeni Kanunun XV. yıl dönümü için, İstanbul, 1944, s. 30 vd..

Vacibat ve Ahval-i 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’yi Tadil Komisyonu ile Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonlarının çalışma usulünü takip edecekleri³⁵” belirtilmiştir.

Adliye Vekâletinin bu komisyonların kuruluş şekli ve faaliyetlerini düzenlemek için çıkardığı talimatnamede³⁶, “komisyonların çalışmaları sırasında bilhassa memleketin iktisadî kalkınmasına yardımcı olacak kuralları koyacakları ve maksada ulaşmak için gerek fıkıh hükümlerinden ve gerek diğer milletlerce kabul ve tatbik edilmiş esaslardan istifade edecekleri, ülkenin ihtiyaçlarını her bakımdan temin edecek şekilde bir medeni kanun lâyihası hazırlamak vazifesi ile mükellef bir Medeni Kanun Komisyonu kurulduğu” yazılıydı. Adliye Vekaleti’ne bağlı olarak çalışacak olan komisyonlar, hukuk deyimlerini tayin, tespit veya yeniden va’zetme görevini de üstlenmişlerdir.

Ahval-i Şahsiye Komisyonu 2 Mayıs 1923’de yaptığı ilk toplantısında³⁷, “toplumun menfaati hangi ahkâmın va’zını gerektiriyorsa, komisyonca müzakere ile o hükümlerin konması ve bunlardan şer’î kitaplarda dayanağı bulunanlar için kabullerine neden olan gerekçelerle beraber şer’î dayanaklarının dahi yazılması” kararlaştırıldı. Vacibat Komisyonu’nda “ahkâm-ı şeriye’ye muhalif

³⁵ ÜÇÖK Coşkun, MUMCU Ahmet, BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2015, s. 308.

³⁶ Talimatnameye göre, Medeni Kanun Komisyonu ikiye ayrılmıştı: Birinci komisyon, hukukun gelişmesini gerektirdiği ilmi tasnif dairesinde bilhassa borçlar hukukuyla ilgili hükümlerin, ikinci komisyon ise şahsın hukuku (ahkâm-ı şahsiye) ile ilgili tüm kanunların müzakere ve tedavisi ile meşgul olacaktı. Birinci komisyon, yani Vacibat Komisyonu, Mecelle’yi Tadil Komisyonu’nun alt encümeninde hazırlanmış olan lâyiha’nın müzakeresini süratle tamamlayacak, ikinci komisyon "Ahvali Şahsiye Komisyonu", Ahkâmı Şahsiye Komisyonunun yerine geçerek çalışmaya devam edecekti. Bu Talimatname’den kurulan komisyonların, 1916’daki lhzar-ı Kavanin Komisyonlarının devamı olarak görüldükleri ve aynı yöntemi takip etmelerinin istendiği anlaşılmaktadır. Ceride-i Adliye, 1339, s. 463 ve AKİPEK, Jale G., Türk Medeni Hukuku, Cilt: I., Ankara, 1973, s. 42.

³⁷ Komisyonların çalışmaları ve sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt:1, Umumi Esaslar, Beşinci Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1956, s. 71 vd. ve Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu Zabıtları, Adliye Ceridesi, 1339, s. 560 vd.

olmamak üzere, fâkihler arasında tartışmalı olan konularda hangi müctehidin hükmü mevcut ihtiyaçları karşılıyorsa, onun reyini tercih edilerek, Mecelle'nin ilgili konudaki hükümlerinin ona göre tadil olunacağı, fıkıh ile uyumu muhafaza suretiyle tüm hukuk kurumlarından yararlanılacağı, hâkimlere takdir yetkisi tanınmayacağı³⁸ 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 çıkıyordu³⁹.

Bu çalışmalar ülkenin ihtiyaçlarını karşılayacak yeni ve modern bir hukuk sisteminin kurulması ve gerek bireysel hak ve özgürlüklerin gerekse toplumsal ihtiyaçların hukuksal çözümünün gerçekleştirilemeyeceğini ortaya koymuştur.

Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun çıkartılması ve şer'i mahkemelerin, Şeriye ve Evkaf Vekillerinin ilgası üzerine, 19 Mayıs 1924'de yeni komisyonlar kuruldu. Bu komisyonların çalışmalarının da ihtiyaç duyulan yeni düzenlemeleri yapamayacağı kısa zamanda anlaşıldı ve çalışmalarına, devrin Adliye Vekili Mahmut Esat Bey'in hukukta reform değil, devrim yapılması gerektiğini belirten ünlü konuşmasıyla son verildi⁴⁰.

Hükümet, önce İsviçre Medeni Kanunu'nun bazı değişikliklerle bir bütün halinde iktibas edilmesini kabul etti⁴¹. Yeni Medeni Kanun,

³⁸ Vacibat komisyonu, hakimlere takdir hakkı tanınmaması esasının esbab-ı mucibesinde, aynen Mecelle Komisyonu gibi, "ehliyet ve kifayeti haiz pek az hakim bulunduğunu" belirttikten sonra, bazı devletlerin kanunlarında olduğu gibi hakimlere fazla takdir hakkı bahşetmenin bir çok hatalara yol açacağı gibi, vazifesini suistimal eğiliminde olanlara da bir meydan bırakılmış olacağından, bu yola gidildiğini açıklamıştır. Ceride-i Adliye, 1339, s. 13,14,15 e ek olarak yayınlanan rapor, s. 3.

³⁹ Tanzimat'tan itibaren resmî belgelerde görülen, "zamanın ihtiyaçlarına uyma arzusu" ibaresinin, yerini Birinci Dünya Savaşı yıllarındaki resmi belgelerde "asrileşmek mecburiyeti" ibaresine bırakmış olması, Tanzimat'ın "geçiş dönemi işlevini" bütün gerçekliğiyle vurgulamaktadır.

⁴⁰ BOZKURT, Mahmut Esat, Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?, Medeni Kanunumuzun XV. Yıl Dönümü için, İstanbul 1944, s. 7-20.

⁴¹ Adliye Vekili Mahmut Esat Bey, yeni komisyonlarla ilgili görüşlerini şöyle dile getirmektedir: “1924 yılında, bunların çalışma verimi gözden geçirildi.

İsviçre Borçlar Kanunu ile birlikte 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girdi. Böylece, uzun süreden beri amaçlanan, ülkede yaşayan herkese eşit olarak uygulanabilir nitelikli; vatandaşlar arasında cins, ırk, din farkı gözetmeyen bir medeni kanun kabul edilmiş oldu.

Türk Medeni Kanunu'nun kabulünden kısa bir süre önce, Yahudiler 15 Eylül 1925, Ermeniler 17 Ekim 1925, Rumlar 27 Kasım 1925 tarihli dilekçeleriyle artık aile hukuku ve şahsî hükümler bakımından ayrı bir muameleye tâbi olmak ihtiyacını duymadıklarını Adliye Vekaletine bildirerek, Türkiye'de yaşayan gayrimüslim azınlıklar, “dinî düşüncelerden tamamıyla soyutlanmış esasların kabul edilmesi üzerine, cemaatler için artık ayrı hükümler konmasına gerek olmadığını, bu kanunun kendilerine de tatbikini” istemişlerdir⁴².

1889 İtalyan Ceza Kanunu 1926 yılında kabul edilirken, esas itibarıyla Alman ve İtalyan hukuk sistemlerine dayanan bir Ticaret kanunu yine aynı yıl yürürlüğe girmiş, TBMM 1926 tarihli Kabotaj Kanunu ile Türk Limanları arasında yük ve yolcu taşıma tekeli Türkiye bayrağı taşıyan gemilere verirken, Alman hukukundan yararlanılarak hazırlanan Deniz Ticaret Kanunu 1929 yılında kabul edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, İsviçre'nin Neuchatel Kantonu'nun Usul Kanunu örnek alınarak hazırlanmış ve 1927'de yürürlüğe girmiş, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ise yine Alman hukuku kökenli olup 1929'da kabul edilmiştir.

İcra İflas Kanunumuz ise İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'ndan yararlanılarak hazırlanmış ve 1929'da yürürlüğe girmiştir. Vergi kanunlarımızın önemli bir bölümü de yine Batı Avrupa, özellikle Alman kanunları örnek alınarak hazırlanmıştır.

