

ÖZKÖK, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", AÜHFD, C.51, S.2, 2002.

ÖZLEM, Doğan, "Adalet Üstüne Görecelik-Mutlaklık Tartışması", HFSA, S:9, 2004.

Siyaset Nedir?, in SIYASET (Derleyen: Mümtaz'er TÜRKÖNE), Lotus Yayınevi, Ankara, 2003.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Afa Yayınları, İstanbul, 1996.

TUSHNET, Mark, "Principles, Politics and Constitutional Law", Mich. L. Rev. 51, Vol:88.

UYGUR, Gülriz, "Adalet ve Hukuk Devleti", AÜHFD, C:53, S:3, 2004.

VAHAP, Coşkun, "Direnme Hakkı", HFSA, S:5, İstanbul, 2002.

Yasıada Yargılamaları, Müşterek Müdafaa, Kararlar, Kararların Eleştirisi, Demokratlar Kulübü Yayınları, No:9, Ankara, 1995.

www.milliyet.cm.tr/1998/01/04/yazar/akyol.html

Black's Law Dictionary, 6. Bası, 1990.

Yargılamada Nesnellığın Psikolojik ve İnançsal Boyutu

Ahmet Gürbüz^(*)

Yargılamada nesnellığın, benzer bir deyimle, yargının tarafsızlığı ve objektifliğinin sağlanabilmesinin temel dinamikleri olarak, birbiriyle etkileşim içinde de olabilen iki ayrı boyuttan söz edilebilir. Yargılamada tarafsız ve objektif oluşun birinci ögesi, genel ve kapsamlı bir ifadeyle, psikolojik boyuta ilişkin; ikinci öge, ideolojik ya da düşünsel de diyebileceğimiz inançsal boyuta ilişkindir.

Yargılamada nesnellığın psikolojik boyutuna ilişkin olarak şu önemli hususlara dikkat çekilebilir:

Bilindiği üzere, uygarlığın kriteri olarak benimsenen 'adalet' düşüncesi, toplumsal işlerliğini yargı organları, daha somuta indirgemek gerekirse yargıçlar aracılığıyla gerçekleştirmek durumundadır. Bu bağlamda, soyut 'adalet' ilkesinin somut içeriğini oluşturan evrensel hukuk değerlerinin⁽¹⁾ toplumsal yaşamdaki uygulayıcı dinamikleri olan yargı organlarına, özel olarak da yargıçlara büyük ödev ve sorumluluklar düştüğü ortadadır. Bu önemli sorumluluğun ayırına yeterince varılabilmesi için, yargılamada nesnellığın birinci ögesi olarak sunduğumuz ve 'yargıcın kişilik bağımsızlığı' da denebilecek bu psikolojik boyutun özgün

yanı, bunun anlam ve önemi ayrıntılandırılmalıdır.

Yargıcın yargılama işlevini yerine getirirken nesnel (objektif), tarafsız olması ne demektir? Hemen burada şu noktaya dikkat çekmek gerekir. Ülkemizin hukuk düşüncesinde ve literatüründe 'yargılamada nesnellik' çoğu zaman 'yargı bağımsızlığı' kapsamında ya da onunla özdeş anlamda düşünülmekte ve bu konunun ayırının ve öneminin bilincine yeterince varılmadığı dikkati çekmektedir. 'Yargıcın yargılama yaparken psikolojik ve inançsal olarak nesnel oluşu', genel olarak 'yargı bağımsızlığı' diye adlandırılan sorundan ayrı, özgün bir anlama sahiptir. 'Yargı bağımsızlığı' dendiğinde, daha çok yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erkin etkisinde olmaması, siyasal erke karşı bağımsız olması anlatılmak istenir. 'Yargı bağımsızlığı' kavramı, yargı organlarının kurumsal bağımsızlığı ve tarafsızlığı anlamında belirginleştiğinde, bunun çözüm yolu, yani toplumsal yaşamda 'yargı bağımsızlığı'nın nasıl sağlanacağı sorusunun yanıtı da daha belirgin bir biçimde karşımıza çıkar. Bu çözüm ise, uygun ve gerekli hukuksal düzenlemelerin yapılması, ayrıca toplumun sosyo-ekonomik kültürel koşullarının söz konusu bu hukuksal dü-

