

Forum

“Hukuk Devleti Evrensel midir?”

Niyazi Öktem - Bu oturumun ikinci bölümüne geçiyoruz. Burada, “hukuk devleti evrensel midir” konusunu işleyeceğiz. Her sayın konuşmacı üçer dakika konuşacaklar. Daha sonra, konuşmacılara tekrar dinleyiciler soru sorabilecekler. Evet, buyrun...

Yasemin Işıktaç - “Hukuk devleti evrensel midir” sorusuna geçmeden önce, yapılmış plan çalışmanın başlığını bir göz atmak gerekiyor. “Hukuki Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti”.. Doğrusu dün *Peter Gilles*’in yapmış olduğu konuşma beni son derece heyecanlandırdı; akşam doğru dürüst uyuyamadım, söylediklerini düşündüğüm için... Bunun sebebi de içimde daima taşıdığım bir takım metodolojik kaygıları. Şimdiye kadar öğrenciklerimden çıkarttığım çok önemli bir sonuç, normatif olan ile sosyal ve olgusal olanın birbirinden farlılığının vurgulanması. Bu biraz da kürsümüz kendi yapısından gelen bir şey. Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi başlığı altında çalışıyorum ben ve her ikisi de çok farklı alanları içeriyor. Bu farklılaşma tabii ki peşinden çok sayıda metodolojik problemi de getiriyor. Bu metodolojik problemler tabii hukukun çok boyutlu olusundan doğan şeylerdi. Çünkü, biz hukuku “adalete yönelmiş bir toplumsal yaşama biçimi” olarak tanımlıyoruz. Bu tanımın içerisinde pratik yarar, adalet ve düzen forksızlıklar var. Bu fonksiyonların da birbiriyle çelişiklerini görüyoruz. Genel hukuk tanımına verilecek anlam, bizi hukuk devleti noktasına da taşıyacaktır aynı zamanda. Hukuk devletinin evrenselliği meselesi tartışmalı... Sayın hocam *Bakır Çağlar*’ın bir başka konferanstanın metninde işaret ettiği gibi, hukuk devleti acaba ideolojik bir yaklaşım mı, sorusu da beni çok ilgilendiriyor. Çünkü burada karşımıza çıkan, olan ve olması gereken ayrimı. Bu ayrim da burada tek başına bitmiyor. Bir de olan olması gereken var. Örnek almiş olduğumuz batı modellerine baktığımız zaman, hukuk devletinin en yetkin biçimde bunların içinde gerçekleştiğini görüyoruz. Bu da bir olması gereken. Ama tabii bunun üzerinde bir hukuk devleti daha var mı? Yani batı demokrasisi, hukuk devletinin en üst noktasına mı ulaşmış? Bu soru da çok önemli. Eğer böyle dersek, o zaman rasyonalist doğal hukukcuların düşmüş olduğu hatalara düşme tehlikesi var. Madem belirlendi artık, bunun dışına çıkmak, bunu aşmak mümkün değildir. Bu da tabii ki doğru gelmiyor. Çünkü sistemlerin işleyişinde ortaya çıkan problemler var. Burada özellikle Alman konuklarımızın belirttiği gibi, Alman sistemi de- ki bir hukuk devleti olduğu konusunda kesin emareler var ortada - kendi sistemleri içerisinde de bir çok problemin ortaya çıktığını görüyoruz. Demek ki - onlar da gerçek anlamda evrensel bir hukuk devleti noktasına ulaşamamışlar. Bu aynı zamanda çok da güzel bir şey. Neden? Daha üstte ulaşılması gereken yerler var. İlk gündü konuşmasında sayın *Selçuk* bir şey söylemişti, bu da insan haklarına veya hukuk devletine ilişkin olarak ulaşılmış olan ilkelerin, elde edilmiş olan hakların bir turnike usulüyle işlendiğini; yani artık geriye dönüş yok, belki buradan daha ileriye gidilebilir. İleriye gidilmesi gereklidir. Arada hukuk sistemleri içerisinde saptmalar olur. Bu, ülkemizde belki daha rutin bir çizgi içerisinde oluyor. Bununla, askeri rejimlerle anayasal sistemin kesilmesini kastediyorum. Ama gene de insan hakları açısından ya da hukuk devleti açısından üstüne bir eklemlenme sözkonusu. Mükemmelle doğru bir gitme yolunda bir arayış sözkonusu. Ne kadar yakınız, bunu bilemiyorum. Çünkü tıpkı hukuktaki adalet kavramı gibi, pozitif yasaların gerçekleştiği adalet değil; onun üzerinde, ya *de lege feranda* hukuk olarak ya da

ulaşılması gereken noktadaki hukuk devleti olarak. Teşekkür ederim efendim.

Mustafa Tören Yücel - Tabii benim aklıma şu geliyor: Günaydın... Böyle bir soruya gerek var mı? Hukuk devleti tabii universal; yani akıl hastalığı nasıl universalse negatif açıdan, hukuk devleti öyle universal. Adalet ne kadar universalse hukuk devleti de o kadar universal. Şimdi önemli olan bu universallığın rölatif olarak gördüğü işlev. Bir ihtiyacıa hizmet ediyor mu, etmiyor mu? Eğer öyle bir ihtiyaç yoksa o memlekette, demek ki öyle bir bilinç olmuşmamış. Şimdi arkadan şu soru geliyor, böyle bir bilinç olmuşmamışsa, kabahat kimlerde? Yani, *Yasemin İştiktaç* çocuk suçluluğu sorusunu irdelediği zaman uzun yıllar bu konuda emek vermiş, düşünce ve araştırma yapmış bir kişi olarak, çocukların cezaevine bile atmak tarafı değilim, çünkü kabahati toplumda kişi olarak, çocukların cezaevine bile atmak tarafı değilim, çünkü kabahati toplumda görüyorum. Üstelik yetişkinler açısından da öyle bir olay var. Sayın *Nurullah Kunter* Hoca bir zaman söyledi "adamları niye İslah ediyorsunuz yahu... Bırak şeytan kalsınlar" dedi. Adamı melek yaparsın toplum tekrar şeytan yapacağına göre, ne lüzumu var? Yani şimdi böyle bir yaklaşım meselesi. Tabii Durkheimvari yaklaşırsanız toplumda şeytanların büyük fonksiyonu var. Şimdi adalet duygusu çok universal bir kavram. Nasıl universal bir kavram? Çünkü ben tersten alıyorum, adaletsizlik duygusu diye... Adam adayı tükettiği zaman ihtiyaç duymuyor ki adalete... Ama ne zaman ihtiyaç duyuyor? Açıktır gibi, mide asit yapmaya başlıyor, o zaman ihtiyaç duyuyor. Esasında buna hukuk devleti demek de biraz zor yani, ben şeytanın avukatı olarak *Gilles*'e katılıyorum gerçekten. Kavrama ihtiyaç yok ama, bu kavramın olmayı açısından tezahürleri dolayısıyla negatif, bir ölçüde nasyonal sosyalizmde ve Doğu Almanya'da gördüğümüz gibi, bunun negatiflerinden pozitife doğru gitme, yani ne zaman rahatsız oluyor, ne zaman ıgneler batmaya başlıyor bireysel ve toplumsal düzeye, ha işte o zaman referans *rule of law* diyorsun. O açıdan bu müsbet fonksiyonu nedeniyle hukuk devleti var şayın başkan. Teşekkürler.

Yılmaz Aliefendioğlu - Hukuk devletinin evrenselliğinden önce, sorulan bir kaç soruya değinmek isterim. Sanırım Sami Selçuk Beyin sorusu, Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki hukuk devleti tanımında neden çoğulculuk deýimi yer almamıştır? biçiminde oldu. Öncelikle bu soruyu cevaplandırmak isterim. Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti tanımı benzer şekilde yapılmışsa da unsurlarında zaman zaman değişiklikler olmuş, tanıma yeni unsurlar katılmıştır. Demokratik hukuk devletini açıklarken çoğulculuğu tanıma dahil etmiş, katılımcılığın demokratik hukuk devleti için ne denli önemli olduğunu belirtmiştir. Ama konuşmadamda yalnız hukuk devleti üzerinde durdum; çoğulculuk daha çok demokratik yapıyı ilgilendirdiği için o kararlardan örnek vermedim.

Bir başka sorun, ölüm cezasına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ilgili. Anayasa Mahkemesi, bundan 30 yıl önce (1963'de) ölüm cezası Anayasaya aykırı değildir demiştir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa dururken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine gönderme yapmasının nedeni soruldu. Bunu kısaca şöyle açıklamak isterim: 1961 Anayasasında ölüm cezası ile ilgili bir kural yoktu; ölüm cezası Anayasaya 1971 değişikliğiyle kondu. Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliğinden önce bu konuyu tahlil ederken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine dayanmıştı, nedeni bu.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarında doğal yargıç - kanuni kavramlarının eş değer anlaşılması gerektiğini vurgulandığını söyledim. Sami Bey'i doğru anladıysam,

doğal yargıçı, yargılama öncesi yargıç şeklinde tanımladılar. Bu görüşe katılmıyorum; doğal yargıçın yargılama öncesi değil; olayın meydana gelmesinden önceki yetkili yargıç şeklinde anlamak lâzımdır.