Başarabildikleri şunlardı: Borçlar Kanunundan, 200 madde; Medeni Kanundan; miras, veraset, evlenme ve boşanma; Ceza Kanunundan 70-80 madde; Kara Ticaret Kanunu bitmemiş!.. Çalışma tarzlarına gelince, bu pek hazin bir şeydi: Mesela Medeni Kanununun fasılları şöyle yazılmıştır: Bir hüküm Alman Kanunundan, bir hüküm Şafiden, Hanefî'den, diğer bir hüküm İsviçre'den!.. Diğer kanunlarda böyle... Kanun maddeleri arasında uygunluk yoktu.” BOZKURT, (Gülnehal), s. 189.

⁴² MUMCU, Ahmet, Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine, Ankara, 1977, s. 30.

1876 Anayasasından sonra milli egemenlik ilkesinin benimsendiği 1921 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu) ile Cumhuriyetin ilanı gerçekleştirilmiş, 3 Mart 1924 tarihinde hilafet kaldırılmış ve 20 Nisan 1924 tarihinde de (1924 Anayasası ile) meclis hükümeti sisteminden parlamenter sisteme geçilmiştir. 1945'te çok partili sisteme geçildikten sonra, 1961 Anayasası ile çoğunlukçu bir demokrasi anlayışından çoğulcu demokrasi anlayışına geçilmiş, 1982 Anayasası ise önemli değişikliklere rağmen yürürlüktedir.

IV. HUKUKA GÜVENİN ÖNEMİ VE MİLLİ HUKUK İHTİYACI

Asya'nın güney doğusu dışında hemen her köşesinde, Avrupa'nın doğusunda, Kuzey Afrika'da yüzden fazla devlet kurmuş⁴³ Türklerin, “devlet kurma ve yaşatma” yetenekleri büyük önem taşımaktadır.

Toplum halinde yaşayan insanların güvenlik ihtiyacı psikolojiktir. İnsan gerektiği takdirde kendine yardımcı olabilecek üstün bir güce sığınmak eğilimindedir. Kendinden üstün güce sahip olanları görmesi, tanınması, onu “koruyucu” veya “korunmasına yardımcı” olarak kabullenmesi yine psikolojik süreçtir. Bu sürecin sonunda yeni bir psikolojik olgu ortaya çıkar: itaat. Bir toplumda güvenlik isteği kolektif

⁴³ Ön-İlkçağdan bugüne kadar Türklerin en aşağı yüz devlet kurdukları bilimsel bir tahmindir. MUMCU, (Türkler) s. VII; “Türk tarihi bir bütündür. "Devlet" denilen nesneler ayrı hükümdarlar, hanedanlardır. Böyle olunca 16 Türk devleti masalı kendiliğinden yıkılır ve birbirinin devamı olan hanedanlarla Türk tarihindeki birlik karşımızda parıldar. Türk tarihinin devletler adı altında parçalara bölünmesinin millî psikoloji üzerindeki yıkıcı tesirini kimse düşünmüyor. Mazideki millî devamlılığa inanmayan kimsenin bugünkü millî devamlılıktan da ümitsiz olacağı hesaba katılmıyor. Halbuki biraz mantık ve anlayış sahibi olanlar Türk tarihinin aralıksız bir bütün olduğunu kendiliğinden kavrayabilir. Türkiye Cumhuriyeti gökten zembille inmemiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nun devamıdır. Osmanlı İmparatorluğu, İlhanlı Devleti'nin uç beyliğinden doğmuştur; demek ki onun devamıdır. İlhanlı Devleti Anadolu'daki Selçuklu devletinin devamıdır. Anadolu'daki Selçuklu devleti ile Batı Türkistan ve İran'daki Harzemşahlar devleti Büyük Selçuklu Devletinin devamıdır. Büyük Selçuklu devleti Karahanlılar'ın, Karahanlılar Uygurlar'ın, Uygurlar Gök Türkler'in, Gök Türkler Aparlar'ın, Aparlar Siyenpeler'in, Siyenpeler Kunlar'ın devamıdır. Bu devamlar kesintisiz, aralıksız bir tarihin kadrosudur. Yani biz, biri yıkılıp biri kurulan ayrı ayrı devletlerin değil, bir bütün halinde sürüp gelen bir devletin milletiyiz.” ATISIZ, Nihal, 16 Türk Devleti Masalı ve Uydurma Bayraklar, Ötüken, Sayı 65, (1969).

bir düzeye erişir ve aynı topluluk içinde bunu sağlayacağına umut bağlanan kişi veya kişilere itaat edilmesine başlanınca devlet doğmuştur. Artık “itaat edenlerle”, “itaat edilenler” arasındaki ilişkilerin niteliği bu devleti geliştirecek veya bir süre sonra giderek yok olması yolunu açacaktır⁴⁴.

Devlet kurum olarak gerçek kişiler tarafından yönetilir ve bu kişilerin itaat edenler karşısında itaat edilenler olarak “korku” siyaseti ile iktidarı elde tutmaları istenmeyen bir sonuçtur. Bir devlette itaat edenler ile itaat edilenler arasında kültürel uyum varsa devlet ve onun en kutsal ürünü olan hukuk da o toplumun yapısına göre bir gelişme gösterir. Uyum bozulduğu zaman devlet itaat edilenlerin tekeline girmeye başlar. Hukuk da bundan nasibini alır ve itaat edilenlerin iktidar aracı olur. O zaman da çöküşün başlangıcı sayılmalıdır⁴⁵.

Modern devletlerde, hukukun uygulamasını yargı organı denetlemektedir. Yargı, “uyuşmazlıkları hakkaniyete uygun olarak çözdüğü” ve “toplumun adalet duygusunu tatmin ettiği” sürece saygı duyulan yer olmaktadır. “Saygı duyulan yer olma olgusu” ise hâkimlerin yargılama işlevleri ve kararları ile kazanılır. Açılan davalar ile pasif konumdan aktif hale gelmiş olan hâkim, hukukun ne dediğini söylemek, hakkaniyete uygunluğu sağlamak, üzerine düşenin gereğini yapmak durumundadır. Gereği gibi olması beklenen ise adaletin tecelli etmesidir.

Mahkeme eliyle tecelli edecek olan adalet, toplumun hukuktan beklenen “hak” duygusunu tatmin etmiş olmalıdır. Toplumun adalet beklentisi gerçekleşmek zorundadır. İşte bu noktada, etkili ve adil bir yargılama sürecinden söz edilebilmesi için öncelikle bireylerin yargıdan beklentilerinin tatmin edilebilmesinin sağlanması gerekmektedir⁴⁶.

⁴⁴ MUMCU, (Türkler), s. 9-10.

⁴⁵ MUMCU, (Türkler), s. 87-88.

⁴⁶ Son dönemde yargıyı ele geçirmiş, hiçbir etik ilke ve esasında hiçbir değere kendini bağlı tutmaksızın mesleği, mesleğin onurunu ayaklar altına alan terör örgütü mensuplarının yargı ve ülkemiz üzerinde açtığı yaralar, yaptığı tahribatlar çok derin ve etkili olmuştur. En temel yargı etiği ilkeleri olan bağımsızlık ve tarafsızlığın altına dinamit koyan, örgüt ağabeylerinden emir ve talimat alan, örgütün amaçları doğrultusunda kararlar veren, Anayasa ve yasalara değil kendi karanlık ajandalarına

Adalet, insan eliyle gerçekleşir. Hâkimler, toplum adına güvenilir kişi sıfatıyla kolektif vicdanı temsil ederek hüküm vermek suretiyle görev yapmaktadırlar. Bağımsızlık” ve “tarafsızlığın” sağlandığı mesleki bireysellik, bireylerin tüm hak ve özgürlükleri üzerine son sözü söyleyen ve kamu güvenine mazhar olmakla şereflenen meslek mensuplarının, yargıya duyulan güvenin artırılarak mesleğin itibarının korunması ve meslek mensuplarının görevlerini yapmış olmanın onurunu yaşamalarının sağlanması önem taşımaktadır.

