

saplaşmamış kimi toplum kesimleri demokrasi istemlerini, kavramın içini boşaltarak dile getirmeye çalışmaktadırlar. Çoğun özcülüğün de eşlik ettiği ve bireysel olarak taşınan niteliklerin toplumun tümünü kapsayacak biçimde somutlaştırıldığı, genişletildiği ve katılaştırıldığı ortamlarda, kamusal olan totaliter olanla örtüşmekte; bir ve aynı anlama gelmekte, demokrasinin tam anlamıyla uzağına düşülmektedir. Ancak bilinçli olarak yapılan üçlü ayırmada totaliter olandan kaçınma ya da

uzak durma olanağı vardır. Çünkü bu sonuncu durumda her tek insan laiklik ve insan hakları gibi evrensel ideler aracılığıyla "yurttaş" olarak yapılandırılabilir. "Yurttaş" geniş ya da dar anlamda kurumsal-kamusal olanın taşıyıcı öznesidir. "Yurttaş" gereksinimler doğrultusunda ortaya çıkan sivil toplum kuruluşlarının (: geniş anlamında kamusal) ve devletin (: dar anlamında kamusal) edimcisidir, etkin öznesidir ve böyle olmakla aklını da kamusal olarak kullanıyor demektir.

Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü bir Açıklama Şeması (*)

Hayrettin Ökçesiz**

I

Bugüne kadar olan hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi çalışmalarının bana gösterdiği ufukta insanın varoluşunun hukuk ve siyaset geriliminde antropolojik temelli yedi üçüzlü bir hukuk kültürü kurgusuna yerleştiğini söyleyebilirim. Bu kurgu hukuk düşüncemde zaman içerisinde gelişerek burada sunduğum yapıya ulaştı. Yazılarımın önemli bir kısmında bu kurgunun konuya temel alındığı ve hep bir sonrakinde değişik sunuş ve yapı biçimine büründüğü görülebilir.

Bu yedi üçüzler öznedede üç kimlik; İnsanda üç temel bütünlük ve üç temel gereksinim; hukukta adaletin üç ögesi ve hukukun üç boyutu, devlette üç boyut ve siyasette üç alan olarak belirmektedir.

Bunlar öznedede İnsan, birey ve kişi; İnsanda dirimsel, tinsel ve duyumsal bütünlükler ile özgürlük, güvenlik ve eşitlik gereksinimleri; hukukta hukuk idesinin eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği öğeleri ile hukuk kavramının olgu, norm ve değer boyutları; devlette yine özgürlük, güvenlik ve eşitlik boyutları ile nihayet siya-

sette özel alan, kamusal alan ve resmi alan olarak birleşmektedir.

Bu üçüzlerin kendi aralarındaki etkileşimleri ve birbirlerini belirleyici nitelikleri insani varoluşun türlü siyasal biçimini açıklamakta ve gelişimine ışık tutmaktadır. Düzen olarak nitelendiğimiz ve salt bu özelliği nedeniyle kendisine itaatın erdemli bir davranış olduğunu düşündüğümüz siyasal eylem ve işlemler bu üçüzlerin türlü versiyonlar halinde ortaya koyduğu siyasal yapılarıdır. Bu kurgunun dışına düşen örgütlü ve kaplamsal buyruk düzenekleri bizim anladığımız anlamda bir düzeni deyimleyemezler.

Bu yedi üçüz öğelerinin birbirlerini belirleğinde ideal denge, "insan"da gözlemlenen bütünlük alanlarında bireyin yetkinliğe ulaşmasını sağlayacak bir karşılıklı ve anlamlı bağlar ağında kendini gösterecektir. Bu nitelikte bir ağda diğer üçüz öğeleriyle birlikte sergilenecek örgü ne tür ve ne biçimde bir deseni bize sunacaktır?

Aynı zamanda bir birey ve kişi olarak İnsanın dirimsel, tinsel ve duyumsal bütünlüklerinde yetkinliğe ulaşabilmesi yolunun açılması ve açık tutulabilmesi için onun özgürlük, güvenlik

(*) Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Felsefe Bölümünde 20 Kasım 2002'de sunulmuştur.

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

ve eşitlik gereksinimlerinin en yüksek düzeyde giderilmesi zorunlu görünmektedir. Bu gereksinimlerin giderilmesinin en geçerli yolu bunların devlete nihai amaçlar ve amaç değerler olarak yüklenmesi ve devletin üç boyutu olarak nitelenmesi olacaktır.

Hukuk düşüncesinde ise bunların yani bu bütünlüklerin yetkinlik ölçütleri ile bu ölçütlerin karşılanmasında temel gereksinim olarak gördüğümüz bu değerlerin, amaca uygunluk öğesinde nihai hedefler olarak kabulü zorunlu görünmektedir.

Hukuk idesinin diğer öğeleri olan eşitlik ve hukuk güvenliği ise böylesine bir amaca uygunlukta hukukun diğer (norm ve olgu) boyutlarının gerçekleşmesinde bir değer ve anlam taşıyacaklarıdır.