Sami Selçuk - Ben de onu demek istemiştim...

Yılmaz Aliefendioğlu - O zaman ben yanlış anladım. Yasal yargıç, sîrf sözcükle bağlı kalırsak biraz daha farklı bir anlayış veriyor. Siz olay olduktan sonra yasaya yetkili bir mahkeme yaratırsınız, o mahkemenin üyelerine de yasal yargıç diyebilirsiniz. Ancak, yasal yargıçın doğal yargıç olarak anlaşılması gereklidir. Bunun nedeni, 1961 Anayasasında doğal yargıç sözcüğü geçmesine karşın, 1971 değişikliğiyle doğal yargıç yerine kanuni yargıç sözcüklerinin kullanılmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu sözcüklerin eş anlamlı olduklarını belirterek konuya açıklık kazandırmıştır.

Hukuk devletinin evrenselliği konusuna gelince, dün profesör *Gilles*, Hukuk devleti soyut bir kavramdır, her tarafa çekilebilir, bu nedenle kavramlardan çok sosyolojik olgulara gitmek gereklidir. Doğrudur ama sosyolojik olgu için de normlar gereklidir, yani evvelâ hukukun içeriğini normlarla doldurmak, odañ sonra da sosyolojik olgulara gitmek gereklidir. Bunun tersi de yapılabılır kuşkusuz. Önce sosyolojik olgu araştırılır, daha sonra sosyolojik gereksinimlere uygun yasalar yapılabilir. Bu yöntem daha doğrudur da. Ancak, gelişen ülkelerde, özellikle yeni kurallarla topluma yön vermek istenildiğinde bu uygulamanın başarılı olacağını sanıam. Çünkü toplumun eğilimleri ve yaşameleri ile topluma çağdaş bir yön vermek isteyen politikalar arasında uyumsuzluk olabilir. Dolayısıyla toplumu yönlendirici politikaların öncelik alması durumlarda önce yasa, sonra sosyolojik araştırmalar yapılarak amaçla uygulama arasındaki benzerlik ya da aykırılıklar saptanarak yeni uygulamalara gidilmesi daha başarılı bir yöntem olabilir. Uluslararası hukuka ve Anayasaya uygun normlar koyarak adına hukuk devleti demenin pek de sakıncalı bir şey olduğu kanısında değilim; çünkü Almanya'da yasallık ilkesi şeklinde gelişen bir akımın daha sonraki yansımasi hukuk devleti olmuştur. Almanya'da, başlangıçta yasallık ilkesi olarak anılan hukuk devleti, daha sonra Alman öğretisinin de etkisiyle içerik ve çağdaş bir görünüm kazandı. Hukuk devleti kavramı belirli bir kalıpla doldurulmamalıdır. Hukuk devleti anlayışının sürekli gelişim halinde olması, onun edilgen niteliğini gösterir. Hukuk devleti kavramında gelişim, yasallık ilkesine insan hakları içeriğinin kazandırılması yoluyla olmuştur. Böylece hukuk devleti uluslararası boyut kazanarak evrenselleşmiştir. Bu oluşumda yargusal denetimin güçlendirilişinin de etkisi olmuştur. Bir de normlar arası hiyerarşik düzende sağlanan yapıda, yasa ve Anayasa yanında, ulusal üstü mahkemeler ve ulusal üstü hukuk kurallarına uyarlık, hukuk devletinin çağdaş görüntüsünü oluşturmuştur. Böylece ülkeler arası hukuk devleti anlayışında benzerlik sağlanmıştır. Tabii *Bakır Çağlar* arkadaşımızın belirttiği olgu gerçekten çok önemli; hukuk devletini yaşayanlarla yaşamayanlar arasındaki fark yadsınamaz. Ancak yaşam ayrılığı da olsa hukuk devleti mekânındaysanız eğer, herkes için güvene sağlama ve giderek hukuk devletinin estetiğini yaşama şansı tanımış olursunuz. Çünkü hukuk devletinin en önemli özelliği, güvene getirmesidir. Bu güvenciliği hukuk devletinin estetiğini henüz yaşamayanlar için de getirebildiğiniz oranda, hukuk devletinin güvenli mekânını kurabilsiniz. Bu açıdan, hukuk devletinin tanımını, belirli unsurlarla sınırlamak yerine gelişen bir dinamizm içinde düşünmek gereklidir. Sanırım ilk defa, *Conseille d'Etat*, yasalar ve Anayasa yanında genel hukuk ilkelerinin de gözönüne alınması gerektiğini ortaya koyarak, hukuk devleti kavramına

evrenselli bir içerik kazandırmıştır. Daha sonra bu akım gelişmiştir. Şimdi, özellikle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi getirdikleri yeni yorumlarla hukuk devleti anlayışını geliştirmektedirler. Bizde de Anayasa Mahkemesi, kararlarında hukukun genel ilkelerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, AGİK'in çok yönlü boyutuna, İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin kararlarına zaman zaman gönderme yaparak, hukuk devleti anlayışının çağdaş niteliğini benimsediği izlenimi vermektedir. Ancak, hukuk devleti mekânının oluşumu, büyük oranda yasama, yürütme ve yargının hukuk devleti anlayışına, uluslararası hukuka açılmalara, uluslararası sözleşmeler ve ulusal-üstü kurumların kararları karşısındaki tavarlarına bağlıdır.

Peter Gilles - Ich bin in der heutigen Diskussion mehrfach zitiert worden, weil ich mich gestern sehr kritisch gegenüber dem Begriff - und ich betone ausdrücklich: allein dem Begriff - des "Rechtsstaats" in seiner ganzen Inhaltsleere wie Inhaltsschwere ausgesprochen habe. Dabei muß ich hoffentlich nicht betonen, daß ich selbstverständlich kein Feind des Rechtsstaats bin, sondern lediglich kein Freund eines sorglosen Umgangs mit Begriffen, die als solche relativ inhaltslos sind und gleichwohl oder eben deshalb mit den unterschiedlichsten Inhalten belastet werden, d.h. also mit Begriffen, über deren Bedeutungsgehalt es an einer Basisverständigung unter den Disputanten fehlt.

In der heutigen Diskussion wird nun unsere Thematik eigentlich noch abstrakter oder noch konfusier. Denn hier und jetzt unterhalten wir uns nicht mehr allein über den "Rechtsstaat", sondern auch noch über die "Universalität" desselben. Was aber heißt im Zusammenhang mit dem Rechtsstaat eigentlich "universell" oder "universal"?

Wir könnten dieses Attribut vielleicht im Sinne von "ganzheitlich", "vollkommen" oder vielleicht sogar im Sinne von "perfekt" verstehen, womit aber keineswegs geklärt ist, wann denn dann ein Staatswesen, das wir als Rechtsstaat anerkennen, diese Zusatzcharakterisierung eigentlich verdient oder wann ein Staatswesen sich wenigstens auf dem Wege zu einem solchen "universellen Rechtstaat" befindet.

Das schmückende Beiwort "universell" lässt sich freilich auch in einem ganz anderen Sinn verstehen, nämlich im Sinne von "international" oder "global" oder - wenn nicht sogleich derart weltumspannend -, dann wenigstens im Sinne von einheitlich "europäisch", also im Sinne eines den durchaus verschiedenen Nationen und Kulturen Europas gemeinsamen Rechtsstaatsbegriffs. Sucht man nun in den verschiedenen Ländern, im eigenen Land wie in fremden Ländern, eine solche universelle Rechtsstaatlichkeit auszumachen, dann haben wir es nicht mehr allein mit den gestern diskutierten Problemen zu tun, was zunächst ganz abstrakt auf der normativ-begrifflichen und dogmatisch-methodologischen Ebene einen Rechtsstaat ausmacht - sog. "Normativität des Rechtsstaats" - und was nun ganz konkret - auf der faktisch-tatsächlichen, empirisch-sozialwissenschaftlichen Ebene - einen solchen erkennen, erfahren und erfassen lässt, sog. "Faktizität des Rechtsstaats". Denn jetzt kommt noch die Fülle der Probleme hinzu, mit denen die Rechtsvergleichung zu kämpfen hat und die bereits damit beginnen, daß es innerhalb der Rechtsvergleichung an einer sog. "comparative legal language" im Sinne einer Basissprachregelung fehlt, die gewährleistet, daß in unterschiedlichen Ländern ausgebildete und beruflich sozialisierte Disputanten auch wirklich das nämliche meinen, wenn sie dieselben Worte benutzen.