A. HUKUKA GÜVEN SAĞLANMASININ YARARLARI

Hukuk güvenliği bireysel aidiyet ve devlete sadakat, toplumsal huzur ve sosyal barış, ekonomik gelişme ve yabancı sermayenin yatırım yapması ile uluslararası meşruiyet sağlamak yönleri başta olmak üzere, birçok bakımdan büyük önem taşımaktadır.

1. Bireysel Aidiyet Duygusu ve Devlete Sadakat Yükümlülüğü

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 mümkündür.

Aidiyet, ‘mensubiyet’, ‘ait olma hali’ anlamına gelmekte, aslında bir bilinç/şuur durumuna işaret etmektedir⁴⁷. Aidiyet, bireyin bağlılık ve sadakat ilişkileri geliştirebileceği bir toplumla özdeşleşme tecrübesini oluşturmakta, aidiyet duygusu sosyal ve kültürel etkileşimlerin sonucuna bağlı olarak güçlenip zayıflayabilmektedir. Toplumun bireylere sağladığı imkânlar ve karşıladığı ihtiyaçlar önemli olmakla birlikte, bireylerin de mensubu olduğu topluma karşı beslediği bağlılık duygusu, ilgisi ve beklentileri de birey ile toplum arasındaki ilişkiyi anlama bakımından önem taşımaktadır. Ait olma duygusu, gönüllülük zemininde yükselen güven ihtiyacını karşılamaya yönelik, ait olan ve ait

dayanan bu suikast timinin yaşattığı tahribattan çok büyük dersler çıkarılması gerekmektedir.

⁴⁷ ALPTEKİN, Duygu, Toplumsal Aidiyet ve Gençlik: Üniversite Gençliğinin Aidiyeti Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s. 20.

olunan arasındaki karşılıklı sorumluluk almayı harekete geçiren bir duygudur.

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 hâkimi 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 gelmektedir⁴⁸. Toplumun bir parçası olarak kabul edilmenin karşısı olarak toplumsal dışlanma, bireyin toplumla bütünleşmesini ve bireyin kendi geleceğini oluşturmada fırsatlara ulaşmasının mümkün olmamasıdır.

Hukuk yaratan ve uygulayan devlete sadık olmak, kişisel çıkar duygusundan önce ulusal ve kamusal sorumluluk duygusu ile kurallara sadakatle tabi kalmak anlamını içermektedir. Devlete bağlılık veya sadakat aslında kamu görevlileri ile ilgili bir kavramdır. Anayasanın 129. maddesinde yer alan memurların ve diğer kamu görevlilerinin “Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü” olduklarına ilişkin hüküm uyarınca memurların Anayasaya bağlı kalmak ve kanunlara saygılı olmak zorunluluğu bulunmaktadır.

Eğer yargıya olan güven sarsılırsa kamu görevlilerinin de bundan etkileneceğini söylemek mümkün değildir. Haksızlık yapılmadığını/ yapılmayacağını, yapılıncı yargı yolu ile bu haksızlığın giderileceğine inanıldığı, hukukun herkese ayrımcılık yapılmadan eşit olarak uygulandığının bilindiği böyle bir inancın geçerli olduğu durumda, devlete olan sadakat duygusunun gelişeceği, aksi durumda sadakat

⁴⁸ ALPTEKİN, s. 89.

duygusunun sarsılacağı bunun da telafisi imkânsız sonuçlara sebep olacağı açıktır.

2. Toplumsal Huzur ve Barış

Hukuka güven duygusunun gelişmesi öncelikle hukuka toplumun vicdanen ve ahlaken uyma anlayışını ifade etmektedir. Hukukun sadece kamu gücü kullanılarak yaptırımlı olarak uygulanmasının dışında toplumun kurala uygun davranmayı ahlaken ve vicdani bir sorumluluk olarak uyma iradesi/duygusu taşıması halinde toplumsal huzurun ve sosyal barışın tesis edileceği kuşkusuzdur. Bunun için de hukuk kurallarının toplumun kültüründen, 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/yargıya 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. Hukuka güven; bireyin güven, huzur ve barış içinde yaşaması, var olması, kendini geliştirmesi ve topluma katkı sunması sonucunu doğuracaktır.

3. Görev ve Sorumluluk Bilinci

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, karışık dürtülerin harekete geçeceğini beklediğinde gerçekleştirmelidir⁴⁹. 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.

⁴⁹ ARAL, Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 26.

Yine bir hak da kendilerine tanınan bireylerce aranmazsa yok olacağı gibi, yasalara, onların sahip oldukları otoriteye karşı bir kuşkunun uyanmasına da neden olur. Böyle bir hukuk düzeni gerek yüklediği ödevlerin yerine 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.

4. Ekonomik Gelişmenin Sağlanması

Hukuk güvenliği ekonomik gelişmenin temel şartıdır. Aslında doğru ve hızlı işleyen bir hukuk düzeni, yatırım yapanın, tasarrufunu ödünç verenin ve çalışanın haksızlığa uğramayacağından emin olması, uğradığı takdirde başvuracağı bir merciin olduğunu bilmesi ve haksızlığın giderileceğine inanması gerekmektedir. Yine yatırımcının, tasarruf sahibinin, çalışanın, işyeri sahibinin kendisini güven içerisinde hissetmesi gerekir. Öncelikle ekonomik birimlerin devlete güvenmesi gerekmektedir. Çünkü ekonomik faaliyetleri doğrudan etkileyen kanunları yapan, teşvik sistemini düzenleyen, bunu uygulayan devlet olduğu gibi, özel sektörün kendi içindeki anlaşmazlıkları da çözen yine devletin kurumları ve en başta yargı sistemi olmaktadır.

Yabancılar bakımından ülkedeki hukuk güvenliği gerek turist olarak can ve mal güvenliği yönüyle seyahat etme bakımından, mülk edinme, yatırım yapma, ekonomik karar alma ve benzeri yönlerden ülke hukuk sistemi ve uygulamasının, yargının bağımsız karar alma güvencesi sunup sunmadığının anılan kararların verilmesinde etkili olmaktadır. Tahkim uygulamasında olduğu gibi yabancı sermayeye verimli ve karlı ekonomik koşullar sunulması yetmemekte, yabancı sermayenin hukuk güvenliğine ihtiyacı bulunmakta, yargı organlarının hukuk güvenliği sunmaları gerekmektedir. Ayrıca, gerek yürütme gerekse yasama organının da haklı beklentilere uygun davranması, yapılacak yasal ve idari düzenlemelerin öngörülebilir olması ve hukuki istikrarın sürdürülmesine keyfi müdahalede bulunmaması, böyle bir durumun ortaya çıkması durumunda ise yargı organının, hukuk devleti ilkeleri uyarınca gerekli kararları verebilmesinin önemi kuşkusuzdur.

5. Uluslararası Meşruiyet

Uluslararası ilişkilerde bir otoriteyi meşru kılan temel özellik demokratik sistemin varlığıdır. Demokratik devletlerin oluşturduğu uluslararası sistemin meşruluğunun ulusal düzeyde anayasal, uluslararası düzeyde ise antlaşmalarla sağlandığı bilinmektedir. Uluslararası kuruluşlar, bir tartışma süreci neticesinde, uluslararası sistemin ruhuna uygun ve uzlaşmayla oluşturulan uluslararası hukuka uygun bir biçimde hazırlanan antlaşmalarla oluşturulmaktadır. Birden fazla devleti ilgilendiren sorunları çözmek amacıyla kurulan işlevsel uluslararası kuruluşların hazırladıkları yasal süreçlere uygun davranmasıyla meşruiyeti elde ederler. Yasal süreç aslında hukuksal güven ilişkisini ifade etmektedir.

Devletlerin imzalamış oldukları anlaşmaların hükümlerini kendi iradeleriyle kabul etmeleri ilkesine dayanan sözleşmeye bağlılık ilkesi; anlaşma hükümlerini iyi niyet çerçevesinde yerine getirmek zorunda olmaları anlamına gelmektedir. Buna göre gerek ikili gerekse çok taraflı anlaşmalar ile kabul edilen özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili anlaşmalar ile ulusal hukuk düzeninin parçası haline gelen sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmesi gerekmektedir.