İnsan bireyinin bu temel özelliklerinden siyasal anlamda bir özel, kamusal ve resmi alan kurgusuna da gidilebilecektir. Siyasetin bu üç öğesinden biri olarak yetkin bir kamusal alanın kurulması, özel alanın içerisini dolduran insani bütünlük ve gereksinim öğelerinin toplumsal denetim kurallarına yine nihai amaçlar ve temel değerler olarak yansımaya bağlıdır. Böylesine bir özel alanın gerekleriyle örülen bir kamusal alan kendi içerisinde, toplumun en kapsamlı siyasal örgütlenmesi ve kabagüç tekeline sahip bir aygıtı olan devleti bir resmi alan olarak tanımlamakta, onun kendisinden doğduğunu ve kendi direktiflerine tabi olduğunu, bu aygıt ile özdeşleşmiş tüm bilinç taşıyıcılarına sürekli anımsatmak durumunda bulunmaktadır.

Hukuk ve siyaset geriliminde gerçekleştirilebilecek bu ideal dengenin, hukuk -şiddet ve siyaset - şiddet ilişkisinde hukuk ve siyasetin yardımıyla yayılan bir şiddet ortamına karşı işlevsel bir süzgeç oluşturabileceğini söylemelidir. Şiddet kendisine en uygun kuluçka yerleri olarak hukuku ve siyaseti seçmektedir. Şiddet karşısında korkuyu ve suçluluk duygusunu en iyi biçimde, hukuk ve siyaset düşünceleri insanların içerisine yerleştirebilmekte, kurumlarıyla onları sürekli kılabilir. Ya da başka bir deyişle, şiddet karşısında yaşanan korkuyu ve suçluluk duygusunu insanların içerisine yerleştiren düşüncelere hukuk ve siyaset düşünceleri denmekte, bu duyguları sürekli kılan kurumlar da hukuk ve siyaset kurumları olmaktadır.

Hukukun iktidarın ölçütü olduğunu söyleyecek ve bunu temellendirmeye girişecek olursak, hukukun siyaset karşısında bir işbirlikçiliğini değil, onun siyasete ölçü getiren bir kaynak farklılığını ortaya koymamız gerekecektir. Yukarıda sözü edilen ideal dengenin kurulabilmesi için hukuktan siyasete bir yüksek gerilim hattının tasarlama zorunludur.

Hukuk ve siyaset geriliminde bu yedi üçüzlü kurgu, hukukun siyasete ölçütlüğünün temel taşlarını getirmekte, şiddeti insan için kullanılabilir ve katlanılabilir kalıplara ve kaplara dökmekte bir yapı planı sunmaktadır. Üçüz öğelerinden her biri diğer üçüz öğelerinin her birinin içerisine girerek onun anlamını denetlemekte ve geliştirmektedir.

II

Devlete üç boyut ve üç amaç değer olarak yüklediğimiz eşitlik, özgürlük ve güvenlik gereksinimlerinin tatmini çabası kamusal alanda bir hukuk devleti tasarımına götürmekte, resmi alan olarak devletin kamuya hakimiyetini, kamunun kendisine hakimiyetine dönüştürmektedir. Bu dönüşümün özgürlük, eşitlik ve güvenlik kavramlarını sözkonusu kurgu içerisinde yoğunluktan gerçekleşebileceğini asla söyleyemeyiz. Bu avan projenin nasıl bir uygulama projesini ortaya çıkardığını, Katharina Sobota'nın "Hukuk Devleti İlkesi" adlı ilginç yapıtında saptadığı ve biraz sonra sunacağım 142 adet hukuk devleti ögesinde görebiliriz². Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı ve yasalarını okurken karşılaştığımız devlet ve insan tasarımının bu kapsamda bir hukuk devletinin insan ve devlet tasarımına uygunluk derecesini bu çerçevede daha kesin biçimde gözlemleyebiliriz.

Hukuk devleti projesi ile gerçekliğin örtüşme olasılığını hiçbir ülke için mutlak sayamayız. Bu bakımdan adaletsizliğin adalet adına düşünülmüş ve konmuş olanlardan daha çok, bunlara aykırılıktan kaynaklandığını inanıyorum.

Bir hukuk kültürü çerçevesinde hukukun temel ilkeleri olarak hukuk metinlerinde sürekli karşımıza çıkan anlam içerikleri ve davranış modelleri, kendilerine uyuldukları takdirde, yanlış sonuçlara götürebilecek düşünceler ve kurallar değildir.