(*) Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
(1) Evrensel hukuk değerleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Ahmet GÜRBÜZ: Hukuk ve Mesruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), gözden geçirilmiş 2.bası, İstanbul, 2004.

zenlemeleri destekleyici bir temel oluşturma durumuna getirilmesiyle elde edilebilir. Yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erk karşısında tarafsız ve bağımsız oluşunun yanı sıra, yargı organları ve bu organların işlevsel sùjeleri olarak yargıçların (doğal olarak yargı kavramının içeriğine, bu anlamda, savcılar ve avukatlar da girer) ekonomik, sosyal, güvenlik ile ilgili vb. koşulları da, 'yargı bağımsızlığı'nı etkileyen ve bu kapsamda ele alınması gereken olgulardır. 'Siyasal erk karşısında bağımsız olma'da olduğu gibi, yargı organlarının ve yargıçların bu türden sorunlarının çözümü de yine hukuksal düzenlemeler ve sosyo-ekonomik kültürel koşulların bu düzenlemeleri destekleyici bir yapıya kavuşturulması ile olanaklıdır.

Dikkate sunmak istediğimiz vurgu açısından; 'yargı bağımsızlığı'na ilişkin tüm bu belirtilenlerden, 'yargı bağımsızlığı' sorununun birey olarak yargıcın dışındaki koşullara bağlı olduğu böylece anlaşılmış bulunmaktadır. Genel olarak 'yargı bağımsızlığı' sorununun çözümlenmesi, hukuksal düzenlemeler ve toplumsal koşullarla ilgili ve olanaklıdır.

'Yargı bağımsızlığı' yargıcın dışındaki koşullarla ilgili olmasına karşılık, yargılamada nesnellığın psikolojik boyutu ya da benzer deyimle 'yargıcın kişilik bağımsızlığı' birey olarak yargıcın kendisiyle ilgilidir. Yargıcın yargılamada objektif olması ya da yargıcın kişilik bağımsızlığı, onun, yargılama işlevini yerine getirirken hiçbir etkenin etkisi altında kalmadan hukukun gerektirdiğini yerine getirme tavrını gösterebilmesini deyimler. Yargıç yargılama yaparken ve karar verirken; kendisinin dışsal ve içsel etkenleri algılama biçiminin, karşı karşıya bulunduğu somut olayla ilgili olarak hukukun gerektirdiği değerlendirmenin dışına çıkmasına yol açmasına olanak vermemelidir. Eğer yargılamanın ve hukuksal kararın biçimlenmesini ve niteliğini belirleyen temel belirleyici hukukun gerektirdiği ölçü değil de, yargıcın etkisi altında kalmaktan kendisini ahkoyamadığı içsel ya da dışsal etkenler ise, bu durumda yargıcın yargılamadaki nesnellikten, dolayısıyla somut kararın objektif ve evrensel hukukun buyruğunu yansıttığından söz edilemez. Yargıç yargılama yaparken kin, öfke, intikam, kıskançlık gibi kendisine ilişkin olası olumsuz psikolojik duygulanımlardan soyutlanabilmeli; yalnızca somut olay açısından hukukun gereğini yerine getirme amacını gütmeli ve bu onurlu, değerli tavrı ortaya koyabilmelidir.

'Yargıcın kişilik bağımsızlığı' açısından, yargıcın yargılamadaki nesnellikliğini engelleyici olabilme özelliğine sahip etkenler düşünsel, dışsal ya da içsel etkenler biçiminde değişiklik gösterebilir. İdeolojik, dinsel, etnik vb. savcılarının tutsağı ya da bu bağlamdaki organizasyonların içerisine adeta kendisini bir 'belirlenen nesne' gibi bırakıvermiş bir kişilik, bağımsız ve tarafsız bir kişilik olarak yargılama işlevini gerçekleştirme yetkinliğinden yoksundur. Bunun gibi, bireysel olarak kendisinin, çevresinin ya da herhangi bir nitelikteki herhangi bir topluluğun istek ve çıkarlarını sağlamak amacıyla içselleştirmiş bir kişilik, tarafsız ve objektif yargılama yapma yetkinliğine sahip olmaktan uzaktır. Daha da önemlisi; tutku, kin, çekememezlik gibi olumsuz psikolojik duygulanımları yansıtan içsel etkenlerdir. Yargıç, bir insan olarak, kendisinin içselliğini sorgulayarak, yargılama ya-