Hukuk güvenliği uluslararası ilişkiler bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Bir ülkenin uluslararası meşruiyeti demokrasi standartlarının yüksek olmasını gerektirmektedir. Ancak bilinmelidir ki demokratik sistemin varlığı tek başına bu meşruiyeti sağlamaya yetmemektedir. Aynı zamanda, ülkede uygulanan hukukunda temel insan hak ve özgürlüklerinin korunup geliştirilmesine katkı sunması etkili olmaktadır.

Yine ülkenin bireysel hak ve özgürlüklere yeteri kadar güvence oluşturabilmesi için bunun sadece hukuken düzenlenmiş olması yetmemekte, yargı sisteminin de buna uygun olması ve yargı kararları ile korumaya alınmış bulunması gerekmektedir.

Meşruiyet ve hukuki güvenlik, devletin seçimler veya siyasi partilerin oluşumunu teşvik ederek vatandaşlarının siyasi katılımını

sağlama ve onların siyasi haklarını güvence altına alma yükümlülüğünü de ifade etmektedir⁵⁰.

B. HUKUKA GÜVENİN SAĞLANMASININ YÖNTEMİ: MİLLİ HUKUK

Hukuk, bir milletin kültürünün en önemli müesseselerindendir. Türkler, devlet yönetiminin birinci şartı olarak, yurttaşlara adalet kuralları içinde devleti yönetme erdemini daha tarihlerinin ilk devresinden itibaren anlamışlardır⁵¹.

Türk devlet geleneği, adaleti değişmez bir töre veya yasanın tarafsızlıkla uygulanması şeklinde anlamıştır. Kutadgu Bilig’de töre, çoğu zaman “adalet” anlamına gelmiştir⁵². Kutadgu Bilig’de adalet kurumu şöyle tanımlanmıştır: “Memleket tutmak için çok asker ve ordu gerektir. Askeri beslemek için çok mal ve servete ihtiyaç vardır. Bu malı elde etmek için halkın zengin olması gerektir. Halkın zengin olması için de doğru kanunlar konulmalıdır. Bunlardan biri ihmal edilirse dördü de kalır. Dördü birden ihmal edilirse beylik çözülmeye yüz tutar”⁵³. Yine hükümdar Kün-Togdi, adaleti temsil etmektedir. Doğru kanunu temsil eden toplum yapısında en seçkin yeri, yönetimde en üstün makamı elinde bulunduran hükümdar, ülke ve insanlar üzerine gün gibi doğmakta, adalet, doğruluk, ödül ve ceza ile ülkeyi düzene koymakta, dünyanın düzenini sağlamaktadır⁵⁴.

⁵⁰ 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bu ilkenin evrensel bir ilke olduğunu Başlangıç bölümünde tespit ettikten sonra, Ahde Vefa (Pacta Sunt Servanda) başlığını taşıyan 26. maddesiyle bu ilkeyi açıklamaktadır. Buna göre; “Yürürlükteki her antlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir.”

⁵¹ TANERİ, Aydın, Türk Devlet Geleneği Dün-Bugün, Bilge Kültür Sanat Yayınları, İstanbul, 2005, s. 293.

⁵² ÖGEL, Bahaeddin, Türklerde Devlet Anlayışı, Ötüken Neşriyat A.Ş., İstanbul, 2017, s. 286-287.

⁵³ İNALCIK, Halil, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 15.

⁵⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2011, s. XVIII

Türk devlet yönetiminde esas alınan temel kuralların içeriği, binlerce yıl boyunca uygulanmakla gelenekselleşmesi sonucunda belirlenmekte, anlamı ve değeri teamüllere bağlı olarak oluşmaktadır. Nitekim “yönetici akıllı, bilgili ve adil olmalı, adaletle iş görmelidir⁵⁵” şeklindeki tavsiye böyle bir anlayışın sonucudur. “İdare, erdemle yürütülmelidir. Erdem ve töre ile idare edenler, tıpkı Kutup Yıldızı’na benzerler. Herkes ve her şey onların etrafında döner. Ceza, halkı ve ahlakı iyileştirmek ve doğru yola yöneltmek için verilir. Duruma göre cezaları bazen azaltmalı ve bazen de çoğaltmalıdır. Ancak buda gök ve yerin düzeni ile isteklerine göre yapılmalıdır⁵⁶”.

Türklerin devlet kurucusu bir millet olmasını sağlayan sebeplerin başında, Türklerde çok üstün bir kanun ve adalet düşüncesinin varlığı yatmaktadır. Türklerin, milli özelliklerinden biri olan kanun seven, hukuk yaratan bir millet olmaları, devlet kurucu millet olmalarının doğal bir sonucu olarak görülmelidir. Çünkü hukuk, devletle var olmakta, devlet yoksa hukuktan söz edilememektedir. Nitekim “Köprülü Mehmet Paşa zamanında şeyhülislâmlık yapmış Esirî Bursalı Mehmet Efendi, yeni sadrazam Köprülü Fazıl Ahmed Paşa ile IV. Mehmed’in huzurunda sohbet ederlerken, Köprülü Mehmed Paşa’nın öldüğünün iyi olduğunu, zira haksız yere çok kişinin canına kıydığını söyleyince, Fazıl Ahmed Paşa, “öldürdüğü adamları sizin fetvanızla öldürdü” demiş. Bunun üzerine Mehmed Efendi, “şerrinden korkardım, onun için fetva verdim” deyince, Fazıl Ahmed Paşa “Ya Allah’tan korkmayıp, mahlûktan korkmak ilim ve diyanete lâıyk mıdır?” cevabını vermiştir⁵⁷.”

Kutadgu Bilig’e göre devlet gümüş bir taht gibidir. Bu tahtın birbirine bağlanmış üç ayağı vardır. Üç ayaklı bu tahta oturan hükümdarın elinde büyük bir bıçak, solunda bir acı ot ve sağında ise şeker bulunmaktadır. Gümüş tahtın üç ayağından kasıt; yasama, yürütme ve yargı organı şeklinde ifade edilen kuvvetler ayrılığı prensibidir. Buna göre tahtın ana direği doğruluk ve adalettir. Hükümdar, insanları adaletin önünde bey veya kul olarak ayırmamalıdır. Elindeki bıçak, işleri bıçak gibi kestiğine, hak arayan kimsenin işini uzatmadığına işaretler. Sağdaki şeker, zulme uğrayarak devletin kapısına gelen ve adaleti orada bulan

⁵⁵ Yusuf Has Hacıp, s. 94.

⁵⁶ ÖGEL, s. 288.

⁵⁷ NİYAZİ, Mehmet, Türk Devlet Felsefesi, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2006, s. 220.

insanın tatlı tatlı ayrıldığını göstermektedir. Acı ot ise, adaletin kapısında cezaya çarptırılınca yüzleri ekşiten zalimlerin halini anlatmaktadır. Kısaca ister oğul, ister hısım, ister yolcu, iter hancı olsun, herkes kanun karşısında eşittir, hüküm verirken fark gözetilmeyecektir. Beyliğin temeli doğruluk ve adalettir. Beyler doğru olursa, dünya huzura kavuşur. Hâkimiyetin esası da adalettir⁵⁸.

Türk devlet anlayışının dayandığı temel toplumsal kültür kodlarına bakıldığında, hükümdarın ülkeyi adaletle yönetmesi anlayışı esasının öne çıktığı görülür. Yine Türk devletlerinde insanlar arasında sosyal, kültürel, dini bakımdan herhangi bir fark gözetilmemiş olması, herkese eşit hak ve adalet tanınmış olması önem taşımaktadır. Devlet yönetiminde esas alınan kuralların, anlamına bağlı kalınarak uygulanması yönetim açısından ‘görev ve sorumluluk’ doğurmakta, halk için ise bir ‘hak’ olarak değer taşımaktadır.

