- 022 - 9

2631

AÜHF HFSA

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

340.1
HFS
2005
c.3

HFSA

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

HUKUKSAL OLGULAR ARAŞTIRMASI VE HUKUK DEVLETİ
RECHTSTATSACHENFORSCHUNG UND RECHTSSTAAT

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
KÜTÜPHANE

HFSA

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

HUKUKSAL OLGULAR ARAŞTIRMASI VE HUKUK DEVLETİ-HUKUK DEVLETİ UYGULAMASI VE GÖRGÜL ARAŞTIRILMASININ BİLİMSEL TEMELLERİ

DIE RECHTSTATSACHENFORSCHUNG UND DER RECHTSSTAAT-DIE PRAXIS DES RECHTSSTAATS UND DIE WISSENCHAFTLICHEN GRUNDLAGEN IHRER EMPIRISCHEN UNTERSUCHUNG

Alman Kültür Merkezi İstanbul ve Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) işbirliğiyle 17-19.11.1994 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirilen Sempozyumun bildirileri ve tartışmaları

Beiträge zum Symposium vom 17-19.11.1994 in İstanbul. Veranstaltet von Archiv für Rechtsphilosophie und-soziologie (HFSA) und Goethe-Institut İstanbul

Hazırlayan / Herausgegeben von
Hayrettin Ökçesiz

3
ALKIM

340.1 HFS 2005
A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
123199 340.1

Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti
- Rechtstatsachenforschung und Rechtsstaat
Hazırlayan / hrsg. v. Hayrettin Ökçesiz
(Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi- HFSA
3. Kitap / 3. Heft)
İstanbul/ Alkım Yayınevi Mayıs 1996

ISBN:975-337-022-9
Baskı: Şefik Matbaası
Kapak resmi: H. Daumier

Alkım Yayınevi
Kadıköy İş Merkezi No: 105 Kadıköy İSTANBUL
Tel: (216) 337 28 57 Fax: (216) 349 40 75

Sunuş

HFSA'nın bu üçüncü kitabında daha önce sözünü ettiğimiz "Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti - Hukuk Devleti Uygulaması ve Görgül Araştırılmasının Bilimsel Temelleri" adlı iki uluslu (Alman Kültür Merkezi İstanbul ve HFSA tarafından 17 -19.12.1994 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirilen) bir sempozyumun bildirilerini ve tartışmalarını sunuyoruz. Sempozyum ile birlikte yayıma hazırlama giderlerini karşılamış ve yayımını mali desteğiyle teşvik etmiş olmasından dolayı Goethe Enstitüsü Merkez İdaresine ve değerli işbirlikleri ve destekleri için İstanbul şubesi müdürü Sayın *Kurt Scharf*'a teşekkür ederim.

Beşinci kitabımızda ise "Düşünce Özgürlüğü" konulu üç uluslu (Alman Kültür Merkezi, İstanbul Fransız Kültür Merkezi ve HFSA işbirliğiyle 5 -9.12.1995 tarihinde, İstanbul'da gerçekleştirilmiş) başka bir sempozyumun bildirilerini ve tartışmalarını bulacaksınız.

Dördüncü kitabımız özellikle hukuk metodolojisi konusundaki telif ve çeviri yazılara öncelik verecektir. Tükiye Cumhuriyeti'nin kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemesinden bu yana ülkemizde hukuk metodolojisi alanında - olması gerekenin tam aksine - pek az çalışılmıştır. Yöntem tartışmalarının merkezde yer almadığı bir bilim alanı ve bilimsel etkinlik düşünmek zordur. İkibinli yıllara doğru Türk Hukuk Devriminin değerlendirilmesinde bu olgu da bilim sosyologlarının dikkatini elbette çekecektir.

Yayıma hazırlama aşamasında, ses kayıt bantlarındaki sözlerin yazıya dökülmesi için Sayın *Ahmet Halûk Atalay*'a, Almanca çevirileri ve sözlü Almanca tartışmalarının yazıya dökülmesi için Sayın *Füsun Uyanış*'a, Almanca çevirileri için Sayın Dr. *Altan Heper*'e ve Sayın *Marina Atila*'ya, İngilizce Çevirileri için Sayın *Jonathan Blythe*'a, kimi Almanca özetlerin dilbilgisi açısından denetimi için Sayın *Lothar Klering*'e, dizgi yanlışlarını düzeltme çalışmaları için Sayın *Tuğba Ballıgil* ile Sayın *Murat Yüksel*'e; bu kitabın basım ve yayımını üstlendiği için Alkım Yayınevi'ne ve tüm emeği geçenlere teşekkür ederim.

Hayrettin Ökçesiz

İçindekiler

Açış Konuşmaları/Eröffnungsreden 1

Ülker Gürkan

Kurt Scharf

Hayrettin Ökçesiz

I. Oturum / I. Sitzung 7

Dieter Strempel

Die Bedeutung der empirischen Rechtsforschung für die Rechtspolitik und Rechtsdogmatik im Rechtsstaat am Beispiel der Forschungen im Rahmen der Strukturanalyse der Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland 7

Federal Almanya'da Yargının Yapısal Analizi Çerçevesinde Yapılan Araştırmalar örneğinde Görgül Hukuk Araştırmasının Hukuk Devletindeki Hukuk Politikası ve Hukuk Dogmatiği Açısından Önemi (Çev. *Füsun Uyanış*) 23

Hubert Rottleuthner

Rechtssoziologie und Rechtsstaatlichkeit 39

Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti 50

(Çev. *Füsun Uyanış*)

Niyazi Öktem

Türkiye'de Hukuk Devleti ve Lâiklik- Sosyolojik bir Bakış 61
(Der Rechtsstaat und Laizismus in der Türkei - Eine Soziologische Betrachtung)

II. Oturum / II. Sitzung 71

Yılmaz Aliefendioğlu

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı 72

Das Rechtsstaatsverständnis des türkischen Verfassungsgerichts 86
(Çev. *Marina Atila)*

Altan Heper

Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı 108
(Das Rechtsstaatsverständnis des deutschen Verfassungsgerichts)

Abdullah Dinçkol

Hukuk Devleti İlkesi ve Kanun Hükmünde Kararnameler Uygulaması 121
(Das Rechtsstaatsprinzip und die Praxis der Verordnungen mit Gesetzeskraft in der Türkei)

Hayrettin Ökçesiz

Hukuk Devleti Olgusu 140
(Das Faktum des Rechtsstaats)

Ahmet Halûk Atalay 154

Türkiye'de Hukuksal Olgu Araştırması .....
(Rechtstatsachenforschung in der Türkei)

III. Oturum / III. Sitzung 164

Bakır Çağlar

Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği 165
(Die Ästhetik des Alltags im Rechtsstaat)

Ülker Gürkan

Hukuk Devletinde Kadın Hakları ve Türkiye'deki Uygulaması 172
(Frauenrechte im Rechtsstaat und deren Praxis in der Türkei)

Sami Selçuk

Türk Hukuk Devletinde Sanığın Savunma Hakkı ve Uygulanması 190
(Das Verteidigungsrecht des Beschuldigten im Rechtsstaat und dessen Praxis in der Türkei)

Yasemin Işıktaç

Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti olan Türkiye'de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi - Uygulama Esasları 198
(Die Jugendkriminalität aus soziologischer Sicht und die Art der Anwendung der staatlichen Bestrafungsbefugnis im türkischen Rechtsstaat)

Mustafa Tören Yücel

Ceza Yargılaması Gerçeği: Psiko-Sosyo-Jüridik Açıdan Yargılamanın Paradoksal Öznelliği, Makul Süre ve Segmentli Duruşma 218
(Die Wirklichkeit des Strafprozesses: Die Paradoxe Subjektivität des Strafprozesses, vernünftige Dauer und segmentäre Verhandlung aus der psychologischen, soziologischen und jurisprudentiellen Sicht)

Peter Gilles

Rechtstatsachenforschung pro Rechtsstaat - Rechtsstaat contra Rechtstatsachenforschung. Anmerkungen zum Generalthema des Symposiums aus deutscher Sicht 240

Hukuk Devleti için Hukuksal Olgular Araştırması - Hukuksal Olgular Araştırmasına Karşı Hukuk Devleti. Alman Bakış Açısından Sempozyum Konusuna İlişkin Düşünceler (Çev: *Füsun Uyanış*) 260

İçindekiler

Açış Konuşmaları/Eröffnungsreden 1

Ülker Gürkan

Kurt Scharf

Hayrettin Ökçesiz

I. Oturum / I. Sitzung 7

Dieter Strempel

Die Bedeutung der empirischen Rechtsforschung für die Rechtspolitik und Rechtsdogmatik im Rechtsstaat am Beispiel der Forschungen im Rahmen der Strukturanalyse der Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland 7

Federal Almanya'da Yargının Yapısal Analizi Çerçevesinde Yapılan Araştırmalar örneğinde Görgül Hukuk Araştırmasının Hukuk Devletindeki Hukuk Politikası ve Hukuk Dogmatiği Açısından Önemi (Çev. *Füsun Uyanış*) 23

Hubert Rottleuthner

Rechtssoziologie und Rechtsstaatlichkeit 39

Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti 50

(Çev. *Füsun Uyanış*)

Niyazi Öktem

Türkiye'de Hukuk Devleti ve Lâiklik- Sosyolojik bir Bakış 61
(Der Rechtsstaat und Laizismus in der Türkei - Eine Soziologische Betrachtung)

II. Oturum / II. Sitzung 71

Yılmaz Aliefendioğlu

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı 72

Das Rechtsstaatsverständnis des türkischen Verfassungsgerichts 86
(Çev. *Marina Atila)*

Altan Heper

Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı 108
(Das Rechtsstaatsverständnis des deutschen Verfassungsgerichts)

Abdullah Dinçkol

Hukuk Devleti İlkesi ve Kanun Hükmünde Kararnameler Uygulaması 121
(Das Rechtsstaatsprinzip und die Praxis der Verordnungen mit Gesetzeskraft in der Türkei)

Hayrettin Ökçesiz

Hukuk Devleti Olgusu 140
(Das Faktum des Rechtsstaats)

Ahmet Halûk Atalay

Türkiye'de Hukuksal Olgu Araştırması 154
(Rechtstatsachenforschung in der Türkei)

III. Oturum / III. Sitzung 164

Bakır Çağlar

Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği 165
(Die Ästhetik des Alltags im Rechtsstaat)

Ülker Gürkan

Hukuk Devletinde Kadın Hakları ve Türkiye'deki Uygulaması 172
(Frauenrechte im Rechtsstaat und deren Praxis in der Türkei)

Sami Selçuk

Türk Hukuk Devletinde Sanığın Savunma Hakkı ve Uygulanması 190
(Das Verteidigungsrecht des Beschuldigten im Rechtsstaat und dessen Praxis in der Türkei)

Yasemin Işıktaç

Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti olan Türkiye'de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi - Uygulama Esasları 198
(Die Jugendkriminalität aus soziologischer Sicht und die Art der Anwendung der staatlichen Bestrafungsbefugnis im türkischen Rechtsstaat)

Mustafa Tören Yücel

Ceza Yargılaması Gerçeği: Psiko-Sosyo-Jüridik Açıdan Yargılamanın Paradoksal Öznelliği, Makul Süre ve Segmentli Duruşma 218
(Die Wirklichkeit des Strafprozesses: Die Paradoxe Subjektivität des Strafprozesses, vernünftige Dauer und segmentäre Verhandlung aus der psychologischen, soziologischen und jurisprudentiellen Sicht)

Peter Gilles

Rechtstatsachenforschung pro Rechtsstaat - Rechtsstaat contra Rechtstatsachenforschung. Anmerkungen zum Generalthema des Symposiums aus deutscher Sicht 240

Hukuk Devleti için Hukuksal Olgular Araştırması - Hukuksal Olgular Araştırmasına Karşı Hukuk Devleti. Alman Bakış Açısından Sempozyum Konusuna İlişkin Düşünceler (Çev: *Füsun Uyanış*) 260

IV. Oturum / IV. Sitzung 277

Genel Tartışma / Allgemeine Diskussion 277

Forum / Forumsdiskussion:

"Hukuk Devleti Evrensel midir?" 295
("Ist der Rechtsstaat universell?")

Konuşmacılar / Referenten 311

HFSA / 1 ve 2'de yer alan makaleler 312

Ülker Gürkan

Bugün, Alman Kültür Merkezi ile Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi'nin ortaklaşa düzenlediği sempozyum için toplanmış bulunuyoruz. Konumuz "Hukuk Devleti". Ancak konuyu Anayasa ve yasalarda yer alan soyut kurallar açısından ele almayacağız. Toplumsal yaşama, uygulamalara bakarak gerçekten bir "Hukuk Devleti" var mı, yok mu, onu irdeleyeceğiz. Normlarda ifade edilen, doktrince geliştirilen "Hukuk Devleti" ilkeleri gerçekle ne denli uyuşuyor; sapmalar var mı, varsa nerede sorularını sorarak cevaplar arayacağız. Bu, Hukuk Sosyolojisinin en önemli görevlerinden birisidir. Bilindiği gibi Dogmatik Hukuk Bilimi hukukun normatif teorisini kurmağa yöneliktir. Bunun için yürürlükteki hukuk kurallarını ve bu kurallarda yer alan kavramları inceler, tanımlar, sınıflandırır. Dogmatik Hukuk Bilimine göre yürürlükte olan bu kurallar geçerlidir ve insanlar bunlara uygun davranmak zorundadır. İnsanların bu normlara "fiilen" uyup uymadıkları ise, onu ilgilendirmez. Oysa hukuk uygulanmak için vardır. Normlara uyulmuyorsa ya da "uymama" istisna olmaktan çıkmışsa nedenlerini bulmak ve gereken tedbirleri almak gerekir; aksi halde normlar "kâğıt üzerinde kalan ölü normlar"dan başka bir şey değildir. İşte toplumsal düzen, toplumsal barış ve adalet yönünden son derece önemli olan bu konuyu aydınlatmak Hukuk Sosyolojisinin alanına girer.

Hukuk sosyolojisi, hukuku sosyolojik açıdan bir "sosyal olgu" olarak ele alır. Bu toplumsal gerçeklik parçasını, yani hukuku incelerken, hukuk dogmatiğinin sağlam ve güvenilir biçimde içeriğini açıkladığı, mantıkî-aklî bir sistem içine yerleştirdiği hukuk kural ve kavramlarından yararlanır; ancak bu kural ve kavramların toplumsal gerçekliğe ne denli uyduğunu, toplumsal yaşamı ne denli etkileyip, etkilemediğini de araştırır. Gözlemler hukuk ile yaşam arasında tam bir uyum bulunmadığını her zaman kanıtlamaktadır. İşte hukuk ile yaşam arasındaki bu "boşluk" ya da "uyuşmazlığın" nedenleri nelerdir, hukukun "yürürlüğü" ile "etkinliği" arasındaki farkı doğuran etkenler nelerdir sorularının cevabı bilimsel açıklamaları gerektirmektedir. Bilindiği üzere aynı hukuk kurumları örneğin aile, mülkiyet, sözleşme, ceza v.b. en ilkelinden en gelişmişine kadar her toplumda karşımıza çıkar, fakat farklı biçimlerde düzenlenmişlerdir. Bazen kelimesi kelimesine aynen iktibas edilen kanunlar farklı uygulanırlar. Çoğu kez büyük umutlarla ve titizlikle hazırlanan kanunlar başarılı olamazlar ya da daha mürekkepleri kurumadan eskirler. Nedenine gelince, hukuk, bir sosyal olgu kimliği ile, içinde doğup geliştiği toplumun doğal ve aynı zamanda toplumsal koşullarından yani kültürel, siyasal, ekonomik, dinsel koşullarından olduğu kadar, kanun koyucunun tutumundan, hukukçuların yetiştirilmesinden, yargıç, savcı, avukat vediğer adalet görevlilerinin davranış ve tutumlarından da etkilenir. Hukuk, sosyal olgu kimliği ile, içinde doğup geliştiği toplumun düzenleyicisi olduğu kadar ürünüdür de. Hukukun doğuş, gelişim ve değişiminin yanı sıra, "etkinliğinin" sağlanmasında tüm bu etkenler büyük önem taşır ve bilimsel olarak araştırılıp ortaya konulması gerekir. Bunu yapacak olan da gerek kanun koyucuya, gerek yargıç, savcı, avukat gibi uygulamacılara, gerekse bilim adamlarına çalışmalarında sağlam veriler sağlayacak olan "olgu araştırmaları" denen sosyolojik araştırmalardır.

Olgu araştırmaları XX. yüzyılda önem kazanmıştır. Bu alanda ilk akla gelen, Yargıç *Brandeis*'dir. Hukuka fonksiyonel ve sosyolojik açıdan bakma gereğini kavrayan *Brandeis*, sosyal bilimlerin, ideolojik, psikolojik verilerin uygulama deneyim ve

sonuçlarını hukuku anlama ve kullanmada her zaman mutlaka gözönünde bulundurmuştur. Olgu araştırmalarını, onun 1907 yılında Muller v.Oregon davası nedeniyle Federal Yüksek Mahkemeye sunduğu "Brandeis Brief" diye ünlenen Raporuna dayandırmak hiç de abartma sayılmaz. Oregon Eyaleti 1907 yılında kadınların herhangi bir işyerinde on saatten fazla çalıştırılmasını yasaklayan bir Kanun çıkarmış, bunun üzerine Kanunun "çalışma ve çalıştırma" özgürlüğünü ihlal ettiği ileri sürülerek Federal Anayasaya aykırılığı iddia edilmişti. Yargıç *Brandeis* istatistik bürolarından, sağlık koruma örgüt ve komisyonlarından, fabrika müfettişlerinden sağladığı verilere dayanarak, kadının fiziksel yapısının, analık görevinin, sağlık ve moral durumunun on saatten fazla çalışmaya uygun olmadığını, aşırı bir çalışmanın kadın, aile ve toplum bakımından yarardan çok zarar vereceğini göstererek, böyle tehlikeli bir durumu önlemeğe yönelik Kanunun Anayasaya aykırı değil, aksine uygun olduğunu kanıtlamıştı.

Brandeis'in yaşadığı dönem için devrimci sayılan bu çalışma tarzı zamanla yaygınlaşmış, kısa bir süre sonra da Almanya, *Nussbaum*'un "hukuk olguları araştırmaları" (Rechtstatsachenforschungen) ile A.B.D.ni izlemiş, 1950'lerden başlayarak Prof.*Hirsch*'in çabaları ile de bu alanda başarılı çalışmalar sergilemiştir.

Ülkemizde olgu araştırmaları henüz başlangıç aşamasında olup bu alanda çalışacak bilimsel kuruluşlar da henüz yoktur. Sebebi, gerek hukuk sosyolojisini alanında çalışanların azlığı gerekse mali olanaksızlıklardır. Ancak son yıllarda Devlet Planlama Teşkilâtı, Başbakanlık Aile Kurumu gibi Devlet kuruluşları, yeni kurulan Sosyoloji Derneğinin büyük çaplı alan araştırmaları ile sosyologların küçük çaplı ampirik araştırmaları hukukçular için hayli zengin malzeme oluşturuyor. Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararları artık sürekli ve düzenli olarak yayınlanıyor. Böylece soyut hukuk kurallarını yaşama geçiren, yaşama uygulayan yargıçlarımızın "hukuk-toplumsal gerçeklik" ilişkisini nasıl kavradıklarını da anlayabiliyoruz. Ancak yargıçlarımızın, çoğu kez kararlarında kendi kişisel gözlemlerini objektif bir biçimde elde edilmiş bilimsel veriler yerine koydukları da gözden kaçmıyor. Bu nedenle, ülkemiz için sosyolog ve hukukçuların işbirliği yapacakları bir "Hukuk Olguları Araştırma Merkezi"nin bir an önce kurulmasını diliyoruz.

Bugün değerli bilim adamları, yüksek yargı organlarının saygıdeğer üyeleri, değerli uygulamacılar Almanya ve Türkiye'de Hukuk Devletini, daha doğrusu Hukuk Devleti uygulamasını ele alacak, nerede hukuk devletine yaklaşıldığını, nerede uzaklaşıldığını teorik olarak değil, ampirik açıdan inceleyecekler. Hepinize şimdiden başarılar diliyor ve beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Kurt Scharf

Herr Prof. *Strempel,* Herr Prof. *Rottleuthner*, Herr Prof. *Gilles!*

Ich heiße Sie sehr herzlich in der Türkei willkommen, in einem Land, in dem zur Zeit eine höchstinteressante Diskussion stattfindet. Wir haben jetzt 71 Jahre der Türkischen Republik hinter uns. 71 Jahre ist eine eher krumme Zahl, und trotzdem ist der Jahrestag diesmal besonders intensiv gefeiert worden. Das hängt mit der aktuellen Situation zusammen. In der Türkei hat man vor 71 Jahren einen radikalen Bruch in der Geschichte vollzogen, und jetzt gibt es starke Kräfte, die fragen, ob das richtig war, ob man nicht eine neue Bewertung der osmanischen Geschichte vornehmen muß. Argumentiert wird zum Beispiel; Europa wolle die Türkei ja gar nicht. Sie solle also zu ihren islamischen, ihren asiatischen Wurzeln zurückkehren.

(Es mag zwar sein, daß es Europäer gibt, die in der beschriebenen Weise denken, das ist dann beklagenswert; aber es sind ganz sicher nicht alle. Ein Hinweis darauf ist allein schon, daß wir jetzt Gäste aus Deutschland haben, die gemeinsam mit uns so wichtige Fragen wie die der Rechtsstaatlichkeit diskutieren wollen.)

Aber abgesehen davon ist die osmanische Geschichte gar nicht nur ein Teil der asiatischen Historie, sondern mindestens zum Teil europäische Geschichte. Nicht wenige Historiker meinen der Schwerpunkt der osmanischen Kultur habe in Rumelien, also in Europa gelegen. Erinnern wir uns: In diesem Monat hat sich zum 500. Mal der Geburtstag des großen osmanischen Herrschers gejährt, den wir Europäer " Süleyman den Prächtigen" nennen. Er herrschte nicht nur über ein großes, ein riesiges Reich (das osmanische Reich hat zu seiner Zeit die größte Ausdehnung überhaupt erreicht), sondern er hat auch ein hochmodernes Verwaltungssystem eingeführt, selbst im Vergleich zu den anderen europäischen Staaten seiner Epoche. Und er hat damals gefühlt, daß es nicht genügt, wenn jede Religion ihr eigenes Rechtssystem hat, wie das im osmanischen Reich gehandhabt wurde, sondern daß man auch mindestens in einem erheblichen Sektor gleiches staatliches Recht für Angehörige aller Religionen braucht, und er hat deswegen solches Recht verordnet. Daher hat er auch hier in der Türkei den Beinamen "Kanunî-der Gesetzgeber" bekommen. Er war - jetzt bin ich etwas kühn, ich hoffe, Sie verzeihen mir das - in gewisser Weise ein Kemalist "avant la lettre". Und gestatten Sie mir, heute hier dieses großen Mannes, des größten aller osmanischen Herrschers und bedeutenden Europäers, zu gedenken.

Vielen Dank! Jetzt darf ich das Wort an Herrn Dr. *Ökçesiz* weitergeben.

Kurt Scharf

Sayın Prof. *Strempel*, Sayın Prof. *Rottleuthner*, Sayın Prof. *Gilles*

Sizlere Türkiye'ye hoşgeldiniz demek istiyorum. Türkiye, bu günlerde son derece enteresan bir tartışmanın sürdürülmekte olduğu bir ülkedir. Bu yıl Cumhuriyetin 71. yılıdır. 71 yıl yuvarlak bir sayı olmamasına karşın, bu yıl herzamankinden daha yoğun bir biçimde kutlanmıştır. Bunun aktüel durumla ilgisi bulunmaktadır. Türkiye'de 71 yıl önce tarihten radikal bir kopuş gerçekleştirilmiştir ve şimdi bazı kuvvetli güçler bunun doğru olup olmadığını ve osmanlı tarihini yeniden değerlendirmek gerekip gerekmediğini sorgulamaktadır. Bu güçler örneğin şu argümanları ileri sürmektedir: Avrupa zaten bizi istemiyor ki. Öyleyse biz de islâmî, Asyalı köklerimize geri dönelim. Bu konuda şunu söylemek istiyorum, birincisi, böyle düşünen Avrupalılar olabilir, bu çok esef vericidir; ama emin olun hepsi böyle düşünmüyor. Bunun kanıtı, Almanya'dan gelerek, bizimle bu önemli sorunları tartışmak isteyen konuklarımızın şu anda burada bulunmalarıdır. İkincisi, Osmanlı tarihine biraz daha dikkatle bakalım: Osmanlı tarihi Asyanın bir parçasıdır. Hatta önemli bazı tarihçiler, Osmanlı kültürünün Romanya'da, yani Avrupa'da bulunduğunu söylemektedirler. Hatırlayalım, bu ay, biz Avrupalıların "Muhteşem Süleyman" olarak andığı büyük Osmanlı hükümdarının 500. doğum günüdür. Muhteşem Süleyman sadece büyük, dev bir imparatorluğu yöneten bir adam değildi -Osmanlı İmparatorluğu en büyük genişliğine O'nun zamanında ulaşmıştır- O aynı zamanda, diğer Avrupa devletlerine de kıyasla, son derece modern bir yönetim sistemini getiren kişidir. Ve O, her bir dinin kendisine özgü bir hukuk sistemine sahip olmasının yeterli olmadığını, fakat bunun yanısıra en azından bir önemli alanda tüm dinlerin mensupları için aynı olan devletsel hukuka ihtiyaç olduğunu hissetmiş ve bu nedenle bu çeşit hukuk kurallarını koymuştur. Bu nedenle de O'nun adına Türkiye'de "Kanuni" ismi eklenmiştir. Şimdi biraz cesur bir ifade kullanacağım için beni bağışlarsınız umarım, O bir bakıma "avant la lettre" bir Kemalist idi. Ve bugün, burada bu büyük adamı, osmanlı hükümdarlarının en büyüğünü ve değerli Avrupalı'yı saygıyla anmama izin veriniz. Teşekkür ederim, sözü Sayın Dr. Ökçesiz'e bırakıyorum.

(Çev: F.U.)

Hayrettin Ökçesiz

Değerli Dinleyiciler, Değerli Meslektaşlarım,

Alman Kültür Merkezi ile birlikte düzenlediğimiz bu sempozyuma gösterdiğiniz ilgi için ben de en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Hukuk Devleti, günümüzde her yöndeki siyasi temellendirmenin önemli bir kavramsal ögesi olarak sürekli telâffuz edilmektedir. Ama, pek kimsenin bir itirazı bulunmadığı bir kavram olarak hukuk devleti, günlük hukuk ve siyaset yaşamında o denli güçlükle gerçekleşebilmektedir. Hukuk devleti ülkemizde, onu dile getirenin özlemlerinin bir formül deyimi yerine de geçmektedir. Bu özlemler küçümsenmeyecek derecede yoğun karamsarlıkla, kaygılarla birlikte taşınmaktadır. Gözler giderek yargıçlara daha çok çevrilmektedir. Hukuk devletinin önemli bir güvencesi olarak adalet sisteminin, en az savunma ve güvenlik sistemleri kadar güçlü kılınması, tinsel ve maddi anlamda lâyıkıyla donatılması gereğinin artık anlaşılıyor olması, bindiğimiz dalı kesmekte olduğumuzun ayırdına vardığımızı gösteriyor. Hukuk devletinin tek güvencesi elbette tek başına yargı değildir. Ama yargının etkin gücünün gereğince duyumsanamadığı yerde devletin, insanlarına verebileceği olumlu pek fazla birşey yoktur.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan kuvvetler ayrılığı çerçevesinde, bu her bir kuvvetin kendi işleyişinde, kendilerinden beklenen yeteneğe kavuşabilmelerine önemli oranda yardımcı olabilecek bilim dallarından biri de, hukuk sosyolojisi çatısı altında gerçekleştirilen ve hukuksal olgular araştırması denilen görgül bilimsel çalışmalardır. Bu sempozyum çerçevesinde özellikle Alman konuklarımızdan hukuksal olgular araştırmasına ilişkin detaylı ve ülkemizde bu alanda çalışmalarını sürdürmek isteyenler için oldukça aydınlatıcı olacağını düşündüğüm bilgiler ve görüşler edineceğiz. Ülkelerinin bu konudaki deneyimini ve bilgi birikimini asla gözardı edemeyiz. Adalet Bakanlığı, yahut Yargıtay bünyesinde ve üniversitelerimizde Hukuksal olgular araştırma ve uygulama merkezlerinin faaliyete geçirilmeleri için zaman çoktan gelmiş bulunmaktadır. Anabilim dalımızın geçen yıl böyle bir araştırma merkezinin kurulması için yaptığı başvuruya, üniversite idaresi ne yazık ki olumlu bir yaklaşım sergileyememiştir. Çok önemli konulara insanları yeterince duyarlı kılabilmek kimi zaman büyük çaba gerektirmektedir.

Ülkemizde hukuk devletinin sorunlarını görgül olarak araştırıp, kamuoyunu bu tür bilimsel verilerle bilgilendirmek de en azından bu konulardaki teorik çalışmalar kadar önemlidir. Ayrıca ülke sınırları dışına taşarak yabancı meslektaşlarımızla ortak projelere girişmek, bu tarz çalışmaları karşılaştırmalı olarak gerçekleştirmek yoluna da gidilmelidir. Bu bağlamda iki uluslu ortak bir çalışmanın başarılı olacağını umduğum güncel bir örneği, işte burada biraraya geldiğimiz bu sempozyumdur.

Sempozyumun geniş tebliğler yelpazesi, bize hukuk devleti uygulamasının özellikle ülkemizde gözlemsel genel bir kesitini sunmaktadır. Her tebliğ kendi alanına açılan bir kapı gibidir. Bu kapılardan bir diğerine geçerek, belki sonunda gerçekten, "hukuk devleti evrensel midir?" sorusuna ulaşacağız. Postmodern söylemin zorladığı bu soruş tarzı elbette buradaki tebliğlerden bağımsız, tek başına bir konu olarak ele alınabilir. Ancak hukuk devletine görgül ve gözlemsel bu bakışlardan sonra bu soruyu sormak ona değişik bir ağırlık merkezi kazandıracaktır.

Almanya'dan, Ankara'dan ve İstanbul'dan tebliğleri ile katılan değerli hocalarıma, mesai arkadaşlarıma değerli katkıları için şükran borçluyum.

Burada, bizimle bu tür ortak çalışmaların kapısını güvenle açarak Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi'ne Türkiye'de uluslararası bilimsel çalışmalara girmek olanağını veren ve bu sempozyumun çok önemli bir kısmını birlikte biçimlendirdiğimiz Eski Alman Kültür Merkezi Müdürü Sayın *Johannes Weissert'e* minnet duygularımı dile getirmek istiyorum.

Bu tür konulardaki seminer ve sempozyumlar hakkında, aynı derecede ilgi göstererek destek veren ve bugün burada bulunmamıza olanak sağlayan Alman Kültür Merkezi Müdürü Sayın *Kurt Scharf* a en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Alman Kültür Merkezi Program Asistanı Sayın *Semra Aktaş-Bacakçı*'nın değerli yardımlarına ve üstün nitelikli mesaisine çok şey borçluyuz. Kendilerine içten teşekkür ediyorum.

Önemli bir teşekkür borcumuzu unutmamak gerekir: Bu üç günün ağır yükünü üstlenen değerli çevirmenlerimize elbette minnettarız.

Sempozyumun beklentilerimize karşılık vereceğini, ayırdığınız değerli zamanınıza değeceğini umarak, tekrar teşekkür ediyor, saygılarımı sunuyorum.

I. Oturum / I. Sitzung

Oturum Başkanı/Leitung: *Ülker Gürkan*

Dieter Strempel

Die Bedeutung der empirischen Rechtsforschung für die Rechtspolitik und Rechtsdogmatik im Rechtsstaat am Beispiel der Forschungen im Rahmen der Strukturanalyse der Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland.

Ein rechtssoziologisches Referat kann man in der Türkei nicht halten, ohne an die richtungweisende Erkenntnisse und Denkanstöße zu erinnern, die *Ernst E. Hirsch* auf diesem Gebiet geleistet hat. Und diese Erkenntnisse hat er im wesentlichen im Rahmen seiner fast 20-jährigen Lebens-und Forschungstätigkeit von 1933-1952 an den Universitäten in Istanbul und Ankara gewonnen. In Ihrem Lande wurde ihm bewußt, das von ihm den türkischen Studenten gelehrte Gesetzesrecht das soziale Leben kaum beeinflußte, sondern dieses weiterhin im Geiste des überkommenen orientalischen Rechts weiterlief. Daraus resultierte seine Lehre von der Idealität und Realität des Rechts. Nach seiner Rückkehr wird *Hirsch* dann zu einem der wiederbegründer der Rechtssoziologie in Deutschland. An der Freien Universität Berlin entstand das Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, das heute *Hubert Rottleuthner* leitet. Mit der jetzigen Veranstaltung zu den wissenschaftlichen Grundlagen empirischer Untersuchungen wird dieses nach *Hirsch* weiterentwickelte Wissen wieder in die Türkei transportiert. So schließt sich ein Kreis. Möge diese Tatsache auch dazu beitragen, die empirische Rechtsforschung an der Marmara Universität und anderen Stellen in der Türkei zu institutionalisieren.

A. Zur empirischen Rechtsforschung

Empirische Rechtsforschung umfaßt den mehr praktischen Aspekt der Rechtstatsachenforschung (RTF) und den mehr theoretischen Aspekt der Rechtssoziologie.[1] Der Begriff beschreibt das Feld, auf dem Juristen und Soziologen neben- und miteinander arbeiten. Und daß das Feld gemeinsam zu bearbeiten ist, weiß schon 1906 *Kantorowicz* als er im Anschluß an Kant formuliert: "Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind".[2] Unter ganz anderen gesellschaftspolitischen Bedingungen stellt *Klenner* 1972 die Begriffe Rechtsleere und Rechtslehre gegenüber, wenn er der Reinen Rechtslehre Kelsens vorhält, daß sie "alle Probleme des Rechts im Recht selbst suchen und aus ihm selbst lösen will".[3] Später 1992 führt derselbe Autor aus der ehemaligen DDR in einem Vortrag "Zur Entwicklung der Rechtswissenschaft in der DDR" den Deformierungsprozeß der dortigen

---

[1] *Raiser*, Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch, Frankfurt 1987; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Berlin/New York 1993; *Röhl*, Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch, Köln 1987.
[2] *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, Neudruck 1962, S. 139.
[3] *Klenner*, Rechtsleere - Verurteilung der Reinen Rechtslehre, Berlin 1972, S. 26.

Disziplin auch darauf zurück, daß die Rechtssoziologie dort so außergewöhnlich unterentwickelt war". Denn gerade die Rechtssoziologie ist diejenige unter den juristischen Wissenschaftsdisziplinen, die sich an der Wirklichkeit zu reiben hat, und ein Theoretiker, der die Widersprüche der Gesellschaft, in der er wirkt, vermeidet, der lebt zwar angenehm, aber hört dann irgendwo auf, Erkenntnisfortschritt methodenbewußt zu betreiben".[4]

Nicht erst in jüngster Zeit, sondern schon zu Beginn unseres Jahrhunderts hat sich gezeigt, wie nachteilig für die Rechtsentwicklung ihre Abkopplung von der Wirklichkeit und der Politik werden kann. In Deutschland führte dies von 1900 bis 1914 zu dem Methodenstreit über Gesetzesbindung und Richterfreiheit, der von der Interessenjurisprudenz und von der Freirechtsschule gegen die Begriffsjurisprudenz und die historische Schule ausgetragen wurde.[5] Aber dieser Streit hatte den schlimmsten Rechtspositivismus auf deutschem Boden zur Folge, aus dem die Rechtsideologie des Nationalsozialismus sich legitimierte! Welche Gefahren für den Rechtsstaat andererseits in der Abstinenz des Rechts gegenüber der Politik schlummern, habe ich an anderer Stelle wie folgt dargestellt.[6] Denn zwischen Politik und Recht besteht eine Wechselbeziehung, die nicht nur die Bedeutung des Rechts in der Politik, sondern auch die Bedeutung der Politik im Recht betrifft. Auch Rechtspolitik steht in einem Rechtsstaat im Kräfteparallelogramm von Rechtswissenschaft / Rechtsanwendung/empirischer Rechtsforschung / Gesetzgebung. Während Rechtswissenschaft, Rechtsanwendung und Rechtspolitik in ihrer Arbeit in unterschiedlicher Art und Weise - systematisch, im Einzelfall, in einer Vielzahl von Fällen - (politische) Wertentscheidungen über Tatsachen sozialer Sachverhalte treffen, kann empirische Rechtsforschung diese Tatsachen mit den Methoden der Sozialwissenschaften genauer bereitstellen als das über die Alltagstheorien der jeweiligen Entscheidungsträger möglich ist.

Diese Spannung zwischen Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit liegt auch dem Forschungsschwerpunkt Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR) zugrunde, den das Bundesministerium der Justiz Mitte der achtziger Jahre konzipiert hat.[7] Mit der Darstellung dieser Forschungsergebnisse möchte ich verdeutlichen, wie notwendig der Rechtsstaat "Bundesrepublik Deutschland" die Rechtstasatchenforschung hat, wenn er nicht Qualitätseinbußen erleiden will. Auch die Vereinigung Deutschlands hat zu einer Rechtsstaatsdebatte geführt-mit ausgelöst durch das Wort der Bürgerrechtlerin *Bärbel Bohley* "Unser Problem war nicht, den westlichen Rechtsstaat zu übernehmen, unser Problem war, Daß wir Gerechtigkeit wollten".[7a]

[4] *Klenner*, Zur Entwicklung der Rechtswissenchaft der DDR. Annäherungen, Wirtschaftsrecht 1993, s. 1-4.

[5] *Gängel/Mollnau* (Hrsg.), Gesetzesbindung und Richterfreiheit, Freiburg, Berlin 1992, S. 295 ff.

[6] *Strempel*, Zum Begriff "Rechtspolitik" - Entstehung, Bedeutung und Definition, Recht und Politik (RuP) 1987, S. 12-18.

[7] Vgl. dazu *Strempel*; Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland - Dokumentation und Bezugspunkte einer Stukturanalyse, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1986, S. 242-262; sowie Schwerpunktheft 2/1991 der Zeitschrift für Rechtssoziologie, S. 187-326.

[7a] Vgl. dazu *Strempel*; Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland - Dokumentation und Bezugspunkte einer Stukturanalyse, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1986, S. 242-262; sowie Schwerpunktheft 2/1991 der Zeitschrift für Rechtssoziologie, S. 187-326.

B. Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR)

I. Ziele und Verlauf der SAR

Anfang der 80er Jahre wurden im Bundesministerium der Justiz Überlegungen angestellt, neben der anlaßbezogenen Ressortforschung zur Gewinnung rechtstatsächlicher Erkenntnisse für einzelne Gesetzgebungsvorhaben eine Serie aufeinander abgestimmter Studien zur Erforschung der Gesamtzusammenhänge des Rechtspflegesystems durchzuführen. Rechtspflege wurde dabei begriffen als Gesamtheit der Rechtsdienste zur Regelung rechtsbezogener Konflikte inner- und außerhalb der Gerichte. Ziel war eine Strukturanalyse, d.h. die Bestimmung des Aufbaus der Rechtspflege, ihrer Elemente und deren Zusammenhanges. Zu den dabei zu betrachtenden Elementen zählen im wesentlichen die Organisationen die Personen, deren Handlungen, die Gegenstände der rechtsbezogenen Konflikte sowie schließlich das Recht selbst, das zugleich die Art und Weise des Zusammenhanges der anderen Elemente mitbestimmt. Das Forschungsprogramm war nicht einem vorab festgelegten rechtspolitischen Reformkonzept verpflichtet, es sollte eine Bestandsaufnahme erbringen. Seine Grundfragestellungen lauteten:

- Wird Rechtsschutz schnell, uneingeschränkt, verständlich, durchschaubar und mit akzeptierten Ergebnissen gewährt?
- Wo bestehen welche Defizite?
- Welche Alternativen sind denkbar?

Diese Grundfragestellungen bedurften der Ausdifferenzierung. Es galt, einige zentrale Themenbereiche zu bestimmen, an denen der Gesetzgeber unmittelbar ansetzen kann, um die Rechtspflege im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten zu optimieren. Das Untersuchungsprogramm zielte also nicht auf sozialwissenschaftliche Grundlagenforschung, etwa zu den in der Gesellschaft bestehenden Konfliktpotentialen, sondern auf die praxisbezogene Analyse einiger Schlüsselfaktoren, deren Veränderung eine Bündelung optimierender Effekte versprach.

In die Planungsphase fiel die Große Anfrage der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag zur Geschäftsbelastung der ordentlichen Gerichtsbarkeit vom 13. Juli 1984[8]. Sie betraf überwiegend die erwähnten Grundfragestellungen einer Strukturanalyse der Rechtspflege. In der 746 Seiten umfassenden Antwort der Bundesregierung[9] wurden im wesentlichen die hausinternen Vorarbeiten für die Strukturanalyse zusammengefaßt. Anfrage und Antwort machten den Konsens von Regierung und Opposition über das Forschungsprogramm deutlich.

Ergänzend zu den rechtspflegeinternen Vorarbeiten gab das Bundesministerium der Justiz bei dem Europäischen Zentrum für angewandte Wirtschaftsforschung PROGNOS, Basel, im Oktober 1987 eine Studie zur Konzeption eines Katalogs möglicher

[8] Bundestagstagsdrucksache 10/1739.

[9] Bundestagstagsdrucksache 10/5317.

Beschleunigung der Verfahrensabläufe. Die wesentlichen Ergebnisse der von der Kienbaum Unternehmensberatung betreuten Untersuchung lauten stichwortartig:

Extreme Arbeitsteilung verzögert die Geschäftsabläufe. Dadurch gehen in jedem durch Urteil abgeschlossenen Verfahren mindestens 29 Arbeitstage durch Aktentransporte innerhalb des Gerichts verloren. Ungenügende EDV-Ausstattung zwingt zu aufwendiger Mehrfacherfassung derselben Daten. Die Auftragnehmer empfehlen die Einrichtung einer richternah untergebrachten "Service-Einheit", die Aufgaben der Geschäftsstelle und kleines Schreibwerk mit integrierter EDV-Nutzung erledigt.

2. Gerichtsorganisation in den 5 neuen Bundesländern[17]

Diese Studie ist als Ergänzung der unter 1. beschriebenen Untersuchung zu verstehen. Sie hat folgende Resultate erbracht:

Im Februar/März 1991 stellte sich der Organisationsstand der Justiz in den neuen Ländern wie folgt dar: Die Gerichtsgebäude waren teilweise in desolatem Zustand, auch die klassische Büroausstattung (Kopierer, Schreibmaschinen, etc.) war schlecht. Die schon für die Amtsgerichte der alten Länder festgestellten negativen Folgen einer extremen Arbeitsteilung wurden durch häufige räumliche Trennung verschiedener Funktionen desselben Gerichts noch verschärft. Die Geschäftsstellen funktionierten oft erstaunlich gut, nicht zuletzt, weil sie personell schwach besetzt und überschaubar waren. Die Gutachter empfahlen zunächst eine Überlebenssicherung der Justiz durch partielle, streng aufgabenbezogene Schulung des übernommenen Personals, vermehrten Einsatz von Personal aus den alten Ländern, vorläufig nicht integrierte EDV-Lösungen an Einzelarbeitsplätzen und eine Verbesserung der Büro-Grundausstattung. Mittelfristig müsse eine Sanierung durch umfassende Nachschulung des übernommenen Personals, Behebung des Personaldefizits und Integration und Ausbau der EDV-Nutzungen in Angriff genommen werden. Langfristig könne dann eine Optimierung der Gerichtsorganisation und Geschäftsabläufe gemäß den Verbesserungsvorschlägen für die Amtsgerichte der alten Länder angegangen werden. Die Ergebnisse waren wichtig für die Planung der Gerichtsgrößen.

3. Die absehbare Geschäftsbelastung der Gerichte in den neuen Bundesländern[18]
Dieses Forschungsprojekt beinhaltet eine Prognose des langfristig erwartbaren Geschäftsanfalls in den einzelnen Gerichtszweigen sowie eine Schätzung des Bedarfs und der Ansatzpunkte für außergerichtliche Konfliktregelungsangebote. Die Untersuchung geht a *priori* von der Annahme aus, daß der Geschäftsanfall pro Einwohner in den neuen Ländern langfristig auf dem Niveau vergleichbarer alter Bundesländer liegen werden. Unter Zugrundelegung dieser Hypothese ist für den Zeitraum bis zum Jahre 2000 in allen Gerichtsbarkeiten mit Ausnahme der Finanzgerichtsbarkeit mit Geschäftsanfallsspitzen zu rechnen, die über dem langfristig erwartbaren Niveau liegen und zeitversetzt eintreten werden.

4. Vergleichende Untersuchung der Organisationsstrukturen an den Verwaltungsgerichten[19]

[17] *Koetz/Frühauf*,Gerichtsorganisation in den 5 neuen Bundesländern, noch unveröffentlichter Abschlußbericht, Düsseldof 1991

[18] *Wolff/Stock/Blankenburg*, Die Absehbare Geschäftsbelastung der Gerichte in der neuen Bundesländern, noch unveröffentlichter Schlußbericht, Basel 1991. Zur Publikation siehe Fn. 7

Diese von *Wibera* durchgeführte Studie diente wie die unter 1. dargestellte Amtsgerichtsuntersuchung der Analyse von Schwachstellen der herkömmlichen Organisationsstrukturen und Geschäftsabläufe sowie der Entwicklung von Modellen für eine effizientere Gerichtsorganisation. Sie hat analoge Resultate erbracht:

Eine extreme Arbeitsteilung, eine damit verbundene mangelnde Flexibilität bei Belastungsschwankungen und eine ungenügende Ausstattung mit Informations- und Kommunikationstechnik verzögern die Geschäftsabläufe und führen zu Problemen bei der Motivation der Mitarbeiter. Die Bürgerorientierung der Gerichte ist verbesserungsbedürftig. Die Gutachter schlagen vor, die Mitarbeiter des nichtrichterlichen Bereiches zu "Full-Service-Einheiten" mit umfassender Technikunterstützung bei der Aufgabenerledigung zusammenzufassen und professionelle Managementtechniken bei der Verwaltung und Mitarbeiterführung anzuwenden.

5. *Vergleichende Untersuchung der Organisationsstrukturen an den Finanzgerichten.*[20]

Parallel zur Verwaltungsgerichts-Studie wurde eine in Methodik und Anlage identische Organisationsanalyse der Finanzgerichte durchgeführt. Resultate und gutachterliche Vorschläge stimmen weitgehend mit denen der Verwaltungsgerichts-Untersuchung überein.

6. Organisationsuntersuchung der Kollegialgerichte und des Instanzenzuges der ordentlichen Gerichtsbarkeit.[21]

In Fortführung der Amtsgerichtsstudie hat diese Untersuchung die Organisationsstrukturen und der Geschäftsabläufe bei den Kollegialgerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere auch der Verwaltungsteile der Kollegialgerichte, beleuchtet und darüber hinaus organisatorische Probleme im Instanzenzug analysiert. Sie zeigt, daß die Arbeits- und Ablauforganisation in den Kollegialgerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit vergleichbare Schwächen aufweist wie die in den Amtsgerichten:

Eine extreme Arbeitsteilung mit der Folge häufiger Aktentransporte verzögert die Verfahren. Die EDV-Ausstattung liegt zwar über dem Niveau der Amtsgerichte, aber noch weit unter dem Industriestandard. Die Verwaltungsteile der Oberlandesgerichte führen ein Eigenleben, das zu vermeidbaren Reibungen mit den Rechtsprechungsteilen führt. Die Auftragnehmer schlagen neben der Einrichtung von Service-Einheiten u. a. vor, die Gerichtsverwaltung zu professionalisieren - auch durch Ersetzung von mit Verwaltungsaufgaben befaßten Richtern durch Verwaltungsbeamte- und den Gerichten größere Spielräume bei der Mittelbewirtschaftung einzuräumen.

7. Gerichtsverwaltung und Court-Management in den USA[22]

In den USA hat sich in den vergangenen Jahrzehnten, vor allem seit Mitte der 60er Jahre,

[19] *Wibera*, Vergleichende Organisationsuntersuchung Verwaltungs-/Finanzgerichte, Köln 1991.

[20] *Wibera*, Vergleichende Organisationsuntersuchung Verwaltungs-/Finanzgerichte, Köln 1991

[21] *Koetz/Werner/Hagener/Löw* Organisation der Kollegialgerichte und des Instanzenzuges der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Köln 1993.

[22] *Röhl*, Gerichtsverwaltung und Court-Management in den USA, Köln 1993.

das Berufsbild des "Court Managers" entwickelt. Court Manager nehmen vielfältige Aufgaben der Gerichtsverwaltung dar; sie sind nicht regelmäßig (ehemalige) Richter oder überhaupt Juristen. Die Studie von Professor *Röhl* (Universität Bochum) zum Court-Management stellt die Entwicklung, die Praxis und die Erfahrungen mit dieser Form der "professionellen" Gerichtsverwaltung in den USA dar:

Aus verschiedenen Gründen können die amerikanischen Modelle nicht unmittelbar Vorbild für die Verwaltung deutscher Gerichte sein. Schon die unterschiedlichen Prozeßrechte, die im übrigen in den USA in erheblichem Umfang von den Gerichten selbst gesetzt werden können, die nach amerikanischem Recht wesentlich engere Definition des Kernbereichs der richterlichen Tätigkeit und das in beiden Rechtskreisen unterschiedliche Verständnis von richterlicher Unabhängigkeit stehen einer simplen Übertragung der amerikanischen Erfahrungen auf die deutsche Justiz entgegen. Die Court Manager haben aber eine gewisse Vereinheitlichung der Verfahrens- und Verwaltungspraxis sowie eine verbesserte Transparenz der Tätigkeit der Justiz bewirkt. Trotz aller genannten Einschränkungen dürften einige der in den USA mit dem Court Management gewonnenen Erfahrungen jedoch grundsätzlich auch für die deutsche Justiz gelten:

Eine "Professionalisierung" der Gerichtsverwaltung ist auch dann möglich, wenn die Letztverantwortung für alle Akte der Gerichtsverwaltung beim Gerichtspräsidenten bleibt. Zur Vermeidung von Reibungsverlusten sollten die jeweiligen Kompetenzen von Gerichtspräsidenten und "Gerichtsverwaltern" zumindest in den Grundzügen eindeutig geregelt sein. Im Interesse einer besseren Akzeptanz seitens der Richterschaft sind "Gerichtsverwalter" mit richterlicher Vorerfahrung reinen Verwaltungsspezialisten vorzuziehen.

8. Möglichkeiten des Einsatzes moderner Informationstechniken am Arbeitsplatz des Richters, Staatsanwalts und Rechtspflegers.[23]

Mit diesem Vorhaben der Forschungsstelle für juristische Informatik und Automation der Universität Bonn und des Instituts für Rechtsinformatik der Universität Tübingen wurden allgemeine, noch nicht auf die Ausstatung konkreter Arbeitsplätze bezogene Vorschläge zur informationstechnischen Unterstützung der Tätigkeiten von Richtern, Staatsanwälten und Rechtspflegern erarbeitet. Unmittelbar anwendungsorientierte Empfehlungen hätten detaillierte Kenntnisse der Arbeitsabläufe der genannten Berufsgruppen vorausgesetzt, deren Erlangung nicht möglich war.

Die wesentlichen Ergebnisse des von Professor *Fiedler* geleiteten juristar-Projektes lauten:

Der derzeitige Stand der informationstechnischen Anwendungen im Justizbereich ist gekennzeichnet durch ein Nebeneinander von zentralen Systemen, vor allem im Kanzlei- und teilweise im Geschäftsstellenbereich, und isolierten Arbeitsplatzsytemen an den Arbeitsplätzen weniger Richter, Staatsanwälte und Rechtspfleger. Bei der EDV-Planung ist vordringlich über den angestrebten Grad der Integration von zentralen und

(23) *Fiedler/Haft* (Hrsg.) Informationstechnische Unterstützung von Richtern, Staatsanwälten und Rechtspflegern, Köln 1992.

Arbeitsplatzsystemen zu entscheiden. Die Gutachter schlagen einen mittleren Integrationsgrad vor, der eine begrenzte Vernetzung der Arbeitsplatz- mit den zentralen Systemen erlaubt (sog. Brückenkopf-Modell). Beim gegenwärtigen Stand der Informationstechnik versprechen nach Auffassung von Professor *Haft* sog. juristische Expertensysteme weder eine bedeutsame Entlastung der Richter, Staatsanwälte und Rechtspfleger noch eine sonstige qualitative Verbesserung ihrer Tätigkeit.

9. Mögliche Entwicklungen im Zusammenspiel von außer- und innergerichtlichen Konfliktregelungen[24]

Dieses Vorhaben des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und der Prognos AG verfolgte zwei Ziele: Eine Darstellung und Bewertung der Infrastruktur der vor- und außergerichtlichen Konfliktregelungsangebote im Bereich der Zivil-, Familien-, Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie das Herausarbeiten von Ansatzpunkten zur Verbesserung der Filterwirkung von vor- und außergerichtlichen Konflikt regelungsformen. Die Untersuchungsergebnisse zeigen, daß der optimale Ausbau der vor- und außergerichtlichen Filterebene in allen untersuchten Gerichtsbarkeiten eine erhebliche Reduzierung des zu erwartenden Geschäftsanfalles vespricht.

Zur Ermittlung des Filterpotentials der vor- und außergerichtlichen Konfliktlösungsangebote wurden zunächst zwei Werte geschätzt; nämlich die für das Jahr 2000 unter Beibehaltung der derzeitigen Konfliktregelungsangebote zu prognostizierende Zahl der Neueingänge in erster Instanz und die bei optimalem Ausbau der Filterebene zu erwartende Verfahrensmenge. Die Differenz zwischen den beiden Vorhersagewerten kann als Prozentsatz der unter dem *status quo* prognostizierten Eingangszahlen ausgedrückt werden. Das so definierte geschätzte Filterpotential beträgt in der Zivilgerichtsbarkeit 34%, in der Familiengerichtsbarkeit 25%, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit 21% und in der Finanzgerichtsbarkeit 48%.

Wesentliche Filterwirkung versprechen

- in der Zivilgerichtsbarkeit ein Ausbau der außergerichtlichen Tätigkeit der Rechtsanwälte, ein Ausbau der Schiedsgerichtsbarkeit, attraktive Angebote der Rechtsschutzversicherungen für außergerichtliche Konfliktlösungen und Rahmenvereinbarungen zwischen Versicherungen im Interesse eines zügigen Schadenausgleichs,
- in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit ein vermehrter Gebrauch kooperativer Formen des Verwaltungshandelns, eine bessere Verständlichkeit und stärkere Individualisierung der Bescheide, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zudem eine verstärkte Anhörung von Interessenverbänden und lokalen Institutionen (z.B. Ortsbeiräten) schon im Verwaltungsverfahren,

(24) *Blankenburg/Simsa/Stock, Wolff,* Mögliche Entwicklungen im Zusammenspiel von außer- und innergerichtlichen Konfliktregelungen, Speyer 1990 (Speyerer Forschungsberichte Nr. 88.); vgl. dazu auch rechtssystemvergleichend *Strempel*, Der japanische Beitrag zur Fortentwicklung außerforensischer und vermittelnder Konfliktregelung in der Bundesrepublik Deutschland, in *Leser* (Hrsg.) Wege zum japanischen Recht, Festschrift für *Zentaro Kitagawa* zum 60. Geburtstag, Berlin 1992, S. 789-799.

- in der Familiengerichtsbarkeit eine Förderung einvernehmlicher Regelungen durch umfassende anwaltliche und soziale Beratung sowie durch Vermittlung (Mediation) im Sinne einer Hilfe zur Selbsthilfe für die von dem Konflikt betroffenen.

10. Praxis und Zukunft der außergerichtlichen Regulierung von Verkehrsunfällen[25]

Mit diesem Projekt des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer sollte ergänzend geklärt werden, ob und wie zivilrechtliche Konflikte im Bereich des Verkehrsunfallgeschehens vermieden bzw. verstärkt außergerichtlich geregelt werden können.

Ergebnisse anderer Studien deuten bereits darauf hin, daß in Verkehrsunfallsachen in der Regel der Versicherungsnehmer und/oder Geschädigte gegen eine Versicherung klagt.

Befragungen von Richtern, Rechtsanwälten, Versicherungsfachleuten und Verbraucherorganisationen sowie Analysen interner Statistiken einiger Versicherungsgesellschaften und Gerichte legen den Schluß nahe, daß vor allem eine frühe anwaltliche Beratung der Betroffenen und eine frühzeitige Kontaktaufnahme zwischen Anwalt und Versicherung prozeßvermeidend wirken und daß darüber hinaus eine bessere Vergütung außergerichtlicher anwaltlicher Tätigkeit, eine Spezialisierung von Anwälten und Richtern sowie eine höhere Qualifikation und größere Entscheidungsfreiheit der Sachbearbeiter der Versicherungen die außergerichtliche Einigung fördern können.

Diese Ergebnisse wurden in einer Kostenstrukturnovelle berücksichtigt, die u.a. eine Anhebung der Anwaltsgebühren für den vorgerichtlichen Vergleich sowie die Einführung einer dem Betrage nach begrenzten Erstberatungsgebühr vorsieht.[26]

11. Schnittstellen von inner- und außergerichtlicher Konfliktbearbeitung-Bestandsaufnahme und Probleme in den neuen Bundesländern verglichen mit Erfahrungen in den alten Bundesländern[27]

Mit diesem von der Prognos AG betreuten Vorhaben werden die Nachfrage nach und das Angebot an vorgerichtlicher Beratung und Konfliktschlichtung im zivilrechtlichen Bereich in den Untersuchungsorten Lübeck, Rostock, Leipzig und Nürnberg vergleichend dargestellt und analysiert. Gegenstand der Untersuchung sind insbesondere das Aufkommen und die Struktur der von der unterschiedlichen Einrichtungen und Berufsgruppen vorgerichtlich bearbeiteten Streitigkeiten, die Kooperation zwischen diesen Institutionen und die prozeßverhütende Wirkung ihrer Tätigkeit. Die Studie hat im wesentlichen folgende Ergebnisse erbracht:

Das Angebot an vorgerichtlichen Konfliktregelungen wird in den Untersuchungsorten der

[25] *Simsa*, Praxis und Zukunft der außergerichtlichen Regulierung von Verkehrsunfällen - Expertenbefragung, Speyer 1992 (Speyerer Forschungsberichte Nr. 111).

[26] Kostenrechtsänderungsgesetz 1994, Bundesgesetzblatt I, S. 1325 vom 24.6.1994.

[27] *Stock/Thünte/Wolff*, Schnittstellen von außer- und innergerichtlicher Konfliktbearbeitung im Zivilrecht - Bestandsaufnahme und Probleme in den neuen Bundesländern verglichen mit den Erfahrungen in den alten Bundesländern, unveröffentlichter Schlußbericht mit Materialienband, Basel 1993.

neuen Länder stärker in Anspruch genommen als in den alten Ländern. Noch innerhalb des vorgerichtlichen Filterbereiches existiert eine (erste) Schnittstelle. Sie markiert die Grenze zwischen primär sachlich-fachlicher und primär rechtlicher Problem-und Konfliktbearbeitung, die nicht zwingend zwischen Institutionen und Berufsgruppen verläuft. Übergänge von sachlich-fachlicher zu rechtlicher Konfliktbearbeitung treten wesentlich häufiger auf als Übergänge in umgekehrter Richtung. Daher wird die Geschäftsbelastung der Gerichte bereits wesentlich vom Funktionieren dieser ersten Schnittstelle beeinflußt.

12. Pilotstudie zur Praxiserprobung von Vermittlung (Mediation) in streitigen Familiensachen[28]

Mit dieser vom Bundesministerium der Justiz und dem damaligen Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen, und Gesundheit in Auftrag gegebenen und von Professor *Proksch* (Evangelische Stiftungsfachhochschule Nürnberg) betreuten Studie wurden exemplarische Formen einvernehmlicher Streitregelungen im Bereich des Familienrechts, die unter dem geltenden Recht (SGB VIII) zu realisieren sind, entwickelt und vorläufig überprüft.

Die Ergebnisse waren ermutigend: Das beim Jugendamt Erlangen angesiedelte Modellprojekt betraf die Streitregelung im Bereich des Sorge- un Umgangsrechts in 51 zufällig ausgewählten Fällen aus der Zeit von April bis November 1991. Dabei wurde 27 der betroffenen Elternpaare Vermittlung (Mediation) als Hilfe zur Selbsthilfe bei der Konfliktlösung angeboten, 24 Elternpaare erhielten herkömmliche Beratung. Die freiwillige Vermittlung wurde von fast 90% der Betroffenen positiv eingeschätzt und führte in 48% der Fälle zu einer tragfähigen einvernehmlichen Regelung. In der Vergleichsgruppe (Elternpaare mit herkömmlicher Beratung) wurden lediglich in 20% der Konflikte einvernehmliche Regelungen getroffen.

13. Begleitforschung zum Modellversuch: "Praxiseinführung eines Modellkonzeptes kooperativer Vermittlung (Mediation) zur Förderung einvernehmlicher Sorgerechts- und Umgangsrechtsregelungen in streitigen Familiensachen"[29]

Auf der Grundlage der vorstehend beschriebenen Pilotstudie findet ein auf drei Jahre angelegter Modellversuch an verschiedenen Orten Bayerns und Thüringens statt, den das Bundesministerium für Familie und Senioren finanziert. Begleitend hat das Bundesministerium der Justiz bei Professor *Proksch* eine rechtstatsächliche Untersuchung in Auftrag gegeben, die ermitteln soll, in welchen Fällen und in welchem Maße die Scheidungsfolgenvermittlung zu einer Entlastung der Familiengerichtsbarkeit führt. Das Projekt wird noch 1994 abgeschlossen.

14. Bagatelljustiz? Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und empirische

[28] *Proksch*, Pilotstudie zur Praxiserprobung von Vermittlung (Mediation) streitiger Familiensachen, noch unveröffentlichter Schlußbericht, Nürnberg 1991; vgl. auch *Krabbe*, Scheidung ohne Richter - Neue Lösungen für Trennungskonflikte, rororo - Sachbuch 8882, Reinbek 1991.

[29] *Proksch*, Begleitforschung zur Praxiseinführung eines Modellkonzeptes kooperativer Vermittlung (Mediation) zur Förderung einvernehmlicher Sorgerechts- und Umgangsrechtsregelungen in streitigen Familiensachen, unveröffentlichte Forschungskonzeption, Nürnberg 1992.

untersuchung zur Einführung des vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht.[30]

Der rechtshistorische Teil der Studie von Professor *Wollschläger* (Universität Bielefeld) analysiert die Erwägungen, die für die Abschaffung früher praktizierter vereinfachter zivilgerichtlicher Verfahren maßgeblich gewesen sind. Die gutachterlichen Empfehlungen für den Anwendungsbereich und die Ausgestaltung eines auf eine Instanz beschränkten vereinfachten Verfahrens bauen zusätzlich auf rechtsvergleichenden und rechtstatsächlichen Untersuchungen auf.

Der empirische Teil der Studie zeigt, daß Verfahren bis zu einem Streitwert von 1.000 DM schon nach dem Regelprozeßrecht sehr zügig und mit geringem Aufwand erledigt werden. Ein vereinfachtes Verfahren "nach Ermessen" würde daher erst bei Streitwerten über 1.000 DM zu einer nennenswerten Prozeßbeschleunigung und Entlastung der Amsgerichte führen.

Die Untersuchungsergebnisse sind in die Beratungen zum Rechtspflege vereinfachungsgesetz[31] eingeflossen, deren Ergebnis allerdings den Empfehlungen des Gutachters widerspricht: § 495 a ZPO läßt ein Verfahren nach billigem Ermessen bis zu einem Streitwert von 1.200 DM zu.

15. Summarischer Rechtsschutz als Alternative zum Normalverfahren[32]

Auch eine Reform des einstweiligen Rechtsschutzes könnte möglicherweise zu einer weiteren Verbesserung der Effektivität der Rechtspflege beitragen. Erste Reformansätze sollten durch diese Studie erarbeitet werden, die ausländischen Modelle wie das niederländische Kort Geding[33] und das französische Referé-Verfahren[34] darstellt und bewertet und ein ergänzendes rechtstatsächliches Forschungsprogramm konzipiert.

Die Professoren *Blankenburg* (Vrije Universität Amsterdam) und *Leipold* (Universität Freiburg) schlagen vor,

- die Möglichkeiten von Zahlungsverfügungen bei eindeutiger Sach- und Rechtslage auch im selbständigen Beweisverfahren zuzulassen,
- im einstweiligen Verfahren bei den auf Leistung lautenden Verfügungen eine obligatorische mündliche Verhandlung vorzusehen,
- eine besondere Zuständigkeit für Eilverfahren zu schaffen und die Anrufung dieses Spruchkörpers bei klarer Sach- und Rechtslage durch eine Partei und im übrigen einvernehmlich durch beide Parteien zuzulassen sowie,
- diese Vorschläge, soweit sie bereits unter dem geltenden Recht realisiert werden können, in Modellversuchen zu erproben und auszuwerten.

Die rechtsvergleichenden Untersuchungen wurden inzwischen auf die Schweiz und Großbritannien ausgedehnt.

16. Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters (§ 348 ZPO) [35]

Die von Professor *Rottleuthner* (Freie Universität Berlin) durchgeführte Untersuchung sollte die Gründe für die regional extrem unterschiedliche Nutzung der Möglichkeit der Übertragung eines Rechtsstreits auf den Einzelrichter am Landgericht (§ 348 ZPO) aufspüren und die Auswirkungen einer Übertragung bzw. Nicht-Übertragung hinsichtlich des Verfahrensablaufs und -ergebnisses aufzeigen. Sie führt zu folgenden Resultaten:

Die Tatbestandsmerkmale des § 348 ZPO a.F. erklären die Praxis des Einzelrichter-Einsatzes nur zu einem geringen Teil. Gerichts- und kammerspezifische Merkmale und Traditionen spielen ebenso eine Rolle wie persönliche Eigenarten der Kammermitglieder. Die Erledigungsgeschwindigkeit ist teils beim Einzelrichter, teils bei der Kammer höher. Kammern mit höher Einzelrichter-Quote erledigen Verfahren etwas schneller als Kammern mit geringer Einzelrichter-Quote. Die Vergleichs- und die Berufungsquote liegt beim Einzelrichter höher als bei der Kammer. Kammern, die mehr Rechtsstreite auf Einzelrichter übertragen, erreichen insgesamt mehr Vergleiche als Kammern mit niedriger Einzelrichter-Quote. Zwischen der Berufungsquote und dem Grad des Einzelrichter-Einsatzes der verschiedenen Kammern besteht kein systematischer Zusammenhang.