Gerade beim rechtsvergleichenden Umgang mit einer Allgemeinvokabel wie jener des

"Rechtsstaats" scheint mir die Gefahr von gegenseitigen Mißverständnissen oder auch von Scheinkonsensen resp. Scheindissensen besonders groß, weshalb wir uns wie schon in der gestrigen Diskussion so auch in der heutigen zur Vermeidung solcher Mißverständnisse statt auf einen allgemeinen Rechtsstaatsbegriff auf seine einzelnen normativen Elemente, und keineswegs auch nur auf seine normativen Elemente, sondern ebenso - ausgehend von der Prämisse, daß Recht und Wirklichkeit, Norm und Faktum oder Tatfrage und Rechtsfrage keine Antithese darstellen, sondern eine Synthese sind oder sein sollen - auf seine mit diesen normativen Elementen in der Wirklichkeit eines Gemeinwesens korrespondierenden oder auch nicht korrespondierenden realen Phänomene konzentrieren sollten. Denn erst wenn wir im einzelnen wissen, was in den verschiedenen Ländern wie beispielhaft in der Türkei oder in Deutschland unter dem Signum "Rechtsstaat" als begriffs- und wirklichkeitsprägend angesehen wird, scheint der Versuch zu lohnen, rechtsvergleichend auch noch nach der "Universalität des Rechtsstaats" zu fragen. Deshalb seien auch noch einmal in dieser Schlußdebatte jene Einzelmerkmale genannt, die zumindest in Deutschland nach vorherrschender, sehr viel mehr an der normativen als an der faktischen Seite des Rechtsstaats interessanter Auffassung einen Rechtsstaat ausmachen. Hier rangieren für gewöhnlich an erster Stelle die Gewaltenteilung, das Primat des Rechts im Sinne des Vorrangs der Verfassung gegenüber dem Gesetz und dem Vorrang des Gesetzes gegenüber Akten der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt sowie die Drei-Gewaltenteilung und die Unabhängigkeit dieser Gewalten untereinander. Hinzu kommen für gewöhnlich die Grundsätze der Freiheit und Gleichheit, die Rechtssicherheit und die Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten. Den Rechtsstaatselementen zugerechnet werden von der herrschenden deutschen Doktrin des weiteren eine ganze Menge - aus hier vertretener Sicht eher methodologischer - Grundsätze, die Herr Rottleuthner schon erwähnt hat, wie etwa die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit allen staatlichen Handelns, der Geeignetheit und Erforderlichkeit der staatlichen Mittel sowie der Zumutbarkeit staatlichen Handelns für den Bürger und ebenso jener der Bestimmtheit dieser staatlichen Maßnahmen. Genannt wird zudem nicht selten noch eigens der in der deutschen Verfassung nicht ausformulierte, ihr aber gleichwohl immanente Anspruch jedes Einzelnen auf Justizgewährung, wie er sich in der Europäischen Menschenrechtskommission (Art. 6) näher konkretisiert findet. Endlich werden als rechtsstaatsprägende Momente anstelle oder neben diesem allgemeinen Justizgewährungsanspruch auch einzelne oder alle seiner speziellen Ausprägungen genannt, d.h. einzelne der sog. "justiziellen Grundrechte", wie sie entweder in der Verfassung selbst enthalten sind <Anspruch auf lückenlosen Rechtsschutz (Art. 19 IV GG), Anspruch auf rechts- und sozialstaatliche Gerichtsverfahren (Art 20 GG), Anspruch auf den gesetzlich zuständigen Richter (Art. 101 GG), Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) etc. > oder wie sie vom Bundesverfassungsgericht oder auch der Prozeßrechts- und Verfassungsrechtswissenschaft aus der Verfassung heraus entwickelt oder erfunden worden sind, wie etwa die besonderen Grundrechte auf einen offenen Zugang zu den Gerichten, auf einen fairen Prozeß, auf eine effiziente Rechtsverfolgung oder auch auf eine Intrakontrolle von Maßnahmen der dritten Gewalt durch Rechtsmittel und Rechtsbehelfe.

Wenn es uns nun um den universellen Rechtsstaat geht, dann gilt es jetzt - nicht hier und heute, aber vielleicht auf einer weiteren Tagung - zu diskutieren, ob und inwieweit diese

genannten Einzelemente in der Türkei und in Deutschland oder auch in anderen europäischen Ländern als rechtsstaatsprägend konsentiert sind und wie es um ihre Korrespondenzmerkmale in der gesellschaftlichen Realität, ihre Umsetzung in der staatlichen Wirklichkeit oder auch um ihre Auswirkungen auf diese steht.

Nur wenn wir diese Diskussionen von Einzelfragen leisten und nicht im allgemeinen und damit in relativen Unverbindlichkeiten stecken bleiben, verspricht unser gemeinsames Unterfangen zum Thema "Rechtstatsachenforschung und Rechtsstaat" einigen Erfolg.

Peter Gilles - Tüm içerik boşluğu ve içerik ağırlığı ile "hukuk devleti" kavramına - ve açıkça vurguluyorum: sadece kavrama karşı konuştuğum için bugünkü tartışmada birçok kez anıldım. Umarım, hukuk devletinin bir düşmanı olmadığı vurgulamam herhalde gerekmeyordur. Ben yalnızca tek başına göreceli olarak içeriksiz olan ve aynı zamanda veya salt bu nedenle kendilerine en farklı anlamlar yüklenen sözcüklerin; diğer bir deyişle konuşmacılar arasında anlam içeriği üzerinde temel bir anlaşma bulunmayan kavramların umarsızca kullanılmasının dostu değilim

Bugünkü tartışma konumuz aslında daha da soyut veya karmaşık olacak. Zira, şimdi ve burada sadece "hukuk devleti" hakkında konuşmakla kalmıyor, fakat aynı zamanda onun "evrenselliği" üzerinde de konuşuyoruz. Acaba hukuk devleti ile ilgili olarak "evrensel" ne anlamına geliyor? Bu sıfatı belki de "büttünsel" , "tam" ve hatta "mükemmel" anlamında anlayabiliriz, ama bununla hukuk devleti olarak kabul ettiğimiz bir rejimin bu sıfatı ne zaman hak ettiği veya hiç değilse böyle bir "evrensel hukuk devleti" olma yolunda olduğu sorunu hiçbir zaman çözümlenmiş olmaz.

"Evrensel" şeklindeki bu süslü ek elbette tamamen başka bir anlamda "uluslararası" veya "küresel" ya da - tüm yerküreyi bu kadar kapsayıcı olmamakla birlikte - en azından bütün olarak "Avrupalı", yani Avrupa'nın birbirinden farklı ulus ve kültürlerine müsterekları olan bir hukuk devleti kavramı olarak anlaşılabilir. Farklı ülkelerde, kendi ülkelerde olduğu kadar yabancı ülkelerde de, böyle evrensel bir hukuk devleti bulmaya çalıştığımızda, karşımıza çıkan sadece dün tartışılan problemler değildir: önce tamamen soyut olarak hukuk devletini normatif-kavramsal ve dogmatik-yöntemsel düzlemede neyin somut olarak olgusal-fili, deneysel - sosyal bilimsel düzlemede bir hukuk devletini tanımayı, anlamayı ve kavramayı sağlayan şeyin ne olduğu - ki buna da "hukuk devletinin olgusallığı" denir. Zira bunlara şimdi bir de, karşılaştırmalı hukukun başetmesi gereken ve farklı ülkelerde eğitim görmüş ve mesleki açıdan sosyalleşmiş tartışmacıların aynı kelimeleri kullanırken gerçekten de aynı seyleri kastetmelerini sağlayacak bir "karşılaştırmalı hukuk dili"nin (comparative legal language) bulunmayı ile başlayan pek çok sorun da eklenmektedir.

Özellikle de "hukuk devleti" gibi içeriği belirsiz bir kelimenin karşılaşılmalı hukukta kullanılmasının, karşılıklı yanlış anlamalarla veya gerçek olmayan uzlaşma veya anlaşmazlıklarla yol açma tehlikesi bence çok büyük. Bu nedenle bizler, bu tür yanlış anlamaları önlemek için, dünkü tartışmada olduğu kadar bugün de belirsiz bir hukuk kavramı yerine, onun münferit normatif elemanlarına ve asla sadece normatif elemanlarına da değil, fakat aynı şekilde - hukuk ile hakikat, norm ile olgunun veya maddi olaya ve hukuksal çözümüne ilişkin soruların birbirlerinin antitezi olmayıp, aksine

sentezini oluşturdukları veya oluşturmalı gerektiği varsayımdan hareketle - bu normatif elemanlar ile bir ortak varlık (Gemeinwesen) gerçekliğinde birbirini karşılayan veya karşılamayan gerçek fenomenlere dikkatimizi odaklaşdırmalıyız.