Tarihleri boyunca planlı ve sistemli bir şekilde yaptıkları göçlerle eski dünyanın dört bir tarafına yayılan, değişik kültür ve medeniyetlerle ilişki kuran Türkler, beylik, imparatorluk ve nihayet modern anlamda devlet vasıflarını haiz irili ufaklı pek çok devlet kurmuşlardır. Bu siyasi yapıları sadece zamana ve mekâna bağlı bir tesadüfler zinciriyle oluşmuş teşekküller olarak değerlendirmek mümkün değildir. Dikkatlice incelendiği takdirde, bu yapıların zaman ve mekân farklılıklarına rağmen örf, adet, yasalar, gelenekler ve ahlakın oluşturduğu müşterek bir devlet geleneğinin mahsulü oldukları görülecektir.

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 kuralları⁵⁹ anlamına gelmektedir. Her toplumun kendi yaşam biçimine bağlı olarak oluşan halk hukuku niteliğindeki normlar, ihtiyaca uygun olarak gelişmekte ve toplumsal düzeni sağlamaya yardımcı olmaktadır.

⁵⁸ Kutadgu Bilig, s. 792-822; CİN Halil, AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1989, s. 61.

⁵⁹ DURSUN, s. 56.

Orta Asya da yaşarken Türkler konargöçer bir hayat tarzı benimsemiştir. Otlak ve kaynakları ortaklaşa kullanabilmek, diğer sürü sahipleriyle anlaşmalar yapmak, aralarındaki uyuşmazlıkları giderebilmek için bir hakem kurulu oluşturmak, çok geniş araziye yayılan besicilik ve çobanlığın gelişmesiyle oluşan rekabetten dolayı boyların toplanarak ortaklaşa mücadeleye hazırlanması gerekliliğinin doğurduğu daha güçlü bir teşkilat kurmak ve buna meşruiyet kazandırmak için hukuki yollar aramak zorunda kalınmıştır.

Bu durum sosyal, ekonomik ve hukuki yönleri bakımından tarihte ilk kez sosyal organizasyon olarak devletin kuruluşunu ifade etmekte, bu kuruluşun yaşama kurallarını oluşturarak hukuka riayet ettirme yönü yani hukuki yaptırım kısmı ise töreyi açıklamaktadır. Milli düzen ve onu kuran örf, adet, yasalar, gelenekler ve Türk ahlakı töreyi oluşturmaktadır⁶⁰.

Töre, kanun veya yazılmamış teamüller, gelenekler anlamına⁶¹ 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.

Töre'ye göre, kanuna muhalefet etmek en büyük suçtur. Kanuna muhalefet eden hakan dahi olsa azledilir. Yine geçerli anlayış olarak günah, kanunu (töreyi) terk etmektir⁶².

Göktürk Yazıtlarında, Töre'siz bir devlet veya topluluk olamayacağı belirtilmiştir. Bundan hareketle eski Türklere 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 himayesinde/korumasında bulunmaktadır.

⁶⁰ GÖKALP, Ziya, Türk Töresi, Kültür Bakanlığı Yayını, İstanbul 1977, s. 17.

⁶¹ TANYU, Hikmet, Türk Töresi Üzerinde Yeni Bir Araştırma, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:23/1, 1979, s. 102-103.

⁶² CİN-AKGÜNDÜZ, s. 32.

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 oluşturulmaktadır.

Bilge Kağan; “...(Türk Milletinin) üzerine kağan (olarak) oturdum, (kağan olarak tahta) çıktığımda: Ölecek miyiz diye düşünüp, (üzülen) Türk Beğleri ile (Türk) Milleti, dönüp sevindiler! Bulanmış gözleri canlandı, (beni) gördü! Bu çağda ben özüm (tahta) oturdum: Ağır töreleri (düzenledim ve yürürlüğe koydum). (Dünyanın) dört bucağındaki milletler için bazı en önemli (ağır) töreleri (yapıp, düzenledim!)” demektedir. Yazıtta yer verilen ağır töreler, ‘bir anayasa yerine geçen, atalardan kalan, ilk anda devleti düzene sokmaya yarayan, saygı değer töreler’ anlamına gelmektedir⁶³. Türk töresini kaybetme, bir bakıma “Türk devletinin yıkılması ve Türk milletinin de yok olması” demektir. Bu anlamda töre, devletin oturduğu temel düzen anlamını taşımaktadır.

Göktürk Yazıtlarında, Türk töresinin yıkılıp bir daha gelmemek üzere gitmiş olması mümkün değildir. Nitekim “Yukarıdaki Gök basmasa, aşağıdaki yer delinmese. Ey Türk Milleti! Senin devletini (ilini) ve töreni kim yok edebildi!” buradaki anlamıyla töre, devletin temel kuruluşudur. Devletin ve milletin varlığı veya bir millet olarak kalışı, bu düzenin varlığına ve kalıcılığına bağlıdır. Gök basmasa, yer delinmese, yani “kıyamet kopmasa”, hiçbir güç Türk devleti ile Türk töresini ortadan kaldıramaz⁶⁴. Töre, devletin düzeni, kuruluşu ve dolayısıyla gücü demektir. ‘İl gider töre kalır’ sözü, yurt değiştirmekle il değişir ve kalmaz, fakat töre, kaybolmaz ve kalır. Göktürk çağında, ‘devlet gücü ve düzeni’ olarak anlaşılan töre, “kaynağını yasalardan ve örflerden alarak kurulmuş bir devlet düzeni ve gücü” anlamına gelmiş, XI. yüzyılda artık ‘örf, adet, gelenek, görenek’ anlayışıyla sınırlanmış, Çingiz Han Devletinde ise, ‘hukuk anlayışı’ içinde kalmıştır⁶⁵.

⁶³ ÖGEL, s. 282.

⁶⁴ ÖGEL, s. 282.

⁶⁵ ÖGEL, s. 286.

Göktürk anlayışında töre, üzerinde bir Tanrı etkisi veya karışması pek görülüyordu. Töre, “devletin kurucusu tarafından konmuş ve ondan sonrakiler tarafından korunmuş bir düzen” gibi görünüyordu. Çingiz Han yasasında da böyle bir anlayış vardı. Ancak hakanlarda güç ve yetkilerini Tanrı’dan alıyorlardı. Büyük bir çoğunluğu İslamiyet’e aykırı olmayan Türk örf ve adetleri, İslam hukuku ile kendiliklerinden birleşmişlerdi. Kâtip Çelebi’nin ‘Mizan’ül Hakk’ adlı eserinde sık sık belirttiği gibi İslamiyet’e aykırı düşmeyen ve topluluğa zarar vermeyen batıl inançları zorla değiştirmeye bir gerek de yoktu. Aslında bunların çoğu Anadolu’daki mezheplerde İslamiyet’le kaynaştırılmış olarak yaşıyorlardı. Ancak Orta Asya Türklerinde durum böyle değildi. Orada bir Çingiz Han yasası vardı. Geleneğe göre, bunun da uygulanması gerekli idi⁶⁶.

Türk hakanı, yüce Tanrı’dan kut almıştır⁶⁷, egemenliğe sahip olmuştur. Ancak hakanın meşruiyeti, töreye uyduğu sürece devam etmiştir, aksi takdirde kutun çekileceğine inanılmıştır. Çünkü töre geleneğe dayalı hukuktur⁶⁸ ve adaleti gerektirir. Kutun geri çekilmesinin anlamı hükümdarın yönetme hakkını kaybetmesi demektir. Hükümdarlık hakkının geri alınmasının temel nedenlerinden biri, hükümdarın toplumsal düzenin bozulmasına engel olamayışıdır⁶⁹. Dolayısıyla Türk devletlerinde töreye uyması gereken birinci kişi hakandır. Hakan töreyi adil bir şekilde uygulamakla, güçsüzü güçlüye karşı korumakla yükümlü olmuştur. Adaletle korunan halk, adalet sayesinde daha çok üretir, böylece vergi kaynakları gelişir, hükümdar güç kazanır. Güçlü bir hükümdar kötülükleri önlemede, adaleti yerine getirmede etkin olur. Halk, iyi bir korunmaya, hükümdar da yüklü bir hazineye kavuştuğundan refah seviyesi yükselir⁷⁰.

⁶⁶ ÖGEL, s. 288.

⁶⁷ İNALCIK, s. 58.

⁶⁸ KÖSOĞLU, Nevzat, Hukuka Bağlılık Açısından Eski Türkler’de-İslam’da ve Osmanlı’da Devlet, Ötüken Neşriyat A.Ş., İstanbul, 2004, s. 37.