parken ve hukuksal karar verme aşamasında sübjektif psikolojik duygulanımlarının bağımlılığından kendisini kurtarabilmelidir. Güç de olsa, kendisine ilişkin duygulanımların etkisinde kalmayı aşmayı başaramayan bir kişilik, yargılama işlevinin hukukun beklenti ve istemine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlayamaz.

Yargılamanın nesnellığının inançsal boyutuna ilişkin olarak, yukarıda belirtilen psikolojik boyutla ilişki ve etkileşim içerisinde bulunduğu da göz önüne alınarak, şu önemli belirlemelerde bulunulabilir:

Yargıç yargılama yaparken kendi politik vb. görüşlerinden, değer yargılarından, dinsel ve etnik ayrım gütmeye düşüncelerinden soyutlanabilmeli; yalnızca somut olay açısından hukukun istemini yerine getirme amacını gütmeli ve bu onurlu, değerli tavrı gerçekleştirebilmelidir.

Bu açıdan bakıldığında, insanlık tarihinde tüm toplumlar için "milli ve kutsal" değerlerin varlığı ve geçerliliğinin bir gerçeklik olduğu görülebilir. "Değer" kavramına ilişkin çok boyutlu ve ayrı açılardan yaklaşımlar yapılabilmekle birlikte,⁽²⁾ konumuz açısından, daha çok soyut ve nesnel-evrensel değer kavramının toplumsal yaşam ve algılamadaki somutlaşmış biçimi olan "kültür" olgusuna ilişkin boyutunun irdelenmesi önem taşımaktadır. Çağdaş insanlık yaşam biçiminde, kitle iletişim araçları ve küreselleşme dinamikleri doğrultusunda giderek ulusal ya da yerel kültür olgusu büyük değişimler yaşayarak bir benzeşmeye doğru eğilim göstermekle birlikte; yine de toplumsal ya da yerel bağlamda kültür olgusunun varlığı ve geçerliliği bir gerçektir. Ko-

numuz açısından "milli ve kutsal" olarak algılanan toplumsal değerler, sözü edilen "kültür" olgusu çerçevesinde ele alınarak irdelenebilir.

Kuşkusuz ulusal ya da toplumsal bağlamdaki değerlerin toplumun barış, esenlik, hoşgörü, yardımlaşma ve bütünlük içerisinde varlığını ve devamlılığını sağlaması açısından yadsınamaz ve gerekli rolü vardır; ve bu yönüyle sözü edilen ulusal-toplumsal değerlerin varlığı savunulabilir olduğu gibi, bunların yadsınmasını içeren bir yaklaşımın gereksizliğinde de hiçbir kuşku olamaz. Ne var ki, bir toplumsal değer bu biçimde olumsuzlanmayı gerektirir bir temelden uzak olabilmesi için; bunun, tüm insanlık süreçlerinden geçerek çağdaş insanlıkça en azından teorik olarak benimsenen, üzerinde uzlaşıya varılmış temel nesnel-evrensel hukuk ilkelerine aykırı bir yapıya sahip olmaması gerekir. Doğal olarak, evrensel hukuk ilkelerinin özüne aykırı ulusal değerlere, haklı ve nesnel bir temele dayalı bir geçerlilik tanınmaz.

Evrensel-nesnel hukuk ilkelerine aykırılık taşımayan ulusal-toplumsal değerler açısından, yalnızca bir önemli riskten söz etmek olanaklıdır: Toplum açısından geçerliliği bulunan bu ulusal ya da kutsal değerlerin birey, grup, oluşum ve siyasal erkler vb. tarafından "başka" amaçlar doğrultusunda kullanılması. Bu nedenle, yukarıda belirtilen olumlu özelliklere sahip bulunan ulusal-kutsal değerler açısından; bu değerlerin "toplumdaki işlerlik biçimi" önemli bir sorundur, ve bu önemli sorunun sağlıklı bir biçimde kritik edilerek ortaya konması, sözü edilen değerlerin varlık amacına aykırı sonuçların toplumsal yaşam ve ilişkilerdeki egemenli-

(2) 'Değer' kavramı ve 'değer teorisi' konusunda geniş açıklamalar için bakınız: Vecdi ARAL: *İnsan Özgür mü?* s.29-37, 249-275, İstanbul, 2004; Vecdi ARAL: *Varlığı Vareden İlke Sevgi*, s. 19-41, İstanbul, 2005.