Zira ancak, Türkiye ve Almanya örneğinde olduğu gibi, farklı ülkelerde "hukuk devleti" işaretinde, kavramı ve gerçeği belirleyici olarak görülen şeyin ne olduğunu bildiğimiz takdirde, hukuk devletinin "evrenselliği" konusunu sorgulamak, denemeye değer görünüyor. Bu nedenle bu kapanış tartışmasında, en azından Almanya'da hakim olan ve hukuk devletinin olgusal yanından çok daha fazla normatif yanı ile ilgilenen kaňıya göre bir hukuk devletini belirleyen münferit özellikleri bir kez daha sayalım. Burada alışlageldiği üzere ilk sırada kuvvetler ayrılığı, Anayasa'nın yasaya karşı üstünlüğü ve yasaların yürütme ve yargı erkinin işlem ve eylemlerine karşı üstünlüğü ile üçlü- kuvvetler ayrılığı ve bu kuvvetlerin birbirlerinden bağımsızlığı gelmektedir. Bunlarla, özgürlük ve eşitlik ilkeleri, hukuk güvenliğinin ve temel insan haklarının güvence altına alınması eklenmektedir. Alman doktrininde baskın olan görüşe göre, hukuk devleti unsurlarına bunların dışında bir çok- burada temsil edilen görüşe göre daha çok yöntemsel olan- ve sayın Rottleuthner'in bahsetmiş olduğu, her türlü devlet işlem ve eyleminin orantılılığı, devletin kullandığı araçların uygunluğu ve gerekliliği ve devletin eylemlerinin vatandaş için katlanılabilirliği ve ayrıca devletin aldığı önlemlerin belirliliği gibi ilkeler de eklenmelidir. Bunların yanısıra, Alman Anayasası'nda açıkça ifade edilmiş olmasa da, onun özünde varolan ve Avrupa İnsan Hakları Konvensiyonu (md. 6)'nda somutlaştırılmış olan herkes için hukuki himaye hakkı (Justizgewährungsanspruch) da sayılmaktadır. Nihayet, hukuk devletini belirleyici unsurlar arasında bu genel hukuki himaye hakkı yerine veya bunun yanı sıra, onun münferit veya tüm özel şekilleri de sayılmaktadır; yani bizzat Anayasada yer alan "kesintisiz ve eksiksiz hukuki himaye hakkı" (Alman Anayasası md. 19 IV), hukuk ve sosyal devletsel dava hakkı (Alman Anayasası md.20), kanuni hakim hakkı (Alman Anayasası md. 101), yargı önünde dinlenme hakkı (Anspruch auf rechtliches Gehör) (Alman Anayasası md. 103) vs. ya da Federal Anaya Mâhkemesi veya usul ve anayasa hukuku doktrininin Anayasa'dan yola çıkarak geliştirmiş ya da icat etmiş olduğu, mahkemelerin kamuya açıklığı, tarafsız ve âdil (fair) bir yargılama, hakların etkin bir şekilde aranması veya yargışal işlemlerin kanun yolları ile ve diğer hukuki başvuru imkânları ile denetimi gibi özel "yargışal temel haklar" da sayılmaktadır.

Evrensel bir hukuk devleti sözkonusu olunca, o zaman - bugün ve burada değil, ama belki bir başka toplantıda- söylem bu münferit unsurların, Türkiye'de ve Almanya'da veya diğer Avrupa ülkelerinde hukuk devletini belirleyici olarak ne ölçüde birarada ve uyumlu olduklarını ve bunların toplumsal realitedeki yansımaları, devletsel gerçeklikle nasıl hayatı geçirildiği veya buna etkilerinin nasıl olduğu da tartışılmalıdır.

Ancak bu münferit sorunların tartışmasını yapar, konuyu genel olarak tartışarak göreceli ihtiyarlıklere saplanıp kalmazsak, "hukuksal olgular araştırması" ve hukuk devleti" konusundaki ortak girişimimiz başarı vaadedecektir.

Hubert Rottleuthner - Zunächst stimme ich nochmals diesem letzten Punkt von Herrn Gilles zu. Es geht nicht um den Rechtsstaat, das Rechtsstaatsprinzip, die Rechtsstaatlichkeit, sondern wir müssen über einzelne Prinzipien reden. Zweitens: Es muß möglich sein, diese verschiedenen Prinzipien zu graduierten, ihre stufenweise Realisierung zu

untersuchen. Es geht nicht um ein Ja oder Nein, gibt es das, gibt es das nicht, sondern um unterschiedlich starke Ausprägungen der Realisierung. In Deutschland neigen wir dazu, zwischen Rechtsstaat und Unrechtsstaat zu unterscheiden, aber es ist Unsinn, eine solche Dichotomie, diese Zweiteilung vorzunehmen. Drittens muß man unterscheiden zwischen einzelnen rechtsstaatlichen Prinzipien als Normen, in ihrer normativen Qualität und ihrer Realisierung, also der Frage, inwieweit sie verwirklicht sind. Mit den normativen Prinzipien selbst, mit ihrer Begründung hätte sich die Rechtsphilosophie zu beschäftigen; mit der Realisierung der Prinzipien müssen sich alle beschäftigen. Das ist ein Jedermann-Problem.

Ich teile nicht den Fortschritts-Optimismus der Kollegin, die gesagt hat, daß man hinter den erreichten Stand jedenfalls längerfristig nicht zurückfallen könne. Diesen Fortschrittsoptimismus teile ich aufgrund der Erfahrungen in Deutschland nicht. Auch in Anbetracht der verschiedenen Prinzipien muß man immer mit Regressionen rechnen.

Schließlich: Was kann die Rechtssoziologie tun in diesem Bereich der Realität oder der Realisierung von einzelnen rechtsstaatlichen Prinzipien? Die Rechtssoziologie kann einmal vergleichend danach fragen, d.h. international und historisch vergleichend, was jeweils unter den einzelnen rechtsstaatlichen Prinzipien verstanden wurde und wird. Es gibt kaum ein politisches Regime, das sich nicht selbst das Attribut der Rechtsstaatlichkeit zuschreibt. Wir kennen sogar den nationalsozialistischen Rechtsstaat. In der DDR gab es auch Phasen, in denen vom sozialistischen Rechtsstaat die Rede war. Man muß auch diese verbale Fassade analysieren und herausfinden, was sich jeweils dahinter verbirgt. Weiterhin müssen wir als Rechtssoziologen ermitteln, in welchem Maße eigentlich Konsens über einzelne Prinzipien bestand und besteht. Nicht einmal über die Menge von Prinzipien, die Herr Gilles aufgezählt hat, besteht Konsens. Ein weiteres Beispiel, das genannt wurde: Ist die Todesstrafe rechtsstaatswidrig oder nicht? - Als Rechtssoziologen können wir weiter danach fragen, in welchem Maße welche Prinzipien realisiert sind. Und wir können schließlich fragen, welche Probleme bei dem Versuch der Realisierung welcher Prinzipien auftauchen. Dazu finde ich gerade in der Türkei ein sehr anschauliches Beispiel, ein Land, in dem der Versuch unternommen wurde, den Rechtsstaat quasi als ein theoretisches Konstrukt zu realisieren, ein Konstrukt, das nicht irgendwie im "Volksgeist" gewachsen ist. Wir können deutlich sehen, welche Probleme bei einer derartigen Konstruktion auftauchen. Die Türkei ist insofern ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit rechtssoziologischer Forschung, die die Schwierigkeiten genauer untersuchen kann, die bei der Realisierung der unterschiedlichen Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit auftauchen können.

Hubert Rottlenthner - İlk olarak, sayın Gilles'in bahsettiği bu son noktaya ben de bir kez daha katılıyorum. Konu genel anlamda hukuk devleti, hukuk devleti ilkesi, devletin hukukiliği değil, münferit ilkeler hakkında konuşmak zorundayız. İkinci olarak: Bu çeşitli ilkeleri derecelendirmek, onların basamak basamak gerçekleştirilemesini incelemek mümkün olmalı. Mesele bir "ever" veya "hayır" ya da bu var mı? şu yok mu? değil, fakat bu gerçekleşmenin farklı derecelerdeki oluşumudur. Almanya'da biz, hukuk devleti ile haksızlık devleti (Unrechtstaat) arasında bir ayırım yapma eğilimdeyiz, ama böyle ikili bir ayırm yapmak anlamsız. Üçüncü olarak: Hukuk devletine ilişkin münferit ilkeleri, bu ilkelerin normatif kaliteleri ve gerçekleştirilmeleri bakımından ayırmak gerek, yani ne ölçüde gerçekleşmiş oldukları bakımından. Normatif ilkelerin kendileri ile bunların

gerekçelendirilmesi, hukuk felsefesinin uğraşıdır; bu ilkelerin gerçekleştirilmesi ile ise herkes uğraşmalıdır. Bu, herkesi ilgilendiren bir problemdir.

Ulaşılmış olan noktadan uzun vadede gerilemeyeceğimizi söyleyen meslekdaşımın gelişme konusundaki iyimserliğini paylaşmıyorum. Bu iyimserliği Almanya'da edindiğimiz tecrübeler nedeniyle paylaşmıyorum. Ayrıca çeşitli ilkeleri dikkate alarak daima gerilemeler hesaba katılmalıdır.

