

# Hukuk Yapmadan Kanun Yapmak

Emir Kaya

29 Mayıs 2020

Hukukun kanuna indirgenmediği, kanunların altyapısının da pek irdelenmediği zamanlarda yaşıyoruz. Acaba kanunlar nasıl bir zihniyet içinde varlık kazanıyor? Bunu hiç düşündük mü?

Kanun yapımı kabaca iki zihniyet içinde gerçekleşir:

1. İdeolojik

2. Sosyolojik

Yazımızda bunları ayrı ayrı inceleyeceğiz. Öncesinde hukuk yapımını biraz konuşalım.

Hukuk yapımı kanun yapımından farklı bir olgudur. Kanun yapımı, iktidarların tasarladıkları düzene göre mevzuat üretmesidir. Tasarlanan düzen ne kadar güzeldir, makuldür, adildir.. bunlar tartışma konusudur. Düzen ve adalet birbiriyle özdeşleştirilen iki kavramdır, fakat gerçekte birbirine zıt da olabilmektedir. Düzensiz olmak kadar aşırı düzen odaklı olmak da adalete zarar verir.

Kanun yapımı dünyanın hiçbir yerinde tamamen tarafsız bir bakış açısıyla gerçekleşmez. Zaten böyle bir bakış açısı yoktur. Kanun yapımının altyapısında bir hukuk algısı/kabulü vardır. O hukuk algısının özünde ise hukuka yüklenen anlam ve biçilen misyon yatmaktadır. Eğer 'hukuk' algısı katmanında bozukluk varsa, hukuk yapılmadan kanun yapılıyor demektir.

Hukuk yapımı ise adalet ve huzur getirecek hukuk doktrininin geliştirilmesi demektir. Eğer hukuk doktrini ile doktrinin söylem, kapsam, yöntem gibi unsurları arızalı ise kanun yaptıkça, düzen getirmeye çalıştıkça adalet hedefinden uzaklaşırsınız. Yüzlerce yıl uğraşsanız da çıkış bulamazsınız.

Bir insanın ya da toplumun hukuk algısını araştırırken felsefe ve sosyolojiden yardım alırız. Zira söz konusu hukuk algısı, ideoloji ile kültür arasında bir yerlerden doğmuştur. İdeolojik hukuk soyut bir proje olarak kurgulanır ve topluma giydirilir. Köksüzdür. Kültürden doğan hukuk ise toplumda zaten var olan beklentilerin süzülmesi ile oluşur.

Bütün hukuk sistemlerinde bir miktar ideoloji (felsefe), bir miktar da sosyoloji (toplum okuması) etkilidir. Bu iki kaynağın her birinden hangi miktarda beslenildiğine göre hukuk sistemleri düzgün işler ya da işlemez. Doğru doz doğru hukuktur. Yanlış doz yanlış hukuktur.

İnsanlar ideolojik olabilir. Fakat bir toplumun tamamı aynı yönde ideolojik olamaz. Eğer toplumda bir değer, genel kabul görmüşse orada ideolojiden değil, kültürden bahsetmek gerekir. Kültür, toplumda yerleşmiş ve kabul gören anlayışları içerir. İdeoloji ise toplumdaki anlayış ve yapıların kabul edilmemesine, dönüştürülmesine yönelik fikirlerdir.

Şu halde bir toplumda ideoloji olan başka bir toplumda kültür olabilir. Ya da tam tersi... Mevcut bir olgu söz konusu ise kültür, geleceğe yönelik bir hedef söz konusu ise ideoloji deriz. Mesela kadınların inşaat işçisi olmaması çoğu toplumda kültürdür, ideoloji değildir. “Kadının ne eksiği var? Kadın da inşaat işçisi olmalı” dediğinizde ise ideolojik olursunuz. Öte yandan, bir toplumda kadınların çalışması tamamen normale “Kadınlar dışarıda çalışmamalıdır, evde oturmalıdır” dediğinizde ideolojik olursunuz.

Toplumlardaki yerleşik anlayışların (kültürün) tamamı doğru olmadığı gibi ideolojiler de mutlak anlamda yanlış değildir. Hatta hukuk yapımında bir parça ideolojinin kaçınılmaz olduğunu söyleyebiliriz. Zira hemen herkes toplumun şu veya bu yönde değişmesini, evrilmesini ister. Ama hangi yönde evrilmesini istersek isteyelim ideolojik refleks göstermiş oluruz. Bunu kabul edelim. İtiraf edelim. “Ben ideolojik değilim; nötrüm” havasına bürünüp yalancı olmayalım.