⁶⁹ DURSUN, s. 59.

⁷⁰ İNALCIK, Halil, Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar II, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2014, s. 54.

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 korumuştur⁷¹. 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 gelebilmiştir⁷².

İstiklal savaşından sonra milli egemenliğe dayalı bir devlet modeli olan Cumhuriyet kurulmuş ve Kara Avrupa'sı hukuk sistemine dâhil olan çeşitli ülkelerin kanunlarının tek tek seçilerek iktibası ile yeni bir hukuk sistemi inşa edilmiştir.

Kara Avrupa'sı hukuk sistemi aslında Tanzimat dönemi ile toplumsal hayatımızı düzenlemeye başlamıştır. Hukuk sistemi inşası, diğer tüm devrimlerin temelini, dayanağını ve aynı zamanda güvencesini oluşturmuş ve Türkiye'nin çağdaşlaştırılması ve kalkınması için bir araç olarak kullanılmıştır.

Milli düşüncenin ve hukukun millileştirilmesinin Türkiye'deki kanunlaştırma hareketinde amil olduğunu kabule imkân yoktur⁷³. Tanzimat dahi milli değil, gayri milli bir hareketin ifadesidir⁷⁴.

Gökalp'in Türkçülüğün Esasları isimli eserinde Hukukta Türkçülüğün amacının, Türkiye'de çağdaş bir hukuk meydana getirmek olduğu açıklanmıştır. "Bu asrın milletleri arasına girebilmek için, en esaslı şart, millî hukukun bütün şubelerini teokrasi ve klerikalizm

⁷¹ AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 14-16.

⁷² ARSAL, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2014, s. 286.

⁷³ VELİDEDEOĞLU, s. 63-64.

⁷⁴ VELİDEDEOĞLU, s. 64.

artıklarından büsbütün kurtarmaktır... Asri devletlerde, evvela, gerek kanun yapmak ve gerek memleketi idare etmek yetkileri doğrudan doğruya millete aittir. Milletin bu yetkisini kısıacak hiç bir makam, hiçbir gelenek ve hiç bir hak yoktur... Milletin 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 hukuki müesseseleri sıkı bir şekilde araştırdıktan sonra çağın telakkisine uygun çağdaş bir Türk-İslâm medeniyeti meydana getirmektir”⁷⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

Atatürk’te Ankara Hükümetinin ilk yıllarında “Tanzimatçıların Batıdan kanun almalarını taklitçilik olarak niteleyerek, taklitçilik yoluyla yapılacak ıslahatın beklenen faydayı temin edememesinin tabi olduğunu” söylemiştir. Nitekim Büyük Millet Meclisi’nin 1 Aralık 1921 tarihli oturumunda “Sultan Mahmud-ı Sani memleketin idaresini ıslah etmek, mazhar-ı terakkiyat etmek, teşebbüste bulunmak istedi. Fakat vuku bulan teşebbüsât Avrupa’yı taklit etmek oldu. Avrupa kanunlarını almak, Avrupa nizamlarını almak, Avrupa’nın elbiselerini giymek gibi birtakım teşebbüsât-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 ...” şeklinde görüşlerini açıklamıştır⁷⁶.

Atatürk, 1 Mart 1924 tarihinde Meclis’te yaptığı konuşmada, “... mühim olan nokta; adli telakkimizi, adli kanunlarımızı, adli teşkilatımızı, bizi şimdiye kadar şuuri, gayri şuuri tesiri altında bulunduran, asrın icabatına gayri mutabık revabitleri bir an evvel kurtarmaktır... Hukuk-ı medeniyede, hukuk-ı ailede takib edeceğimiz yol ancak medeniyet yolu olacaktır”⁷⁷ demiştir.

Yine Atatürk, yeni hazırlanacak kanunların, çağdaş esaslara uymayan maddelerden arındırılmasını, idare-i maslahatçılığın zararlarına

⁷⁵ GÖKALP, Ziya, *Türkçülüğün Esasları*, Toker Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2002, s. 175-176.

⁷⁶ Atatürk’ün *Söylev ve Demeçleri*, Cilt:1, Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1961, s. 203-209.

⁷⁷ Atatürk’ün *Söylev ve Demeçleri*, s. 329-330.

işaret ederek medeni esaslara uygun kanunlar hazırlanmasını istemiştir. Bu amaçla 1924 Mayıs'ında Ta'dil-i Kavanin Komisyonları teşekkül ettirilmiş, İhzar-ı Kavanin Komisyonlarının devamı mahiyetindeki bu yeni Komisyonların çok hızlı çalışmaları ve Batılı Devletlerin hukuklarından da istifade ederek gerekli kanunları bir an önce çıkarmaları isteniyordu. Komisyonlar bu amaca yönelik olarak çalışarak yeni kanun layihalarını hazırladıysa da, bunlar beklentileri karşılayamadı⁷⁸.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türkler, insanlık ve dünya tarihinin kurucu milletlerinden biridir. Dünya tarihinin en kadim ve hareketli coğrafyalarında yaşayan bir millet olarak, çok uzun süreler hâkimiyet bilincine sahip olmuşlardır.

IX. yüzyılda olduğu gibi, XIX. yüzyılda da Türklüğün karşılaştığı önemli sorun, eskisinden tamamıyla farklı, yabancı bir yaşayış tarzını ve dünya görüşünü benimsemek zorunda kalmış bulunmasıdır. Bugün yaşadığımız sorunların temel nedeni bu zorunlu değişimi yaşamış olmamızdır.

XIX. yüzyıl başlarında, Türklük, uzun tarihi boyunca, bir kere daha, kültür ve medeniyet şeklini değiştirmesini veya ona yeni bir düzen vermesini gerektiren zorunluluklarla karşılaşmıştır. Bu zorunluluklar; mevcut devletin çökmesi ve iflas etmiş bulunması, uluslararası sistem tarafından kuşatılarak vatan coğrafyasından kovularak millet varlığının yok edilmesi tehlikesi gibi ölüm kalım savaşı yaşamak durumunda kalınmış olmasıdır.

Bu koşullarda Türk milleti; gereğini yaparak aldığı veya almak zorunda kaldığı tedbirlerle, sosyal, politik, ekonomik bünyesinde öyle değişiklikler yapmıştır ki, bunların sonucunda Osmanlı devletinden tamamıyla farklı, ayrı esaslara dayanan yeni bir Türk devleti kurmak ve kendine has yeni bir kültür yaratmak başarısını göstermiştir. “Kültür ve medeniyet değişmesi”⁷⁹ adı da verilen bu durum hiç de kolay olmamıştır.

⁷⁸ TURAN, Ömer, 1926 Hukuk İnkılabının Fikri Temelleri, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt XI, Sayı 32, Temmuz 1995, s. 488.

⁷⁹ KAPLAN, s. 79.

VIII-X. yüzyıllar arasında Orta Asya ve Yakın Doğu'da atlı-göçebe yaşayış tarzını bırakarak yerleşik medeniyete geçerken de aynı güçlüklerle karşılaşmış büyük fedakârlıklarda bulunulmuştur.

Osmanlı devletinde 'yeni bir ordu' kurulması ihtiyacı, eski medeniyet sisteminde değişiklik yapmayı ve Avrupa'dan yeni ve farklı birçok kurumu almayı zorunlu kılmıştır. 1826 yılında, eski Yeniçeri teşkilatının ortadan kaldırılması ve onun yerine, bütün yan müesseseleriyle yeni bir ordunun kurulması, tarihimizde Tanzimat Fermanı'nın ilanından daha önemli etki yaratmıştır.