Son olarak: Hukuk devletine ilişkin münferit ilkelerin gerçekliği veya gerçekleştirilmesi alanında hukuk sosyolojisi ne yapabilir? Bir kere hukuk sosyolojisi karşılaşmalı olarak bu soruya yanıt arayabilir, yani uluslararası ve tarihsel karşılaştırma içinde hukuk devletine ilişkin münferit ilkelerden ne anlaşılmış olduğu ve halen ne anlaşıldığı sorusuna. Hemen hiçbir siyasi rejim yoktur ki, kendisine hukuk devleti olma sıfatını yakıştırmasın. Biz nasıyonal sosyalist hukuk devletini bile gördük. Demokratik Alman Cumhuriyeti'nde de, sosyalist hukuk devletinden sözdediği evreler olmuştur. Kelimeler ile yaratılan bu vitrin de analiz edilmeli ve bunun arkasında neyin saklı olduğu bulunmalıdır. Bundan başka biz hukuk sosyologları olarak, münferit ilkeler hakkında bugüne kadar ne ölçüde fikir birliği sağlanmış olduğunu veya halen ne ölçüde fikir birliği mevcut olduğunu ortaya çıkarmalıyız. Sayın Gilles'in söylediği ilkelerin sayısı hakkında bile bir fikir birliği mevcut değil. Anılan bir başka örnek: Ölüm cezası hukuk devletine aykırı mıdır? değil midir? Hukuk sosyologları olarak biz ayrıca, hangi ilkelerin ne ölçüde gerçekleştirilmiş olduğunu sorabılıyız. Ve niyabet hangi ilkelerin gerçekleştirilmek istendiğinde hangi sorunların ortaya çıktığını inceleyebiliriz. Bunun için de, hukuk devletini bir tür teorik yapı, "Halk Ruhu" (Volksgeist) bir yerlerde yetişmiş olmayan bir yapı olarak gerçekleştirmenin denendiği bir ülke olması bakımından özellikle Türkiye'yi bir örnek olarak görüyorum. Bu tarz bir yapıdan hangi sorunların ortaya çıktığını açıklayla görebiliyoruz.

Hukuk devletine ilişkin farklı ilkelerin gerçekleştirilmesinde, ortaya çıkabilecek olan güçlükleri daha dikkatli inceleyebilen hukuk sosyolojisi araştırmasının bir zorunluluk olduğunu göstermesi açısından Türkiye en iyi örnektir.

Ülker Gürkan - Hukuk devleti sorunu, demokrasinin bir sorunu olarak karşımıza çıkarıyor. Anayasalarla bakıyor, bazıları sadece "hukuk devleti" deyip tanımlamıyor, Alman Anayasasında olduğu gibi. Bazılarında ise hiç sözü edilmiyor. Tanımı kime düşüyor? Tabii doktrine.

Burada hukukun üç boyutuna değinmek istiyorum: norm, değer ve olgu... Bunların üçünün bilincinde olmazsa, hukukun ne olduğunu da bilgisine ulaşamayız. Bu nedenle hukuk devletini de norm, değer ve olgu olarak ele alırsak karşımıza türlü açıklamalar çıkacak. Hukuk devleti "norm" olarak bir çok ülkede mevcut. Bir çok ülkede uygulaması da var (olgu). Hukuk devletinin varlığı için üzerinde durulan birçok ölçüt var; işte kuvvetler ayrılığı, anayasının üstünlüğü v.b. Tüm bunların hepsinin ne için var olduğu sorusunun cevabı ise "değeri". Günümüzde hukukun da devletin de insanlar için olduğu; insanların tüm haklardan yararlanmalarının mutlaka sağlanması için var olduğu kabul ediliyor. İşte ben bu noktadan hareketle bildirimde kadınların insan haklarından yararlanmasının sözkonusu olup olmadığını araştırdım.

Türkiye'de hukuk devletinin temel göstergeleri olan kuvvetler ayrılığı var,

Anayasanın üstünlüğü tanınmış, anayasal yargı, idari yargı var, yani Batı tipi demokrasilerde hukuk devleti için öngörülen bir çok müessesesi 'norm' düzeyinde mevcut. Ancak uygulamaya bir bakalım. Türkiye'de yasalarca tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmayanlar var mı? Ben bunu kadınlar yönünden ele alarak somuta indirgedim yanı 'olgu' bakımından inceledim. Acaba olgu, norm ve değerle uyuşuyor mu? Bunun birçok noktada sağlanamadığını ortaya koydum. Yasalar, kimi eskiliği kimi de gereken dikkatle yapılmadıklarından dolayı, kadınların insan haklarından yararlanmaları için gereken eşitliğin, hukuk devletinin temel öğelerinden biri olan eşitliğin, daha norm düzeyinde gerçekleşmediğini gösterdim. Kanunlar önünde eşitliği sağlayacak olan yargının da kadınların insan onuruna ve eşitliğine gereken değeri vermediğini gözledim. İnsan haklarını herkese eşit olarak sağlamakla görevli devletin de kadınlar konusundaki ilgisizliği ortada.

Ancak benim kanaatim şu: Gerçek anlamda demokratikleşme sürecinin var olduğu hertoplumda, ister istemez hukuk devleti sorunu da bir olgu olarak karşımıza çıkıyor. Hukuk Devleti evrensel değil. Zaten devletin kendisi öteden beri evrensel değil, ancak günümüzde gerçekten evrensel. Hukuk ise hep evrensel olagelmiş. Hukuk devleti ise yepyeni bir kavram, yepyeni bir anlam olarak insanlara yol gösteren bir rehber olarak karşımıza çıkıyor. Bunu hepimiz kabul ediyoruz; ama iş kabul ile bitmiyor, gerçekleştirmek de gerek. Türkiye'de sadece kadınlar bakımından hukuk devleti uygulamasına değildim. Sorun pek çok alanda erkekler için de söz konusu. Türkiye'de marginal insanlar var; Devletin sağlaması gereken güvenceden hem filen hem hukukエン yoksun olanlar var. Ancak bunları ortaya koyan görgül (ampirik) araştırmalar Türkiye'nin hukuk devletini gerçekleştirmek istemesinden vazgeçtiği, vazgeçmesi gerektiği anlamına gelmiyor. Görgül araştırmalar, olan yanlış ve noksanları tesbit etmek içindir, olmasa gerekenden vazgeçmek için değil.

Teşekkür ederim.

Dieter Strempel - Ich möchte aber noch einen anderen Aspekt hinzufügen und sehr stark betonen: Der Rechtsstaatsgedanke ist sicher universal, das steht hier nicht zur Diskussion. Nur ich will auch hier darauf hinweisen - das wurde von dem türkischen Kollegen schon erwähnt-, daß es einen Unterschied gibt zwischen dem law in the books und dem law in action. Es gibt den Rechtsstaatsgedanken sicher auf dem Papier, aber ob er in der Wirklichkeit realisiert worden ist, das ist die entscheidende Frage. Das ist genau das Thema dieses Seminars, daß man Rechtstatsachenforschung benötigt, um dies festzustellen. Auch Frau Gürkan hat zur Frauenproblematik hier Beispiele genannt und aufgezeigt, daß Defizite der rechtstaatlichen Verwirklichung in der Türkei vorhanden sind. Es gibt aber auch das umgekehrte Phänomen, und das haben wir in der Bundesrepublik erlebt, daß von zuviel Rechtsstaatsverwirklichung letztlich eine Gefahr für den Rechtsstaatsgedanken ausgehen kann. Wir haben, glaube ich, beide Phänomene zu unterscheiden: zu wenig Rechtsstaat in der Wirklichkeit auf der einen Seite, zu viel Rechtsstaat in der Wirklichkeit auf der anderen Seite. Beides ist schädlich. Wir müssen uns irgendwo in der Mitte orientieren. Ich darf ein Beispiel nennen aus der Wiedervereinigung Deutschlands. Die Bürgerrechtsbewegung kritisierte die Komplexität unseres Rechtsstaats. Es gibt ein berühmtes Zitat in der Bundesrepublik, was von Rechtsdogmatikern nicht immer gerne gehört wird und das von Bärbel Bohley stammt. Sie ist eine Befürworterin derer gewesen, die den DDR-Staat mit gestürzt haben mit

ihren Bewegungen in den Nischen dieser Gesellschaft, und sie hat gesagt: "Wir haben von der Wiedervereinigung Gerechtigkeit erwartet, aber den Rechtsstaat bekommen." Also muß es auch etwas Negatives sein, dieser Rechtsstaat, wenn sie sagt, sie hätte etwas Höheres erwartet wie Gerechtigkeit. Damit meint sie auch das, was Herr Gilles gestern angeführt hat, die Normenflut. Wir haben zuviel Konfliktlösungen vor den Gerichten. Und gerade unsere ost-deutschen Mitbürger und Mitbürgerinnen spüren es nun am eigenen Leibe, wo der Unterschied zwischen Gerechtigkeit und Rechtsstaat liegen kann. Ich will ein Beispiel nennen: In der Rückabwicklung der Grundstücksangelegenheiten in der ehemaligen DDR gilt das Prinzip - das naturrechtliche Prinzip des Eigentums hat sich durchgesetzt -: Rückgabe vor Entschädigung. Das war den ostdeutschen Bürgern und Bürgerinnen, die nun wirklich unter schlimmen Bedingungen gelebt haben, unverständlich. Das hätte man vielleicht weicher regeln und einen Kompromiß finden können. Daraus entstehen Enttäuschungen, die an der Gerechtigkeit zweifeln lassen. Wir Westdeutschen werden dann nachdenklich, wenn deutlich wird, wie wenig der Gerechtigkeitsgedanke in der Gesellschaft verwirklicht ist. Der Gerechtigkeitsgedanke müßte doch ein sehr wesentliches Element des Rechtsstaates sein. Also, ich wollte ergänzen, daß man nicht nur zu wenig Rechtsstaat in der Wirklichkeit haben kann, sondern auch auf der anderen Seite zuviel Rechtsstaat in der Wirklichkeit. Man muß schon aufpassen, wenn man den gerechten Weg gehen will. Ich hoffe, daß in der Bundesrepublik nunmehr diese Diskussion gerade mit unseren ostdeutschen Bürgern, die andere Erfahrungen gemacht haben als wir Westdeutschen, einsetzen wird.