Nitekim ideolojileri yıkıcı yapan şey, içerdikleri fikirler değildir çoğu zaman. Fikirlerin paketlenme ve sunulma biçimleridir. İdeolojiler düşünce gibi değil de düşünceler üstü hakikat gibi sunulunca topluma savaş açılmış olur. Tartışmasız doğru gibi pazarlanan bir ideoloji, toplumu da aynı oranda ayıplı göstermiş olur. Bir toplum ne kadar ayıplı olursa olsun böyle bir yaklaşıma teslim olmaz. İdeolojiye teslim olan bir kesim meydana gelebilir, fakat bu sonuç toplumsal düzen açısından iyilikten çok fenalık üretir. Çünkü o ideoloji artık toplumda bir kırılma hattı olmuştur. Kırılma derinleştikçe uzlaşma dili ve şansı kaybolacaktır. Ve söz konusu ideoloji haklılık taşısa bile yol açtığı tepkiler yüzünden başarı şansını yitirecektir.

Toplumda yüksek kabul şansı olmayan bir ideolojinin muktedir olması nasıl sağlanabilir? Toplumsal tabandan yukarı doğru yükselen bir dalga üretilemiyorsa tavanı ele geçirmek gerekecektir. Devlet içi klikleşme, devleti harici veya gizli güçlerin emrine sokma, askeri darbe, halkı aldatarak oldubittiler ile sistem değiştirme gibi yöntemler tabanı zayıf olan ideolojilerin imdadına yetişir. İdeolojik hukuk bu manzara içinde hayata ilk adımını atar.

Eğer bir ideolojinin ya toplumsal destekle ya da bahsettiğimiz kirli yollarla hükmetme şansı yoksa o ideoloji zamanla kaybolur. Kirli yollarla hükmeden ideolojiler ise pasif veya aktif direnişlere, kaosa, hatta teröre yol açacaktır. Zira ideolojiyi kabullenmeyenler onun norm dünyasını, hukukunu da kabul etmezler. Mecburen uyum gösterenler olduğu gibi sistemi delmek isteyenler de çok olur. Sistemin özünden şüphe varsa sisteme uyum da problemlidir.

Sonuç olarak ideolojik kısaçtaki ülkelerde hukuk sabitesiz bir hal alacaktır. Çünkü hukukun kurulumu aşamasındaki ideolojik aksiyon reaksiyonlar doğurmuştur ve o reaksiyonlar “hukuk” ya da “hukuk düzeni” denilen ideolojik aparatı tehdit etmektedir. Varlığını tehdit altında gören ideolojik düzenin önceliği ise kendisini korumak olacaktır. Bu da hukukun yerine göre kılıca, yerine göre kalkana benzemesini beraberinde getirir. Hukukun terazi olma ihtimali kaybolur. Hukuk hastalık üretmeye başlar.

Hukuk bu şekilde yapılandırıldıktan sonra kanunların yapımı pek de önemli bir olay değildir. Hassasiyetle ele alınması gereken bir konu hiç değildir. Düşman bilip savaştığınız ülkelerin kodlarını bile tercüme ettirip “kanun” diye sunabilir, dayatabilirsiniz. İdeolojik gündeminize yarıyorsa düşmanın kodları size kendi halkınızın kodlarından daha sevimli gelir. Hukuk bu kadar kof, değersiz bir şeydir artık... Olur da kısmen düzgün kanunlar bile çıkarsanız insanların teveccühünü önemsemediğinizi açık etmekten kurtulamazsınız. Çünkü hukukun zemininde insanların samimi kabulü yoktu. Halkın devlete nüfuz edip zarar vermesini imkansızlaştırma vizyonu vardı.

Böyle bir hukuk sisteminde vatandaşların kendilerine tayin edilen alanlarda boyun eğerek yaşamaları, taşkınlık yapmamaları yeterlidir. Sistemi tehdit boyutuna varmadığı sürece insanların yaşadığı adalet problemleri hukuk düzenini öncelikle ilgilendirmez. Hukuk devletin bekası üzerine kodlanmıştır. Gündelik hukuksuzluklar hukuk görüntüsünü devam ettirecek şekilde gündeme gelir ve gündemden düşer. Derin kritiklere ise hiç yer yoktur.

Bu sahteliğin taşıyıcısı olan insanların üzülmemesi, imtiyazlı olması da hukuk sisteminin önemli bir misyonu olarak görülür. Zira ideolojik devlet çarklarını çevirenler bir şekilde ödüllendirilmezse yapı iflas eder. Bu sebeptir ki toplumda mutlak bir kaos ortamı oluşmaz. Seçmece adalet oluşur ki o da ideolojik hukuk düzeninde insanları ideolojiye yanaşmaya motive edecektir. Korunaksız kalanlar devletin sinesine sığınarak, onun ideolojisini dolaylı olarak da olsa teyit ederek “hak-hukuk” bulabilecektir. Teslimiyet gören ideolojik düzen de bu sayede sağlamlaşmış olacaktır.