Bütün donanımı ile adaletsizliğin hukuk kültürü karşısında bir atkültür oluşturduğunu ve bu kültürün taşıyıcılarının istenç ve edimlerinde hukukun tanımında yer verdiğimiz, adalete yönelmiş olmanın ancak bir kılıf olmak değeri taşıdığını söylemeliyim. Bireylerin zaman zaman gösterdikleri haksız davranışları ile burada sözünü ettiğim donanımlı adaletsizlik durumunu birbirinden ayrı tutmalıyız. Nasıl oluyor da, bu denli yoğun bir adalet bilinci karşısında insanlık o denli bir zulmü kendi içerisinde yaşıyor diye sordüğümüzde, bunun yine bilinçli bir donanımlı adaletsizlik atkültürü nedeniyle mümkün olduğunu söylememiz gerekecektir. Örneğin bir Nazi zulmünü bir devlet edimi olarak hukuksal pozitifizmin açıklama şemasından kaynaklandırmak bu nedenle yanıltıcıdır. Nazizmin ideologları da elbette devlet, hukuk ve insan tasarımları ileri sürmüşlerdir. Ancak bunu kendilerine totaliter bir iktidar sağlamak amacıyla bireyin koşulsuz itaatini elde etmek için gerekli görmüşlerdir.

Hukuk kültürü hiçbir iktidarın hukuku değildir. Tüm iktidarların yargılandığı bir insani varoluş düzlemidir. Aşağıda örnekleme olarak sunduğum kimi latince hukuk deyimleri neredeyse ikibinbeşyüz yıllık bir birikimin tanıkları olarak bu sonucu doğrular niteliktedir:

Argumente non sunt numeranda sed ponderanda - argümanları saymamalı, tartmalıdır.

² Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997 Tübingen

³ Bkz. *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, çeviren, açıklayan ve hazırlayan: Detteliebs, Darmstadt 1982

Audiat et altera pars - öteki tarafı da dinlemelidir.

Bonafides praesumitur - iyiniyet varsayılır.

Boni iudicis est lites dirimere - iyi yargıç bir davayı başka bir uzlaşmazlığa yol açmadan bitirebilen yargıçtır.

Bonus nocet, qui malis parcat - kötüleri koruyan, iyilere zarar verir.

Casum sentit dominus - zararı, gören çeker.

Cedi jus personale alii non potest - kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak devredilemez.

Confessio non est probatio - itiraf delil değildir.

Contra vim non valet jus - şiddete karşı hukuk çaresizdir.

Conventio est lex - anlaşma yasadır.

Cuilibet in arte sua credendum - herkese kendi uzmanlık alanında inanmalıdır.

Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus - çoğuna yetkili olan, aza da yetkilidir.

Cuique defensio tribuenda - herkese kendini savunma olanağı tanınmalıdır.

Cum vitia prosunt, peccat qui recte facit - eğer hata yardımcı oluyorsa, kurala uygun davranmakla haksızlık edilmiş olur.

Curia parlamenti suis propriis legibus subsistit - parlamentolar yalnızca kendi koydukları yasalara uyarlar.

De internis non iudicat praetor - yargıç saikleri yargılamaz.

De similibus idem est iudicium - benzer durumları eşit biçimde hükme bağlamalıdır.

Dies a quo non computatur - ilk gün hesaplanmaz.

Dolus versatur in generalibus - dürüst olmayan kimse genel olanda oyalanır.

Dolus non praesumitur - kasıt varsayılamaz.

Dona clandestina sunt semper suspiciosa - gizli hediyelerden kuşkulmalıdır.

Dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur - yasalar zaman zaman uyur, ama asla ölmezler.

Do ut des - veresin diye veriyorum. *dura lex, sed lex* - sert bir yasadır, ama yasadır.

Eadem mens praesumitur regis que est juris - hükümler, kuşkulu durumlarda, ancak yasanın dediğini amaçlayabilir.

Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat - kanıt yükü savı ileri süren dedir, yadsıyanda değil.

Erranti est ignoscendum - yanılan bağışlanır.

Erubescimus, cum sine lege loquimur - yasaya dayanmadan konuştuğumuzda yüzümüz kızarır.

Et non facere facere est - ihmal de bir fiildir.

Exceptio firmat regulam - istisna kuralı güçlendirir.

Executio est finis et fructus legis - icra yasanın hedefi ve meyvasıdır.

Facta non praesumuntur, sed probantur - olaylar varsayılmaz, kanıtlanırlar.

Facultas probationum non est angustanda - kanıtlama olanağı daraltılmaz.

Fiat justitia et pereat mundus - adalet gerçekleşmeli ve kibir yıkılmalıdır.

Fiat justitia ne pereat mundus - adalet yerini bulsun ve dünya yıkılmasın.

Falsus in uno falsus in omnibus - bir noktada yalan söyleyen, tümüyle yalan söylemiş olur.

Fidem non servanti fides servanda non est - sözünü tutmayana sözün tutulması gerekmez.

Fides hosti servanda - düşmana verilen söz tutulur.

Fiscus non erubescit - hazinenin yüzü kızarmaz.

Flumina et portus publica sunt - ırmaklar ve limanlar kamuya açıktır.

Forma dat esse rei - biçim eşyaya varlığını kazandırır.

Fortior est custodia legis quam hominis - yasanın koruması, insan korumasından daha güçlüdür.

Hominum causa omne jus constitutum est - tüm hukuk insanlar için konmuştur.