Dieter Strempel - Ben bir başka hususu da eklemek ve özellikle vurgulamak istiyorum: Hukuk devleti düşüncesi elbette evrenseldir, bu tartışma konusu değil. Ancak ben burada da - Türk meslektaşımın evvelce dediği gibi- yazılı hukuk ile uygulanan hukuk arasında bir fark olduğuna dikkat çekmek istiyorum. Hukuk devleti düşüncesi kağıt üzerinde elbette var, ama asıl sorun hukuk devletinin gerçeklikte var olup olmadığıdır. İşte bu seminerin konusu, bunu belirleyebilmek için hukuksal olgu araştırmasının gerekli olduğunu. Sayın Gürkan, kadın sorunlarına ilişkin öneriler verdi burada ve hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesinde Türkiye'de açıklar bulunduğu gösterdi. Ama tam tersi bir fenomen de mevcut ve biz, hukuk devletinin çok fazla gerçekleştirilmesinin, sonuçta hukuk devleti düşüncesi için tehlike oluşturabildiğini Almanya'da yaşadık. Sanırım, bu iki fenomeni birbirinden ayırmamızı. Gerçekte çok az hukuk devleti bir yanda, çok fazla hukuk devleti diğer yanda. Her ikisi de zararlı. Orta yolu bulmalıyız. İzninizle iki Almanya'nın birleşmesinden bir örnek vermek istiyorum. Vatandaş hakları hareketi (Bürgerrechtsbewegung) bizdeki hukuk sisteminin karmaşıklığını eleştiriyyordu. Federal Almanya'da dogmatik hukukçuların duymaktan pek hoşlanmadıkları ve Bärbel Boley'e ait ünlu bir söz vardır. Kendisi Demokratik Alman Devleti'ni, toplumun gizli dehlizlerinden yürüttükleri hareketle devirenlerin yandaşıdır ve şöyle demiştir: "Biz birleşmeden adalet umuyorduk, ama hukuk devletini bulduk". Adalet gibi daha üstün bir şey beklediklerini söylediğine göre, hukuk devleti aynı zamanda olumsuz bir şey olmalı. Bununla kastettiği, sayın Gilles'in dün sözünü ettiği şeydir, normlar seyelamı. Bizde mahkemelerde çok fazla uyuşmazlık çözümü var. Hukuk devleti ile adalet arasındaki farkı, özellikle de doğu Alman vatandaşlarımız bizzat kendi şahıslarında hissediyorlar. Bir örnek vermek istiyorum: Eski Demokratik Alman Devleti'ndeki gayrimenkül meselesinin hallinde, giderimden önce geri verme (Rückgabe vor Entschädigung) prensibi - doğal hukukun mülkiyet prensibi kendini kabul ettirdi - geçerlidir. Bu ise,

gerçekten de zor koşullar altında yaşamış olan doğu Alman vatandaşlarımız için anlaşılabılır degildi. Konu belki daha yumuşak çözümlenebilir ve bir uzlaşma yolù bulunabilirdi. Bu olay adaletten kuşku duymasına yol açan hayal kırıklıklarına neden olmaktadır. Adalet düşüncesinin toplumsal yaşamda ne kadar az gerçekleştiğinin farkına vardığımızda, biz batı Almanları bir düşünce sarıyor. Oysa ki adalet düşüncesi hukuk devletinin çok esası bir ögesi olmalıdır.

Eklemek istedigim, gerçekte çok az hukuk devleti olabilecegi gibi, gerçekte çok fazla hukuk devleti de olabilecegidir. Adil yolda yürümek istiyorsak dikkat etmek zorundayız. Umarım Almanya'da, biz batı Almanlardan farklı tecrübeler yaşamış olan doğu Alman vatandaşlarımız ile bu sorun hakkında konuşulmaya başlanır.

Niyazi Öktem - Ben din ve laiklik konusunu, hukuk devleti evrensel midir meselesiyle birlikte ele alarak irdelemek istiyorum. Nedir? Normlar hiyerarşisi içerisinde *Grundnorm* üzerinde durduk ve *Grundnormda* sosyal realiteyle kültür, adalet kavramlarını bulduk. İşte, bir gazete de manşet atmış "tekkeler ve zaviyeler açılsın" diye. O, benim anlattıklarımın doğal uzantısıydı tabii. Benim önerdiğim şey evrensel nitelikte. Dinlerin örgütlenmesine dünyaya baktığımızda nasıl bir görüntü ile karşılaşıyoruz? Katoliklik, protestanlık, diğer dinler, bir ulus dini olan museviliği bir kenara bırakırsak, özellikle katoliklik ve protestanlığın nasıl düzenlendiğini görüyoruz, Avrupa ve Amerika'da. Çok açık: katoliklik içerisinde düzen veya alt mezhep dediğimiz, fransisken, dominiken gibi alt mezhepler var. Bunlar kendi aralarında bir manastırda örgütleniyorlar, suç işledikleri takdirde genel koğuşturma yapılıyor. Anglosakson sistemine baklığımızda Amerika'ya, Amerika'da protestan geleneğe bağlı 200 tane alt mezhep görülür. Bunlar cemaatler şeklinde örgütlenmiştir. Ve açıkır, bütün bunlar birer tarikattır; bütün bunların biraraya geldiği, ibadet ettiği yer kilisedir ama aynı zamanda bir tekke ve zaviyedir. Dünyanın her yerinde dinsel örgütlenme bu şekildedir. Otoriter ve totaliter devletler dışında, dünyanın her yerinde bu evrensel görünümüdedir. Batı kültürü de evrenselliğin şu anki en ileri aşaması olduğuna göre, bunu gözönünde tutmak lâzım gibi geliyor bana. Yani vicdan özgürlüğünün özünde bu evrenselliğin olgusu da yatar. Teorik olarak *John Locke*'a bağlıdır, sosyal açıdan da saygı konuşmacılar belirtti, temellendirmemiz lâzım. Bir tek otoriter ve totaliter devletler bunun dışında. Şimdi bunu filem görmemek bana çok ters geliyor. Şunu da belirtiyim: Atatürk ile birlikte tabii ki tekke ve zaviyeler kapatılacaktı, hiç bir itirazım yok, çünkü Atatürk bir devrim yapmış, yeni bir devlet kuruyordu; buna karşı tekke ve zaviyeler padişahın, hanedanının yanında yer almışlardır. Bu her devrimin kanunudur. Ama sayın *Sami Selçuk*'un belirttiği gibi, 1920'lerin metoduya, 1990'larda çözüm getiremezsiniz. Bugün bu aşılmıştır. Bir de çok ilginç bir görünüm var. Önceki gün de belirttiğim gibi; Sünni mezheplere bağlı tarikatlar gizli gizli örgütlenmiş, güçlenmiş -sîrf İstanbul'da 30 tane tekke vardır- dernek adı altında biraraya gelmişlerdir. Burada zîrî yapılmış; ramazan ayında hergün zîrî yapılmış. Bu durum devletin itibarını sarsar; devlet, eğer yasaka yasağı uygulayınsa? Uygulayamaz, sosyal bir vakıadır. Bunun acısını kim çekmiştir Türkiye'de? Aleviler. Ama ne gariptir ki, Alevi topluluklarında ben bunu söylediğimde "gerici hoca" oluyorum. Halbuki onlar muhalefetteki İslâm yorumu oldukları için sinip içe kapanmışlardır. Özgürükçü bir sistem olduğu takdirde, özgürlükçü yorumlara da olanak sağlar. Özgürükçü ortam içerisinde hakikat yeşerir. Yoksa ben tekke ve zaviyeci değilim. Teşekkür ederim.