İdeolojik hukuk yapımının mantığı ifade ettiğimiz gibidir. Özetle, toplumu “terbiye edilmesi gereken bir varlık” olarak görmeye dayanır. Toplum itaat sergiledikçe hukukun var olduğu zannedilir, varsayılır. Gerçekte ortada bir hukuk özü yoktur. Cebir özü vardır. İdeolojik hukuka maruz kalanların hukuku kudret ve yaptırım saplantılarıyla tarif etmesi boşuna değildir.

İdeolojik düzenler yoğun propagandaya muhtaçtır. Gerçekçi algılar, doğrucu söylemler ideolojiyi soyar, çıplak bırakır. Düzeneğin yıkılması mukadder olur. Perdenin arkasında ideolojinin korunabilmesi için perdenin önünde de devletin ve devletle ilişkilendirilebilecek şeylerin kutsallaştırılması gerekir. Mesela, hukukun kurulumunda arka plana atılan halk burada kıymete biner. Devletiyle milletiyle bir bütün olunur birdenbire... Manipülasyon yapılır. Şüphesiz ki

manipülasyonlar yüzde yüz yalana dayalı olamaz. Seçimlerin yapılması, topluma hizmet götürülmesi gibi olumlu adımlar da gözlemlenir.

Şu halde hiçbir ideolojik hukuk düzeni yüzde yüz ideolojik olamaz. Bir şekilde toplumu ciddiye almak durumunda kalır ve meziyetler de sergiler. Bu sebeptendir ki bir hukuk düzenini ideolojik kılan öz her durumda aşikar olmaz. Aldanmamak gerek: Kurucu refleks ideolojikse hukuk ideolojiktir. İdeolojik kökenli bir hukuk sisteminin düzgün işlemesini, adalet üretmesini bekleyenler saftır. İzafe, tesadüfi hukuk görüntülerine aldananlar da saftır. Özü ideoloji olan bir hukuk düzeninde adalet kaygısı öne geçemez. Geçtiği an ideoloji yıkılır.

İdeolojik hukuk düzeninde hukuk öğretisi de yapıyı koruma üzerinedir. Eğitim-öğretime egemen olan üslup şudur: “Hukuk budur! Beğenmezseniz dışarıda kalırsınız!” Bu gibi telkinlere maruz kalan hukukçu zamanla ideolojinin neferi haline gelir. Kurulu çarklarda yer almak nefer olmak için yeterlidir. Bilinçli olmak gerekmediği gibi bilinçsiz olmak sistem açısından daha yararlıdır. İdeolojik hukukun okulları, fakülteleri, mesleki eğitim kurumları bilinci askıya alma eğitimi verirler. Kafanın ışığını söndürüp içini doldururlar. Yeterince yontulursanız “fayda” görürsünüz.

Şimdi de ideolojik hukukun asla izin vermediği, hasım gördüğü sosyolojik hukuk perspektifine geçelim.

Sosyoloji, toplumsal gerçeklikleri aydınlatma bilimidir. İşine gelmese bile gerçeğe saygı duyan kişi bilim kapısından girmiş demektir. Hukuk da ancak bu kapıdan girerse bilim olur. Bilimsel yöntem, öngörülebilirlik, istikrar ve güven sağlayabilir. Öbür türlü hukuk, süslenmiş dogma ve zorbalıktır.

Sosyolojik hukuk, toplumu yönetecek kuralların toplumdaki dağınık verilerden üretilmesi prensibine dayanır. Verilerden kasıt; algılar, değerler, tercihler, alışkanlıklar, beklentiler, hedefler vesairedir. Bunların ışığında geliştirilen hukuku, toplum bir dış ses olarak değil, bir iç ses olarak duyacaktır. Rakip olarak, tehlike olarak görmeyecektir. Aşındırmaya, istismar etmeye kalkmayacaktır. Çünkü hukuk namına konuşan yine kendisidir. Hukuka uyararak kendi vicdanına ya da insanlarla zımnen yapmış olduğu sözleşmeye uyumuş olacaktır. Böyle bir hukuka uymak insanın özsaygısını artırır, uymamak azaltır.

Vatandaşların kimyasını bozan ideolojik hukuk ise nezih insan profilini ortaya çıkaramaz. Tersine, çokları bu manipülatif hukuku içdiş etmeyi maharet olarak görür. “İdeolojik hukuku samimi ciddiye alan zararlı çıkar” bile diyebiliriz.