Ibi valet populus, ubi leges valent - yasaların saygı gördüğü yerde halk esenlik içinde olur.

Ignorantia legis neminem nocet - yasayı bilmemek kimseyi mazur göstermez.

In dubio contra fiscum - kuşkulu durumda hazine aleyhine yorum yapılmalıdır.

In dubio pro libertate - kuşkulu durumlarda özgürlüklerden yana olmalıdır.

In dubio pro reo - kuşkulu durumda sanık lehine hüküm verilmelidir.

Iniquitati proxima est severitas - katıllık adaletsizliğin çok yakınındadır.

In iudicando criminosa est celeritas - hüküm verirken aceleci olmak caniyane bir durumdur.

In iudiciis non est acceptio personarum habenda - mahkeme önünde kimsenin farklı bir görünüşü yoktur.

Injuriam ipse facias, ubi non vindicet - haksızlığa sen karşı çıkmazsan, kendin bir haksızlık etmiş olursun.

Injuria non excusat injuriam - haksızlık haksızlığı mazur göstermez.

Injuria non praesumitur - hukuka aykırılık varsayılmaz.

Inter arma silent leges - silahlar konuştuğunda, yasalar susar.

Judex damnatur, cum nocens absolvitur - suçlu beraat ettiğinde, yargıç hüküm giyer.

Judex est lex loquens - yargıç yasanın dilidir.

Judex non calculat - yargıç hesap yapmaz.

Judicium non debet esse illusorium - bir yargı kararı alay konusu olmamalıdır.

Jura novit curia - hukuku mahkeme bilir.

Juris effectus in executione consistit - hukukun gücü onun icrasındadır.

Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere - hukukun ilkeleri şunlardır: şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese hakkını ver.

Jus est ars boni et aequi - hukuk adil ve hakkaniyetli olanı bilme sanattır.

Justitia erga inferiores verissima - muhtaçları gözeten adalet gerçek adalettir.

Justitia nemini neganda - kimse hukuksal korunmadan mahrum edilemez.

Leges ab omnibus intellegi debent - yasalar herkesçe anlaşılabilirlerdir.

Leges suum ligent latorem - yasalar koyucusunu bağlar.

Legum correctur usus - deneyim yasayı düzeltir.

Lex facit regem - kimin hükmedeceğini yasa belirler.

Lex injusta non est lex - adaletsiz bir yasa yasa değildir.

Lex lege tollitur - yasa yasa ile yürürlükten kalkar.

Libertas est inaestimabilis - özgürlüğün fiyatı yoktur.

Litorum usus publicus est - kıyıları kamuya açıktır.

Magni minores saepe fures puniunt - küçük hırsızları çoğu zaman büyük hırsızlar mahkum ediyor.

Malejre nostro uti non debemus - hakkımızı kötüye kullanamayız.

Ne bis in idem - bir fiilden dolayı iki kez yargılanmaz.

Necessitas non habet legem - zaruret buyruk tanımaz.

Negatio conclusionis est error in lege - mantığın ihlali hukuksal bir hatadır.

Neminem oportet esse sapientiozem legibus - hiç kimse yasadaki zeki olduğunu düşünmemelidir.

Nemo damnatus nisi auditus vel vocatus - çağrılmaksızın ve dinlenilmeksizin kimse mahkum edilemez.

Nemo dat, quod non habet - kimse kendisinde olmayan şeyi veremez.

Nemo iudex in sua causa - kimse kendi davasında yargıç olamaz.

Nemo tenetur seipsum accusare - kimse kendi kendisini suçlamakla yükümlü tutulamaz.

Non exemplis, sed legibus iudicandum est - emsallerine göre değil, yasa göre hüküm verilir.

Non facias malum, ut inde fiat bonum - İyi şeyler gerçekleşsin diye kötü şeyler yapma.

Non videtur vim facere, qui suo iure utitur - hakkını kullanan kimse ka-
bagüç kullanmış olmaz.

Nulla poena sine culpa - kusursuz ceza olmaz.

Nulla poena sine lege - kanunsuz ceza olmaz.

Nullum crimen sine lege - kanunsuz suç olmaz.

Nullum crimen sine poena - suçları cezasız bırakılmamalıdır.

Numerantur sententiae, non ponderantur - oylar sayılır, tartılmaz.

Pacta sunt servanda - andlaşmalara uymalıdır.

Praetor parvulis subvenit - kendisini savunamayan mahkeme yardım eder.

Quod non est in actis, non est in mundo - dosyada bulunmayan, yeryüzünde de yoktur.

Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari - herkesi ilgilendiren şey herkesçe onaylanmalıdır.

Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris - kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma.

Salus publica suprema lex - kamunun yararı en üstün yasadır.

Summum jus summa injuria - hukukta ifrata kaçmak en büyük haksızlıktır.

ubi societas, ibi jus - nerede toplum varsa, orada hukuk vardır.