ğini ortadan kaldırmada büyük katkılar sağlayacaktır.

Toplumca benimsenmiş değerler olumsuz anlamda nasıl bir işlerlik görebilir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için ampirik verilere göz atmak gerekir. Toplumsal pratiğe baktığımızda, toplumsal değerlerin olumsuz açıdan birey, grup, siyasal erk vb. oluşumlar tarafından çıkar, dinsel, ideolojik vb. amaçlarla kullanıldığını gözlemlemekteyiz. Daha temelli bir irdeteme yapıldığında, dinsel ya da ideolojik amaçların yine çıkar ve iktidar edinme amacına yönelik bir kılıf olarak işlev gördüğünü ayırsamak olanaklıdır. Gerçekten de insanlık deneyimleri, dinsel ya da ideolojik söylemlerin çoğunlukla güç ve çıkar edinme yolunda birer araç olarak kullanılan kılıflar biçiminde işlev gördüğüne tanıklık etmektedir. Dinsel ya da ideolojik söylemin görtüründe egemen olduğu birçok tekil olay irdelendiğinde; gerçek amacın çıkar ya da güç edinmek olduğu, somut koşulların da desteklemesiyle dinselliğin ya da ideolojinin bu amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanıldığı ortaya çıkmaktadır. Özetle dinsel ve ideolojinin toplumca benimsenen değerlerle de yöğrularak birey, grup, siyasal erkler tarafından çıkar ve güç edinmek gerçek amacıyla kullanılmaması, toplumsal bir gerçeklik olarak kendini göstermektedir.

Sözü edilen bu olumsuz gerçekliğin en önemli sonucu, toplum ve ülkenin uygar bir aşamaya ulaşmasına engel olmak; demokrasi, hukuk devleti, laiklik, toplumsal adalet, insan hak ve özgürlükleri gibi temel evrensel-hukuksal değerlerin yerleşmesine olanak tanınamak biçiminde ortaya çıkmaktadır. İyiniyetle, bilimselliğin ve çağdaşlığın yegâne erek olarak yer aldığı her bireysel ya da toplumsal girişim ve atılımın kar-

şısında; iktidar ve çıkarına dokunulan oluşumların “değer” kılıflı duruşları ciddi bir engel olarak duracaktır.

Toplumsal değerlerin bu denli olumsuz işlerliğinin önüne nasıl geçilebilir? Bunun başarılabilmesi için kuşkusuz öncelikle bu yönlü hukuksal düzenlemelerin varlığı kesin bir koşuldur. Ancak bununla yetinilmesi, sözü edilen olumsuz gerçekliğin varlığını sürdürmesine engel olamaz. Bunun için her şeyden önce toplumsal yönetim işlevini görmek ödevinde olan siyasal iktidarın, özelde de yöneticilerin sözü edilen gerçekliğin bilincinde olması gerekir. Siyasal iktidarlar ve yöneticiler, bu yönlü hukuksal düzenlemelere siyasal erkin ve yöneticilerin de uymasını gerektiren ‘hukuk devleti’ ilkesinin gereklerini yerine getirmeli, daha da önemlisi, toplumsal değerlerin olumsuz işlerliği alanından siyasal iktidar ve yöneticiler soyutlanmadan bu değerlerin kötüye kullanılmasına engel olunamayacağı düşüncesini içselleştirmiş olmalıdırlar.