İdeolojik hukukun özü idealizmdir. Neyin ideal olduğu ise son derece tartışmalıdır ve mücadele doğurur. Sosyolojik hukukun özü realizmdir. Duygusal yorumlardan arınmış gerçeğe erişmek isteyen insanlar bir şekilde anlaşılabilir. Siz bir gerçeği ortaya koyarsınız, başkası da başka bir gerçeği

ortayı koyar. Ve ikisi de hukuk yapımına yol gösterir. Halbuki ideolojik hukukta alternatif gerçeklere yer yoktur. Tekil ve sahte gerçeklik söylemi vardır.

Realizme çağrı yapıldığında akla şu gelebilir: Diyelim ki toplumsal gerçekliği bütün çıplaklığıyla ortaya koyduk. Mesela toplumda “Abiler kardeşlerini dövebilir” algısının yaygın olduğu ortaya çıktı. O zaman sosyolojik hukuka göre “Abiler kardeşlerini dövebilir” mi demeliyiz? Abilerin kardeşlerini dövmesini yasal mı görmeliyiz?

Hayır. Sosyolojik hukukun kendi içinde iki katmanı vardır: Realiteler ve idealler. Birinci katmanda toplumsal gerçekliği ortaya koymak esastır. Terazide dokunmadan, olduğu gibi... İkinci katmanda ise toplumsal gerçekliğin içinde var olan, gerçekliğe yönelik eleştirileri meydana çıkarmak esastır. Diğer bir ifadeyle, toplum kendi realitelerini beğenmiyor olabilir. Fırsat olsa başka bir realiteyi yaşamak istiyor olabilir. Toplumun idealleri realitelerinden farklı olabilir. Bu durumda toplumun ideallerini de yine bilimsel veri olarak tespit etmek gerekir.

Adil hukuk, toplumun realitelerinden yine toplumun benimsediği ideallere yolculuktur. Ve ikisi de sosyolojik yöntemle anlaşılır. Adaletsiz hukuk ise toplumun realitelerine büyük oranda sırtını dönmüştür; ideal olarak da ideolojilerden ilham almakla yetinir.

Şu halde eğer toplumda “Abilerin kardeşlerini dövmemesi daha idealdir” algısı da tespit edilirse kanunlar “dövme” realitesine göre değil “dövmeme” idealine göre yapılacaktır. Zira bu ideal de sosyolojik olarak desteklenir. İdeolojik ideallerdeki gibi yanlı ve dayatmacı değildir.

Özetlemek gerekirse; sosyolojik hukuk, toplumun realitelerinin ve beklentilerinin bilimsel açıklıkla tespit edilmesine dayanır. İdeolojik hukuk ise toplumun manipüle edilmesine dayanır. İdeolojik hukukun toplumu ciddiye alıyor görünmesine kanmamak gerekir. Özü ideolojik olan bir sistemden hukuk çıkmaz. Günü kurtaracak başarısız kurallar çıkar ki o da hukuk değildir.

Öte yandan, özü sosyolojik (topluma karşı dürüstlük) olan bir sistemde de yer yer ideolojik yönelimler görülebilir. Fakat bu yönelimler yine toplumun ideallerinden doğduğu için öze zarar vermez. Aksine, toplumun vizyonunun hukuka aktarılması anlamına gelir.

Özü ideolojik olan bir hukuk sisteminde kanunlar çıkarmak, reformlar yapmak, yeni fakülteler ve mahkemeler açmak vs. kalite getirmez. Bu sistemde hukukçu olmak bile bir dramdır. Çünkü bir yalana ortak edilmişsinizdir. Emek verip büyüttüğü çocuğunun kendisinden olmadığını yıllar sonra öğrenen bir babanın hayatına benzer bu hayat. Aldanıştır. Toplumun vicdanından doğmamış, ideolojik kafalardan peydahlanmış hukuk, insanı aşındırır, tüketir. Kendinizi ne kadar kaptırırsanız zarar o kadar büyük olur.

Hukukun gerek kurulum ve doktrin aşamasında gerekse bütün uygulama alanlarında atılması gereken ilk adım, sosyolojik perspektifi içselleştirmektir. Bütün hukuki konulara şu üç soruyla yaklaşırsak kıskaçtan çıkabilir, adil bir hukuk düzeninin temellerini atabiliriz:

1. Bu konuyla ilgili toplumsal gerçeklik (realiteler, veriler) nedir?
2. Bu konuyla ilgili toplumsal beklentilerin dağılımı ve toplamı nedir?
3. Bu konuyla ilgili problemlerin çözümünde hangi yönde ve nasıl bir denge öne çıkmaktadır?

İşte adil hukuk politikası bundan ibaret!

Yazarın twitter adresi: <https://twitter.com/emirkayason>