Yukarıda sözünü ettiğim karşıtlığı ve çatışmayı, yani hukuk kültürü ile çıplak iktidarın karşılaşmasında ilkinin niteliğini ayrıca Sobota'nın kendi ülkesinin hukuk devleti birikiminden bize ilettiği şu ilkeleri inceleyerek de ortaya koyabiliriz⁴:

"Sözü edilen Hukuk Devleti öğelerinin bir araya getirilmesi

1. Anayasal Devlet (Verfassungsstaatlichkeit)

2. Yazılı Anayasa (Schriftlichkeit der Verfassung)

3. Egemenlik edimlerinin hukuksal olarak düzenlenmesi (Rechtliche Regulierung hoheitlichen Handelns)

4. Hukukun iktidara önceliği (Primat des Rechts vor der Macht)

5. Egemenliği taşıyan ile tabi olan arasında hukuksal ilişki (Rechtsverhältnis zwischen Hoheitsträger und Hoheitsunterworfenen)

6. İktidarın sınırlandırılması (Limitierung der Staatsmacht)

7. Devlet gücünün hukuksal yapılması (Rechtliche Konstitution der Staatsgewalt)

8. Devletin Bütünlüğü (Einheit des Staates)

9. Devletin edim ehliyeti (Handlungsfähigkeit des Staates)

10. Anayasanın en üstün norm oluşu (Höchstrangigkeit der Verfassung)

11. Anayasanın bağlayıcılığı (Verfassungsbindung)

12. Anayasanın hukuksal bağlayıcılığı (Rechtsverbindlichkeit der Verfassung)

13. Anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasının değiştirilemezliği (Aenderungssperre des Art. 79 Abs. 3 GG)

14. Halk egemenliğinin bazı temel hukuk normları lehine sınırlandırılması (Einschraenkung der Volkssouveränität zugunsten einiger Fundamentalrechtsnormen)

15. Temel hukuk normlarının çoğunluk kararlarından bağımsız olarak geçerli olması (Geltung der Fundamentalrechtsnormen unabhaengig von Mehrheitsentscheidungen)

16. Anayasa yargısı (Verfassungsgerichtsbarkeit)

17. Özgürlükçülük (Freiheitlichkeit)

18. Alışıl gelmiş, gündelik anlamıyla özgürlük (Freiheit im gewöhnlichen, alltäglichen Sinne)

19. Antik cumhuriyet ilkesi (Antikes Republikprinzip)

20. Kamu görevi ilkesi (Amtsprinzip)

21. Aristocu Polis etosu (Ethos der aristotelischen Polis)

22. Liberalist özgür alan düşüncesi (Liberalistisches Freiraum-Denken)

23. Modern, Kantçı cumhuriyet ilkesi (Modernes, kantisches Republikprinzip)

24. Özerklik (Autonomie)

25. Yürütmenin yasaya uygunluğu (Gesetzmaessigkeit der Executive)

26. Demokrasi (Demokratie)

27. Temsil ilkesi (Repraesentationsprinzip)

28. Doğrudan demokrasi (Unmittelbare Demokratie)

⁴ Sobota, a.g.y. s. 254 vd.

29. Kamuyararı yükümlülüğü (Gemeinwohlverpflichtung)
30. Klasik özgürlük güvencelerinin pozitifleştirilmesi (Positivierung klassischer Freiheitsgarantien)
31. Totaliter devletin karşıt kavramı (Gegenbegriff zum totalitären Staat)
- 32. Hukuksal eşitlik (Rechtsgleichheit)**
33. Yasa karşısında eşitlik (Gleichheit vor dem Gesetz)
34. Hukukun eşit biçimde uygulanması (Gleichmaessige Rechtshandhabung)
35. Nesnellik etosu (Ethos der Sachlichkeit)
36. Kural uygulama tasarımı (Konzept der Regelanwendung)
37. Norm metninde tek anlamlılık idesi (Idee normtextlicher Eindeutigkeit)
38. Keyfilik yasağı (Willkürverbot)
39. Temellendirme zorunluluğu (Begründungszwang)
40. Çelişkisizlik (Widerspruchsfreiheit)
41. Akla uygunluk (Vernunftgebot, Rationalitaet)
- 42. Temel haklar (Grundrechte)**
43. Yeni temel haklar (Neue Grundrechte)
44. İnsan Onuru (Menschenwürde)
45. Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasının getirdiği koruma ve saygı görevi (Achtungs- und Schutzpflicht des Art. 1 Abs. 1 GG)
46. İç ve dış barışın korunmasıyla gelen güvenlik (Sicherheit durch Schutz des inneren und aeußeren Friedens)
47. Temel haklar kurumu (Institution der Grundrechte)
48. Güçler ayrılığı (Gewaltenteilung)
49. Devlet gücünün kurumsal farklılaştırılması buyruğu (Gebot konstitutiver Differenzierung staatlicher Gewalt)
50. Yönetme, dengeleme, denetleme (Moderierung, Balancierung, Kontrolle)
51. Yasama, yürütme ve yargı üçüzlü (Trias Legislative, Executive und Judikative)
52. Federal Cumhuriyetin federatif yapısı (Föderativer Aufbau der Bundesrepublik)
53. Yerel özyönetim (Kommunale Selbstverwaltung)
54. Topluluk katılma hakları (Gemeindliche Beteiligungsrechte)
55. Yasallık (Gesetzlichkeit)
56. Yasal bağlayıcılık (Gesetzesbindung)
57. Hukuksal bağlayıcılık (Rechtsbindung)
58. Hukuksal geçerlilik (Rechtsgeltung)
- 59. Hukuk düzeninin etkililiği (Effizienz der Rechtsordnung)**
- 60. Adalet (Gerechtigkeit)**
- 61. Yasanın önceliği (Gesetzesvorrang)**
- 62. Temel hakların yasayla sınırlandırılması, idarenin yasaya uygunluğu (Gesetzesvorbehalt)**
- 63. İdarenin sınırlı yetkilendirilmesi (Begrenzte Ermaechtigung der Verwaltung)**
- 64. Açıklık ve kesinlik ilkesi (Bestimmtheitsprinzip)**