Professor *Rottleuthner* referierte die Untersuchungsergebnisse in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages zum Rechtspflege-Entlastungsgesetz. Die Neufassung des § 348 Abs. 1 ZPO durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz[36] sieht nunmehr als Regelfall die Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter vor.

17. Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik[37]

Rechtsvergleichende, rechtshistorische und rechtstatsächliche Analysen zur Konzeption eines Forschungsplanes für gezielte, reformvorbereitende Untersuchungen im Bereich der Rechtsmittel im Zivilprozeß arbeitete Professor *Gilles* (Universität Frankfurt am Main) aus.

Er empfiehlt die vordringliche Bearbeitung folgender Forschungsfelder:

- Beeinflussung der Rechtsmittelursachen (Nachfragesteuerung),
- Rationierung und Rationalisierung der Rechtsmittel (Angebotssteuerung) sowie

(30) *Wollschläger*, Bagatelljustiz? Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und empirische Untersuchung zur Einführung des vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht, in: *Blankenburg/Leipold/Wollschläger* (Hrsg.), Neue Methoden im Zivilverfahren, Köln 1991, S. 13-108.
(31) vom 17. Dezember 1990, Bundesgesetzblatt I, S. 2847.
(32) *Blankenburg/Leipold*, Summarischer Rechtsschutz als Alternative zum Normalverfahren? in: *Blankenburg/Leipold/Wollschläger* (Hrsg.), Neue Methoden im Zivilverfahren, Köln 1991, S. 109-123.
(33) Vgl. dazu auch *Blankenburg*, Das Kort Geding im niederländischen Zivilprozeßrecht, in: *Blankenburg/Leipold/Wollschlager* (Hrsg.), Neue Methoden im Zivilverfahren, Köln 1991, S. 125-142.
(34) Vgl. dazu *Weber*, Das Reféré-Verfahren in Frankreich,in: *Blankenburg/ Leipold/Wollschläger* (Hrsg.), Neue Methoden im Zivilverfahren, Köln 1991, S. 143-180, sowie ders., Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtsschutz in Deutschland und Frankreich, Köln 1993.
(35) *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters, Köln 1992.
(36) Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 (Bundesgesetzblatt I, S. 50).
(37) *Gilles*, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, Köln 1992.

– Modellentwürfe nach rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Arbeiten.

Eine Untersuchung zum erstgenannten Forschungsfeld (Nachfragesteuerung/ Rechtsmittellursachen) ist inzwischen in Angiff genommen.

18. Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung[38]

Eine Forschungsruppe der Universität Gießen unter Leitung der Professoren *Jagodzinski und Raiser* überprüfte die Annahme, daß Rechtsschutzversicherte häufiger, hartnäckiger und mit unsichereren Erfolgsaussichten prozessieren als nicht Rechtsschutzversicherte. Ihre Untersuchung beinhaltet eine Befragung von Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen, die Analyse von Anwaltsakten zu Mandaten mit und ohne Deckungszusage aus den Bereichen Zivilrecht, Arbeitsrecht, Verkehrsstrafrecht und Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht sowie eine Analyse von Gerichtsakten der genannten Sachgebiete mit ergänzender Befragung von Richterinnen und Richtern. Die wesentlichen Ergebnisse, die die Resultate einer älteren, auch im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz erfolgten Studie von *Blankenburg/Fiedler*[39] größtenteils bestätigen, lauten:

In Verkehrsordnungswidrigkeiten- und Verkehrsstrafsachen nehmen Rechtsschutzversicherte im Vergleich zu anwaltlich vertretenen nicht Versicherten die Gerichte häufiger, hartnäckiger und mit geringerem Erfolg in Anspruch. Allerdings bewegen sich die Differenzen zwischen den Einspruchs-, Klage- und Erfolgsquoten beider Gruppen lediglich in einer Größenordnung um 10%.

In allgemeinen Zivilsachen erweisen sich Rechtsschutzversicherte zwar als klagefreudiger und hartnäckiger, erzielen aber gleichwohl nicht weniger Prozeßerfolge als die anwaltlich vertretenen nicht Versicherten. Die von den Versicherten zusätzlich vor die (Berufungs-) Gerichte gebrachten Sachen zeichnen sich demnach nicht durch gesteigerte Prozeßrisiken aus.

In Arbeitsgerichtssachen finden sich bei Kündigungsschutzverfahren keine nennenswerten und bei Leistungsansprüchen wieder nur geringe (Größenordnung 5 bis 10 %) Differenzen der Klage- und Erfolgsquoten von Rechtsschutzversicherten und nicht Versicherten.

19. Organisation der Staatsanwaltschaften

Schließlich ergab sich die Möglichkeit, parallel zu einem international vergleichenden Projekt des niederländischen Justizministeriums die bislang noch fehlende Untersuchung über die Organisation der Staatsanwaltschaften Ende 1993 in Angriff zu nehmen.[40] Entsprechend den Studien zur Organisation der Gerichte hat sie u.a. die

[38] *Jagodzinski/Raiser/Riehl*, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, Eine empirische Untersuchung, Köln 1994; vgl. auch *dieselben*, Rechtsschutzversicherung und Streitverhalten, Neue Juristiche Wochenzietschrift (NJW) 1993, S. 2769-2778.

[39] *Blankenburg/Fiedler*, Die Rechtsschutzversicherungen und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte, Tübingen 1981.

[40] *Blankenburg/Fiedler*, Die Rechtsschutzversicherungen und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte, Tübingen 1981.

Aufgabenstruktur- die Ablauforganisation, den Einsatz technischer Hilfsmittel sowie die Personalwirtschaft und -führung zum Gegenstand.

III. Evaluierung der SAR-Projekte und ihrer Umsetzung

Am Ende des ersten Abschnitts der SAR steht schließlich eine Evaluationsuntersuchung, die die bisherigen SAR-Projekte und deren Umsetzung im Gesamtzusammenhang darstellt und bewertet und damit auf möglicherweise erforderliche künftige Forschungsschwerpunkte hinweist. Folgende Untersuchungsbereiche liegen dieser Studie zugrunde, wobei der Informationstechnik ein besonderes Gewicht zukommt:[41]

– Darstellung der bisherigen Maßnahmen zur Umsetzung der SAR-Ergebnisse seitens des Bundes, der Länder und der Verbände, Erörterung dieser Ansätze in ihrer Gesamtheit mit den Ländern und den Verbänden und Abschätzung der Gesamtwirkung dieser Umsetzungsmaßnahmen,

– Befragung von Angehörigen der betroffenen Berufsgruppen zu ihren Bewertungen der Untersuchungsergebnisse und Empfehlungen sowie zu ihren Erfahrungen mit bisherigen Umsetzungsversuchen,

– Vornahme einer Gesamtbewertung des ersten Abschnittes der SAR und Entwicklung von Forschungsperspektiven in einer Diskussion mit Ländern, Justizverbänden und Wissenschaftlern.

Es wird wichtig sein, dabei Bewertungen, Erfahrungen und Zielvorstellungen der einzelnen Beteiligten aufeinander zu beziehen, um im Anschluß die mögliche Aufgabenverteilung zwischen dem Bundesministerium der Justiz, den Ländern und den Verbänden bei einem eventuellen zweiten Abschnitt der SAR vorläufig definieren zu können. Die Jahre 1995 und 1996 sollen für eine intensive Diskussion der Gesamtergebnisse und ihrer ersten Umsetzungen durch Praxis und Wissenschaft genutzt werden.

C: Ausblick

Ich hoffe, daß Ihnen nicht nur die Konturen einer modernen rechtsstaatlichen Justiz in der Bundesrepublik Deutschland - vielleicht einer Justiz 2000 - vor Augen stehen, sondern auch der Beitrag der empirischen Rechtsforschung hierfür deutlich geworden ist; denn ohne den Forschungsansatz der SAR wären diese Konturen nicht entstanden! Erst die Hinterfragung von Justizorganisation, Verfahrensregelungen und Schnittstelle gerichtliche/außergerichtliche Konfliktlösung hat Mängel der Rechtspflege in der Rechtswirklichkeit Deutschlands deutlich werden lassen. Die Justizstrukturreform-Diskussion in Rechtswissenschaft und Rechtspolitik kann beginnen und damit einen Beitrag für eine Modernisierung des Rechtsstaats leisten. Denn eines ist gewiß: die Probleme des Rechtsstaats lassen sich immer weniger durch bloße Rechtsetzung lösen. Auch organisatorische und konfliktsoziologische Innovation sind gefragt.

[41] *Prognos AG*, Untersuchungskonzeption "Evaluation des ersten Forschungsabschnitts der Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR), Basel 1993, unveröffentlicht.

Dieter Strempel

Abstract

A State based on the Rule of Law has to endure the tension between legal norms and the legal reality exposed by legal facts research. For the Federal Republic of Germany this is illustrated by the research theme Structural analysis of the Administration of Justice (SAAJ) conceived by the Federal Ministry of Justice in the mid eighties. Here results are presented from the 19 individual investigations, one building on the other, in the domains of organisation, interface between non-judicial and judicial conflict resolution and procedural law. Evaluation of SAAJ projects and implementation of their results is well under way in the justice system. Thus the legal policy and scientific discussion of structural reform in the justice system has started, making a contribution towards modernisation of the State based on the Rule of Law. An example for Turkey and further establishment of legal facts research?

Dieter Strempel

Federal Almanya'da Yargının Yapısal Analizi Çerçevesinde Yapılan Araştırmalar Örneğinde Görgül Hukuk Araştırmasının Hukuk Devletindeki Hukuk Politikası ve Hukuk Dogmatiği Açısından Önemi

(Çeviren: Füsun Uyanış)

Türkiye'de hukuk sosyolojisi konusunde bir tebliğ vermek gerektiğinde, Ernst E. Hirsch'in bu alanda elde ettiği yol gösterici bilgileri ve onun ilham veren fikirlerini anımsatmadan geçmek mümkün değildir. Hirsch, bu bilgileri 1933-1952 yılları arasında yaklaşık 20 yıllık araştırmaları çerçevesinde İstanbul ve Ankara Üniversitelerinde elde etmiştir. O, sizin ülkenizde, Türk üniversite öğrencilerine öğrettiği yasa hukukunun sosyal yaşamı neredeyse hiç etkilemediğinin ve sosyal yaşamın hâlâ eski doğu hukuku zihniyetinde sürdüğünün bilincine varmıştır. Hukukun idealliği ve hukukun realitesi teorisi buradan doğmuştur. Hirsch, Almanya'ya dönüşünden sonra hukuk sosyolojisini yeniden kuranlardan biridir. Özgür Berlin Üniversitesi'nde, halen Hubert Rottleuthner tarafından yönetilen, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuksal Olgular Araştırması Enstitüsü kurulmuştur. Hirsch tarafından daha da geliştirilen bilgiler, görgül araştırmaların bilimsel temelleri konusunda düzenlenen bu sempozyum ile yeniden Türkiye'ye taşınmaktadır. Daire böylece kapanmaktadır. Dilerim, bu olay, görgül hukuk araştırmasını sizin Üniversitenizde de kurumlaştırmaya katkıda bulunur.

A. Görgül Hukuk Araştırması Hakkında

Görgül hukuk araştırması, hukuksal olgular araştırmasının daha çok pratik yönünü, hukuk sosyolojisinin ise, daha çok teorik yönünü kapsamaktadır[1] . Bu kavram, hukukçular ile sosyologların birlikte ve yanyana çalıştıkları alanı ifade etmektedir. Henüz 1906 yılında Kantorowicz, bu alanda birlikte çalışmak gerektiğini, Kant'a benzer şu sözlerle ifade etmiştir: "Sosyolojiden soyutlanmış dogmatik boştur, dogmatikten soyutlanmış sosyoloji kördür"[2] . 1972 yılında Klenner, Kelsen'in "hukukun her türlü problemini hukukun kendisinde aramak ve hukukun kendi içinde çözmek isteyen" saf hukuk öğretisini eleştirirken, tümüyle farklı toplumsal ve siyasi koşullar altında, hukukun boşluğu (Rechtsleere) ve hukuk öğretisi (Rechtslehre) kavramlarını karşı karşıya koyar[3] . Demokratik Alman vatandaşı olan aynı yazar, daha sonra, 1992'de "DDR" de hukuk biliminin gelişimi hakkında"ki bir tebliğinde, oradaki hukuk disiplininin deformasyonunu, bu ülkedeki hukuk sosyolojisinin olağandışı azgelişmişliğine bağlamaktadır. Çünkü, hukuki disiplinler içinde özellikle de hukuk sosyolojisi gerçek ile sürtüşmesi gereken bir disiplindir ve yaşadığı toplumun çelişkilerinden uzak duran bir teorisyen, gerçi rahat yaşar, ama er ya da geç bilgiyi metodik olarak geliştirme ve ilerletme işlevini yerine getiremez hale gelir[4] .

---

(1) *Raiser,* Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch, Frankfurt 1987; *rehbinder,* Rechtssoziologie, 3. Bası, Berlin/New York 1993; *Röhl,* Rectssoziologie, Ein Lehrbuch, Köln 1987.

(2) *Kantorowicz;* Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, yeni bası 1962, s. 139.

(3) *Klenner,* Rechtsleere - Verurteilung der Reinen Rechtslehre, Berlin 1972, s. 26.

(4) *Klenner,* Zur Entwicklung der Rechtswissenschaft der DDR. Annäherungen, Wirtschaftsrecht 1993, s. 1-4.

Yalnızca yakın geçmişte değil, fakat daha yüzyılımızın başlarında, gerçeklikten ve siyasetten soyutlanmışlığın hukukun gelişimini ne kadar olumsuz etkilediği görülmüştür. Bu husus, 1900-1914 yılları arasında Almanya'da, yasaya bağlılık ve yargıcın bağımsızlığı konusunda, menfaatler içtihadı ve serbest hukuk okulu tarafından, kavramlar içtihadı ve tarihçi okula karşı yürütülen metodik tartışmaya yol açmıştır[5] . Ancak bu tartışma, Almanya'da, nasyonal sosyalizmin hukuk ideolojisine meşruluk kazandırabilen en kötü bir hukuk pozitivizmine neden olmuştur! Öte yandan, siyasetin karşısında hukuk olmaması halinde hukuk devletini hangi tehlikelerin beklediğini, başka bir vesile ile şu şekilde ifade ettim[6] : Çünkü, siyaset ile hukuk arasında, yalnızca hukukun siyaset için taşıdığı anlam değil, fakat aynı zamanda siyasetin hukuk içindeki anlamı ve önemi bakımından karşılıklı bir ilişki bulunmaktadır. Hukuk devletinin, hukuk bilimi/hukuk uygulaması/görgül hukuk araştırması/yasama'nın oluşturduğu güçler- paralel kenarında hukuk politikasının da yeri vardır. Hukuk bilimi, hukuk uygulaması ve hukuk politikası çalışmalarında farklı yöntem ve şekillerde - sistematik olarak, münferit olayda, birden fazla olayda - sosyal olgular hakkında (politik) değer yargılarına vardığı halde; görgül hukuk araştırması bu olguları, sözkonusu karar organlarının alışılagelmiş teorilerinin mümkün kıldığından daha isabetli sonuçlara ulaşan sosyal-bilimsel yöntemlerle ortaya koyabilir.

İşte, hukuk normu ile hukuki gerçeklik arasındaki bu gerilim, Adalet Bakanlığı'nın 80'li yılların ortalarında tasarladığı, yargının yapısal analizi (YYA) başlıklı araştırma konusunun da temelini oluşturmaktadır[7] .

B. Yargının Yapısal Analizi (YYA)

I. YYA'nın Hedefleri ve Akışı

80'li yılların başlarında Adalet Bakanlığı bünyesinde, münferid yasama projeleri vesilesi ile hukuksal olgulara ilişkin bulgulara ulaşmak için, iş sahaları ile sınırlı bir araştırmanın yanısıra; yargının bir bütün olarak ele alındığı ve bu bütün içindeki ilişkilerin araştırıldığı bir dizi birbiri ile bağlantılı inceleme yapılması da düşünülmüştür. Bu bağlamda yargı'dan anlaşılan, mahkeme içinde ve mahkeme dışında cereyan eden ve hukuki uyuşmazlıkların giderilmesi için yapılan hukuki hizmetlerin tümüdür. Hedef, yapısal bir analiz, yani yargının yapısının, unsurlarının ve bunların arasındaki bağlantının belirlenmesi idi. Bu konuda ele alınacak unsurlara, esas itibariyle kuruluşlar, kişiler ve onların faaliyetleri, hukuki uyuşmazlığın konuları ve nihayet, diğer unsurlar arasındaki bağlantının türünü ve şeklini tek başına veya diğer unsurlarla birlikte belirlemekte olan hukukun kendisi dahildir. Araştırma programı, önceden belirlenmiş olan hukuk politikasına ilişkin bir reform taslağına bağlı kılınmış olmayıp, mevcudun sayımını elde etmeye yönelikti.

---

[5] *Gaengel/Mollnau* (hazırlayanlar), Gesetzesbindung und Richterfreiheit, Freiburg, Berlin 1992, s. 295 vd.

[6] *Strempel*, Zum Begriff "Rechtspolitik" - Enststehung, Bedeutung und Definition, Recht und Politik (RuP) 1987, s.12-18.

[7] Bu konuda karş. *Strempel*, Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland- Dokumentation und Bezugspunkte einer Strukturanalyse, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1986, s.242-262; ayrıca Zeitschrift für Rechtssoziologie dergisi Schwerpunktheft 2/1991, s.187-326.

Bu programın temel soruları şunlardı:

- Hukuksal korunma çabuk, kısıtlamasız, anlaşılır, saydam ve kabul edilebilir sonuçlarla sağlanmakta mıdır?
- Nerede, hangi açıklar vardır?
- Hangi seçenekler düşünülebilir?

Bu temel soruları ayrıştırmak gerekiyordu. Yasakoyucunun, yargıyı eldeki olanaklar ile en iyi duruma getirebilmek için dayanabileceği bazı merkezi konular belirlenmeliydi. Diğer bir deyişle, araştıma programının hedefi, örneğin toplumda varolan uyuşmazlık potansiyeline ilişkin sosyal-bilimsel ilk verilerin araştırılması değildi. Burada amaç, değiştirildiğinde yargıyı iyileştirici bir etki göstermeyi vaadeden bazı anahtar faktörleri uygulama açısından analiz etmekti.

Bu araştırmanın planlanması aşaması, adli yargının iş yükü hakkında SPD-fraksiyonu tarafından, 13. Temmuz 1984 tarihinde Alman Parlamentosuna sunulan ve büyük ölçüde, yargının yapısal analizi konusunda bahsi geçen temel sorulara ilişkin olan yazılı soruya denk geldi[8] . Hükümetin verdiği 746 sayfalık kapsamlı cevapta[9] , esas itibariyle, yapısal analiz konusunda Adalet Bakanlığı bünyesinde yapılan ön çalışmalar toplanmıştı. Soru ve cevap, iktidar ile muhalefet arasında araştırma programı konusunda varolan görüş birliğini ortaya koymaktaydı.

Adalet Bakanlığı bünyesinde yargı konusunda yürütülen ön çalışmaları tamamlamak üzere, Ekim 1987'de Basel'deki Avrupa Uygulamalı İktisadi Araştırmalar Merkezi, PROGNOS'tan YYA'ya ilişkin olası sorular hakkında bir katalog oluşturulmasını istemiştir. PROGNOS'un önerileri ile Bakanlık, federal yargı kuruluşları ve yargı dernekleri arasında süregelen görüşmeler sonucunda özellikle irdelenmesi gereken üç inceleme sahası öne çıkmıştır.

- Mahkemelerin ve yargılama akışlarının organizasyonu: Yargıç/savcı/yargı teşkilâtı bünyesinde çalışan diğer görevlilerin çalıştığı alanlar ile bunların dışında kalan alanlarda, mahkemelerdeki iş akışını iyileştirmek için hangi olanaklar vardır (özellikle de Elektronik Bilgi İşlem (EBİ) kullanımı dikkate alınarak)?
- Mahkeme içi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün kesişme noktası: Mahkeme öncesi- ve mahkeme dışı alanlarda faaliyet gösteren kuruluşların ve meslek gruplarının filtreleme (eleme) etkisi ne kadar kuvvetlidir? Mahkeme önüne götürülüp, orada çözümlenmemeleri daha akılcı olacak davalar var mıdır?
- Yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler: Yargılama hukukunda yapılacak değişiklikler ile, yargılamanın hızlandırılması ve etkinliğinin artması sağlanabilir mi?

Bu sorular, birden çok, kısmen biri diğerinden elde edilen sonuçları esas alan bir sistemle incelenmiştir. Şimdilik, araştırma programının sonu, bu güne kadar elde edilen yapı taşlarının bir bütün olarak oluşturdukları "yargı sistemi" yapısının kaba resminin incelenmesine ilişkin bir "değerlendirme araştırmasıdır".

---

[8] Bundestagsdrucksache 10/1739

[9] Bundestagsdrucksache 10/5317

YYA'nın birinci bölümünde anılan üç araştırma alanında bugüne kadar 20'den fazla inceleme başlatılmıştır. 1988-1994 bütçe yıllarında bu araştırmaya 4.228.000 DM ayrılmıştır. Her bir incelemeye danışmanlar ve projeye çalışma grupları tarafından eşlik edilmiştir.

1988 yılında araştırma programı başladığında, yeni eyaletlerin Federal Almanya'ya katılmaları henüz öngörülebilir değildi. Araştırma tasarımının açıklığı, temelden değişen siyasi duruma uyum sağlanmasında ve YYA araştırmalarının yeni eyaletlerde de yürütülmesine izin vermekte idi[10] . Burada öncelikle, organizasyon konusu öne çıkmakta idi. "Yeni eyaletlerin mahkemeler teşkilatı"[11] konulu araştırmanın amacı, eski eyaletlerde yapılan araştırmalarda teşkilata ilişkin olarak belirlenen bazı zayıf noktalardan, yeni eyaletlerde yargının yeniden kurulması sırasında en baştan kaçınılmasını sağlayacak yolların bulunması idi. "Yeni eyaletlerde mahkemelerin öngörülebilir iş yükü" [12] konulu araştırma ile - eldeki verilerin yetersizliğine rağmen- çeşitli yargı kollarındaki iş yükü hakkında orta vadeli bir tahminde bulunulmuştur. "Toplu yargıçlı mahkemelerin teşkilatı ve adli yargıdaki kanunyolları" [13] konulu araştırma, yeni eyaletlerden birinde kurulu bir bölge mahkemesini de kapsamakta idi. Araştırma alanı "Kesişme Noktası"na ilişkin olan iki inceleme ile, eski ve yeni eyaletlerin çeşitli bölgelerinde genel olarak medeni hukuk[14] ve aile hukuku[15] alanlarında mevcut olan mahkeme öncesi danışma ve uzlaştırma manzaraları karşılaştırılmıştır.

Bu konu özellikle ilgi çekicidir, çünkü eski ve yeni eyaletlerde, uyuşmazlıkların halli konusunda farklı kültürlerin varolduğuna dair ipuçları vardır. Eskiden DDR'de, hukuki uyuşmazlıkların büyük bir bölümü "normal" yargının dışında çözümlenmekte idi. Öte yandan, mahkemeler de etrafli hukuki danışmanlık hizmeti vermekde idiler. Bugün bile, danışma ve mahkeme öncesi- ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümüne olan talep, eski eyaletlere kıyasla, yeni eyaletlerde daha fazla gibi görünüyor.

II. YYA Sonuçlarının Uygulamaya Geçirilmesi

[10] *Strempel/Van Raden,* Forschungsergebnise der Strukturanalyse der Rechtspflege und ihre Bedeutung für die Justiz in den neuen Bundesländern, Neue Justiz (NJ) 1991, S. 138-143.

[11] *Koetz/Frühauf,* Gerichtsorganisation in den neuen Bundesländern, henüz yayınlanmamış son-rapor, Düsseldorf 1991. *Kienbaum* İşletme Danışmanlığı'nca yürütülen araştırma, 1994 yılında, Bundesanzeiger-Verlag tarafından "Rechtstatsachenforschung" dizisinin "Justiz im Umbruch" isimli ortak kitabta yayımlanacaktır.

[12] *Wolff/Stock/Blankenburg,* Die absehbare Geschäftselastung der Gerichte in den neuen Bundesländern, henüz yayınlanmamış son rapor, Basel 1991. Prof. Blankenburg'un (Vrije Üniversitesi, Amsterdam) danışmanlığında Prognos AG tarafından yürütülen bu araştırmada "Justiz im Ubruch" isimli ortak kitapta, Bundesanzeiger-Verlag, Köln tarafından yayınlanacaktır.

[13] *Koetz/Werner/Hagener/Löw,* Organisation der Kollegialgerichte und des Instanzenzuges der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Köln 1993.

[14] *Prognos AG* "Schnittstellen von außer- und innergerichtlicher Konfliktbearbeitung im Zivilrecht - Bestandsaufnahme und Probleme in den neuen Bundesländern verglichen mit den Erfahrungen in den alten Bundesländern", henüz yayınlanmamış sonrapor, Basel 1993.

[15] Prof. Dr. *Roland Proksch* (Protestan Vakıf Yüksek Okulu, Nürnberg) tarafından yürütülen bu araştırma, Aile ve Yaşlılar Bakanlığı'nca desteklenen "Çekişmeli aile meselelerinde velayet ve bakım hakkı konularında uzlaşma sağlanmasında işbirlikçi aracılığın (Mediation) teşvikine ilişkin model-tasarımının uygulamaya geçirilmesi" konusunda uzun vadeli ve bölgeler-üstü model-deneyinin aile hukukundan doğan davalara bakan mahkemelere ilişkin değerlendirilmesini içermektedir. Bu konuda karş. *Proksch*, Scheidungsfolgevermittlung (Divorce Mediation), FamRZ 1989, s.916 vd.

"Organizasyon" alanında elde edilen sonuçların uygulamaya geçirilmesi, büyük ölçüde, eyaletlerin yasama ve idare yetkileri içinde kalmaktadır; kesişim noktası alanında elde edilen sonuçların uygulamaya geçirilmesi ise kısmen federal hükümeti, kısmen de eyaletleri ilgilendirirken; yargılama usulü alanında elde edilen sonuçların uygulamaya geçirilmesi de, yine büyük ölçüde federal hükümetin işidir. Adalet Bakanlığı, tüm YYA Projelerine ilişkin son raporları "Hukuksal Olgular Araştırması" dizisinde yayımlamıştır.

Eyalet Adalet Bakanları'nın Mayıs 1992 yılındaki 63. konferansı, Hessen eyaletinin teklifi üzerine "yargıda yapısal değişimler" konusunda çalışmak üzere eyalet yargı idarelerinden oluşan bir çalışma grubunu görevlendirmiştir. Burada, özellikle çağdaş bilgi iletişim tekniği kullanımının, yargının çalışma hayatında yol açtığı değişimlerin incelenmesi ön plandadır.

Bundan sonraki açıklamalarda, YYA-Projelerinin, hukuk uygulaması ve hukuk devleti için taşıdıkları büyük önemi ortaya koyan sonuçlar üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

1. Sulh Mahkemelerinin Organizasyonu[16]

Bu incelemenin amacı, Sulh mahkemelerinin organizasyon yapılarının ve işlemlerinin zayıf noktalarının belirlenmesi ve yargılamaların hızlandırılması konusunda öneriler geliştirilmesi idi. Kienbaum girişim danışmanlığı kuruluşunun danışmanlığı altında yürütülen bu araştırmanın başlıca sonuçları kısa başlıklar halinde şöyledir.

Aşırı işbölümü iş akışını geciktirmektedir. Böylece, dava dosyalarının adliye içersinde taşınıp durmaları nedeniyle, hükme bağlanan her davada en az 29 işgünü kaybedilmektedir. Elektronik bilgi işlem cihazlarındaki yetersizlik, aynı verilerin birden çok defa ve zahmetle kayda geçirilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Girişimci firmalar, bu konuda, yetkili birimin görevleri ile küçük çapta yazım işlerini entegre elektronik bilgi işlem kullanımı sayesinde helledebilecek olan ve yargıçların yakınına yerleştirilecek bir "Servis-ünitesinin" kurulmasını önermektedirler.

2. Yeni 5 Eyaletteki Mahkeme Organizasyonu[17]

Bu araştırma, yukarıda 1.'de açıklanan incelemenin tamamlayıcısı olarak anlaşılmalıdır. Şu sonuçlar elde edilmiştir:

Şubat/Mart 1991'de yeni eyaletlerde yargının organizasyonu aşağıdaki görünümdeydi: Adliye binaları kısmen kullanılamaz durumda idi. Ayrıca, geleneksel büro malzemeleri (fotokopi makinası, daktilo vs.) de kötü durumda idi. Aynı mahkemenin çeşitli işlevlerinin, çok sık birbirinden ayrı ve değişik mekânlarda görülmesi nedeniyle, aşırı işbölümünün evvelce eski eyaletlerdeki sulh mahkemeleri bakımından belirlenen olumsuz sonuçları, daha da artmıştı. Biraz da personel sayısının ve iş yoğunluğunun az olması sebebiyle, yetkili birimler şaşırtıcı bir biçimde iyi çalışmakta idiler.

Bilirkişiler, yargının ayakta kalmasını sağlamak üzere, kısa vadede, devralınan personelin kısmen ve yaptıkları görev konusunda eğitilmesini, daha çok sayıda eski

[16] *Koetz/Frühauf,* Organisation Der Amtsgerichte, Köln 1992 (*Kienbaum*-Araştırması Olarak Anılmaktadır).

[17] *Koetz/Frühauf,* Gerichtsorganisation in den 5 neuen Bundesländern, henüz yanımlanmamış sonrapor, Düsseldorf 1991

eyaletlerden gelen personel çalıştırılmasını, bireysel olarak çalışılan yerlerde geçici bir süre için entegre olmayan elektronik bilgi işlem cihazlarının kullanılmasını ve temel büro malzemesinin iyileştirilmesini önermektedirler. Orta vadede ise, devralınan personelin kapsamlı olarak eğitilmesi, personel açığının giderilmesi ve elektronik bilgi işlem donanımının geliştirilmesi, yolu ile bir iyileştirmeye gidilmesi gerekmektedir. Nihayet uzun vadede, eski eyaletlerde sulh mahkemeleri için getirilen iyileştirme önerileri doğrultusunda, yeni eyaletlerdeki yargı organizasyonunu ve iş akışını en iyi düzeye çıkarmanın mümkün olabileceği belirtilmektedir.

3. Yeni eyaletlerde mahkemelerin öngörülebilir iş yükü[18]

Bu araştırma projesi, münferit yargı kollarında uzun vadede beklenebilir olan iş yükü, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü yollarına olan gereksinim ve çıkış noktalarına ilişkin öngörüleri içermektedir. Bu inceleme, a priori, yeni eyaletlerde kişi başına doğacak iş yükünün uzun vadede benzer nüfusa sahip eski eyaletlerdeki iş yükü seviyesine ulaşacağı varsayımından hareket etmektedir. Bu varsayımdan hareketle, 2000 yılına kadar olan zaman dilimi içinde, mali yargı dışındaki tüm yargı kollarında, farklı zamanlarda ortaya çıkması ve uzun vadede öngörülen seviyenin üzerinde olması beklenilen maksimum iş yükü artışları olacağı tahmin edilmektedir.

4. İdare mahkemelerinin organizasyon yapılarının karşılaştırmalı olarak incelenmesi[19]

Wibera tarafından yapılan bu araştırma 1. no'lu başlık altında açıkladığımız sulh mahkemesi incelemesi gibi, alışılmış organizasyon yapılarının ve iş akışlarının zayıf noktalarının analiz edilmesine ve daha etkin bir mahkeme organizasyonu için yeni modellerin geliştirilmesine hizmet ediyordu. Bu araştırma da analog sonuçlar verdi:

Aşırı işbölümü, bununla bağlantılı olarak iş yükünde meydana gelen değişimler karşısında yetersiz hareket kabiliyeti ve yetersiz bilgi-iletişim teknikleri işlerin akışını yavaşlatmakta ve çalışanların motivasyonu açısından sorun yaratmaktadır. Mahkemelerin vatandaşa yönelişleri de iyileştirilmeye gereksinim göstermektedir. Bilirkişiler, mahkeme dışı alanda çalışanların, kapsamlı teknik donanıma sahip "Full-Service-Birimleri" oluşturmak üzere biraraya getirilmelerinin yanısıra, yönetimde ve çalışanlarlın sevk ve idaresinde profesyonel yönetim tekniklerinin kullanılmasını önermektedir.

5. Mali mahkemelerin organizasyon yapılarının karşılaştırmalı olarak incelenmesi[20]

İdare mahkemelerine ilişkin incelemeye paralel olarak, mali dava mahkemelerinin yapısal analizi de aynı metod ve plan içerisinde yürütülmüştür. Bu araştırmadan elde edilen sonuçlar ve bilirkişilerce getirilen öneriler, idare mahkemeleri için elde edilen sonuçlarla hemen hemen aynı doğrultudadır.

[18] *Wolff/Stock/Blankenburg*, Die absehbare Geschäftsbelastung der Gerichte in den neuen Bundesländern, henüz yayımlanmamış son rapor, Basel 1991. Yayın için bkz. dn. 7.
[19] *Wibera*, Vergleichende Organisationsuntersuchung, Verwaltungs-/Finanzgerichte, Köln 1991.
[20] *Wibera*, Vergleichende Organisationsuntersuchung Verwaltungs-/Finanzgerichte, Köln 1991.

6. Toplu mahkemelerin ve adli yargıdaki kanun yolları silsilesinin yapısal incelemesi[21]

Bu inceleme, sulh mahkemeleri konusundaki araştırmanın devamında, adli yargı bünyesinde çalışan toplu mahkemelerin, özellikle de bu mahkemelerin idari birimlerinin organizasyon yapıları ve iş akışını aydınlatmış ve, bunun ötesinde kanun yolları silsilesinde varolan yapısal sorunları analiz etmiştir. Sonuç olarak, adli yargıya ait toplu mahkemelerdeki çalışma organizasyonu ve işlerin yürütülüşüne ilişkin organizasyon, sulh mahkemelerine benzer zayıf noktalar taşımaktadır:

Dava dosyalarının sık sık taşınmasına yol açan aşırı işbölümü burada da işlerin akışını yavaşlatmaktadır. Elektronik bilgi işlem donanımı sulh mahkemelerinin üstünde bir seviyede olmakla birlikte, endüstri standartlarının hâlâ çok altındadır.

Eyalet yüksek mahkemeleri bünyesindeki idari birimlerin, adeta kazai birimlerden bağımsız olarak varlıklarını sürdürmeleri, her iki birim arasında, aslında önlenebilir olan sürtüşmelere yol açmaktadır.

Danışman firmalar, Servis-Birimleri kurulmasının yanı sıra, mahkemenin idaresini - idari görevleri de olan yargıçların yerine idari memurlar getirilmesi yolu ile de - profesyonelleştirmeyi ve mahkemelere, parasal kaynakların kullanımında, daha geniş bir hareket sahası tanımayı önermektedirler.

7. Amerika Birleşik Devletlerinde mahkeme yönetimi ve Court-Management[22]

Geçmiş yıllarda, özellikle 60'lı yılların ortalarından bu yana, ABD'de "Court-Manager" (mahkeme yöneticileri) denilen bir meslek grubu ortaya çıkmıştır. Court Manager'ler mahkeme idaresine ilişkin çok yönlü görevleri üstlenmektedirler; bu kişiler, her zaman (eski) yargıçlar ya da genel olarak hukukçular değildir. Bochum Üniversitesi'nden Profesör Röhl'ün Court-Managemenet hakkındaki incelemesi, ABD'deki bu çeşit "profesyonel" mahkeme yönetiminin gelişimi, uygulaması ve deneyimlerini ortaya koymaktadır:

Amerikan modelleri Alman mahkemelerinin yönetimine çeşitli sebeplerle doğrudan doğruya örnek alınamaz. ABD'de büyük ölçüde, bizzat mahkemelerin kendileri tarafından belirlenen yargılama usulleri ile, Alman hukukunda düzenlenmiş olan yargılama usulleri arasındaki farklılık, yargıçların faaliyet alanının çekirdeğinin Amerikan hukukuna göre esas itibariyle çok daha dar bir kapsamda tanımlanmış olması ve yargıç bağımsızlığı konusunun bu iki hukuk çevresinde farklı şekillerde anlaşılması, Amerikan deneyimlerininin Alman yargısına basitçe adapte edilmesini engellemektedir. Bununla birlikte, Court-Manager'ler, yargılama usulü ve yönetim uygulamalarında belirli oranda birlik sağlanmasında ve yargı faaliyetlerinin daha fazla saydamlık kazanmasında etkili olmuşlardır. Yukarıda sözünü ettiğimiz kayıtlamalara rağmen, Court-Management sayesinde kazanılan deneyimlerin bazıları, esas itibariyle, Alman yargısı için de geçerli olabilecektir: mahkeme yönetiminin her türlü işleminden doğan sorumluluğun mahkeme başkanında kalması halinde dahi, mahkeme yönetiminin "profesyonelleştirilmesi",

[21] *Koetz/Werner/Hagener/Löw*, Organisation der Kollegialgerichte und des Instanzenzuges der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Köln 1993.
[22] *Röhl*, Gerichtsverwaltung und Court-Management in den USA, Köln 1993.

mümkündür. Yetki konusunda doğabilecek sürtüşmeleri önlemek için, mahkeme başkanı ile "mahkeme yöneticileri"nin yetkileri, en azından ana hatları ile kesin bir şekilde düzenlenmelidir. Bu sistemin, yargıç camiası tarafından kabul görmesini kolaylaştırmak için, yargıçlık deneyimi olan "mahkeme yöneticileri," sadece yöneticilikte uzmanlaşmış kişilere tercih edilmelidir.

8. Modern iletişim tekniklerinin yargıç, savcı ve yargı alanında çalışan diğer görevlilerin iş yerlerinde kullanım olasılıkları[23]

Bonn Üniversitesi Hukuk Enformatiği ve Otomasyonu Araştırma Birimi ile Tübingen Üniversitesi Hukuk Enformatiği Enstitüsünün bu projesi ile, yargıç, savcı ve yargı alanında çalışan diğer görevlilerin faaliyetlerinin iletişim teknikleri ile desteklenmesi konusunda henüz somut işyerlerinin donanımına ilişkin olmayan, genel nitelikte öneriler üzerinde çalışılmıştır. Doğrudan uygulamaya yönelik öneriler, anılan meslek gruplarının çalışma tarzları hakkında, ayrıntılı bilgiler gerektirecekti, ki bu bilgilere ulaşılamamıştır.

Profesör Fiedler tarafından yürütülen JURISTAR-Projesi'nden elde edilen önemli sonuçlar şunlardır:

Yargı alanında iletişim tekniklerinin kullanımında şu anki durumu belirleyen, öncelikle kalem ve yazı işlerinde ve kısmen de bürolarda kullanılan merkezi sistemler ile az sayıda yargıç, savcı ve yargı alanında çalışan diğer görevlilerin çalışma yerlerinde kullandıkları izole edilmiş işyeri sistemlerinin yanyana uygulanışıdır. Elektronik bilgi işlem planlamasında öncelikle merkezi sistemler ile işyerine özgü olan sistemlerin ne ölçüde entegre edilmek istendiğine karar verilmelidir. Bilirkişiler, köprübaşı-modeli (Brücken-Kopf-Modell) denilen, işyerine özgü olan sistemler ile merkezi sistemlerin orta derecede bir entegrasyonunu önermektedirler.

Prof. Haft'a göre, günümüz bilgi iletişim tekniği ile, hukuk eksper sistemleri denilen sistemler, yargıçların iş yüklerini önemli ölçüde hafifletemediği gibi, faaliyetlerinde de nitelik bakımından iyileştirme sağlayamamaktadır.

9. Mahkeme içi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümleri kombinasyonlarındaki olası gelişmeler[24]

Speyer İdari Bilimler Yüksek Okulu Kamu Yönetimi Araştırma Enstitüsü ile Prognos A.G. tarafından yürütülen bu ortak proje ile iki hedef takip edilmektedir: Bunlardan biri, medeni hukuk, aile hukuku, mali ve idari yargı alanlarında mahkeme öncesi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının içsel yapılarının belirlenmesi ve değerlendirilmesi, diğeri ise mahkeme öncesi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları arzının filtreleme etkisini iyileştirmek için çıkış noktalarının araştırılmasıdır. Araştırma sonuçları, incelenen tüm yargı kollarındaki mahkeme öncesi ve mahkeme dışı filtreleme düzlemi en iyi şekilde değerlendirildiği takdirde, beklenilen iş yükünün önemli ölçüde azalacağını

[23] *Fiedler/Haft* (Hazırlayanlar), Informations- technische Unterstützung von Richtern, Staatsanwälten und Rechtsflegern, Köln 1992.

[24] *Blankenburg/Simsa/Stock/Wolff,* Mögliche Entwicklungen im Zusammenspiel von ausser- und innergerichtlichen Konfliktregelungen, Speyer 1990 (Speyerer Forschungsberichte Nr. 88.); bu konuda karş. karşılaştırmalı hukuk açısından *Strempel,* Der japanische Beitrag zur Fortentwicklung ausser forensischer und vermittelnder Konfliktregelung in der Bundesrepublik Deutschland (*Leser*, (y.h.), Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro *Kitagawa* zum 60. Geburtstag, Berlin 1992, s. 789-799).

göstermektedir.

Mahkeme öncesi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının potansiyel filtreleme etkisini belirlemek için, önce iki değer tahmininde bulunulmuştur; biri, günümüzde mevcut uyuşmazlık çözüm yolları arzı sabit tutularak 2000 yılı için ilk derece mahkemelerinde açılacak olan yeni davaların sayısı, diğeri de filtreleme düzlemi optimal ölçüde değerlendirildiği takdirde beklenilen dava miktarı. Bu iki tahmini değer arasındaki fark, mevcut şartlar altında varsayılan başlangıç değerlerinin yüzdesi olarak ifade edilebilir. Bu şekilde tanımlanan tahmini filtreleme potansiyeli, adli yargıda %34, aile hukukundan doğacak uyuşmazlıklarda %21 ve mali yargıda %48 oranındadır.

Kayda değer filtreleme etkisi vaadedenler,

- Adli yargıda, avukatların mahkeme dışı faaliyetleri ile tahkim kurumunun genişletilmesi, mahkeme dışı uyuşmazlık çözümleri alanında talep doğurucu hukuki himaye sigortalarının arzı, uğranılan zararın süratle giderilmesi için sigortalar arasında çerçeve anlaşmaları aktedilmesi;
- İdari-ve mali yargıda, yönetim faaliyetlerinde daha fazla işbirliğine yönelik biçimlerin kullanılması, ihbarların daha anlaşılır olması ve daha bireyselleştirilmesi, bunların yanısıra idari yargıda menfaat gruplarının ve yerel kurumların (örn. yerel danışmanların) henüz dava aşamasında iken dinlenilmesi,
- Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda, geniş kapsamlı hukuk danışmanlığı ve sosyal danışmanlığın yanı sıra, uyuşmazlık nedeniyle mağdur olanların kendi kendilerine çare bulmalarına yardım anlamında aracılık (Mediation) edilerek, uzlaşma yollarının teşvik edilmesi.

10. Trafik kazalarından doğan uyuşmazlıklarda mahkeme dışı çözüm yolu uygulaması ve bu uygulamanın geleceği[25]

Speyer İdari Bilimler Yüksek Okulu Kamu Yönetimi Araştırma Enstitüsü tarafından yürütülen bu proje ile, trafik kazaları nedeniyle ortaya çıkan medeni hukuk uyuşmazlıklarını önlemenin mümkün olup olmadığı ve nasıl önlenebileceği ya da bunların daha fazla mahkeme dışında çözümlenmelerinin mümkün olup olmadığı ve bunun nasıl sağlanabileceği sorularına açıklık getirilecekti.

Bu konuda yapılan başka araştırmalardan elde edilen sonuçlar, trafik kazalarında, genellikle sigortalı ve / veya zarara uğrayan tarafından sigorta şirketine karşı dava açılmakta olduğunu göstermektedir. Yargıçlar, avukatlar, sigorta uzmanları ve tüketici kuruluşları ile yapılan görüşmelerin yanı sıra, bazı sigorta kuruluşları ile mahkemelerin dahili istatistiklerinin analizleri, herşeyden önce, ilgililerin avukata zamanında başvurmaları ve avukat ile sigorta arasında vaktinde bağlantı kurulmasının dava açılmasını önleyici etkisi olduğunu ve bunun ötesinde, mahkeme dışı avukatlık faaliyetlerinin daha iyi ücretlendirilmesini, avukatların ve yargıçların uzmanlaşmasını ve mahkeme dışı uzlaşmayı teşvik edebilecek olan sigorta uzmanlarının daha nitelikli ve daha fazla karar verme özgürlüğüne sahip olmalarını sağladığı sonucuna götürmektedir.

[25] *Simsa,* Praxis und Zukunft der außergerichtlichen Regulierung von Verkehrsunfällen - Expertenbefragung, Speyer 1992 (Speyerer Forschungsberichte Nr. 111).

Bu sonuçlar, mahkeme öncesi sulh için avukatlık ücretlerinin arttırılması ve miktar bakımından sınırlı olan bir ilk-danışma ücretinin kabul edilmesini öngören bir ücret yapısı tasarısında da dikkate alınmıştır[26].

11. Mahkeme içi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü çalışmalarının kesişim noktaları - Yeni eyaletlerdeki mevcudun tesbiti ve sorunların eski eyaletlerde kazanılan deneyimler ile karşılaştırılması[27]

Prognos Ag'nin danışmanlığı altında yürütülen bu proje ile, araştırma bölgeleri olarak seçilen Lübeck, Rostock, Leipzig ve Nürnberg'de medeni hukuk alanında mahkeme öncesi danışmanlık ve uyuşmazlık çözümü arz ve talebi belirlenmekte ve analiz edilmektedir. Araştırmanın konusu özellikle çeşitli kurumlar ve meslek grupları tarafından mahkeme öncesinde çalışılan uyuşmazlıkların ortaya çıkış nedenleri ve yapıları, bu kuruluşlar arasındaki işbirliği ve bunların faaliyetlerinin dava açılmasını önleyici etkisidir. Bu araştırmadan elde edilen sonuçlar, esas itibariyle şunlardır:

Mahkeme öncesi uyuşmazlık çözümü konusundaki arz, yeni eyaletlerde yer alan araştırma bölgelerinde, eski eyaletlere oranla, daha fazla taleple karşılanmaktadır. Henüz mahkeme öncesinde filtreleme düzleminde bir (ilk) kesişim noktası bulunmaktadır. Bu nokta, öncelikle maddi-teknik (sachlich-fachlich) problem ve uyuşmazlık çözümü çalışmaları arasındaki sınırı belirlemektedir; ki, bu sınır zorunlu olarak sözkonusu kuruluşlar ile meslek grupları arasından geçmemektedir. Maddi-teknik anlamda uyuşmazlık çözümü çalışmalarından hukuki yönü ile uyuşmazlık çözümü çalışmalarına geçişlerle, ters yöndeki geçişlere kıyasla daha sık karşılaşılmaktadır. Bu nedenle, mahkemelerin iş yükü bu ilk kesişim noktasının iyi işlemesinden önemli ölçüde etkilenmektedir.

12. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda aracılık (Mediation) uygulaması konusunda pilot araştırma[28]

Adalet Bakanlığı ile o zamanın Gençlik, Aile, Kadın ve Sağlık Bakanlığı'nın görevlendirmesi üzerine, Prof. *Proksch*'un (Nürnberg Protestan Vakıf Yüksek Okulu) danışmanlığı altında yürütülen bu araştırmada, aile hukuku alanında, yürürlükteki hukukun (SGB VIII) uygulanabileceği, anlaşmalı uyuşmazlık çözümü için örnek yöntemler geliştirilmiş ve şimdilik test edilmiştir.

Sonuçlar cesaret vericiydi: Erlangen Gençlik Dairesi'nde uygulanan model-proje, Nisan 1991 - Kasım 1991 süresince, bakım ve nafaka hukukundan doğmuş olan ve rastgele seçilen 51 uyuşmazlığa ilişkindi. Burada ilgili 27 ebeveyne, uyuşmazlık çözümünde kendi kendilerine yardım etmeleri için yardım olarak aracılık (Mediation) teklif edilmiş, 24 ebeveyne ise olağan danışmanlık hizmeti verilmiştir. İhtiyari aracılık

[26] Kostenrechtsänderungsgesetz 1994, 24.6.1994 tarihli Bundesgesetzblatt I, S. 1325.

[27] *Stock/Thünte/Wolff*, Schnittstellen von außer- und innergerichtlicher Konfliktbearbeitung im Zivilrecht - Bestandsaufnahme und Probleme in den neuen Bundesländern verglichen mit den Erfahrungen in den alten Bundesländern, çalışma materyalleri ekli, yayımlanmamış son rapor, Basel 1993.

[28] *Proksch*, Pilotstudie zur Praxiserprobung von Vermittlung (Mediation) streitiger Familiensachen, henüz yayımlanmamış sonrapor, Nürnberg 1991; ayrıca karş. *Krabbe*, Scheidung ohne Richter - Neue Lösungen für Trennungskonflikte-ro ro ro - Sachbuch 8882, Reinbeck 1991.

ilgililerin neredeyse %90'ı tarafından olumlu karşılandı ve vakıaların %48'inde sağlam/kabul edilebilir bir uzlaşmaya götürdü. Karşılaştırma grubunda (olağan danışma hizmeti verilen ebeveynler) ise, sadece uyuşmazlıkların %20'sinde anlaşmaya dayalı çözümler sağlanabilmiştir.

13. Model deneye eşlik eden araştırma: "Aile hukukundan doğan bakım ve nafaka uyuşmazlıklarında anlaşmalı uyuşmazlık çözümlerinin teşviki için işbirliğine dayalı aracılık (Mediation) uygulama modeli tasarımı"[29].

Yukarıda açıklanan pilot-proje esaslarına dayalı olarak, Bayern ve Thüringen'in çeşitli yerlerinde 3 yıl sürecek olan bir model-deney gerçekleştirilmektedir. Bu proje, Aile ve Yaşlılar Bakanlığı tarafından finanse edilmektedir. Adalet Bakanlığı, boşanma sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıklarda aracılığın, aile hukuku alanında mahkemelerin iş yükünü hangi hallerde ve ne ölçüde hafiflettiğini belirleyecek bir hukuksal olgu araştırması yapmak üzere Prof. *Proksch*'u görevlendirmiş bulunmaktadır. Bu proje, 1994 yılı içinde tamamlanacaktır.

14. Küçük davalar yargısı? Hukuk tarihi, karşılaştırmalı hukuk ve deneysel hukuk açılarından sulh mahkemelerinde basitleştirilmiş yargılama usulünün uygulanması için yapılan bir araştırma[30].

Bu araştırmanın, Prof. Wollschläger'in (Bielefeld Üniversitesi) hazırladığı hukuk tarihi bölümünde, evvelce uygulanan basitleştirilmiş adli yargı usullerinin ortadan kaldırılmasına yol açan nedenler analiz edilmektedir. Bilirkişilerin uygulama için önerileri ve tek derece ile sınırlı, basitleştirilmiş bir yargılama usulünün oluşturulması da, yine karşılaştırılmalı hukuk ve hukuksal olgular araştırmalarına dayanmaktadır.

Araştırmanın görgül kısmı, uyuşmazlık değeri 1.000 DM'a kadar olan davaların, yasa gereği tâbi oldukları yargılama usulüne göre dahi oldukça çabuk ve az zahmetle halledilebileceğini göstermektedir. Buna göre, "takdire dayalı" basitleştirilmiş bir yargılama usulü, ancak uyuşmazlık değeri 1.000 DM üzerinde olan davalarda, yargılamanın kayda değer ölçüde hızlanmasını ve sulh mahkemelerinin iş yükünün hafiflemesini sağlayabilecektir.

Bu araştırma sonuçları, Yargının Basitleştirilmesi Hakkında Kanun'un[31] görüşmeleri sırasında da gündeme getirilmiş, ancak bu görüşmelerde, bilirkişi önerilerine aykırı sonuçlar kabul edilmiştir: § 495 a ZPO müddeabihi 1.200 DM'a kadar olan davalarda (yargıcın) takdirine göre yargılama yapılmasına izin vermektedir.

[29] *Proksch*, Begleitforschung zur Praxiseinführung eines Modellkonzeptes kooperativer Vermittlung (Mediation) zur Förderung einvernehmlicher Sorgerechts- und Umgangsrechtsregelungen in streitigen Familiensachen, yayımlanmamış araştırma tasarımı, Nürnberg 1992.

[30] *Wollschläger*, Bagatelljustiz? Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und empirische Untersuchung zur Einführung des vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht, (*Blankenburg/Leipold/Wollschläger*) (y.h.), Neue Methoden im Zivilverfahren, NKöln 1991, S. 13-108.

[31] 17. Aralık 1990, Bundesgesetzblatt I, s. 2347.

15. Normal yargılamaya alternatif olarak basit yargılama usulü ile hukuki himaye[32]

"İhtiyati" hukuki himaye konusunda reform yapılması da, belki yargının etkinliğinin artmasına katkıda bulunabilecektir. İlk reform çalışmaları, Hollanda'da Kort Geding[33] ve Fransa'da Refere - yargılama tarzı [34] gibi yabancı ülkelerde uygulanan usulleri açıklayıp, değerlendiren ve tamamlayıcı nitelikte bir hukuksal olgular araştırma programı oluşturan bu araştırma ile başlatılmak istenildi.

Prof. Blankenburg (Vrije Üniversitesi, Amsterdam) ve Prof. Leipold (Freiburg Üniversitesi) şunları önermektedir:

- fiili ve hukuki durumun açıklığa kavuştuğu hallerde, iddiaların ispatına ayrılan yargılama kesitinde de yargıcın, ödeme kararı (Zuhlungsverfügung) vermesine imkân tanınması
- ihtiyati yargılamada, borcun ifasını öngören kararlarda, zorunlu olarak sözlü duruşma yapılması,
- acele işler için özel yetkili mahkemenin oluşturulması ve maddi- hukuki durumda açıklık olan hallerde uyuşmazlığın taraflarından birine ve diğer hallerde her iki tarafın anlaşması ile bu karar organına başvuru imkânı tanınması,
- bu önerilerin, yürürlükteki hukuka göre gerçekleştirilebildikleri ölçüde, model deneylerde denenmesi ve değerlendirilmesi.

Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bu araştırmalar, İsviçre ve İngiltere'de de yürütülmektedir.

16. Tek yargıçlı mahkemeler (§ 348 ZPO) konusunda yapılan hukuksal olgular araştırması[35]

Özgür Berlin Üniversitesi'nden Prof. Rottleuthner tarafından yürütülen bu araştırma, bir hukuki uyuşmazlığın tek yargıca havale edilmesi imkânından (§ 348 ZPO) yararlanılmasının, hangi nedenlerle bölgeden bölgeye son derece büyük farklılık gösterdiğini bulmak ve böyle bir havalenin yapılmasının veya yapılmamasının, yargılamanın seyri ve sonuçları bakımından ne gibi etkiler doğurduğunu göstermek içindir. Sonuçlar şöyledir:

§ 348 ZPO hükmünde düzenlenen hukuksal kalıp unsurları mahkemelerde tek-yargıç görevlendirilmesi konusundaki uygulamayı tam olarak açıklamaya yeterli değil.

[32] *Blankenburg/Leipold*, Summarischer Rechschutz als Alternative zum Normalverfahren? (*Blankenburg/Leipold/Wollschläeger*) (y.h.), Neue Methoden im Zivilverfahren, Köln 1991, s. 109-123.
[33] Bu konuda karş. *Blankenburg*, Das Kort Geding im niederländischen Zivilprozesrecht, (*Blankenburg/Leipold/Wollschläeger*) (y.h.), Neue Methoden im Zivilverfahren, Köln 1991, S. 125-142.
[34] Bu konuda karş. *Weber*, Das Refere-Verfahren in Frankreich, (*Blankenburg/ Leipold/Wollschläeger* (y.h.), Neue Methoden im Zivilverfahren, Köln 1991, S. 143-180, aynı yazar, Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtschutz in Deutschland und Frankreich, Köln 1993.
[35] *Rottleuthner/Böhm/Gasterstaedt*, Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters, Köln 1992.

Mahkemeye ve mahkeme meclisine özgü kriterler ve gelenekler kadar, mahkeme üyelerinin kendilerine özgü tavırları da bu konuda rol oynamaktadır. Davaların görülme hızı kısmen tek yargıçlı mahkemelerde, kısmen de toplu mahkemelerde daha yüksek olmaktadır. Daha az sayıda tek yargıçlı mahkeme bulunan adliyelere kıyasla, yüksek oranda tek yargıçlı mahkeme bulunan adliyelerde davalar biraz daha hızlı halledilmektedir. Sulh olma ve üst derece mahkemeye başvuru oranı, tek yargıçlı mahkemede, toplu mahkemelere kıyasla daha yüksektir. Daha çok sayıda hukuki uyuşmazlığı tek yargıçlı mahkemelere devreden adliyelerde, tek yargıçlı mahkeme oranı daha düşük olan adliyelere kıyasla, toplam olarak daha fazla sulhe ulaşılmaktadır. Üst mahkemeye başvuru oranı ile çeşitli mahkemelerde davaların tek yargıç tarafından görülmesi arasında sistematik bir bağlantı bulunmamaktadır.

Prof. Rottleuthner bu araştırma sonuçlarını, Federal Diyet Meclisi Hukuk Komisyonu'nun toplantısında sunduğu tebliğde açıklamıştır. § 348 fıkra 1'in Yargının İş Yükünün Hafifletilmesi Hakkında Kanun[36] ile değiştirilen yeni metni ile, hukukî uyuşmazlığın tek yargıçlı mahkemeye havalesi artık kural haline getirilmiştir.

17. Medeni Yargı ve Kanunyolları Uygulaması[37]

Medeni Yargılama hukuku alanındaki kanun yollarının somut bir hedefe yönelik ve reform hazırlığı şeklinde incelenmelerine ilişkin bir araştırma planının oluşturulması için karşılaştırmalı hukuka, hukuk tarihine ve hukuksal olgulara ilişkin analizler Prof. Gilles (Frankfurt a.M. Üniversitesi) tarafından hazırlanmıştır.

Prof. Gilles, öncelikle aşağıdaki araştırma alanlarında çalışılmasını önermektedir.

- Kanun yollarına başvurulmasını doğuran nedenlere etki edilmesi (telep-yönlendirmesi),
- Kanun yollarının rasyonel ve ekonomik hale getirilmesi (arz-yönlendirmesi) ve
- Karşılaştırmalı hukuka ve hukuk tarihine ilişkin çalışmalara göre model tasarımları.

İlk sırada anılan araştırma alanına ilişkin bir inceleme (talep yönlendirmesi/kanun yollarına başvuru nedenleri) başlatılmış durumdadır.

18. Hukuki himaye sigortası ve hak arama[38]

Giessen Üniversitesi'nden bir araştırma grubu, Prof. Jagodzinski ve Prof. Raiser'in önderliğinde, hukuki himaye sigortası bulunanların, sigortalı olmayanlara kıyasla daha sık, daha inatçı ve daha az başarı şansıyla dava yoluna başvurdukları yolundaki varsayımı incelemiştir. Sözkonusu inceleme, kadın ve erkek avukatların bu konudaki görüşlerini, medeni hukuk, iş hukuku, trafik ceza hukuku ve trafik kurallarına aykırılığa ilişkin hukuksal düzenlemeler alanlarında, dava giderleri sigorta tarafından karşılanma taahhüdü olan ve olmayan müvekkiller için avukatlar tarafından yapılan işlemlerin analizinin

[36] 11 Ocak 1993 tarihli "Yargının İş Yükünün Hafifletilmesi Hakkında Kanun" (Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege) md.1/b.5 (Bundesgesetzblatt I, s. 50).
[37] *Gilles*, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, Köln 1992.
[38] *Jagodzinski/Raiser/Riehl*, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, Eine empirische Untersuchung, Köln 1994; ayrıca karş. aynı yazarlar, Rechtsschutzversicherung und Streitverfahren, Neue Juristiche Wochenzeitschrift (NJW) 1993, s. 2769-2778.

yanısıra, adı geçen alanlarda, kadın ve erkek yargıçların da görüşü sorularak, yapılan mahkeme işlemlerinin analizini içermektedir. Yine Adalet Bakanlığı'nın istemi üzerine Blankenburg-Fiedler[39] tarafından gerçekleştirilmiş olan daha eski bir araştırmanın en önemli sonuçları şunlardır:

Trafik kurallarına aykırılığa ve trafik cezalarına ilişkin olaylarda, hukuki himaye sigortası yaptırmış olan kişiler, bu sigortayı yaptırmamış olan ve avukatları tarafından temsil edilen kişilere kıyasla, daha sık, daha büyük bir inatla ve daha az başarı ile mahkemeye başvurmaktadırlar. Bununla birlikte, bu iki grubun itiraz, dava ve başarı yüzdeleri arasındaki fark sadece %10 dolayında seyretmektedir.

Genel medeni hukuk konularında, hukuki korunma sigortası olan kişiler dava açmaya daha istekli ve daha inatçı olmakla birlikte, bunların davalardaki başarıları da, avukatları tarafından temsil edilen ve sigortalı olmayan kişilerle aynıdır. Buna göre, sigortalı olanlar tarafından ayrıca (üst)-mahkeme önüne götürülen işler, daha yüksek dava riski taşıma özelliğine sahip değildir.

İş hukukuna ilişkin konularda, hukuki himaye sigortası bulunanlar ile bulunmayanların dava ve başarı yüzdeleri arasında işten çıkarma davalarında kayda değer bir fark olmadığı gibi, tazminat alacaklarında yine az (%5 ila %10 oranında) bir fark vardır.

19. Savcılıkların Organizasyonu

Hollanda Adalet Bakanlığı'nın uluslararası karşılaştırma içinde yürüttüğü bir projeye paralel olarak, savcılıkların organizasyonu konusunda bu güne kadar eksik olan araştırmayı başlatma imkânı da nihayet doğmuştur[40], [41]. Mahkemelerin organizasyonları hakkındaki araştırmalar doğrultusunda, bu incelemenin konusunu, işlerin yürütülüşündeki organizasyon, teknik yardım araçlarının kullanımı ile personel ekonomisi ve personel yönetimi oluşturmaktadır.

III. YYA-Projelerinin değerlendirilmesi ve uygulamaya geçirilmesi

Nihayet, YYA'nın birinci bölümünün sonunda şimdiye kadar gerçekleştirilmiş olan YYA-Projelerini ve bunların uygulamaya geçirilişini bir bütün içinde ele alarak değerlendiren ve böylece gelecekte gerekli olabilecek araştırmaların ağırlık noktalarına işaret eden bir "değerlendirme araştırması" (Evaluationsuntersuhung) yer almaktadır. Özellikle bilgi-iletişim tekniklerine ağırlık verilen bu araştırmaya konu olan inceleme alanları şunlardır:

- YYA-sonuçlarının uygulamaya geçirilmesi için federasyon, eyaletler ve dernekler tarafından şimdiye kadar alınan önlemler, bu girişimlerin eyalet ve kuruluşlarla bir bütün olarak tartışılması ve uygulamaya geçirme için alınan bu önlemlerin etkisinin bir bütün olarak değerlendirilmesi,

[39] *Blankenburg/Fiedler*, Die Rechtschutzversicherungen und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte, Tübingen 1981.

[40] Bu araştırma *Kienbaum* İşletme danışmanlığı GmbH ile Villigen-Schwenningen Polis Meslek Yüksek Okulu'ndan Prof. Dr. *Feltes* tarafından birlikte yürütülmektedir.

[41] *Prognos AG*, "Evaluation des ersten Forschungs-Abschnitts der Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR)", Basel 1993, yayımlanmamış araştırma tasarımı.

- İlgili meslek grupları mensuplarına araştırma sonuçları hakkındaki değerlendirmeleri ve önerileri ile, bunların şimdiye kadar uygulamaya geçirilmesi konusunda yapılan çalışmalardan edindikleri tecrübelerinin sorulması,
- YYA'nın birinci bölümünde yer alan tüm araştırmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi ve eyaletler, hukuk dernekleri ve bilimciler ile yapılacak görüşmelerde yeni araştırma perspektiflerinin geliştirilmesi.

Bu noktada, Adalet Bakanlığı, eyaletler ve dernekler arasındaki iş dağıtımını, YYA'nın olası ikinci bölümünde geçici olarak tanımlayabilmek için, ilgililerin değerlendirme, tecrübe ve hedeflerinin birbirleri ile ilişkilendirilmesi önemli olacaktır. 1995 ve 1996 yıllarından, sonuçların bir bütün olarak ele alınması ve ilk yansıtma çalışmalarının uygulamada ve bilimde tartışılması için yararlanılmalıdır.

C. Geleceğe Bakış

Yalnızca Almanya'da çağdaş bir hukuk devleti yargısının - belki de 2000 yılının yargısının- profilini çizmekle kalmayıp, görgül hukuk araştırmasının bu konudaki katkısını da gözler önüne serebilmiş olduğumu umuyorum: çünkü, YYA'nın başlattığı araştırma olmasaydı, bu profil ortaya çıkmayacaktı! Ancak yargı organizasyonunun, yargılama kurallarının, ve mahkeme içi/dışı uyuşmazlık çözümü yollarının kesiştiği noktaların sorgulanması ile, Almanya'nın hukuk realitesinde yargının eksiklerini ortaya çıkarmak mümkün olmuştur. Artık, hukuk biliminde ve hukuk politikasında yargının yapısında reform konusundaki tartışmalar başlayabilir ve bu tartışmalar hukuk devletinin çeğdaşlaşmasına katkıda bulunabilir. Çünkü, hukuk devletinin sorunları, hiç şüphesiz, salt yasa koyma yolu ile giderek daha az çözümlenebilir durumdadır. Bunun yanında, örgütsel yenilenme ve uyuşmazlık sosyolojisi açısından yenilenme de gerekli görülmektedir.

Ülker Gürkan- Sayın Profesöre teşekkür ederiz. Burada, Durkheim'in ifade ettiği gibi, olanın incelenmesi, onun düzeltilmesini istemekten vazgeçmek anlamına gelmez. Olanı bilirsek, şikâyet konusu olan şeyleri ortadan kaldırmak mümkün olabilir. İşte Almanya'da bilim adamları ile hukukçular ortaklaşa yapmış oldukları araştırmalar ile, Alman mahkemelerinin durumunu incelemişler, bu mahkemelerin ülkemizde olduğu gibi, ağır iş yüklerini azaltmanın yollarını aramışlar; mahkeme dışında bulunacak sulh yollarını irdelemişler ve bu yolla mahkemelerin iş hacminde nasıl bir azalma olacağını tesbite çalışmışlardır.