Bakır Çağlar - Üç dakika; öyleyse üç sorun. Birincisi, ideolojik planda ya da mekânda

"Hukuk Devleti Evrensel midir?"

ortaya çıkan değişiklik. İkincisi tarihi-sosyal mekânda ortaya çıkan değişiklik. Üçüncüsü pozitif hukuk mekânda ortaya çıkan değişiklik. Hepsinden ikişer cümleyle sözetmek istiyorum. Birinci konu, ideolojik planda ya da düşünce ikliminde ortaya çıkan radikal değişiklik. Önce bundan ne anladığımı kısaca açıklayacağım. İki farklı tanık var, bu iki farklı tanıkta birincisi yıkılan duvarların tanığı, işte o zaman evrenselliğin düşüncesi gündeme geldi. Şimdi ikinci bir tanık daha var. Yeni baştan inşa edilen duvarların tanığı; yeni örtünme, kapanma arayışları, yeni entegrizmeler olarak adlandırılan bir kapanma politikası var. Benim yadırgadığım şu oldu bu sempozyum süresi içinde: hep birinci duvarın tanıkları konuştu, evrenselleşen yeni dünyadan sözetti. İkinci duvarın tanıkları burada namevcut. Şimdi bu namevcut tanığın yerine ben kendi tanıklığımı koyup, bugün yıkılan duvarlardan çok daha önemli bir gelişmenin yükselen duvarlar olduğunu söylemek zorundayım. O zaman bu çerçevede hukuk devleti evrensel mi değil mi, bu soruyu sormakta yarar var. Size bir örnek vermek istiyorum, herhangi bir yargılama düşünmem yok, ama bir İnsan Hakları İslâm Sözleşmesini okuyun sonra İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini okuyun, duvarın ne olduğunu hukuk planında çok net bir şekilde görebilirsiniz. İkinci gelişme, tarihi-sosyal mekânda görülen bir gelişme. Şimdi hukuk devleti deniyor ama, hukuk devleti ulus-devletin ürünü olagelmiştir. Bugün ulus-devletin sonu yaşanıyor. Ulus-devletinin ürettiği bir kavram, ulus-devletin bittiği yerde yeniden nasıl yorumlanacaktır? Bölgesel bütünlükmeler çerçevesinde nasıl yorumlanacaktır? Sanırım sorgulanması gereken bu. O nedenle burada da evrenselliğin meselesi yeniden gündeme geliyor. Bölgesellik mi evrenselliğin mi? Vurgulanması gereken bu. Avrupa mı, Avrupa-dışı mı? Evrenselliğinden ben çok fazla anlam çıkartamıyorum. Bölgeselliği anlıyorum. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin uygulandığı mekânda, İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun ve Mahkemesinin uyguladığı hukukun hukuk devleti çerçevesi içindeki yerini anlıyorum. Ama bu bir bölgeselleşmedir. Ve şu soru hiç sorulmadı: Acaba bu bölgeselleşme evrenselleşmeye getirilen ciddi bir sınır değil midir? İçine kapanan bir Avrupa; Avrupa iç kalesi. Şimdi bu bölgeselleşme evrenselleşmeyi acaba engellemiyor mu? Hukuk kavramları nerede üretiliyor bugün? Avrupa mekânında; Strasbourg'da ya da Lüksemburg'da... Bunun adı evrenselleşme mi, yoksa ulus devletin bittiği yerde bölgeselleşme ve bu bölgeselliğin yeni adı koyduğu farklı bir hukuk devleti anlayışı mı var? Üçüncü, son bir konu: Hukuk mekânda ciddi bir gelişme var; bunun da kimse altın çizmedi. Sanırım, hukuk planında bir evrenselleşme var mı yok mu sorusunun cevabını ararken bir klinik vaka üzerinde durmak gerek. Son yıllarda milletlerarası hukuk planında yeni bir hak gündeme getirildi. Bunun adı "devlete rağmen mağdura ulaşma hakkı". Uygulamaları da görüldü. Şimdi hukuk devletinden sözediyorsunuz, ama burda devlete rağmen mağdura ulaşma hakkı var: İşte sanırım evrenselliğin adı budur. Eğer siz insan hakları adına devlete rağmen mağdura ulaşabiliyorsanız, bundan sonuç çıkartabilirsınız, hukuk devletinin sert çekirdeği, belki tek evrensel yanı burada ortaya çıkar. Benim söylemek istediklerimin hepsi bu kadar. Teşekkür ederim.

Sami Selçuk - Ben şu konuştularından sonra söyle söylemek istiyorum: insan eksikliğini hissettiği şeyin rüyasını görür. Burada, Orhan Veli'nin "Altındağ Mahallesi" şiirinden sözetmek istiyorum. Bu mahalle fakir bir mahalledir, orada önce bir kızı anlatır; şehrə taşınışınlar, kibarlara özensinler ve onlar gibi yaşasınlar. En sonunda da çok güzel bir şey söyler. Der ki, "Lâğimcının hamam rüyasıdır rüyaların en güzel/Uzanır yatar göbek taşına/Biri sabunlar, biri keseler/Elinde kese sıra bekler biri/Yeni müşteriler girerken içeri/Lâğimci pamuklar gibi çıkar dışarı". Şimdi devletsiniz, lâğimciya evine dönüğü

zaman insanca yıkanacak bir yer sağlamıyorsanız, lâğimci için hukuk devleti yoktur. Eğer düşünce suçundan cezaevine girmişseniz, sanık, düşünce suçu hukuk devletinde olmaz diyecektir; o açıdan hukuk devleti yoktur. Savunma hakkını kullanamayan bir sanıksanız; diyeceksiniz ki Türkiye'de hukuk devleti yoktur. Sayın *Ülker Gürkan* gibi çağçıl bir konular için söyleyorum, ırkçısınız, orada da hukuk devleti yok diyeceksiniz, çünkü ırkı duşüncelerinizi açıklayıp eyleme sokamıysınız. Ben sorunun yanıtını o zaman söyle vermek istiyorum: hukuk devleti evrensel bir din, ama bunun ibadetini gereksinme duyduğumuz zaman yapıyoruz. Bir uçaktasınız, uçak sallandı mı, o uçakta dinsiz kalmaz; ateist bulamazsınız, herkez Tanrıya inanır ve dua etmeye başlar. Bu bakımdan evrenselliği kabul ediyor ve soruya böyle yanıt vermek istiyorum. Bir de dünkü sorularına alındığım cevaplar açısından konuya yaklaştığında şuraya varmak istiyorum: Şimdi, 1930'ların anahtar deligidenden Atatürk Devrimlerine bakarak bugün artık yorum yapamazsınız; çok dar olur o... Zaten Atatürk, o dönemin de ötesindedi. Düşünün ki, padişahlığa karşı devrim yapmış bir insan ne diyor? "Ben öyle bir rejim istiyorum ki, o rejimde padişahlığı savunanlar bile bir parti kurabilsinler". Türkiye'de bunu diyemiyor, insanların çoğu. Ben çoğulculuktan sözederken bunu demek istedim. Çoğulculuk yok etme kültürüne dayanmaz; yok etmeyi kaldırır. Biz çoğulculuğu en az savunması gereken bir insandan çoğulculuğu öğrendik; en güzel ifadesini o söylemiştir, komünist dediğimiz ozan Nazım Hikmet ne diyor? Bir orman gibi kardeşesine; bir ağaç gibi tek ve hür"... Şimdi benim varmak istediğim sonuç bu. Hepimiz için söyleyorum. biz 1990'ların Türkiye'sinde çoğulculuğu iyi algılamak durumundayız. Çünkü çoğulculuk yeni sentezler yaratan dinamizmin ta kendisidir. Eğer buna inanmazsanız toplumu geriye doğru götürüsünüze ve ikiyüzlü yaparsınız. Alevileri ikiyüzlülüğe zorladınız; çünkü sindirdiniz, tarikatçıları ikiyüzlü yaptınız; çünkü sindirdiniz. İnsanlara diyorsunuz ki, zorla şu şekilde gir. Bırakın adam olduğu gibi görünsün. Ama buna olanak vermezseniz adamı ahlaksızlığa itiyorsunuz; ikiyüzlük ahlâksızlıktır. Ve, 1920'lerde Türkiye'de läisizm vardı; olmak zorundaydı, çünkü konjonktür buna zorluyordu. Ama 1990'larda buna yapamazsınız, 1990'larda läisizm değil läsite olacaktır. Ben sözgelimi, açıklyla söyleyorum, "turban kararı"nda läisizmi gördüm; läsiteyi değil... Cumhuriyetçi olarak bu kararı savunabilirsiniz, ama çoğulcu demokrat olarak savunamazsınız: fark budur. Türkiye kararını vermek zorunda, cumhuriyetçi mi kalacak; çoğulcu demokrasiye mi gelecek? Teşekkür ederim.

Altan Heper - Hukuk devleti evrensel midir sorusuna, ben evrensel değildir diye cevap vereceğim. Hukuk devleti çok özel koşullarda Almanya'da ortaya olmuş bir kavram; Alman mali. Diğer ülkeler için ise bir kavram transferi sözkonusu. Dünyanın her yerinde genel geçerli, mutlak ve içeriği kesinles belirli bir hukuk devleti yok. Bu, Batı Avrupa ülkelerinde bile böyle. Ama ortak paydalı var. Zaten hukuk devleti diye bir hukuk kavramının olmadığı söylüyor. Hukuk devleti siyasi bir kavram; ideojistik bir kavram. Darbe yapan da hukuk devletinden bahsedebiliyor; seçimle gelen de... Ben çok provokatif bir öneyle devam etmek istiyorum: hukuk devleti kavramından vazgeçelim. Sayın *Gilles* de dün bundan bahsetti. Hukuk devleti kavramından vazgeçelim. ama, hukuk devleti kavramıyla elde ettigimiz bütün kararları, gereklilikleri bulabiliriz. Anayasal normları, suçların kanunılığı ilkesini, kusur prensibini, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açıklığı ve diğerlerini anayasal normlarla, hukuk devleti kavramı olmadan da kazanabiliz. Böyle bir şey mümkün. Örneğin, "ölçülülük prensibi"ni alm, bu prensiple

"Hukuk Devleti Evrensel midir?"

hukuk devleti kavramı olmadan da aynı sonuçlara varmanız mümkün. Hukuk devleti ögeleri tabii çok önemli; Türkiye'de demokratikleşmeye hizmet ediyor. Hukuk devleti bu bakımdan bir program maddesi, bir devlet amacı. Bu yönleri de var. Benim özet olarak söyleyeceğlerim bunlar.