65. Yasal kalıplara uygunluk ilkesi (Grundsatz der Tatbestandsmaessigkeit)
66. Yetki açıklığı (Kompetenzklarheit)
- 67. Devlet ediminin kamuya açıklığı (Öffentlichkeit des Staatshandelns)**
68. Saydamlık buyruğu (Transparenzgebot)
69. Duyurma görevi (Verkündigungspflicht)
- 70. İşlevsel idari örgütlenme (Funktionsgerechte Verwaltungsorganisation)**
71. Devletin kendini örgütlenme hakkı (Selbstorganisationsrecht des Staates)
72. Devletin Etkililiği (Effizienz des Staates)
73. Düzen (Ordnung)
74. Devletin kabagüç tekeli (Gewaltmonopol des Staates)
75. Devlet ödevlerinin özelleştirilmesinin sınırları (Grenzen der Privatisierung von Staatsaufgaben)
76. Sorumluluk (Verantwortlichkeit)
77. Memurun sadakat borcu (Treuepflicht des Beamten)
- 78. Adil idari süreç (Faires Verwaltungsverfahren)**
79. Planların açıklanması (Offenlegung von Plaenen)
80. İdari süreçlerde kamuya açıklık (Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren)
81. İdari süreçlerde dinlenilme talebi (Anspruch auf Gehör-Anhörung- im Verwaltungsverfahren)
82. Süreçlere katılma (Verfahrensteilhabe)
83. İlgilinin adil muamele görmesi (Faire Behandlung der Betroffenen)
84. Aydınlatma (Aufklaerung)
85. Bilgilendirme (Auskunft)
86. Dosyaya bakma (Akteneinsicht)
87. Aleyhte idari kararların temellendirilmesi (Begründung von belastenden Verwaltungsentscheidungen)
88. İdarenin tarafsızlığı (Unparteilichkeit der Verwaltung)
89. Mesafe buyruğu (Distanzgebot)
90. İdari süreçlerde hukuk devleti ilkesi (Rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren)
91. İdare hukukuna uygunluk (Verwaltungsrechtsverhaeltnismaessigkeit)
- 92. Devlet etkinliğinde doğru ölçü (Rechtes Mass an Staatsaktivitaet)**
93. Sistemle bağlılık ve uygunluk (Systemtreue und Systemgerechtigkeit)
- 94. Hukuk güvenliği (Rechtssicherheit)**
95. Güvenin korunması (Vertrauensschutz)
96. Geçmişe etki yasakları (Rückwirkungsverbote)
97. Ceza hukukunda geçmişe etki yasağı (Strafrechtliches Rückwirkungsverbot)
98. Hukuk barışı (Rechtsfriede)
99. Kesin hüküm (Rechtskraft)
100. Geçiş düzenlemeleri (Übergangsregelungen)
- 101. Genel kanun yolları güvenesi sağlama görevi (Allgemeine Justizgewahrungspflicht)**
102. Yargıcın bağımsızlığı (Unabhängigkeit des Richters)