Bu konu bizim için de son derece önemli, zira adliyede işlerin ağır gitmesinden sürekli şikâyet edilir. Bunun bir nedeni de yargıda bilgisayara geçilmemiş olmasıdır. Ancak Yargıtay'ın bilgisayar sistemine geçmiş olduğunu duymaktan mutluyuz. Ülkemizde de ağır ceza mahkemeleri ile bazı özel mahkemeler dışında tek yargıç usulü yaygın. Bizim de mahkemelerin iş yükünü azaltacak, adalet sisteminin işleyişinde etkinliğini sağlayacak yolları belirlememiz gerekli. Bunun için sosyolojik yöntemlerle hukukçu ve yargıçlarla görüşmeler yaparak, yargının yapısal analizini belirlememiz ve buna göre tedbirler almamızın zamanı geldi sanıyorum.

Hubert Rottleuthner

Rechtssoziologie und Rechtsstaatlichkeit

1. Empirische Rechtssoziologie und Wertfreiheit

Was hat die Rechtssoziologie mit einem so normativ und mit Wertungen beladenen Gebilde wie dem Rechtsstaat zu tun? Rechtssoziologie - verstanden als eine empirisch verfahrende Disziplin - bedient sich eines möglichst "wertfreien" Rechtsbegriffs, wie etwa *Max Weber*. Zur Abgrenzung des Bereichs der Rechtssoziologie unterscheidet er bekanntlich zwischen Konvention und Recht. Er grenzt diese beiden "sozialen Ordnungen" dadurch voneinander ab, daß er zum Merkmal einer Rechtsordnung die Garantie ihrer Geltung durch die Chance des Zwanges macht, der ausgeübt wird durch einen eigens darauf eingestellten Stab von Menschen (im Unterschied zu einer diffusen "Mißbilligung" durch einen "angebbaren Menschenkreis" im Fall der Konvention.[1]

Verfehlt ist eine Kritik an Webers "wertfreiem" soziologischem Rechtsbegriff, wenn behauptet wird, daß man damit jede "beliebige Regelungen aufnehmen" könne und jeglichen Anordnungen staatlicher Machthaber Rechtsqualität beigemessen werde.[2] Verfehlt ist eine solche Kritik deshalb, weil *Max Weber* hier eine Definition geben will, die verschiedene Arten von "sozialer Ordnung" abzugrenzen erlaubt, aber er will kein Rechtsideal formulieren. Es geht um die Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht und nicht um die Unterscheidung von Recht und Unrecht (iustum et iniustum). Ein derart "neutraler" Rechtsbegriff empfiehlt sich, wenn man Recht historisch und international vergleichend untersuchen will - auch wenn es sich dabei an heutigen und hiesigen (westeuropäischen) Maßstäbe gemessen um "Unrecht" handelt.

Bei Verwendung eines "wertgeladenen" Begriffs, wie er von einigen Rechtstheoretikern bevorzugt wird, würde man sonst allzu häufig vor der Frage stehen, ob es sich um Recht oder Unrecht handelt, um richtiges Recht oder um unrechtmäßige, ungerechte Normen.

Allerdings spielt die Frage des Rechtsbegriffs in der tatsächlichen Forschungspraxis der Rechtssoziologie kaum eine Rolle (mit Ausnahme der Untersuchungen von Rechtsanthropologen). Üblicherweise bezieht sich der Rechtssoziologe auf das formal-juristisch geltende Recht. Gänzlich wertfrei sind die empirischen Untersuchungen freilich wiederum auch nicht. So kann man als Rechtssoziologe z.B. durchaus Aussagen über die "Qualität" der Rechtsprechung machen. Nur stellt man dafür nicht eigene Maßstäbe auf, sondern bedient sich solcher Kriterien, die man in der wissenschaftlichen Diskussion als weitgehend konsentiert vorfindet. Diese Art von "empirischer Reduktion" ist ein triviales Verfahren, um relativ wertfrei Aussagen über Bewertungen zu machen. (Ähnliches gilt auch für die Evaluation von Gesetzgebungsakten, bei der man sich an den vorfindlichen Wertungen, Zielen, Zwecken des Gesetzgebers als Maßstab der Effektivität orientiert.)

Das ist alles ziemlich problemlos. Die Frage, wie man es als Rechtssoziologe mit einem grundlegenden Verfassungsprinzip wie dem der Rechtsstaatlichkeit hält, konfrontiert uns

---

(1) *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 5. Aufl. Tübingen 1976, S. 17.
(2) *Th. Raiser*, Rechtssoziologie, Frankfurt a.M. 1987, S. 90.

zunächst mit einem anderen Problem: wieweit läßt man sich als Rechtssoziologe auf die Begriffsarbeit von Juristen, hier von Staats- und Verfassungsrechtlern, ein? Üblicherweise besteht die Tätigkeit von Rechtssoziologen nicht darin, in Konkurrenz zur Interpretations- und Systematisierungsarbeit von Rechtsdogmatikern zu treten. Auf das Glatteis der Subtilitäten juristischer Auslegung begibt sich der Rechtssoziologe nicht. (Wenn ich ein Projekt über den faktischen Gebrauch von Rechtsmitteln durchführe, vermeide ich geflissentlich eine Diskussion über das systematische Verhältnis von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit im Zusammenhang mit § 705 ZPO.)

Ebenso wird sich der Rechtssoziologe nicht mit der begrifflichen Explikation oder gar der Rechtfertigung von "Prinzipien" des Rechtsstaates befassen. Als distanzierter Beobachter schaut er zu, wer mit welchen Begründungen welche Prinzipien dem Rechtsstaat zuschreibt:

- Gewaltenteilung
- Grundrechte
- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes
- allgemeine Rechtssicherheit im Sinne von Berechenbarkeit staatlichen Handelns
- richterliche Überprüfung exekutiver Akte, gerichtlicher Rechtsschutz
- richterliches Prüfungsrecht auch gegenüber dem Gesetzgeber, eventuell eine Verfassungsgerichtsbarkeit
- Unabhängigkeit der Gerichte; gesetzlicher Richter; rechtliches Gehör; anwaltliche Vertretung
- Rückwirkungsverbot; nullum crimen, nulla poena sine lege
- Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen; z.B. auch keine exzessive Strafen
- etc.

Die Rechtssoziologie hat es stets den Staats- und Verfassungsrechtlern oder auch den Rechtsphilosophen überlassen, diese Prinzipien zu versammeln und zu explizieren, zu vervollständigen und zu rechtfertigen. Von ihrem Grundsatz her haben die Rechtssoziologen diese Prinzipien nie "als solche" (at face value) hingenommen.

2. Rechtssoziologische Relativierungen

Was den rechtssoziologischen "Grundansatz" angeht, so gibt es zwei Grundunterscheidungen bei der Betrachtung von Recht, die den Rechtssoziologen auf die Seite von Regel-Skeptikern bringen: die Unterscheidung von *normativ - faktisch* (law in the books - law in action; Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit; Rechtsnorm und lebendes Recht etc.) und die von *formel - informell*; d.h., welche Aspekte sozialen Handelns lassen sich nicht als "Befolgung" (oder als "Anwendung", "Gebrauch") von Rechtsnormen beschreiben?[3]

[3] "Die heutige juristische Arbeit, wenigstens diejenige ihrer Formen, welche den Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität erreicht hatte: die von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz

beschreiben?[3]

Auf diesem Hintergrund kann man die rechtssoziologische Forschung daraufhin sichten, wie in ihr mit Prinzipien des Rechtsstaates umgegangen wird:

- Die klassischen Modelle der Gewaltenteilung sind schon längst in einer realistischen Betrachtungsweise aufgelöst worden (primäre Strukturierung der staatlichen "Gewalten" durch die Differenz von Regierungspartei(en) und parlamentarischer Opposition, die große Bedeutung föderaler Strukturen, die Bedeutung der "vierten" Gewalt etc.).
- Vor geraumer Zeit schon untersuchte *N.Luhmann* zentrale Grundrechte auf ihre "soziale Funktion" (nämlich des Erhalts eines bestimmten Grades der sozialen Differenzierung).[4]
- Die Unabhängigkeit der Justiz und auch die Gesetzesbindung der Richter werden dadurch "hinterfragt", daß nach sozialen Faktoren der Rechtsprechung gesucht wird; z.B.: welchen Einfluß haben bestimmte Merkmale der Richter - soziale Herkunft, Parteizugehörigkeit, Geschlecht etc. - auf ihre Entscheidungspraxis? Wie wirken sich Bedingungen der Justizorganisation auf die richterliche Tätigkeit aus? Das subjektive, gesetzesgebundene Verständnis der richterlichen Akteure wird vom rechtssoziologischen Beobachter mit objektiven Verhaltensmerkmalen konfrontiert - ein klassisches Muster "intellektuallistischer Desillusionierung".[5]

[3] "Die heutige juristische Arbeit, wenigstens diejenige ihrer Formen, welche den Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität erreicht hatte: die von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz geschaffene, geht von dem Postulat aus 1. daß jede konkrete Rechtsentscheidung "Anwendung" eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten "Tatbestand" sei, (...) 5. daß das Gemeinschaftshandeln der Menschen durchweg als "Anwendung" oder "Ausführung" von Rechtssätzen oder umgekehrt "Verstoß" gegen Rechtssätze gedeutet werden müsse, da, entsprechend der "Lückenlosigkeit" des Rechtssystems ja auch die "rechtliche Geordnetheit" eine Grundkategorie alles sozialen Geschehens sei." (M.Weber, Rechtssoziologie, § 1 am Ende, a.a.O. (Fn. 1), S. 508)
Soziales Handeln läßt sich im Lichte von Rechtsnormen beschreiben; die Frage ist aber, unter welchen Umständen dies eine angemessene Beschreibung ist. (Es wäre z.B. lächerlich, das Eheleben mit den Termini des Familienrechts becshreiben zu wollen, etwa als Erfüllung der "Verpflichtung zu ehelicher Lebensgemeinschaft". Die Sozialwissenschaften bieten konkurrierende und meist subtilere Beschreibungsmöglichkeiten an für jene Aspekte, die sich nicht mehr durch die "formellen" Elemente, d.h. die deskriptiven Begriffe in den Rechtsnormen erschließen lassen. Was sich nicht durch die Brille von Rechtsnormen betrachten läßt, macht die "informellen" Aspekte sozialen Handels aus.
(Weitere Beispiele: Status von Parteien vor Gericht gemäß Prozeßordnungen oder sozialen Kategorien; Verfahrensabläufe oder Rolle des Vorsitzenden, der Beisitzer nach Prozeßordnungen oder Begriffen, z.B. des symbolischen Interaktionismus.)

[4] *N. Luhmann*, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965. Es ist übrigens bemerkenswert, daß *J. Habermas* diese unmittelbar einschlägige Arbeit in "Faktizität und Geltung" (Frankfurt a.M. 1992) überhaupt nicht erwähnt.

[5] So *M. Weber* zur Strategie der Freirechtsschule zu Anfang dieses Jahrhunderts: "den, objektiv betrachtet, am meisten "schöpferischen" Rechtspraktikern (sei es) eigen gewesen, daß sie subjektiv sich nur als Mundstück schon (...) geltender Normen, als deren Interpreten und Anwender, nicht aber als deren "Schöpfer", fühlten. Daß man heute diesem subjektiven Glauben gerade der anerkannt erheblichsten Juristen den objektiv anders liegenden Tatbestand entgegenhält und aus diesem nun die Norm für das subjektive Verhalten machen möchte, ist-mag man sich zu dem Verlangen stellen wie immer - jedenfalls Produkt intellektualistischer Desillusionierung." (Rsoz., § 8 am Ende, a.a.O. (Fn. 2),

- Ähnlich ist auch der Umgang mit dem Gleichheits- oder Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen der Justizforschung. Man untersucht z.B., ob Angeklagte oder Parteien in Straf-, Zivil- oder Arbeitsgerichtsverfahren unterschiedlich, ungleich behandelt werden, wenn sie bestimmte soziale Merkmale aufweisen, die im rechtlichen Kontext eigentlich irrelevant sein sollten (ob z.B. eine "objektive" Diskriminierung stattfindet "aufgrund" der Schichtzugehörigkeit der Betroffenen, des Geschlechts oder der Nationalität). Bei derartigen Untersuchungen arbeitet man mit Korrelationen zwischen solchen Merkmalen und dem Ausgang der Verfahren, ohne die richterlichen Argumentationen zu beachten.

- Das Institut des richterlichen Prüfungsrechts und allgemein der Verfassungsgerichtsbarkeit werden eher als Fragen der richterlichen Einstellungen untersucht oder zum Thema der Implementation von Verfassungsgerichtsentscheidungen durch den Gesetzgeber umgebogen.

- Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird dadurch relativiert, daß nach faktischen Handlungsabläufen innerhalb der Behörden und zwischen ihnen und ihren Abnehmern gefragt wird. Es taucht dann die Figur des "informellen Rechtsstaats"[6] auf, der z.B. seine Ziele im Rahmen von Tauschprozessen mit Organisationen durchzusetzen versucht. Ähnlich interessieren den Rechts-oder Kriminalsoziologen am staatsanwaltlichen Handeln die "informellen" Aufweichungen des Legalitätsprinzips durch die verbreitete Praxis des "deals" mit der Verteidigung/dem Angeklagten.

- Die so of bemühte Berechenbarkeit oder Erwartungssicherheit durch Recht sinkt für den realistisch-skeptischen Rechtssoziologen zu einer bloßen "Hintergrundsicherheit" (Luhmann) herab.

Was den nicht-relativierenden Umgang mit rechtsstaatlichen Prinzipien "als solchen" für den Rechtssoziologen so schwer macht, sind nicht nur die skeptisch-hinterfragenden Distinktionen von normativ / faktisch und formell / informell, sondern - und wohl noch viel fundamentaler - ein instrumentelles Rechtsverständnis innerhalb des rechtssoziologischen Diskurses. Recht - als eine Menge von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen - wird stets als Mittel, als Instrument zur Erreichung bestimmter Zwecke, Ziele, Funktionen angesehen (soziale Kontrolle, Integration, social engineering etc.). Von der Konzeption des Rechts als Ausdruck oder Wiederspiegelung sozialer Prozesse hat man sich spätestens gegen Ende des 19. Jahrhunderts in der sozialwissenschaftlichen Betrachtung des Rechts verabschiedet. Dies - Instrument oder Ausdruck - ist aber nicht die einzige Alternative. Was überhaupt nicht in den Blick des Rechtssoziologen gerät, was aber gerade Rechtsstaatlichkeit ausmacht, ist das "Eigengewicht des Normativen" oder die Frage, inwieweit Recht auch "Maß der Macht"

S. 655) - Im Unterschied zum Freirechtler würde ein Rechtssoziologe allerdings darauf verzichten, seine Einsichten in objektive Tatbestände zur Norm für das Verhalten zu machen.

[6] Vgl. *E. Bohne*, Der informale Rechtsstaat, Köln 1980 und die Beiträge in *E. Blankenburg/K.Lenk* (Hrsg.), Organisation und Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band VII, Opladen 1980.

sei. [7] Ein derartiger Regel-Platonismus taucht allenfalls als subjektiv sinnvolle Fiktion (z.B. für den Rechtsstab wie bei *M. Weber*, s. Fn. 5) auf, bildet dann aber nur den Ausgangspunkt für relativierende Hinterfragungen.

3. Rechtssoziologie jenseits des "Normalen"

Was macht man aber als Rechtssoziologe, wenn man sich nicht mehr nur befaßt mit sozialen Hintergrundfaktoren richterlichen Handelns, mit Fragen der Dauer von Gerichtsverfahren, der Praxis zivil- oder strafverfahrensrechtlicher Regelungen, der Häufigkeit von Rechtsmitteln, dem Zugang zum Recht, der Selektivität der Gerichte, mit Umfragen über Einstellungen und Meinungen zum Recht, mit verschiedenen Arten von gesetzlichen Regelungsformen, mit Verrechtlichungstendenzen und Steuerungsdefiziten, mit der angeblichen Gesetzesflut oder Prozeßflut - wenn man also nicht mehr eine ruhige Normativität mit einer wenig beunruhigenden Faktizität konfrontiert; sondern wenn man sich als Rechtssoziologe, zumal als deutscher Rechtssoziologe auf die Untersuchung der jüngeren deutschen Vergangenheiten einläßt: auf den Nationalsozialismus und die DDR. Oder wenn man sich, allgemeiner, auch mit anderen Staaten befaßt, die nicht beanspruchen (können), ein Rechtsstaat mit den oben genannten Merkmalen zu sein?

Es liegt mir fern, Nationalsozialismus und die DDR gleichzusetzen (und sie z.B. beide unter den Begriff des "Unrechtsstaates" zu subsumieren)[8] . Zweifellos gibt es aber unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, oder eher der Nicht-Rechtsstaatlichkeit einige Ähnlichkeiten (wenn auch mit unterschiedlichen Ausprägungen und theoretischen Hintergründen):

- Gewalteneinheit tritt an die Stelle von Gewaltenteilung (im NS auf der Grundlage eines zwangsweise homogenisierten "Volkes", in der DDR auf der Grundlage einer

[7] Insofern ist die Rechtssoziologie *Eugen Ehrlichs* auch keine Gegenposition zu dem instrumentellen Rechtsverständnis. Der Unterschied liegt darin, daß Rechtssoziologen, jedenfalls soweit sie neuere Gesellschaften untersuchen, von einem etatistischen Rechtsverständnis ausgehen (sich also vor allem auf Aktivitäten des Gesetzgebers und des Rechtsstabes beziehen - in ihren Definitionen von Recht, wie auch in ihren empirischen Arbeiten). Dagegen betont *Ehrlich* die Rolle des Rechts im sozialen Handeln, das in der Gesellschaft bereits "lebende Recht". Für den staatlichen Bereich geht auch *Ehrlich* von einem instrumentellen Rechtsverständnis und Gebrauch aus; ein instrumentelles Gebrauch des "lebenden Rechts" ist auch immer möglich. "Etatisten" wie "Pluralisten" können also gleichermaßen "Instrumentalisten" sein.

[8] Vgl. dazu *H. Rottleuthner*, Deutsche Vergangenheiten verglichen, in: *H. Grabitz/K.Bästlein/J. Tuchel* (Hrsg.), Die Normalität des Verbrechens. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Berlin 1994, S. 480-502. Zur Unterscheidung von Rechtsstaat - Unrechtsstaat und zur Etiketterung des NS wie der DDR als "Unrechtsstaaten":

- Die Unterscheidung scheint eine innerdeutsche Eigentümlichkeit zu sein. Es handelt sich um einen Propagandabegriff, der wechselseitig (eben auch von den der DDR gegenüber der BRD) verwendet wurde (und nun von der BRD monopolisiert werden kann). Mir ist kein Fall bekannt, daß von bundesdeutscher Seite dieser Ausdruck auf andere Staaten angewendet wurde (z.B. auf Südafrika vor 1992).
- Eine derartige klassifikatorische Unterscheidung erlaubt zwischen NS und DDR. Die Unterscheidung von Recht/Unrecht ist für einzelne Handlungen tauglich, aber nicht für die Klassifikation ganzer Staaten.

Sie erlaubt keine Handlungsorientierung innerhalb eines Staates; es gibt keine klare Grenze, jenseits derer sich der Unrechtscharakter eines Staates evident offenbart. Das große Unrecht kommt schleichend.

nicht mehr durch Klassenantagonismen gespaltenen Gesellschaft).

- Es gibt keine Grundrechte mehr in der klassischen Tradition von Abwehr- und Abgrenzungsrechten gegen staatliche Ein- und Übergriffe (auf der Grundlage einer unterstellten Interessenharmonie zwischen politischer Führung und Volk).
- Es gibt kein richterliches Prüfungsrecht gegenüber legislativen Akten, keine Verfassungsgerichtsbarkeit (im NS war der Führer oberster Gesetzgeber und oberster Gerichtsherr in einem; in der DDR galt der Vorrrang der parlamentarischen Souveränität).
- Es gibt keinen oder nur ungenügenden gerichtlichen Schutz gegen polizeiliche Maßnahmen (im NS wird die Polizei und allgemein der Bereich des Politischen mehr und mehr von gerichtlichen Überprüfungen ausgenommen[9]; in der DDR wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit abgeschafft, der Bürger auf Beschwerden, dann Eingaben verwiesen oder die allgemeine Gesetzlichkeitsaufsicht der Staatsanwaltschaft bemüht)
- In beiden Regimen kommt es zu einer intensiven Steuerung der Justiz durch Staat und/oder Partei (mit durchaus unterschiedlichen Mitteln; offiziell wird am Prinzip der Unabhängigkeit festgehalten).
- Man kann nicht von einer Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns ausgehen. Legalität ist kein Funktionsmodus staatlichen Handelns, ist kein Strukturprinzip (aufgrund eines Kompetenzenchaos mit permanenten Interventionen aller möglichen "Führer" und sonstigen Stellen im NS oder aufgrund des Dualismus von Staat und Partei in der DDR).
- Es kommt zu exzessiven Strafen (wobei es zwischen NS und DDR höllenweite Unterschiede gibt).
- Beide Systeme bedienen sich einer Geheimpolizei (die Tötungs- und Folterbereitschaft der Gestapo ist weitaus größer als die des Ministeriums für Staatssicherheit in der DDR).
- In beiden Regimen finden wir in unterschiedlichem Ausmaß eine Mischung von Staatsterrorismus und "Zuschauerhaltung" staatlicher Behörden gegenüber Rechtsverletzungen.

Es geht also einmal um ungerechte Rechtsnormen selbst (z.B. die gesetzlichen Maßnahmen gegen Juden, die Polenstrafrechts-Verordnung [10] etc.), dann um die exzessive Handhabung einzelner Normen (z.B. die Zehntausende von Todesstrafen und Exekutionen im NS), weiterhin um die staatliche Verletzung von Rechtsnormen (d.h., Folter und andere Formen des "Staatsterrorismus", Verschwindenlassen von Personen,

[9] Dies ist ein Merkmal des "Doppelstaates" bei *E. Fraenkel*, The Dual State, New York: Oxford University Press, 1941; dt. Rückübersetzung: Der Doppelstaat, Frankfurt a.M./Köln 1974.

[10] Als Beispiele für Verletzungen des (formalen) Gleichheitssatzes (wenn man die Zugehörigkeit zu einer Konfession und deren Verwendung als "Rasse"-Merkmal nicht als rechtlich relevant, z.B. in der Frage der Staatsbürgerschaft, anerkennt) und für Verletzungen des Grundsatzes der gesetzlichen Bestimmtheit sowie des Verbotes unverhältnismäßiger Strafen.

aber auch Nicht-Aktivität des Rechtsstabes). Schließlich zeigt sich der nicht-rechtsstaatliche Charakter vieler Regime darin, daß staatliches Handeln zu einem großen Teil überhaupt nicht mehr als Befolgung oder Anwendung von Rechtsnormen beshrieben werden kann.[11]

Aus solchen historischen und vergleichenden Betrachtungen kommt man nicht "wertfrei" heraus. Die Befunde nötigen zu einer expliziten Stellungnahme zu den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit (die man bislang in normalen Zeiten als Privatmann eher als Annehmlichkeit im Hintergrund des Alltags empfunden haben mag).

Allerdings sollte man sich auch vor einer "Horror"-Perspektive hüten, d.h. davor, daß man nur die gräßlichen Seite des Rechtssystems betrachtet (z.B. die "Verhandlungsführung" von R. Freisler am Volksgerichtshof, die Zehntausende von Todesurteilen im NS, die rassistische Rechtsprechung, die Waldheimer Prozesse in der DDR 1950 usw.). Daneben und sicherlich in der Mehrheit der Fälle gab es ganz "normale" Gesetze und Gerichtsverfahren, es wurden Kauf- und Mietverträge abgeschlossen, Ehen eingegangen und geschieden, Testamente aufgesetzt, Firmen gegründet etc. Es ist ja gerade diese Mischung aus Terror und Normalität, der solche politischen Systeme kennzeichnet. Auch bei der Untersuchung derartiger nicht-rechtsstaatlicher Regime wird der Rechtssoziologe dazu tendieren, den Rechtsalltag in Justiz, Verwaltung und sozialen Beziehungen nicht aus dem Auge zu verlieren.

4. Neue Sichtweisen

Aber man wird empfindlich gegen Verletzungen oder Aushöhlungen der Normen und des Normativen selbst. Rechtsnormen fungieren dann nicht mehr bloß als Relevanzkriterien zur Auswahl des Forschungsgegenstandes und als Startpunkte für empirische Untersuchungen. Rechtsnormen werden für den Rechtssoziologen vielmehr zu kritischen Maßstäben bei der Untersuchung der Realität oder selbst zu Gegenständen der Kritik (oder es wird das Fehlen von Normen aufgezeigt). Die "Rechtswirklichkeit" läßt sich nicht mehr als das normale Forschungsfeld der Rechtssoziologie verstehen, wenn Norm und Wirklichkeit sich nur noch um den Preis kühner Abstraktionen als wertfrei konzipieren lassen. In historisch seltenen Normallagen mag man sich eine derartige Neutralisierung leiten können und die in ihrem Wert unproblematischen Normen zum Ausgangspunkt von Untersuchungen ihrer Befolgung, Anwendung etc. nehmen. Wenn man aber erst einmal beides: Norm und Wirklichkeit, in ihrem Unwert erfahren hat, wird man auch ein Rechtssystem, das einem bislang als ziemlich normal erschien, viel kiritischer betrachten.

Der Rechtssoziologe arbeitet zwar weiterhin mit den Grundunterscheidungen von normativ - faktisch und formell - informell. Aber die beiden Grundunterscheidungen erweisen sich selbst als nicht wertfrei. Das Normative und das Formelle sind nicht mehr der bloße Schein, das Faktische und Informelle hingegen das eigentliche Wesen, die Wirklicheit (und damit das Metier der Rechtssoziologie). Wenn man die

[11] Vgl. oben Fn. 3. Dies trifft wohl auch für den Maßnahmestaat (im Unterschied zum Normenstaat) bei *E. Fraenkel* zu (a.a.O., Fn. 9). In der DDR waren die Aktivitäten de SED rechtlich überhaupt nicht näher normiert, sondern bewegten sich allein auf der Grundlage von Art. 1 der Verfassung von 1968, der die "führende Rolle der Partei" konstatierte.

Rechtswirklichkeit selbst mit ihren faktischen und informellen Abweichungen als Unrecht bewerten muß, kommt es zu einer positiven Besetzung des Normativen und des Formellen. Abweichungen davon sind nicht mehr bloß der Einsatzpukt für die Rehtssoziologie, die Relevanzsignale für die empirische Forschung; sie sind zunächst einmal kiritisierenswert. Die Rechtssoziologie hat sich zu wenig um die Normen als solche, um die Formalität gekümmert. Mit dieser Einsicht verschiebt sich die Aufmerksamkeit auf andere Themenbereiche.

In ideologiekritischer Tradition wird man z.B. sehr aufmerksam gegenüber Homogenitätsannahmen, auf denen dann eine "einheitliche" starke Staatsmacht fundiert wird: die Betonung von Volk, Nation und anderen "Fundamentalismen"; die Ausgrenzung von "Fremden". Man achtet viel stärker auf strukturelle Sicherungen der sozialen und politischen Pluralität durch die noch verbliebenen Rudimente von Gewaltenteilung, durch Föderalismus, Mehrparteiensystem und intermediäre Organisationen. Wo soll dann über diesem Pluralismus die staatliche "Integration" beginnen?

Man wird hellhörig bei allen möglichen Anlässen eines instrumentellen Rechtsgebrauchs in Gesetzgebung und Justiz. Welche strukturellen Bremsen gibt es eigentlich gegen ein bloß zweckorientiertes Strafrecht und Strafprozeßrecht, wenn erst einmal eine Orientierung am Zweck der "inneren Sicherheit" erfolgt ist?

Was in der Tagespresse kurzfristig zu Skandalen stilisiert wird, kann nun das systematische Interesse des Rechtssoziologen erwecken: Staatsanwaltschaften, die nicht verfolgen; unliebsame (aber "unabhängige") Richter, die in den einstweiligen Krankenstand versetzt werden; Manipulationen bei der Geschäftsverteilung; informelle Absprachen zwischen Richtern; Telefonjustiz zwischen Justizverwaltung und Richtern; Gemauschel bei der Ernennung von höheren Justizpositionen etc. Es geht dabei weniger um einzelne Urteile und sonstige Ereignisse, über die man sich schnell empören kann, als vielmehr um die Bedrohung von Strukturen.[12]

Alle diese Beispiele werden nicht als Beleg für die Hohlheit der Normen genommen. Vielmehr werden rechsstaatliche Normen als solche sehr ernst genommen. Diese kritisch-konfrontierende Einstellung wird dann noch verstärkt, wenn ein politisches System für sich selbst höchste rechtsstaatliche Ansprüche reklamiert und sich z.B. in seiner offiziellen Rhetorik gegenüber Unrechts-Regimen durch Betonung höchster Rechtswerte abzugrenzen versucht. Dies scheint mir etwa bei der manichäischen Etikettierung "BRD = Rechtsstaat, DDR = Unrechtsstaat" der Fall zu sein. Wer so hohe Ansprüche erhebt, fällt bei jeder Nicht-Realisierung sehr tief. (Und die "neuen Bundesbürger" sind sehr aufmerksam gegenüber solchen Diskrepanzsen.) Übrig bleibt dann nur die billige Rhetorik, daß der Rechtsstaat eine permanente Aufgabe sei, daß wir alle fehlbar sind etc. ...

[12] Man vergleiche unter diesem Aspekt die Empörung über das (zweite) Deckert-Urteil einer Mannheimer Strafkammer (bis zu einer Bundestagsdebatte)mit der relativen Ruhe angesichts der danach erfolgten Manipulation der Geschäftsverteilung, um die unliebsamen Richter vorübergehend abzuziehen. Es spricht für den geringen Grad der Rechtskultur, daß diese Manipulation von den Massenmedien nicht "skandalisiert" werden konnte.

5. Die Konformität des Rechtsstabes

Zum Abschluß möchte ich ein Forschungsfeld skizzieren, das zwar in die traditionelle Domäne der Rechtssoziologie, nämlich in die Jusztizforschung, fällt. Ich möchte aber die neue Sichtweise demonstrieren, die nicht mehr - wie bisher - am Personal des Rechtsstab mit seinen Einstellungen und sozialen Merkmalen orientiert ist oder an bestimmten Merkmalen von Verfahren oder des gerichtlichen Geschäftsanfalls und seiner Erledigung. In den Mittelpunkt treten vielmehr grundlegende Organisationsprinzipien der Justiz, eben rechtsstaatliche Prinzipien der Justiz wie Gesetzesbindung und Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Wie kann man als Rechtssoziologe mit derartigen Prinzipien umgehen?

Rechtsstaatlichkeit zielt vor allem auf die Rechtsgebundenheit staatlichen Handelns. Es bedeutet unter anderem, daß der Rechtsstab normkonform agiert. Dafür stehen die Formeln von der Gesetzesbindung des Richters, das Legalitätsprinzip (für die Staatsanwälte) und der allgemeine Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Für die Richterschaft sind die Prinzipien der Gesetzesbindung und der Unabhängigkeit der Justiz auszutarieren. Anscheinend werden beide Prinzipien als miteinander verträglich angesehen. Manche sagen, daß die Gesetzesbindung die Voraussetzung für die richterliche Unabhängigkeit sei. Wie immer diese "prinzipielle" Unklarheit aufzulösen sei, es lohnt sich ein kritisch-realistischer Blick auf die "Faktizität". Es bedarf keiner tiefschürfenden Analyse um festzustellen, daß die Bindung ans Gesetz gewiß nicht die einzige Einschränkung der Unabhängigkeit der Justiz darstellt. Eine historische und vergleichende Betrachtung zeigt allerdings ein Phänomen, dessen Untersuchung meiner Ansicht nach sehr fruchtbar für eine andere Art von Justizforschung sein kann - eine Forschung, die von rechtsstaatlichen Prinzipien ausgeht (Gesetzesbindung, Unabhängigkeit, darüberhinaus auch: gesetzlicher Richter, justizielle Gleichbehandlung) und die faktischen Mechanismen zu ermitteln versucht für ein anscheinend ubiquitäres Phänomen: die Konformität des Rechtsstabes. [13]

Mit ganz wenigen Ausnahmen scheint es jedem politischen Regime zu gelingen, die Mitglieder des Rechtsstabes in Übereinstimmung mit den Erwartungen des Regimes agieren zu lassen. Diese allgemeine Konformität des Rechtsstabes geht über eine bloße Normkonformität hinaus. Gesetzesbindung ist insofern nicht hinreichend für die Sicherung einer allgemeinen Konformität des Rechtsstabes. Denn die Gesetze sollen ja auch "im Sinne" der Jeweiligen Machthaber interpretiert werden. Legalität kann insofern nicht der ausschließliche Funktionsmodus sein. - Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit dafür, daß die Lösung dieses Problems mißlungen ist, sind anscheinend sehr selten: die Konflikte zwischen einer konservativ-autoritären Justiz und dem parlamentarischen Gesetzgeber in der Weimarer Republik, Roosevelts Kampf mit der Mehrheit der Richter am Supreme Court zu Beginn seiner Politik des New Deal, die Rolle der italienischen Justiz im Kampf gegen Tangentopoli, neuerdings vielleicht auch einige Aktivitäten der französischen Justiz. Generell scheint aber die Konformität des

[13] Vgl. dazu *H. Rottleuthner*, Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung, in: Demokratie und Recht H.4/1987, S.373-394; The Conformity of the Legal Staff, in: *M.Karlson/O. P. Jónsson/E. M. Brynjarsdóttir* (Hrsg.), Recht, Gerechtigkeit und Staat, Rechtstheorie Beiheft 15, Berlin 1993, S. 441-450; Steuerung der Justiz in der DDR. Einflußnahme der Politik auf Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte, Köln 1994.

Rechtsstabes zur Zufriedenheit der Machthaber gesichert zu sein. Für den Rechtssoziologen ist es dann von Interesse herauszufinden, mit Hilfe welcher Mechanismen - über den Erlaß von Gesetzen, an die die Richter gebunden sein sollen - es gelint, daß der Rechtsstab sich im Spektrum des politisch Zulässigen und Erwünschten bewegt. Die klassischen Mechanismen sind wohl:

- die homogene Ausbildung von Juristen
- die Personalpolitik (die "richtigen" Leute an die wichtigen Positionen Bringen)
- der Instanzenzug (mit den "richtigen" Leuten an der Spitze)
- die juristischen Publikationen (Lehrbücher, Kommentare, aber auch die selektive Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen)

Detaillierte Untersuchungen hätten dann die historisch und lokal sicherlich variablen Mechanismen herauszufinden, die zur Lösung des Bezugsproblem verwendet werden. Zu denken wäre etwa an: die Bestimmung des "gesetzlichen Richters", überhaupt die Handhabung der Geschäftsverteilung, die Rolle von Gerichtspräsidenten, auch die Beziehungen zwischen Vorsitzenden und Beisitzern in einem Kollegium, Kommunukationen unter Richtern und zwischen Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten, Muster von richterlichen Karrieren etc.

Besonders aufschlußreich sind politische Umbrüche, nach denen die neuen Machthaber vor der Frage stehen, ob die Mitglieder des alten Rechtsstabes übernommen werden sollen und wie die eventuell übernommenen Mitglieder auf das neue Regime festgelegt werden können. (Die deutsche Geschichte dieses Jahrhunderts ist reich an politischen Brüchen und entsprechendem Anschauungsmaterial.)

Konformität beinhaltet zwei Aspekte: die Ausrichtung auf bestimmte inhaltliche Zielvorstellungen und ein hohes Maß von Homogenität, von Einheitlichkeit in der Rechtsprechung. "Einheitlichkeit der Rechtsprechung" war z.B. ein in der DDR-Verfassung verankertes Prinzip: man kann es auch als einen Unterfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes interpretieren, eben als Prinzip der justiziellen Gleichbehandlung. Anscheinend gibt es dann Konflikte zwischen Rechtsstaatsprinzipien im Bereich der Justiz: denn die Unabhängigkeit der Rechtsprechung ist nicht zugleich mit ihrer Einheitlichkeit zu optimieren. Staaten scheinen sich danach unterscheiden zu lassen, welches Prinzip sie höher einstufen, welche Einschränkungen der Unabbängigkeit sie hinnehmen oder welches Spektrum an Uneinheitlichkeit sie tolerieren. Ein Vergleich zwischen der BRD und der DDR macht diese unterschiedlichen Gewichtungen deutlich. Sehr viele Steuerungsmechanismen in der DDR zielten darauf ab, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu garantieren - um den Preis massiver Einschränkungen der richterlichen Unabhängigkeit. In der BRD ist man dagegen bereit, ein sehr hohes Maß von Uneinheitlichkeit in der Rechtsprechung zu tolerieren (meistens wird es aber gar nicht bekannt, wie stark die Verfahrens- und Entscheidungspraxis von Gericht zu Gericht schwankt); man vertraut auf die homogenisierende Kraft des Instanzenzuges und auf informelle Mittel. [14]

[14] Die bekanntesten Beispiele für solche informellen Mittel der Standardisierung sind etwa die "Düsseldorfer Tabelle" zur Berechnung des Unterhalts, Schmerzensgeld-Tabellen bei Verkehrsunfällen, Übersichten über Mietminderungs-Quoten, über Minderungen im Reisevertragsrecht, Formeln zur Berechnung der Höhe von Vergütungen von Arbeitnehmer-Erfindungen; wohl eher gerichtsspezifische Daumenregeln gibt es für die Berechnung der Höhe von Abfindungen bei arbeitsrechtlichen Kündigungsschtuzlagen.

Abstract

As an empirically oriented social science, sociology of law has been little concerned with the explication and justification of the value-laden principles of the rule of law. Its encounter with such notions as the separation of powers, fundamental rights, the independence of the judiciary and other basic principles of the legal order usually has been limited to deploying the distinctions between norm and fact, of formal and informal systems to mark departures from these ideals in practice, to consider their social function or to relativize them as "purely formal" ideals. However, the experience of the Third Reich provides a reason to question more earnestly "the autonomy of the normative order" and the role of law as "the measure of power", rather than to relativize them by adopting a typically instrumentalist view of law. The perspective thus won also may shed a critical light on states that claim to observe the rule of law. Sociology of law itself should "take the rule of law seriously".

Hubert Rottleunthner

Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti

(Çeviren: Füsun Uyanış)

1. Görgül Hukuk Sosyolojisi ve Değerden Bağımsızlık

Hukuk sosyolojisinin, hukuk devleti gibi normatif ve değerlerle yüklü bir yapı ile ne ilgisi vardır? Görgül yöntem izleyen bir disiplin olarak kabul edilen hukuk sosyolojisi, Max Weber örneğinde olduğu gibi, mümkün olduğunca "değerden bağımsız" bir hukuk kavramı kullanmaktadır. Bilindiği gibi Max Weber, hukuk sosyolojisinin alanını belirlemek için örf ve âdet ile hukuk arasında bir ayrım yapmaktadır. Yazar, bu iki "sosyal düzen" arasındaki sınırı şu şekilde çizmektedir: Hukuk düzeninin belirleyici özelliğini ve aynı zamanda güvencesini oluşturan, hukuk düzeninin geçerliliğini sağlamakla görevli belirli bir grup insan tarafından gerektiğinde zor yolu ile geçerli kılınabilmesi imkânıdır (oysa örf ve âdetin geçerliliğini sağlayan, "belirlenebilir bir insan kitlesi"nin belirsiz ve karmaşık "kınama" olgusudur)[1] .

Weber'in "değerden bağımsız" sosyolojik hukuk kavramını, "istenilen her türlü düzenlemeyi kapsayabileceği" ve bununla iktidar sahiplerinin her türlü yönerge ve buyruklarına hukukilik özelliği atfedilebileceğini iddia ederek eleştirmek, isabetli değildir[2] . Çünkü, Max Weber burada, "sosyal düzenin" farklı türlerini ayırmaya elverişli bir tanım vermek istemektedir; onun amacı bir hukuk ideali biçimlendirmek değildir. Burada söz konusu olan *hukuk* ile *hukuk-olmayan* (iustum et iniustum) arasındaki sınırın belirlenmesi olup, hak ile haksızlık arasındaki sınırın çizilmesi değildir. Hukuk, tarihi açıdan ve uluslararası karşılaştırma içinde incelenmek istendiğinde, bu şekilde "yansız" bir hukuk kavramı salık verilebilir - her ne kadar "haksızlık" günümüze ve buraya (Batı Avrupaya) özgü kıstaslar ile ölçülüyor olsa dahi.

Aksi takdirde, bazı hukuk kuramcılarının yeğledikleri gibi, "değer yüklü" bir kavram kullanıldığında, hak mı yoksa haksızlık mı, doğru hukuk mu yoksa haksız ve hukuka uygun olmayan normlar mı söz konusu ediliyor, soruları ile çok sık karşılaşılacaktır.

Bununla birlikte, hukuk kavramı sorunu, hukuk sosyolojisinin araştırma uygulamalarında (hukuk antropologlarının incelemeleri hariç) hemen hemen hiç bir rol oynamamaktadır. Normal olarak, hukuk sosyoloğu biçimsel-hukuki anlamda yürürlükte olan hukuka dayanmaktadır. Bununla birlikte, görgül araştırmalar da tümüyle değerden bağımsız değildir. Bir hukuk sosyoloğu elbette, örn. içtihatların "kalitesi" hakkında görüş bildirebilir. Ancak o, bunu yaparken, kendine özgü ölçütler geliştirmeyip, bilimsel tartışmada büyük ölçüde kabul edilmiş olan mevcut kriterleri kullanacaktır. Bu çeşit "görgül indirgeme", değerlendirmeler hakkında elverdiğince değerden bağımsız olarak görüş bildirmeyi sağlayan sıradan bir yöntemdir. (Yasama faaliyetlerinin etkililiği değerlendirilirken, yasakoyucunun var olan değerleri, hedefleri ve amaçları ölçüt olarak kullanıldığı zaman da aynı yaklaşım sözkonusudur).

[1] *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 5. Bası. Tübingen 1976, s.17.

[2] *Th. Raiser*, Rechtssoziologie, Frankfurt a.M. 1987, s.90.

Buraya kadar bir sorun yok. Ancak, bir hukuk sosyoloğu olarak, hukuk devleti gibi temel bir anayasal ilke karşısında nasıl bir tavır alınacağı sorusu, bizleri, öncelikle bir başka sorun ile karşı karşıya getirmektedir: bir hukuk sosyoloğu olarak, idare ve anayasa hukukçularının kavram hakkındaki çalışmalarını ne ölçüde tartışabiliriz? Normalde, hukuk sosyologlarının işi, dogmatik hukukçuların yorumlama ve dizgeleme konusundaki çalışmaları ile yarışmak değildir. Bir hukuk sosyoloğu kendisini, hukuki yorumun inceliklerine kaptırmaz. (Örn. Kanun yollarına başvuru hakkının kullanılması hakkında bir proje üzerinde çalışırken, § 705 ZPO bağlamında icra kabiliyeti ile kesin hüküm arasındaki sistematik ilişkiyi tartışmaktan bilinçli olarak kaçınırım).

Bunun gibi, hukuk devleti "ilkelerinin" kavramsal açıklamasını yapmak ve hatta bunları haklı çıkarmak da hukuk sosyoloğunun ilgileneceği bir uğraş değildir. O, uzak bir gözlemci olarak, hukuk devletine hangi ilkelerin, kim tarafından ve hangi gerekçelerle yüklendiğini izlemektedir:

- Güçler ayrılığı
- Temel haklar
- İdarenin yasayla bağlılığı, yasanın üstünlüğü ve temel hakların ancak yasa ile sınırlanabileceği
- Devlet faaliyetlerinin önceden hesap edilebilirliği anlamında genel olarak hukuki güvenlik
- Yürütmenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi, hakların yargısal korunması
- Yasakoyucunun yargısal denetimi, belki anayasa yargısı
- Mahkemelerin bağımsızlığı; doğal yargıç; hak arama özgürlüğü; avukat tarafından temsil edilebilme
- Yasaların geriye etkili olması yasağı; nullum crimen, nulla poena sine lege kuralı
- Kısıtlamaların orantılı olması; örn. cezada ölçülülüğü aşan mahkûmiyetlerin yasak olması
- vb.

Hukuk sosyolojisi bu ilkelerin biraraya getirilmesi, açıklanması. tamamlanması ve savunulması işini daima idare ve anayasa hukukçularına veya bunların yanı sıra hukuk felsefecilerine bırakmıştır. Hukuk sosyologları, temel çıkış noktaları itibariyle bu ilkeleri hiçbir zaman "oldukları gibi" (at face value) kabullenmemişlerdir.

2. Hukuk Sosyolojik Görecelendirme

Hukuk sosyolojisinin "temel çıkış noktasına" gelince, hukuka yaklaşımları bakımından hukuk sosyologlarını, aşırı kuşkucuların saflarına çeken iki temel ayrım vardır: normatif - olgusal ayrımı (law in the books- law in action; hukuk normu ve hukuksal gerçeklik; hukuk normu ve yaşayan hukuk vs.) ve biçimsel- biçimsel olmayan (formell - informell) ayrımı; yani, sosyal davranışların hangi yönleri hukuk normlarına "uyulması" (veya

hukuk normlarının "uygulanması", "kullanılması") olarak betimlenemez?. [3]

İşte bu temel üzerinde hukuk sosyolojisi araştırmasında hukuk devleti ilkelerinin ne şekilde ele alındığını ortaya çıkarmak mümkündür:

- Güçler ayrılığının klasik modelleri çoktan gerçekçi bir bakış tarzı ile değiştirilmiştir (iktidar partisi/partileri ile parlamenter muhalefet arasındaki fark dikkate alınarak devlet "güçlerinin" birincil yapılandırması, federal yapıların büyük önemi,"dördüncü" gücün önemi vs.)
- Daha çok önceden N. Luhmann merkezi temel hakları "toplumsal işlevleri" (yani toplumsal farklılaşmanın belirli bir derecesinin korunması) yönünden incelemiştir[4] .
- Kazai içtihatların sosyal faktörleri araştırılarak, yargının bağımsızlığı ve yargıçların yasa ile bağlılığı da "sorgulanmaktadır"; örn. : yargıçların belirli özelliklerinin - sosyal kökenleri, bir partiye mensup olmaları, cinsiyetleri vb.'nin- verdikleri kararlara etkisi nedir? Yargı kuruluşunun içinde bulunduğu koşullar yargıçların faaliyetlerini nasıl etkilemektedir? Öznel, yasaya bağlı yargıç anlayışı, hukuk sosyoloğu gözlemci tarafından nesnel davranış karakteristikleri ile karşı karşıya getirilmektedir- bu, "yanılsamaların entellektüalist tutumla yokedilişi"nin klasik bir örneğidir[5] .
- Yargı araştırması çerçevesinde eşitlik- veya eşit davranma ilkesinin ele alınışı da benzer şekildedir. Örn. ceza davalarındaki sanıkların veya hukuk ve iş davalarındaki

[3] "Günümüzdeki hukuksal çalışmaların, en azından yöntemsel - mantıksal ussallığının en üst düzeyine ulaşmış olan biçimleri: ortak hukukun kazai içtihatları ile yaratılmış olanları, şu postülalardan yola çıkmaktadır: 1. her hukuksal karar, soyut bir hukuk kuralının somut bir "olguya" uygulanması"dır. (...) 5. insanların toplumsal davranışları daima hukuk kurallarının "uygulanması" veya bunlara "uyulması" ya da tersine hukuk kurallarına "aykırılık" olarak yorumlanmalıdır, zira, hukuk sisteminde "boşluk bulunmaması"na paralel olarak, "hukuksal düzenlilik" de tüm sosyal olayların bir temel kategorisini oluşturmaktadır" (M. Weber, Rechtssoziologie,) 1 sonu, a.a.O., (dn. 1), s.508). Sosyal davranışları hukuk normlarının ışığında betimleme olanaklıdır; ancak sorun, bunun hangi koşullar altında uygun bir betimleme olduğudur. (Örn. evlilik hayatını "evlilik birliği içinde bulunma borcunun ifası" şeklinde aile hukuku terimleri ile betimlemeye çalışmak gülünç olurdu. Hukuk normlarının içerdiği "biçimsel" öğeler, yani tanımlayıcı kavaramlar ile artık açıklanamayan konular için sosyal bilimler çoğu zaman birbirleri ile yarışan ve daha incelikli betimleme olanakları tanımaktadır. İşte, hukuk normu gözlüğü ile bakıldığında artık görülemeyen şeyler, sosyal davranışların "biçimsel olmayan" yönlerini oluşturmaktadır.
(Başka örnekler: Partilerin, usul yasalarına veya sosyal kategorilerine uygun olarak mahkeme önündeki statüleri; usul yasalarına ya da örn. simgesel etkileşimcilik gibi kavramlara göre yargılamanın akışı veya mahkeme başkanının ve üyelerin rolü.)

[4] *N. Luhmann*, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965. Konu ile doğrudan ilgili bu çalışmadan, *J. Habermas*'a ait "Faktizität und Geltung" (Frankfurt a.M. 1992) adlı yapıtta hiç söz edilmemiş olduğunu belirtmek gerekir.

[5] *M. Weber*'in, serbest hukuk okulunun bu yüzyılın başındaki stratejisine ilişkin düşüncesine göre: "Objektif" açıdan bakıldığında, en "yaratıcı" hukuk uygulamacılarına özgü olan bir özellik; onların kendilerini, öznel bir yaklaşımla, yürürlükteki normların "yaratıcısı" olarak değil de, sadece "ağızlığı", yorumcuları ve uygulayıcıları olarak hissetmeleridir. Günümüzde, büyüklükleri tartışmasız olan bu hukukçuların, bu öznel inançlarına karşı, nesnel açıdan farklı olan olayın ileri sürülmesi ve bu olaydan öznel bir davranış normu oluşturulmak istenmesi,- böyle bir isteğe nasıl bakılırsa bakılsın - yanılsamaların entellektüalist tutumla yok edilişinin bir ürünüdür." (Rechtssoziologie, §8 sonu, a.a.O., dn.2, s.665). - Ancak, serbest hukuku benimseyen bir hukukçudan farklı olarak bir hukuk sosyoloğu, nesnel olaylara ilişkin kavrayışını, sözkonusu davranışın normu haline getirmekten feragat edecektir.

tarafların, hukuki bağlamda aslında önemsiz olması gereken belirli sosyal karakteristikler taşıdıkları takdirde, farklı veya eşit olmayan bir muamele görüp görmedikleri incelenmektedir (örn. ilgililerin mensup oldukları sınıf,cinsiyetleri veya uyrukları "nedeniyle", "nesnel" bir diskriminasyon olup olmadığı gibi). Bu gibi araştırmalarda, yargıçların hüküm gerekçeleri dikkate alınmaksızın, bu çeşit karakteristikler ile davaların neticeleri arasındaki karşılıklı ilişkiler üzerinde çalışılmaktadır.

- Yargısal denetim hakkı ve genel olarak anayasa yargısı kurumları, daha çok, yargıçların tutumu sorunu olarak incelenmekte ya da anayasa mahkemesi kararlarının yasakoyucu tarafından uyulması sorunu şeklinde ele alınmaktadır.
- İdarenin yasaya uygunluğu ilkesi, devlet kurumlarının kendi içlerindeki ve birbirleri ile ve muhatapları ile olan fiili ilişkilerinin sorulması yolu ile görecelendirilmektedir. İşte o zaman, örn. hedeflerine başka kuruluşlar ile birtakım mübadele süreçleri çerçevesinde ulaşmaya çalışan "biçimsel olmayan hukuk devleti"[6] figürü ortaya çıkmaktadır. Bunun gibi, savcının müdafi veya sanık ile yaptığı yaygın "(deal) pazarlık" uygulaması ile yasaya uygunluk ilkesinin "biçimsel olmayan" bir şekilde gevşetilmesi de, hukuk veya ceza sosyoloğunu ilgilendirmektedir.
- Hukuka sağlanmak istenen hesap edilebilirlik veya öngörülebilirlik güvencesi gerçekçi-kuşkucu hukuk sosyoloğu için, Luhmann'ın deyimiyle, sadece bir "arka plan güvencesi" haline gelmektedir.

Hukuk sosyoloğu için, hukuk devleti ilkelerinin "oldukları gibi", görecelendirme yapılmaksızın ele alınmasını güçleştiren, yalnızca normatif/olgusal ve biçimsel/biçimsel olmayan gibi kuşku ile sorgulayan ayrımlar, değil fakat - ve hatta çok daha temelde- hukuk sosyolojisinin söylemleri içindeki araçsal hukuk anlayışıdır. Yasalar ve mahkeme kararlarından oluşan bir bütün olarak hukuk, daima belirli amaçlara, hedeflere ve fonksiyonlara ulaşılması için bir araç olarak görülmektedir (sosyal kontrol, entegrasyon, sosyal mühendislik gibi). Toplum bilimsel bakış açısından, hukukun, sosyal süreçlerin bir ifadesi veya yansıması olduğu tasarımı, en geç 19. Yüzyılın sonunda terkedilmiştir. Ancak -araç veya ifade- şeklindeki bu yaklaşım tek alternatif değildir. Hukuk sosyoloğunun görüş alanına hiç girmeyen ve fakat hukuk devleti niteliğini asıl belirleyen, "normatif olanın kendi ağırlığı" ya da hukuk ne derecede "iktidar ölçütüdür"? şeklindeki sorudur[7] .

Bu tarz bir Kural-Platonizmi olsa olsa öznel anlamlı bir fiksiyon şeklinde (örn. M.

[6] Karş. *E. Bohne*, Der informale Rechtstaat, Köln 1980 ve *E. Blankenburg/K. Lenk* (hazırlayanlar), Organisation und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band VII, Opladen 1980.

[7] Bu bakımda, *Eugen Ehrlich*'in savunduğu hukuk sosyolojisi, araçsal hukuk anlayışına karşı ileri sürülen bir karşı görüş değildir. Aradaki fark, hukuk sosyologlarının, hiç değilse daha yeni toplumlara ilişkin incelemelerinde, devletçi bir hukuk anlayışından hareket etmeleri (yani gerek hukuk tanımlamalarında gerekse görgül çalışmalarında her şeyden önce yasakoyucunun ve yargı mensuplarının faaliyetlerine dayanmalarıdır). Buna karşılık Ehrlich, hukukun sosyal davranışlardaki rolünü, toplumda zaten "yaşayan hukuku" vurgulamaktadır. Devlete ilişkin alan bakımından Ehrlich dahi araçsal bir hukuk anlayışı ve kullanımından hareket etmektedir; "yaşayan hukuk"un araçsal kullanımı da her zaman mümkündür. Demek ki, gerek "devletçiler" gerekse "çoğulcular" aynı ölçüde "araçsal" hukuk anlayışına sahip olabilirler.

Weber'de olduğu gibi "yargı mensupları" için, bkz. dpn.5) ortaya çıkar, ve ancak yalnızca görecelendiren arka plan araştırmalarının çıkış noktasını oluşturur.

3. "Normal" Olanın Ötesindeki Hukuk Sosyolojisi

Bir hukuk sosyoloğu, artık yalnızca yargıçların davranışlarının temelinde yatan sosyal faktörler, yargılamaların süresi sorunları, hukuk veya ceza yargılaması usullerinin düzenlenişi, kanun yollarına başvuranların sıklığı, hak sahiplerinin haklarına ulaşmaları, mahkemelerin seçiciliği, hukuk hakkındaki tutum ve düşüncelerine ilişkin anketler, hukuki düzenleme şekillerinin çeşitli türleri, hukukileştirme eğilimleri ve vergi açıkları, iddia edilen yasa veya yargılama yığılması gibi meseleler ile ilgilenmediği takdirde - yani artık rahat bir normatifliği pek fazla tedirgin edici olmayan bir olgusallık ile yüzleştirmeyip de; özellikle bir Alman hukuk sosyoloğu olarak Almanya'nın yakın geçmişini - nasyonal sosyalizmi ve Demokratik Alman Cumhuriyetini (DDR) incelediği takdirde ne yapmak gerekir? Ya da, daha genel olarak, bir hukuk sosyoloğu dikkatini, yukarıda belirtmiş olduğum hukuk devleti özelliklerini taşımayan (taşıyamayan) başka devletlere çevirirse ne yapmalıdır?
Elbette nasyonal sosyalizm ile Demokratik Alman Cumhuriyetini eşit koşmak (ve örn. her ikisini "haksızlık devleti/hukuk dışı devlet" kavramı altında toplamak) istemiyorum[8]

Ancak, hiç şüphe yok ki, hukuk devleti olgusu, veya daha doğrusu hukuk devleti olmama olgusu bakımından (her ne kadar bu ikisi farklı gelişimde ve farklı temellere dayalı olsalar da) aralarında bazı benzerlikler mevcutttur:

- Güçler ayrımının yerini (nasyonal sosyalizmde cebren homojenleştirilmiş bir "ulus" temelinde, DDR'de ise artık sınıf farklılığı nedeniyle bölünmüş olmayan bir toplum temeline dayalı olarak) güçler birliği almaktadır
- Devletin müdahale ve tecavüzlerine karşı geleneksel anlamda savunma- ve sınırlandırma temel kaynakları (siyasi iktidar ile halk arasında iktidar lehine oluşturulan menfaat uyumu temelinde) artık yoktur
- Yasama faaliyetlerine karşı yargısal denetim yoktur, anayasa yargısı yoktur (nasyonal sosyalizmde Führer aynı anda hem en üst yasakoyucu hem de en üst yargıç idi; DDR'de ise parlementer hakimiyete öncelik tanınmıştı).
- Güvenlik güçlerinin (polisin) aldığı tedbirlere karşı yargısal koruma ya hiç yoktur ya

[8] Bu konuda karş. *H. Rottleuthner*, Deutsche Vergangenheiten verglichen, in: *H. Grabitz/K. Bästlein/J. Tuchel* (hazırlayanlar), Die Normalität des Verbrechens. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Berlin 1994, s.480-502. Hukuk devleti - haksızlık devleti ayrımı ve gerek nasyonal sosyalizmin gerekse DDR'nin "haksızlık devleti" olarak etiketlendirilmeleri konusunda:
- Görünüşe göre bu ayrım, iki Almanya'ya özgü bir tuhaflıktır. Burada, birbirlerine karşı (yani DDR'nin de Federal Almanya'ya karşı) kullanmış oldukları (ve şimdilerde Federal Almanya'nın tamamen tekeline alabileceği) bir propaganda kavramı sözkonusudur. Bu kavramın Federal Almanya tarafından başka devletler (örn. 1992 öncesinde Güney Afrika) için kullanıldığına dair herhangi bir bilgim yok.
- Bu tarz sınıflandırıcı bir ayrım,basamaklandırmaya, örn. nasyonal sosyalizm ile DDR arasında dereceli bir ayrım yapılmasına izin vermemektedir. Hak/haksızlık ayrımı münferid davranışları ayırt etmek için uygun olmakla birlikte, devletleri bir bütün olarak sınıflandırmak için uygun değildir.
- Böyle bir ayrım, bir devlet içindeki edimlerin yönlerinin belirlenmesine de izin vermemektedir; esasen, bir devletin haksızlık karakterinin açıkça ortaya çıktığı belirgin bir sınır yoktur. Haksızlığın büyüğü kendini hissettirmeden gelir.

da yetersiz ölçüdedir (nasyonal sosyalizmde polis ve genel olarak siyasi alan giderek daha fazla yargısal denetim ve kontrolün dışında tutulmuştur[9] ; DDR'de ise idari yargı kaldırılmıştır, vatandaş önce şikayet yoluna veya savcılığın genel yasaya uygunluk denetimi yoluna başvurabilirdi).

- Her iki rejimde de yargı, devlet ve/veya parti tarafından yoğun bir şekilde yönlendirilmektedir (bu yönlendirme birbirinden farklı araçlarla yapılmaktadır; resmi olarak bağımsızlık ilkesine dayanılmaktadır).
- Devlet tasarruflarının yasayla bağlı bulunduğu ilkesinden hareket edilemez. Nasyonal sosyalizmde akla gelebilecek her tür "Führer"in ve başka makamların sürekli müdahaleleri sonucu ortaya çıkan yetki karmaşası; veya DDR'de devlet ve parti arasındaki düalizm (iki başlılık) nedeniyle, hukuka uygunluk devlet tasarruflarını belirleyen bir işlev tarzı, yapısal bir ilke olamamaktadır.
- Abartılı, aşırı cezalar verilir (bu açıdan nasyonal sosyalizm ile DDR arasında oldukça büyük fark vardır).
- Her iki sistem de gizli polis kullanmaktadır (DDR'deki Devlet Güvenlik Bakanlığı'na kıyasla Gestapo öldürmeye ve işkence etmeye daha çok istekli idi).

Her iki rejimde hak ihlâlleri karşısında, farklı kapsamlarda da olsa resmi makamların devlet terörü ile "seyirci tutumu" karışımını bulmaktayız.

Öyleyse burada, haksız hukuk normlarının kendileri (örn. Yahudilere karşı alınan yasal tedbirler, Polonyalılar Hakkında Ceza Kararnamesi[10] vs.), münferit normların aşırıya kaçan uygulaması (örn. nasyonal sosyalizmde binlerce ölüm cezası ve infazı) ve hukuk normlarının bizzat devlet tarafından ihlâli (yani, işkence ve "devlet terörünün" başka biçimleri, kişilerin ortadan kaybettirilmesi ve bunun yanı sıra hukuk devletinin pasif kalması) sözkonusudur. Bunların yanı sıra, pek çok rejimin hukuk devleti olmama karakteri kendini, devlet tasarruflarının buyük ölçüde hukuk normlarına uyulması veya bunların uygulanması şeklinde betimlenemeyişinde göstermektedir[11] .

Konu bu şekilde tarihsel süreç içinde ve karşılaştırmalı olarak ele alındığında, "değerden bağımsız" bir görüşe varmak mümkün değildir. Bulgular, hukuk devleti esaslarına açıklık getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte, kendimizi dehşet dolu bir bakış açısına kaptırmaktan, yani hukuk düzeninin yalnızca korkunç (iğrenç) tarafını (örn. R. Freisler hakkında halk mahkemesi önünde yapılan "yargılama"yı, nasyonal sosyalizmdeki binlerce ölüm cezasını, ırkçılık güden kazai içtihatları, 1950 yılında DDR'de görülen Waldheimer davalarını vs.) dikkate

[9] *E. Fraenkel*, The Dual State, New York: Oxford University Press, 1941; tekrar Almancaya çevirisi: Der Doppelstaat, Frankfurt a.M./Köln 1974. Yazar'a göre bu, "çifte devlet"in bir özelliğidir.

[10] (Biçimsel) eşitlik ilkesine aykırılığa (eğer belirli bir mezhebe ait olmak ve bunun bir "ırk"- belirtisi olarak kullanılması, örn. vatandaşlık meselesinde, hukuken önemsiz kabul ediliyorsa) ve yasallık ile cezada ölçülülük yasağına aykırılığa örnek olarak.

[11] Karş. yukarıda dn.3. Aynı konu, normlar devletinden farklı olarak, E. Fraenkel'in bahsettiği önlemler devleti için de sözkonusudur. (a.a.O. dn.9.). Demokratik Almanya'da SED'nin faaliyetleri hukuki normlara bağlanmış ve düzenlenmiş olmayıp, yalnızca "Parti'nin liderlik rolünü" sağlamlaştıran 1968 tarihli Anayasa'nın 1. maddesi hükmünün esasları çerçevesinde hareket etmekteydiler.

almaktan kaçınmalıyız. Bunların yanında ve kuşkusuz olayların çoğunluğunda gayet "normal" yasalar ve yargılamalar da vardı, alım-satım ve kira sözleşmeleri aktedilmekteydi, evlenmeler ve boşanmalar vardı, vasiyetnameler düzenleniyor, şirketler kuruluyordu vs. İşte, esasen bu gibi siyasi sistemlerin karakteristiği terör ile normalliğin bu şekilde karışmışlığıdır. Hukuk sosyoloğu, bu gibi hukuk devleti olmayan rejimlerin incelenmesinde de, yargı, idare ve sosyal ilişkilerdeki günlük hukuk yaşamını da gözden uzak tutmayacaktır.

4. Yeni Bakış Açıları

Bununla birlikte, insan normların ve normatif olanın kendisinin ihlâline veya içinin boşaltılmasına karşı da duyarlılık kazanıyor. Çünkü bu halde hukuk normlarının işlevi, sadece araştırma konusunun seçiminde ve ampirik araştırmaların başlangıç noktasını oluşturmak şeklinde önemlilik ölçütleri olmak değildir. Bundan da öte, hukuk sosyoloğu için hukuk normları, gerçekliğin araştırılmasında kullanılan eleştirel ölçütler oluştururlar veya hukuk normlarının bizzat kendileri bu eleştirilere konu olurlar (ya da normların eksik olduğu gösterilir). Norm ve gerçeklik ancak cesurca yapılan soyutlamalar pahasına değerden bağımsız olarak ortaya konabiliyor ise, o zaman "hukuk gerçekliği" artık hukuk sosyolojisinin olağan araştırma alanlarından biri olarak görülemez. Gerçi, tarihsel açıdan ender görülen normal durumlarda bu tür bir nötrleştirme lüksüne gidilebilir ve taşıdıkları değerler bakımından sorun teşkil etmeyen normlar, kendilerine uyulmasının, uygulanmalarının vs. araştırılmasında çıkış noktası olarak alınabilir. Ancak, bir kere her ikisini: normu ve gerçekliği, değersizlikleri içinde kavradıktan sonra, o ana kadar oldukça normal görünen bir hukuk sistemine dahi çok eleştirel bir gözle bakılacaktır.

Hukuk sosyolojisi gerçi hâlâ normatif-olgusal ve biçimsel-biçimsel olmayan şeklindeki ayrımlardan yola çıkarak çalışmaktadır. Fakat, bu iki temel ayrımın bizzat kendilerinin değerden bağımsız olmadıkları görülmektedir. Normatif ve biçimsel olan artık sadece bir görünüş olmadığı gibi, olgusal olan ve biçimsel olmayan da gerçek öz, gerçeklik (ve böylece hukuk sosyolojisinin konusu) değildir. Hukukun gerçekliğini olgusal olan ve biçimsel olmayan sapmalarında, haksızlık olarak değerlendirmek zorunda kalırsak, normatif ve biçimsel olanın olumlu anlamda yüklenmesine varırız. Bu sapmalar sadece hukuk sosyolojisinin devreye girdiği noktalar , görgül araştırma için önem sinyalleri değildir; bunlar öncelikle eleştirmeye değer konulardır. Hukuk sosyolojisi, normların bizzat kendileri ile, biçimsellik ile yeterince ilgilenmemiştir. İşte bu kavrayış ile dikkatler başka konulara yönelmektedir.

İdeoloji-eleştirel geleneğe uygun olarak, örn. daha sonra güçlü, "birlikçi" bir devlet otoritesine temel oluşturan halk, ulus ve diğer "köktenci" unsurların vurgulanması; "yabancıların" dışa itilmesi gibi homojenlik varsayımlarına karşı son derece duyarlı olunmaktadır.