XIX. yüzyılda Osmanlı gayrimüslim vatandaşlarının hukukî durumlarındaki farklılık nedeniyle büyük dış baskılarla karşılaşan, bir yandan da kapitülasyonların yarattığı ağır hukukî sonuçlardan kurtulmaya çalışan Osmanlı devletinin, müslim-gayrimüslim tüm vatandaşlarına eşit ve ortak olarak uygulanabilecek genel bir hukuk sistemi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Müslüman olmayanlara uygulanan farklı hukuk kuralları ile şerî hukuk ve Padişahların çıkardıkları düzenlemelerle yaratılan örfî hukuk⁸⁰ Osmanlı devletinin kendisine özgü hukuk sistemini oluşturmuştur. Örfî hukuk denince ilk bakışta adının akla getirdiği gibi mutlak bir örf adet hukuku anlaşılmamalıdır. Gerçi örfî hukuk normları konulurken en azından hukukun belli alanları bakımından yerleşik örf ve adetler, hukukî teamüller göz önünde bulundurulmakla birlikte, örfî hukuk denildiğinde terminolojide, İslam hukukunun devlet başkanına tanıdığı geniş takdir ve düzenleme yetkisiyle ortaya konan normlar kastedilmektedir.

Bu sistem içerisinde ayrıca, ülkede yaşayan yabancılara uygulanan ve kapitülasyonlara dayanan çeşitli ayrıcalıklı hukuk kurallarının ve kurumlarının yer aldığı da unutulmamalıdır.

Devletin güçlü dönemlerinde bu hukuk çokluğu bir sakınca yaratmamış, ülkede yaşayan insanlara din, mezhep, tâbiyet gibi farklı kıstaslarla farklı hukuk kurallarının uygulanmasına devam edilmiştir. Devletin çöküş sürecinde, bu kötü gidişin neden ve çarelerini belirtmek için alınması gereken önlemler konusunda zaman zaman Padişahlara

⁸⁰ İNALCIK, Halil, Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği, (Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet içinde), İstanbul, 2000, s. 27.

lâyihalar sunulurken, bazı Padişahlar da çevrelerindeki devlet adamlarından bu konudaki düşüncelerini sunmalarını istemişler, bu lâyihalarda diğer tedbirlerin yanı sıra, mevcut hukuk sistemini düzeltmenin de gerekli olduğuna ilişkin öneri veya fikirlere sık sık yer verilmiştir⁸¹.

Tanzimat'ın kanunlaştırma hareketleri -her alanda olduğu gibi- hukuk alanında da bekleneni verememiş, yeni kanunlar toplumu büyük ölçüde etkileyemediği gibi, dış baskıları da engelleyememiştir. Üstelik resepsiyonla ülkeye giren kanunların mevcut hukukla uyumu mümkün olamamış, yeni ve eski kanunlar ve bunların uygulayıcıları arasında organik bir bağ da kurulamamıştır.

Lozan Barış görüşmeleri yeni devletin ancak bir hukuk reformu ile tam bağımsızlığını koruyabileceğini göstermiştir. Çünkü Batı'lı devletler kapitülasyonları ve gayrimüslim azınlıkların, yani cemaatlerin eski ayrıcalıklarını sürdürme çabası içine girmişlerdir. Türk temsilcileri ve Türk Hükümeti, ülkede yaşayan herkese, aralarında hiç bir kıstasla ayırım yapmayan kanunların, yani tek bir hukuk sisteminin uygulanacağını belirterek, kimseye bir ayrıcalık tanınamayacağını belirtmiştir. Bu, ülkenin bütünlük ve bağımsızlığı için çok önem taşımaktaydı.

Sonuçta, Osmanlılar şekil olarak aldıkları Batı kanunlarını İslâmî devlet yapısı içinde Avrupaî ruhla uygulayamadılar. Yeni kanunları uygulamak üzere kurulan nizamiye ve ticaret mahkemeleri, mevcut kadı, cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin yanı sıra yargı alanına girerken, yargı teşkilatı da daha karışık bir hale gelmiş, bu mahkemeler arasında görev ve yetki çatışmaları çıkmıştır. Eski hukukun yanı sıra, kapitülasyonların ve azınlık ayrıcalıklarının da devamı, hukuk birliğini tamamen parçalamış ve ülkede kanunların tekliği, genelliği, yargı

⁸¹ XVII. yüzyılın ilk yarısında Koçi Bey Sultan IV. Murat ve Sultan İbrahim'e sunduğu risalesinde, devletin türlü kurumlarındaki çeşitli aksaklıklara değinirken, adalet sistemindeki yozlaşmalardan da şikâyet etmekte ve aksaklıkların düzeltilmesi için kanunların eskisi gibi uygulanmasını önermektedir. XVIII. yüzyılın ilk yarısında Defterdar Sarı Mehmet Paşa, III. Ahmed'e sunduğu lâyhada, çöküşün nedenini disiplinsizlik olarak saptarken, o da çare olarak kurumların eski hale getirilmesini tavsiye etmektedir. Bu lâyihalarda ortak olan husus, yazarlarının, kurtuluşu eskiye dönüştürme aramaları, yeni kanunlar kabul edilmesi konusunda bir öneride bulunmamalarıdır.

sisteminde birlik gibi modern hukuk esaslarının yerleşmesine, dolayısıyla tam bir eşitliğin gerçekleştirilmesi mümkün olamamıştır.

İstiklal savaşı yapılarak kurulan Türkiye Cumhuriyeti işte böyle bir mirası devralmıştı. 1916 yılında Meclisi Mebusan tarafından “Mecelleyi Tadil Komisyonu” ile “Ahkam-ı Şahsiye Komisyonu” kurulmuştu. Ancak çalışmaları Birinci Dünya Savaşı nedeniyle sonuçsuz kalmıştı.

Bu defa 1923 yılının başında Cumhuriyet ilan edilmeden önce “Medeni Kanun Komisyonu”, “Usul-i Muhakeme-i Hukukiye ve Şer’iye Komisyonu”, “Ticaretî Bahriye ve Berriye Komisyonu”, “Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu” ve “Kanun-u Ceza Komisyonu” gibi isimler altında çeşitli komisyonlar kurulmuştur. Adliye Vekâleti’ne bağlı olarak çalışacak olan komisyonlar, hukuk deyimlerini tayin, tespit veya yeniden va’zetme görevini de üstlenmişlerdi. Ancak Komisyon çalışmaları çok ağır ilerlemiş ve sonuçta ülkenin ihtiyaçlarını karşılayacak hukuk sisteminin kurulamayacağı görülmüştü.

3 Mart 1924 tarihinde Tevhid-i Tedrisat Kanunu’nun kabul edilmesi ve şer’i mahkemelerin, Şeriye ve Evkaf Vekaletinin ilgası üzerine, 19 Mayıs 1924’de yeni komisyonlar kurulmuş, ancak maalesef bu komisyonların da ihtiyaç duyulan yeni düzenlemeleri hazırlayamayacağı kısa zamanda anlaşılmıştı.

Bütün bu sürecin sonucu olarak 4 Ekim 1926’da İsviçre Medeni Kanunu bazı değişikliklerle bir bütün halinde iktibas edilmek suretiyle kabul edilmiş ve İsviçre Borçlar Kanunu ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

Bu aşamada mecele örneğinde olduğu gibi toplumsal kültürümüze uygun olarak halk hukukunun esas alınmak suretiyle hukuk düzenimizin sosyal gerçeklikler üzerine inşa edilmesinin mümkün olamaması, yaşanan olağanüstü dönemin şartları dikkate alınırsa anlaşılabilir. Nitekim Ahmet Cevdet Paşa’nın başkanlığındaki komisyon tarafından 1868-1876 yılları arasında hazırlanan Mecellenin tamamlanması dokuz yıl sürmüştür. Ancak aradan geçen bir asra yakın sürede Türk aydınlarının özellikle hukuk insanlarının ve siyasal kadroların böyle bir çabayı ortaya koymamış olmalarının izahı bulunmamaktadır.

İstiklal savaşından yeni çıkmış her bakımdan çökmüş, yıkılmış bir ülkenin yeniden kurulması döneminde yasalaşan Köy Kanunu⁸² gibi Köy Enstitüleri Kanunu⁸³ da, köy öğretmeni ve köye yarayan diğer meslek erbabını yetiştirmek amacıyla Köy Enstitülerinin kurulmasını düzenlemiştir. Asıl önemlisi nüfusları öğretmen gönderilmesine elverişli olmayan köylerin öğretim ve eğitim işlerini görmek, ziraat işlerinin fennî bir şekilde yapılması için köylülere rehberlik etmek üzere köy eğitimcileri istihdam edilmesine ilişkin 11/04/1937 tarih ve 3238 sayılı Köy Eğitimcileri Kanunu⁸⁴ toplumsal kalkınmanın itici gücü olmuş, toplumun her kesimine, yurdun her köşesine eğitim ve öğretim faaliyetini ulaştırmıştır.