103. Yasal yargıç (Gesetzlicher Richter)
104. Kendi davasında yargıç olma (Kein Richter in eigener Sache)
105. Yargıcın tarafsızlığı, nesnelligi, önyargısızlığı (Unbefangenheit des Richters, Neutralitaet, Objektivitaet)
106. Bir dava konusunun nesnel ve hukuksal aydınlatılması (Tatsaechliche und rechtliche Aufklaerung eines Falles)
107. Yargılama usulüne bağlılık (Verfahrensstrengge)
108. Hukuksal dinlenilme (Rechtlisches Gehör)
109. Dava dosyası içeriği hakkında bilgi edinme hakkı (Recht auf Information über Verfahrensstoff)
110. Avukat, müdafii tayini (Anwalt, Pflichtverteidiger)
111. Yargıcın temellendirme, gerekçe görevi (Richterliche Begründungspflicht)
112. Etkili bir ceza hukuku uygulaması (Wirksame Strafrechtspflege)
113. Yasallık ilkesi (Legalitaetsprinzip)
114. Ne bis in idem - aynı fiil için ikinci bir dava açılmaz -(Strafklageverbrauchs)
115. Hürriyeti bağlayıcı cezalarda biçimsel önkoşullar (Formelle Voraussetzungen für den Freiheitsentzug)
116. Masumiyet karinesi (Unschuldsvormutung)
117. Kanıt getirme ve değerlendirme yasakları (Beweiserhebungs- und verwertungsverbote)
118. In dubio pro reo - Kuşkudan sanık yararlanır
119. Kendi aleyhine ifade verme görevinin bulunmaması (Keine Pflicht, gegen sich selbst auszusagen)
120. Adil cezalandırmanın temel buyrukları (Grundgebote gerechten Strafens)
121. Adil yargılanma (Faires Verfahren)
122. Silahların eşitliği (Waffengleichheit)
123. Açık yargı yolu (Zugang zu Gericht)
124. Yargılama hukukunda amaçlara uygunluk (Prozessrechtsverhaeltnismaessigkeit)
125. Etkili hukuksal korunma (Effektiver Rechtsschutz)
126. Hukuksal korumanın kesintisizliği (Zügigkeit des Rechtsschutzes)
127. Af (Begnadigung)
- 128. Kamu gücüne karşı yargısal korunma (Gerichtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt)**
129. Planlama hukukunda nesnellik buyruğu (Planungsrechtliches Abwaegungsgebot)
- 130. İdarenin sorumluluğu (Staatshaftung)**
131. Memurun sorumluluğu (Amtshaftung)
132. Fedakarlık (Aufopferung)
133. Özel yükün dengelenmesi (Sonderlast-Kompensation)
134. Hukuka uygunluğun yeniden kurulması (Rechtsmaessigkeitsrestitution)
135. Oranlılık (Verhaeltnismaessigkeit)
136. Uygunluk (Geeignetheit)
137. Gerekirlik (Erforderlichkeit)

138. Dar anlamda oranlılık (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne)
139. Değerlerin tartılması (Güterabwaegung)
140. Oran adaleti (Verhaeltnisgerechtigkeit)
141. Araçlarda uygun oranlılık (Verhaeltnismaessigkeit der Mittel)
142. Anayasa hukukunda ölçülü-lük"
- Yukarıda örnekleme amacıyla listelediğim latince hukuk ilkelerinin ve hukuk devleti öğelerinin anlam alanları ile bunların birbirleriyle olan ilişkisinde kendisini gösteren hukuk kültürü bağlamı, bildirim başında sözünü ettiğim yedi üçüzlü kurgunun rehberliğinde kendi yapısını ve işlevini daha açık ve anlaşılır biçimde ortaya koyabilmektedir. Bu kurgunun hukuk kültürünün yapısını aşkar etmesi yanında, donanımlı adaletsizlik ile savaşım da eylem planlarının tasarlanmasına da ışık tutabileceğini söyleyebiliriz.

III

Hukukun getirdiği barış ile barış getirdiklerini söyleyenlerin siyasal düzenleri arasındaki ayrımın bilincinde olmalıyız. Bu bilinci bize "hukuk"un yalnızca bir normatif düzen olarak değil, daha çok bir evrensel kültür olarak kavranması ve değerlendirilmesi sağlayacaktır.

Ekmeğimizi veren toprak ile barışımızı veren hukuk arasında kültüre dayalı bir özdeşlik olduğunu söylemeliyim. Toprağın başına gelen her felaket, hukukun da başına gelebilmektedir. Ülkemizin özellikle son on yıllarda

maruz kaldığı hukuk erozyonu bunlardan sadece birisidir. Hukuk bilimlerindeki araştırmalarda, hukuk öğretimi ve hukukçu eğitimi alanlarında görülen sığılaşmada adaletin barışı yerine, korkunun düzeninin hakimiyet kuracağını görebilmemiz gerekir.

Hukuk bu yüzden yalnızca bir mesleğin iştiğal konusu değildir. Meslek erbabına zamanla yerleşen duyarsızlıkta anlamını yitiren bir geçim kaynağı da değildir. Hukuku, intisap ettikleri her mesleğe ölümcül bir çehre veren yetenezsiz, bilgisiz, ürkek, güvenilmeyen, cesaretsiz ve o denli kibirli kişiliklerin yarattıkları dehşet ortamına da indirgeyemeyiz. Hukuk bir gösteriş, bir kılıf asla değildir.

Hukuk eski dünyanın kalıplarından kurtarılmalıdır. Monolojik, tek merkezli, iktidar odaklı hüküm telaffuzunu simgeleyen kılıç ve terazisiyle gözleri bağlı bir tanrıçayla, fakülte ya da diğer kurumların logosunda kılıç, kitap, terazi ve kimi renklerle törenleştirilmiş bir seyirlik olmaktan çıkarılmalıdır: Hukuk insanların birbirlerine güvensizliğinden değil, güveninden kaynaklanmalıdır. İnsanlığın, eski dünyanın Hobbes'çu meşruluk kılıfının altında iktidar arzulayan iradenin objesi kılınamayacağı kadar, bu kalıpların kullanıldığı kötü niyetlerin farkında olmalıyız. Hukuk çünkü iyiniyeti korur ve hukuk için iyiniyetten daha iyi bir şey yoktur. İyiniyetin yol açabileceği felaketleri sayarak, kötünin sözünü verdiği iyilikleri bir teselli olarak bağrımıza basmak insanlığın yolu olamaz.