Sosyal ve siyasi çoğulculuğun, güçler ayrılığından geriye kalan artıklarına, federalizme, çok partili sistem ve aracılık eden kurumlar yoluyla sağlanan yapısal güvencelerine çok daha fazla dikkat edilmektedir. Böyle bir çoğulculuk üzerinde, devletsel "entegrasyon" nereden başlayacaktır ?

Hukukun, yasama ve yargı tarafından araç olarak her türlü kullanımına karşı duyarlı olunmaktadır. "İç güvenlik" bir kez hedef seçildikten sonra, salt amaca hizmet eden ceza ve ceza usul yasalarına karşı hangi yapısal frenler vardır ?

Günlük basında kısa sürede birer skandal haline getirilen olaylar, hukuk sosyoloğunun sisteme karşı ilgisini uyandıracaktır: Takibat yapmayan savcılıklar, geçici olarak hasta statüsüne geçirilen sevilmeyen (ama "bağımsız") yargıçlar; mahkemelerin işbölümünü etkilemeler: yargıçlar arasında biçimsel olmayan anlaşmalar; adliye yönetimi ile yargıçlar arasında telefonla adalet hizmeti; yüksek kademede adliye görevlerine atamalarda dedikodular v.s. Burada söz konusu olan, kişiyi derhal öfkelendirebilen münferid kararlar ve diğer olaylardan çok, yapıların tehlikede olmasıdır.[12]

Bütün bu örnekler, normların içlerindeki boşluğu ortaya koymak için kullanılmıyor. Daha çok bunlar, hukuk devletine ilişkin normlar olarak oldukça ciddiye alınmaktadır. Bu eleştirel ve yüzleştirici tutum, siyasi bir sistemin bizzat kendisi en yüksek derecede hukuk devleti olma iddiasında ise ve örn. haksızlık rejimlerine karşı resmi retoriklerinde en yüksek hukuk değerlerini vurgulayarak kendini bu rejimlerden ayırt etmeye çalışıyorsa, daha da artacaktır. Kanımca, "BRD = hukuk devleti, DDR = haksızlık devleti" şeklinde bir etiketlendirmenin inatla sürdürülmesinde olay budur. İddiaları bu kadar yüksek olanın, bunları gerçekleştiremediği her seferinde, düşüşü de o kadar derin olacaktır. (Ve Federal Almanya'nın "yeni vatandaşları" bu çeşit çelişkilere karşı son derece duyarlıdırlar). O zaman geriye kalan yalnızca, hukuk devletini gerçekleştirmenin sürekli bir görev olduğu, hepimizin hata yapabileceği vs. gibi ucuz bahanelerdir...

5. Yargı İleri Gelenlerinin Konformitesi

Son olarak, hukuk sosyolojisinin gerçi geleneksel bir uzmanlık alanına, yargı araştırmasına giren bir araştırma alanından kısaca söz etmek istiyorum. Ancak, ben burada, şimdiye kadar olduğu gibi, tutumları ve sosyal karakteristikleri ile yargı personeline veya yargılama usullerine ya da mahkemelerdeki iş yüküne ve işlerin görülmesindeki belirli özelliklere yönelik olmayan, yeni bir inceleme tarzını göstermek istiyorum.

Burada daha çok yargının temel örgütlenme ilkeleri, yani yargı organının yasaklarla bağlılığı ve bağımsızlığı gibi hukuk devleti ilkeleri ön plana çıkmaktadır. Bir hukuk sosyoloğu bu gibi ilkeleri ne şekilde ele alabilir ?

Hukuk devleti olmak, her şeyden önce devlet işlerinin ve eylemlerinin yasayla bağlılığına yöneliktir. Bunun bir anlamı da, yargı ileri gelenlerinin normlara uygun davranmasıdır. Yargıçların yasa ile bağlılığı (savcılar bakımından) yasallık ilkesi ve idarenin yasayla bağlılığına ilişkin genel ilkeler bunu desteklemektedir. Yargıçlar bakımından yasayla bağlılık ile yargının bağımsızlığı ilkeleri dengelenmelidir. Anlaşılan, her iki ilkenin birbirleri ile bağdaşabileceği kabul edilmektedir. Bazıları, yasayla bağlılığın yargıçların bağımsızlığının ön koşulu olduğunu söylemektedir. Sözkonusu "ilkesel" anlaşmazlık nasıl çözümlenirse çözümlensin, "olgusallığa" eleştirisel gerçekçi bir bakış atmaya değer. Yasayla bağlılığın, yargı bağımsızlığını kısıtlayan tek unsur olmadığını belirlemek için, çok derin analizlere ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte konuya

[12] Bu açıdan, Manheim Ceza Mahkemesinin Deekert davasında verdiği (ikinci) hüküm karşısında duyulan öfke ile daha sonra o sevimsiz yargıçları geçici olarak uzaklaştırmak için işbölümü konusunda yapılan manipülasyon karşısında sergilenen nisbeten sakin tutum karşılaştırılabilir. Bu manipülasyonun medya tarafından "skandalize" edilememiş olması, hukuk kültürünün düşük seviyesini göstermektedir.

tarihi açıdan ve karşılaştırmalı olarak bakıldığında, kanımca, incelenmesi farklı türde bir yargı araştırması için çok verimli olabilecek bir fenomen karşımıza çıkmaktadır. Bu, anlaşılan her yerde görülen fenomeni: yargı ileri gelenlerinin konformitesini incelemek üzere, hukuk devleti ilkelerinden (yasalarla bağlılık , yargının bağımsızlığı ve bunların ötesinde: doğal yargıç, yargı önünde eşit muamele) yola çıkan ve olgusal mekanizmaları ortaya çıkarmaya çalışan bir araştırma olacaktır.[1]

Görünen o ki, pek az istisna dışında, her siyasi rejim yargı ileri gelenlerinin, rejimin beklentilerine uygun biçimde davranmasını sağlayabilmektedir. Yargı ileri gelenlerinin bu genel konformitesi salt bir norm konformitesi olmaktan ötedir. Bu bakımdan, yasayla bağlılık yargı ileri gelenlerinin genel konformitesini sağlamak için yeterli değildir. Çünkü yasalar, sözkonusu iktidar sahiplerinin benimsedikleri "anlam doğrultusunda" da yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, yasallık tek işlev tarzı olamaz. - Yakın geçmişte, bu sorunun çözümünde başarısız olunduğuna ilişkin örnekler anlaşılan pek azdır: Weimar Cumhuriyetinde muhafazakâr - otoriter yargı ile parlementer yasama organı arasındaki anlaşmazlıklar, Roosvelt'in yeni New Deal (Amerikan ekonomik kalkınma programı) politikasının başında Supreme Court yargıçlarının çoğunluğuna karşı sürdürdüğü kavga, İtalyan yargısının Tangentopoli'ye karşı verilen mücadeledeki rolü ve belki son zamanlardaki Fransız yargısının bazı faaliyetleri. Ancak, yargı ileri gelenlerinin konformitesi, iktidar sahiplerini hoşnut edecek şekilde, genel olarak sağlama alınmış görünüyor.

Hukuk sosyoloğu için ilginç olan, yargı ileri gelenlerinin hangi mekanizmalar yardımıyla-yargıçların bağlı olacakları yasalar çıkararak-siyasi bakımdan caiz olan ve arzu edilen çerçevede hareket etmelerinin sağlandığını ortaya çıkarmaktır. Klasik mekanizmalar şunlardır:

- Hukukçuların homojen bir öğretimden geçirilmeleri,

- Personel politikası (önemli konumlara "doğru" kişileri getirmek),

- Üst derece mahkemesi ve kanun yollarına başvuru usulü (tepede "doğru" kişilerin bulundurulması)

- Hukuki yayınlar (ders kitapları, şerhler ve hatta seçilmiş mahkeme kararlarının yayımlanması).

O zaman, ayrıntılı araştırmalar, ilişki sorununun çözümünde kullanılmak üzere, tarihsel ve yerel bakımdan değişebilen mekanizmaları bulup çıkaracaktır. Örneğin: "doğal yargıcın" belirlenmesi, genel olarak işbölümünün düzenlenişi, mahkeme başkanlarının rolü, toplu mahkemelerde başkan ile üyeler arasındaki ilişkiler, yargıçların kendi aralarında ve yargıçlar ile savcı ve avukatlar arasındaki iletişim, yargıç kariyerlerinin incelenmesi vs. gibi konular akla gelebilir.

Siyasi devrimler sonrasında yeni iktidar sahipleri, yargının eski ileri gelenlerini

[1] Karş. *H. Rottleuthner*, Rechssozioloige und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung (Demokratie und Recht Dergisi Sayı 4/1987, s.373-384); The Conformity of the Legal Staff, b.y.: Recht, Gerechtigkeit und Staat, hazırlayanlar: M.Karlson/O.P. Jonsson/E.M. Brynjarsdottir, Rechtstheorie, ek kitap 15 Berlin 1993, s. 441-450; Steuerung der Justiz in der DDR. Einflussnahme der Politik auf Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte, Köln 1994.

görevde bırakmak gerekip gerekmediği ve görevde bırakılanların yeni rejime nasıl bağlanabilecekleri sorusu ile karşılaştıklarından, bu tür araştırmalar için siyasi devrimlerin incelenmesi özellikle aydınlatıcıdır.

(Bu yüzyılın Alman tarihi bu çeşit siyasi devrimler ve buna ilişkin araştırma malzemesi bakımından hayli zengindir).

Konformite iki öğeyi içermektedir: belirli içerikte amaçlara yönelme, yüksek derecede homojenlik ve içtihat birliği. "İçtihat birliği" örn. DDR.'de kökleşmiş anayasal bir ilke idi; bunu, eşit muamele ilkesinin, yani yargının eşit davranma ilkesinin bir alt çeşidi olarak yorumlamak da mümkündür. Anlaşılan, bu durumda hukuk devleti ilkeleri bakımından yargı alanında çelişmeler sözkonusudur: Çünkü yargının bağımsızlığı her zaman içtihat birliği ile olabilen en iyi duruma getirilebilir özellikte değildir. Devletleri, üstünlük tanıdıkları ilkeye göre, bağımsızlıklarına ilişkin hangi kısıtlamalara tahammül ettiklerine göre veya koordine olmamayı hangi kapsam ve çerçevede hoşgörü ile karşıladıklarına göre ayırmak mümkün görünmektedir. Federal Almanya ile Demokratik Almanya bu bakımdan karşılaştırıldığında, bu ilkelerden hangilerine daha fazla ağırlık verildiği açıklık kazanır. Demokratik Almanya'da pek çok sevk ve idare mekanizması, içtihat birliğini sağlamak hedefine yöneliktir- yargıçların bağımsızlığının ağır ölçüde kısıtlanması pahasına. Buna karşılık Federal Almanya'da ise, içtihat birliğinin büyük oranda sağlanamaması daha fazla hoşgörü ile karşılanmaktadır (ancak, yargılama usulleri ve mahkeme kararlarının uygulamada mahkemeden mahkemeye ne kadar değiştiği çoğu zaman bilinmemektedir bile); burada üst derece mahkemelerine başvuru silsilesinin ve biçimsel olmayan [14] araçların homojenleştirmeyi sağlamadaki gücüne güvenilmektedir.

[14] Örneğin, geçim masraflarının "Düsseldorf cetveli"ne göre hesaplanması, trafik kazalarında manevi zarar için tazminat hesaplama cetvelleri, kira indirim oranları, seyehat sözleşmelerine ilişkin indirimler, çalışanlar tarafından yapılan icatlar karşılığında ödenecek bedellerin hesaplanması için geliştirilen formüller, standartlaştırmak için kullanılan ve biçimsel olmayan araçların en bilinen örnekleridir, buna karşılık iş hukukundan doğan haksız işten çıkarma davalarında çalışana ödenecek tazminatın hesaplanması konusunda her mahkeme kendi esaslarını uygulamaktadır.

Ülker Gürkan -Çok teşekkür ederiz. Sayın Profesör bize açıkça gösterdiler ki, hukuk sosyolojisi yerleşmiş hukuk kurum ve normlarına kuşkuyla yaklaşıp bunları "sinik asit"in temizlemesinden geçirmek zorundadır. Ancak bu takdirde gerçek yaşamdaki davranışlardan oluşan toplumsal düzen ile soyut davranış normlarından oluşan hukuk düzeni arasındaki uyum ve uyumsuzluk halleri açıkça ortaya konabilir. Daha önce de belirttiğim gibi, hukuk devleti için tesbit edilmiş bir takım ilkeler vardır. Bu ilkeleri çoğumuz biliriz; fakat bununla yetinmememiz, bunların gerisindeki gerçek duruma bakmamız gerekir. Hukuk Devletinde yargının önemine değindik. Dogmatik hukuka göre hakim önüne gelen anlaşmazlığı objektif bir biçimde değerlendirir ve uygun soyut kuralı uygular. Ancak bu iş bu kadar basit değildir. Basit olmadığını şuradan anlıyoruz: Hakimler benzer anlaşmazlıklarda aynı kuralı kullansalar bile farklı yorumlayarak farklı kararlar verebilmektedirler. Şu halde hukuk sosyolojisi bakımından, kural ve ilkeleri incelemek kadar, adalet dağıtmakla görevli hakimlerin kökenlerini, hangi farklı sosyal, ekonomik, siyasal çevreden geldiklerini, nasıl eğitim gördüklerini, nasıl bir dünya görüşüne ve politik inanca sahip olduklarını v.b. araştırmak gerekir. Bu alanda A.B.D. ve Almanya'da örnekler var. Sayın *Ökçesiz* ve *Atalay* ile birlikte biz de böyle bir çalışma yapmak istedik; Tüm Yargıtay hakimlerinin hukuk devleti hakkındaki görüşlerini saptamak ve bu arada toplumsal kökenlerini araştırmak üzere anket hazırladık, ancak pek ilerleme kaydedemedik.

Hukuk sosyolojisi ile uğraşanlar her soruna kuşkuyla yaklaşmak durumundadırlar demiştik, hatta zorunludurlar. Sebebine gelince, önce dogmatik hukuk açısından verilen hukuk tanımını ele alalım: Hukuk, kişilerle kişiler ve kişilerle devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen ve uyulması devletçe desteklenen yaptırımlar ile güvenceye bağlanmış kurallardır. Sosyolojik açıdan böyle bir tanım ile yetinilmez. Sosyolog objektiftir, ama değerlerin varlığını kabul eder, kendisi değerlendirme yapmaz. Şimdi size hukuk sosyolojisi açısından yapılmış bir tanım vereceğim. Burada, sayın Profesörün de işaret ettiği gibi, hukuk sosyologu sadece olanı gözleyip ifade etmekle yetinen kişi durumunda değildir. Sosyolojik açıdan hukuku şöyle tanımlayabiliriz. Bir toplumda müsbet bir değerin, yani adaletin tecellisi sayılan, uyulması fiili bir sosyal güvence ile sağlanmış olan davranış kurallarıdır. Her toplumda değerler vardır, adalet anlayışı vardır, ancak kanun koyucunun koymuş olduğu kurallar acaba toplumca arzu edilen adaleti sağlıyor mu, sağlamıyor mu? İşte değerlerin ve adalet anlayışının objektif bir biçimde varlığını saptamak ve bu araştırmayı yapmak hukuk sosyolojisine düşen önemli bir görev olmaktadır.

Niyazi Öktem

Türkiye'de Hukuk Devleti ve Lâiklik - Sosyolojik Bir Bakış

Yarım saati geçirmemeye dikkat ederek, mümkün olduğu kadar aşağıdaki kavramları açıklayıp, Türkiye'deki dinin konumunu ele almaya çalışacağım.

Efendim, hukuk devleti kavramını benden önceki sayın alman meslektaşım gayet güzel açıkladı. Ben meseleyi lâikliğe geçiş açısından irdeleyeceğim. Ve meşruiyet konusunu, bir parça aynı bağlam içerisinde kısaca ele alacağım.

Efendim, hukuk devletine *Hans Kelsen*'ci bakış açısı içerisinde baktığımızda görürüz ki, bir normlar hiyerarşisi bir alt normun, meşruluğunu ve etkinliğini bir üst normdan alması şeklinde bir piramitle karşılaşmaktayız. Yani hukuki tasarrufların tüzük ve yönetmeliklere uygun olması, tüzük ve yönetmeliklerin yasalara, yasanın anayasaya uygun olması esası kelsenci açıdan bizi bir yerde hukuk devletine götürmektedir. Meşruluk ve etkinlik, *validité* ve *efficacité*, bir üst normdan alınmaktadır. Peki anayasa meşruluğunu nereden alıyor? Kelsen bunu ikiye ayırarak inceler. Asli kurucu iktidarın barışçı veya savaşçı zihniyete sahip olmasından yolalarak inceler ve barışçı olduğu takdirde *pacta sund servanda*, yani ahde vefa prensibine bence doğal hukuk ilkelerine ve bir ölçüde de sosyal yapıya dayandırır. Yani anayasanın üstündeki temel norm, *Grundnorm* kaynağını bana göre -Kelsen'den hareket ediyorum ama onun dışına çıkıyorum- kaynağını bence doğal hukuk ilkeleri ve sosyal realiteden almaktadır. Gelin, bu doğal hukuk ilkelerinin adını koyalım. Doğal hukuk ilkeleri, dünyada batı devletleri dediğimiz, liberal özgürlükçü, bireyci devlet dediğimiz, Batının temsil ettiği devlet sistemleri içerisinde burjuva ihtilâllerine dayanmaktadır. Büyük Fransız Devrimi, Amerikan Devrimi gibi devrimlerle dünya sahnesine gelmiştir, doğal hukuk düşüncesi... Doğal hukuk ilkesinin düşünsel mimarları vardır. J.J. Rousseau, J. Locke gibi mimarlar. J. Locke temel hak ve özgürlükler içerisinde -bu, doğal hukukun da içeriğini oluşturur- temel hak ve özgürlükler içerisinde üç tane mutlak haklar kategorisini gündeme getirir. Der ki, insanların doğuştan vazgeçilmez, devredilmez, hak ve özgürlükleri içerisinde üç tanesi vardır ki, devletin düzenleme alanına girmemesi gerekir. Nedir bunlar? Bir tanesi düşünce ve onun uzantısı olan ifade özgürlüğü, ikincisi inanç özgürlüğü, başka bir deyimle vicdan özgürlüğü, üçüncüsü ise mülkiyet hak ve özgürlüğüdür. Mülkiyet hak ve özgürlüğüne hiç girmeyelim. Çünkü o mutlak haklar kategorisinden çıkmıştır. Ama ilk ikisi mutlak haklar kategorisinde olmalarını sürdürmektedir. Yani demek ki, bizim de içerisinde bulunduğumuz burjuva devlet sistemi de denilen Batının liberal, özgürlükçü devlet sisteminin *Grundnormu* içerisinde dokunulmazlık özelliğini taşıyan iki hak ve özgürlük vardır: düşünce ve ifade özgürlüğü ile inanç özgürlüğü. İnanç özgürlüğüne geldiğimizde işler karışmaktadır. Düşünce özgürlüğünü mutlak hak olarak kabul ediyoruz ve bunun için mücadele ediyoruz. Ama inanç özgürlüğü, düşünce özgürlüğü için de belki aynı şeyi düşünmüyoruz. Bunların toplum düzenini bozucu hale gelmelerinden korkarak yanlış hukuksallaştırma sürecine giriyoruz. Korkular nedeniyle inanç özgürlüğü bağlamında yasaklamalara gitmekteyiz ki bizce bu lâikliğe ve mutlak hak anlayışına aykırıdır. Bu tür endişeler var. Lâikliğin tanımı ne? Klâsik tanımı ne? Biliyoruz... Bir kere daha söyleyelim: din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması... Doğru... Ama aslında, bunun temelinde yatan gene kökenini burjuva devrimlerinde bulan bir başka

filozofik kavram var: rasyonalizm, akılcılık, usculuk... Burjuva devrimleri temel hak ve özgürlüklerin öncülü, ilk düşünce biçimi, paradigması diyelim isterseniz. Kartezyen, Descartes'çı akılcılıktır. Aristoteles'ten kaynağını bulan akılcılık, Descartes'da sağlam bir formüle girmiş ve bu anlayış sadece Descartes'da değil, onun döneminin Aydınlanma Çağının ve öncesinin liberal düşünürleri tarafından da savunulmuştur. Diyor ki, "insanın en önemli özelliği akıl ve aklın ifadesi olan dil gücüne sahip olmasıdır"; diğer yaratıklarda bu yok. İnsan kendi aklıyla gene kendisini yönetir, yönlendirir. Dünyaya ilişkin sorunlarını çözer; ayrıca insan kendi aklıyla uhrevi boyutlu iletişim kurar. Bizzat kendinin tanrı ile iletişim kurması akılcı düşüncenin uzantısıdır. Filozofik boyuttaki akılcılık, görüyorsunuz siyasal boyuta yansıyor. Burjuva sınıfı bunu tabiî babasının hayrına yapmıyor. Ortada bir feodal sistem var; hanedanlar var. Hanedanlar hem insanların dünyevi işlerini "sen anlamazsın, aklın işlemez" deyip düzenliyorlar; hanedanlara bağlı ruhban da "sen zavallı aklınla Allahla iletişim kuramazsın; ruhban olarak iletişimi ben kuracağım" der... Ve kurmuştur da... Yeni oluşan sınıf zincirlerini kırmak için akılcılıkla, eşitliği gündeme getiriyor, tüm insanlarda mevcut olan akıl herkeste eşit miktarda vardır. Ve gene Descartes'ın çok güzel lâfı "dünyada en âdilane dağıtılan şey akıldır, çünkü hiç kimse aklından şikâyetçi değildir". Akıl gerçekten önemli bir özelliktir. Herkese eşit dağıtılan akıl aracılığıyla insanlar kendi kaderini kendi tayin etmek istiyor. Burjuvazi, senyörleri ve ruhbanı ortadan kaldırmak istiyor. Kendi düzenini aklı ile kendi kurma olayına siyasal yansımada biz, "halk egemenliği" ya da "milli egemenlik" diyoruz. İşte bu da burjuva rejimlerinin, liberal rejimlerin temel hukuk, anayasa anlayışı. İkincisi ise uhrevi boyutla iletişimi bizzat kendisinin kurması, araya papazın ya da devlet adamlarının girmemesi; bunun adına da lâiklik diyoruz. Lâikliğin filozofiden siyasete ve hukuka yansıması, bizce böyle olmuştur.

Evet, insan kendi kaderini kendi tayin edecek. Burjuva rejimleri lâiklik ve halk egemenliğini kolay kolay oturtmamışlardır. Büyük Fransız Devriminden sonra papazlar giyotine yollanmıştır. Üçüncü Cumhuriyet Fransa'da papazlar üzerinde büyük baskı uygulamıştır. Ancak ondan sonradır ki lâik sistem Batıda oturmaya başlamıştır. Almanya, bir başka örnek. Protestanlığın ağır bastığı bir yer. Ama hangi protestanlık? Calvinci protestanlık tabiî ağır basıyor. Protestanlığı herkes reform, ilerleme zannediyor ama hiç de öyle değildir. Özillikle Calvinci protestanlık, tam tersine vicdanlara mühür koyar. *Predestinasyon*dan yana bir anlayıştır. Neyse oralara girmeyelim ama, lâikliği açıklarken bunların da üzerinde durmak gerekir.

Her devlet kendine göre, kendi sosyal, tarihsel birikimine göre bir yere geliyor. Biz ne konumdayız? İslâm ne durumda? Kısaca İslâm tarihine bir bakmak gerekiyor. Yani bireyin aklıyla kendi kaderini kendi tayin etmesi, uhreviyetle kendi ilişkisini kendi kurması İslâmın içerisinde yeralıyor mu, almıyor mu? Aslında İslâmın özüne baktığımızda temel düstur tanrıyla, Allahla kul arasına kimsenin girmemesidir. Bu ne demektir? Aklımla bizzat iletişimi ben kuracağım. Durum böyle mi? Hayır. Durum böyle değil. Şeyhler, hocalar, tekke şeyhleri aracı konumundadırlar. Tarihe baktığımızda Hazreti Muhammed Dönemi, Dört Halife Döneminde... Tabiî onun filozofik boyutlarına şu anda pek fazla bir şey diyemeyiz. Bilmiyoruz da zaten... Felsefe olayı henüz yok. Hakimiyet zaten doğrudan doğruya tanrıda, onun peygamberi yeryüzünde tanrı iradesini yaymakta. Kendinden sonra gelen dört halife de onun izinden gitmekte. Ama bir bakıyorsunuz Hazreti Ali ile savaşan Muaviye ve bir Sıffin Savaşı. Muaviye gibi bir adam, işte bütün o birikimi siliyor ve bir kenara atıyor ve kendi despotik yönetimine

meşruiyet sağlamak için uydurma bir hakimiyet kuramı geliştiriyor. Şimdi sloganlar var ya... Taksilerin sırtlarında "Hakimiyet Allahındır"... Amennâ hakimiyet Allahındır. Ben de inanç sahibiyim. Hakimiyet Allahındır da, bu hakimiyet siyasal sistem içerisinde nasıl ortaya çıkıyor. Nedir? Muaviye ne diyor? "Hakimiyet Allahındır, ben de onun halifesiyim, dolayısıyla benim dediğim doğrudur". Bu zihniyet Emevi Hanedanına hakim, yani akıl makıl hikâye... Cebriye denilen katı dogmatik bir felsefe geliştirilir. Emeviler döneminde bireysel iradeyi dışlayan, aklı dışlayan Muaviye ve Emevi Hanedanının siyasal çıkarlarına zemin hazırlayan bir İslâm kelâm ilmi geliştirilmiştir. Emevi hanedanının son dönemlerinde Mutezile diye akılcı İslâm reaksiyonları başlıyor. Bu reaksiyonlar devam ediyor ve Abbasiler döneminde özellikle halife Me'mun ve Harun Reşit dönemlerinde rasyonalizm, akılcılık canlanıyor. Bu arada tabiî İmam-ı Âzam Ebu Hanife ile de sünni yorum içinde akılcılık gündeme geliyor. Ancak akılcılık konusunda hanefi yorum benimsenmiş gibi görünüyorsa da siyasal iktidarlar için cebriyeci, muaviyeci yorumu sürdürüyorlar. Çünkü onlar için iktidarlarını korumak önemli. İnsanların düşünmesi hanedanların işine gelmez. Bu gelenek Selçukluya yansıyor. Tabiî Selçuklu'da başka etkiler de var. Şia içerisinde Hazreti Ali, ehl-i beyt sevgisi içerisinde daha özgürlükçü daha liberal eğilimlere rastlıyoruz. Bugünkü İran şiasına bakmayın. Şia içerisindeki özgürlükçü uzantı bugün Anadolu Alevilerinde vardır. İmam Cafer Sadık gibi kökeninde özgürlükçü, liberal, insana değer veren yorumlar şiada ağırlıktadır. Taa 16. yüzyıla kadar böyle gelmiştir. Sonradan bir değişim olmuştur; İslâmın şâfi yorumuna yaklaşmıştır. Gene hanedanlara gelelim. Hanedanlar içerisinde bakıyorsunuz Osmanlı da tutucu geleneği sürdürüyor. Üstelik Selçuklu ve Osmanlıya İmam-ı Âzam Ebu Hanife'nin eş'arî yorumu geliyor. Hanefi yaklaşımda iki yorumu vardır; iki kanada ayrılmıştır: maturidî ve eş'arî yorum. Maturidî yorumda akılcılık esastır; eş'arî'de ise akıl ikinci plandadır. Ve günümüzün Türkiye'sine kadar, Osmanlıda da zaten tutucu, bağnaz, irade özgürlüğünden uzak bir yorumla Osmanlı Devleti hemhâl oluyor. Osmanlı Devletinde şeyhülislâmların büyük sistemler yaratması, insanları ferahlatması, yeniliklere açılması filan diye bir şey yok. Şeyhülislâmların, din adamlarının tek görevi padişahın icraatına dini gerekçeler hazırlamaktadır; başka bir şey değildir. Özellikle 16. ve 17. yüzyıldan sonra başka bir şey değildir. Bu yapısıyla gelen İslâm yorumu bizce İslâmın özüne de aykırıdır.

Dinin önemini inkâr edemeyiz. Eğer din yeniliklere açık, özgürlükçü, liberal bir yapıda ise; rasyonel ise gelişmeye kaynaklık yapar. Hâl böyle olmamıştır. Osmanlı Devletinde bir tane fikir adamına, dünya çapında felsefi izleri olan, sistem yaratan bir tek düşünüre rastlamak mümkün değildir; yoktur. Batı Aydınlanma Çağını yaşarken, biz Cinci hocalarla uğraşmışız. Başka bir şey yok ortada. Bu yorum Cumhuriyete kadar geliyor. Cumhuriyete geldikten sonra tabiî bir de din grupları Mustafa Kemal karşısında, gelişen özgürlük, bağımsızlık hareketi karşısında din grupları da padişahın yanında yeralınca, tabiî Cumhuriyet ile birlikte kabul etmek gerekir ki, bu din grupları üzerinde baskılar da uygulanmıştır. Tekkeler, zaviyeler kapatılmıştır. Bunlar hâlâ hukuken kapalı fakat fiilen açıktır; sosyolojik olarak açıktır. Bunlar Türkiye'nin siyasal yapısını da yönlendirmektedirler. *Grundorm*un çerçevesinde Türkiye'deki İslâm olayına baktığımız zaman ne yapacağız? Evet karşımızda özgürlükçü olmayan bir yorum var. Özgürlükçü yorum ehl-i sünnet içerisinde sünnilik içerisinde Mısır'da geliştirilmiş, Muhammed Abduh ve Cemalettin Afganî gibi sünni din adamları özgürlükçü sünni yorumlar getirmişlerdir. Bizde de onların temsilcileri olarak Şemsettin Günaltay, Mehmet Akif var. Ama özellikle Şemseddin Günaltay'ın adı bile geçmiyor artık. Halbuki pırıl pırıl bir

İslâm görürsünüz Şemseddin Günaltay'ın "Zulmetten Nura" adlı kitabında. Bunlar da zındıklıkla, reformistlikle suçlanmış, gâvurlukla suçlanmıştır. Aynı doğrultuda ben de bir kaç yerde yazı yazıp söz söyleyince son bir makalede müşriklikle suçlanıyorum; Allaha ortak koşmakla suçlanıyorum. Yani İslâmın sünni yorumu içerisinde bir şeyler yapmak isteyenlere de damga vurulmuş. Bunun karşısında alevi yorum var. Kısa değineceğim.

Alevi yorum İslâmın özünü esas almakta... Eleştiri yapacağım yerler var... Zamanınızı almak istemiyorum. Ama insan sevgisi, özgürlük temasını işlemektedir. Kelâm ilmi yazılamamıştır. Baskı altında olan bir grup olduğu için teolojisi yoktur. Ama sazı sözü vardır. Filozofik konular saz ve sözle söylenir. Allah sevgisi, Allaha olan iman sazla sözle dile getirilir. Son günlerde de çok gündeme geliyor.

Şimdi ne yapacağız? Bir kere *Grundnorm*a sadık kalacağız. Yani, vay efendim tehlikelidir, şudur budur, dolayısıyla biz katı jakoben lâiklik anlayışını uygularız gibi liberal rejimin özüne ters düşen bir yaklaşım içerisinde olmayacağız. Yani biz mutlak inanç ve vicdan özgürlüğü ve düşünce özgürlüğünden yana olmalıyız. Artık 1920'lerin 1930'ların metotları geçerli değil; 1990'ların metotlarıyla, onların da konuşma, söz hakkı, ifade hakkına saygı göstermek gerekir. Saygıdan öte, Voltaire'in dediği gibi, "senin düşüncelerinden nefret ediyorum, senin düşüncelerinin çok tehlikeli olduğunu biliyorum ama senin bu düşüncelerini yayabilmen için ben kendi kendimi de feda edebilirim" diyebilmeliyiz. Bu zihniyeti kabul edeceğiz, yani tam özgürlükçü olacağız. Bu bir... İkincisi abesle iştigâl etmeyeceğiz. Neyi kastediyorum? Başörtüsünü... Bu tip şeyler abesle iştigâldir. O, vicdan özgürlüğünün bir uzantısıdır. Arkasından ne var? Hukukçu olarak biz saike bakmayız. Arkasına bakmayız. Düşünün, başörtüsüyle İslâma daha yakın olduğuna inanıyor. Böylece cennetlik olacağını düşünüyor. Onun vicdanına siz nasıl ambargo koyabilirsiniz? Mümkün değil... Mücadele fikirle gerçekleştirilmelidir.

Bir başka olay, tekke ve zaviyeler kapalı... Neresi kapalı? Hükümet kuruyor, hükümet indiriyorlar. Tekke ve zaviyeler açılmalıdır. Zaten açıktır. Tam özgürlükçü rejim, sivil toplum örgütlenmesi... Liberal rejimin gereğidir... Ben bunları mücadele olarak görmüyorum. Gerçeğe gitme sivil toplumda, özgür toplumda olur. Ben eminim ki bizim yorumlarımız da gerçeğe daha yakın. Gerçek bir liberal sistemde, özgür sistemde bizim haklılığımız ayan beyan ortaya çıkar.

Başka bir olay. Diyanet İşlerinin üzerinde çok durmak gerekiyor. Sivil toplum örgütlenmesi içinde ve dünyanın Batı Liberal rejimlerinde diyanet işlerinin; devlet çatısı içerisinde dinin düzenlendiği hiç görülmemiştir. Haa tehlikeli mi? İtiraf edeyim benim de korkularım ve kuşkularım var. Özellikle Türkiye'nin üzerinde büyük oyunlar oynanırken, cemaatler sistemine gitmenin ne derece doğru olup olmayacağı hususunda benim de kuşkularım mevcut; ama biz gene de rejimin *Grundnorm*una sadık kalarak özgürlükçü olalım. Sivil toplumdan, sivil toplum örgütlenmesinden yana olalım. Sıkıştığımızda baba gel bizi kurtar, asker gel bizi kurtar diyoruz. Asker geliyor ama bizi kurtarmıyor; tam tersine din derslerini mecburi kılıyor, yani tam aksi doğrultuda icraat yapıyor. Sivil toplumu, sivil toplum örgütlenmesini içimize sindirdiğimiz ölçüde bize sorun gelen şeylerin üzerinde daha rasyonel, daha sağlıklı çözümler bulabiliriz. Demokrasi, yani hukuk devleti içerisinde temel normumuz özgürlük, demokrasi, insan hakları, mutlak suretle insan hakları, mutlak düşünce özgürlüğü, mutlak inanç özgürlüğü ve bunların ifade edilme özgürlüğü biçiminde şekillenmelidir. Hepinize saygılarımı sunarım. Teşekkür ederim.

Zusammenfassung

In diesem Beitrag wird das Problem "Rechtsstaat in der Türkei" in Verbindung mit dem Übergang zum Laizismus diskutiert. Hier bilden die Prinzipien des Naturrechts und die soziale Realität die (nach Kelsen sogenannte) Grundnorm des Rechtsstaates. Die Prinzipien des Rechtsstaates gehen aus den die Bürgerrevolutionen hervor, welche die liberalen Staatssysteme, die der Westen repräsentiert, herbeigeführt haben. Die Naturrechtsprinzipien sind determiniert von drei Kategorien der absoluten Grundrechte und Freiheiten.

Das Eigentumsrecht hat seinen besonderen Charakter später verloren, während die Gedanken- und Ausdrucksfreiheit sowie die Bekenntnisfreiheit bis heute ihren absoluten Charakter bewahrt haben.

Demzufolge enthält die Grundnorm des liberalen Staatssystems des Westens, dem auch die Türkei zugehört, zwei Rechte und Freiheiten die unantastbar sind: die Gedanken -und Ausdrucksfreiheit und die Bekenntnisfreiheit.

Aus der Sicht der Glaubensfreiheit begründet sich der laizismus aus dem Rationalismus, denn die Verbindungsaufnahme des Menschen mit der göttlichen Dimension, mit Gott durch seinen eigenen Verstand ist ein Resultat des Kartesianismus.

Nachdem der Gehalt des Rechtsstaates im Hinblick auf den Laizismus bestimmt ist, werden die Fragen "Was ist unsere Position? in welchem Zustand ist der Islam? beantwortet. (Übersetzt von F.U.)

Abstract

The Rule of law in Turkey, when it is considered as being a move towards secularism. In this opinion "the rule of law" was formed from the natural law "Grundnorm" recognised by Kelsen and social reality. Thus the principals of Natural Law draw their support from the rise of the bourgois facilitated by the systems of liberal government. From the perspective of natural law it is possible to anunciate three fundamental rights and freedoms. Of these, assuming the right of property loses its pecullarity, the other two; freedom of thought and expression and freedom of conscience maintain their fundamental qaulity.

Thus in Turkey, which posesses a Western model government system and the resultant Grundnorm, these two inalienable rights are found: namely the freedoms of thought, expression and belief.

From the point of view of freedom of belief it is rational to have this freedom as a basis of secularism. Because it is by means of the intellect that human beings come to grasp the spiritual dimension, as understood by cartesian thought.

The auther, having outlined his views on the principles of secularism concluded with the question "What is our position: What is the situation of Islam". (Translated by J.B.)

Ülker Gürkan - Sayın meslekdaşıma çok teşekkür ederim, bizi aydınlattılar ve dinin bir sosyal olgu olduğunu pek güzel belirttiler. Gerçekten öyledir. En ilkelinden en gelişmişine kadar hangi topluma bakarsak bakalım, din olgusu karşımıza çıkar. Tüm farklılıklarına karşın tüm dinlerin değişmez iki özelliğe sahip olduklarını görürüz: İlki doğa ve insan üstü bir güce inanç ve ikincisi bu inancı göstermeğe yarayan ibadetler. Ortaçağ boyunca gerek Batı gerek Doğuda, yani Hristiyan ve İslâm dünyasında din, ruhban sınıfının ve ulemanın tekelinde istismar konusu oldu ve bugün de bazı ülkelerde olduğu gibi, siyasal rejimleri desteklemek üzere kullanılıyor. En tehlikeli olanı da bu son durum, özellikle İslâm dünyası bakımından; çünkü İslâm hukuku din olgusu ile birlikte ortaya çıkıyor, devlet din olgusu ile doğuyor. Başlangıçta sorun yok; fakat devlet yapısı gelişmeğe başlayınca ister istemez yeni koşulları karşılayacak, yeni ilişkileri düzenleyecek kurallar da Kuran'daki yerlerini alıyor. Günümüzdeki aydın mümin bunların "ibadet" diye nitelendirilen dinsel hükümlerden farklı olduğunun ve değişmez nitelik taşımadıklarının bilincindedir. Geçenlerde bir kitap okudum. "İslâma Karşı İslâmcılık"; yazarı Mısır"lı bir savcı Muhammed Said al-Ashmawy. Tarih biliyor, sosyoloji biliyor ve Arapça biliyor ve kitaba şu cümle ile başlıyor: Tanrı İslâmın bir din olmasını istemişti, ama insanlar onu bir siyaset yapmaya kalktılar." Yazarın da belirttiği gibi din adına siyaset yapmak, dini bitmez tükenmez savaşlara, sonsuz partizanca bölünmelere dönüştürmek, nihai amaçları konum ve kazanım arayışına dönüştürmek anlamına gelir.

Bugün Türkiye'de din ve siyaset konularında çok dikkatli olmalıyız. Sayın meslektaşım haklı olarak dediler ki, "Günümüzde inanç özgürlüğünü sağlamalıyız". Ancak inanç özgürlüğünün sağlanması için eğitimin lâik olması gerek. Eğitimin bugünlerde lâik olduğunu kim söyleyebilir? Orta öğretimden başlayarak, zorunlu kılınan din dersleri nedeniyle, çocuğun zihnini bilinmeyenle korkutuyoruz. Bilinmeyenle mücadele çok zordur. Çocuk tanrı, cennet, cehennem üçgeninde, sevap-günah endişesiyle yetiştiği için bunların kafasına bilimi, bilineni sokamıyoruz. Bir hoca olarak çok üzgünüm; Polis Akademisi gibi bir eğitim kurumunda "evrim" dediğim zaman delikanlı kıyameti koparıyor. İslâmın bilime verdiği önemi belirtiyorum, kabul ediyor; ancak "bilim sana yaşamın denizde tek hücreliler ile başladığını söylüyor" dediğim zaman cevabı, "Dinime aykırı, İslâma aykırı, kabul etmem" oluyor. Ben nasıl olur da Türkiye'de inanç özgürlüğünden söz edebilirim bu durumda. Tevhid-i tedrisat, yani eğitimde birlik, lâik eğitim ortadan kalkmış; birçok eğitim kurumu bir tür rahip ve rahibeler, İslâm rahip ve rahibeleri yetiştiriyor... "Başörtüsü inanç meselesidir" deniyor. Ben inanç meselesinin ötesinde bir şey olduğu kanısındayım. Ben bir kadınım, dini inançların bir kadın üzerindeki derin ve ürkütücü etkilerini iyi bilirim. Her tartışmada sonuç başörtüsü üzerinde toplanıyor. Oysa başörtüsünü kökten dinciler bir sembol olarak kullanıyorlar. Saçının bir telinin erkeği tahrik edeceğine inandığı ya da inandırıldığı için kendisini günahın merkezi sayan bir kızı üniversiteye kadar getirebiliyorsak; inanç özgürlüğü, insan hakları nerede? Bu bakımdan meslektaşımın görüşüne katılmıyorum. Bu konularda son derece dikkatli olmalıyız. Bütün gücümüzle inanç ve fikir özgürlüğünü savunalım. Ancak inanç ve fikir özgürlüğüne sahip gençler yetiştirebilmek için din derslerinin zorunlu olmaktan çıkarılıp, olsa olsa liselerde seçimlik ders olarak bırakılmasını sağlayalım. Öte yandan açık ve daha çok sayıda gizli öyle çok Kur'an kursu var ki... Bu da ayrı bir sorun.

Türkiye'de lâiklik, Batı'daki gibi, sadece din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasından ibaret değil; Atatürk'ün önceden görüp, tedbirlerini aldığı üzere, dinin, din

adamlarının devlet işlerine müdahelesini önlemek de lâikliğin en önemli gereği. Yeniden lâik düzeni getirelim; herkes istediği gibi fikir ve inanç özgürlüğüne sahip olsun. Günümüzde 'İslâm' kökten dinciler tarafından 'öz'den çok 'şekil' olarak algılanmakta. Eğer İslâm'da daha doğrusu İslâmcılarda 'hoşgörü' varsa, Ramazan'da kapatılan lokantalar, Ramazan'da sigara içtiği ya da yemek yediği için dövülen hatta öldürülen gençler için ne düşünürler? Bunu açıklasınlar, bunlar üzerinde duralım. Teşekkür ederim.

İbrahim Kaboğlu - Ben öncelikle, başörtüsü bağlamında din özgürlüğü sorununa değineceğim. Başörtüsü konusunu sayın *Öktem* din özgürlüğünün bir uzantısı olarak ele aldı. Doğru... Fakat biz acaba bazı özgürlükleri mutlak olarak mı düşüneceğiz? Hak ve özgürlükler için genel olarak geçerli sınırlar vardır; örneğin her hak ve özgürlüğün şiddeti dışlaması, kamu düzenini bozmadan kullanılması gibi... Ama bunların yanında bir başka sınırlama var. Toplumda çatışan hak ve özgürlüklerin uzlaşmaya dönüştürülerek kullanılması sorunu var. Ben konuya bu açıdan değineceğim. Evet, vicdan ve inanç özgürlüğü doğrultusunda kişiler dilerlerse başlarını örtebilirler. Ama, acaba eğitim hak ve özgürlüğünün kullanıldığı bir ortamda bunu ne derecede mutlak olarak alabiliriz? Yani bunun bir sınırı olmamalı mı? Çünkü türban, başörtüsü, tesettür, çadır, peçe... önce yalnızca gözlerin açık olduğu bir giyim biçimi; ama bunun tamamen örtülü şekli de var. Böyle bir varsayımda siz, kürsüde bulunan hoca olarak acaba karşınızda hiçbir tarafını görmediğiniz insanlara hitap etme zorunda mısınız? Yani hitap ettiğiniz kişiyi, öğrenciyi örgün öğretim kurumunda öğrenci olarak görme hakkınız yok mu? Ya da tam tersi varsayımla yaklaşalım konuya, Sayın hocam Ülker Hanımın belirttiği gibi, tersine eğer kendilerinin öğretim üyesi olarak tamamen kapandıklarını varsayarsak, yani bir hanım öğretim üyesinin inancı gereği kürsüye yüzünü göremediğimiz bir şekilde çıktığını varsayarsak, acaba biz onu dinlemek zorunda mıyız? Yani şunu söylemek istiyorum: Evet, inanç ve vicdan özgürlüğü olmalı ama herhalde kamu kurumunda, örgün eğitim alanında bunun bir takım sınırları da olmalı. Bunun sınırını ise öncelik taşıyan eğitim hak ve özgürlüğünün kullanılması belirler. Yani bu kurumda amaç açısından öncelikli olan, eğitim hak ve özgürlüğüdür. Eğitim hak ve özgürlüğüne gölge düşürecek herhangi bir başka özgürlük alanı bununla sınırlanır. Zamanımız elverişli olmadığı için bu kadarla yetiniyorum.

İkinci bir nokta, Diyanet İşlerinin devlet kurumu olmaktan çıkarılmasını bir yerindelik sorunu olarak aldığınız. Ancak bir başka noktadan da bunu yine yerindelik sorunu olarak değerlendirmek mümkün. Bugün 60bin 70bin dolayında imam; yalnızca namaz kıldıran, yani devlet memuru olarak günde en çok birbuçuk iki saat görev yapan kişiler ve devlet memuru güvencelerine sahipler. Eğer Diyanet İşleri Başkanlığı devlet kurumu olmaktan çıkarılsın denirse, zannediyorum ilk tepki gösterecek kişiler onlardır. Bu nedenle yerindelik bakımından pek mümkün olmayacağı kanaatindeyim.

Üçüncüsü, tekke ve zaviyelerin açılması sorununa ilişkin. Bunu bir özgürlük sorunu olarak da ele aldınız. Serbest bırakılması yönündeki görüşünüzü çoğulculuk ilkesiyle de bağlantılandırdınız. Burada bir çifte ölçüye dikkat etmek gerekir. Din ve inanç alanında özgürlük ne derecede geçerli? Çoğunluğa sahip dinsel faaliyetler yönünde geçerli olan ve savunulan görüşler, acaba din dışında kalmak ya da farklı inançlar yönünde ne derece geçerli bulunmakta? Burada bir yanda, gözetilen ("gözyumulan") alan var; öte yanda "hassasiyet" zırhına sokulan alan... Bir özgürlüğün kullanımı tek yanlı olarak mı kalmalıdır? Siz bir hukuk felsefesi uzmanı olarak bir dernek kurmaya kalkışsanız ve

başlıca amacını "bizim nüfus cüzdanlarımızda yer alan din hanesi kaydı kalksın, özgür kalsın, isteyen yazdırsın, isteyen yazdırmasın, isteyen bahai desin, isteyen müslüman desin, iseyen inançsız yazdırsın ya da boş kalmasını arzu etsin" yönündeki özgürlükler oluştursun. Böyle bir derneğin öncülüğünü yapsanız acaba nasıl bir tepki alırsınız? Sivil toplum kurumu özelliğinden yararlanma dereceniz ne olur? Çok teşekkür ederim.

Niyazi Öktem - Sivil toplum örgütlenmeleri açısından özde aynı fikirdeyim. Bir farklılığımız yok ama Türkiye'nin koşulları içerisinde bir takım zorluklarla karşılaşacağımızı söylüyorsunuz. Katılıyorum size. Yani bütün bunlar doğru, böyle bir örgütlenme biçimine geldiğinde, yasal ve anayasal olarak geçildiğinde inanç gruplarının daha güçlü örgütlenmelere de gidebileceğini düşünüyorum. Ama bizim elimiz armut mu topluyor?Niye biz örgütlenemiyoruz? Olay bu. Ben meseleye teori ve öz açısından bakıyorum. İkincisi, Diyanet İşleri meselesi. Gene ben meseleye öz açısından bakıyorum. Sivil toplum örgütlenmesi içerisinde bakıyorum. Uygulamada çıkan sorunlar doğrudur. Türkiye'de 20 milyon Alevi olduğu söyleniliyor. Diyanet İşleri bütçesi aşağı yukarı 12 trilyon; bunun %20'sinin Aleviler tarafından verildiğini düşünürseniz, demek ki 2-3 trilyon para Alevilerden Sünnilere gidiyor. Bugün Aleviler aleyhine söz söyleyen kişilere maaş olarak dönüşüyor. İşin uygulamadaki sorunları da bu. Efendim gelelim en önemli konuya... 12 Eylül'den sonra bir genelge çıktı, devlet memurları sakallarını kesecek diye... Ben sakalımı kestim. Devlet giyime karışmaz. Ben züppelikten, art niyetim o belki, batı, frenk olma özentisinden belki, saikime kim bakar? Demokratik bir rejimde olmaz böyle şeyler. Sınırlar olmayacak mı? Tabii, işin mahiyeti gereği olacak. Doktorun örtünerek tabiplik yapması mümkün değil. Veya dersleri izlemesi... İşin mahiyeti bunu sınırlayacak. Burada sizinle hemfikirim. Eğitimde de şu ölçütü kullanmak mecburiyetindeyiz: "yakın ve hazır tehlike"... Yakın ve hazır tehlike, sizin de benimsediğiniz bir kavram bir yere kadar, biliyorum. Yakın ve hazır tehlike olmadıkça düşünce ve inanç özgürlüklerini sınırlayamazsınız. Hiç bir şekilde sınır getiremezsiniz. Aksi takdirde, işte daha önce Komünizmle Mücadele Derneklerinin sloganıydı "komünizm propagandasını yasak edeceğiz, çünkü onlar iktidara geldiklerinde onlar bize söz hakkı tanımayacak". Oysa, yakın ve hazır tehlike yok ortada, gerekçe olamaz. Aynı şekilde, "çarşaflılar çoğalacak", çarfaya girmeyeyim ama "başörtülüler çoğalacak, bunun arkasında politik saik var. Bu politik saikler de bize güç günler gösterecek". Yakında, hazırda tehlike yok ortada... Yakın ve hazır tehlike kavramını biz benimsemediğimiz takdirde her şeyi kolaylıkla sınırlamaya gideriz. Çatışan hak ve özgürlükler yok burada. Ben işin özünden gittim. Temel haklar, mutlak haklar sınırlanmayacaklar, belirttim; üç tane mutlak hak kategorisi saydım. Bunlardan mülkiyet hakkının sosyal fonksiyon olarak mülkiyet taşımasına gelerek *uşus, fructus, abusus* faktörlerinden *abusus*un sınırlandığını belirttim. Mülkiyet hakkında sınırlama var. Çünkü toplum aleyhine somut tehlike doğurmuş ama düşünce ve vicdan özgürlüğü bakımından bunlar mutlar haklar kategoriliğini sürdürmektedirler. Ve bunu uzantıları da sürdüreceklerdir. Böyle bir sorun Fransa dışında hiç bir batı devletinde yok. Fransa'da da bizde olduğu gibi, jakoben lâikler, yani hâlâ 1990'larda, 2000'lerde, 1925'in metoduyla sosyal sorunları çözmek isteyen kişilerin eğilimi bu... Aynı paralellik de mevcut. Bu rejimin hayrı için... Teşekkür ederim.

Şahabettin Yücel - Türkiye'de üç defa darbe ile iktidar değişti ve bundan sonra anayasalar da değiştirildi. Devletin muayyen bir rejimi var. Şimdi siz konuşmanızda buyurdunuz ki, sivil toplum tabiri son zamanlarda çok kullanılıyor, siz de kullandınız ve

bunlara neredeyse olağanüstü ve sonsuz serbestlik verilmesini tavsiye ettiniz, yanılmıyorsam. Şimdi sivil toplumların devletin rejimine yönelik tehlikeli gelişmeleri de var. Bunların bu tehlikeli gelişmelerine rağmen bu üç defa değiştirilen anayasaların hiç birinde anayasada karşıt bir mekanizma yok. Siz bunu tavsiye ediyorsunuz ama batılı ülkeler belki zehire karşı panzehiri de bulmuşlar. Bunun panzehiri yok ki. Bu hususta neyi tavsiye ediyorsunuz?

Niyazi Öktem - Efendim galiba, sivil toplum kavramı ile aynı şeyi kastetmiyoruz. Dünyanın hiç bir ülkesinde sivil toplum örgütlenmeleri tehlike oluşturmamıştır. Bizzat insanların kendilerinin biraraya gelerek kendi sorunlarını çözme olayıdır. Yani sögonder, ikincil grupmanlar olarak sivil toplum kuruluşları mevcuttur. Demokrasinin temelidir. Bütün batı demokrasilerinde bu vardır. Bu panzehir-zehir şeklinde de batı demokrasilerinde ele alınmamıştır. İlk defa bu şekilde bir sivil toplum anlayışıyla karşılaşıyorum. Zannediyorum sivil toplum üzerine daha çalışma yapmak gerekiyor ki bu konu açıklığa kavuşsun. Teşekkür ederim.

Çiğdem Ülger - Sorum sayın *Öktem*'e. Az önce de değinildi, sivil toplum ve her şeye özgürlük istemi güzel bir istem. Ancak sosyolojik olarak Türkiye'de ben bu konuda bilgili değilim, yani özür diliyorum o yüzden. Bu kadar farklı etnik kökende insanın yaşadığı Türkiye'de tekke ve zaviyelerin serbest bırakılması, bir ileri aşamada bu tekke ve zaviyelerin oy potansiyeli ve siyaset sahnesinde de yer alabilecekleri düşünülürse, bu açıdan üniter devlet anlayışında tehlike oluşturacağını düşünüyorum. Ayrıca bunun karşıt örgütlenmeler için de bir tehlike oluşturacağını düşünüyorum. Çünkü siyaset sahnesinde bunlar belli bir oy potansiyelini ellerine geçirdikleri takdirde, orada da o kadar özgür bir yaklaşımın görülemeyeceğini düşünüyorum. Bu konuda bu özgürlükçü isteminiz bana belli şeyleri kısıtlattıracak gibi geliyor.Teşekkür ederim.

Niyazi Öktem - Şimdi burada tekke ve zaviyelerin politikaya karışıp karışmaması önemli bir soru. Türkiye'de Özal Hükümetini kuran tekke ve zaviyelerdir. Kapalı bunlar. Ne oldu, kapalı oldu da?.. Hukuk sosyolojisi ile uğraşan kişiler olarak sosyal olguların etkisini görmek mecburiyetindeyiz. Bunlar fiilen mevcutsa ve biz kapalıdır diyorsak doğruyu söylememiş oluruz ya da kendi kendimizi aldatmış oluruz. Mevcut bunlar ve Nakşiler Türk siyasi hayatına hakim. Kapalı olmuş da, ne olmuş? Hiç bir şey farketmiyor.

Bir de şu etnisite sorunu... Türkiye, bir kere etnik açıdan bir "mozaik" değil; bir "alaşım"dır. Alaşım demek, amalgam demektir; yani bir demir bir bakırla birleşince başka bir maden oluşur. Türkiye'de yaşayan insanlar budur. Bir tek kürtler hariç belki... Ve alaşımdır. Herkes mozaik diyor, bakmayın: mozaik alaşımdır. Başka bir kültürdür. Orta Asyadan kaç kişi geldi zannediyorsunuz, 9 milyon insanın yaşadığı Anadolu'ya? 500 bini geçmiyor... Tarihi realitelere olduğu gibi bakalım, onun için alaşım olmuştur.

Sami Selçuk - Konu nedir? Sivil toplum dediğimiz çoğulcu demokrasi midir? Sorunun yanıtı burada yatıyor. Biz 1920'lerde, ihtilâl yapmışız... Neye karşı ihtilâl yapıyorsunuz? Çoğulcu rejim içerisinde sizi devirmek isteyenlere karşı yapıyorsunuz. Ama o dönem bitmiştir. Bugün bir başka noktada Türkiye... Dikkat edilirse, demokrasinin gelişmi içinde önce özgürlük ve eşitlikten söz edilmiş, o noktaya gelinmiş. Sonra, toplumsal adalet denmiş, o noktaya gelinmiş. Ama yetmemiş. Birinci Dünya Savaşından sonra devletler tek tür insanı yaratmaya heveslenmişler, tek tip insan!.. Yetmemiş... Acılar yaşanmış, canlar gitmiş. Bugün artık çoğulcu demokrasiye gelindi. "Tek"in

oluşturulamayacağı, homojen tipli bir insan toplumunun yaratılamayacağını insanlar öğrendiler. Bugün demokrasi "öteki"ni keşfetmiştir. Başkasının, farklılığın keşfidir, bu. Türkiye eğer farklılıklar demokrasisini kabul ederse, sorun kendiliğinden çözülür. Zaten o toplumda lâiklikten başkasına katlanamazsınız. Yansız devleti gerçekleştirdiniz mi *laisite* oluşur. Ama yanlı devleti gerçekleştirdiniz mi *lâisite* oluşmaz; *lâisizm* oluşur. Başka bir şey o... O bir ideolojidir. Sayın *Öktem* bu *lâisiteyi* savunuyor. Dikkat edin, çok önemli bir nokta bu. Eğer Türkiye düşünme özgürlüğünü yasaklarsa; o kapıyı kilitlerse olacağı şudur: tartışma rejimin üzerine kayar; rejimin içinde kalmaz. Burada önemli olan nokta tartışmayı rejimin içine çekmek. Farklılıkları kabul etmek, ötekilerin de bulunduğunu kabul etmek. Dendi ki, üniter devlet... Elbette üniter devlet; bu bozulmaz, merak etmeyin. *Unitas multiplex*, sorun bu. Yani, birlik bütünlük içinde çoğulculuk. Ben o açıdan, yani demokrasiyi elitokrasiye dönüştüren kaygılara ve komplo kuramlarına katılamıyorum. Hiç kaygı da duymuyorum. Türkiye bunları aşacaktır. Ve, devletin karşısında insan vardır. Müslüman, hristiyan, komünist, faşist şu bu yoktur. Ben uygulamadan gelen birisiyim; o tehlikeleri görüyorum ve *yakın tehlike* kavramına da karşıyım. Onu da söyliyeyim. Türkiye'de olmaz bu. Çünkü Türkiye'de jüri yok; *yakın tehlikenin* olduğu yerlerde halkın duygularını yansıtan jüri vardır. O ülkelerde o ölçüyü getirebilirsiniz. Ama Türkiye'de bunu getiremezsiniz; çünkü tanımı yok. Ceza hukukunda kavramların boyutları kesin olmak zorundadır; aksi takdirde yasallık ilkesini çiğnersiniz. Yargıç da çiğner. Büyük tehlike asıl o zaman. Ben, onun için çok dikkatli olmak gerektiği kanısındayım ve sizin sözünü ettiğiniz çocukların öğrenim konusuna gelince, orada da devlet eğer yansızlık ilkesini kabul ederse, merak etmeyin tehlike olmaz. Türkiye yıllardır laisizmi uyguladığı için ve bundan bir türlü çıkamadığı için sanılmıştır ki, Hazreti Muhammed Atatürk'ün seçeneğidir, ya da öbürüsü onun seçeneğidir. Hayır, hayır!.. Yani Hazreti Muhammed'in bulunduğu yerde Atatürk yoktur diyemezsiniz; Atatürk'ün bulunduğu yerde de Hazreti Muhammed yoktur diyemeyiz. Bu, mümkün değildir. Ben şunu da görmeye başlıyorum Türkiye'de -mutlu bir olaydır- İslâmın yeni bir yorumu başladı. Çünkü İslâm, ister istemez çağıyla bütünleşmek zorundadır. Çağdaş olmak demiyorum; çağcıllaşmak zorundayız. Çünkü ben bu iki sözcüğü de birbirinden ayırıyorum. Çağdaş *contemporaine* anlamında kullanılıyor Türkiye'de; çağcıllaşma ise başka bir olay, çağın en yüksek düzeyindeki değerleriyle bütünleşmekdir, çağa yaraşmaktır. Onun için ben bu tehlikelerin fazla abartılmaması gerektiği kanısındayım. Her sıkıntılı dönem mutlaka *Descartes*'in dediği gibi sağduyulu bir sonuca ulaşacaktır. Buna yürekten inanmaktayım ve sayın Öktem'in vardığı sonuçlara aynen katılıyorum. Bu bakımdan hiç bir kaygım yok.

Soru olmadı, biliyorum. kurallara da uymadı ama, şimdi burada zaten üçten fazla tebliğ sunuldu Sayın Başkan, siz de sunmuş oldunuz, benimkini de ona katabilirsiniz. Teşekkür ederim.

Ülker Gürkan - Teşekkür ederiz.

II. Oturum / II. Sitzung

Oturum Başkanı / Leitung: *Sami Selçuk*

Sami Selçuk - Sayın Doktor *Altan Heper*, rica ediyorum. Yardımcı Doçent Doktor sayın *Abdullah Dinçkol*... Buyrun.

Tartışmalar ve sempozyum güzel gidiyor, sanıyorum. Ben çok memnunum. Özellikle Alman Kültür Merkezinin sayın Direktörünü kutlamak da istiyorum. Çünkü çok güzel bir Türkçe ile konuşma yaptı. O açıdan, kendi anadilimi kullandığı için özellikle kutlamak istiyorum. Son yıllarda biz Türkçeye önem veriyoruz. Siz öyle mütevazı davranmayın, çünkü bir Başbakanlık sınavından geçseydiniz, yani o sınavı alırdınız. Yani son yıllarda önemli oldu bu. O bakımdan da kutluyorum sizi. Burada bir açıklama yapmak durumundayım. Konuşmacılardan, bildirilerini özellikle kısa tutmalarını rica edeceğim. Çünkü koşullar da değişti. Bu koşullara uyma yeteneğini göstereceklerini sanıyorum. Yalnız, sayın *Aliefendioğlu*, dünden beri konuşmasının çok önemli olduğunu; biraz uzunca tutmak istediğini söylediler bana. Bilemiyorum, hâlâ ısrarlıysa diğer konuşmacılardan biraz "ödünç" vermelerini rica edeceğim.

Ve ben söz sırasını izlenceye göre izlemek istiyorum. Söz sayın *Aliefendioğlu*'nun, buyrun efendim.

Yılmaz Aliefendioğlu

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı

" Yasalar, yargıcın yorumuyla biçimlenir.
İyi yargıç varsa, kötü yasa yoktur."

I. Giriş

Eski Yunandaki Şehir-Devletten, ulus devlete geçiş, merkezi yönetimin ve mutlak otoritenin bir kişide ya da bir kaç kişide toplanması sonucunu doğurmuştur. Bu uygulamada, yasama, yürütme ve yargı erki devleti temsil eden kral ya da padişaha aitti. Birey krala bağlı ve onun kuluydu.

Avrupa'da rönesansla başlayan yeniden uyanış, dinde roform uygulamaları, doğal hukuk öğretisi, liberalizm akımları ve ekonomik açıdan giderek güçlenen burjuva sınıfı, İngiltere'de Magna Carta örneğinde olduğu gibi büyük arazi sahipleri (lordlar), daha sonra burjuva sınıfı ve onları destekleyen halk ile kral arasında başlıyan çatışmalar kralın mutlak otoritesini sınırlayan anayasal belgelerin nedenleri olmuştur.(1) Büyük özgürlük Fermanı (Magna Carta Libertatum)yla başlıyan bu akımla, mutlak otoriteye sahip devlet ve bu otoriteyi kullanan kral karşısında, kişinin doğuştan kendisinde var olduğu kabul edilen temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması amaçlanmıştı. Başka bir deyişle, bireyin kendisine özgü kralın bile giremeyeceğ hak ve özgürlükler alanının bulunduğu kabul edilerek bu alanın belirlenmesine çalışılmıştı. İlk Anayasalar, bu görüşlerden esinlenerek tüm yetkileri elinde bulunduran mutlak merkezi otoritenin yetkilerini bölerek (kuvvetler ayırımı) yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanılmasını kurala bağlamanın ve keyfi uygulamaya son vermenin araçları olmuştur. 19. Asırda başlıyan ve Sanayi Devrimiyle giderek güçlenen işçi hareketleri ve sosyalizm akımlarının etkisiyle kişinin özgür olması, başka bir deyişle doğuştan var olduğu kabul edilen haklarının korunması yetmemiştir. Aynı zamanda ekonomik pastadan daha fazla pay alarak sosyal yapı içinde özgürleşmesinin gerekliliği anlaşılmıştır. Bu kez, bireyin ekonomik ve sosyal durumunun iyileştirilmesi, ona insanca yaşam sağlanabilmesi için devletin ekonomik ve sosyal alana karışması gerekmiştir. Böylece Anayasalar, kişinin yalnız negatif haklarını değil, devlete kimi görevler yükleyerek pozitif haklarını da korumayı amaçlamışlardır. Bu görüş 20. Asır Anayasalarını geniş oranda etkilemiştir. Ancak, bu da yetmemiş, Anayasanın koruyucu işlevini yürütebilmesi, etkili olabilmesi için, öncelikle üst norm niteliğine sahip olması, bağlayıcı olması, öteki yasalara göre daha güç değiştirilmesi ve Anayasaya uygunluğun sağlanması gerekli olmuştur. 20. Asırda Anayasaya uygunluğun sağlanmasının en etkili aracının, Anayasa Mahkemesi ve daha geniş anlamda yargısal denetim olduğu anlaşılmıştır. Çağdaş anayasal anlayış kişinin temel hak ve özgürlükleri ile devlet yetkileri arasında denge kurulması, yasama organının Anayasaya aykırı yasalar yapmasının ve çoğunluğun azınlığa tahakküm etmesinin önlenmesi yönünde gelişmiştir. Anayasa yargısı ve Anayasa Mahkemesi bu gereksinmenin ürünleridir.

(1) 1215 tarihli Magna Carta Libertatum, Haklar dilekçesi (Petition of Rights) (1628), Habeas Corpus Act (1679), Haklar Demeci (Bill of Rights) (1689), Virginia Haklar Bildirgesi (1776) ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789).

II. Hukuk Devleti

Hukuk devleti (Rechtstaat) deyimi, ilk kez iki Alman bilim adamı Bahr ve Gneist tarafından yönetsel işlemlerin yargısal denetimine olanak sağlanması amacıyla kullanılmıştır. Daha çok Fransa'da kabul gören "yasallık" (Principe de légalité) ilkesinin Almanya'daki yansıması olmuştur. Kıta Avrupasında hukuk devleti deyiminin büyük ustaları George Jellinek ve Hans Kelsen'dir(2). Bu yeni akımla yasaların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla sağlanması hukuk devletinin temel taşını oluşturmuştur.

ABD Yüksek Mahkemesi, Anayasada yer alan "uygun hukuksal yöntem" (Due Process of Law) ilkesinden yararlanarak getirilen sınırlamanın makûl olması (ölçülülük ilkesi: rule of reasonableness), sınırlamanın genel yararı sağlamada gerekli olması (amaca uygunluk: rule of expediency), getirilen sınırlama ile kamuya sağlanan yarar arasında denge bulunması (uygunluk: balance of Convenience) gibi, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti anlayışından çıkardığı ilkelere benzer ilkeler geliştirmişlerdir(3) .