Hayrettin Ökçesiz - Efendim şimdi bu hukuk devleti kavramı, hukuk kavramı gibi üç boyutlu; olgusal, degersel ve normatif boyutları olan bir kavram. Hukuk devleti evrensel midir diye sordugumuzda, üç açıdan da bu soruyu sorabiliriz. Olgusal olarak sorarsınız. Normatif olarak sorarsınız. Değersel olarak sorarsınız. Benim yaklaşımım daha çok olgusal olacak. Bu bakımdan hukuk devleti evrenseldir demeyeceğim. Hukuk devleti evrenselleşmekte olan bir kavram. Yani bir sürecin ürünü ve bu sürecin sürdüğü yerlerde, sürebildiği yerlerde evrensel. Bunun yaygınlaştığını gördüğümüz ölçüde bu evrenselliğe daha çok yaklaşıyoruz. Şimdi, yerel olan evrensel olanı kısıtlamıyor; ortadan kaldırıyor. Aslında evrensel olana da yerel olandan geçiyoruz. Şu halde evrensellik kavramına biraz daha bakmak lazım. Evrensellik zamansal bir kavram değil bu bağlamda. Zamansal dediğimizde, her şey tarihsellik içerisinde anlam kazanır ve bu tarihselliği çizgisinde görecelidir. Bundan 300 sene önce söylediğimiz bir kavramı bugün aynı içerikte anlayamayız ve yeni çıkan kavramları da 300 sene öncesine taşınamaz. Ve hersey kendi çizgisinde, kendi toplumunda doğar gelişir ve hatta sona erer. Şu halde evrensellik daha çok mekânsal bir kavram ve günümüzün bütünsel dünyası, global dünyası ki buraya doğru gidiyoruz zaten, öyle anlaşıyor, fakat bu gidişin frenleri de var. Daha önceki bildirilerde bunlar da ima edildi. Bu frenlere rağmen bu yolda yürüyen bir insanlık sözkonusu... Çünkü bu insanlık belirli özlemlerle; belirli bilinc içerikleriyle bir yolda gidiyor. Bu da gözlemlerle ortaya konabilir. Bu bağlamda hukuk devletini bir yerden başlatmamız lazım. Hukuk devleti belirli bir yasa kavramı karşısındaki eşitlik kavramından doğuyor. *Luhmann* sosiolojisi çerçevesinde buna işaret etmek isterim: Hukukun pozitifleşmesiyle hukuk devleti ilk adımı atıyor, hukuk düşüncesi dünyasına, siyaset dünyasına... Demek ki hukuk devletinin mümkün olabildiği toplumlar var ve mümkün olamayacağı toplumlar var. Mümkün olabildiği toplumlar, hukukunu pozitifleştirmiş toplumlardır. Peki, hukukunu pozitifleştirmiş toplumlar hangileridir? Bunlar, gene *Luhmann*'ın deyişiyle farklılaşmış toplumlardır, yani hiyerarşik bütünsel yapıdan yataş yapıya geçmiş toplumlardır. Yataş yapıda genel sistem içerisinde alt sistemler birbirleri karşısında bağımsızlık kazanmışlardır ve karşılıklı bağıllıklarını kurmuşlardır. Yani otomot sistemlerdir ve karşılıklı bağımlılık içerisinde genel sistemi oluştururlar. Bu genel sistem içerisinde en önemli özelliği siyasi sistemin farklılaşmış olması; siyasi sistemin diğer alt sistemlerden farklılaşması, belirli bir takım karar organlarının doğal hukuk anlamında oluşumlarından kendisini çözmüş, "yasa yasadır" kavramına ulaşmış olması ve yasanın meşruluğunu ancak böyle bir önermeden aldığı toplumlardır. Yani yasanın meşruluğunu ilâhi bir doğal hukukdan kaynaklandırmıyorsunuz artık. Peki "yasa yasadır" kavramı bu gerekliliğini nereden alıyor? Yeni bir sınıf ortaya çıkmıştır; yeni üretim ilişkileri ortaya çıkmıştır, dünya batıdan doğuya doğru dönmeye başlamıştır. Ve bu kez hukuk da batıdan doğuya doğru kendi işgini vermeye başlamıştır. Çünkü bu oluşum, bu yeni toplum artık endüstri toplumu ile birlikte daha da yaygınlaşan ve sosyal hukuk devleti ile birlikte daha da gereklerini yerine getiren bu devlet anlayışıyla yaygınlaşmaya başlamıştır. Peki hukuk devletinin işlevi nedir? Daha temele inen işlevi nedir? Bu işlev, endüstriyel üretim ilişkilerinde hukuk devletinin en seri, en az sürdürmeye üretimi sağlayabilmesidir. Feodal ilişkilerle bir endüstriyel üretimi

gerçekleştiremezsiniz. Bu mümkün değildir. Endüstriyel üretimin olduğu yerde de feodal egemenlik ilişkilerini sürdürmemezsiniz. Demek ki dünya endüstrileşikçe, endüstri ötesi topluma doğru yüreklikçe hukuk devleti idesini geliştirerek, aşarak bu ideye bir evrensellik kazandırmak zorundadır. Benim söyleyeceklerim şimdilik bu kadar. Teşekkür ederim.

Ahmet Haluk Atalay - Benim şimdije kadar söylenenlerin dışında, burada söylemezsem sonra pişman olabileceğimi düşündüğüm herhangi bir şey yok. O nedenle, bu konuda katkı koymak isteyen başkaları varsa benim hakkımı onlar kullanınsınlar. Teşekkür ederim.

Mesut Önen - Hukuk devleti evrensel midir konusu son derece ilgimi çektiği için, bu konuda bir kaç cümle söylemek istiyorum. Bunun ne ifade ettiğini ben de düşündüm, bütün konuşmacılar gibi. Devlet mi evrensel; hukuk mu evrensel? Bir de sayın Alman konuşmacıların belirttiği gibi, yoksa bütün bu devlet evrensel midir sorusuna çok ilginç bir anımla cevap vermek istiyorum. 1982 yılında bizim hukuk fakülteleri programlarına Uzay Hukuku dersi konmuştu. Bu işle de ben görevlendirilmiştüm, seçimlik bir dersti. Gelen öğrencilere 1967 Konvansiyonu'ndan bu yana Birleşmiş Milletler Teşkilâti bünyesinde yapılan uluslararası anlaşmaları anlatıyordu. Öğrencilerimden birisi dedi ki, "hocam biz uzay faaliyetlerini ve gök cisimlerinin hukuki statüsünü burada tesbit ediyoruz; ya oralarla gittiğimiz zaman başka yaratıkların hukuklarıyla karşılaşırıksak ne olacak?" Orada devlet de olabilirdi, olmayıabilirdi de... Nitekim büyük bir doktrinal görüş, devletin tarihsel bir olgu olduğunu, yok olabileceği de söylüyor. Onun için, evrensellik kavramını ne devlete ne hukuk'a bağlıyorum. Ama evrensel hukuk ilkeleri kavramları tesbit edilebilir mi? Çok pratik bir düşünce. Ama *Bakır Çağlar* hocamın konuşmasını dinledikten sonra, özellikle ikinci soruda tesbit ettiği bögesellik; empoze edilen hukuk ilkeleri konusu beni son derece ilgilendiriyor. Avrupa devletleri bağımsız empoze edilen ilkelere çok klinik bir örnek vermek istiyorum. Geçen yüzyılın sonunda Berlin Konferansı'nda söyle bir karar alımyor: Kolonyalizmin sona ermesi ve yeni devletlerin uluslararası arenaya çıkması sözkonusu olduğu zaman, bu devletlerin varlık koşullarını biz tesbit edeceğiz, diyorlar ve bir Afrika hukukçusu da diyor ki, "demek ki bizim devletlerimizin doğum belgelerini Avrupalılar verecek". Birleşmiş Milletler Teşkilâti bünyesinde tartışılan konu şudur: Yeni devletler, kendilerinin katıldıkları uluslararası hukuk kurallarını kabul etmeyecekleri tezini ileri sürüyorlar. Eğer maksat, geçen yüzyılın sonunda yapıldığı gibi şimdî de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi örneğinde olduğu gibi bir takım ilkelerin empoze edilmesi ise bu, evrensellikten başka bir şeydir. Söyleneceklerim bu kadar.

Niyazi Öktem - Efendim, oturumu kapatıyorum. Gerçekte bir bilim şöleni oldu. Tüm konuşmacılara, katılımcılara ve izleyicilere sonsuz şükranlarımlı ve saygılarımlı sunarım.