Kültür yalnızca bağlanmayı değil, aşmayı da çağırır. Yozlaşma göstergeleri hiç bir kültür betimlemesinde kurucu öğeler olarak açıklanamazlar.

İnsanlık kılıcın tehdidini ve tecavüzünü adaletin temeli olarak alamaz. Çünkü, Adalet herşeyden önce bir erdemdir. Düzenin "adalet"inin simgeleleri, araç ve gereçleri bir kültür olarak hukukun ve bir erdem olarak adaletin geniş ufku kapsamaya yeterli değildir. Kabagücün haklı ve haksız olduğu yerin bilinmesi ancak şiddetten arınmış bir diskur ortamında mümkündür. Hukuk bu ortamın kurucusu ve koruyucusu olmalıdır.

Yeni dünyanın hukuk, toplum ve devlet düzeninde barışa götüren yol, 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakla-

rı Evrensel Bildirgesi'nin birinci maddesinin tüm ayrıntılarına değin açıklımından oluşacaktır.

"Bütün İnsanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler."

Hukukun haklar olduğunu yeniden anımsamalıyız. Kendi haklarımız değil, başkalarının hakları olduğunu bilmeliyiz. "Postmodern" ve "posthuman" düşünce ve kurgularda hukukun ve adaletin yeniden yitirilmesine gönülümüz razı olmayacaksa, bürokratin kılıcının ve kitabının ötesindeki bir hukukun keşfini gerçekleştirmek zorundayız.

Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri^(*)

Mustafa Kutlu^(**)

GİRİŞ

Tarihsel olarak insan üzerindeki tahakküm araçlarını ve uygulamalarını ortadan kaldıran, insana, yeni bir sosyal düzen tasarımını yaşama uyarlama imkanı veren hukuk devletinin gerçekliği, onun yaşamsal bir değer haline geldiğini ortaya koymaktadır. Hukuk devleti, demokratikleşip sosyalleştikçe, insana yönelen değerler sistemini kapsamlı bir yaşam sunumuna doğru geliştirmiştir. Hukuk devletini var eden üstün değerlerin, kamu yaşamına tutarlı ilkeler düzeyinde yansması yanında, insan hakları değerlerinin hukuksal hale gelmesi, bir iktidar alanını da beraberinde getirmiştir. İnsan haklarının etkin hale gelmesinde ve geliştirilmesinde, demokratik sosyal hukuk devletinin, kendi yapısını oluşturduğunu, siyasal iktidarı sınırlayarak, devlet eliyle gerçekleştirilebilecek zorbalığın ve tahakkümün insan hakları ihlalleri yaratmasını engellediğini görmekteyiz. Hukuk devleti gerçekliğinde yargı iktidarının, nesnel bir erk haline gelecek, hukuk devletinin üstün değerlerini, kamusal yaşamın hukuksallığı içinde uygulayarak, insan haklarının oluşturulmasında, belirleyici hale geldiği

çeşitli biçimlerde doğrulanmaktadır. Burada üzerinde durulacak sorun, yargı iktidarının bir hukuk devletinde alacağı biçimin ve yönelimin izlenmesi, kendisine yüklenen ödevin gerçekte var olup olmadığıyla ilişkili olacaktır. Yargı iktidarı içinde konumlanışı itibarıyla yargıç'ın yüklendiği ödevin önemi vurgulanarak, yargıç'ın sadece bir seraptan ibaret olmadığını; insan haklarının, evrensel adalet biçimlerinin, insanlığın ortak vicdanının, her insan ediminde hakkaniyetin, ölçülülüğün, ahlak değerlerinin aranmasında ve hukukun üstün değerlerinin yargıç kimliğinde ve içsellikinde ne kadar yer ettiğini, bu istencin kamu yaşamına ne şekilde yansiyarak toplumu adalet çerçevesinde birleştirdiğini görmeliyiz. Bu aktör doğrudan haklarımıza hükmetmektedir ve bu hükmün yanılgıdan ibaret olmadığını bilmek, görmek ve göstermek zorundayız. Eğer bu istencin yanılgıdan başka bir şey değilse, yapılacak tek şey onu ayakları üzerine yeniden dikmek ve sürekli bu istemi canlı tutmak olacaktır. Çünkü yargıç'ın kaderi budur. Yazının konusu bu eksen üzerinden hareketle daha çok

(*) HFSA'nın İstanbul Barosu ile 6-7 Eylül 2002 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" adlı sempozyumda sunulmuştur.

(**) Yargıç, Kemaliye, Erzincan