Başlangıçta yasallık ilkesiyle eşanlamlı kullanılan hukuk devleti (rule of law: état de droit) ilkesi başlangıçtan beri temel hak ve özgürlüklerin korunması esasına dayandırılmış ve Anayasalarda yer almıştır. Sivil toplum - Devlet dualizmi hukuk devletinin kuramsal temeli sayılmıştır (4).

Çağımızda yargı yerlerinin, kimi hukuk prensiplerine üstünlük tanınması yoluyla, insan haklarının ve azınlığın çoğunluğa karşı korunmasında bir araç olarak kullanılması düşüncesi hukuk devletinin belirleyici özelliği olmuştur. Böylece yönetimin hukuksal işlemlerinin yasaya, yasaların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla sağlanması hukuk devleti ilkesinin temelini oluşturmuştur.

Hukuk devleti deyiminin, yasallık denetiminden ilk ayrılığı ikinci Cihan Harbini takiben Fransız Danıştayı'nın (Conseil d'Etat), yönetsel işlemlerin sadece yasaya değil, aynı zamanda İnsan Hakları Bildirgesi ve Anayasadan çıkarılan "Hukukun Genel Prensiplerine" uygunluğunu denetlemesi ile başlamıştır.

Hukuk devleti kavramı, Avrupa Konseyi Şartı'nda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Golder davasında hukukun üstünlüğü ve hukukun genel ilkelerinden yararlanarak "adaletten yararlanma hakkı" (access to justice) gibi çevresel bir hak da çıkarmıştır. Avrupa Birliği Mahkemesi ise, kişisel hakların korunması ile ilgili bir dizi ilke geliştirerek bunları hukuk devleti prensibi içinde toplamıştır(5).

Böylece, ulusalüstü hukuk ve ulusalüstü hukuka bağlılık kuralları ile (supranational rule of law) hukuk devleti anlayışı yeni bir boyut kazanmıştır. Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa tek ölçü norm olmaktan çıkmıştır. Ulusalüstü anayasa yargısı anlayışı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku uygulamalarıyla giderek önem kazanmıştır. Yargı yetkisiyle etkin bir görünüm kazanan hukuk devleti

(2) *Çağlar, Bakır*, Anayasa Bilimi, 1989, S. 166
(3) *Feyzioğlu, Turhan*, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi" 1951
(4) *Çağlar, Bakır*, a.g.e, S. 168
(5) *İbid.* S. 167

anlayışına "yasaya ve Anayasaya uygunluk" ilkesi yanında "ulusalüstü hukuka bağlılık" ilkesinin eklenmesi ve bu bağlamda normlar hiyerarşisinin kurulması temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir adım olmuştur. Hukuk devletinin insan haklarının sözleşmelerle uluslararası alanda korunması yoluyla kazandığı bu yeni boyut, devletin egemenlik haklarını kullanırken kendi vatandaşları üzerinde mutlak bir yetkiye sahip olduğu yönündeki dogmanın reddedilmesi, ülkenin içişlerine karışılmaması ilkesinin insan hakları yönünden terkedilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda, uluslararası alanda, devletlerin uymaları gerekli insan hakları standartlarının çeşitli sözleşmelerle belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

III. Cumhuriyet Anayasalarında Hukuk Devleti

1924 Anayasası:

1924 Anasayasına göre egemenlik kayıtsız şartsız ulusundur (m.3). Türk Ulusunu ancak TBMM temsil eder ve ulus adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır (m.4). Yasama yetkisi ve yürütme erki TBMM'nde belirir ve onda toplanır (m.5). Meclis, yasama yetkisini bizzat kendisi, yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği bakanlar kurulu eliyle kullanır (m.7). Yargı yetkisi ulus adına bağımsız mahkemeler tarafından yürütülür.

1924 Anayasası, hukuk devleti deyimine yer vermemişse de, bir çok maddesinde, hakların ve yetkilerin kullanılmasını yasaya bırakarak yasallık ilkesine uymaya özen göstermişti.

Bu Anayasaya göre, yargıçlar davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar. Mahkemelerin kararları TBMM ve Bakanlar Kurulunca değiştirilemez, geciktirilemez ve hükümlerinin yerine getirilmesine engel olunamaz (m.54). Böylece yargı bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı sağlanmıştı. Hakim güvencesi ise, yargıçlar, kanunda gösterilen usûller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamaz" (m.55) hükmüyle yasaya bırakılmış; Danıştay, yönetsel davalara bakmak ve yönetsel uyuşmazlıkları çözümlemekle görevli kılınmıştı (m.51). Anayasanın 103. maddesinde, "Teşkilâtı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahaneyle ihmâl veya tatil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi olamaz" kuralıyla, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine yer verilmişti. Ancak, TBMM'nce yapılan yasaları denetliyecek bir organ kurulmamış olduğundan, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı çok halde sözde kalmıştır. Anayasada TBMM karşısında onu frenliyecek bir yetki bulunmamakta idi. TBMM'nin ulusal egemenlik açısından tek ve gerçek temsilci sayılması, ulusal istencin Parlamento çoğunluğu olarak kabul edilmesine ve iktidarda bulunan çoğunluğunun kendisini ulusal iradeyle bütünleştirmesine yol açmıştır.

1961 Anayasası:

Hukuk devleti kavramı ilk kez 1961 Anayasasında Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer almıştır. Bu anayasa, hukuk devleti anlayışının gereklerini de içermekteydi. Bu Anayasada kuvvetler ayrılığı esası benimsenmiştir. Ulus, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanacaktır. Yürütme yetkisi, yasalar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilecektir (m.6); Anayasa, "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır" (m.8)

hükmü ile Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını belirlemiş; "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile de, idarenin hukuka bağlılığı sağlanmıştır. Ayrıca, Anayasa, Anayasa Mahkemesinin kurulmasını öngörerek, yasaların ve TBMM İçtüzüğünün Anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesi olanağını sağlamıştır. Böylece, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi yaşama geçirilmiştir.

Anayasa, Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesini en üst düzeyde gerçekleştirmiş (m.132,133); bağımsız Yüksek Hakimler Kurulu kurulması öngörülmüştür (m.143).

1961 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yasayla, Anayasada sayılan koşullarla yapılabileceğini öngörmüş, ayrıca temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağını belirterek sınırlamanın sınırını göstermişti (m.11).

Ancak, bu Anayasanın bir tepki Anayasası olması ve askeri ihtilâli takiben yapılması, hukuk devleti ilkesiyle çatıştığı kabul edilebilecek kimi kuralları da içermesine neden olmuştur. Örneğin, 1961 Anayasasında, 1924 Anayasasından farklı olarak, Genelkurmay Başkanı'nın başbakana karşı sorumlu olması (m.110) ve Milli Güvenlik Kurulunun kurulması öngörülmüştür. Milli Güvenlik Kurulu, Cumhurbaşkanın başkanlığında (bulunmadığı zaman Başbakanın başkanlığında) Başbakan, Genel Kurmay Başkanı ve Yasanın gösterdiği Bakanlar ile Kuvvet Komutanlarından kurulu, güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyon sağlanmasında yardımcılık etmek üzere gerekli temel görüşleri bildirmekle görevli idi. "Görüş bildirir" sözcüğü, daha sonra, 1488 sayılı Yasayla "tavsiye eder" biçimine getirilmişti.

Askeri Yargıtay ve daha sonra kurulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yüksek Mahkemeler arasında sayılmıştır.

Ayrıca, 27 Mayıs 1960 ile Kurucu Meclisin toplandığı 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan yasalar, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında bırakılmıştı.

1982 Anayasası:

Bu Anayasanın temel esprisi, Başlangıç'ta belirtilmiştir. Bu hükme göre, "ulus iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Ulusuna ait olması, bunu ulus adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi çıkması"dır. Demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamamasıdır.

Bu espri, Anayasanın öngördüğü demokratik toplum düzenini, "bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeni" ile sınırlayıcı bir anlam içermektedir.

1961 ve 1982 Anayasalarını karşılaştırmalı ele alırsak; her iki Anayasanın kendilerinden önceki olaylara tepki niteliği taşıdığını, yapılışlarının birbirine benzediğini görürüz. 1961 Anayasası, Kurucu Meclis, 1982 Anasayası ise, Danışma Meclisi tarafından hazırlanmışlardır. Aynı sistematik yapıya sahiptirler.

Her iki Anayasanın tepki anayasaları olmaları dışındaki ortak yanları, Milli Güvenlik Kuruluna, Yüksek Mahkemeler arasında askeri yargıya yer vermeleri ve yetki alanlarının geniş olması, Genelkurmay Başkanının görev ve yetkilerinden dolayı Başbakana karşı

sorumlu bulunması, 1961 Anasayasasında Kurucu Meclis toplanıncaya, 1982 Anasayasında ise TBMM Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçen süre içinde çıkarılan yasalara, Anayasal denetim yolunun kapatılmış olmasıdır.

1982 Anayasasında, Milli Güvenlik Kurulu, 1961 Anayasasında olduğu gibi tavsiye eden ve bildiren bir kurul olmaktan öte, güvenlik politikasını tayin eden, zorunlu gördüğü önlemler öncelikle dikkate alınan bir organdır (m.118).

1982 Anayasası, Cumhuriyetin niteliklerini, 1961 Anayasasına benzer biçimde belirlemiştir: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir".

Öteyandan, her iki Anayasa tepki Anayasası olmalarına karşın, olaylara konulan teşhisler ve düşünülen çözümler ayrıdır. 1961 Anayasası, meclis çoğunluğunun ulusal iradeyle eşdeğer kabul edilerek azınlığın ezilmeye kalkılmasına karşı bir tepki niteliğindedir. 1982 Anayasası ise, özgürlüklerin anarşi getirdiği, yürütmenin zayıf kaldığı görüşüyle otoriteye duyulan özlemin ifadesi olmuştur. Düşünülen çözüme göre, yürütmeyi güçlendirmek, parlementoyu etkili kılabilmek için tek meclise dönüldü. Cumhurbaşkanlığı'nın yetkileri yasama, yürütme ve yargıyla ilgili olarak arttırıldı (m.104). Cumhurbaşkanı, yeni ve geniş yetkilerle donatılmasına karşın, yansızlığı (m.101) ve sorumsuzluk hali (m.105) devam ettirildi.

Anayasa Mahkemesi, aşağı yukarı aynı yetkilerle korunurken, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolları daraltıldı. Olağanüstü KHK'ler Anayasal denetim dışında bırakıldı. Yargı bağımsızlığı ve güvenliği genelde aynı esaslarla korunurken idare ve yargıya başvurabilmede kimi kısıtlamalar yapıldı.

Temel hak ve özgürlükler kataloğu 1961 Anayasasındaki genişlikte Anayasada yer almakla beraber, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kurallar beraberinde getirildi.

Sonuçta, 1961 Anayasası, bireye öncelik veren, daha demokratik, daha özgürlükçü görüşleri yansıtmasına karşın; 1982 Anayasası yürütmeyi ve devleti güçlendirmeyi amaçlamıştır. 1982 Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden pek çok alıntı yapmasına karşın, aynı zamanda ayrıntılı ve ayrıklı kurallara da yer vermiştir.

1982 Anayasası, güçlü devlet ve etkili bir yürütme arayışı içinde yetkileri yasamadan yürütmeye doğru kaydırırken, özgürlükler ve haklar düzeninin ve yargısal yetkilerin de kısmen sınırlandırılması yolunu benimsemiştir. Aslında sağlıklı bir devlet yönetimi için, yürütme güçlendirilirken, bireysel özgürlüklerin ve karşı yetki durumunda bulunan yargının etkinliğinin artırılması gerekirdi. Bu yapılmamıştır.

IV. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti:

A. Genel Anlamda:

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir çok kararında hukuk devletini tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi 1963 yılında verdiği bir kararda, hukuk devletini "...insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan , âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve

Anayasaya uyan bir devlet..."[6] olarak tanımlamış; daha sonraki bir kararında, hukuk devletinde, devletin bütün iş ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması gerektiği görüşünü benimsemiştir[7].

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde de verdiği kararlarda benzer tanımları kullanmıştır[8] .

Anayasa Mahkemesi, bir kararında, hukuk devletinin temel amacını, "devletin tüm işlem ve eylemlerinin "hukuk kurallarına" uygun yürütülmesini sağlamaktadır" [9]; Başka bir kararında, "kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumaktır.Bu amaca ulaşabilmek için kullanılan araçlar aynı zamanda hukuk devletinin öğeleridir. Bunlardan en önemlileri "kuvvetler ayrılığı" ilkesi bağlamında idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması ve yargı güvencesidir. Hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi idarenin yargısal denetimi"dir[10] biçiminde belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, "yasaların kamu yararına" dayanması ve "eşitlik" ilkelerini de hukuk devletinin öğeleri arasında saymıştır[11].

Anayasa Mahkemesi, böylece daha ilk kararlarından itibaren, insan haklarına saygıyı, âdil bir hukuk düzeninin kurulmuş olmasını, devletin, bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uymasını ve bütün eylem ve işlemlerin yargı denetimine bağlı olmasını hukuk devletinin vazgeçilmez unsurları olarak görmüştür; kimi kararlarında hukuk devletini tanımlarken, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyguladığı ilkelere üstünlük tanıyıp "hukuka uygunluğu" Anayasayı aşan bir kapsam içinde düşünmüştür[12]

Anayasa Mahkemesi, yönetilenlere en üst düzeyde hukuksal güvence sağlanmasını ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını hukuk devletinin belirgin özelliği kabul etmiştir. Bu hususu, kimi kararlarında; hukuk devletinde "...yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması"[13] gerekir; "hukuk devletinin belirgin özelliğinin, yönetilenlere hukuksal güvenlik sağlayan bir düzen kurmaktır"[14] biçiminde belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin

---

(6) AYM'nin 11.10.1963 günlü, E. 1963/124, K.1963/243 sayılı kararı, AYMKD, Sayı.1, s. 249.
(7) AYM'nin 29.11.1966 günlü E.1966/11, K.1966/44 sayılı kararı, AYMKD. Sayı.5.s. 3-25
(8) AYM'nin 6.7.1989 günlü, E.1988/39, K.1989/29, RG: 8.2.1990
(9) AYM'nin 20.9.1990 günlü. E.1990/17, K.1990/23 sayılı kararı, RG: 26.10.1990
(10) AYM'nin 12.12.1989 günlü, E.1989/11, K.1989/48 sayılı kararı, RG: 22.1.1990
(11) AYM'nin 1.10.1991 günlü, E.1990/40, K.1991/13 sayılı karadı, RG: 7.2.1992
(12) AYM'nin 6.6.1991 günlü, E.1990/35, K.1991/13 sayılı kararı, RG: 27.10.1994
(13) AYM'nin 27.3.1988 günlü, E.1985/31, K.1986/11 sayılı kararı, AYMKD Sayı.22, S.119-120
(14) AYM'nin 12.11.1991 günlü, E.1991/7, K.1991/43 sayılı kararı, RG:23.7.1992/21293
AYM'nin 21.4.1992 günlü, E.1992/17, K.1992/30 sayılı kararı, RG:2.10.1992/21362

gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, hukuk devleti, çok halde, Cumhuriyetin demokratik ve sosyal olma nitelikleriyle birlikte ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, demokratik hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerini, ulusal dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirir ve güvence altına alır[15].

Sosyal hukuk devleti ise, "güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla görevli devlet"tir[16].

Anayasa Mahkemesi, kimi kararlarında, hukuk devletinde yargı denetimimin sağlanabilmesi için, yönetimin görev ve yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, belde imar planlarının 3 yıl için Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca yapılmasına ve onanmasına ilişkin bir yetkinin merkezi yönetime verilmesini, yerel yönetimlere takdire bağlı sınırsız bir yetkiyle müdahele edildiği gerekçesiyle hukuk devletine aykırı görmüştür[17];

Anayasa Mahkemesi, yargıç ve savcı adaylarının mesleğe kabulünde sözlü sınav yapılmasına ilişkin kuralı, "...herkesin eşit koşullarla yarışmasını sağlayan yazılı sınav yerine, kuşku uyandırabilecek öğeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi de birliğinde getiren sözlü sınavın yeğlenmesini kamu yararıyla bağdaştırmak zordur"[18] gerekçesiyle hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur. Böylece "yasaların kamu yararına dayanması" ilkesini hukuk devletinde korunması gereken değerler arasında görmüştür.

B. Kişi Dokunulmazlığıyla İlgili Kararları:

Tutukluların demire vurulabilmesine izin veren hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş[19], öte yandan ölüm cezasını Anayasaya aykırı bulmamıştır[20]. Anayasa Mahkemesi, ölüm cezasının Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin kararında; İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin) 2. maddesindeki hükmü referans norm olarak kullanmıştır.

Ceza sorumluluğunun kişiselliği ile ilgili kararında, herkesin ancak kendi eyleminden sorumlu tutulması [21] gerektiğini vurgularken, aynı kararda, hakimin vicdani kanısına bırakılan alanın kanıtların değerlendirilmesi ve kuralların yorumu ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Başka bir kararında, hakim "hukuka uygun olarak vicdani kanısına göre" karar verir kuralında geçen "hukuk", Yargıcın genel ilkeler çerçevesinde yasal boşluğu doldurmak üzere oluşturacağı hükmü de içerir [21 A] denilmektedir.

İnsan haysiyeti kavramını, "insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını

(15) AYM'nin 5.3.1965 günlü, E.1963/1, K.1965/30 sayılı kararı, AYKMD. Sayı.3, S.89
(16) AYM'nin 25.10.1990 günlü, E.1989/23, K.1990/26 sayılı kararı, RG: 9.1.1991
(17) AYM'nin 26.9.1993 günlü, E.1990/38, K.1991/32 sayılı kararı, RG: 28.11.1991
(18) AYM'nin 20.11.1990 günlü, E.1990/13, K.1990/30 sayılı kararı, RG: 3.1.1992
(19) AYM'nin 15.6.1967 günlü, E.1966/34, K.1967/18, AMKD. S.5, Sh. 129-133
(20) AYM'nin 7.11.1963 günlü, E.1963/207, K.1963/175, AMKD. S.1, Sh.363
(21) AYM'nin 11.12.1980, günlü, E.1980/63, K.1980/68. AYMKD. Sayı.18, Sh.388
(21 A) AYM'nin 14.4.1994 günlü, E.1994/43. K.1994/42-1, RG: 15.4.1994/21906

anlatır..."[22] biçiminde tanımlamıştır.

C. Kişinin Hakları ve Ödevleri ile İlgili Kararları:

Anayasa Mahkemesi, yasal yargıç'la doğal yargıç'ın eş anlamlı anlaşılmaları gereği üzerinde durmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, yasal yargıç, doğal yargıç gibi, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görmeye yetkili yargıçtır[23].

Başka bir kararında, ilçe ve il yönetim kurullarını tartışırken, dolaylı olarak, adil yargılamanın "yasayla kurulma", "yansız ve bağımsız olma", "açık yargılama" öğeleri üzerinde durmuş ve il yönetimi kurulunun 2. dereceden verdiği kararlara karşı Danıştay'a başvuru yolunu kapayan kuralı iptal etmiştir[24].

Anayasa Mahkemesi, Terörle Mücadele Yasası nedeniyle açılan bir davada, sanığın avukatı ile görüşmesinde gizliliğin savunma hakkının doğal gereği olduğunu belirtirken, hak arama özgürlüğünün, "sav ve savunmanın" her türlü etkiden ve kaygıdan uzak ve serbestçe kullanılmaları ve güven içinde olmaları ile anlam kazanacağını vurgulamıştır; aynı kararda zabıta amir ve memurlarının tanık olarak ifadelerinin gizli duruşmada alınabileceğine ilişkin kuralı hukuk devleti ilkesine ve savunma özgürlüğüne, duruşmaların açık yapılması gerektiğine ilişkin kurallara aykırı bularak iptal etmiştir[25].

Anayasa Mahkemesi, Anayasada yazılı olmasa da, kimi hakları Anayasanın temel haklar kataloğuna sokabilmektedir. Bir kararında yargı bağımsızlığını, savunma özgürlüğünün güvencesi saymakla, yargının bağımsız olması ilkesi ile kişi hakları arasında ilişki kurmuştur[26]. Sosyalist Partinin kapatılması istemiyle açılan davada ise, "direnme hakkının" Anayasa hukukuna yabancı olmayan bireysel özgürlüklerle ilgili bir kavram olduğunu belirtmiştir[27].

Anayasa Mahkemesi, son zamanlarda Anayasa ve kuruluş yasasıyla açıkça yetkilendirilmemiş olmasına karşın, eski kararlarından dönüş yaparak Anayasaya aykırılık savıyla incelediği yasa ya da YHK'ler hakkında yürürlüğün durdurulması kararları vermektedir.

Anayasa Mahkemesinin, bu kararlarında gözlenen gerekçe, "hukuk devleti Anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanır .... Anayasal yargının görevi anayasal denetim süreci içinde yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunu etkin biçimde kollamaktır. Bunun da yolu yürürlüğün durdurulması kararı verebilmesinden geçer. Bu yönden "yürürlüğün durdurulması" yargısal işlev ve yargı yetkisinin bütünü içinde yer alır; yargı yetkisini kullanma araçlarından birini oluşturur"[28] biçimindedir.

Öte yandan, fahişelerle ilgili kararında, suçun, fuhşu kendisine meslek edinen bir kadına karşı işlendiğinde kişinin uğradığı zarar ile; aynı eylemin iffetli bir kadına karşı

(22) AYM'nin 27.12.1965 günlü, E.1963/57, K.1965/65, AYMKD. Sayı.4, Sh.3
(23) AYM'nin 20.11.1990 günlü, E.1990/13, K.1990/30 sayılı kararı, RG: 3.1.1992
(24) AYM'nin 27.2.1992 günlü, E.1991/26, K.1992/11 sayılı kararı, RG: 23.11.1992/21414
(25) AYM'nin 31.3.1992 günlü, E.1991/18, K.1992/20 sayılı kararı, RG: 27.1.1993
(26) AYM'nin 28.2.1989 günlü, E.11988/32, K.1989/10 sayılı kararı, RG: 22.6.1989
(27) AYM'nin 8.12.1988 günlü, E.1988/2 (SPK), K.1988/1 sayılı kararı, RG: 16.5.1989/20167
(28) AYM'nin 21.10.1993 günlü, E.1993/33, K.1993/40-2 sayılı kararı, a RG: 6.11.1993

yapılması karşısında uğranılan zararın bu kişiler açısından aynı derecede olmadığını belirtmiş[29]; Düşünce özgürlüğünün, her türlü sorumsuz davranışa cevap veren mutlak ve sınırsız bir anlamda olduğunu kabul etmiyerek, toplumsal yaşamla dengeli olması gerektiğini söylemiştir[30]. Anayasa Mahkemesine göre, hiç bir hak ve özgürlük demokrasiyi yıkmak amacıyla kullanılamaz[30 A].

D. Siyasi Haklar ve Ödevler:

Anayasa Mahkemesi, yerel yönetim seçimleriyle ilgili kararında "çağdaş batı demokrasisi" anlayışını belitmekte, siyasi hakların hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından biri olduğunu vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, çağdaş batı demokrasilerinin en güçlü niteliği olan katılımcılığın sürekli biçimde etkin olma öğesinin zedelenmemesi, bireylerin ve toplumsal örgütlerin kamu işlerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırılmaması gerekir. Siyasi haklar, hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından birini oluşturur, bunlara aykırılık, hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 5. maddesindeki, Devletin Cumhuriyeti ve demokrasiyi koruma amacına zarar verir[31].

Anayasa Mahkemesi, hakkında görevleriyle ilgili soruşturma veya kovuşturma açılması nedeniyle İçişleri Bakanı tarafından görevinden geçici olarak uzaklaştırılan belediye başkanı yerine aynı bakanlıkça meclis üyeleri arasından geçici bir başkan görevlendirilmesini demokratik hukuk devleti ilkesiyle ve devletin demokrasiyi koruma amacıyla bağdaşmaz bulmuştur[32].

Anayasa Mahkemesi, Sosyalist Partinin ikinci, T.B.Komünist Partisi, HEP ve benzeri partilerin kapatılması davalarında daha önce bir çok kararında belirttiği hukuk devletinin tanımını yineledikten, ülke ve ulus bütünlüğünün ve egemenliğin bir devletin vazgeçilmez öğelerinden olduğunu açıkladıktan sonra, devletlerin de saldırı karşısında kendi varlıklarını koruma hakları bulunduğunu belirtmektedir. Bu kararlarda geliştirilen ve sürdürülen "devletin varlığını koruma hakkı", Mahkemece "devletin varlığını güçlendirerek sürdürmek, bağımsızlığına, halkına ve geçerli yapısına yönelik tehlikelere karşı önlemler alıp uygulamak yetkisi olarak tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve SPY'nda yer alan sınırlayıcı düzenlemelerin devletin kendini, halkını koruma hakkının kapsamı içinde kaldığı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmediği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, yıkıcı eylemlere karşı devletin kendisini savunma hakkını, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 30. maddesine dayandırmıştır[33].

(29) AYM'nin 12.1.1989 günlü, E.1988/4, K.1989/3 sayılı kararı, RG: 10.1.1990

(30) AYM'nin 8.4.1963 günlü, E.1963/16, K.1963/83 sayılı kararı, AYMKD. Sayı.1, S.199

(30 A) AYM'nin 10.7.1992 günlü, E.1991/2 (SPK), K.1992/1 sayılı kararı, RG: 25.10.1992/21386 (Sosyalist Parti Kapatma Davası).

(31) AYM'nin 14.6.1988 günlü, E.1988/14, K.1988/18 sayılı kararı, RG: 14.7.1988

(32) AYM'nin 13.6.1988 günlü, E.1987/22, sayılı kararı, RG: 15.7.1988/19873

(33) AYM'nin 1....7.1992 günlü, E.1991/.....), K.1992/1, RG: 25.10.1992/21386 (Sosyalist Parti)
AYM'nin 14.7.1993 günlü, E.1993/..... SPK), K.1993/1, RG: 18..8.1993/21672 (HEP davası)
AYM'nin 23.11.1993 günlü, E.1993/1 (SPK), K.1993/2, RG: 14.2.1994 (Özgürlük ve Demokrasi Partisi)

E. Geçici 15. Madde:

Anayasanın Geçici 15. maddesinde, 12 Eylül 1980 tarihinden genel seçim sonucunda toplanacak TBMM Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre (12.9.1980-6.12.1983) içinde çıkarılan yasaların, YHK'ler ile Anayasa Düzeni Hakkında'ki yasa uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, "Geçici 15. madde kapsamındaki, olağanüstü yönetimin olağanüstü koşulları altında çıkarılan yasalarla, yasa hükmündeki kararnamelerin geçilen demokratik düzen içinde değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına değin Anayasaya uygunluk denetimi yolu ile belirtilen dönemin tartışma konusu yapılmamasında kamu yararı görülmüştür. Ancak yasakoyucu, siyasal ve sosyal gelişmelere ve gereksinimlere göre, söz konusu yasal kurallardan gerekli gördüklerini değiştireceği ya da kaldırabileceği gibi Anayasada öngörülen koşullara uyarak Anayasadaki geçici maddeleri de kaldırabilir. Bunlar dışında bir yargı organının Anayasayı dışlayan bir yorumla Geçici 15. maddeyi etkisiz duruma getirmesi olanaksızdır."[34] gerekçesiyle, bu maddenin 6.12.1983 gününden sonra açılan davalarda dikkate alınmaması ya da ihmal edilmesi yolundaki savları reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, aynı kararda, bu dönemde çıkarılan yasaların mutlak dokunulmazlıkları bulunduğu düşüncesinin herşeyden önce hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağını açıkça belirtmekle beraber, bu yasaların kaldırılması ya da değiştirilmesi görevinin TBMM'ne ait olduğunu söylemektedir.

F. Olağanüstü Yasa Hükmünde Kararnameler:

Bilindiği gibi 1982 Anayasasına göre olağanüstü hal ya da sıkıyönetim süresince olağanüstü halin ya da sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkarılan yasa hükmünde kararnamelere karşı esas ve biçim açısından Anayasa Mahkemesinde dava açılamayacaktır (m.148).

Anayasa, bu tür kararnameler çıkarılmasını kimi kurallarla sınırlamıştır. Anayasaya göre, bu tür kararnameler öncelikle, olağanüstü halin ya da sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkarılacak ve Anayasanın 15. maddesindeki çekirdek hakları ihlâl etmeyecektir. Ayrıca, bu tür karanamelerin çıkarılmaları olağanüstü hal ya da sıkıyönetim süresi içinde olmalı ve etkileri olağanüstü hal ilân edilen bölge dışına taşmamalıdır. Ancak söz konusu kurallara uyulmaması durumunda ne olacaktır? Anayasal denetim yasağı mutlak anlamda kabul edilirse Anayasanın öngördüğü konuca, yerce ve zamanca sınırlamanın pratikte anlamı nedir?

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal yasa hükmünde kararnamesi başlığıyla önüne getirilen kuralların gerçekten bu kapsamda ve Anayasanın öngördüğü sınırlar içinde olup olmadığını incelemektedir. Anayasa Mahkemesi başlığa veya verilen ada değil içeriğine bakarak, Olağanüstü hal bölgesi dışına etki yapan, yasalarda değişiklik getiren, Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular dışında kimi kurallar koyan YHK'leri, Olağanüstü hal YHK'si niteliğinde görmemekte ve bunları olağan YHK'si gibi

(34) AYM'nin 16.6.1994 günlü, E.1993/3 (SPK), K.1994/2, RG: 30.6.1994 (Demokrasi P.)
AYM'nin 28.1.1992 günlü, E.1992/7, K.1992/2, RG: 12.31992,
AYM'nin E.1992/1 (SPK), K.1993/1, RG: 18.1.1993

denetlemekte ve Yetki Yasasına dayanmadıklarından iptal etmektedir. [35]

Anayasa Mahkemesi'nin getirdiği ölçü, "olağanüstü hal KHK'si" adı altında yapılan düzenlemenin, Anayasanın öngördüğü ve Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir olağanüstü hal YHK'si niteliğinde olup olmadığını saptamak içindir. Bu kararname Anayasanın öngördüğü kapsam ve sınırlar içinde bir olağanüstü hal ya da sıkıyönetim YHK'si ise,Anayasal denetim dışında kalacak, aksi halde denetlenecektir.

G. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri:

Anayasanın 13. maddesinde,"Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz" denilerek temel hak ve özgürlüklerin sınırının sınırı belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, serbest bölgelerle ilgili kararında, daha önceki kararıyla belirlediği genel çizgiden ayrılarak, demokratik toplum düzeniyle, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinden söz ederek, Anayasada yer almayan ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunmaya lâyık bulunan hak ve özgürlükleri ve hukukun genel ilkelerini bu kavramın dışında tutmuştur[36].

Ancak, daha sonra verdiği, Polis Vazife ve Selâhiyet Yasasıyla ilgili kararında; "Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz[37] demek suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerini doğal hukuk öğretisine uygun biçimde anladığını göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Sağlık Hizmetleri Temel Yasasıyla ilgili kararında da benzer görüşleri savunmaktadır[38].

Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında, demokratik toplum düzeninin gereklerini sadece Anayasaca verilen haklarla sınırlı tutmayarak, çağdaş uluslararası anlayışa uygun bir içerikle düşünmektedir.

Anayasa Mahkemesi siyasi partilerle ilgili konuda ise, bu görüşten uzaklaşarak "siyasi partilerin kurulmaları ve çalışma özgürlüklerinin Anayasa ve bu alanı düzenleyen yasa ile sınırlı" olduğunu söylemektedir[38 A].

Anayasa Mahkemesi kuruluşundan beri, hak ve özgürlüklerin "öz"ünün saptanmasında, "hakkın kullanılabilir" durumda kalmasını ölçü olarak kullanmıştır. Sağlık Hizmetleri Temel Yasasıyla ilgili kararında, "Genel sağlığı koruma amacı ile çalışma özgürlüğüne konulan sınır arasında büyük bir ölçüsüzlük yaratmakta, yönetimin takdiri ile meslekten süresiz uzaklaştırma cezası çalışma özgürlüğünün özüne

[35] AYM'nin 10.1.1991 günlü, E.1990/25, K.1991/1 sayılı karadı, RG: 5.3.1992 ve 3.7.1991 günlü, E.1991/6, K.1991/20 sayılı kararı, RG: 8.3.1992/21162

[36] AYM'nin 6.10.1986 günlü, E.1985/21, K.1986günlü, E.1986 günlü, E.1985/21, K.1986/23 sayılı kararı, RG: 14.3.1987/19400

[37] AYM'nin 26.11.1986 günlü, E.1985/18, K.1986/27 sayılı kararı, RG: 14.8.1987/19544

[38] AYM'nin 19.4.1988 günlü, E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararı, RG: 23.8.1988/9908

[38 A] AYM'nin 10.2.1994 günlü, E.1992/2 (SPK), K.1994/1, RG: 10.4.4994 Yeşiller Partisi

dokunmaktadır" demektedir.

Anayasa Mahkemesi, 3005 sayılı Yasaya göre yapılan suçüstü yargılamada sanığa savunmasını hazırlamak için üç günlük süre verilmesine ilişkin kuralı, savunma hakkının özünü zedeleyen, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşen bir sınırlama kabul etmiş ve hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur[39].

Avukatlık Yasasıyla ilgili kararında, özel nedenli sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamaları, öngörüldükleri amaç dışında kullanılmamaları gerektiğini vurgulamakta, böylece amaçla-sınırlama arasında makûl bir oranlılığın varlığını aramaktadır[40]. Anayasa Mahkemesi bu incelemesinde, ölçülülük ilkesinin alt bölümleri olarak kabul ettiği, elverişlilik, zorunluluk ve oranlılık ölçütlerini kullanmıştır. Kimi kararlarında da konuya, amaçla-araç arasında ölçüsüz bir oran bulunup bulunmadığı yönünden yaklaşmıştır[41].

Anayasa Mahkemesine göre, demokratik toplum kurallarına aykırı olmayan, toplum yararı ile bireyin yararını dengeleyen bir sınırlandırma hukuk devleti ilkelerine uygun düşecektir[42].

H. Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışında Uluslararası Normların Yeri:

Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygunluk denetimi sırasında Anayasa'nın yazılı ilkeleri yanında yazılı olmayan kuralların da gözönünde tutulması gerektiği görüşündedir.

Anayasa Mahkemesi kararına göre, "kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi sırasında iptali istenen hükmün... Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gerektir."[43].

İçhukuk kurallarının Anayasa uygunluk denetimi söz konusu olduğunda, Anayasa üstü ilkelere sık sık başvuran bu ilkeleri referans norm olarak kullanan Türk Anayasa Mahkemesi, uluslararası normların Anayasaya uygunluk denetiminden kaçındığı gibi, uluslararası normun Anayasa üstü ilkelere (Yazısız Anayasa kurallarına) uygunluğu konusunu da tartışmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Medeni Yasa'daki evli erkeklerin zinasından doğan çocukların tanınamayacağına ilişkin kuralı, Anayasaya aykırı bulup iptal ederken, Birleşmiş Milletler Örgütü Ekonomik Kurulu'nun 18.5.1973 tarihli kararındaki, "sahih ve sahih olmayan nesepli çocukların eşit hukuksal duruma sahip olması" kuralına da dayandığı gibi, TBMM'nde henüz onaylanmadığı için içhukuk kuralı niteliği kazanmamış olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları sözleşmesinden sözetmiştir[44].

Anayasa Mahkemesi, karının meslek ve sanatını yürütmesini kocanın iznine bağlayan

[39] AYM'nin 16.6.1992 günlü, E.1992/8, K.1992/39 sayılı kararı, RG: 6.10.1992/21367

[40] AYM'nin 23.6.1989 günlü, E.1988/50, K.1989/27 sayılı kararı, a RG: 4.10.1989

[41] AYM'nin 11.12.1990 günlü, E.1989/17, K.1990/33 sayılı kararı, RG: 15.6.1991

[42] AYM'nin 21.6.1989 günlü, E.1988/34, K.1989/26 sayılı kararı, RG: 5.12.1989

[43] AYM'nin 19.6.1968 günlü, E.1966/19, K.1968/25 sayılı kararı, RG: 29.11.1970/13412

[44] AYM'nin 28.2.1991 günlü, E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı, RG: 27.3.1992/21184

Medeni Yasa'nın 159. maddesini iptal ederken, T.C. tarafından henüz onaylanmamış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 no.lı protokolu'nun 5. maddesini de gözönünde bulundurmuştur[45].

Öte yandan Anayasa Mahkemesi kimi durumlarda uluslararası normları doğrudan referans olarak kullanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, masumluk karinesiyle ilgili kararında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ndeki tanımı benimserken, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yapılan tanımlara uyulması gerektiğini söylemiştir[46].

Anayasa Mahkemesi ölüm cezasının Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin kararında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinin aynı doğrultuda olduğunu açıklamıştır[47].

Evlilik dışı çocuklar olayında, itiraz konusu kuralları incelerken, Türkiye tarafından onaylanan insan hakları ile ilgili temel metinlere gönderme yapmıştır[48].

Türk Anayasa Mahkemesi anayasal hükümler yanında, uluslararası andlaşmaları ve temel hukuk ilkelerini anayasal normlar bloku içine sokmakta ve bir çok kararında, uluslararası normları doğrudan dikkate almaktadır.

Anayasa Mahkemesi, "Savunma hakkı" ile ilgili kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin 6. maddesinin 3. paragrafının (b) bendine dayanmış, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Golder, Silver, Compell, Fell-Birleşik Krallık, Can-Avusturya Kararlarına gönderme yapmıştır[49]. Bu kararında, ayrıca, "insan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan, Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak "İnsan Hakları Evrensel Demeci" ile Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'yi de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur." demektedir.

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partasi davasında uluslararası hukukun esnek yasası durumundaki AGİK insanî boyut belgesine yollama yapmıştır[50].

Anayasa Mahkemesinin, hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması..., Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendisini bağlı sayması gerektiği, yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu

(45) AYM'nin 29.11.1990 günlü, E.1990/30, K.1990/31 sayılı kararı, RG: 2.7.1992

(46) AYM'nin 29.1.1980 günlü, E.1979/36, K.1980/11 sayılı kararı, RG: 15.5.1980/16989

(47) AYM'nin 7.11.1963 günlü, E.1963/207, K.1963/175 sayılı kararı, AMKD. Sayı.1 Sh.363, Türkiye, 6 numaralı protokol'a henüz katılmamıştır.

(48) AYM'nin 11.9.1987 günlü, E.1987/1, K.1987/18 sayılı kararı, RG: 29.3.1988 AMKD. Sayı.23, Sh.297

(49) AYM'nin 16.6.1992 günlü, E.1992/8, K.1992/39 sayılı kararı, RG: 6.10.1992/21367

(50) AYM'nin 16.7.1991 günlü, E.1990/1 (SPK), K.1991/1 sayılı kararı, RG: 28.1.1992/21125

yönündeki kararları uluslararası hukuka açıklık ilkesi kapsamındadır[51].

IV- Sonuç

1961 ve 1982 Anayasaları "hukuk devleti"ni, Cumhuriyetin temel ilkeleri arasında belirlemiştir. Anayasanın öngördüğü hukuk devleti, Cumhuriyetin, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, demokratik, lâik ve sosyal olma nitelikleriyle bütünleşmiştir.

Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında belirtildiği gibi, hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü anlayışı, aynı zamanda, demokrasinin ve uygarlığın da temel ölçülerini oluşturur; Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin kullanılması amirlerin ve yöneticilerin takdirine bırakılmaz. Hak ve özgürlükler kurumsal güvencelere bağlanmalıdır[52]. Bu güvence, büyük oranda yargısal denetimle sağlanacaktır. Anayasa Mahkemesine göre, demokratik hukuk devletinin niteliği tüm kamusal yaşamın ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını gerektirir; Yargı denetimi, demokrasinin olmazsa olmaz kuralıdır[53].

Anayasa Mahkemesi, Anayasal yargı denetimi işlevini yerine getirirken, çatışan kuralları, çok halde, Anayasa yanında hukukun genel kuralları ve hukuk devleti yönünden inceleyerek sonuca vardırmak; Anayasanın soyut kurallarını somut durumlara uygularken, yorumlarıyla onlara ruh ve anlam kazandırmak durumundadır. Önemli olan kuralların Mahkemece anlaşılma biçimidir.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında hukuk devleti ilkesini tanımlarken, yargı denetimine her yönüyle açık,tüm işlem ve eylemleriyle hukuka uygun davranan ve insan haklarına saygı esasına dayanan çağdaş bir devlet modeli oluşturmaya çalışmıştır.

Anayasa mahkemesinin, genelde, Anayasanın öngördüğü temel hakların yanında anayasal ilkeleri de tanımakta olduğu ve böylece Anayasal haklar kavramı içinde korunan çerçeveyi oluşturduğu söylenebilir.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin özellikle siyasi haklar konusunda yorumlarıyla ulaştığı çizgi tartışılabilir, farklı değerlendirilebilir.

Kanımca, Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlükleri koruyucu temel işlevini yerine getirirken yorumlarında yazılı Anayasa metni kadar, kuralların uygar ülkelerce ve Devletin katıldığı sözleşmelerce anlaşılma biçimlerine de önem vermek durumundadır.

Anayasaya uygunluğu sağlarken, temel hak ve özgürlükleri koruma görevini de yerine getiren Anayasa Mahkemesi, demokratik hukuk devletinin temel taşlarından biri ve insan haklarının koruyucusu olabilir. Hukuk devleti, Anayasa yargısının bu yönde gelişen niteliği ile işlevsel yapısını tamamlamış olur.

(51) AYM'nin 27.3.1986 günlü, E.1985/31, K.1986/11 sayılı kararı, AMKD. Sayı.20, Sh.119-120
AYM'nin 21.6.1989 günlü, E.1988/34, K.1989/26 sayılı kararı, RG: 5.12.1989

(52) AYM'nin 31.12.1992 günlü, E.1992/00, K.1992/55 sayılı kararı, RG: 24.4.1993/21561

(53) AYM'nin 1.10.1991 günlü, E.1990/40, K.1991/33 sayılı kararı, RG: 7.2.1992/21135

Yılmaz Aliefendioğlu

Das Rechtsstaatsverständnis des türkischen Verfassungsgerichts

(Çeviren: Marina Atila)

> " Gesetze erhalten ihre Form Durch die Auslegung des Richters. Wo es gute Richter gibt, da ist kein schlechtes Gesetz anzutreffen."

I. Einleitung

Im frühen Griechenland enstand aus der Idee des Stadtstaates, die zur Herausbildung eines Nationalstaats führte, der Gedanke, die Zentralgewalt und unbedingte Autorität in der Hand einer oder mehrerer Personen zu vereinen. Bei dieser Staatsform lag die Vertretung der drei Staatsgewalten Legislative, Exekutive und Jurisdiktion in der Hand des Königs. Das Individuum war dem König verbunden und ihm untertan.

Das mit der Renaissance beginnende Erwachen Europas, die Reformation, die Lehre des Naturrechts, liberalistische Strömungen und eine allmählich wirtschaftlich erstarkende Klasse des Bürgertums, in England eine nach dem Beispiel der Magna Charta beginnende Auseinandersetzung zwischen dem König, den Großgrundbesitzern sowie zu einem späteren Zeitpunkt der Klasse des Bürgertums und des sie unterstützenden Volkes waren der Grund für die Herausbildung von Dokumenten von Verfassungsrang, die die unbedingte Autorität des Königs beschränkten (1). Diese Bewegungen, die mit der Magna Charta Libertatum begannen, stellten der unbedingten Staatsautorität und dem sie ausübenden König Grundrechte und -freiheiten der Person gegenüber, über die dieselbe von Geburt an verfügte, und nahmen sie unter Schutz. Mit anderen Worten, mit der Anerkennung eines Bereiches von Grundrechten und -freiheiten für das Individuum, in die nicht einmal der König einzudringen vermochte, wurde versucht, diesen Bereich genau zu bestimmen. Die ersten Verfassungen dienten dazu, mit Hilfe dieses Gedankens die alle Kompetenzen in Händen haltende Zentralgewalt zu spalten (Gewaltenteilung), den Gebrauch der Kompetenzen von Legislative, Exekutive und Jurisdiktion an bestimmte Regeln zu knüpfen sowie willkürlichen Auslegungen ein Ende zu bereiten. Die im 19. Jh. beginnenden und mit der industriellen Revolution allmählich erstarkenden Arbeiterbewegungen sowie die Wirkung sozialistischer Strömungen reichten jedoch nicht aus, die Freiheit des einzelnen, mit anderen Worten die Tatsache, daß dem Individuum von Geburt an unveräußerliche Rechte zustehen, zu akzeptieren sowie zu schützen. Die Notwendigkeit einer Befreiung im Rahmen der Sozialstruktur zur Erlangung eines größeren Anteiles am ökonomischen "Kuchen" wurde deutlich. Dazu war es nötig, in den wirtschafflichen und sozialen Bereich eines Staates einzudringen, um die wirtschaftliche und soziale Situation des Individuums zu verbessern sowie ein menschenwürdiges Leben zu gewährleisten. Aus diesem Grunde bezweckten die frühen Verfassungen, nicht nur die negativen Rechte des Einzelnen, sondern auch unter Aufbürdung gewisser Pflichten für den Staat die positiven Rechte zu schützen. Dieser Gedanke hat die Verfassungen des 20. Jhs. weitgehend beeinflußt. Aber auch das erwies sich nicht als ausreichend, und so wurde es, um eine wirkungsvolle Schutzfunktion der Verfassung zu garantieren,

notwendig, eben dieser Verfassung vor allem den Rang einer Supra-Norm zuzugestehen, ihren bindenden Charakter zu sichern, ihre Änderung gegenüber anderen Gesetzen zu erschweren und eine Konformität im Hinblick auf die Verfassung zu gewährleisten. Das wirkungsvollste Mittel zur Gewährleistung der Verfassungskonformität im 20. Jh. ist eine rechtliche Kontrolle durch das Verfassungsgericht. Ein zeitgenössisches Verständnis der Verfassung beinhaltet die Berücksichtigung der Schaffung eines Gleichgewichts zwischen den Grundrechten und -freiheiten des Einzelnen und den Kompetenzen des Staates, eine Verhinderung der Verabschiedung von Gesetzen, die im Widerspruch zur Verfassung stehen, sowie die Beseitigung von Zwängen, die eine Mehrheit der Minderheit bereiten kann. Verfassungsgerichtsbarkeit und das Verfassungsgericht sind Produkte dieser Notwendigkeit.

II. Der Rechtsstaat

Der Terminus "Rechtsstaat" wurde zum ersten Mal von den beiden deutschen Wissenschaftlern Bähr und Gneist mit dem Zweck gebraucht, die Möglichkeit einer rechtlichen Kontrolle für administrative Verfahren zu gewährleisten. Das in noch größerem Maße in Frankreich akzeptierte Prinzip der "Legalität" hat sich jedoch auch in Deutschland als wirkungsvoll erwiesen. Auf dem europäischen Kontinent sind als die großen Meister des Rechtsstaatsterminus George Jellinek und Hans Kelsen anzusehen (2). Mit Hilfe dieser neuen Bewegungen wurde der Grundstein des Rechtsstaates in der Weise gelegt, daß eine Verfassungskonformität der Gesetze auf dem Rechtswege als gewährleistet anzusehen ist.

Der Supreme Court der Vereinigten Staaten hat unter Zuhilfenahme des in der XIV. Revision der Verfassung von 1868, die im Gegensatz zur Revision von 1791 eine noch weiter gefaßte Auffassung zum Ausdruck bringt, ausgehend vom dort enhaltenen Prinzip der "geeigneten rechtlichen Methode" eine Verhältnismäßigkeit der Beschränkung, die Notwendigkeit eines allgemeinen Nutzens im Hinblick auf solch eine Beschränkung, ferner die Schaffung eines Gleichgewichts zwischen einer eventuellen Beschränkung und des sich daraus ergebenden Nutzens für die Öffentlichkeit sowie das Prinzip der Offenheit entwickelt (3).

Auch das Verfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland hat aus seinem Rechtsstaatsverständnis heraus ähnliche Prinzipien entwickelt.

Das Rechtsstaatsprinzip, das anfänglich gleichbedeutend mit dem Legalitätsprinzip gebraucht wurde, stützt sich von Anfang an in seinem Wesen auf den Schutz der Grundrechte und -freiheiten und hat seinen Niederschlag in den Verfassungen gefunden. Der Dualismus von bürgerlicher Gesellschaft und Staat kann als die Grundlage des Rechtsstaates betrachtet werden (4).

In unserer Zeit ist die Position der Justiz durch das Zugeständnis der Superiorität gewisser Rechtsprinzipien sowie unter Zuhilfenahme des Gebrauchs derselben zum Schutz der Menschenrechte und zum Schutz der Minderheiten eine den Rechtsstaat prägende Besonderheit geworden. So wurde der Grundstein für das Prinzip, demzufolge die Gesetzmäßigkeit administrativer Vorgänge und die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze auf rechtlichem Wege zu gewährleisten ist, gelegt.

Die erste Trennung des Rechtsstaatsterminus von einer Legalitätskontrolle begann nach

dem 2. Weltkrieg durch den französischen Staatsrat, der nicht nur eine Kontrolle administrativer Verfahren den Gesetzen gemäß sondern auch gleichzeitig eine Kontrolle gemäß der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den aus der Verfassung abzuleitenden "Allgemeinen Rechtsprinzipien" für notwendig erachtete.

Das Konzept eines Rechtsstaats hat seinen Niederschlag in der Charta des Europarats und der Europäischen Menschenrechtsdeklaration gefunden. Bei der Verhandlung des Falles Golder vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde unter Zuhilfenahme der Überlegenheit des Rechts und allgemeiner Rechtsprinzipien auch ein neues Rechtsprinzip "Zugang zur Gerechtigkeit", das für weite Kreise von Bedeutung ist, entwickelt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat desgleichen eine Reihe von Prinzipien im Zusammenhang mit dem Schutz individueller Rechte entwickelt und diese im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips zusammengefaßt (5).

Auf diese Weise gewann das Rechtsstaatsverständnis durch die Anwendung von Regeln, die eine Verbindung zu supranationalem Recht herstellen, eine neue Dimension. Bei der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit ist nicht mehr nur die Verfassung die einzig gültige Norm; bei einer supranationalen Auslegung der Verfassungsgerichtsbarkeit haben auch die Europäische Menschenrechtsdeklaration sowie Anwendungen des Europäischen Gemeinschaftsrechtes allmählich an Bedeutung gewonnen. Das Rechtsstaatsprinzip, das durch rechtliche Kompetenzen an Wichtigkeit und Einfluß gewann und neben dem Prinzip einer "Verfassungsmäßigkeit der Gesetze" auch das Prinzip der Bindung an supranationales Recht in seinen Wirkungsbereich eingegliedert hat, hat in diesem Zusamenhang durch die Schaffung einer Normenhierarchie im Bereich des Schutzes der Grundrechte und -freiheiten einen wichtigen Schritt vorwärts getan. Diese neue Dimension, die der Rechtsstaat durch seine Schutzfunktion im internationalen Bereich gewonnen hat, führte dazu, daß bei Anwendung der Souveränitätsrechte ein den eigenen Staatsbürgern die unbedingte Kompetenz zuweisendes Dogma zurückgewiesen wurde und das Prinzip der Nichteinmischung in die inneren Angelengenheiten eines Staates zugunsten der Menschenrechte aufgegeben wurde. In diesem Zusammenhang wurde auf der internationalen Ebene der Weg beschritten, mit Hilfe verschiedener Abkommen Menschenrechtsstandards zu formulieren, die von den einzelnen Staaten unbedingt beachtet werden müssen.

III. Der Rechtsstaat in den Verfassungen der ersten Republik

Die Verfassung von 1924:

Gemäß der Verfassung von 1924 gehört die Souveränität uneingeschränkt und unbedingt der Nation (Art. 3). Die türkische Nation wird durch die Große Nationalversammlung vertreten, und nur sie kann im Namen der Nation das Souveränitätsrecht ausüben (Art. 4). Die legislative und exekutive Gewalt werden durch die Große Nationalversammlung definiert und liegen in ihrer Hand (Art. 5). Dem Parlament obliegt selbst die gesetzgebende Kompetenz; die vollziehende Gewalt übt es durch den vom Parlament gewählten Staatspräsidenten und durch den vom Staatspräsidenten ernannten Ministerrat aus (Art. 7). Die Rechtsprechung liegt in den Händen unabhängiger Gerichte, die im Namen der Nation Recht sprechen.

Der Rechtsstaatsterminus ist in der Verfassung von 1924 nicht anzutreffen; aber dennoch wird in vielen Artikeln darauf Wert gelegt, eine Konformität mit dem Legalitätsprinzip

durch eine Gesetzesregulierung betreffs den Gebrauch der Rechte und Kompetenzen zu sichern.

Dieser Verfassung gemäß sind die Richter bei der Verhandlung von Fällen und der daraus resultierenden Rechtsprechung unabhängig. Die Entscheidungen der Gerichte können nicht von der Großen Nationalversammlung oder vom Ministerrat geändert, verzögert oder gar eine Vollstreckung der Urteile verhindert werden (Art. 54). Auf diese Weise wurde die Unabhängigkeit des Richters und die bindende Kraft der Entscheidungen gesichert. Was das Vertrauen in den Richter betrifft, so darf derselbe nicht andere als die im Gesetz aufgeführten allgemeinen oder besonderen Aufgaben übernehmen (Art 55); jedoch kann auch dieser Grundsatz mit Hilfe von Gesetzen interpretiert werden.

Der Staatsrat ist sachlich zuständig für die Verhandlung und Entscheidung von Verwaltungskonflikten und Verwaltungsstreitigkeiten (Art 51). Art 103, der besagt, daß "kein Artikel der Verfassung aufgrund irgendwelcher Umstände und Ausflüchte übergangen werden und kein Gesetz verfassungswidrig sein darf", legt die Überlegenheit der Verfassung und die bindende Kraft ihrer Prinzipien fest. Aber weil kein Organ vorhanden war, das die von der Großen Nationalversammlung erlassenen Gesetze kontrollieren konnte, blieb die Überlegenheit der Verfassung und ihre bindende Kraft in vielen Fällen nur eine leere Formel. In der Verfassung war keine Kompetenz definiert, die die Große Nationalversammlung hätte bremsen können. Die Tatsache, daß die Große Nationalversammlung der einzige Vertreter der nationalen Souveränität war, öffnete den Weg zu einer Repräsentation des nationalen Willens durch die Parlamentsmehrheit und der Vereinigung eben dieser sich an der Macht befindlichen Mehrheit mit dem Willen der Nation.

Die Verfassung von 1961:

Das Konzept des Rechtsstaates findet zum ersten Mal in der Verfassung von 1961 im Rahmen der besonderen Eigenschaften einer Republik seinen Niederschlag. Diese Verfassung enthält auch Grundsätze, die die Notwendigkeit des Verständnisses eines Rechtsstaates erklären. In dieser Verfassung findet der Grundsatz der Gewaltenteilung zum ersten Mal seinen Ausdruck. Die Nation übt ihre Souveränität gemäß der in der Verfassung niedergelegten Prinzipien mit Hilfe der kompetenten Organe aus. Die vollziehende Gewalt obliegt im Rahmen der Gesetze dem Staatspräsidenten und dem Ministerrat (Art. 6); die Verfassung hat durch die Bestimmung, daß "Gesetze dürfen nicht gegen die Verfassung verstoßen. Verfassungsbestimmungen sind rechtliche Grundnormen mit bindender Kraft für die Organe der Gesetzebung, Vollziehung und Rechtsprechung, die Verwaltungsbehörden und Individuen" (Art. 8) die Überlegenheit der Verfassung und ihre bindende Kraft definiert; mit der Bestimmung, daß "gegen jede Art von Aktionen und Handlungen der Verwaltung der Rechtsweg offensteht", hat sie die Bindung der Verwaltung an Rechtsprinzipien gesichert. Außerdem hat die Verfassung durch die Gründung eines Verfassungsgerichtes die Möglichkeit einer verfassungsmäßigen Kontrolle der Gesetze und der Geschäftsordnung der Großen Nationalversammlung geschaffen. Auf diese Weise Wurde das Prinzip der Überlegenheit der Verfassung und ihrer bindenden Kraft mit Leben erfüllt.

Die Verfassung hat dafür Sorge getragen, daß die Unabhängigkeit der Gerichte und das

Vertrauen in die Richterschaft auf einer hohen Ebene verwirklicht wurde (Art. 132, 133); die Gründung eines unabhängigen Obersten Richterausschusses wurde vorgesehen (Art. 143).

Die Verfassung von 1961 hat in Art. 11 bestimmt, daß kein Gesetz den Kern eines Grundrechtes oder einer Grundfreiheit antasten darf, und hat damit bereits eine Schranken-Schranke vorgesehen.

Aber diese Verfassung stellt eine Art Widerstands-Verfassung dar, die sogleich nach einem Militärputsch erlassen wurde, und aus diesem Grunde enthält sie einige Normen, die offensichtlich mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang zu bringen sind. Z.B. ist in der Verfassung von 1961 im Gegensatz zur Verfassung von 1924 der Generalstabschef dem Ministerpräsidenten gegenüber verantwortlich, und die Gründung eines Nationalen Sicherheitsrates wurde vorgesehen. Der Nationale Sicherheitsrat besteht aus den im Gesetz bezeichneten Ministern, dem Generalstabschef und Vertretern der Streitkräfte. Vorsitzender des Nationalen Sicherheitsrates ist der Präsident der Republik; bei seinem Fehlen übt der Ministerpräsident dieses Amt aus. Um bei den mit der Nationalen Sicherheit zusammenhängenden Entscheidungen und der Gewährleistung der Koordinierung behilflich zu sein, hat der Nationale Sicherheitsrat seine Grundansichten dem Ministerrat mitzuteilen. Der Ausdruck "hat mitzuteilen" wurde später mit Gesetz Nr. 1488 in der Form "wird empfehlen" geändert.

Der Militär-Kassationgerichtshof und das später gegründete Hohe Militär-Verwaltungsgericht zählen zu den Hohen Gerichten.

Außerdem wurde auf der Sitzung der Verfassunggebenden Versammlung vom 20 Mai 1960 beschlossen, Gesetze, die bis zum 6. Januar 1961 verabschiedet werden, von der Kontrolle durch das Verfassungsgericht auszunehmen.

Die Verfassung von 1982:

Der Geist dieser Verfassung wurde in ihrer Präambel definiert. Dieser Auffassung gemäß "stehe der absolute Vorrang des Volkswillens, die Souveränität uneingeschränkt und unbedingt der Türkischen Nation zu, und keine Person oder Körperschaft, welche diese im Namen des Volkes auszuüben zuständig ist, werde von der in dieser Verfassung bestimmten freiheitlichen Demokratie und von der von ihren Merkmalen bestimmten Rechtsordnung abweichen".

Mit den Worten "...werde von der in dieser Verfassung bestimmten freiheitlichen Demokratie und von der von ihren Merkmalen bestimmten Rechtsordnung ...wird hier eine Schranke bezeichnet, die auf die in der Verfassung vorgesehene demokratische Gesellschaftsordnung einwirkt.

Wenn wir die Verfassungen von 1961 und 1982 miteinander vergleichen, dann sehen wir, daß beide Verfassungen eine Reaktion auf die vorausgegangenen Ereignisse darstellen, und daß sie sich in ihrem Aufbau gleichen. Die Verfassung von 1961 wurde von der Verfassunggebenden Versammlung, die von 1982 von der Beratenden Versammlung ausgearbeitet. Beide weisen dieselbe Systematik auf.

Neben der Besonderheit, daß beide Verfassungen als eine Reaktion an bestimmte Ereignisse angesehen werden können, ist eine weitere Gemeinsamkeit die Tatsache, daß

sowohl im Nationalen Sicherheitsrat als auch unter den Hohen Gerichten der Militärgerichtsbarkeit ein Platz eingeräumt wird und daß ihr Kompetenzbereich erweitert wurde, daß ferner aufgrund der Aufgaben und Kompetenzen des Generalstabschefs derselbe dem Ministerpräsidenten gegenüber verantwortlich ist, und daß beide Verfassungen vorsehen, bis zum Zusammentritt der Verfassunggebenden Versammlung bzw. des Präsidiums der Großen Nationalversammlung die in diesem Zeitraum erlassenen Gesetze von einer Verfassungskontrolle auszunehmen.

In der Verfassung von 1982 ist der Nationale Sicherheitsrat nicht nur wie in der Verfassung von 1961 ein Organ, das Empfehlungen gibt und seine Ansichten äußert, sondern "der Nationale Sicherheitsrat teilt dem Ministerrat zur Fassung von Beschlüssen bezüglich der Bestimmung, Festlegung und Anwendung der nationalen Sicherheitspolitik des Staates und zur Gewährleistung der notwendigen Koordination seine Ansichten mit. Die Beschlüsse zu Maßnahmen, die zu treffen der Rat im Hinblick auf den Schutz der Existenz und Unabhängigkeit des Staates, der Einheit und Unteilbarkeit des Landes, des Wohls und der Sicherheit der Gemeinschaft für notwendig hält, werden vom Ministerrat mit Vorrang berücksichtigt" (Art. 118).

In der Verfassung von 1982 werden die Eigenschaften der Republik in ähnlicher Weise zu denen in der Verfassung von 1961 aufgezählten definiert: "Die Republik Türkei ist ein im Geiste des Friedens der Gemeinschaft, der nationalen Solidarität und der Gerechtigkeit, die Menschenrechte achtender, dem Nationalismus Atatürks verbundener und auf den in der Präambel verkündeten Grundprinzipien beruhender demokratischer, laizistischer und sozialer Rechtsstaat".

Auf der anderen Seite führte die Tatsache, daß es sich bei beiden Verfassungen um Reaktionen auf bestimmte Ereignisse handelt, zu einer unterschiedlichen Wertung eben dieser Eregnisse und zu unterschiedlichen Lösungsvorschlägen. Die Verfassung von 1961 vertritt mit ihrer Auffassung, die Parlamentsmehrheit sei mit dem Volkswillen gleichzusetzen, eine Reaktion gegen den Beginn der Unterdrückung einer Minderheit. Was die Verfassung von 1982 betrifft, so ist sie der Ausdruck eines Wunsches nach Autorität, der aufgrund der Anarchie nach sich ziehenden vormals gegebenen Freiheiten und daraus resultierender Schwäche der vollziehenden Gewalt empfunden wurde. Je nach den gefundenen Lösungsmöglichkeiten wurde sowohl für eine Stärkung der vollziehenden Gewalt plädiert als auch, um dem Parlament zu seiner Wirkung zu verhelfen, an die Einrichtung eines Ein-Kammer-Parlaments gedacht. Die Kompetenzen des Staatspräsidenten im Zusammenhang mit der Gesetzgebung, im Bereich der vollziehenden Gewalt und im Zusammenhang mit der Rechtsprechung wurden gestärkt (Art. 104). Obwohl der Präsident der Republik mit neuen und noch weitergehenden Kompetenzen ausgestattet wurde, bleiben seine Neutralität (Art. 101) und die Überlassung der Verantwortlichkeit an Ministerpräsident und die betroffenen Minister (Art. 105) dennoch weiter bestehen.

Das Verfassungsgericht, das in etwa seine Kompetenzen beibehalten konnte, mußte jedoch eine Minderung der Möglichkeiten seiner Anrufung auf dem Rechtswege hinnehmen. Notstands-Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft unterliegen nicht einer Kontrolle durch das Verfassungsgericht. Während die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Vertrauen in dieselbe im allgemeinen in den gleichen Grundzügen bewahrt blieb, wurden im Hinblick auf den Zugang zur

Verwaltungsrechtsprechung einige Beschränkungen eingeführt.

Der Katalog der Grundrechte und -freiheiten, der in der Verfassung in gleicher Bandbreite wie in der Verfassung von 1961 niedergelegt wurde, hat dennoch für eben diese Grundrechte und -freiheiten auch einschränkende Normen mit sich gebracht.

Am Ende kann gesagt werden, daß die Verfassung von 1961, die dem Individuum den Vorrang gab, in größerem Ausmaß demokratische und freiheitliche Auffassungen widerspiegelte; mit der Verfassung von 1982 wurde jedoch eine Stärkung des Staates und der vollziehenden Gewalt bezweckt. Die Verfassung von 1982 enthält neben einer Vielzahl von Entlehnungen aus der EMRK gleichzeitig auch detaillierte und differenzierte Normen zu diesem Problemkreis.

Die Verfassung von 1982 hat bei der Suche nach einem starken Staat und einer effizienten Regierung die Kompetenzen von der Gesetzgebung hin zur vollziehenden Gewalt verschoben und gleichzeitig im Hinblick auf eine freiheitliche und rechtliche Grundordnung sowie Kompetenzen der Rechtsprechung einen Weg der teilweisen Beschränkung beschritten. Für eine funktionierende Staatsverwaltung ist es jedoch vonnöten, bei einer gelichzeitigen Stärkung der vollziehenden Gewalt individuelle Freiheiten zu mehren und den eine Gegenkompetenz darstellenden Wirkungskreis der Justiz zu vergrößern. Dieses aber ist nicht geschehen.

IV. Der Rechtsstaat in den Entscheidungen des Verfassungsgerichts

A. Aus allgemeiner Sicht:

Das Verfassungsgericht hat in der Periode der Verfassung von 1961 in mehreren Entscheidungen den Rechtsstaat definiert. Das Verfassungsgericht hat in einer im Jahre 1963 gefällten Entscheidung seine Überzeugung bezüglich des Rechtsstaates mit den Worten "...ein den Menschenrechten Respekt zollender und eben diese Rechte schützender, ein gerechtes Rechtprechungssystem schaffender und seine Fortführung und Entwicklung garantierender, in allen seinen Tätigkeiten das Recht und die Verfassung achtender Staat..." zum Ausdruck gebracht (6); in einer späteren Entscheidung wurde die Auffassung vertreten, in einem Rechtsstaat sollten alle Aufgaben und Handlungen eines Staates einer rechtlichen Kontrolle unterliegen (7).

Das Verfassungsgericht hat sich in der Periode der Verfassung von 1982 in seinen getroffenen Entscheidungen auf ähnliche Definitionen gestützt (8).