Sonuç olarak; ‘yargılamada nesnellik’ olarak adlandırdığımız, yargıcın yargılama ve hukuksal karar verme aşamasında objektif ve tarafsız olması nasıl sağlanabilir? Bu önemli soruya, “yargı bağımsızlığı”nda olduğu gibi, “hukuksal düzenlemeler ve toplumsal koşulların bu düzenlemeleri destekleyici yetkinliğe kavuşturulması” biçimindeki bir çözüm ve yanıt çabası yetersiz görünmektedir. Yargılamanın nesnellüğünün ya da ‘yargıcın kişilik bağımsızlığı’nın sağlanabilmesinin tek çözüm yolu; yargılama süjelerinin, filozofik birikim ve kişiliğe sahip olması ve çağdaş insanlık değerlerini yani evrensel hukuk değerlerini bağlayıcı kriterler olarak benimsemesi ve içselleştirmesinden geçmektedir.

1982 Anayasasının Serüveni

Fazıl Hüsnü Erdem^(*)

1982 Anayasasının bugüne kadar geçirdiği evrimin genel bir analizini amaçlayan bu çalışmada, önce anayasacılık düşüncesine ve bu düşüncenin şekillendirdiği anayasa kavramına değinilecektir. Bunun akabinde, Anayasasının ilk metni çeşitli boyutlarıyla (insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi ilkeleri açısından) ele alınacak; bu metnin, anayasacılık bakımından taşıdığı eksiklikler ve yanlışlıklar ortaya konulacaktır. Son olarak da, Anayasada bugüne kadar gerçekleştirilen değişikliklerin bilançosu çıkarılarak, eski metinle yeni düzenlemeler karşılaştırmalı bir biçimde incelenmeye ve analiz edilmeye çalışılacaktır.

A. GENEL OLARAK ANAYASACILIK VE ANAYASA KAVRAMI

Tarihsel olarak anayasacılık, iktidarın yoğunlaşmasına bir tepki olarak, 17 ve 18. yüzyıl liberal düşünürleri tarafından doğal hukuk ve toplumsal sözleşme kuramları çerçevesinde geliştirilen bir siyasal teoridir⁽¹⁾. Bu düşünce biçimini tetikleyen ve besleyen motor güç, iktidarın yozlaştırıcı olduğuna iliş-

kin inançtır. Bu inancı paylaşan ve devleti, “varlığı zorunlu bir kötülük” olarak gören liberal teorisyenlere göre, bu kurumun kötülüklerini minimize etmek, onu adeta “evcilleştirmek” ve “ehlileştirmek” gerekir. Daha açık bir anlatımla, insanların, kendi elleriyle ve ortak çıkarlarını kollama amacıyla yarattıkları ve adına “devlet” dedikleri bu siyasal organizasyonu, insanların özgürlüklerini tehdit eden bir aygıt olmaktan çıkarmak ve onu bir “hizmet” aracı haline getirmek gerekir. Buna göre anayasacılığın temelinde yatan düşünce, devlet iktidarının keyfiliğe kaçmasını önlemek, onu sınırlamak ve böylelikle insan haklarını güvence altına almaktır. Bu bağlamda anayasacılık, devletin yönetim yapısını, bireylerin hak ve özgürlüklerini yazılı belgelere bağlama amacını taşımaktadır⁽²⁾. Farklı bir söyleyişle, anayasacılık düşüncesi, “özgürlük tekniği ve iktidarı bölme yoluyla devletin ve hükümetin eylem ve işlemlerine etkin sınırlamalar”⁽³⁾ getirilmesini öngörmektedir.

“Sınırlı iktidar” hedefine ulaşabilmek için anayasacılık; kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve insan hakları

(*) Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) FRIEDRICH, Carl. J. : *Sınırlı Devlet* (Çev. Mehmet Turhan), Gündoğan Yayınları, Ankara, 1999, s.30; ERDOĞAN, Mustafa: *Anayasal Demokrasi*, Gözden geçirilmiş 4. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s.8. Ayrıca, anayasacılık hakkında geniş bilgi için bkz. LOUGHLIN, Martin: *Sword and Scales*, Hart Publishing, Oxford, 2000, s.161-175.

(2) TEZİÇ, Erdoğan : *Anayasa Hukuku*, Gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş 3.baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1996, s.135.

(3) TURHAN, Mehmet: *Anayasal Devlet*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1997, s.15.