Belirtilen kanunların uygulamasının ne denli etkili gerçekleştirildiğinden bağımsız olarak, 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.

“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

⁸² 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 kurala 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.

⁸³ Resmî Gazete ile neşir ve ilân: 22/IV/1940 - Sayı: 4491, No. Kabul tarihi 8803 17-IV-1940.

⁸⁴ Resmî Gazete ile neşir ve ilânı: 24/VI/1937 - Sayı: 3639, No. A, Kabul tarihi 3238 11 - VI -1937.

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 hukuken mümkün olması karşısında, bu ilişkinin geçerliliğini koruduğu bir sistemin güven sağlayıp sağlayamadığının sorgulanması gerekmektedir.

Bu noktada, mülkiyet hakkının kutsallığı ve vazgeçilmezliği tartışmasız kabul edilen Batı toplumlarında geçerli aile ilişkileri aile bireylerinin üzerindeki malvarlığını karşılıksız devrini gerektirmemektedir. Bizim toplumumuzda ise çocuklar 18 yaşını tamamlamak bir yana torun sahibi olsalar bile büyümemekte, anne-baba ve çocukların dışında amca-hala, dayı-teyze ilişkileri kapsamında bile ekonomik bakımdan zor duruma düşülmesi durumunda, karşılıksız yardım ve üzerindeki malvarlığını karşılıksız olarak mülkiyet devri suretiyle verilmesi durumu ve aile kurumuna verilen değer ve kapsamı dikkate alınırsa; gerek kamunun takip ettiği amme alacağının tahsili gerekse özel hukuk ilişkileri nedeniyle doğan borcun kimin veya kimlerin malvarlığından aranması gerektiği daha iyi anlaşılacaktır.

İktibas edilerek oluşturulan hukuk sistemimiz, birer çerçeve veya kalıp olan yeni kanunlar ile Türk toplumunun gerçeklik ve şartlarına uygun bir biçim aldılar ve bu oluşum günümüze kadar da devam etmektedir. 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.

Abdurrahman Şeref Efendi'nin nakline göre: “Galata’da Voyvoda Karakolu’nda kumandan bir tabur ağası var imiş. Hıristiyan ahali ara sıra bir Müslüman’ı yakalayıp karakola götürür ve “Bana gâvur dedi” diye cezalandırılmasını ister imiş. Tabur ağası “Ay oğul anlatamadık mı? Şimdi Tanzimat var, gâvura gâvur denmeyecek. Söyleye söyleye dilimizde tüy bitti!” diye kabahatliyi azarlarmış⁸⁵. Hukuk sistemimizin esas alındığı Kara Avrupa’sı hukukunun böyle bir gelişmenin sonucunda kanunlaştırıldığı bilinmektedir.

Belirtildiği gibi 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. Bizim özgün deneyimimiz olan Mecelle ve Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, toplumsal değerlerden hareket edilerek hukuk üretilmesinin (kanunlaştırma) somut örneğini 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. 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.

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,

⁸⁵ İHSANOĞLU, Ekmeleddin (Editör), Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, Cilt: 1, İstanbul, 1994, s. 94-95.

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. Nitekim halk hukuku alanında yapılmış bulunan çok değerli akademik çalışmalar⁸⁶ böyle bir derlemenin yapılmasında çok güçlüklerle karşılaşılmayacağını göstermektedir.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale G., Türk Medeni Hukuku, Cilt: I., Ankara, 1973.

ALPTEKİN, Duygu, Toplumsal Aidiyet ve Gençlik: Üniversite Gençliğinin Aidiyeti Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011.

ARAL, Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.

ARSAL, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2014.

⁸⁶ 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. Uluslar arası Türk Folklor Kongresi Bildirileri, DSİ 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 İsen’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; TÜRKMEN, Fikret, “Dede Korkut’ta Halk Hukuku Unsurları”, Bilig, Sayı:58, 2011; ÖZYETGİN, Ayşe Melek, “Turfan Uygurlarında Ceza Hukukuyla İlgili Uygulamalar”, TTK Belleten, Cilt: LXXV, 2011; DURSUN, Aysun, “Dede Korkut Hikayelerinde Halk Hukuku”, TurkishStudies International PeriodicalForTheLanguages, LiteratureandHistory of TurkishorTurkic-, 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, bu tür çalışmalara örnek verilebilir.

ATATÜRK'ÜN SÖYLEV VE DEMEÇLERİ, Cilt:1, Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1961.

ATSIZ, Nihal, 16 Türk Devleti Masalı ve Uydurma Bayraklar, Ötüken, Sayı 65, (1969).

AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. , İstanbul, 2009.

BARKAN, Ömer Lütfi, Türkiye’de Din ve Devlet İlişkileri, Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri, Seminere Sunulan Bildiriler, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1975.

BİLSEL, M. Cemil, “Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi”, Medeni Kanunun XV. yıl dönümü için, İstanbul, 1944.

BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1. Baskı, Ankara, 2010.

BOZKURT, Mahmut Esat, “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?” Medeni Kanunumuzun XV. Yıl Dönümü için, İstanbul, 1944.

CİN Halil AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1989.

DURŞUN, Aysun, Türk Halk Hukuku, Ötüken Neşriyat A.Ş., İstanbul, 2016.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2015.

İHSANOĞLU, Ekmeleddin (Editör), Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, Cilt: 1, İstanbul, 1994.

FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, Folklor ve Hukuk, Türk Folklor Araştırmaları, 1950, Sayı: 9.

GÖKALP, Ziya, Türk Töresi, Kültür Bakanlığı Yayını, İstanbul 1977.

GÖKALP, Ziya, Türkçülüğün Esasları, Toker Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2002 GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Bursa, 2017.

İNALCIK, Halil, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2000.

İNALCIK, Halil, Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar II, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2014.

KAPLAN, Mehmet, Kültür ve Dil, Dergah Yayınları, 33. Baskı, İstanbul, 2015.

KARAKOÇ, Yusuf, (Cengiz İLHAN, Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Yetkin Yayınevi, Ankara 2014), Sunuş yazısı.

KÖSOĞLU, Nevzat, Hukuka Bağlılık Açısından Eski Türkler'de İslam'da ve Osmanlı'da Devlet, Ötüken Neşriyat A.Ş., İstanbul, 2004.

MERAY, Seha, Lozan Barış Konferansı, Tutanakları, Belgeler, Ankara, 1972.1, 1/1.

MUMCU, Ahmet, Türkler; Devlet ve Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

MUMCU, Ahmet, Milli Kültür Unsuru Olarak Hukuk, Milli Kültür Unsurlarımız Üzerinde Genel Görüşler, Atatürk Kültür Merkezi Yayını, Ankara, 1990.

MUMCU, Ahmet, Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine, Ankara, 1977.

NAHYA, Osman, İslam-Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Önemi, Türk Folkloru Araştırmaları Yıllığı, Belleten, 1975.

NİYAZİ, Mehmet, Türk Devlet Felsefesi, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2006.

ÖGEL, Bahaeddin, Türklerde Devlet Anlayışı, Ötüken Neşriyat A.Ş., İstanbul, 2017.

ÖZCAN, İsmail, Kıssadan Hisseler, HYPERLINK <http://www.ihya.org> www.ihya.org,

TANERİ, Aydın, Türk Devlet Geleneği Dün-Bugün, Bilge Kültür Sanat Yayınları, İstanbul, 2005.

TANYU, Hikmet, Türk Töresi Üzerinde Yeni Bir Araştırma, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:23/1, 1979.

TEZCAN, Mahmut, Kültürel Antropoloji, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara, 1977.

TURAN, Ömer, 1926 Hukuk İnkılabının Fikri Temelleri, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 32, Temmuz 1995.

ÜÇÖK, Coşkun, 1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, 1976.

ÜÇÖK Coşkun- MUMCU Ahmet-BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2015.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt:1, Umumi Esaslar, Beşinci Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1956.

Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2011.