Das Verfassungsgericht hat in einer Entscheidung das Grundziel des Rechtsstaates als "die Durchführung aller Aufgaben und Aktionen des Staates in einer bestehenden Rechtsnormen gemäßen Form zu garantieren" angesehen (9); in einer anderen Entscheidung wurde der Rechtsstaat in der Form "...der öffentlichen Gewalt gegenüber schützt er die Rechte und Freiheiten des Einzelnen. Die zur Erreichung dieses Zieles eingesetzten Mittel und Wege sind gleichzeitig Elemente des Rechtsstaates. So gesehen ist eines der wichtigsten dieser Elemente das Prinzip der Gewaltenteilung, das die Bindung der Verwaltung an Rechtsnormen sichert und sie auf diese Weise für angerichtete Schäden verantwortlich macht, und das Vertrauen in die Rechtsprechung. In einem Rechtsstaat müssen sich alle Aktionen der Verwaltung notwendigerweise nach dem geltenden Rechtssystem richten. Aus diesem Grunde ist eine der unverzichtbaren

Bedingungen des Rechtsstaates eine Kontrolle der Verwaltung auf dem Rechtswege" definiert (10).

Das Verfassungsgericht zählt auch zu den Elementen eines Rechtsstaates die Tatsache, daß "Gesetze dem öffentlichen Wohl dienlich sein und sie das "Prinzip der Gleichheit" beachten müssen (11).

Das Verfassungsgericht hat so seit Beginn seiner Entscheidungsfindung als unverzichtbare elemente des Rechtssaates den Respekt vor den Menschenrechten, die Schaffung eines gerechten Rechtssystems, die Achtung des Rechts und der Verfassung von seiten des Staates in allen seinen Aktionen sowie die Bindung eben dieser Aktionen an eine rechtliche Kontrolle definiert; die Definition des Rechtsstaates in einigen Entscheidungen geschah im Rahmen einer die Verfassung überschreitenden und ihre klaren Bestimmungen an die zweite Stelle stellenden Überlegung, die den von allen zivilisierten Staaten angewandten Rechtsprinzipien Vorrang zuerkannte und die "Rechtmäßigkeit" forderte (12).

Das Verfassungsgericht hat zum Ausdruck gebracht, daß die rechtliche Absicherung der mit der Verwaltung in Kontakt tretenden Staatsbürger auf höchster Ebene sowie der gleichzeitige Schutz der Grundrechte und -freiheiten eine hervortretende Besonderheit des Rechtsstaates ist. Dieser Umtstand wird in einigen Entscheidungen verdeutlicht, in denen es bezüglich des Rechtsstaates heißt: "...für die Staatsbürger ist eine rechtliche Absicherung in schärfster, wirkungsvollster und allumfassender Form zu gewährleisten; des weiteren müsssen sich alle Handlungen und Aktionen des Staates unbedingt den Rechtsprinzipien fügen" (13); auch wurde betont, daß "es eine hervorstechende Besonderheit Rechtsstaates ist, für seine Staatsbürger eine rechtliche Sicherheit garantierende Ordnung zu schaffen" (13). Gemäß der Auffassung des Verfassungsgerichtes kann bei einem Staat, der sich nicht der Grundrechte und -freiheiten annimmt, universellen Rechtsnormen keinen Respekt zollt und keine auf Rechtsnormen begründete Ordnung ins Leben ruft, nicht von einem Rechtsstaat gesprochen werden (14).

Das Verfassungsgericht hat in den meisten seiner Entscheidungen den Rechtsstaat durch demokratische und soziale Merkmale einer Republik definiert. Demzufolge verwirklicht ein demokratischer Rechtsstaat Menschenrechte und Freiheiten, nationale Solidarität, soziale Gerechtigkeit, das Wohl des Einzelnen und der Gesellschaft, und nimmt sie unter seinen Schutz (15).

Was den sozialan Rechtsstaat betrifft, so ist es "ein Staat, dessen Aufgabe es ist, die Schwachen gegen die Starken zu schützen und dadurch eine wirkliche Gleichheit, d.h. soziale Gerechtigkeit und auf diese Weise das gesellschaftliche Gleichgewicht zu sichern" (16).

Das Verfassungsgericht hat in einigen Entscheidungen die Notwendigkeit betont, die Grenzen der Aufgaben und Kompetenzen der Verwaltung festzulegen, um in einem Rechtsstaat eine rechtliche Kontrolle zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang hat das Verfassungsgericht eine Kompetenz des Ministeriums für Bauwesen und Siedlung, derzufolge die Stadtbebauungspläne von eben diesem Ministerium für 3 Jahre festgelegt und bestätigt werden, als unbegrenzte Einmischung der Zentralverwaltung in die dezentralisierte Verwaltung definiert und darin einen Widerspruch zum Rechtsstaat

gesehen (17).

Das Verfassungsgericht hat die Regel, derzufolge Kandidaten für das Amt des Richters und Staatsanwalts beim Eintritt in ihren Beruf eine mündliche Prüfung ablegen müssen, mit der Begründung "... anstelle einer schriftlichen Prüfung, die für jedermann gleiche Bedingungen sichert, wurde eine zweifelhafte Elemente in sich fassende und jederzeit auf subjektiven Bewertungsmaßstäben fußende mündliche Prüfung geschaffen, mit deren Einrichtung sich das öffentliche Wohl nicht vereinbaren läßt" als zum Rechtsstaatsprinzip in Widerspruch stehend betrachtet (18). Auf diese Weise wurde das Prinzip, demgemäß "die Gesetze das öffentliche Wohl zu berücksichtigen haben" als ein unbedingt zu schützender Wert im Rahmen eines Rechtsstaates gesehen.

B. Entscheidungen im Zusammenhang mit der Unverletzlichkeit der Person:

Das in-Ketten-legen eines Gefangenen wurde als in Widerspruch zur Verfassung stehend angesehen und die entsprechende Vorschrift aufgehoben (19); auf der anderen Seite ist jedoch nach Meinung des Verfassungsgerichtes die Todesstrafe nicht als verfassungswidrig anzusehen (20). In dem dazu ergangenen Beschluß hat sich das Verfassungsgericht auf die in Art. 2 der EMRK niedergelegte Vorschrift als Referenznorm berufen.

In dem Beschluß zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit einer jeden Person wurde unter Betonung der Tatsache, daß jede Person nur für ihre eigenen Handlungen zur Verantwortung zu ziehen sei (21), gleichzeitig eine Wertung der Beweise und Interpretation der Normen, die dem Gewissen des Richters überlassen bleiben, als beschränkt angesehen. In einer anderen Entscheidung heißt es, daß der Richter "aufgrund seiner Überzeugung in Übereinstimmung mit den Rechtsnormen" entscheidet; das hier vorkommende Wort "Recht" umfaßt auch die Bestimmung, gemäß der ein Richter im Rahmen der allgemeinen Rechtsprinzipien zur Schließung einer Gesetzeslücke ermächtigt ist (21 a).

Das Konzept der Menschenwürde wurde in der Form definiert, daß "ein Mensch, gleich in welchen Umständen er sich befinden mag, allein durch die Tatsache seines Daseins einen besonderen Wert erhält" (22).

C. Enstscheidungen bezüglich der Individualrechte und -pflichten:

Das Verfassungsgericht hat sich zur Gleichheit von gesetzlichem Richter und Natur-Richter geäußert. Nach Auffassung des Gerichts ist ein gesetzlich eingesetzter Richter wie auch ein Natur-Richter ein zur vorherigen Prüfung eines Falles ermächtigter Richter (23).

In einem anderen Beschluß hat das Verfassungsgericht bei der Entscheidung über die Verwaltung von Provinzen und Landkreisen in indirekter Weise solche Elemente eines gerechten Verfahrensablaufes wie "durch Gesetz zu schaffen", "Neutralität und Unabhängigkeit", "Öffentlichkeit des Verfahrens" betont und gegen die in 2. Instanz erlassenen Urteile des Provinz-Verwaltungsrates die den Zugang zum Staatsrat versagende Norm aufgehoben (24).

Das Verfassungsgericht hat aus Anlaß eines Falles bezüglich des Gesetzes zur Terrorbekämpfung die Nichtüberwachung der Unterredung zwischen Beschuldigtem und

Anwalt als ein natürliches Recht im Zusammenhang mit dem Recht auf Verteidigung betont und hat des weiteren entschieden, daß die Freiheit der Rechtssuche nur an Bedeutung gewinnt, wenn sie frei von jeder Art von Zwang und jeglichem Druck ungehindert ausgeübt werden kann und ihre Anwendung gesichert ist; in der gleichen Entscheidung hat das Verfassungsgericht die Bestimmung, nach der die Zeugenaussage von Polizeiführungskräften und -beamten in geheimer Verhandlung aufgenommen werden kann, als in Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip und der Freiheit zur Verteidigung sowie der Notwendigkeit von öffentlichen Verhandlungen stehend betrachtet und aus diesem Grunde die entsprechende Vorschrift aufgehoben (25).

Das Verfassungsgericht kann auch in dem Falle, in dem einige Rechte nicht schriftlich in der Verfassung niedergelegt sein sollten, sie dennoch im Rahmen des verfassungsmäßigen Grundrechtskataloges interpretieren. In einer Entscheidung wurde eine Verbindung geknüpft zwischen der Unabhängigkeit der Rechtsprechung und der Garantie der Freiheit zur Verteidigung in der Weise, daß das Prinzip der Unabhängigkeit der Rechtsprechung die Individualrechte garantiere (26). Im Fall betreffend die Auflösung der Sozialistischen Partei wurde das "Recht auf Widerstand" alse eine dem Verfassungsrecht nicht fremde individuelle Freiheit definiert (27).

Das Verfassungsgericht hat in letzter Zeit, obwohl es durch die Verfassung und durch sein Gründungsgesetz dazu nicht ausdrücklich ermächtigt ist, abweichend von seinen früheren Entscheidungen in Fällen, in denen eine Verfassungswidrigkeit von Gesetzen oder Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft vorliegt, eine Verschiebung des Inkrafttretens derselben erwirkt.

Das Verfassungsgericht führt als Begründung zu seinen Entscheidungen an, daß "der Rechtsstaat sich auf die Überlegenheit der Verfassung stützt... Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit während eines Zeitraumes, in dem verfassungmäßige Kontrolle ausgeübt wird, ist die Sicherung der Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischer Tätigkeiten in wirkungsvoller Weise. das berührt auch die Emächtigung betreffs einer Entscheidung über die Aussetzung der Gültigkeit. In dieser Hinsicht gesehen ist die "Aussetzung des Vollzuges" unter der Gesamtheit rechtlicher Funktionen und der Kompetenz zur Rechtsprechung zu sehen; sie stellt ein Mittel zum Gebrauch der Kompetenzen bezüglich der Rechtsprechung dar" (28).

Auf der anderen Seite hat das Gericht in seinem Beschluß betreffend die Prostitution die Ansicht vertreten, daß der Schaden, der einer die Prostitution als Lebensunterhalt gewählt habenden Frau zugefügt wird, nicht zu vergleichen ist mit dem Schaden, der entsteht, wenn das gleiche einer ehrenhaften Frau widerfährt (29); in einer anderen Entscheidung wurde die Meinungsfreiheit nicht in der Weise interpretiert, daß sie jeder Art von unverantwortlichem Handeln Tür und Tor öffnet, sondern die Notwendigkeit einer Herstellung des Gleichgewichts zwischen Meinungsfreiheit und gesellschaftlichem Leben wurde betont (30).

Nach Auffassung des Verfassungsgerichtes darf kein Recht und keine Freiheit mit dem Ziel der Zerstörung der Demokratie mißbraucht werden (30 a).

D. Politische Rechte und Pflichten:

Das Verfassungsgericht hat in einer Entscheidung zu Wahlen betreffend die

dezentralisierte Verwaltung sein "zeitgenössisches westliches Demokratierverständnis" definiert und betont, daß die politischen Rechte einer der Grundsteine des rechtsstaatlichen Prinzips seien.

Gemäß einer Auffassung des Verfassungsgerichts darf die als wichtigstes Merkmal der westlichen Demokratien angesehene Beteiligung der Staatsbürger an eben dieser Demokratie, die nur wirksam sein kann, wenn sie ständig ausgeübt und ihre Ausübung garantiert wird, nicht beseitigt werden, und Vereinigungen auf gesellschaftlicher und individueller Basis, durch die es ermöglicht wird, in öffentlichen Angelegenheiten ein Wort mitzureden, dürfen sich nicht von diesem Prinzip entfernen. Die politischen Rechte sind einer der Grundsteine des Rechtsstaatsprinzips, und ein Widerspruch zu diesem Prinzip schadet der Absicht, eben dieses Rechtsstaatsprinzip und damit auch die in Art. 5. der Verfassung niedergelegten Prinzipien einer Republik und der Demokratie zu schützen (31).

Das Verfassungsgericht gelangte zu der Ansicht, daß die Tatsache der Ermittlung gegen einen Bürgermeister wegen seiner Amtsführung und die zeitweise Entfernung aus dem Amt durch das Innenministerium sowie die Ersetzung eben dieses Bürgermeisters durch jemanden aus der Reihe der Stadtversammlungsmitglieder für eine vorübergehende Dauer nicht zu vereinbaren ist mit dem Prinzip eines demokratischen Rechtsstaats und dem Ziel, die Demokratie des Staates zu schützen (32).

Das Verfassungsgericht hat in den Fällen betreffend die Auflösung der Sozialistischen Partei, der Kommunistischen Partei, der Volks-und Arbeiter-Demokratie-Partei sowie ähnlicher Parteien nach erneuter Definition des schon in früheren Entschlüssen bekanntgegebenen Rechtsstaatsprinzips und nach erneuter Bekräftigung der Tatsache, daß die Einheit von Staat und Nation sowie die Hoheit unverzichtbare Elemente eines Staates sind, wiederum geäußert, daß für den Fall, in dem sich Staaten einem Angriff gegenübersehen, sie zum Schutz ihrer eigenen Existenz berechtigt sind. Das mit Hilfe dieser Beschlüsse weiter entwickelte und fortgeführte "Recht auf den Schutz der Existenz des Staates" wurde von seiten des Gerichts als eine Ermächtigung zum "Fortbestehen und der Stärkung der Existenz eines Staates" und für den Fall einer Gefährdung der Unabhängigkeit desselben, der Nation und ihres Aufbaus als eine Ermächtigung zum Treffen von notwendigen Vorkehrungen sowie ihrer Anwendung ausgelegt. Das Verfassungsgericht ist zu dem Schluß gekommen, daß die in der Verfassung und dem Gesetz über die politischen Parteien niedergelegten Beschränkungen im Rahmen des Rechtes auf Schutz der Existenz des Staates und seiner Nation zu werten sind, und daß derlei Beschränkungen nicht in Widerspruch zu den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaftsordnung stehen. Das Verfassungsgericht hat zur Begründung seiner Auffassung, daß ein Staat das Recht habe, sich selbst gegen zerstörerische Aktionen zu verteidigen, Art. 30 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung herangezogen (33).

E. Übergangssartikel 15:

In Übergangsartikel 15 der Verfassung ist zu lesen, daß nach dem 12. September 1980 in der Zeit bis zur Bildung des Präsidiums durch die aus den ersten allgemeinen Wahlen hervorgehende Große Nationalversammlung der Türkei (12.9.1980-6.12.1983) die Verfassungswidrigkeit der in dieser Zeit erlassenen Gesetze, Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft und Beschlüsse und Verfügungen gemäß dem Gesetz Nr. 2324 über die

Verfassungsordnung nicht gemacht werden darf.

Das Verfassungsgericht hat mit der Begründung, daß "die im Rahmen des Übergangsartikels 15 zu wertenden, von der Notstandsregierung im Ausnahmezustand erlassenen Gesetze und Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft, die normalerweise auf dem Wege einer Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit im Rahmen einer demokratischen Ordnung geändert oder für ungültig erklärt werden können, nicht zum Diskussionsthema eben jener Periode geworden sind, als von Nutzen für die Öffentlichkeit zu werten ist. Nur der Gesetzgeber hat das Recht, aufgrund von politischen und sozialen Entwicklungen und den Erfordernissen gemäß im Falle der Notwendigkeit einer Änderung oder Aufhebung der entsprechenden Rechtsnormen unter Beachtung der in der Verfassung vorgesehenen Bedingungen ebenfalls die Übergangsartikel der Verfassung für ungültig zu erklären. Des weiteren ist es unmöglich, daß irgend ein anderes Rechtsprechungsorgan den Übergangsartikel 15 aufzuheben versucht, ohne in seiner Interpretation die Verfassung heranzuziehen" (34) Behauptungen bezüglich der Nichtbeachtung der nach dem 6.12.1983 eröffneten Verfahren zurückgewiesen. Das Verfassungsgericht hat im gleichen Beschluß die Tatsache, daß die in diesem Zeitraum verabschiedeten Gesetze unantastbar betreffs einer Änderung oder Aufhebung sind, vor allem als in keiner Weise mit dem Prinzip des Rechtsstaates zu vereinbaren seiend klar und deutlich hervorgehoben und hat des weiteren bemerkt, daß eine Änderung oder Aufhebung dieser Gesetze die Aufgabe der Großen Nationalversammlung sei.

F. Notstands-Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft:

Wie bekannt ist, kann die Verfassung von 1982 betreffend mit der Behauptung der formellen und materiellen Verfassungswidrigkeit von in Fällen des Notstandes, der Ausnahmeverwaltung und des Krieges erlassenen Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft vor dem Verfassungsgericht keine Klage erhoben werden (Art. 148).

Die Verfassung hat bezüglich der Verabschiedung dieser Art von Rechtsverordnungen einige Beschränkungen vorgesehen. Gemäß der Verfassung werden diese Art von Rechtsverordnungen vor allem in Fällen des Notstandes oder der Ausnahmeverwaltung erlassen und verletzen auch nicht den Rechtskern des Art. 15/Verf. Außerdem muß die Verabschiedung dieser Art Rechtsverordnungen in Zeiten des Notstandes oder der Ausnahmeverwaltung geschehen; des weiteren darf sich ihr Wirkungsbereich nur auf die als Notstandsgebiet ausgewiesenen Gebiete beschränken. Was passiert aber, wenn die erwähnten Vorschriften nicht beachtet werden? Wenn das Gesetz der verfassungsmäßigen Kontrolle in seiner unbedingten Bedeutung verstanden würde, wie ist dann die in der Verfassung vorgesehene Beschränkung bezüglich des Themas, des Ortes und der Zeit in der Praxis zu verstehen?

Das Verfassungsgericht untersucht, ob sich die in Zeiten des Notstandes erlassenen Rechtsverordnungen und die darin enthaltenen Vorschriften tatsächlich in diesem Rahmen und in den durch die Verfassung vorgesehenen Grenzen bewegen. Das Verfassungsgericht schaut nicht auf den Gesetzestitel oder den entsprechenden Namen, sondern prüft die Inhalte und annulliert die Rechtsverordnungen, deren Wirkungbereich sich nicht auf die Notstandsgebiete beschränkt, die ferner eine Gesetzesänderung hervorrufen, sich nicht nur auf Probleme des Notstandes sowie entsprechende Vorschriften beschränken, des weiteren Rechtsverordnungen die nicht im Rahmen der

Notstandsverordnung zu werten sind und die sich nicht wie normale Rechtsverordnungen im Hinblick auf Verfassungswidrigkeit prüfen lassen und sich außerdem nicht auf das Ermächtigungsgesetz stützen (35).

Der vom Verfassungsgericht herangezogene Wertmaßstab soll feststellen, ob die unter dem Namen "Notstands-Rechtsverordnungen" durchgeführten Anordnungen tatsächlich von der Verfassung vorgesehene Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft sind, die sich einer Prüfung auf Verfassungswidrigkeit entziehen. Falls es sich tatsächlich um im Rahmen der Verfassung vorgesehene, im Falle des Notstandes oder des Ausnahmezustandes erlassene Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft handelt, so bleiben diese außerhalb einer verfassungsmäßigen Prüfung, anderenfalls werden sie auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft.

G. Erfordernisse einer demokratischen Gesellschaftsordnung:

In Art. 13/Verf. heißt es: "Die allgemeinen und besonderen Beschränkungen im Zusammenhang mit den Grundrechten und -freiheiten dürfen den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaftsordnung nicht entgegenstehen..." damit wurde eine Schranken-Schranke der Grundrechte und -freiheiten definiert.

Das Verfassungsgericht hat in seinen Beschlüssen bezüglich der Freizonen im Gegensatz zu in seinen vorherigen Beschlüssen bekanntgegebenen allgemeinen Richtlinien bestimmt, daß die im Rahmen einer demokratischen Gesellschaftsordnung in dieser Verfassung aufgezeigte freiheitliche Demokratie, des weiteren unter Bezugnahme auf die daraus resultierende Rechtsordnung nicht in der Verfassung niedergelegte, aber durch die EMRK für schutzwürdig erachtete Rechte und Freiheiten und allgemeine Rechtsprinzipien von diesem Konzept ausgenommen sind (36).

Aber in einer später gefällten Entscheidung betreffend das Gesetz zu Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Polizei heißt es: "Die Beschneidung des Wesens der unantastbaren, unverzichtbaren und unveräußerlichen Rechte einer Person sowie der daraus resultierende nichtgebrauch dieser Rechte kann nicht im Rahmen der Erfordernisse einer demokratischen Gesellschaftsordnung gewertet werden" (37); auf diese weise zeigt das Verfassungsgericht, daß es die Erfordernisse einer demokratischen Gesellshaftsordnung in einer der Naturrechtslehre entsprechenden Form aufgefaßt hat.

Das Verfassungsgericht hat auch in einer Entscheidung zum Grundgesetz über das Gesundheitswesen ähnliche Ansichten verteidigt (38).

Das Verfassungsgericht hat in den zitierten Beschlüssen nicht nur die Erfordernisse einer demokratischen Gesellchaftsordnung auf die im Rahmen der Verfassung gegebenen Rechte beschränkt, sondern auch einem modernen internationalen Verständnis gemäße Inhalte propagiert.

Betreffend die politischen Parteien hat das Verfassungsgericht in Abweichung von dieser Meinung definiert, daß "die politischen Parteien ohne vorherige Erlaubnis gegründet werden und sich im Rahmen der Vorschriften der Verfassung und der Gesetze betätigen" (38 a).

Das Verfassungsgericht hat seit seiner Gründung bei der Feststellung des "Wesens" der Rechte und Freiheiten den Maßstab des "Gebrauchs der Rechte" sowie seine

Nichtüberschreitung propagiert. In seinem Beschluß bezüglich des Grundrechtes zum Gesundheitswesen heißt es: "Die Schaffung einer Ungleicheit in Bezug auf eine Beschränkung hinsichtlich der Tätigkeitsausübung betreffend den Schutz der allgemeinen Gesundheit sowie die im Rahmen der Verwaltungskompetenzen verhängte Strafe einer nicht zeitlich gebundenen Entfernung aus dem Dienst bedeutet ein Antasten des Wesens der Freiheit zur Tätigkeitsausübung".

Das Verfassungsgericht befand die Vorschrift des Gesetzes Nr. 3005, gemäß der einem auf frischer Tat gefaßten Beschuldigten zu seiner Verteidigung ein Zeitraum von drei Tagen zugestanden wird, als eine Beschränkung, die das Wesen des Rechtes auf Verteidigung antastet und deswegen den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaftsordnung und somit auch dem Rechtsstaatsprinzip entgegensteht (39).

In einem Beschluß zum Rechtsanwaltsgesetz heißt es, daß Beschränkungen aus besonderen Gründen nicht Wort und Geist der Verfassung sowie den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaftsordnung zuwider sein dürfen; von seiten des Gerichtes wurde betont, daß diese Beschränkungen nicht außerhalb ihres vorgesehenen Zweckes gebraucht werden dürften. Auf diese Weise wurde eine akzeptable Proportionalität zwischen Zielsetzung und Beschränkung erreicht (40). Das Verfassungsgericht hat bei dieser Prüfung das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als ein Unterprinzip anerkannt und hat außerdem Kriterien wie Eignung, Erforderlichkeit und das Kriterium der Proportionalität herangezogen. In einigen Beschlüssen versuchte das Gericht das Problem durch Versuch der Auffindung einer Unverhältnismäßigkeit zwischen Zielsetzung und der zur Erreichung dieses Zieles eingesetzten Mittel zu lösen (41).

Gemäß der Auffassung der Verfassungsgerichts ist eine Beschränkung, die den Regeln einer demokratischen Gesellschaft nicht entgegensteht sowie einen Ausgleich zwischen dem gesellschaftlichen Wohl und dem Wohl des Einzelnen schafft, als nicht unvereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip zu betrachten (42).

H. Die Stellung internationaler Normen im Rechtsstaatsverständnis des Verfassungsgerichts:

Das türkische Verfassungsgericht vertritt die Auffassung, daß bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit neben den in der Verfassung schriftlich niedergelegten Prinzipien auch nicht in schriftlicher Form niedergelegte Normen berücksichtigt werden müssen.

Gemäß den Beschlüssen des Verfassungsgerichtes "ist es notwendig, bei einer rechtlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze eine zur Annullierung anstehende Bestimmung ...in der Hinsicht zu untersuchen, ob sie den Verfassungsprinzipien und den sich auf diese Prinzipien stützenden allgemeinen Rechtsnormen gemäß ist" (43).

Wenn von einer Prüfung der internen Rechtsnormen auf Verfassungsmäßigkeit die Rede ist, dann erlaubt das türkische Verfassungsgericht, das sehr oft auf die überlegenen Normen der Verfassung zurückgreift und diese Prinzipien als Referenznormen verwendet, keine Diskussion im Hinblick auf Vereinbarkeit der überlegenen Verfassungsprinzipien (ungeschriebene Verfassungsnormen) mit einer internationalen Norm, so wie sich diese internationalen Normen auch einer Prüfung auf Verfassungsmäßigkeit entziehen.

Das Verfassungsgericht hat die Verfügung des Zivilgesetzes, dergemäß ein außerehelich geborenes Kind eines verheirateten Mannes nicht anerkannt wird, als unvereinbar mit

der Verfassung erklärt und annulliert und hat, sich stützend auf eine Bestimmung aus dem am 18.5.1973 ergangenen Beschluß der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen, in der es heißt, daß "eheliche und nicht-eheliche Kinder die gleiche rechtliche Stellung haben", das Abkommen der Vereinten Nationen über die Rechte der Kinder erwähnt, das wegen seiner noch nicht erfolgten Ratifizierung durch die Große Nationalversammlung bisher nicht die Stellung einer internen Rechtsnorm erlangen konnte (44).

Bei der Annullierung des Art. 159 Zivilgesetz, das für die Ausübung eines Berufes oder einer künstlerischen Tätigkeit durch die Ehefrau die Erlaubnis ihres Mannes vorschreibt, wurde der von der Türkei noch nicht ratifizierte Art. 5 des Protokolls Nr. 7 der EMRK zur Begründung herangezogen (45).

Auf der anderen Seite hat das Verfassungsgericht in einigen Fällen internationale Normen direkt als eine Referenz gebraucht.

Das Verfassungsgericht hat in seinem Beschluß bezüglich der Unschuldsvermutung unter Aneignung der in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung verwendeten Definition erklärt, daß eben diese Erklärung mit der in der EMRK verwendeten Definition übereinstimmen muß (46).

Das Verfassungsgericht hat in seinem Beschluß der Todesstrafe, die es als nicht unvereinbar mit der Verfassung ansieht, erklärt, daß es damit die gleiche Ansicht wie in Art. 2 der EMRK ausgedrückt vertritt (47).

Was den Fall unehelicher Kinder betrifft, so hat sich das Gericht bei der Untersuchung der Verfassungsbeschwerde auf grundsätzliche Texte zu den Menschenrechten, die von der Türkei bereits ratifiziert worden sind, bezogen (48).

Das türkische Verfassungsgericht hat neben Verfassungsbestimmungen auch internationale Abkommen und grundlegende Rechtsprinzipien in den Rang von Verfassungsnormen erhoben und sich in vielen Entscheidungen direkt auf internationale Normen bezogen.

Das Verfassungsgericht hat sich in einer Entscheidung bezüglich des "Rechtes auf Verteidigung" auf Unter-Paragraph (b) des 3. Paragraphen von Art. 6 der EMRK bezogen und des weiteren auf die Entscheidungen Golder, Silver, Compell, Fell-Vereinigtes Königreich und Can-Österreich des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verwiesen (49). In dieser Entscheidung heißt es auch, daß "der Mensch in dem Maße als er in der ihn umgebenden Gesellschaft als Individuum lebt, doch auch ein Mitglied der gesamten Menschheit ist. Dieser Umstand führt dazu, daß in unserer Zeit die Menschenrechte und -freiheiten nicht nur mehr ein nationales Problem sind, sondern ihr Inhalt eine universelle Bedeutung gewonnen hat. Unter diesem Gesichtspunkt gesehen ist es nicht möglich, daß nach den Erfordernissen der Präambel der Verfassung und den in Art. 2 niedergelegten Vorschriften ein die Verfassungsbeschwerde betreffendes Thema nicht im Rahmen der "Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte" und der EMRK bewertet werden können".

Das Verfassungsgericht hat im Fall betreffend die Kommunistische Partei durch eine großzügige Auslegung internationalen Rechtes auf das Schlußdokument der Konferenz

für Europäische Sicherheit und Zusammenarbeit im Rahmen einer menschlichen Dimension Bezug genommen (50).

Das Verfassungsgericht hat in Bezug auf den Rechtsstaat geäußert, daß noch vor den deutlichen Bestimmmungen der Verfassung eine Vereinbarkeit mit den Prinzipien, die sich alle rechtsbewußten und zivilisierten Länder angeeignet haben, geschehen muß. Die Notwendigkeit, sich den Verfassungsbestimmungen und überlegenen Rechtsnormen verbunden zu fühlen, sind wie auch die über den Gesetzen stehenden, selbst durch den Gesetzgeber nicht zu beseitigenden grundlegenden Rechtsprinzipien und im Sinne der Verfassung gefällte Entscheidungen im Rahmen des Offenheitsprinzips des internationalen Rechtes zu sehen (51).

V. Schlußfolgerungen

Die Verfassungen von 1961 und 1982 haben den "Rechtsstaat" innerhalb der Grundprinzipien der Republik definiert. Der von der Verfassung vorgesehene Rechtsstaat ist durch die Merkmale der Republik, des Respektes gegenüber den Menschenrechten, eine Verbundenheit mit dem Nationalismus Atatürks sowie durch demokratische, laizistische und soziale Charakteristika gekennzeichnet.

Wie das Verfassungsgericht in einigen Entscheidungen verdeutlicht hat, ist das Verständnis des Rechtsstaates oder der Überlegenheit des Rechts auch gleichzeitig einer der grundlegenden Maßstäbe der Demokratie und der Zivilisation; in einem Rechtsstaat kann der Gebrauch der Rechte und Freiheiten nicht den Vorgesetzten und Verwaltungsleitern überlassen bleiben. Rechte und Freiheiten müssen an institutionellen Schutz gebunden werden (52).Dieser Schutz wird in weitem Maße durch eine rechtliche Kontrolle gewährleistet. Gemäß der Auffassung des Verfassungsgerichtes erfordert der Charakter eines demokratischen Rechtsstaates eine Bindung des gesamten öffentlichen Lebens und der Verwaltung an eine rechtliche Kontrolle; diese rechtliche Kontrolle ist ein unverzichtbares Element einer (wirklichen) Demokratie (53).

Das Verfassungsgericht hat bei der Verwirklichung seiner Aufgaben bezüglich der verfassungsmäßigen Kontrolle im Falle einer Unvereinbarkeit von Bestimmungen in den meisten Fällen neben der Verfassung allgemeine Rechtsnormen und auch den Rechtsstaat geprüft und ist so zu einem Schluß gekommen; auch hat das Gericht durch Anwendung von abstrakten Normen in konkreten Fällen durch eine entsprechende Interpretation für dieselben einen neuen Geist und eine neue Bedeutung gewonnen. Die wichtigsten Rechtsnormen sind von Seiten des Gerichts durch Auslegung erschlossen worden.

Es kann gesagt werden, daß das Verfassungsgericht in verschiedenen Beschlüssen durch seine Auslegung des Rechtsstaatsprinzips versucht, durch eine allseitige Öffnung der rechtlichen Kontrolle ein in allen Handlungen sich dem Recht beugendes und sich auf den Respekt gegenüber den Menschenrechten stützendes zeitgenössisches Staatsmodell zu entwerfen, und daß im allgemeinen neben den in der Verfassung niedergelegten Grundrechten auch verfassungsrechtliche Prinzipien definiert und auf diese Weise ein Rahmen geschaffen wurde, innerhalb dessen das Konzept der Verfassungsrechte ausreichenden Schutz genießen kann.

Das vom Verfassungsgericht besonders durch seine Interpretation der politischen Rechte sowie der Meinungsfreiheit entworfene Modell kann natürlich diskutiert und auf

unterschiedliche Weise gewertet werden.

Ich bin überzeugt, daß das Verfassungsgericht bei der Erfüllung seiner Grundfunktionen, nämlich des Schutzes der Grundrechte und -freiheiten, bei seinen Auslegungen in dem Maße, in dem es den schriftlich fixierten Verfassungstext zugrunde legt, auch den von zivillisierten Staaten angewandten und den vom Staat ratifizierten entsprechenden Vertragstexten sowie den darin enthaltenen Bestimmungen durch seine Auslegungspraxis Beachtung schenkt.

Bei der Sicherung einer Verfassungsmäßigkeit und bei der Erfüllung seiner Schutzaufgaben in Bezug auf die Grundrechte und -freiheiten kann das Verfassungsgericht die Rolle eines Grundsteines des demokratischen Rechtsstaates und des Beschützers der Menschenrechte übernehmen. Auf diese Weise wird das funktionelle Gebilde des Rechtsstaates sowie sein durch die Verfassungsgerichtsbarkeit in dieser Hinsicht zu entwickelnder Charakter vervollständigt werden.

Anmerkungen:

(1) Magna Charta Libertatum, datierend aus dem Jahre 1215, Petition of Rights (1628), Habeas Corpus-Akte (1679), Bill of Rights (1689), Unabhängigkeitserklärung von Virginia (1776) und die fransözische Menschen- und Bürgerrechtserklärung aus dem Jahre 1789.

(2) *Çağlar,* Bakır: "Anayasa Bilimi", 1989, S. 166.

(3) *Feyzioğlu,* Turhan: "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi", 1951, S. 211-217; das Prinzip der "geeigneten rechtlichen Methode" wurde aus dem englischen Rechtssystem übernommen. Der Ursprung dieses Prinzips ist der in Art. 19 der Magna Charta formulierte "Staatsrechts"-Terminus.

(4) *Çağlar,* Bakır, a.a.O.

(5) Ebd, S. 167.

(6) Entscheidung des Verfassungsgerichtes, datierend vom 11.10.1963, Nr. E. 1963/24, K.1963/243, abgedruckt in: Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 1, S. 249

(7) Entscheidung des Verfassungsgerichtes, datierend vom 29.11.1966, Nr. E. 1966/11, K.1966/44, abgedruckt in: Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 5, S. 3-25

(8) Entscheidung des Verfassungsgerichtes, datierend vom 6.7.1989, Nr. E. 1988/39, K.1989/29, veröffentlicht im Amtsblatt am 8.2.1990; Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 20.9.1990/17, K.1990/23, veröffentlicht im Amtsblatt am 26.10.1990

(9) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 12.12.1989, Nr.E.1989/11, K.1989/48, veröffentlicht im Amtsblatt am 22.1.1990

(10) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 1.10.1991, Nr.E.1990/40, K.1991/33, veröffentlicht im Amtsblatt am 7.2.1992

(11) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 6.6.1991,Nr.E.1990/35, K.1991/13, veröffentlicht im Amtsblatt am 27.10.1994

(12) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 27.3.1988, Nr.E.1985/31, K.1986/11, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 22, S. 119-120

(13) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 12.11.1991, Nr.E.1991/7, K.1991/43, veröffentlicht im Amtsblatt am 23.7.1992/21293

(14) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 21.4.1992, Nr.E.1992/17, K.1992/30, veröffentlicht im

Amtsblatt am 2.10.1992/21362

(15) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 5.3.1965, Nr.E.1963/1, K.1965/13, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 3.S. 89

(16) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 25.10.1990, Nr.E.1989/23, K.1990/26, veröffentlicht im Amtsblatt am 9.1.1991

(17) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 26.9.1993, Nr.E.1990/38, K.1991/32, veröffentlicht im Amtsblatt am 28.11.1993

(18) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 20.11.1990, Nr.E.1990/13, K.1990/30, veröffentlicht im Amtsblatt am 3.1.1992

(19) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 15.6.1967, Nr.E.1966/34. K.1967/18, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 5, S. 129-133

(20) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 7.11.1963, Nr.E.1963/207. K.1963/175, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 1, S. 363

(21) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 11.12.1980, Nr.E.1980/63, K.1980/68, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 18, S. 388

(21A) Entscheidung des Verfassungserichtes vom 14.4.1994, Nr.E.1994/43, K.1994/42-1, veröffentlicht im Amtsblatt am 15.4.1994/21906

(22) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 27.12.1965, Nr.E.1963/57, K.1965/65, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 4, S. 3

(23) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 20.11.1990, Nr.E.1990/13, K.199/30, veröffentlicht im Amtsblatt am 3.1.1992

(24) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 27.1.1992, Nr.E.1991/26, K.1992/11, veröffentlicht im Amtsblatt am 23.11.1992/21414

(25) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 31.3.1992, Nr.E.1991/18, K.1992/20, veröffentlicht im Amtsblatt am 27.1.1993

(26) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 28.2.1989, Nr.E.1988/32, K.1989/10, veröffentlicht im Amtsblatt am 22.6.1989

(27) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 8.12.1988, Nr.E.1988/2, (Auflösung einer politischen Partei), K.1988/1, veröffentlicht im Amtsblatt am 16.5.1989/20167

(28) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 21.10.1999, Nr.E.1993/33, K.1993/40-2, veröffentlicht im Amtsblatt am 6.11.1993

(29) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 12.1.1989, Nr.E.1988/4, K.1989/3, veröffentlicht im Amtsblatt am 10.1.1990

(30) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 8.4.1963, Nr.E.1963/16, K.1963/83, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 1, S. 199

(30 A) Entscheidung des Verfassungsgerichtes von 10.7.1992, Nr.E.1991/2 (Auflösung einer politischen Partei), K.1992/1, veröffentlicht im Amtsblatt am 25.10.1992/21386 (Fall betreffend die Auflösung der Sozialistischen Partei)

(31) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 14.6.1988, Nr.E.1988/14, K.1988/18, veröffentlicht im Amtsblatt am 14.7.1988

(32) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 13.6.1988, Nr.E.1987/22, K.1988/19, veröffentlicht im Amtsblatt am 15.7.1988/19873

(33) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 10.7.1992, Nr.E.1991/2 (Auflösung einer politischen Partei), K.1992/1, veröffentlicht im Amtsblatt am 25.10.1992/21386 (Auflösung der Sozialistischen Partei), Entscheidung des Verfassungserichtes vom 14.7.1993, Nr.E.1992/1 (Auflösung einerg politischen Partei), K.1993/2, veröffentlicht im Amtsblatt am 18.8.1993/21672 (Fall der Volks-und Arbeiter Partei), Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 23.11.1993, Nr. E.1993/1 (Auflösung einer politischen Partei), K.1993/2, veröffentlicht im Amtsblatt am 14.2.1994 (Partei für Freiheit und Demokratie), Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 16.6.1994, Nr.E.1993/3 (Auflösung einer politischen Partei), K.1994/2, veröffentlicht im Amtsblatt am 30.6.1994 (Demokratische Partei)

(34) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 28.1.1992, Nr.E.1992/2, veröffentlicht im Amtsblatt am 12.3.1992, Entscheidung des Verfassungsgerichtes, Nr.E.1992/1 (Auflösung einer politischen Partei), K.1993/1, veröffentlicht im Amtsblatt am 18.1.1993

(35) Entscheidung des Verfassungserichtes vom 10.1.1991, Nr.E.1990/25, K.1991/1, veröffentlicht im Amtsblatt am 5.3.1992, Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 3.7.1991, Nr.E.1991/6, K.1991/20 veröffentlicht im Amtsblatt am 8.3.1992/21162

(36) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 6.10.1986 Nr.E.1985/21, K.1986/23, veröffentlicht im Amtsblatt am 14.3.1987/19400

(37) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 26.11.1986 Nr.E.1985/18, K.1986/27, veröffentlicht im Amtsblatt am 14.8.1987/19544

(38) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 19.4.1988 Nr.E.1987/16, K.1988/8, veröffentlicht im Amtsblatt am 23.8.1988/9908

(38 a) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 10.2.1994, Nr.E.1992/2 (Auflösung einer politischen Partei), veröffentlicht im Amtsblatt am 10.4.1994 (Partei der Grünen)

(39) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 16.6.1992, Nr. E.1992/8, K.1992/39, veröffentlicht im Amtsblatt am 6.10.1992/21367

(40) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 23.6.1989, Nr. E.1988/50, K.1989/27, veröffentlicht im Amtsblatt am 4.10.1989

(41) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 11.12.1990, Nr. E.1989/17, K.1990/33, veröffentlicht im Amtsblatt am 15.6.1991

(42) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 21.6.1989, Nr. E.1988/34, K.1989/26, veröffentlicht im Amtsblatt am 5.12.1989

(43) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 19.6.1968, Nr. E.1966/19, K.1968/25, veröffentlicht im Amtsblatt am 29.11.1970/13412

(44) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 28.2.1991, Nr. E.1990/15, K.1991/5, veröffentlicht im Amtsblatt am 27.3.1992/21184

(45) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 29.11.1990, Nr. E.1990/30, K.1990/31, veröffentlicht im Amtsblatt am 2.7.1992

(46) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 29.1.1980, Nr. E.1979/36, K.1980/11, veröffentlicht im Amtsblatt am 15.5.1980/16989

(47) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 7.11.1963, Nr. E.1963/207, K.1963/175, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 1, S. 363. Die Türkei ist den Bestimmungen des Protokolls Nr. 6 noch nicht beigetreten.

(48) Entscheidung desVerfassungsgerichtes vom 11.9.1987, Nr. E.1987/1, K.1987/18, veröffentlicht im Amtsblatt am 29.3.1988, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr.23, S.297

(49) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 16.6.1992, Nr. E.1992/8, K.1992/39, veröffentlicht im Amtsblatt am 6.10.1992/21367

(50) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 16.7.1991, Nr.E.1990/1 (Auflösung einer politischen Partei), K.1991/1, veröffentlicht im Amtsblatt am 28.1.1992/21125

(51) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 27.3.1986, Nr.E.1985/31, K.1986/11, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichtes Nr. 20, S. 119-120; Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 21.6.1989, Nr.E.1988/34, K.1989/26, veröffentlicht im Amtsblatt am 5.12.1989

(52) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 31.12.1992, Nr.E.1992/40, K.1992/55, veröffentlicht im Amtsblatt am 24.4.1993/21561

(53) Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 1.10.1991, Nr.E.1990/40, K.1991/33, veröffentlicht im Amtsblatt am 7.2.1992/21135

Abstract

" Laws are formed by the interpretation of the Judge. If there is a good judge, no bad law there will be"

The Constitutions of 1961 and 1982 determined the "state governed by the rule of law" among the basic principles of the Republic. The state governed by the rule of law which has been stipulated by the Constitution was integrated with the following characteristics of the Rebuplic: To become respectful for human rights, to show loyalty to the Nationalism of Atatürk, to become democratic, secular and social.

As it has been stated in some desicions of the Constitutional Court that the understanding of the state governed by the rule of law or of the supremacy of law forms, the basic standarts of democracy and civilization as well. The exercise of rights and freedoms, in a state governed by the rule of law, cannot be leave only to the appreciation of authorities and officials. Rights and freedoms should be assinged to the institutional assurances. This assurance will be povided mostly by the jurisdictional review. According to the Constitutional Court, the quality of democratic state governed by the rule of law requires that all aspects of public life and administration should be depended upon jurisdictional review. The jurisdictional review is the inevitable and integral part of democracy.

While performing its function of the Constitutional jurisdiction review, the Constitutional Court has to rule on the conflicting rules by examining these rules not only under the Constitution but also as to the general rules of law and the state governed by the rule of law. Furthermore, the Court, while applying the abstract provisions of the Constitution to the concrete situations, should also bring in meaning and essence to these rules through its interpretations.

As the principle of the state governed by the rule of law is being defined in various decisions of the Constitutional Court, it can be said that the Court itself attempts to form a contemporary state model which opens to the jurisdictional review in every aspect, acts in consistency with the law in all its regulations and actions and depends upon the respect for human rights. In general, the Constitutional Court tries to form the framework

protected within the Constitutional rights by recognizing the constitutional principles, inter alia the provisions of the Constitution.

However, the line at which the Constitutional Court has reached through its interpretations particularly in respect of freedom of thought and political rights can be debated and considered in various ways.

In my opinion, the Constitutional Court should consider, in its interpretations, the ways in terms of which the rules are conceived by the civilized nations and the agreements the State accepted as well as the written text of the Constitution, while it is performing its main duty of protecting the fundamental rights and freedoms.
The Constitutional Court which performs its duty of protecting the fundamental rights and freedoms, while providing the copliance with the Constitution, may become one of the building blocks of the democratic state governed by the rule of law, and may become, at the same time, the protector of human rights. Thus, the state governed by the rule of law, together with the quality of the Constitutional Jurisdiction developed in this respect, completes its functional structure.

Sami Selçuk - Efendim, Sayın *Aliefendioğlu*'na teşekkür ediyoruz. Yanız ben başkanlığımın verdiği ayrıcalığı kullanarak öbürgün tartışmak üzere kimi soruları yönelteceğim; not alırsanız memnun olurum. Benim üzerinde durmak istediğim bir şey var. Çok güzel şeyler söylüyor Anayasa Mahkemesi; "devletin dokunduğu herşey hukuka dönüşmeli" diyor bir bakıma... Bu mesajı aldım, yalnız dikkat ettim, Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti tanımlarında çoğulculuktan söz eden bir şey görmedim ben. Acaba ben mi kaçırdım? Bunu nedenini anlamakta güçlük çekiyorum. Bir de sürekli Türkiye'de tartışılan bir olay var; 1961 ve 1982 Anayasaları arasındaki fark. Ama bu farka karşın Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti anlayışında bir değişme yok; tanımlar aynı. Bu çok igi çekici bir nokta benim açımdan. Yarın demek ki, bir başka anayasa yapılsa, yeni generaller gelse; dün Evren Paşa geldi yarın da bi Kâinat paşa gelir, acaba Anayasa, hukuk devleti adı geçince aynı şeyi söylemek durumunda mıdır? Bir de şunu söylemek istiyorum: 1963'de demire vurma konusundaki verdiğiniz kararı alkışla karşılıyorum, ölüm cezası konusunda da bir şey demiyorum, ölüm cezası zaten Anayasada kurucu iktidar tarafından gözetilmiş, var. Ama neden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yollama yapıyorsunuz da öncelikle Anayasayı gözetmiyorsunuz? Ben Anayasa Mahkemesinin kararlarında biraz Türkiye'yi kurtarma kaygısı görüyorum. Yargıçların böyle bir görevi olduğunu da sanmıyorum. Bu çok önemli bir noktadır. Yargıçlar, sadece normlar arasında çatışma olup olmadığını saptar. Anayasa Mahkemesinin de bu saptamayı yapması gerekir diye düşünüyorum. Aksi takdirde, oportünite, yerindelik incelemesine kayarsınız ve siyasal kaygılarınız hukuksal kaygıların önüne geçer gibi geliyor bana. Bir de şu doğal yargıç, ki ben buna olağan yargıç diyorum, yasal yargıçla özdeşleştirdik, ama ben bunu şöyle biliyorum: Yargılama öncesi görevlendirilen yargıç diye düşünmek gerekir, yani yasada bu varsa yeter. O anlamda mı kullanıyorsunuz? Bir de düşünce özgürlüğü konusunda Anayasa Mahkemesinin kaygılarının arttığını görüyorum ben. Hemen düşünce özgürlüğü sözkonusu olunca, yıkıcı akımlara karşı "bunları sömüremezsin" mesajı veriliyor. Bu sanıyorum Anayasa Mahkemesinin görevi değil. Ben öyle düşünüyorum, en azından. Ve bir de hukuk devletinin Cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olduğunu söylediniz; bunun biraz yerini değiştirelim de "demokrasinin nitelikleri" olsun, diye düşünüyorum. Son bir olay da, fuhuşla ilgili karar. Bu konuda bir anımı sizlere aktarmak istiyorum. 1991 yılında sanıyorum 21 Ağustos'taydı, o gün Kanada Yüksek Mahkemesinde bir görüşmem olmuştu, öğleden sonra Kanada Yüksek Mahkemesi - ki dokuz kişiden oluşur - bir karar verdi. Tanık, mağdurenin fuhuşla melûf olup olmadığını yargı önüne getirebilir mi? Bu tartışma yapıldı. Akşam televizyonlarda kıyamet koptu. Getirebilir kararı verdi Yüksek Mahkeme. İşin ilginç tarafı iki tane bayan yargıç vardı orda. Bu iki yargıçtan bir tanesi buna karşı çıktı. Kararı kaleme almakla görevlendirilen yargıç da bayandı. Bu anımı da bilgi kabilinden sunuyorum. Teşekkür ediyorum ve ikinci konuşmacıya sözü veriyorum. Buyrun sayın *Heper* söz sizin.

Altan Heper

Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı

Değerli Dinleyiciler,
Değerli Meslektaşlarım

Alman Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti anlayışını ele alırken işin tabiatı icabı mahkemenin kararlarını inceleyeceğiz.

Konuşmamızın birinci bölümünü hukuk devletinin Alman Anayasasındaki yeri ve Anayasa Mahkemesinin hukuk devletini gerekçelendirmesi kapsıyor. İkinci bölümde hukuk devleti ilkesinden çıkartılan hukuk devleti öğeleriyle ilgili bazı mahkeme kararlarını inceleyeceğiz. Burada bu öğelerden zaman darlığı nedeniyle sadece ikisiyle, ölçülülük ilkesi ve yasaların belirlenmiş (muğlak olmama), anlaşılır olma zorunluluğu ilkesi ile ilgili mahkeme kararlarına değineceğiz.

Kuvvetler ayrılığı, hukuk güvenliği, anayasanın bağlayıcılığı, aleyhe etkileyici yasanın geçmişe yönelik olamaması, özel mahkemeler yasağı, kanuni hakim ilkesi, hukuki savunma hakkı, devlet tasarruflarına karşı yargı yolu hakkı, bireylerin önemli yaşam alanlarının ancak yasayla düzenlenmesi, yasalar dışındaki hukuki düzenlemelerin yasaya uygun olma zorunluluğu, devlet memurlarının ve idaresinin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden tazminatla sorumlu tutulması, ceza ve medeni usul hukukunda dürüst yargılama prensibi, bir fiilden dolayı birden fazla yargılama yasağı gibi burada tamamını zikredemeyeceğimiz ve herhangi bir sistematiğe tutmadan saydığımız hukuk devleti öğelerinin herbiriyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararları başlı başına bir konuşmanın konusunu oluşturur.

I

Mahkeme kararlarında hukuk devletinin bir tanımını göremiyoruz. Ama mahkeme daha ilk kararlarında hukuk devleti kavramını kullanmış ve bu kavramı geliştirmiş, hukuk devleti ilkesinin Anayasanın en temel esaslarından biri olduğunu ifade etmiştir[1].

Anayasada hukuk devletinin düzenlendiği bir norm bulunmamaktadır. "Hukuk devleti" ifadesi sadece Anayasanın 28.md 1.fıkrasında yeralmaktadır. Bu hükümle eyaletlerin anayasal düzeninin, Alman Anayasasının cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine uyma zorunluluğu düzenlenmektedir.

Genellikle Alman doktrininde hukuk devleti, Anayasanın 20.md 3.fıkrasında gerekçelendirilmektedir. Mahkeme bu görüşü nispeten yeni kararlarında takip etmiştir[2].

20.md. Anayasanın temel ilkeleri ve direnme hakkı başlığını taşımaktadır. 1.fıkra Federal Alman Cumhuriyetinin bir demokratik ve sosyal federal devlet olduğunu, 2. fıkra egemenliğin millete ait olduğunu, egemenliğin millet tarafından seçimlerle, oylamalarla ve yasa koyucunun, yürütmenin ve yargının özel organları aracılığıyla kullanılacağını hüküm altına almıştır. 3. fıkrada yasama organının anayasal düzene, yürütmenin ve

(1) BVerfGE 1, s.14 (18)
(2) BVerfGE 34,41 (47) 8.5.1973; BVerfGE 39,128 (143); BVerfGE 86, 288, 3.6.1992

yargının yasaya ve hukuka bağlılığını düzenlemiştir. Görüldüğü gibi 20. md 3. fıkrasında hukuk devletinden söz edilmemektedir. Biraz önce Mahkemenin hukuk devletini 20. md 3. fıkrada temellendirdiğini ifade ettik. Bunu Mahkeme, hukuk devleti ifadesinin yanına parantez içinde sadece "20. md fıkra 3" yazarak yapmakta, bunun dışında herhangi bir gerekçelendirmeye gerek duymamaktadır. Buna örnek vereceğimiz 8.5.1973 tarihli kararda Mahkeme, hukuk devleti ilkesinin her olay için geçerli ayrıntılarıyla belirli anayasal yasaklar ve emirler ihtiva etmediğini, bu temel ilkenin her olayda somutlaştırılması gerektiğini, bu somutlaştırmada hukuk devletinin ve hukuk devleti öğelerinin bir bütün olarak korunması gerektiğini ifade etmiştir[3]. Bu kararda ayrıca hukuk güvenliğinin ve adaletin hukuk devletinin önemli öğeleri olduğuna ve bu iki öğe arasındaki muhtemel çelişmeye işaret edilmiştir. Mahkemenin birçok kararında herhangi bir Anayasa normunu zikretmeden sadece hukuk devleti ifadesini kullanarak, bu ilkeyi kararına temel aldığını görüyoruz[4].

Mahkeme nadiren de olsa hukuk devletini pozitif hukuk kurallarıyla, Anayasa normlarıyla gerekçelendirmiştir. Buna örnek olarak hukuk devleti ifadesine ilk olarak rastladığımız 23.10.1951 tarihli karar verilebilir.[5] Bu kararda Anayasanın 20.md 3.fıkrasında ve 28. md 1. fıkrasında hukuk devleti ilkelerini açıkça tanıdığı belirtilmektedir. Bu yöndeki bir diğer karar da 1.7.1955 tarihlidir[6].

Bu kararda mahkeme, hukuk devletinin anayasanın bazı normlarının birarada ve anayasanın bütününe hakim olan temel anlayışın birlikte değerlendirilmesinden ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bu normlar 20. md 3. fıkra, 1. md 3. fıkrada düzenlenen temel hakların doğrudan doğruya geçerli hukuk olarak yasakoyucuyu, yürütme organını ve yargıyı bağlaması, 19. md 4. fıkrada düzenlenen bireyin kamu gücü ile haklarının ihlâli halinde kanun yoluna müracaat hakkı ve 28. md 1. fıkrada yeralan federal devletin niteliklerine ilişkindir. Mahkemenin hukuk devletini gerekçelendirmesinde Anayasanın bütününe hakim olan temel anlayış düşüncesine başka kararlarında da rastlıyoruz. 26.2.1969 tarihli kararda, mahkeme anayasakoyucusunun hukuk devleti ilkesini belli bir normda toplamadığını, hukuk devletinin anayasa öncesi temel ve yönlendirici bir kurum olarak anayasaya damgasını vuracak bir nitelik taşıdığını, bu nedenle Anayasa koyucusunun bu prensipten hareket ettiğini ifade etmiştir[7]. Bu karardaki temel düşünceleri şöyle özetleyebiliriz: Hukuk devleti hukuk güvenliğini içerir. Hukuk güvenliği, vatandaşın kendisine yönelik devlet müdahelesini önceden görebilmesi ve buna uygun davranabilmesi anlamına gelir. Vatandaş, yasakoyucunun tamamlanmış fiiler için, bu fiilerin bitiminden önce görülebilecek sonuçlardan daha olumsuz sonuçları fiilerin müeyyidesi olarak düzenlemeyeceğine güvenmelidir. Bu, geçmişi etkilememe prensibidir. Bazı hallerde de vatandaşın, hali hazırda süren, tamamlanmamış eylemler için hukuki durumunun sonradan yürürlüğe giren kurallarla kötüleştirilmemesine ilişkin güveninin korunmasını isteme hakkı vardır (Gerçek olmayan geçmişi etkilememe prensibi). Hukuk güvenliği, vatandaş için herşeyden önce bu güvenin korunması

(3) BVerfGE 35,41
(4) BVerfGE 7,305 (319) 5.3.1958; 13 VerfGE 50,42 (48)
(5) BVorfGE 1,14 (45)
(6) BVerfGE 2,380 (403)
(7) BVerfGE 25, 269 (290)

anlamına gelir. Ama sadece hukuk güvenliği değil, maddi anlamda adalet de hukuk devleti içersinde mütalâa edilir. Hukuk devleti ilkesinin bu iki öğesi yasakoyucu tarafından her zaman aynı ölçüde gözetilmemiştir [8] .

Hukuk güvenliği adalet ile çelişki içine düşerse, adalet veya hukuk güvenliği için karar vermek, esas olarak yasakoyucunun görevidir. Bu keyfi olarak yapılmadığı sürece anayasal açıdan itiraz edecek hiçbir şey yoktur[9] .

Anayasanın bütününe hakim olan anlayış düşüncesinden, mahkemenin bazı kararlarında uzaklaştığını görüyoruz. Buna örnek olarak 15.12.1970 tarihli karar verilebilir[10]. Bu kararda, Anayasanın haberleşme özgürlüğü ile ilgili 10.md'deki değişikliğin Anayasaya aykırı olmadığı tespit edilmiş ve haberleşme özgürlüğünü kısıtlayan hükümlerin, Anayasanın 79.md 3. fıkrasında yeralan, Anayasanın belirli hükümlerinin değiştirilemeyeceği hükmüne aykırı olmadığı belirtilmiştir. Anayasanın 79.md 3. fıkrasına göre, Federal devleti sistemini, eyaletlerin yasama faaliyetindeki katkısını kaldırmak veya Anayasanın insan onurunun dokunulmazlığını düzenleyen 1.md ve 20.md.'nde yeralan federal devletin demokratik ve sosyal devleti oluşuna, millet egemenliğine, Anayasanın bağlayıcılığına ve direnme hakkına ilişkin ilkelere dokunan Anayasa değişiklikleri geçersizdir.

Mahkeme, bu kararda 20.md.'de birçok temel kuralın bulunduğunu, "hukuk devleti prensibinin" hukuk devleti olarak 20.md.'de yer almadığını, bunun yerine, hukuk devleti ilkesinin çok belirli bazı temel kurallarının bu maddede bulunduğunu, bu kuralların 2. fıkrada kuvvetler ayrılığı, 3. fıkrada yasa koyucunun anayasal düzene, yürütmenin ve yargının yasa ve hukuka bağlılığı olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre; hukuk devleti ilkesinden, Anayasanın 79.md 3. fıkrasında 20.md'ye yapılan atıfla değiştirilmesi yasaklanan hukuk ilkeleri dışında bir hukuk ilkesi geliştirmek mümkündür. Federal Mahkeme de böyle hukuk ilkeleri geliştirmiştir. Bunlara örnek olarak geçmişe yönelik aleyhe hüküm getiren kanun yasağı, ölçülülük emri, hukuk güvenliği ve somut olay adaleti arasındaki gerginlik ilişkisini çözümleme, mümkün olduğu kadar hukuki koruma prensibi verilebilir. Anayasanın 79.md 3. fıkrası istisnai bir nitelik taşır ve yasakoyucunun Anayasal sisteme uygun bir biçimde Anayasa kurallarını değişikliğe tabi tutmasını engellemez. Bu kurallara, hukuk devleti ilkesinden çıkartılan, vatandaşların mümkün olduğunca geniş bir yargı güvencesine sahip olma ilkesi de dahildir. Bu kural 20.md.'de anılmadığı için değişikliğe tabi tutulması mümkündür.

Yukarıda özetlediğimiz bu kararın önemi, değişikliğe tabi olabilecek ve olamayacak hukuk devleti ilkeleri sorununu ortaya atmasıdır. Sonuç olarak bir hukuk devleti modelinden vazgeçilmekte ve anayasanın bütününe hakim olan anlayış düşüncesi terkedilmektedir[11] .

Bu bölümün *sonucu* olarak şu saptamayı yapabiliriz. Mahkeme kendi geliştirdiği hukuk devleti ilkesinden öğeler, alt prensipler çıkartmaktadır. Mahkeme bu öğeleri, alt prensipleri kullanarak hukuk düşüncelerini geliştirmiştir. Mahkeme yeni kararlarında,

[8] Karş. BVerfGE 3,225 (237); BverfGE 7,89 (92)
[9] BVerfGE 3, 225 (237)
[10] BVerfGE 30, 1
[11] Grundgesetzkommentar v. *Münch, Schnapp* zu Art. 20, 4.Aufl, 1992

eski kararlarında veya başka bağlamlarda yeralan temel düşünceleri kelimesi kelimesine alarak ve atıflarla hukuk devleti öğeleriyle ilgili içtihatlarını kökleştirmektedir. Mahkeme, sözü edilen temel düşünceleri pozitif hukukun birer normu gibi geçerlilik kriteri olarak kullanmaktadır[12].

Anayasa hukukçuları hukuk devletini, anayasada yeralan, normatif olarak ispat edilen münferit ilkelerinin boyut kazanması olarak görmüşlerdir[13] . Hukukçular, mahkeme kararlarında hukuk devleti kavramının büyük ölçüde hukuk problemlerinin çözümünde takviye olarak kullanıldığını ifade etmişlerdir. Ama problemlerin çözümünü anayasanın normlarında aramak gerekir. Hukuk devleti gibi bir kavram, bulunan çözümlerin kuvvetlendirilmesine hizmet etmektedir[14] .

Bu açıdan mahkemenin hukuk devleti kavramını, anayasa yargısında bir devlet amacı, program maddesi olarak yorumladığı söylenebilir[15]. Buna örnek olarak 12.11.1958 tarihli bir karar verilebilir[16]. Bu kararda, kamunun müdahelesi ile bireyin haklarının ihlâlinde mümkün olduğu ölçüde boşluğu olmayan bir yargısal korumanın, hukuk devleti olmaya ilişkin bir talep olduğu belirtilmektedir.

II

Bu bölümde hukuk devleti öğelerinden sadece ikisinin, yasaların belirlenmiş ve anlaşılabilir olma zorunluluğu ve ölçülülük ilkesi ile ilgili bazı Anayasa Mahkemesi kararlarını inceleyeceğiz. Bu iki gruptaki kararlar, ilişkileri itibariyle birbirlerini kısmen tamamlamaktadır.

Hukuk güvenliği normların açık, belirlenmiş olması, muğlak olmamasını şart koşar.

Mahkeme birçok kararında hukuk devleti ilkesinin temel haklar için önemli normların unsurlarının, hukuki durumun vatandaş tarafından anlaşılabilir ve buna göre davranışını tayin edebilecek bir ölçüde açık ve anlaşılır olması zorunluluğunu içerdiğini ifade etmiştir[17].

Mahkeme kararlarında; temel haklara devlet müdahalesi yoğunlaştıkça, normun belirlenmişliğine ilişkin koşulların da artması gerektiği belirtilmiştir[18] . Mahkemeye göre, muğlak yasalar ancak aşırı hallerde hukuk devleti ilkesini ihlâl nedeniyle yok hükmünde sayılabilir. Normun formüle edilişindeki belirsizlik nedeniyle bu derecede bir ihlâl şüphesiz istisnai olarak tespit edilebilir. Burada tayin edici olan, sosyal hayatta ve hukuki işleyişde belirsizlik nedeniyle doğan sonuçlardır[19] .

Mahkeme, yasaların belirlenmiş ve anlaşılır olma zorunluluğunu vatandaşın genel davranış özgürlüğüne dayandırmaktadır. Mahkemeye göre, Anayasanın 2.md.

[12] Karş. BVerfGE 55, 72 (93)
[13] Kommentar zum Grundgesetz v.*Münch, Schnapp* zu Art. 20, Rdn. 21, 4.Aufl. 1992
[14] *Kunig*, Rechtstaat, 1986
[15] Karş. BVerfGE 8, 274; *Kunig* a.g.e S.126
[16] BVerfGE 8, 274
[17] Karş. BVerfGE 21, 79; 31, 264; 37, 14; 62.183; 75, 341; 78, 212
[18] Karş. BVerfGE 86, 311; 59, 114; 49, 133; 75, 342
[19] BVerfGE 1, 45

1.fıkrasında bireyin genel davranış özgürlüğü sınırlarıyla düzenlenmiştir. Herkes başkalarının haklarını, anayasal düzeni ve ahlâk yasasını ihlâl etmediği sürece istediği herşeyi yapma veya yapmama hakkına sahiptir, yani asli olan bireyin özgürlüğüdür. Anayasa bireyin lehine bir özgürlük karinesi getirmiştir. Bu özgürlüğün yasal emirlerle veya yasaklarla sınırlanması ancak bu sınırlamadan vazgeçilmesi halinde mümkündür. Bu durumda emrin veya yasağın koşullarının mümkün olduğunca anlaşılır ve yurttaş tarafından tanınacak bir şekilde olması gerekir[20].

Temel özgürlüklere müdahale yoğunlaştığı ölçüde, müdahaleyi gerektiren nedenlerle, bireyin özgürlüğünün asli olması tartılmakta, karşılaştırılmaktadır. Bu tartma da müdahale için seçilen aracın yasakoyucunun amacına uygun olması ve bireye aşırı ölçüde yük yüklenmemesi anlamına gelmektedir. Şüphesiz bazı açıklığa kavuşmamış hususların bir yasal düzenlemede işin başından itibaren önlenmesi mümkün olmayabilir. Ama yasakoyucunun amacı, temel düşünceleri normun formüle edilişinde anlaşılır olmalıdır.

Yukarıda ana fikirlerini açıkladığımız 7.4.1964 tarihli kararda, mahkeme hukuk devleti ilkesi açısından yasaların hangi koşulları içermesi gerektiğini incelemektedir. Bu kararda Yolcu Taşıma Yasasının Anayasaya aykırılığı sonucuna varılmıştır. Bu yasa, aracı kuruluşlar veya ilânlar vasıtasıyla bir oto sürücüsünün ve bu sürücüyle beraber bir yere gitmek isteyen kişilerin bir araya gelmesini, benzin masrafını paylaşarak beraberce seyahat etmesini izne bağlamakta, izin olmadan böyle bir faaliyeti yasaklamaktaydı. Mahkeme böyle bir düzenlemenin genel hareket özgürlüğünü sınırladığını, bu sınırlamanın Anayasanın 2.md 1. fıkrasında belirtilen sınırlamaya uygun olmasının gerektiğini, bu yasanın Anayasanın temel kuralı hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre; yasanın koyduğu yasak anlaşılır olmaktan uzaktır ve yasa 1.md 2. fıkrası ile birlikte seyahati izne bağladığı halde, bu iznin koşulları, biçimi ve usulüne ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir[21].

Mahkeme "genel norm" ve "belirsiz hukuk kavramlarının bir hukuk devleti öğesi olan yasaların belirlenmiş olması ilkesiyle bağdaştığını belirtmiştir"[22].

Mahkemenin bu görüş için gerekçesi; idari makamların görevlerinin çeşitliliğinin bu görevleri her zaman açık ve net bir biçimde tanımlanabilecek kavramlarla açıklamaya olanak vermemesidir[23].

Belirsiz hukuk kavramlarının kullanıldığı normlarda gerekli açıklığa kavuşturma görevi yargıya düşmektedir. Yüksek mahkemeler, kararlarıyla yargı kararları arasında birliği sağlarlar[24].

Mahkemeye göre; bir hukuk kuralının belirsiz bir hukuk kavramıyla mı, yoksa ayrıntılara kadar inilerek mi düzenleneceğine yasakoyucu karar verir[25].

(20) BVerfGE 17, 306 (313)
(21) BVerfGE 17, 306
(22) BVerfGE 21, 79
(23) BVerfGE 49, 181; 8, 326
(24) BVerfGE 81, 88; 21, 261
(25) BVerfGE 49, 136; 21, 79

Mahkeme teknik güvenlik dalında hızlı teknolojik gelişme nedeniyle, detaylı düzenlemeler yerine, genel bir normun yeterli olduğuna karar vermiştir. Atom Yasasında yeralan "bilimin ve tekniğin ulaştığı seviyeye göre gerekli bakım" genel normu ile yeterli derecede temel hakların korunduğunu belirtmiştir[26].

Mahkemeye göre ceza hukukunda da genel hukuk kavramlarından vazgeçilmesi mümkün değildir. Hayatın karmaşıklığı nedeniyle bu tür kavramlar olmaksızın yasakoyucunun karmaşık olaylara hakim olabilmesi olanaklı görünmemektedir.

Mahkeme, Ceza Yasasının hakareti düzenleyen 187 a md.'deki "halkın (milletin) siyasi yaşamında yeralan" ifadesini yeterli açıklıkta bulmuştur[27]. Aynı şekilde, yaralama ile ilgili 232.md'ndeki "kamu çıkarı" ifadesinin de yeterli açıklıkta olduğuna karar vermiştir[28].

Mahkeme genel normların ve belirsiz hukuk kavramlarının muhtevalarının kökleşmiş yargı içtihatlarıyla oluşturulması halinde bir anayasaya aykırılık olmayacağı görüşündedir.

Ölçülülük İlkesi ve Aşırılık Yasağı

Mahkeme kararlarında çok önemli bir rol oynayan bu ilke, temel hakların özünden çıkartılmakta ve vatandaşın devlete karşı ileri sürdüğü genel özgürlük hakkının kamu gücü ile ancak, kamu çıkarlarının korunması ölçüsünde sınırlanabileceği anlamına gelmektedir[29].

Bu ilke üç aşamalı olarak incelenir. Birinci aşama yasakoyucunun müdahele için seçtiği aracın, yasakoyucu tarafından istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığı araştırılır. İkinci aşamada, bu aracın gerekli olup olmadığı yani amacın bireye daha az yük getirecek başka bir araçla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği incelenir. Bu incelemeye sıkça "aşırılık yasağı" adı da verilebilir. Üçüncü aşamada kamu müdahalesinin bireye yüklenebilirliği incelenir. Bu kural kamu müdahalesinin yoğunluğu ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin gereliliği ve önemi arasında bir dengelemeyi, hangi unsurun ne kadar ağır bastığını araştırmayı gerektirir.

Mahkemenin 28.5.1993 tarihli kürtaj ile ilgili kararı büyük yankılar uyandırmıştır. Bu kararda Ceza Hukukuna, temel haklara en sert şekilde müdahele eden karakteri nedeni ile ultima ratio olarak, en son çare olarak başvurulacağı belirtilmiştir[30]. Bu nedenle Ceza Hukukunda ölçülülük ilkesi uygulanır. Bir davranışın yasak olmaktan öte, özellikle toplumsal yaşam için dayanılmayacak olması ve bu davranışın önlenmesi çok önemli ve acil olduğunda ceza hukukunun koruması gündeme gelir[31]. Mahkeme buradan, Ceza Hukukunun kural olarak kürtaj yasağının ve bu yasağın içerdiği kadının çocuğu doğurma yükümlülüğünün yasal olarak düzenlendiği bir alan olduğu sonucuna

(26) BVerfGE 49, 134
(27) BVerfGE 27, 357
(28) BVerfGE 51, 171 (177)
(29) BVerfGE 19, 348
(30) BVerfGE 88, 203 (258)
(31) BVerfGE 88, 258

varmaktadır[32].

Mahkeme Ceza Hukukunun amaçlarını ve görevlerini de ölçülülük ilkesinden çıkarmaktır.

Suçun önlenmesi, suçlunun topluma kazandırılması, yapılmış bir haksızlığa karşı kefaret ve misilleme uygun bir cezanın çeşitli yönleri olarak değerlendirilmiştir[33]. Mahkeme, kararlarında kusur prensibi ile ölçülülük arasında çok yakın bir ilişki kurmaktadır. Mahkeme kusur prensibini anayasal temel insan onuru, insanın kendi eyleminden sorumluluğundan ve hukuk devleti ilkesinden çıkartmaktadır. Kusur prensibine göre, suçun unsurları ve hukuki sonuçların adalet düşüncesine uygun olarak konu itibariyle uyum içinde olmalıdır[34]. Burada varılan sonuç; öngörülen cezanın fiilin ağırlığı ve failin kusurunun derecesi ile adil bir oranda bulunması gerekliliğidir[35].

Verilen ceza faalin kusurunu aşmamalıdır. Burada kusur prensibinin cezayı sınırlayan etkisinde anayasal aşırılık yasağı ilkesi ile aynı anlama geldiğini görüyoruz[36].

Ceza yasasının 211.md'de düzenlenen cinayet suçunda ceza olarak sadece müebbet hapis cezası yer almaktadır. Müebbet hapis cezasında, ceza miktarının sabit olması nedeniyle bu cezanın ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüş ve mahkeme konuyu birçok kararında incelemiş ve bu cezanın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir[37]. Mahkemeye göre; yasada öngörülen kusuru hafifletici nedenlerin varolması halinde müebbet hapis cezası verilemez. Bunun dışında, failin somut olayda kusurunun alışagelmiş bir cinayet olayındaki failin kusurundan daha hafif bir kusur olduğunu gösteren olağanüstü koşulların ortaya çıkması halinde, müebbet hapis cezası anayasal anlamda ölçüsüz bir cezadır[38].

Mahkemeye göre ölçülülük, ceza usul hukukunda tedbirin vazgeçilmez olmasını, şüphesinin kuvvet derecesinin tedbiri haklı kılmasını, suçun ağırlığı ile tedbirin uygun bulunmasını zorunlu kılar[39].

Mahkeme bir kararında, kamu tarafından tanınmış uyuşturucuya bağımlılara rehberlik yapan bir kurumun başvuru saatlerine ait dosyalarına cezai soruşturma gerekçesiyle elkonulmasını, ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme etkili bir şekilde uyuşturucu madde kullanımıyla mücadeleye yönelik cezai soruşturmanın, uyuşturucu müptelâlarının tedavisine yönelik cezai soruşturmanın, uyuşturucu müptelâlarının tedavisine yönelik kamu çıkarı karşısında genel olarak ağırlık kazanmadığını ifade etmiştir[40].

(32) BVerfGE 88, 258
(33) BVerfGE 45, 253; 32, 109; 28, 278
(34) BVerfGE 45, 259
(35) BVerfGE 6, 439; 20, 331; 81, 237
(36) BVerfGE 25, 286; 34, 266; 50, 140
(37) BVerfGE 80, 255; 27, 30
(38) BVerfGE 54, 100
(39) BVerfGE 17, 108 (117)
(40) BVerfGE 353, 378, 380

Mahkeme, basın organlarında arama ve elkoymalarda da ölçülülük ilkesine önemle uyulması zorunluluğunu işaret etmiştir. Basın organlarında bu tür cezai usul hukuku tedbirlerinde ayrıca basın özgürlüğünün de göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmıştır. (41)

Ölçülük ilkesinin önem taşıdığı diğer bir cezai tedbir tutuklamadır. Mahkemeye göre tutuklama, ile ilgili bütün hükümler ölçülülük ilkesi ışığında uygulanmalıdır. Tutuklama, özgürlüğü bir müdahale olarak sadece fiilin tamamen açıklığa kavuşması ve ceza kararının infazını da içerir. Ceza soruşturmasının ve ceza davasının hızlı bir şekilde tamamlanması başka bir biçimde güven altına alınamadığı ölçüde ve alınamaması koşuluyla Anayasaya uygundur. (42)

Tutukluluk süresinin tespitinde ölçülülük ilkesi dikkatle uygulanmalı ve tutuklama suçun ağırlığı ile tutuklama süresi tahmini olarak beklenen cezayla oranlı olmalıdır. (43) Mahkeme tutuklamayla doğrudan ilgisi bulunan tutukluya paket verilmesinin sınırlanması (44), tutuklunun haberleşmesinin ve ziyaretçilerinin kısıtlanması (45), tutukluya diğer sınırlamaların getirilmesi gibi konulardaki kararlarında da ölçülülük ilkesini uygulamıştır. (46)

Mahkeme yabancılar yasasında da ölçülülük ilkesini uygulamıştır. Yasanın 10. md'nde sınırdışı etmenin koşulları sayılmış ve sınırdışı etme kararı idarenin takdir hakkına bırakılmıştır. Mahkemeye göre; idare somut olayda 10. md. ile korunan kamu çıkarıyla, bireyin çıkarlarını karşılaştırma, tartma yoluna gidecek ve hangi menfaatin ağır bastığını değerlendirecek, bu değerlendirmede sınırdışı etmenin yabancı açısından sonuçlarını gözönüne alacaktır. (47)

Özetle yasaların belirlenmiş olması ve ölçülülük ilkesi ile hukuk devleti ilkesinin, hukuk devletinin esaslı öğeleri olduğunu, ama bunların muhtevalarının tam olarak belirli olmadığını ve pozitif hukukça düzenlenmediğini; her somut olayda bu ilkelerin içeriğinin saptanması gerektiğini söyleyebiliriz.

Zusammenfassung

Es Liegt in der Natur der Sache, wenn es um das Rechtssstaatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts geht, Entscheidungen des Gerichts zu untersuchen.

Der erste Teil unseres Vortrages umfasst die Bedeutung des Rechtsstaates im Grundgesetz (GG) und die Begründung des Rechtsstaates durch das Verfassungsgericht. Im zweiten Teil untersuchen wir einige Entscheidungen über Einzelprinzipien, die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden. Wir werden uns nur auf Entscheidungen über

(41) BVerfGE 42, 212 (219); 53, 95; 64 (65)
(42) BVerfGE 20, 144 (147)
(43) BVerfGE 20, 45 (49); 20, 144 (148); 53, 152 (158)
(44) BVerfGE 34, 369
(45) 34, 384 (395); 49,24 (59)
(46) 35,5 (9); Karş. 35, 311 (320)
(47) BVerfGE 35, 400

zwei Einzelprinzipien beschränken, nämlich über das Verhaltnismäßigkeit und die Normklarheit.

Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Bindung der Verfassung, Verbot rückwirkender belastender Gesetze, Verbot der Sondergerichte, gesetzlicher Richter, Rechtsweg, Gesetzesvorbehalt und Vorrang des Gesetzes sind einzelne Prinzipien des Rechtsstaates, die hier nicht systematisch und abschließend erwähnt werden. Entscheidungen über die einzelne Prinzipien würden jeweils einen eigenen Vortrag in Anspruch nehmen.

I

Man findet keine Definition des Rechtsstaates in den Entscheidungen des Gerichts. Aber das Gericht hat schon in seinen ersten Entscheidungen den Begriff des Staates verwendet und entwickelt[1].

Nach dem Gericht ist das Rechtsstaatsprinzip eines der "elementaren Prinzipien des Grundgesetzes." Aber auch das GG enthält keine Norm, in der der Rechtsstaat geregelt wird. Im Allgemeinen sehen die Rechtslehre und das Gericht den Rechtsstaat in Art. 20 Abs.3 GG verankert[2], obwohl Art. 20 den Rechtsstaat nicht erwähnt. Nach Art. 20 Abs. 3 ist die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die Vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Es gibt einige Entscheidungen des Gerichts, in denen der Rechtsstaat durch die Gesamtwürdigung einiger Verfassungsnormen und der Gesamtkonzeption des GG begründet wird[3]. Diese Verfassungsnormen sind die Bindung der Grundrechte (Art. 1 Abs.3), das Recht auf den Rechtsweg wegen Verletzung durch öffentliche Gewalt (Art.19 Abs.4), die Merkmale des Federalstaates (Art.28 Abs.1).

In einigen Entscheidungen hat das gericht auf ein Rechtsstaatsmodell verzichtet und seine Begründung durch eine Gesamtwürdigung einiger Verfassungsnormen und eine Gesamtkonzeption verlassen[4]. Nach dem Gericht lassen sich aus dem Rechtsstaat mehr als die in Art.79 Abs.3 GG in Bezug genommenen Rechtsgrundsätze des Art.20 GG entwickeln. Das Gericht unterteilt die einzelnen Rechtsstaatsprinzipien in "variable und unabänderliche" Grundsätze. Zu den unabänderlichen Rechtsstaastprinzipien gehören die Menschenwürde (Art. 1 GG) und die Art. 20 niederlegten Grundsätzen. Die anderen Grundsätze, die das Gericht entwickelt hat, sind variabl. Dazu zählen das Verbot rückwirkender belastender Gesetze, das Gebot der Verhältnismäßigkeit, die Lösung des Spannungsverhaltnisses von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall, das Prinzip des möglichts lückenlosen Rechtsschutzes.

Man kommt zum Ergebnis, das Gericht leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, das das Gericht selbst entwickelt hat, einzelne Prinzipien, Subprinzipien ab.Es entwickelt Rechtsgrundsätze durch die Anwendung der oben genannten Subprinzipien. Es übernimmt seine Rechtsgrundsätze aus alten Entscheidungen und verweist hierauf und

(1) BVerfGE 1, 14(18)
(2) BVerfGE 35, 41(147); 36-128 (143); 86,288 ff.
(3) BVerfGE 2, 380 (403); 25, 269(290)
(4) BVerfGE 30, 1

festigt so seine Rechtsprechung. Das Gericht verwendet die oben genannten Rechtsgrundsätze als Geltungskriterien wie positives Recht[5].

Verfassungsrechtler sehen den Rechtsstaat als Ausprägung der normativ belegbaren verfassungsrechtlichen Einzelprinzipien an und meinen, daß das Gericht den Rechtsstaatsbegriff zur Lösung der Rechtsprobleme verwendet[6]. Aber man sollte die Lösung der Probleme in den Verfassungsnormen suchen. Teilweise legt das Gericht den Rechtsstaatsbegriff als Staatsziel, als programmatische Formel aus[7].

II

Die Entscheidungen über die Normklarheit und Verhaltnismäßigkeit ergänzen sich teilweise gegenseitig. Die Rechtssicherheit setzt die Normklarheit voraus. Nach mehreren Entscheidungen des Gerichts gebietet das Rechtsstaatsprinzip, grundrechtsrelevante Vorschriften in ihren Tatbeständen so klar zu formulieren, daß die Rechtslage für den Bürger erkennbar ist und er sein Verhalten danach einrichten kann[8]. Das Gericht begründet das Bestimmtheitsgebot im weitesten Sinne mit der allgemeinen Handlungsfreiheit, die in Art.2 Abs.1 mit ihren Schranken geregelt ist[9]. Das Gericht bejaht die Verfassungsmäßigkeit der Generalklauseln und der unbestimmten Rechtsbegriffe[10]. Die Begründung des Gerichts ist, daß die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben sich nicht immer in klar bestimmte und definierte Begriffe einfangen lasse[11]. Das Verhältnismäsigkeitsprinzip, das in der Entscheidungen des Gerichts eine wichtige Rolle spielt, ergibt sich nach dem Gericht bereits aus dem Wesen der Grundrechte. Das allgemeine Freiheitsrecht darf durch die öffentliche Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerläßlich ist[12]. Das Gericht leitet die Zwecke und Aufgaben des Strafrechts aus dem Verhaltnismäßigkeitsprinzip ab[13]. Dem Verhaltnismäßigkeitsprinzip liegen einige Entscheidungen des Gerichts über den Schuldgrundsatz[14], die lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord[15], die Maßnahmen des Strafverfahrens,[16] vor allem die Haftdauer[17], die Haftbedingungen[18] zugrunde.

(5) BVerfGE 55,72(93)
(6) Kommentar zum Grundgesetz v.*Münch, Schnapp* zu Art. 20 Rdn. 21,4.Aufl. 1992
(7) vgl. BVerfGE 8,274; *Kunig,* Rechtsstaat, s.126
(8) BVerfGE 21,79; 31,264; 78,212
(9) BVerfGE 17,306 (313)
(10) BVerfGE 21,79
(11) BVerfGE 49,181
(12) BVerfGE 19,348
(13) vgl. BVerfGE 45,253
(14) BVerfGE 45,259 ff. 6,439; 20.331
(15) BVerfGE 80,255; 27,60; 54,100
(16)BVerfGE 17, 108 (117)
(17) BVerfGE 20, 45(49); 53,152(158)
(18) BVerfGE 30, 369

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß es sich bei . der Normklarheit und dem Verhaltnismäßigkeitsprinzip um wesentliche Elemente des Rechtsstaates handelt, die jedoch nicht inhaltlich klarumrissen und positiv rechtlich verankert sind, sondern je nach Einzelfall immer wieder bestimmt werden müssen.

Abstract

When we discuss the Constitutional States understanding of the Federal Constitutional Court, then it is natural to examine the Court decisions.

The first part of our lecture comprises the significance of the constitutional court in the Constitution and the foundation of the constitutional state through the Constitutional Court. In the second part we will examine decisions abaut individual principles, which derive from the principle of the constitutional State. We will restrict ourselves to decisions on only two individual principles, namely Separation of powers law administration, obligation of the Constitution, a ban on retroactive incriminating laws, prohibition of special court, legal judges, legal action, legal reservation and precedence of the law are individual principles of the constitutional state, which will nor be mentioned here systematically and conclusively. Decisions about individual principles would each require its own lecture.

There is no definition of the constitutional state in the Court's decisions, but the Court used the concept of the constitutional state in its first decisions and developed it. According to the Court the principle of the constitutional state is one of the "basic principles of the Constitution. "However there is no norm in the Constitution either to control the constitutional state. In general law and the court regard the constitutional state as embodied in Art. 20 Paragraph 3 of the Constitution, although the constitutional state is nor mentioned in Art. 20. According to Art. 20 Paragraph 3 legislation is tied to constitutional order, the executive and the legal decisions are tied to law and order.

There are some court decisions in which the constitutional state is substantiated through the total assessment of constitutional norms and the complete conception of the Constitution. These Constitution norms, the binding of the basic rights. (Art.1 paragraph 3) in case of individuals public power and the infraction of the rights application for legal rights (Art.19 paragraph 4), the characteristics of the Federal State. (4)

In some of its decisions the court would abonden the Constitutional State model and is far away from the reason of Constitutional State being together with the norms of the Constitution and the basic understanding which dominates the whole constitution.

According to the court it is possible to develop law principal apart from the ones mentioned in the constitution Art. 79 Paragraph 3 to Art. 20. The court seperates such law principals from one another as changeable and unchangeable principals. Unchangeable law principals, human dignity (Art.1) and in Art. 20 counted basic principals. The other principals that the court developed are the changeable principals. This includes the prohibition of the law directed to past which brings opponent decision; moderate order, the solution of relation between the security of the law and the concrete justice, and also includes the constitutional defend as much as possible.

As a result of this section we can establish that the court finds out elements and basic principals from the constitutional state it developed. The Court developed constitutional ideas using these elements. The Court in its new and old decisions taking the basic ideas takes place in other connection uproots the elements of the constitutional state.

The Court uses the basic principals mentioned as a norm of positive Constitution as validity creteria. (Example dated 7 th of October 1989 Volume 55 Page 72 (93)).

Judikative Bodies had seen that the constitutional state was as elements proved normative but which are seperate and gaining dimensions. In court decisions they had expressed that the principal of the constitutional State is mostly used to solve the law problems as a reinforcement. But the solution of problems are to be found in constitutional state partly as a reason of the government and programme matter.

The necessitiy of law being determined and understandable and decisions abaut moderation principial partly completes each other.

The security of constitution conditions, the norms to be clear and determined. The court expressed in its many decisions that the principial of constitutional state's for basic rights, the important norms, elements must be understandable by public and also to Judge the reactions it must be clear and understandable.

The necessity of the law being clear and understandable is declared according to the freedom of general behaviour of the citizien by the court. According to the court, the freedom of the individuals general behaviour is put in order with its limits (Art. 2 first paragraph GG).

The court makes clear that the general norm and indefinite constitutional concepts fits with one of the elements of the constitutional state which is the definite law principal (BVerfGE volume 21, page 79) The reason for this point of view by the court is because of the kinds of duties of the administration office. It doesnt always allow them to define these duties clearly and distinctly. (BVerfGE volume 49 P. 18)

This principial which plays very important role in court decisions is let out of basic rights self and that means the citizens general freedom of rights which is put forward against the government can only be limited to an extend to protect the rights of public. The court doesn't count the aims of punishment law and also its duties with the moderation principial.

The courts will show that the fault principial, perpetual for life because of a murder, the precautions which belongs to punishment law, the confinement time and a lot of decisions for confinement conditions, depends on the moderation principle.
Sami Selçuk - Biz de teşekkür ediyoruz sayın *Heper*'e. Soluk soluğa bir bildiri dinledik. Çok güzeldi. Sabahki sayın profesör *Rottleuthner*'in bildirisini, oradaki esasları doğrulamış oldunuz siz de somut örnekler vermek suretiyle. Demek ki, Alman Anayasa Mahkemesi açıkça hukuk devletinin kurucu ögelerini belli ediyor, benim anladığım bu. Türk Anayasa Mahkemesi ile bir farklılık ortaya çıktı. Herhalde bunu da Cumartesi günkü oturumda değerlendirmek gerekir diye düşünüyorum. Hukuk güvenliği, geçmişe yürümezlik, adalet, ölçülülük, hak aramada yargı güvencesi, yasaların anlaşılırlığı diye özetleyebiliriz. Şimdi üçüncü konuşmacı sayın *Dinçkol*'a söz veriyorum.

Abdullah Dinçkol

Hukuk Devleti İlkesi ve Kanun Hükmünde Kararnameler Uygulaması

Bu araştırma çerçevesinde benim yapacak olduğum, Türk pozitif hukuk sistemi içinde yer alan ve son zamanlarda oldukça tartışmalı şekilde kamuoyunun da gündemini işgal eden Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK), yapısal durumunu incelemek; buradan elde edeceğim verileri kullanarak, "Türk KHK uygulamasının" -özellikle son dönemlerde- ne ölçüde hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığını saptamaya çalışmak olacaktır. Burada bilhassa "KHK uygulaması" kavramını kullandım, yoksa, KHK.lerin Türk hukuk sistemindeki yeri, niteliği, salt KHK.lerin hukuk devleti ilkesiyle doğrudan ilişkisi bu araştırmanın konusu değildir[1]. Bu bağlamda sadece **"uygulama"** belirleyici unsur olarak dikkate alınacaktır.

Doğal olarak bu çalışmanın ilk aşaması, büyük ölçüde sayısal değerlendirme ve çıkarsamalara dayanmaktadır. Esas aldığım tarihsel süreç ise, ilk KHK'nin uygulamaya konulduğu 1972 yılı ile, 1 kasım 1994 tarihi arasında geçen 22 yıllık bir zaman dilimini kapsamaktadır.

Bu zaman dilimini ise (1.Dönem) "**1972 - 1980**" ve (2.Dönem) "**1982 - 1994**" yılları arası olmak üzere 2 bölüme ayırmak yerinde olacaktır ki, bu ayırım çok önemli verilerin ve buna bağlı olarak sonuçların ortaya çıkarılmasını sağlayacaktır. (Bu arada 1980-1982 yılları arasındaki 12 eylül dönemini bu ayırım dışına çıkarıyorum. 1982 yılına kadar bir geçiş dönemi sözkonusu olup, herhangi bir KHK uygulaması yoktur).

1972 - 1994 yılları arasındaki bu 22 yıllık süre içinde, -ki 2 yıllık ara dönemi çıkardığımızda, bu süre 20 yıldır- 1 kasım 1994 tarihi itibariyle KHK numarası 546 olmuştur. Özellikle "KHK numarası" tabirini kullandım. Çünkü, bunların tamamı mevcut KHK sayısını ifade etmemektedir. Zira ancak 446 adedi sadece kabul edilmekle

1 Bu konuda bk.Burhan Kuzu, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985; M.Bumin, "Fransız ve Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (Karşılaştırmalı Olarak)", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, III, Ankara 1980, s.324-347; L.Duran, "Kanun Hükmünde Kararname (KHK)", AİD.,1975,C.VIII, s.2,s.303-319; A.Ş.Gözübüyük / C.Tutum, "Yasa Gücünde Kararnameler", AİD., 1975, S.1, s.3-7; O.Güven, Kanun Hükmünde Kararnameler, Ankara 1980; H.E.Kantar, Kanun Kuvvetinde Kararname, Ankara 1976; N.Kibar, "Türk Hukukunda Kararname (Kanun Hükmünde Kararname Dahil)", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler,III, Ankara 1982, s.257-323; F.Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları,Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.259-271; E.Teziç, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", AİD., 1972, C.V, S.1, s.3-14; M.Yılmaz, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, s.505-559; Fahri Çoker, "Kanun Hükmünde Kararnameler,IV", Parlamento Dergisi, Mayıs 1991; Doğan Soyaslan, "Kanun Hükmünde Kararnameler", Argumentum, Ocak 1991, C.1, S.6,s.82-87; Doğan Soyaslan, "Kanun Hükmünde Kararnameler", Anayasa Mahkemesi' nin 32.Kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Anayasa Yargısı konulu Sempozyum, İstanbul,28-29 nisan 1994, s.137-164; Ergun Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", Anayasa Yargısı, Ankara 1986 ; Mehmet Akman, "Yetki Yasasının İptali Halinde Bu Yasaya Uygun Olarak Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Durumu" , Argumentum, Ekim 1990, C.1, S.3, s.39-40.

The Court uses the basic principals mentioned as a norm of positive Constitution as validity creteria. (Example dated 7 th of October 1989 Volume 55 Page 72 (93)).

Judikative Bodies had seen that the constitutional state was as elements proved normative but which are seperate and gaining dimensions. In court decisions they had expressed that the principal of the constitutional State is mostly used to solve the law problems as a reinforcement. But the solution of problems are to be found in constitutional state partly as a reason of the government and programme matter.

The necessitiy of law being determined and understandable and decisions abaut moderation principial partly completes each other.

The security of constitution conditions, the norms to be clear and determined. The court expressed in its many decisions that the principial of constitutional state's for basic rights, the important norms, elements must be understandable by public and also to Judge the reactions it must be clear and understandable.

The necessity of the law being clear and understandable is declared according to the freedom of general behaviour of the citizien by the court. According to the court, the freedom of the individuals general behaviour is put in order with its limits (Art. 2 first paragraph GG).

The court makes clear that the general norm and indefinite constitutional concepts fits with one of the elements of the constitutional state which is the definite law principal (BVerfGE volume 21, page 79) The reason for this point of view by the court is because of the kinds of duties of the administration office. It doesnt always allow them to define these duties clearly and distinctly. (BVerfGE volume 49 P. 18)

This principial which plays very important role in court decisions is let out of basic rights self and that means the citizens general freedom of rights which is put forward against the government can only be limited to an extend to protect the rights of public. The court doesn't count the aims of punishment law and also its duties with the moderation principial.

The courts will show that the fault principial, perpetual for life because of a murder, the precautions which belongs to punishment law, the confinement time and a lot of decisions for confinement conditions, depends on the moderation principle.
Sami Selçuk - Biz de teşekkür ediyoruz sayın *Heper*'e. Soluk soluğa bir bildiri dinledik. Çok güzeldi. Sabahki sayın profesör *Rottleuthner*'in bildirisini, oradaki esasları doğrulamış oldunuz siz de somut örnekler vermek suretiyle. Demek ki, Alman Anayasa Mahkemesi açıkça hukuk devletinin kurucu ögelerini belli ediyor, benim anladığım bu. Türk Anayasa Mahkemesi ile bir farklılık ortaya çıktı. Herhalde bunu da Cumartesi günkü oturumda değerlendirmek gerekir diye düşünüyorum. Hukuk güvenliği, geçmişe yürümezlik, adalet, ölçülülük, hak aramada yargı güvencesi, yasaların anlaşılırlığı diye özetleyebiliriz. Şimdi üçüncü konuşmacı sayın *Dinçkol*'a söz veriyorum.

Abdullah Dinçkol

Hukuk Devleti İlkesi ve Kanun Hükmünde Kararnameler Uygulaması

Bu araştırma çerçevesinde benim yapacak olduğum, Türk pozitif hukuk sistemi içinde yer alan ve son zamanlarda oldukça tartışmalı şekilde kamuoyunun da gündemini işgal eden Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK), yapısal durumunu incelemek; buradan elde edeceğim verileri kullanarak, "Türk KHK uygulamasının" -özellikle son dönemlerde- ne ölçüde hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığını saptamaya çalışmak olacaktır. Burada bilhassa "KHK uygulaması" kavramını kullandım, yoksa, KHK.lerin Türk hukuk sistemindeki yeri, niteliği, salt KHK.lerin hukuk devleti ilkesiyle doğrudan ilişkisi bu araştırmanın konusu değildir[1]. Bu bağlamda sadece **"uygulama"** belirleyici unsur olarak dikkate alınacaktır.

Doğal olarak bu çalışmanın ilk aşaması, büyük ölçüde sayısal değerlendirme ve çıkarsamalara dayanmaktadır. Esas aldığım tarihsel süreç ise, ilk KHK'nin uygulamaya konulduğu 1972 yılı ile, 1 kasım 1994 tarihi arasında geçen 22 yıllık bir zaman dilimini kapsamaktadır.

Bu zaman dilimini ise (1.Dönem) "**1972 - 1980**" ve (2.Dönem) "**1982 - 1994**" yılları arası olmak üzere 2 bölüme ayırmak yerinde olacaktır ki, bu ayırım çok önemli verilerin ve buna bağlı olarak sonuçların ortaya çıkarılmasını sağlayacaktır. (Bu arada 1980-1982 yılları arasındaki 12 eylül dönemini bu ayırım dışına çıkarıyorum. 1982 yılına kadar bir geçiş dönemi sözkonusu olup, herhangi bir KHK uygulaması yoktur).

1972 - 1994 yılları arasındaki bu 22 yıllık süre içinde, -ki 2 yıllık ara dönemi çıkardığımızda, bu süre 20 yıldır- 1 kasım 1994 tarihi itibariyle KHK numarası 546 olmuştur. Özellikle "KHK numarası" tabirini kullandım. Çünkü, bunların tamamı mevcut KHK sayısını ifade etmemektedir. Zira ancak 446 adedi sadece kabul edilmekle

1 Bu konuda bk.Burhan Kuzu, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985; M.Bumin, "Fransız ve Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (Karşılaştırmalı Olarak)", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, III, Ankara 1980, s.324-347; L.Duran, "Kanun Hükmünde Kararname (KHK)", AİD.,1975,C.VIII, s.2,s.303-319; A.Ş.Gözübüyük / C.Tutum, "Yasa Gücünde Kararnameler", AİD., 1975, S.1, s.3-7; O.Güven, Kanun Hükmünde Kararnameler, Ankara 1980; H.E.Kantar, Kanun Kuvvetinde Kararname, Ankara 1976; N.Kibar, "Türk Hukukunda Kararname (Kanun Hükmünde Kararname Dahil)", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler,III, Ankara 1982, s.257-323; F.Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları,Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.259-271; E.Teziç, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", AİD., 1972, C.V, S.1, s.3-14; M.Yılmaz, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, s.505-559; Fahri Çoker, "Kanun Hükmünde Kararnameler,IV", Parlamento Dergisi, Mayıs 1991; Doğan Soyaslan, "Kanun Hükmünde Kararnameler", Argumentum, Ocak 1991, C.1, S.6,s.82-87; Doğan Soyaslan, "Kanun Hükmünde Kararnameler", Anayasa Mahkemesi' nin 32.Kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Anayasa Yargısı konulu Sempozyum, İstanbul,28-29 nisan 1994, s.137-164; Ergun Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", Anayasa Yargısı, Ankara 1986 ; Mehmet Akman, "Yetki Yasasının İptali Halinde Bu Yasaya Uygun Olarak Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Durumu" , Argumentum, Ekim 1990, C.1, S.3, s.39-40.

kalmamış, Resmi Gazete'de yayımlanmış ve KHK niteliğini kazanmıştır. Geriye kalan 100 adedi ise, çeşitli nedenlerle "**çıkarılmamış**" veya "**yayımlanmamış**"tır. [2]

TABLO- A

	(1972-1980) **1.Dönem**	(1982-1994) **2.Dönem**	**Toplam**
Yayımlanan	34	412	446
Yayımlanmayan - Çıkarılmayan	0	100	100
Toplam KHK No.	**34**	**512**	**546**

TABLO - B

YAYIMLANMAYANLAR
61, 74, 75, 76, 88, 93, **125-150**, **152-163**, **168-171**, 191, 193, 197, 218, 220, 225, 226, 229, 264, 267, 268, 282, 317, 319, 324, 337, 339, 345, 349, 371, 373, 380, 381, 410, 438, 439, 440, 452, 456, 462, 463, 466, 472, 477, 479, 482, 487, 500, 506, 522, 523, 525, 526
ÇIKARILMAYANLAR
295, 296, 314, 327, 359, 361, 362, 363, 365

Ancak "yayımlanmamış" olmayanların, kesinlikle uygulanmadığını da söyleyemiyorum. Zira,Türk pozitif hukuk sistemi, yayımlanmamış, gizli kararnameler olgusuna yabancı değildir[3]. Bunların da böyle bir nitelik taşıyıp taşımadığını bilmek olanaklı değildir. Her ne

2 "Yayımlanmayanlar" , "çıkarılmayanlar" ayırımı, başbakanlıkça yayımlanmış bulunan, "Başbakanlık Kanun Hükmünde Kararnameler Külliyatı, Ankara, Temmuz 1991"de yer almaktadır. Bu ayırımın, bürokratik bir hata veya titiz ve dikkatli olmayan bir yaklaşım sonucu mu, yoksa bilinçli mi yapıldığını saptamak olanaklı değildir.

3 Danıştay 12. Dairesinin, 24.4.1978 gün ve E.1977/1349, K.1978/955 sayılı kararının hüküm bölümünde, 15.7.1972 tarihli ve 7/4657 sayılı olduğu belirtilmesine rağmen, Resmi Gazete'de yayımlanmayan, bir kararname ile ilgili olarak -ki sözkonusu kararname Danıştay'ca istenildiği halde, idarece gönderilmemiştir- şöyle denilmektedir: "(...)Dairemizce ara kararıyla istenildiği halde gönderilmeyen sözkonusu kararname, Resmi Gazetede yayınlanmamıştır. Bu itibarla üçüncü şahısların bilgisi dışında bulunan bu kararnameyle getirilen düzenlemenin üçüncü şahısları bağlayıcı nitelikte kabulü ve bu düzenlemeye aykırı davranıldığından söz edilerek yaptırım uygulaması tecviz edilemez (...)" . Karar metni için bk.İstanbul Barosu Dergisi, C.52, S.7-8-9, Temmuz-Ağustos-Eylül 1978, s.290-296. Ayrıca, kararla ilgili olarak bk. Demir Özlü , "«Gizli» Kararnameler" , İstanbul Barosu Dergisi, C.52, S.10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık 1978, s.690-699.

Yine, 6/3801sayılı bir gizli kararname dolayısıyla, Dışişleri Bakanlığı ' nca, Adalet Bakanlığı ' na gönderilen, Ankara-21 Temmuz 1979 tarih ve YT/KO-IV-1806-8005 sayılı bir yazının ilk bölümünde şöyle denilmektedir : " (...) 1062 sayılı Yasa ' nın 1. maddesi uyarınca, (...) «gizli» bir Bakanlar Kurulu kararı çıkartılmıştır (...).

Ancak, anılan Kararnamenin uygulanması sırasında, mahkemelerimizden çoğunun bu kararnameden haberdar edilmemiş oldukları, bu nedenle, özellikle (...) konularında açılan davalarda sözkonusu kararnameyi gözönünde tutmadıkları görülmüş, bu durumun, kararnamenin «gizli» olduğu gerekçesiyle mahkemelere bildirilmemiş olmasından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

1- Söz konusu kararnamenin «gizli» olması, yalnız kısıtlı bir çevreyi ilgilendirdiğinden, getirdiği hususların gereksiz ve ilgisiz kişilerce bilinmesinin önlenmesi ve bu türdeki birçok kararnamede olduğu

kadar yayımlanmamış bir KHK.nin yürürlüğe girmeyeceği kuralı, Anayasanın 91. maddesinden [4] kaynaklanmakta ve yayımlanmayan bir kararnameye KHK demek olanaklı bulunmamakta ise de, Türk hukuk sistemi açısından bu konuda bazı şüphelerin de var olduğunu, duraksamadan reddetmek kolay değildir. KHK olarak hazırlanmış ancak, çeşitli sebeplerle yayımlanmasından kaçınılan bir kararname, KHK olarak değil de, sadece Bakanlar Kurulu Kararı olarak ve yukarıda örnekleri görülen "gizli" kararnamelerden [5] birisi gibi uygulanabilir [6].

Bu durumda yayımlanan yani KHK niteliği kazanmış bulunan 446 KHK üzerinden değerlendirme yapılacak ve sonuç çıkarılacaktır. Ancak, "yayımlanmayan" veya "çıkarılmayan" , yani çeşitli nedenlerle işleme ve yürürlüğe konulmamış KHK.lerin tamamının 2. dönem içinde (*ilki 1983 yılında 61 sayılı KHK.dir*) yer aldığı düşünülürse, bunu da bir veri olarak gözönünde bulundurmak yararlı olacaktır.

Her ne kadar bunlar yayımlanmamış olsalar da, kendilerinden önceki ve sonraki yayımlanmış KHK.ler dikkate alınarak, eğer yayımlansalardı veya çıkarılsalardı sıra

gibi, Resmi Gazete'de yayınlanmaması amacına yöneliktir. Yoksa kararnameyi uygulama durumunda bulunan Devlet makam ve mercileri için tabiyatıyla «gizlilik» sorununun mevcut olmaması gerekir.Aksi halde, yani kararnameden habersiz oldukları takdirde, bu makam ve mercilerin anılan kararname hükümlerini uygulamalarına zaten olanak bulunamaz (...).

3- Öte yandan, uygulamada, bazı mahkemelerin anılan kararname'den haberdar oldukları, nitekim, 1062 sayılı yasa ile (...) sayılı kararnameyi gözönünde tutarak, bu konudaki davaları red etme yoluna gittikleri görülmüştür.Mahkemelerden bir kısmının kararnameden haberdar olup, diğer bir kısmının haberdar olmaması kararnamenin hiç değilse ilk çıktığı sıralarda mahkemelere bu konuda bilgi verilmiş olduğu, sonradan ise bu uygulamadan vazgeçildiği izlenimini doğurmaktadır. İlgili yargı mercilerinin bir kısmının kararnameden haberdar, diğer kısmının ise habersiz olmalarının, uygulamada büyük sakıncalar doğuracağı açıktır.

Yukarıda sayılan nedenlerle, (...) sayılı kararnamenin 9. maddesi uyarınca, sözkonusu kararname hükümlerinin ilgili bütün yargı kuruluşlarına gizli kaydıyla duyurulmasının sağlanmasını izinlerine sunarım.(...) Dışişleri Bakanı (İmza) " .

Sözkonusu kararnamenin mahkemelerce uygulanması hususunda titiz davranan Yargıtay da, aynı düşüncelerden hareketle, bu kararnamenin yayımlanmamış olmasını doğru bulmamış olacak ki ; bu konudaki kararlarını, kararnamenin içeriğini belirterek Resmi gazetede yayımlatma gereğini duymuştur.Bk.14.H.D., 21.4.1983, E.1983/1400, K.1983/3127 (RG. 31 mayıs 1983, S.18063, s. 30-31) ; 14.H.D., 21.4.1983 , E.1983 /1401, K.1983/3128 (RG.31 mayıs 1983, S.18063, s.29) ; 14.H.D., 6.7.1981, E.1981/3764, K.1981/4700 (RG.25 Ekim 1981,. S.17495, s.7-8) ; 14.H.D., 6.7.1981, E.1981/4943, K.1981/4701 (RG.25.Ekim 1981, S.17495, s.8).

4 "Kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir".(Anayasa, m.91/6).

5 Gerçekten de, yukarıdaki 3 no.lu dipnotta, Dışişleri Bakanlığının gönderme yazısında da belirtildiği üzere "bu türdeki birçok kararnamede olduğu gibi" cümlesi, bu nitelikte kararnamelerin sayısının hiç te az olmadığını göstermektedir.

6 Bir hukuk devletinde, "neşir ve ilân edilmemiş" , bilinmeyen saklı, "gizli" kararnameler mevcut olmamak gerekir. Gerçekten de, uygulamada "gizli" kararnamelerin oluşu, bunların sadece içişleri, dışişleri, vb. bakanlıklar gibi, bazı bakanlıkların personelince bilinip, vatandaşlar tarafından bilinmemesi, "gizli" damgasıyla Başbakanlık arşivlerinde ve bazı devlet dairelerinde saklanmaları, bunların varlığından dahi haberdar olmayan kişilere uygulanmaya çalışılmaları, bazen de uygulanmaları, devletin temel niteliklerinden en belli başlısı olan "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmaz. Gizlilik, hukukla uzlaşır bir nitelik değildir. Hukuk elbette toplumsal ve açık olacaktır. "Gizli" bir kararnamenin, onu çıkaran Bakanlar Kurulu'nun bütün üyelerince imzalanıp imzalanmadığını dahi araştırmaya olanak yoktur. Özlü , s.695-696.

kalmamış, Resmi Gazete'de yayımlanmış ve KHK niteliğini kazanmıştır. Geriye kalan 100 adedi ise, çeşitli nedenlerle "**çıkarılmamış**" veya "**yayımlanmamış**"tır. [2]

TABLO- A

	(1972-1980) 1.Dönem	(1982-1994) 2.Dönem	Toplam
Yayımlanan	34	412	446
Yayımlanmayan - Çıkarılmayan	0	100	100
Toplam KHK No.	34	512	546

TABLO - B

YAYIMLANMAYANLAR
61, 74, 75, 76, 88, 93, **125-150, 152-163, 168-171**, 191, 193, 197, 218, 220, 225, 226, 229, 264, 267, 268, 282, 317, 319, 324, 337, 339, 345, 349, 371, 373, 380, 381, 410, 438, 439, 440, 452, 456, 462, 463, 466, 472, 477, 479, 482, 487, 500, 506, 522, 523, 525, 526
ÇIKARILMAYANLAR
295, 296, 314, 327, 359, 361, 362, 363, 365

Ancak "yayımlanmamış" olmayanların, kesinlikle uygulanmadığını da söyleyemiyorum. Zira,Türk pozitif hukuk sistemi, yayımlanmamış, gizli kararnameler olgusuna yabancı değildir[3]. Bunların da böyle bir nitelik taşıyıp taşımadığını bilmek olanaklı değildir. Her ne

2 "Yayımlanmayanlar" , "çıkarılmayanlar" ayırımı, başbakanlıkça yayımlanmış bulunan, "Başbakanlık Kanun Hükmünde Kararnameler Külliyatı, Ankara, Temmuz 1991"de yer almaktadır. Bu ayırımın, bürokratik bir hata veya titiz ve dikkatli olmayan bir yaklaşım sonucu mu, yoksa bilinçli mi yapıldığını saptamak olanaklı değildir.

3 Danıştay 12. Dairesinin, 24.4.1978 gün ve E.1977/1349, K.1978/955 sayılı kararının hüküm bölümünde, 15.7.1972 tarihli ve 7/4657 sayılı olduğu belirtilmesine rağmen, Resmi Gazete'de yayımlanmayan, bir kararname ile ilgili olarak -ki sözkonusu kararname Danıştay'ca istenildiği halde, idarece gönderilmemiştir- şöyle denilmektedir: "(...)Dairemizce ara kararıyla istenildiği halde gönderilmeyen sözkonusu kararname, Resmi Gazetede yayınlanmamıştır. Bu itibarla üçüncü şahısların bilgisi dışında bulunan bu kararnameyle getirilen düzenlemenin üçüncü şahısları bağlayıcı nitelikte kabulü ve bu düzenlemeye aykırı davranıldığından söz edilerek yaptırım uygulaması tecviz edilemez (...)" . Karar metni için bk.İstanbul Barosu Dergisi, C.52, S.7-8-9, Temmuz-Ağustos-Eylül 1978, s.290-296. Ayrıca, kararla ilgili olarak bk. Demir Özlü , "«Gizli» Kararnameler" , İstanbul Barosu Dergisi, C.52, S.10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık 1978, s.690-699.

Yine, 6/3801sayılı bir gizli kararname dolayısıyla, Dışişleri Bakanlığı ' nca, Adalet Bakanlığı ' na gönderilen, Ankara-21 Temmuz 1979 tarih ve YT/KO-IV-1806-8005 sayılı bir yazının ilk bölümünde şöyle denilmektedir : " (...) 1062 sayılı Yasa ' nın 1. maddesi uyarınca, (...) «gizli» bir Bakanlar Kurulu kararı çıkartılmıştır (...).

Ancak, anılan Kararnamenin uygulanması sırasında, mahkemelerimizden çoğunun bu kararnameden haberdar edilmemiş oldukları, bu nedenle, özellikle (...) konularında açılan davalarda sözkonusu kararnameyi gözönünde tutmadıkları görülmüş, bu durumun, kararnamenin «gizli» olduğu gerekçesiyle mahkemelere bildirilmemiş olmasından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

1- Söz konusu kararnamenin «gizli» olması, yalnız kısıtlı bir çevreyi ilgilendirdiğinden, getirdiği hususların gereksiz ve ilgisiz kişilerce bilinmesinin önlenmesi ve bu türdeki birçok kararnamede olduğu

kadar yayımlanmamış bir KHK.nin yürürlüğe girmeyeceği kuralı, Anayasanın 91. maddesinden [4] kaynaklanmakta ve yayımlanmayan bir kararnameye KHK demek olanaklı bulunmamakta ise de, Türk hukuk sistemi açısından bu konuda bazı şüphelerin de var olduğunu, duraksamadan reddetmek kolay değildir. KHK olarak hazırlanmış ancak, çeşitli sebeplerle yayımlanmasından kaçınılan bir kararname, KHK olarak değil de, sadece Bakanlar Kurulu Kararı olarak ve yukarıda örnekleri görülen "gizli" kararnamelerden [5] birisi gibi uygulanabilir [6].

Bu durumda yayımlanan yani KHK niteliği kazanmış bulunan 446 KHK üzerinden değerlendirme yapılacak ve sonuç çıkarılacaktır. Ancak, "yayımlanmayan" veya "çıkarılmayan" , yani çeşitli nedenlerle işleme ve yürürlüğe konulmamış KHK.lerin tamamının 2. dönem içinde (*ilki 1983 yılında 61 sayılı KHK.dir*) yer aldığı düşünülürse, bunu da bir veri olarak gözönünde bulundurmak yararlı olacaktır.

Her ne kadar bunlar yayımlanmamış olsalar da, kendilerinden önceki ve sonraki yayımlanmış KHK.ler dikkate alınarak, eğer yayımlansalardı veya çıkarılsalardı sıra

gibi, Resmi Gazete'de yayınlanmaması amacına yöneliktir. Yoksa kararnameyi uygulama durumunda bulunan Devlet makam ve mercileri için tabiyatıyla «gizlilik» sorununun mevcut olmaması gerekir.Aksi halde, yani kararnameden habersiz oldukları takdirde, bu makam ve mercilerin anılan kararname hükümlerini uygulamalarına zaten olanak bulunamaz (...).

3- Öte yandan, uygulamada, bazı mahkemelerin anılan kararname'den haberdar oldukları, nitekim, 1062 sayılı yasa ile (...) sayılı kararnameyi gözönünde tutarak, bu konudaki davaları red etme yoluna gittikleri görülmüştür.Mahkemelerden bir kısmının kararnameden haberdar olup, diğer bir kısmının haberdar olmaması kararnamenin hiç değilse ilk çıktığı sıralarda mahkemelere bu konuda bilgi verilmiş olduğu, sonradan ise bu uygulamadan vazgeçildiği izlenimini doğurmaktadır. İlgili yargı mercilerinin bir kısmının kararnameden haberdar, diğer kısmının ise habersiz olmalarının, uygulamada büyük sakıncalar doğuracağı açıktır.

Yukarıda sayılan nedenlerle, (...) sayılı kararnamenin 9. maddesi uyarınca, sözkonusu kararname hükümlerinin ilgili bütün yargı kuruluşlarına gizli kaydıyla duyurulmasının sağlanmasını izinlerine sunarım.(...) Dışişleri Bakanı (İmza) " .

Sözkonusu kararnamenin mahkemelerce uygulanması hususunda titiz davranan Yargıtay da, aynı düşüncelerden hareketle, bu kararnamenin yayımlanmamış olmasını doğru bulmamış olacak ki ; bu konudaki kararlarını, kararnamenin içeriğini belirterek Resmi gazetede yayımlatma gereğini duymuştur.Bk.14.H.D., 21.4.1983, E.1983/1400, K.1983/3127 (RG. 31 mayıs 1983, S.18063, s. 30-31) ; 14.H.D., 21.4.1983 , E.1983 /1401, K.1983/3128 (RG.31 mayıs 1983, S.18063, s.29) ; 14.H.D., 6.7.1981, E.1981/3764, K.1981/4700 (RG.25 Ekim 1981, S.17495, s.7-8) ; 14.H.D., 6.7.1981, E.1981/4943, K.1981/4701 (RG.25.Ekim 1981, S.17495, s.8).

4 "Kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir".(Anayasa, m.91/6).

5 Gerçekten de, yukarıdaki 3 no.lu dipnotta, Dışişleri Bakanlığının gönderme yazısında da belirtildiği üzere "bu türdeki birçok kararnamede olduğu gibi" cümlesi, bu nitelikte kararnamelerin sayısının hiç te az olmadığını göstermektedir.

6 Bir hukuk devletinde, "neşir ve ilân edilmemiş" , bilinmeyen saklı, "gizli" kararnameler mevcut olmamak gerekir. Gerçekten de, uygulamada "gizli" kararnamelerin oluşu, bunların sadece içişleri, dışişleri, vb. bakanlıklar gibi, bazı bakanlıkların personelince bilinip, vatandaşlar tarafından bilinmemesi, "gizli" damgasıyla Başbakanlık arşivlerinde ve bazı devlet dairelerinde saklanmaları, bunların varlığından dahi haberdar olmayan kişilere uygulanmaya çalışılmaları, bazen de uygulanmaları, devletin temel niteliklerinden en belli başlısı olan "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmaz. Gizlilik, hukukla uzlaşır bir nitelik değildir. Hukuk elbette toplumsal ve açık olacaktır. "Gizli" bir kararnamenin, onu çıkaran Bakanlar Kurulu'nun bütün üyelerince imzalanıp imzalanmadığını dahi araştırmaya olanak yoktur. Özlü , s.695-696.

numarası itibariyle bu 100 KHK.nin hangi yıl içinde yer alacağını saptamak mümkündür. Buna göre:

TABLO - C

1983	1984	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
49 adet	7 adet	1 adet	5 adet	9 adet	9 adet	1 adet	9 adet	2 adet	6 adet	2 adet

Bunları yayımlanmış, yani yürürlüğe sokulmuş olanlarla mukayese ettiğimizde şöyle bir tablo karşımıza çıkmaktadır:

TABLO - D

Yıllar	Toplam KHK Numarası	Yayımlanmış	Oranı %	Yayımlanmamış - Çıkarılmamış	Oranı %
1972-	2	2	100	0	0
1973-	6	6	100	0	0
1974-	4	4	100	0	0
1975-	1	1	100	0	0
1976-	0	0	0	0	0
1977-	0	0	0	0	0
1978-	8	8	100	0	0
1979-	13	13	100	0	0
1982-	18	18	100	0	0
1983-	139	90	64.75	49	35.25
1984-	53	46	86.79	7	13.21
1985-	8	8	100	0	0
1986-	14	13	92.86	1	7.14
1987-	40	35	87.5	5	12.5
1988-	46	37	80.43	9	19.57
1989-	44	35	79.55	9	20.45
1990-	35	34	97.14	1	2.86
1991-	44	35	79.55	9	20.45
1992-	5	3	60	2	40
1993-	44	38	86.36	6	13.64
1994-	22	20	90.91	2	9.09
Toplam	**546** 1.dön. **34** 2.dön. **512**	**446** 1.dön. **34** 2.dön. **412**	**81.68** 100 80.47	**100** 1.dön. 0 2.dön. 100	**18.32** 0 19.53

Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere, birinci ve ikinci dönemler birlikte ele alındığında, yayımlanmamış olan 100 KHK; KHK numarası itibariyle toplam 546 KHK' nin % 18.32' sini oluşturmaktadır.

Eğer 2. dönem itibariyle oranlarsak -ki yayımlanmamış olanlar bu ikinci döneme karşılık gelmektedir- bu da, bu dönemin KHK numarası itibariyle toplam (512) KHK ' nin % 19.53 ' ünü oluşturmaktadır.

Bu derece yüksek bir yayınlanmamış veya çıkarılmamış KHK oranı, bazı olasılıkları düşündürmektedir. Bu KHK.'ler,

1-Ya normlar hiyerarşisine uymamaktadır;

2-Ya uygulanma olanaklarının bulunmadığı anlaşılmıştır;

3-Ya teknik olarak hatalı şekilde hazırlanmıştır;

4-Ya yanlışlıkla hazırlanmıştır;

5-Ya gereksinimi karşılamamaktadır;

6-Ya aynı konuda başka bir KHK bulunduğu anlaşılmıştır;

7-Ya hazırlandığı konuda KHK çıkarılmasına gerek bulunmadığı anlaşılmıştır;

8-Ya hazırlandığı konuda KHK çıkarılmasına olanak bulunmadığı anlaşılmıştır (örneğin yetki kanunu yoktur);

bu yüzden yayımlanmamışlardır.

9-Ya çıkarıldığı halde yayımlanması unutulmuştur;

10-Ya da, çıkarılan KHK yayımlanmamıştır, zira "gizli"dir. Bu açıdan KHK vasfı kazanmasına olanak yoktur.

Bu olasılıkların sayısını artırmak olanaklıdır. Ancak tüm bu olasılıkların bir hukuk devleti sistemi ve düzenlemesi içinde kendisine yer bulması düşünülemez.

Bu konuda tatmin edici bir yanıt bulmak ta oldukça güçtür. Kaldı ki, KHK.lerin yayımlanmış olanları da, çokça rastlanan aksaklıkların yanısıra, düzenlenişlerindeki usule aykırılıklar nedeniyle, Anayasa Mahkemesince sık sık iptal edilmenin yarattığı belirsizlikleri içermektedirler.

Yayımlanmış olan KHK.lerin 2 ayrı bölümde inceleneceğini belirtmiştim.

I- 1972 - 1980 (1.Dönem)

A- Yetki Kanunları

Bu dönemde 34 adet KHK yayımlanmış bulunmaktadır. Yine bu 34 KHK'ye kaynaklık eden yetki kanunu sayısı 3 ' tür :

1 tanesi 1972 yılında, 1 tanesi 1975 yılında ve 1 tanesi de 1978 yılında kabul edilmiştir. Her ne kadar bir dördüncü yetki kanunu daha varsa da, 1975 tarihinde kabul edilen **12.6.1975 gün ve 1909 sayılı** "Deniz Hukukuyla İlgili Yetki Kanunu" [7] na dayanılarak herhangi bir KHK çıkarılmadığı için, bunu dikkate almaya gerek yoktur.

7 RG. 18.6.1975 - 15269.

B- Yetki Kanunlarına Dayanılarak Çıkarılan KHK.ler.

Bu dönemdeki üç yetki kanununun yetki süreleri ve dayanılarak çıkarılan KHK sayısı şöyledir :

1-23.5.1972 gün ve 1589 sayılı "Devlet Memurları Kanunu ile İlgili Yetki Kanunu" [8] na dayanılarak, **2 yıllık yetki süresi** içinde **15 KHK** çıkarılmıştır (No.1-12, 14-16).

Bunlardan ;

2 tanesi 1972 yılında (no.1 ve 2),

6 tanesi 1973 yılında (no.3-8),

4 tanesi 1974 yılında (no.9-12),

3 tanesi 1978 yılında (no.14-16)kabul edilmiştir.

2-18.4.1975 gün ve 1877 sayılı "Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Kurulması İle İlgili Yetki Kanunu" [9] na dayanılarak, **2 yıllık yetki süresi** içinde **1 KHK** çıkarılmıştır (No.13).

Bu KHK 1975 yılında kabul edilmiştir.

3-26.9.1978 gün ve 2171 sayılı "Kamu Yönetiminde ve Harcamalarında Etkinlik ve Verimlilik Sağlamak ve Savurganlığı Önlemek Amacıyla Alınacak Ekonomik ve Mali Önlemler Hakkında Yetki Kanunu" [10] na dayanılarak, **1 yıllık yetki süresi** içinde **18 KHK** çıkarılmıştır (No.17-34).

Bunlardan ;

5 tanesi (17-21) 1978 yılında ,

13 tanesi (22-34) 1979 yılında kabul edilmiştir.

Birinci dönemin KHK.lerini toplam olarak ele aldığımızda ise;

2 KHK.nin 1972 yılında,

6 KHK.nin 1973 yılında,

4 KHK.nin 1974 yılında,

1 KHK.nin 1975 yılında,

8 KHK.nin 1978 yılında,

13 KHK.nin 1979 yılında,

çıkarıldığını görüyoruz.

Yine bu 34 KHK.nin;

8 RG. 31.5.1972 - 14201.
9 RG. 4.5.1975 - 15226.
10 RG. 29.9.1978 - 16419.

6 tanesi (No.2, 5, 8, 9, 31, 34), halen tam,

1 tanesi (No:25), kısmen yürürlüktedir.

1 tanesi (No.1), Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılmıştır.

1 tanesi (No.11), Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir.

9 tanesi (No.12,16,17,18,20,23,24, 28,33), kanunla kabul edilmiştir.

11 tanesi (No.3,4,6,7,10,14,19,26,29,30,32), kanunla yürürlükten kaldırılmıştır
1 tanesi (No.13), KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır.

4 tanesi (No.15,21,22, 27), düzenleme yaptıkları kanun kaldırılmış veya değiştirilmiş olmakla hükümsüz kalmıştır.

Birinci Dönem dediğimiz 70'li yılların KHK.lerinin arkasından, bu yolun çok yaygın kullanıldığı 80'li ve 90'lı yılların KHK.leri gelmektedir.

II- 1982 - 1994 (2.Dönem)

A- Yetki Kanunları

Bu dönemin ilk KHK ' si olan 35 numaralı KHK ile, araştırmanın inceleme süresi açısından 1 kasım 1994 itibariyle son KHK 'si olan 546 no.lu KHK arasında, 512 KHK numarası vardır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, yayımlanmamış olan 100 KHK bu döneme ait olduğundan, benim değerlendireceğim yayımlanmış KHK sayısı 412 ' dir. Yani bu dönemde KHK niteliği taşıyan toplam 412 KHK mevcuttur. (Bk.TABLO - A ve D).

Bu KHK.lere kaynaklık eden yetki kanunu sayısı 16 ' dır.

3 tanesi 1982 yılında, 2 tanesi 1983 yılında, 2 tanesi 1984 yılında, 1' er tanesi 1986, 1987, 1988, 1991, 1993 yıllarında ve 4 tanesi de 1994 yılında kabul edilmiştir. Ancak bu 16 yetki kanunundan 7 tanesi (3268, 3481, 3755, 3911, 3987, 3990, 3991 SK.lar) çeşitli nedenlerle Anayasa Mahkemesi ' nce iptal edilmiştir.

TABLO -E

Yıllar	Yetki Kanunu	AMK. İle İptal
1982	(1)-2578 , 13.1.1982 (2)-2680 , 17.6.1982 (3)-2767 , 28.12.1982	
1983	(1)-2810 , 5.4.1983 (2)-2935 , 25.10.1983	
1984	(1)-2977 , 2.2.1984 (2)-2999 , 24.4.1984	
1986	(1)-3268 , 12.3.1986	3268
1987	(1)-3378 , 10.6.1987	
1988	(1)-3481 , 20.10.1988	3481
1991	(1)-3755 , 6.6.1991	3755
1993	(1)-3911 , 24.6.1993	3911

1994	(1)-3987 , 5.5.1994 (2)-3990 , 18.5.1994 (3)-3991 , 1.6.1994 (4)-4004 , 16.6.1994	3987 3990 3991
TOPLAM	16	7

Bu durumda, 1986-1994 yılları arasındaki 8 yıllık sürede çıkarılmış bulunan 9 yetki kanunundan 7 tanesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. 2. Dönemde kabul edilen 16 yetki kanununa bunu oranlarsak, iptal edilen yetki kanunu sayısı, toplam yetki kanunlarının % 43.75 ' ini oluşturmaktadır ki, bu da, özellikle yetki kanunu hazırlanmasında ve kabulünde, belirgin aksaklıklar olduğunu açıkça göstermektedir.Eğer bir hukuk sistemi içinde, belli bir konuda hazırlanmış bulunan yasaların çok büyük bir kısmı (yarıya yakını) Anayasa Mahkemesi ' nce iptal ediliyorsa, ortada bir patolojik durum olduğunu inkar etmek çok güçtür. Yine akla şu olasılıklar gelmektedir :

1- Ya yasama organı, yürütme organının hazırladığı yetki kanunlarını yeterli ölçüde ve titizlikle incelemeden kabul etmektedir.

2- Ya yürütme organı, yasa hazırlama tekniği açısından ve devamla yasama organı, inceleme ve kabul sürecinde yetersiz kalmaktadır. Zira KHK ile düzenlenecek konularda hazırlanacak yetki kanunları genellikle uzun ve dikkatli çalışmayı ve açık tartışmayı gerektirir. Oysa bu tip kanunlar, yeterince kamuoyu önünde tartışılmamakta, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınmamaktadır. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu ve yasama organı da yapıları gereği teknik ayrıntılara inememekte, kendilerine sunulan metinleri yeterince inceleyemeden, "Bakanlar Kurulu disiplini" veya "parti disiplini" düşünceleri ile onaylamak durumunda kalmaktadırlar.

3- Ya yürütme organı ve yasama organı yetki kanunlarındaki esas, usul ve şekil hatalarını bilinçli olarak gerçekleştirmektedir. Yani çözmek istemediği ya da çözemeyeceğini anladığı problemleri, zamana bırakmak amacıyla böyle davranmakta, "şiddeti azaltmak için, müddeti uzatmaya çalışmak"tadır.

4- Ya da bütün bu olasılıklar varit değildir, ancak Anayasa Mahkemesi, bilinçli olarak yetki yasalarını iptal cihetine gitmektedir.

Bütün bu olasılıkların, bir hukuk devleti yapısı içinde yer almasına olanak bulunmadığını söylemeye bile gerek yoktur.

B- Yetki Kanunlarına Dayanılarak Çıkarılan KHK.ler

Bu 16 yetki kanunu ile, bunların yetki süreleri ve dayanılarak çıkarılan KHK sayısı şöyledir :

1- 13.1.1982 gün ve 2578 sayılı "Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Yetki Kanunu" [11] na dayanılarak 1 yıllık yetki süresi içinde çıkarılan 13 KHK ' den;

12 tanesi 1982 yılında (No. 35-40, 42, 43,45,48,50,52),

11 RG. 13.1.1982 - 17573.

1 tanesi 1983 yılında (No. 53) kabul edilmiştir.

2- 17.6.1982 gün ve 2680 sayılı "Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerinin Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanunu" [12] na dayanılarak 2 yıllık yetki süresi içinde çıkarılan 108 KHK 'den ;

6 tanesi 1982 yılında (41,44,46,47,49,51),

67 tanesi 1983 yılında (56-60, 64,71-73,77,78,89,94-124, 151, 164-167, 172-190).

35 tanesi 1984 yılında (195, 198, 200, 202-207, 216, 217, 219, 221-224, 227, 228, 230-238) kabul edilmiştir.

3- 28.12.1982 gün ve 2767 sayılı "Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları Hakkında Yetki Kanwnu" [13] na dayanılarak 1 yıllık yetki süresi içinde çıkarılan 18 KHK 'den ;

18 tanesi 1983 yılında (54, 55, 62, 63, 65-69, 79-87) kabul edilmiştir.

4- 5.4.1983 gün ve 2810 sayılı "Para ve Sermaye Piyasalarının Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Yetki Kanunu" [14] na dayanılarak 6 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 4 KHK' den,

4 tanesi de 1983 yılında (70, 90-92) kabul edilmiştir.

5- 25.10.1983 gün ve 2935 sayılı "Olağanüstü Hal Kanunu" [15] tanıdığı süresiz yetkiye dayanılarak çıkarılan 19 KHK' den;

1 tanesi 1984 yılında (201),

1 tanesi 1986 yılında (259),

4 tanesi 1987 yılında (285-287,299),

2 tanesi 1988 yılında (313, 321),

1 tanesi 1989 yılında (387),

8 tanesi 1990 yılında (413, 421, 424-428, 430),

1 tanesi 1991 yılında (432),

1 tanesi 1993 yılında (481), kabul edilmiştir.

6- 2.2.1984 gün ve 2977 sayılı "İdari Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi İle İlgili Yetki Kanunu" [16] na dayanılarak 3 yıl 6 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 30 KHK' den ;

12 RG. 19.6.1982 - 17729.
13 RG. 30.12.1982 - 17914.
14 RG. 7.4.1983 - 18011.
15 RG. 27.10.1983 - 18204.
16 RG. 8.2.1984 - 18306.

6 tanesi 1984 yılında (192, 194, 196, 239, 240, 242),

8 tanesi 1985 yılında (245-252),

4 tanesi 1986 yılında (253,254,257,262),

5 tanesi 1987 yılında (273, 277, 278, 284, 291),

6 tanesi 1988 yılında (316, 323, 326, 330, 334, 336),

1 tanesi 1993 yılında (483) kabul edilmiştir.

7- 24.4.1984 gün ve 2999 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İle İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Yetki Kanunu" [17] na dayanılarak 8 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 4 KHK'den,

4 tanesi de 1984 yılında (199, 241, 243, 244) kabul edilmiştir.

8- 12.3.1986 gün ve 3268 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu" [18] na dayanılarak 4 yıl 9,5 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 117 KHK'den ,

8 tanesi 1986 yılında (255, 256, 258, 260, 261, 263, 265, 266),

26 tanesi 1987 yılında (269-272, 274-276, 279-281, 283, 288-290, 292-294, 297, 298, 300-306),

28 tanesi 1988 yılında (307-312, 315, 318, 320, 322, 325, 328, 329, 331-333, 335, 338, 340-344, 346-348, 351, 352),

32 tanesi 1989 yılında (354-358, 360, 364, 366-370, 372, 374-379, 382-386, 388-393, 395, 396),

23 tanesi 1990 yılında (398-409, 411, 412, 414-420, 422, 423) kabul edilmiştir

9- 10.6.1987 gün ve 3378 sayılı "Doğal Gazın Kullanımı Hakkında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu" [19] na dayanılarak 5 yıllık yetki süresi içinde çıkarılan 3 KHK' den ,

1 tanesi 1988 yılında (350),

2 tanesi 1990 yılında (397, 431) kabul edilmiştir.

10- 20.10.1988 gün ve 3481 sayılı "İdari Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi İle İlgili Yetki Kanunu" [20] na dayanılarak 2 yıllık yetki süresi içinde çıkarılan 3 KHK'den

17 RG. 1.5.1984 - 18388.
18 RG. 19.3.1986 - 19052. Ancak 3268 sayılı bu yetki kanunu Anayasa Mahkemesi ' nin 1.2.1990 gün ve E.1988/64, K.1990/2 sayılı kararıyla iptal edildiğinden hükmü kalmamıştır.
19 RG. 17.6.1987 - 19490.
20 RG. 25.10.1988 - 19970. 3481 sayılı bu kanun, Anayasa Mahkemesi ' nin 6.2.1990 gün ve E.1988/62, K.1990/3 sayılı kararıyla iptal edildiğinden hükmü kalmamıştır.

2 tanesi 1989 yılında (353, 394),

1 tanesi 1990 yılında (429) kabul edilmiştir.

11- 6.6.1991 gün ve 3755 sayılı "Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Görev ve Yetkileri İle Bunların Personelinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler Yapılmasına Dair Yetki Kanunu" [21] na dayanılarak 10 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 37 KHK' den ,

34 tanesi 1991 yılında (433-437, 441-451, 453-455, 457-461, 464-465, 467-471, 473-475),

3 tanesi 1992 yılında (476, 478, 480) kabul edilmiştir.

12- 24.6.1993 gün ve 3911 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlar İle Teşkilat Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu" [22] na dayanılarak 1 yıllık yetki süresi içinde ve 1993 yılında 36 (484-486, 488-499, 501-505, 507-521, 524) KHK çıkarılmıştır.

13- 5.5.1994 gün ve 3987 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun"a [23] dayanılarak, 3 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 5 KHK 'den ,

5 tanesi de 1994 yılında (530-533, 546) kabul edilmiştir.

14- 18.5.1994 gün ve 3990 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Özlük Haklarının Yeniden Düzenlenmesine, Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının teşkilatlanmalarına, 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı, 19.7.1972 tarihli ve 1615 sayılı, 12.3.1982 tarihli ve 2634 sayılı kanunlarda değişiklik yapılmasına İlişkin kanun Hükmünde Kararnameler çıkarılması amacı İle yetki verilmesine dair kanun"a [24] dayanılarak 6 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 6 tane KHK 1994 yılında (527-529, 534-536) kabul edilmiştir.

15- 1.6.1994 gün ve 3991 sayılı "Bankalar Kanunu, Sigorta Murakabe Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yetki Kanunu" [25] na dayanılarak 6 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 3 KHK 'den, 3 tanesi de 1994 yılında (537-539) kabul edilmiştir.

21 RG. 9.6.1991 - 20896. 3755 sayılı bu kanun Anayasa Mahkemesi ' nin 12.12.1991 gün ve E.1991/27, K.1991/50 sayılı kararı (RG.29.1.1992 - 21126) ile iptal edilmekle hükmü kalmamıştır.
22 RG. 27.6.1993 - 21620. 3911 sayılı bu kanun, Anayasa Mahkemesi ' nin 16.9.1993 gün ve E.1993/26, K.1993/28 sayılı kararı ile iptal edildiğinden hükmü kalmamıştır.
23 RG. 11.5.1994 - 21931(Mük.) . 3987 sayılı bu kanun, Anayasa Mahkemesi ' nin 7.7.1994 gün ve E.1994/49, K.1994/45-2 sayılı kararı (RG.10.9.1994 - 22047) ile iptal edildiğinden hükmü kalmamıştır.
24 RG. 18.5.1994 - 21938 (Mük.). 3990 sayılı bu kanunun, Anayasa Mahkemesi ' nin 10.6.1994 gün ve E.1994/50, K.1994/44-1 sayılı kararı (RG.11.6.1994 - 21957) ile "yürürlüğünün durdurulması"na karar verildi. 3990 sayılı kanun daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.1994 gün ve E.1994/50, K.1994/44-2 sayılı kararı (RG. 24.2.1995 - 22212) ile iptal edildiğinden hükmü kalmamıştır.
25 RG. 7.6.1994 - 21953. 3991 sayılı bu kanun Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1994 gün ve E.1994/68, K. 1994/80 sayılı kararı (RG. 10.2.1995 - 22198) ile iptal edildiğinden hükmü kalmamıştır.

16- 16.6.1994 gün ve 4004 sayılı " devlet planlama teşkilatı İle Türk Patent Enstitüsünün yeniden teşkilatlanmasına kuruluş, görev ve yetkilerinin belirlenmesine, 29 nisan 1969 tarihli ve 1164 sayılı arsa ofisi kanunu İle 13 aralık 1983 tarihli ve 178 sayılı, 2 temmuz 1993 tarihli ve 485 sayılı, 30.9.1983 tarihli 90 sayılı kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasına İlişkin kanun hükmünde kararnameler çıkarılması amacıyla yetki verilmesine dair kanun"a[26] dayanılarak, 1 aylık yetki süresi içinde çıkarılan 6 KHK 'den; 6 tanesi de 1994 yılında (540-545) kabul edilmiştir.

Birinci dönemin toplam 34 KHK.sine karşılık, ikinci dönem KHK.leri toplamı 412 dir. Bunların durumları incelendiğinde ise şöyle bir tablo ile karşılaşılmaktadır:

TABLO- F

Yıllar	K.H.K	Tam Yürürlükte	Kısmen Yürürlükte	Bakanlar Kurulu Kararı İle Kaldırma	Kanunla Kaldırma	K.H.K. İle Kaldırma	A.M.K İle İptal	Kanunla Kabul	Düzenlediği Kanunun Kaldırılması İle Hükümsüz	Red
I.Dön.	34	6	1	1	11	1	1	9	4	
II.Dön.	412	201			27	38	27	111	5	3
TOP.	446	207	1	1	38	39	28	120	9	3

Araştırmadaki bütün verilerin ışığında şu sonuca varmak olanaklıdır ki; KHK. uygulamasına, 1.dönem olarak adlandırdığımız 1972 - 1980 arasındaki 8 yıl içinde, çok az başvurulurken, (-ki 34 adet KHK ile yıl başına düşen sayı 4.25-) ; 2. dönem olarak adlandırdığımız 1982-1994 arasındaki 12 yıl içinde çok fazla başvurulmuştur (412 adet ile yıl başına düşen sayı 34.33 olmaktadır). Eğer yayımlanmamış olan 100 KHK.yi de bu uygulama içinde kabul edersek, 512 KHK (-ki bu da yıl başına 42.66 KHK.ye isabet eder), oran olarak 1.dönemin yaklaşık 10 katı nispetindedir.

Bu nispette yüksek KHK uygulaması yine bazı olasılıkları düşündürmektedir:

1- Ya yasama organı sosyal değişme ve gelişmelerin hızına yetişememektedir ve bu farkı KHK ler ile kapatma görevini yürütme organı devralmaktadır.

Toplum yaşamını din, ahlâk ve örf gibi sosyal kurallar ile birlikte düzenlemeye çalışan ve bu niteliği ile her şeyden önce düzen demek olan hukuk, normlar koymak durumundadır. Düzeni sağlamak amacıyla konulan ve toplumsal gereksinmeleri karşılamak hedefini de güden bu düzenleyici metinler, zamanla, sürekli bir evrim içinde bulunan toplumsal yapıdaki hızlı değişme ve gelişmeler karşısında yetersiz kalabilir[27]. Hattâ bir deyişle, her yazılı hukuk kuralı, ilân edildiğinin ertesi gününden itibaren yetersiz kalmaya başlamaktadır. Bunun nedeni, eski hukuksal kurumların kaybolup yenilerinin doğması, tamamen ortadan kaybolmayan hukuksal kurumların da yeni şartlara uyabilmek için biçim değiştirmeleridir[28].

26 RG. 19.6.1994 - 21965.

27 Abdullah Dinçkol , "Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında <Hak ve Nısfet> " , Yargıtay Dergisi,C.19,Temmuz 1993,S.3,s.214. Ayrıca bk. Abdullah Dinçkol, "Sosyo-Ekonomik Değişmelerin Türk Pozitif Hukuk Sistemine Etkileri", M.Ü.Hukuk Fakültesi Yayını, C.8, S.1-3, Y.1994, s.166 vd.

28 Selâhattin Keyman, "Hukuka Giriş ve Metodoloji", Ankara 1981, s.119. İşte devlet, günümüzde hep yeni kurumların doğması ve sorunların su üstüne çıkmasından sonra yasama yolu ile kurallar

Öte yandan, toplumu örgütleyen ögelerden biri olan hukuk, diğer ögeleri etkilediği gibi, kendisi de onlardan etkilenir,ögeler arasında karşılıklı bir etkileşim vardır[29]. Eğer toplumsal yapı içinde, hukuk ile karşılıklı etkileşimde bulunan sistemler arasında bir dengesizlik oluşursa,bu hızla değişen toplum koşulları karşısında,hukukun yeteri kadar hızla değişememesinden ileri gelmektedir. Hukuk kuralları ile toplumsal sistemin yeni durumu arasında bir tıkanıklık meydana gelmiştir[30]. Yasama organı bu tıkanıklığı açamazsa, yürütme organı, bir şekilde açmak durumundadır. Zira, bir toplumsal yapıda bireyler, toplumun siyasal düzeninin "çözüm üreten" bir sistem olduğuna inanmıyorlarsa, sistem çözülmeye başlar ve eğer sistem de bu azalan desteği canlandırma ve bu konuda belli mekanizmalar oluşturma cihetine gitmemişse, "günleri sayılıdır" [31]. İşte bu doğrultuda yürütme organı, sistem içi tıkanıklığı açma yollarından birisi olarak KHK uygulamasını görebilir.

Kaldı ki, teknik ilerlemenin baş döndürücü bir hız kazanması, parlamentoların teknik gelişme karşısında güçsüz, yetersiz kalmasına neden olmaktadır. Düzenleme gerektiren konuların karışık ve çapraşık bir hal alması, bunun sonucu olarak ta meclislerin yeteneğini aşması, uzmanlık isteyen bir durum arzetmektedir. Parlamentolar bu duruma cevap verecek teknik bilgi ve çabukluktan yoksundur. Çoğunlukla da parlamenterler, teknik ve bilimsel gelişmeyi izleyecek bir seviyeye sahip değildirler. Dolayısıyla, uzmanlık kadroları gerektiren bu durumlarda, bunlara sahip ve bir ölçüde tekel oluşturan yürütme organı, yasama önünde güçlü hale gelmiştir [32].

2- Ya "**güçlü**" bir yürütme organı, yasama organının yetkilerinin bir kısmını bu yolda devralmış olmaktadır.

Son yıllarda KHK.lerin, hükümetlerce yaygın olarak kullanılmaları, yasama organının yetkilerine müdahale gibi algılanmaktadır. Çıkarılan bir KHK nin,uzun süre Meclis gündeminde bekletilmesi, TBMM.nin bunlar üzerinde yasama yetkisini zamanında kullanamaması sonucunu da doğurmaktadır. Bir anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak,yasama yetkisini de yürütme organı kullanmaktadır.

Öte yandan son yıllarda, teknokratların idari teşkilat içinde önemleri artmıştır. Yasama veya yürütme işlevi olarak, yürürlüğe giren işlemler aracılığı ile teknokratlar yönetimde söz sahibi olmaktadırlar. Bu durumda da, yasamadan yürütmeye geçen üstünlük, yine el değiştirerek teknokratlara geçmeye başlamıştır. Nitekim yasamanın gücünü kaybetmesi karşısında yürütmenin kararlarının çoğu teknokratlar tarafından hazırlanmaya başlamıştır. Siyasi organlar ise, alınan bu kararları onaylamakta veya fazla etkisi olmayacak bir denetime tabi tutmaktadır [33].

koymaktadır. Devlet çoğu zaman bu hukuk kurallarını, menfaat çatışmalarının kendi müdahalesini gerektirecek derecede keskinleşmesi üzerine koymaktadır. E.Ehrlich, "The Sociology of Law", HLR.,(36) 1922-23, s.139-140'tan nakleden: Keyman, s.119.

29 Abdullah Dinçkol , Sosyal Güvenlik Açısından Toprak ve Tarım Reformu,"Sistem Kuramı" Çerçevesinde Bir İnceleme, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), MÜSBE.,İstanbul 1992, s.44.

30 İbid., s.49,dn.3.

31 David Easton, "A Framework For Political Analysis", Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1965, s.124.

32 Teziç, s.7. Kuzu, s.64-66.

33 Kuzu, s.77-81.

KHKlerin çıkarılmasında gerekli şekil şartlarına uyulduğunu söylemek de olanaklı değildir. Sadece belli konulara münhasir olarak çıkarılması gereken yetki yasaları birçok konuyu içeren,geniş kapsamlı nitelik taşımaktadırlar [34] .

Anayasa Mahkemesi, "(...)yasama yetkisinin genel ve asli bir yetki olup TBMM'ne ait bulunduğu,devredilemeyeceği,KHK çıkarma yetkisinin de kendine özgü ve ayrık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır.KHK çıkarma yetkisi verilirken yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmamalıdır(...)" demektedir [35] .Bir yandan içeriği belirsiz geniş yetkiler[36] verilirken, öte yandan bu yetkilerin "ivedi ve zorunlu" durumlar dışında kullanılmasını da, yetki devri olarak kabul etmiştir [37]. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından [38] sonra, istisnai nitelikteki bu yolun, ***yaygın kullanımından*** şimdilik vazgeçileceğini umabiliriz.

3- Ya yürütme organı, yasama organı aracılığı ile yasa yapma olanaklarını her zaman sağlayamayacağını düşünerek, kolay yolla normatif düzenleme yapmak istemektedir. Özellikle, koalisyon dönemlerinde, değişik dünya görüşlerine ve ideolojilere sahip partiler arasında, belli konularda asgari müştereklerde uzlaşmanın zorluğu ortadadır. Koalisyonun gerisinde kağıt üstünde görünen çoğunluğun, yasal düzenlemenin gerektirdiği süreçte de sağlanmasının yarattığı sıkıntılar, yürütme organının, genellikle yasa yapma sürecinden kaçınmasını ve KHK uygulamasına yönelmesini teşvik etmektedir.

4- Ya yürütme organı, bilinçli olarak aldığı çok genel yetkilere dayanarak, yasama organının denetiminden bir süre kaçmayı tercih etmektedir.

Türk KHK uygulamasında, Anayasalarımız yetki kanunlarının süreli olmasını hükme bağlamıştır fakat, bu sürenin ne kadar olacağı anayasalarda belirtilmemiştir. Kaldı ki, 1982 Anayasası, olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim durumunda çıkarılacak KHK.ler için bir süre de öngörmemiştir. Örneğin İtalyan Anayasası bu süreyi sınırlarken, Fransız Anayasası süreyi kesin olarak belirlemiştir. Bu süreler de bizim KHK uygulamamızda 2

34 Örneğin, 24.6.1993 tarih ve 3911 sayılı, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Bazı Kanunlar ile Teşkilat Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu (R.G. 27 haziran 1993,S.21620) , aynı zamanda kamu taşınmazları konusunda her türlü tasarruf yapabilme hakkını içermekte, sosyal güvenlik,bankacılık ve sigortacılık sektörlerinin önemli yasalarında değişiklik yapılmasını olanaklı kılacak biçimde genişliğe ulaşmaktadır. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

35 AMK. E.1993/26, K.1993/28,T.16.9.1993 (R.G. , 8 ekim 1993,S.21722).

36 Anayasa Mahkemesi, bu konuda; "(...) Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu'na ancak belli konularda bu yetkiyi verebilir; her konuyu kapsayacak biçimde bir KHK çıkarma yetkisi veremez. KHK'nin konusunun yetki yasasında belirlenmesi zorunludur.Yetki, somutlaştırılmış ve belli bir konuda tanınmalıdır. Bakanlar Kuruluna sınırları belirsiz bir konuda KHK çıkarma yetkisi verilemez.KHK'nin konusu da yetki yasasında belirlenen çerçevenin dışına çıkamaz." hükmüne varmaktadır. AMK , E.1993/33, K.1993/40-2, T.21.10.1993 (R.G. 6 kasım 1993,S.21750),s.29.

37 AMK. E.1993/26, K.1993/28,T.16.9.1993 (R.G. , 8 ekim 1993,S.21722),s.39.

38 AMK , E.1993/33, K.1993/40-2, T.21.10.1993 (R.G. 6 kasım 1993,S.21750) ; E.1994/63, K.1994/60-2,T.21.7.1994 (R.G.,5 ağustos 1994, S.22012).

seneye kadar uzanırken, örneğin Fransa'da savaş zamanında bile 3-4 aylık sürelerle yetki verilmiştir [39] .

Kaldı ki ülkemizde bazen yürütme bu yetki süresini bile aşarak KHK çıkarma yoluna gitmektedir. Örneğin 32 sayılı KHK, 2171 sayılı yetki kanununun tanıdığı 1 yıllık yetki süresinin dışına çıkılarak RG.de yayımlanmıştır [40] .

5- Ya yürütme organı çıkardığı KHK.lerin usul, şekil ve esas açısından yeterli olmadığını bildiği halde, sırf zaman kazanmak açısından KHK çıkarma yolunu tercih etmektedir; iptal edilirse, hemen bir benzerini çıkarmaktadır [41] . Anayasa Mahkemesinin "Yürürlüğün Durdurulması"[42] kararı da bunu engellemeye yöneliktir.Yüksek Mahkemenin bir kararında bu durum şöyle açıklanmaktadır: "Ayrıca, yasama organının, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın, aynı konuyu, benzer içerikte yeniden yasalaştırması sıklıkla rastlanılan bir olgudur.(...) Bütün bunlar, uygulamayı durdurma önleminin önemini göstermektedir." [43]

Kaldı ki bazen, yürütme organı belli konuda o kadar çok KHK çıkarmaktadır ki, bu da pozitif hukukun sürekli değişiklik ve belirsizlik içinde kalmasına neden olmaktadır. Örneğin Bakanlar Kurulu, "1589 sayılı Devlet Memurları ile İlgili Yetki Kanunu"nun tanıdığı 2 yıllık süre içinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun otuz maddesini ikişer, onbeş maddesini üçer, yedi maddesini dörder ve bir maddesini de beş kez değiştirmiştir [44] .

Herhangi bir kompleks toplumun hukuk sistemi, mutlaka ve kaçınılmaz bir şekilde sorunları çözücü nitelikte olmalıdır [45] .Ancak sorunların çözülmesi amacıyla, hukuk devleti ilkelerinin dışına çıkılması kabul edilemez. Demokratik bir hukuk devletinde yer alması düşünülemeyen yukarıdaki olasılıkların, Türk hukuk sisteminde oldukça sık gözlemlendiğini söylemek rahatsız edicidir.

39 Kuzu ,s.332, 432.

40 İbid., s.432.

41 Anayasa Mahkemesi bir kararında, çok geniş kapsamlı bir yetki yasası için öngörülen üç aylık yetki süresini şüpheyle karşılamaktadır: "(...) Böylesine geniş kapsamlı bir yetki yasasının üç ay içinde uygulanması ile, bu alanda ihtiyaç duyulan tüm düzenlemelerin yapılması (ı) ya olanaksızdır, (ıı) ya üç ay içinde birkaç yasama dönemine sığacak sayıda KHK çıkarılarak bir anlamda TBMM'nin yetkileri kullanılacaktır. (ııı) ya da Bakanlar Kurulu çıkaracağı KHK'ler ile verilen yetkiyi bu üç aylık sürenin dışına taşıracak(tır)(...) ki, bunların her üçü de Anayasa'ya aykırıdır(...)".AMK.,E.1994/49, K.1994/45-2, T.7.7.1994 (RG.10 eylül 1994, S.22047), s.17.

42 Bu karar, E.1993/33, K.1993/40-1, T.21.10.1993 (RG.23 ekim 1993, S.21737) sayılı karardır.

43 AMK., E.1993/33, K.1993/40-2, T.21.10.1993 (R.G. 6 kasım 1993,S.21750),s.26.

44 Gözübüyük / Tutum, s.4.

45 Richard A.Wasserstrom, The Judicial Decision, Toward a Theory of Legal Justification, Standford University Press, Standford, California, (first published 1961), 1978, s.1.

Zusammenfassung

Im Rahmen dieser Studie wurde nur die Praxis der Verordnungen mit. Gesetzeskraft (KHK - Kanun Hükmünde Kararname) in der Türkei für den Zeitraum 1972-1994 untersucht und zwar bestehend aus der 1. Periode von 1972-1980 und der 2. Periode von 1982-1991. In 22 Jahren wurde 546 KHK erlassen. Davon sind nur 446 KHK nach der ordnungsgemäßen veröffentlichung in Kraft gesetzt. 100 KHK wurden entweder nicht veröffentlicht oder nicht in Kraft gesetzt.

Sämtliche KHK wurden auf Grund der insgesamt 19 ermächtigenden Gesetzen erlassen. In der ersten Phase sind es 3 Gesetze für 34 KHK und in der zweiten Phase 16 Gesetze für 412 KHK, die den KHK die Wirksamkeit verleihen. Fünf dieser Gesetze wurden durch das Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt. Die Wirksamkeit eines KHK wurde durch das Verfassungsgericht einstweilig unterbrochen. Zur Zeit gelten nur noch 208 KHK. Nach diesen Ergebnissen sieht man, daß die Exekutive in der zweiten Periode besonders die Funktion der Legislative übernommen hat. Das Verfassungsgericht ist der Meinung, daß dieser Weg nicht überstrapaziert werden soll. Es ist, sicherlich nicht unrichtig zu sagen, daß eine solche Praxis der Exekutive in einem demokratischen Rechtsstaat nicht die Regel sein soll. (Übersetzt von H.Ö.)

Abstract

In this research only the Turkish Practice regarding the "decrees having the force of law"* has been examined. The examination comprises the period between, 1972 and 1st of November 1994. This period has been examined in two terms. First term is the period between 1972-1980, second term is the period between 1982-1994.

During this period of 22 years 546 decrees (KHK) were passed, however, among these only 446 decrees have been published and put into force. 100 decrees have not been published.

All the decrees have been published depending on a total of 19 empowering acts. [first term: 3 empowering acts, 34 (KHK) ; second term: 16 empowering acts, 412 (KHK)]. Five of the empowering acts have been annuled by The Constitutional Court and the operation of one of the empowering acts has been stopped.

At the moment, 208 decrees are still in force, 39 of them have been abolished by law, one of them has been abolished by the decision of the Council of Ministers, 38 of them have been abolished by subseguent decrees, 28 of them have been annuled by the decision of the Constitutional Court, 121 of them have been adopted by law, 3 of them have been rejected and 8 of them have become null and void as the enobling acts have been abolished.

Appraising the decrees as a whole, we can easily see that very few decrees (34 decrees) have been published by the governments during the first term, but 12 times more decrees

* KHK: decrees having the force of law; Decree-law; Decree; Statutory Decree; Decrees having the effect of law.

have been published during the second term (412 decrees). In one sense, this shows that the executive has transfered some of the powers of the legislative organ to itself. So in its decisions the Constitutional Court emphasizes not to apply so of ten the application of decrees having the force of law.

Sami Selçuk - Sayın *Dinçkol*'a teşekkür ediyoruz. Ben birşey sormak istiyorum, isterseniz hemen cevaplayın. Benim bildiğim kadarıyla, kararnamenin hukuki geçerlilik kazanması için yayımlanması şart.

Abdullah Dinçkol - Sayın başkan, benim bildiğim kadarıyla da şart, fakat...

Yılmaz Aliefendioğlu - Şimdi müsade ederseniz ben de ekleme yapabilir miyim?

Abdullah Dinçkol - Tabii, buyrun.

Yılmaz Aliefendioğlu - Bu sözünü ettiğiniz kanun hükmünde ya da...

Sami Selçuk - Bu olsa olsa genelgedir, diye düşünüyorum.

Abdullah Dinçkol - Hayır efendim kararname... Kararname efendim...

Sami Selçuk - Tamim?..

Abdullah Dinçkol - Kararname efendim...

Yılmaz Aliefendioğlu - Yasa hükmünde kararname mi dediniz?

Sami Selçuk - Çok ilginç...

Abdullah Dinçkol - Efendim, gizli olduğu için söylemek istemiyorum...

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim müsaade ederseniz. Eğer... Yasa hükmünde kararname Resmi Gazetede yayınlanmadan geçerli olmaz. Bunu, hiçi bir mahkeme de uygulamaz. Yönetimde herhangi bir kimsenin uygulamaması lâzim. Çünkü bu mutlak butlanla bâtıldır. Anayasaya göre bunun yayımlanması lâzımdır. Ama kararname ise, normal kararname ise, onların da üçüncü kişilere yükümlülükler getirmesi durumunda yayınlanması lâzım. Aksi halde Danıştay da bunları iptâl eder, dava açıldığı zaman.

Abdullah Dinçkol - Şunu belirtmek istiyorum. Ben bu yayınlanmamıştır ya da çıkarılmamıştır ayrımını, kendiliğimden yapmadım. Bu, Başbakanlığın Kanun Hükmünde Kararnameler Külliyatında yazıyor. Meselâ diyor ki, şu numara...

Yılmaz Aliefendioğlu - Geçerli değildir...

Abdullah Dinçkol - Bakın, 1983 yılında 49 adet, 1984 yılında 7 adet, 1986'da 1 adet, 1987'de 5 adet, 1988'de 9 adet, 1989'da 9 adet, 1990'da 1 adet, 1991'de 9 adet, 1992'de 2 adet, 1993'de 6 adet, 1994'de 2 adet. Özellikle yayımlanmamıştır diyor. Çıkarılmamış olanlara da zaten şerh koymuş.

Yılmaz Aliefendioğlu - Yürürlüğe girmemiştir...

Abdullah Dinçkol - Ben de zaten yürürlüğe girmiştir, demedim. Yürürlüğe girip girmediğini bilmiyorum dedim. Ama kafamda bir şüphe olduğunu da belirttim.

Sami Selçuk - Şimdi önemli bir konu çıktı ortaya. Çok teşekkür ediyorum.

Yılmaz Aliefendioğlu - Ama taslak bunlar.

Sami Selçuk - Taslak ama, ilgililere de bildirilmiş. Çok ilginç bir olay yani. Şimdi...

Abdullah Dinçkol - Fakat elimde bir tane var zaten.

Sami Selçuk - Şimdi, çok ilginç yani. Sizin getirdiğiniz konu, Türk Hukûk Devleti açısından son derece ilginç. Şimdi ben biraz, gerçi otuz yılı aşan meslek yaşamımda buna benzer kararnamelerin bana duyurulduğundan haberim yok. Bana duyurulmadı. Duyurulsaydı ne yapardınız diye bir soru sorulacak. Sayın *Aliefendioğlu* dedi ki, uygulamazsınız geçersiniz, dedi.

Yılmaz Aliefendioğlu - Mutlak butlanla bâtıl... iptâl edilir.

Sami Selçuk - İptal edemeyeceğime göre ne olacak? Hukuk kimseden kahramanlık istemez. Böyle bir yazı karşısında yargıcın durumunu da düşünmek gerekir. Yanıtlar karşısında benim aklıma bir şiir geldi. Can Yücel'in. "Köpek var taş yok / Taş var köpek yok / Köpek var taş var / Ama kralın köpek/ Sıkıysa at taşı". Şimdi çok zor bir olay bu. Çözümü her halde Cumartesi günü bulmaya çalışırız. Yalnız bir noktayı belirtmek isterim. Burada çok önemli bir şey vurgulanıyor. Şimdi 1989 yılında Fransız Büyük Devriminin 200. yıldönümü. Fransız Yargıtayında açılış töreni var, 6 Ocak. Başkan Mitterand'ın ki hukukçudur kendisi, çok ilginç bir sözüne rastladım. O da bir konuşma yapmış. Biraz önce sayın Aliefendioğlu'nu dinledikten sonra da söylemiştim. *Bossuet*'ye bir yollama yapar: Yargıçlar kuralı gözetsinler, şu veya bu kaygı ki onların içinde ülkeyi kurtarma kaygısı da var, o kaygıyla hareket etmesinler, der ve şu türde sürdürür: Onca yıllık politik yaşamında *hikmet-i hükümet*'e, (la raison d'état), hiç rastlamadım. Bu kavram, çoğu kez devletin yüksek katlarında bulunanların kendi çıkarlarını korumak bahanesiyle, örtmek bahanesiyle uydurdukları bir kavramdır. Herkes buna dikkat etmelidir" der ve yargıçlara da bu mesajı verir.

- a r a -

Sami Selçuk - Son oturumun da önceki oturum gibi canlı geçeceğini umuyorum ve ilk konuşmayı sayın Doç. Dr. Hayrettin *Ökçesiz*'e veriyorum. Buyrun efendim.

Hayrettin Ökçesiz

Hukuk Devleti Olgusu

Olgu ve olayların düşünsel bir çerçevesi hep olagelmiştir. Olan biten her şeyin kuramsal bir temellendirmesi felsefe ve bilimlerin ortak amaç ve yöntemleridir. Bu temellendirme, adlandırma, kavramlaştırma bazan öyle bir soyutluğa ulaşır ki, kaynaklandıkları gerçekliğin yeniden görülmesi birçok bakımdan bir zorunluluk durumuna gelir. "Hukuk Devleti" kavramı da bir ide, bir hukuki, siyasi kurum, anayasal bir buyruk olarak kendi toplumsal gerçekliği ile birlikte düşünülmediğinde, iyi niyetli özlemler ayrı tutulmak üzere, çoğu zaman art niyetlerin saklanması, aldatma ve oyalamalar için kullanılmaktadır. Asla hukuk devleti olamayacak devlet düzenleri veya anayasal buyruklardan sapan hükümetler kendilerini ısrarla gerçek hukuk ve adalet devleti ya da yapıp ettiklerini bu devletin eylem ve işlemleri olarak nitelemekte, otoriter ve totaliter yöntemleriyle uyruklarını buna inanmaya zorlamaktadırlar. Bu kuzu postunun içerisinde başka bir yaratık bulunmamalıdır. Var ise, onu zamanında bilebilmelidir. Şu halde kavramların gerçeklikle olan ilişkilerinin araştırılmasının aynı zamanda yaşamsal önemi de bulunmaktadır. Bu durum bize sempozyum konumuzu temellendiren şu ilk üç soruyu sordurmaktadır: 1) Hukuk devleti olgusunun toplumsal ve siyasal önkoşulları nelerdir? Hukuk uygulaması, toplumun hukuksal yaşamı, ne dereceye kadar hukuk devleti idesine uygun düşmektedir? 2) Bunu bilebilmenin yöntemleri ve araçları nelerdir? 3) Toplum bir hukuk devleti toplumu olarak görünmüyorsa, toplumlar için böyle bir genelleme yapılamayabilirse, "Hukuk Devleti" o zaman gerçekten evrensel bir değer olarak görülebilir mi? Bu son soruyu da bilebilmenin görgül araçları ve yöntemleri neler olabilir?

Hukuk devletinin bir ideal olarak bilinçlere yerleştiği toplumlar artık bu idenin nimetlerinden uzak durabilecekleri bir aşamayı çok gerilerde bırakmışlardır. Herhangi bir toplumun hukuk devleti toplumu olmakta istikrarlı bir çizgi izlediğini söylemek olanaksızdır. Bu talebinde en üst düzeyde bir doyuma ulaşabilmesinin veya en ileri yoksunluk durumlarına düşmesinin toplumsal önkoşulları bulunmaktadır. Bunların araştırılmasında elbette ilk önce sosyoloji, sosyal psikoloji, antropoloji yöntemsel ve bilgi birikimsel büyük olanaklar sunmaktadır.

Bildirimi bu çerçevede hukuk devletinin kavramsal neliğine, toplumbilimsel ve antropolojik, gözlemsel önkoşullarına özgülemek istiyorum.

I

Bilindiği üzere hukuk devleti biçimsel ve içeriksel özelliklerinde tarihsel bir gelişimi gizlediği gibi bugün bu her iki yanıyla demokratik ve sosyal olabilmenin de zeminini oluşturmaktadır. Öte yandan ise demokratik ve sosyal olmayan bir devlet düzenine çağdaş anlamda hukuk devleti olmak özelliğini bir türlü kazandıramayız. Bir devlet yapısal olarak a) güçler ayrılığı, b) mahkemelerin bağımsızlığı, c) Her türlü idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın giderimi güvencesi ilkesine sahip ise ilk önce bir "biçimsel hukuk devlet"idir. Buna "yasa devleti" de denebilir. Anayasa yargısı bu tiplemenin en son aşamalarından biridir. Bu kurgu, burjuva toplumunun ya da sivil toplumun bireyinin yaşam, özgürlük ve mülkiyet taleplerinde en yüksek doyumu

verebilecek ve bütün gerekleriyle devinen bir yeni çağın sürekli yolunu açabilecek başarılı bir devlet tasarımıdır. "Hukuk Devleti" kavramı yeni sınıfın ve toplumun devlete karşı savaşımının bir parolası olarak karşımıza çıkar. Devlet ve idaresi yasayla dizginlenir. Burada öncekilerden çok farklı bir yasa kavramı sözkonusudur. Genel ve sürekli olmasının yanında devletinin hukuk devleti olmasını sağlayan önemli bir özelliği daha vardır: Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. İhtilâlin nedeni ve meyveleri olan temel haklar ve özgürlükler asla yokedilemezler. Sınırlanmaları gerektiğinde buna ancak millet kendi temsilcileri aracılığıyla yetkilidir. Millet meclislerinin bu işlemine "yasa" denir. Yaşam, özgürlük ve mülkiyet talepleri şu halde, ancak yasayla sınırlanabilir. Devlet ve toplum böyle bir yasanın üstünlüğüne tâbidir. Böyle bir yasanın üstünlüğü ilkesi de öteki adıyla hukuk devleti olmaktır. Bu konum hem başlangıcı, hem de önemli bir kesimiyle bugünü deyimlemektedir. Doğal hukuk düşüncesinden ve uygulamasından hukuki pozitivizme aynı zamanda yeni bir devlet tasarımı ile geçmekteyiz. Formel hukuk devleti pozitivist bir hukuk ve yasa anlayışına bağlıdır. Yeni sınıfın çıkarlarını güvenceye almış olan bu yasa, yasadır. Ona itaatin ve meşruluğunun başkaca bir kaynağı olamaz. Hukuki yorumda ise kavramlar içtihadı akımı bu tabloyu bütün olanakları ile tamamlamaktadır. Burada sanırım, *Max Weber*'in kapitalist toplum - modern çağ çözümlemesi açısından da hukuk devletine bakmak yerinde olacaktır.

Yeniçağ toplum yapısının biçimsel ussallığının bir yansıması olarak önce yasa pozitivizmini ve biçimsel hukuk devletini görüyoruz. Bunların her ikisi de *Weber*'in biçimsel ussallık tasarımının hukuk ve devlet anlayışındaki mantıki sonuçları olarak görünmektedir.

Buna göre yasa, bağlayıcı kimi doğal hukuk düşüncelerinden kopmuş olmaktadır. *Max Weber*'in, devrimin çocuğu: Code Civil üzerine söyledikleriyle, "hukuki olmayan unsurların her türlü karışımı, her türlü ders verici tarzda, ahlâken ikaz edici notlar ve kazuistik" artık bulunmuyordu[1]. Demek ki, hukuk ve ahlâk arasında zorunlu bir ilişki bulunmamaktaydı. Her türlü içerik hukuk olabilirdi. Hukuk burada elbette pozitif hukuktur. "Yasa yasadır" sözü bu anlamda anlaşılmalıdır. *Kant* da, daha o zamanlar moralite ile legaliteyi birbirinden ayrı tutmuştu.

Weber'e göre hukuk zorlayıcı bir aygıt tarafından güvenceye alınmış bir düzen ise, o zaman bu yeni, herkes için eşit olarak geçerli yasa da bu tanıma uygun biçimde bir zorlayıcı aygıt tarafından güvenceye alınmış olmalıdır. Yeni üçüncü sınıfın özgürlüğünü ve mülkiyetini güvenceye alan; devleti kayıtsız şartsız bağlayan ve bu sırada her türlü ahlâki isteme kendisini yasaklayan yasa elbette, kapitalizmin biçimsel ussallığının zorunlu bir görüngüsü olarak anlaşılacaktır. Formal Hukuk Devleti, böyle anlaşılan bir yasa için yukarıda sözü edilen zorlayıcı aygıtı oluşturan devletten başka bir şey değildir.

1837 yılında *Friedrich Julius Stahl* hukuk devletini şu sözlerle tanımlamaktaydı: "Devlet hukuk devleti olmalıdır. Parola budur. Hakikatte bu, yeni çağın harakete geçirici gücüdür. Etkinliğinin yollarını ve sınırlarını, yurttaşlarının özgür alanlarını hukuk tarzında tam olarak belirlemeli ve kesintisiz güvenceye almalı, ahlâki düşünceleri devlet eliyle, yani doğrudan, ancak hukuk alanına girdiği kadarıyla, yani yalnızca gerekli

(1) Rechtssoziologie, §7

sınırları içerisinde gerçekleştirmelidir"[2]. Hukuk ve devlet felsefesinin 19. yüzyıldaki gelişiminde, *Weber*'in kapitalist modern dönem açıklamasına belirli bir koşutluk bulunduğunu görmekteyiz. Hukuk ve devlet biçimsel olarak anlaşılmaktadır. Hukuk güvenliği öncelik taşımaktadır. Bu, biçimsel ussallığın ve yeni gerçekliğin ussallaştırılmasının zorunlu bir sonucudur.

Kavranması ve hakim olunması kendine özgü bir ussallığın tasarlanmasıyla ve bunun da, toplumsal varoluşun ussallaştırılması olarak gerçekleştirilmesiyle ilk kez olanaklı bulunduğu yeni gerçeklik, en son zamanlarda biçimsel hukuk ve devlet kavramıyla açıklanamayacak derecede özel bir boyut kazanmıştır.

20. yüzyılın en son ve kapsamlı felâketleri, biçimsel ussal bakışın, dünya görüşünün bazı yönlerden eksik bulunduğunu gösterdi. Bu tamamlanma gereksiniminin yansımalarını ilk olarak, genel hukuk kuramının en son hukuk tanımlarında görmekteyiz. Örneğin *R. Dreier* hukuku şöyle tanımlamaktadır. "Hukuk, devlet olarak örgütlenmiş ya da devletlerarası olan bir normlar sisteminin anayapısına ait normların tamamıdır. Ancak bu sistem genellikle sosyal etkili olması ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülme yeteneği göstermelidir. Hukuk ayrıca, bu anayasaya göre konmuş normların da bütünüdür. Ancak bunların da asgari bir sosyal etkililiğinin bulunması ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru olma yeteneğini göstermesi gereklidir"[3]. Burada, etik anlamda asgari bir içeriğe sahip olamayan bir pozitif normun hukuk olarak anılamayacağı bilinci ifadesini bulmaktadır. Bu etik anlamda gerekli görülen asgari içerik, devleti sosyal olmaya zorlayan toplumsal ve siyasal gelişmelerin koşutluğunda, hukuk devletine biçimselliğinin yanında değersel içerik kazandıran maddi hukuk devletine götürmektedir. Biçimsel - içeriksel ussallığa karşılık geldiğini sandığım bu biçimsel - içeriksel hukuk devleti ayırımında, bu sonuncusunun aynı zamanda toplumsal-siyasi gelişimin ürünü olmakla *Weber*'in ussallık şemasında bir geriye dönüş oluşturmadığı, daha ileri bir aşamada insanların dokunulmaz insanlık onuru biçimindeki bir ana kavram altında kavranan evrensel temel haklarının devletin amacı yapılmasıyla (Örn. Alman Anayasası md. 1/1, T.C. Anayasası md. 2) ortaya çıkan bir değer içerikli ussal edim ile açıklanabileceği düşüncesindeyim. İnsan haklarının buna göre hiç bir pozitif normda başka amaçlar uğruna kötüye kullanılması istenmemektedir. Modern toplumda yurttaşların gözlemlenen bilinç düzeyi, bu temel hakların, böylesine değer nitelikli bir anlam verme ve aramadan soyutlanmış bulunan biçimsel ussallığın bir sonucu olarak belirebilecek herhangi bir kötüye kullanılmasını tolere edemeyeceğine işaret etmektedir.

İnsanın anlam sorunu kısmen, yeni modern toplumun ve onun maddi hukuk devletinin kendilerine nihai amaç yaptıkları ve uğruna değer içerikli ussal davranacakları yeni insan hakları ideolojisiyle çözülebilecektir. Bu varsayımı onaylayamaz isek, herhangi bir ussallıktan hiç bir biçimde söz edemeyeceğiz demektir. Bu bin yılın sonunda modern toplum, biçimsel ussallığından insan hakları bakımından bir maddi ussallık geliştirmek zorundadır. Ya da aksi durumda kıyaslanamaz bir usdışılığa sürüklenmiş olacaktır.

---

(2) *Ingeborg Maus*, Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaats, b.y.: der bürgerliche Rechtsstaat, hazırlayan: *Mehdi Tohidipur*, I. cilt, Frankfurt/M 1978, s.30

(3) *Ralf Dreier*, der Begriff des Rechts, b.y.:R.Dreier:, Recht-Staat-Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt/M 1991, s.116

Yukarıda anahatlarıyla oluşumu, niteliği ve değeri bakımlarından değindiğim hukuk devletinin siyasal ve toplumsal koşullarına ilişkin başka önemli bir çözümlenmesini burada tanıtarak tartışmaya sunmak istiyorum: Ülkemizde hâlâ pek az tanınan *Niklas Luhmann*'ın işlevsel-yapısal sistem kuramının, hukuk devletinin sosyolojik açıklanması bakımından özellikle dikkate değer olduğunu düşünüyorum[4]. O'na göre hukuk devletinin sosyolojik olarak en göze çarpan belirtisi hukukun pozitifleşmesi, yani hukukun geçerliğinin tamamen örgütlenmiş kararlara bağlanması ve böylelikle bu konuda uzmanlaşmış bir toplumsal sistemin sorumluluğuna sokulması olgusudur. 19. yüzyılda dinsel olmayan, salt siyasi bulunan roller sistemlerinin hukuk üzerinde egemenlik talep etmesi ve iktidara geçmesi ile hukuk devleti düşüncesinin üstün gelmesi bir rastlantı değildir. Hukuk devletinin toplumsal ve siyasal koşullarını bilmek isteyen kimse, doğal hukuk oluşumlarından pozitif hukuk oluşumlarına geçişin gelişim tarihçesini iyi kavramalıdır. Pozitif hukuk, toplumsal karmaşıklığın toplumun kendi siyasi alt sisteminin sorumluluğunda azaltılmasıdır. Böylelikle hukuken düzenlenebilecek davranış beklentilerinin sayısının oldukça artırılması ve herşeyden önce, hukuken düzenlenmiş beklentilerin uyum yeteneklerinin hızlandırılması hedeflenmektedir. Pozitifleşme ile, geçerli olanın bundan böyle de hep geçerli kalacağı önermesinden hukuk kurtarılmaktadır. Hukukun biçimlendirme, yapılandırma işlevi için böylesine bir sonsuz geçerlilik gerekli değildir. Hangi durumlarda neyin geçerli olduğunun bilinmesi yeterlidir. Ancak anayapı karar süreçleri için dokunulmaz kalmalıdır. Fakat bu dokunulmazlık da mutlak değildir. Yalnız herşey bir anda problem olmamalıdır. Basit ya da bütünsel-hiyerarşik yapılı toplumlar hukuklarını pozitifleştiremezler. Buna karşın farklılaşmış toplumlardaki hukukun değişmezlikle, gelenekle, kalıcı ve süreğen doğayla, mutlak değerlerle aşırı sembolleştirilmesi terk edilmelidir. Aksi halde bu hukuk, sosyal gelişmeye ayak uyduramayacağı için ideoloji olmak zanni altında kalacaktır. *Luhmann* burada şu soruyu sormaktadır: Pekalâ, bu tarz bir hukuki geçerlik başka toplumsal mekanizmalar tarafından işlevselliğe uygun olarak ne tarzda çözülüp bir kenara itilebilir? Hep böyle olagelmiş bir düzenin sunduğu açık, anlaşılır, somut güvenlik; sistem yapılarının gösterdiği ve toplumun işlevsel farklılaşmasına daha uygun, fakat daha çok soyut, dolaylı, dağınık özellikteki yaşam sürdürme güvenceleri ile ikame edilmek zorundadır. Bu güvenceler nasıl karakterize edilebilir? Bu sorularla *Luhmann*, hukuk devletinin toplumsal ve siyasi koşullarının neler olduğu sorusuna ulaşmaktadır. Luhmann bu koşulları altı noktada toplamaktadır:

1) Siyasi sistemin işlevsel özgüleşmesi ve kendi kendisini hukuken programlaması ancak toplumun diğer iletişilen sferlerinin yapısal bakımdan analog bir istikrarına, yine aynı biçimde roller bakımından seçilmişliğine, özgülenmişliğine ve nisbeten özerk bir örgütlenmişliğine bağlıdır. Öyle ki, din, dogma ile inanç arasındaki ilişkinin işlenmesine, bilim, deneyim ile kavram arasında gerilimin işlenmesine yoğunlaşmıştır. Ekonomi para mekanizması ve pazar sistemi ile kendi düzenine sahiptir. Küçük aile olarak aile ise yaygın bir bireysel sempati (sevgi) ilkesi üzerine kuruludur. Bu toplum sferlerinin siyaset ile olan bağımsızlıkları ve bağımlılıkları aynı zamanda artmaktadır, çünkü edim olanaklarının karmaşıklığı bir bütün olarak artmaktadır. Karmaşıklığın böylesine bir artışı ancak yapısal bir harmoniye ulaşıldığında mümkündür. Aksi durumda kısmi

---

(4) *Niklas Luhmann*, gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaats, b.y.: der bürgerliche Rechtsstaat, a.g.y. s.101 vd., 110 vd.

sistemlerde yapısal nedenlerle, diğer kısmi sistemlerin yine yapısal nedenlerle karşılayamayacakları beklentiler oluşabilir.

2) Böylesine bir farklılaşma, iyice kurumsallaşmış ve bütünüyle işleyen rollerin ayrıştırılması mekanizmalarını ön koşar. Örneğin, insan parayla siyasi güç ya da sevgi satın alamaz, alamamalıdır. İşsizlik yardımı ile aile, iktisadi dalgalanmaların kötü etkilerine karşı korunmuştur. Babamızın düşüncesi bilimsel temellendirmede bir kanıt değildir. Kadının, kocasının mesleki kariyerinde etkili olabilmesi için, onun amiri ile görüşmesi hiç olağan değildir.

3) Ayırmalar ve sistem özerklikleri karşılıklı bağımlılıkları ve etkileme olanaklarını bloke etmeyecek biçimde düzenlenmiş olmalıdır. Alt alanlarda kendini etkilere açmak özgürlüğü anlamında yeterince yapısal esneklikler ve hareket serbestisi olmalıdır. Siyasi seçim özgürlüğü, toplumsal güçlerin siyasi sisteme, onun toplum üzerindeki iktidarına, yani işlevine zarar getirtmeden etkide bulunmaları olanağına bir örnektir. Aile de sevgi ilkesiyle, önemli çevre değişikliklerine uyum gösteren, siyasi ve iktisadi felâketleri aşabilen oldukça genelleştirilmiş bir iç düzene sahiptir. Böylelikle yeniçağın medenileşmiş sosyal düzenlerinde iktidarın, paranın ve sevginin kurumsallaşmasında yapısal bir harmoni vardır.

4) Toplumsal karmaşıklığın ve farklılaşmışlığın hukuk devletinin mümkün ve anlamlı olduğu bir düzeye çıkarılması, dilin kendiliğinden sunduğunun üzerinde bir iletişim üstünlüğünü ve başarısını gerekli kılmaktadır. Bugünkü koşullarda dil, ortaya çıkan bilgi kütlesini işlemeye ve dağıtmaya yeterli olamamaktadır. Problem çözüm dilleri olarak uzmanlaşmış meslek dilleri tasarımı, iletişim süreçlerinin organizasyonu ve nihayet otomasyon çıkış yolu olarak görünmektedir. Buradaki sorunlar hukuk devletinin dar geçidini oluşturmaktadır. Hukuk alanında yeterince ve gereğince iletişilememektedir. Bireylerin hukuku artık bilemedikleri olgusu karşısında, hukuk düzeni silikleşme ve belirsizleşme eğilimleri göstermektedir. Hukuku bilmeme sorununun çözümü henüz yoktur. Uygarlığın ilerlemesinin izleyen sonucu olarak bu yükün bireye yükleneceği, yani iç psişik mekanizmalarla çözüleceği söylenebilir.

5) Toplum düzenleri, yapısal olarak çözülemeyen problemleri önemli oranda bireysel kişiliklere yükler. Farklılaşmış toplumların bu bakımdan da hukuk devletinin dolaylı koşullarından sayılabilecek bazı gerekleri vardır. Uygar insan örneğin duygularına egemen olmayı, gereksinimlerini tatmini ertelemeyi öğrenmelidir. Mesafeli olmalı, yani insanlara değil, rollere doğru yönelebilmeli, çatışmalı durumlarda taktik bir canlılık geliştirebilmeli, partnerinin kişisel ve sosyal davranış koşulları için yeterince duyarlı olabilmelidir. Bütün bunlar yeniçağ öncesi toplumlarına nazaran, kişiliğin kapsamlı bir psişik donanımını gerektirmektedir. Toplum bu psişik donanım deeğişikliğini siyasi ve iktisadi sistemi ile, barışı ve maddi ihtiyaçların karşılanmasını güvence altına alarak ve böylelikle temel ihtiyaçların kısa vadeli baskısından kurtararak sağlar.

6) Bütün burada söylenen kurum ve mekanizmalar, devletsel kararların meşruluk sürecinde etkenler olarak yer alırlar. Siyasi sistemin bağlayıcı bir kararı, koşulsuz tanınması kurumlaşmış, yani sosyal olarak beklenmekte olup kişisel değil ise meşrudur. Meşruluk, bugün siyaset biliminin kabul ettiği gibi, yalnızca, bu kararların temelinde yatan ilkelere ve değerlere inanç sorunu olmayıp, özellikle bu kararların verildiği durumlardaki sosyal davranış beklentileri sorunudur. Gizil olarak etkiyen meşruluk

süreçleri, hukukun doğal hukuktan pozitif hukuka dönüştürülmesi ve artık değersel inanca dayandırılamaması ölçüsünde sorunlu olmaya başlayacaktır. Bu durumda, bilgi işlemenin bilinçli ve örgütlü süreçleri yardımıyla, siyasi sistemin kendi içerisinde meşruluk üretilmelidir. Siyaset ve idare siyasi sistem içerisinde birbirinden ayrılmalı ve bunlar ussallığın farklı ölçütleri ile işletilmelidirler. Böyle bir içsel farklılaşma ile siyasi sistem, farklılaşmış bir toplumun yapısal koşullarına uygun düşmektedir. Gelişmekte olan ülkelerde siyaset ile idareyi birbirinden ayırmanın zorluğu, o ülkenin toplumunun işlevsel farklılaşması yolunda ciddi bir engel olarak görünmektedir.

Siyaset ile idarenin ayrılmasında hukuk devletinin özgün siyasi koşullarını; yani bir siyasi sistemin, 1) hukukun pozitifleşmesini, 2) devlet ediminin kapsamlı biçimde hukuksal programlanmasını ve 3) bu programların güvenilirli uygulanmasını mümkün kılan bir iç düzenini buluyoruz. İdare kavramı burada geniş anlamıyla, bağlayıcı kararlar hazırlayan bürokratik bir örgütlenme olarak alınmaktadır. Şu halde idare meşruluk üretmek yerine, kurulmuş olan meşruluğu kendi işlerinde kullanan ve dar anlamda siyasi işlevler yükünden kurtarılmış olan bir kurumdur. Aksi durumda idare, edimlerini programa göre yöneltemez. Programlı edimlerin olanaksızlaşması ile de programlama kendi anlamını yitirir. Burada her türlü program anlaşılacağından, hukuk devletinin siyasi koşulunu daha da somutlaştırmak gerekir: Hukuk devleti koşullu programlama biçimlerinin başta gelmesinden oluşur.

Yukarıdaki altı noktada, işlevsel olarak farklılaşmış bir toplumun, hukuk devletinin sürebilmesi için gerekli bulunan görüngülerini, *Niklas Luhmann*'a göre ayrıntılarıyla sıraladım. Bütün bunlara bakıldığında tekrar görülecektir ki, hukuk devleti, siyasi sisteminin kendi özerkliğini kazandığı ve diğer sistemlerin karşılıklı bağımsızlık ve bağımlılık ilişkilerini bir uyum içinde kurabildiği, işlevsel olarak farklılaşmış bir toplumun ürünüdür.

Luhmann'ın, hukuk devletini olanaklı bulduğu bu toplum modelinde *Max Weber*'in biçimsel ussal olarak örgütlenmiş modern toplum açıklamasının ayrıntılarını ve uzantılarını görüyorum. Burada şu soruyu sormak gerekiyor: Meşruluğunu, normatif anlamda maddi hukuk devletinin değersel içeriği bulunan temel hak ve özgürlüklere dayandırmadan üreten bir siyasi sürecin ve bu meşruluğu koşullu hukuki programlar çerçevesinde tüketen idarenin varlığı da, hukuk devletinin varlığının kanıtı ve yeterli koşulu olabilecek midir? Yani hukukunu pozitifleştirmiş olan her toplumsal sistem bir hukuk devletini zorunlu olarak içerir mi? Bu her iki soruya hayır diye yanıt vermelidir. Hukuk devletinin insan hakları ideolojisi ile, hukukun pozitifleşmesi öncesi doğal hukuk döneminin hukuk ve meşruluk anlayışına bir yaklaşma sözkonusu değil midir? Bu soruya da hayır demek gerekecektir. *Max Weber*'e göre olan açıklamalarda olduğu gibi, *Luhmann*'ın işlevsel olarak farklılaşmış toplum sistemlerinde de biçimsel hukuk devleti anlamında yasa devleti aşamasını elbette geride bırakmış oluyoruz. Maddi hukuk devletinin insan hakları içeriği her ne kadar evrensel ve bütün insanlığı kapsayan ilkeler olarak alınsa da, buna dayandırılan bir meşruluk temeli, yine bu yeni toplum işleyişi sürecinde oluşmaktadır. Yani mutlak sayılanın bu mutlaklığını asla ezeli ve ebedi olarak kuramayacağı göreceli süreçlerde meşruluk üretilmektedir. Farklılaşmış toplum, bunu bilen toplumdur. Günümüzde kimi siyasi partilerin ve düşünürlerin ilâhi doğal hukuk düzenine dönüşün mümkün olabileceğini ileri sürmeleri, toplumun bu bilgisini kavrayamamalarından kaynaklanabilir. Ya da bu tür savlar ancak böyle bir farklılaşmaya

henüz yeterince ulaşamamış bulunan toplum düzenlerinde ileri sürülebilir. Böyle bir dönüş, kısmi sistemler arası bağımlılık ve bağımsızlık ilişkisinde *Luhmann*'ın harmoni olarak dile getirdiği dengenin, bu sistemler arasındaki yatay ilişkiyi değiştirecek biçimde bozulmasıyla da mümkün olabilir. Bu, hiyerarşik ve bütünsel toplum yapısına dönüş demektir. İnsan haklarını kendi ilâhi doğal hukuk düzenlerine dayandıranların dayattıkları otoriter ve totaliter siyasi-toplumsal değişime karşı bu temel haklar ve özgürlükler, düşüncede ve eylemde mümkün olabildikleri bu modern toplum yapısının, meşruluk kaynağı olarak kalabildikleri sürece aynı zamanda koruyucu bilinçsel ögeleridir.

Hukuk devleti çağdaş birçok toplumun siyasal ülküsü durumuna gelmiştir. İnsan hakları birçok ülkede günlük siyasi söylemin başta gelen öğesidir. Düşünsel çerçevesi ile Aydınlanma çağının kazanımları olan bu ülküler, yukarıda değindiğim toplumsal değişimleri henüz geçirmemiş olan kimi ülkelerde siyasi seçkinlerin harekete geçirdiği reformlar ve hatta devrimler ile hukuk ve devlet düzenine sokulmaya, eğitim ve öğretim politikalarıyla ülke kültürüne katılmaya çalışılmıştır. Bu girişimlerin en başarılı olanlarından biri elbette Anadolu'da bir bozkır kasabasında hayata geçirilen Türkiye Cumhuriyeti'dir. "Muasır medeniyet seviyesi" olarak algılanan, yukarıdaki ilk iki kısımda ele aldığım bu neden-sonuç ilişkisinde gerçekleşen gelişmelere, bir amaç-araç ilişkisinde ulaşılmak istenmiştir. Ancak buradaki değişimin de motoru, hukukun yukarıdaki anlamda pozitifleştirilmesidir. Bunun ilk devindirici ve devrimsel ifadesi "hâkimiyet bilâkaydüşart milletindir" tümcesidir. Ardından gelen hukuk devrimi önceki doğal hukuk düzeni ile olan bütün köprüleri yıkmıştır. Yetmişbir yılın sonunda Türkiye Cumhuriyeti toplumunun işlevsel anlamda farklılaşmış, kendi kısmi sistemleriyle yatay bir oluşuma geçmiş olduğunu kolaylıkla gözlemleyebiliriz.

III

Hukuk devletinin gözlemsel olarak anlam taşıdığı başka bir bağlam da insana antropolojik bakıştır. Yukarıdaki açıklamaların hiç biri, insana biyo-sosyal gerçekliğinde isabetli bir tanım getirmeden yeterince anlaşılamaz. Toplumsal düzenlerin insanın temel gereksinimleri ile açıklanabileceği düşüncesinden yanayım. Bu gereksinimlerin kalıcı olmasına rağmen düzenlerin ve ilişkilerin sürekli değişmesi bu savın yanlışlığını ortaya koymaz. Fakat biz bütün bu değişimler boyunca bu temel gereksinimlerde ana bir yön bulmuş oluruz. Bu bağlamda hukuk antropolojisinin hukuka ilişkin gerçeklik bilimleri arasında en az onlar kadar önemli olduğunu sanıyorum.

Özellikle hukuk ve siyaset düşüncesi bakımından insanın üç temel gereksiniminden yola çıkabiliriz: Bunlar özgürlük, güvenlik ve eşitliktir[5]. Bunlardan herhangi birine ya da hiç birine gerek duymayan bir insan ve toplum düzenini gözlemlemek veya tasarlamak sanırım olanaksızdır. Özellikle özgürlük ve güvenlik birincil ve toplumsuz da duyumsanabilecek temel gereksinimlerdir. Eşitlik doğallıkla en az iki insanın bulunduğu yerde söz konusu olacaktır. Özgürlük ve güvenlik uğruna kavganın sürmesinin de bir özgürlük ve güvenlik kaynağı olmadığını görerek insan, bu kavgayı sona erdirebilmek için eşitliği zihinsel bir manivela olarak düşünmüş olmalıdır. Ancak çağdaş insan hakları

[5] Bu temel gereksinimlerin hukuk ve devlet düzenleri ile ilişkisi bakımından bkz. *Hayrettin Ökçesiz*, Sivil İtaatsizlik, İstanbul 1994, s.96 vd. ve orada zikredilen kaynaklar

toplumlarından önceki toplum düzenlerinde insanlar, kendi kümelerinde eşit iken bu kümeler arasında hiyerarşik bir eşitsizlik vardır. Endüstri toplumu öncesi toplum tiplerinde bu hep öyledir. Bu basamaklarda üstte duranlar, kendi altındakilerine göreceli bir özgürlük ve güvenlik sağladığına inanılan kümelerdir. Her ne tarzda olursa olsun eşitlik de ikinci sırada olmakla birlikte her dönemde diğerleri kadar temel olan bir gereksinim özelliğindedir. Eşitliğin bir başka tanımı olan Adalet, toplumların tarih boyunca oluşagelen edebi, siyasi ve hukuki metinlerinde sürekli kullanılmış önemli bir sözcüğüdür. Kültür çevremizde bu kavramın hiç telâffuz edilmediği bir toplum ve dönem bulamayız.

Hukuk devleti de insanın özgürlük ve güvenlik gereksiniminin karşılanması için vardır. Hangi yüksek idealleri benimserse benimsesin, insanların özgürlüğüne ve güvenliğine yaramayacak bir devlet ve hukuk düzeninin gerçekçi olabileceğini düşünemeyiz. Herkese pek tabii gelecek olan bu sözlerden sonra, bir devleti insanın özgürlük, güvenlik ve eşitlik gereksinimleri karşısında diğerlerinden ayırarak hukuk devleti yapan koşullara ve özelliğe dönmek istiyorum. Bu koşullardan ilki, insanın bireyselleşmesidir: Onun intisap edip, iltimas gördüğü toplumdan geçilerek, bir individuum durumuna getirildiği yeni, modern toplumdur. Eski giysilerinden soyunan insan artık, insan hakları diye nitelediğimiz bir temel haklar ve özgürlükler giysisini giymek, onu sürekli taşımak zorundadır. Bu giysinin eksik ve yetersiz kaldığı yerde onu koruyan hiç birşey yoktur. Bu bakımdan bütün insanlar eşittir. Görüldüğü gibi buradaki eşitlik yeni bir içerik taşımaktadır; insanın üçüncü temel gereksinimi olan bu öge, temel haklar ve özgürlüklerin ancak kendileriyle sınırlanabildiği ve ancak herkesin ortak iradesiyle gücüne kavuşan bir yasa karşısında herkesin eşitliği anlamını içermektedir. İnsan hakları temelinde pozitifleşmiş bir hukuk karşısında eşitlik, hukuk devletinin anahtar özelliğidir. Bu yeni kavranışı ile eşitlik, insanın temel gereksinimlerini evrensel üstün değerler düzeyine yükseltmekte ve insan haklarının konusu yapmaktadır. Eşitlik düşüncesi bu bakımdan zihinsel bir manivela işlevi görmektedir. *Kaufmann*'ın antropolojik boyutlar getirerek geliştirdiği *Radbruch*'çu hukuk idesi formülü de[6], üç unsuru olan: eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği ile insanın bu üç temel gereksinimine koşut bir ilişki sergilemektedir. Çağdaş demokratik, sosyal hukuk devletinin, herbirinin diğerlerinin tabanında yükseldiği bir üç boyutluluğundan söz edebilirsem, bunlar yine özgürlük, güvenlik ve eşitlik olacaktır. Yalnız, bu yol tek gidişlidir ve özgürlük yönündedir. Özgürlüğe yaramayan bir güvenlik ve eşitlik çabası insanın doğasına aykırıdır. Özgürlük yoksa her şey mubahtır. Şu halde hukuk devleti demokratik ve sosyal devlet tabanında, özgürlük boyutunda yükselen bir yapıdır.

IV

Hukuk devleti evrensel midir, sorusuna verebileceğim yanıtla sözlerimi tamamlamak istiyorum. Önce hiç bir düşüncenin ve dogmanın, oluşumunda ve geçerliğinde tarihsellikten bağımsız olarak anlaşılabileceğini sanmıyorum. Ancak tarihselliği yanında yerel de kalan toplumsal oluşumlar vardır. Şu halde evrensellik zamansal değil, ilk önce mekânsal bir kavramdır. Bu anlamında yeryüzünün bütün ülkeleri için bir geçerlilik

[6] *Arthur Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, b.y.: Einführüng in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, hazırlayanlar: A. Kaufmann, W. Hassamer, 5. baskı, Heidelberg 1989, s. 95

iddiasındadır. Hukuk devletinin toplumsal ve siyasal önkoşullarını ele alırken, bu gelişimin özellikle Avrupa kıtasında 18. Yüzyıldan başlayarak ortaya çıktığını gördük. Bu koşulların, oluşup geliştiği başka toplumlarda da bir devlet ve hukuk düzeni olarak gerçekleştiğini biliyoruz. Bu koşulların henüz gündeme gelmediği ülkelerde hukuk devleti özleminin siyasi muhaliflerce ısrarla savunulduğunu ya da iktidarı ele geçirmiş bulunan devrimciler veya reformcular tarafından toplumsal ilişkilere yasakoyucu düzenlemelerle zorlandığını da biliyoruz. Normatif olanın olgusal etkisi ile hukuk devletine ulaşılmak istenmektedir. Yeryüzünde hemen herşeyin dolaşımında engellerin giderek silindiği çağımızda, başarılı bir üretim, yönetim ve hertürlü başarılı varoluş tarzı, diğer toplumların bunları öğrenme ve uygulama arzularını kamçılamaktadır. Bu da pek tabiidir. Doğu ve Batı kültürleri arasında her iki dili, ya da her iki elini kullanabilen ya da kullanmak zorundaki bir toplum olan ülkemizde, insan hakları ve hukuk devleti tartışmalarını izlediğimizde, batının alternatifi olarak sunulan dinsel argümanlarda bile bu her iki temel kavramın hakikisinin kendi inanç sistemlerinde bulunduğu iddia edilmektedir[7]. Bu yaklaşım dahi insan haklarının ve hukuk devleti düşüncesinin kültürlere ve çatışan dünya görüşlerine ortak bir hedef olarak yaygın biçimde nüfuz ettiğini göstermektedir. Dünyanın bütün insanları kendi toplum sistemlerinin sağladığından daha nitelikli özgürlük ve güvenlik düşleyebilirler. Temel insan hakları ve özgürlükleri ile çağdaş hukuk devleti kavramları, insanlığın çağdaş bilinç içeriğinin ortak yapı taşları olarak, dünya toplumunu hazırlamaktadır. Hukuk Devletinin siyasal ve toplumsal koşulları, modeller olarak gerçekleşmiştir ve yayılmaktadır. Bu toplum modellerine kavuşmuş ülkeler, diğerleri karşısında üstün bir konumda yer almaktadır. Bu üstünlüğün algılanması da onun evrenselleşmesi sürecinde önde gelen bir etmendir.

Zusammenfassung

Ich beschränke hier meine Erläuterungen besonders auf den Begriff und auf einige soziologisch und anthropologisch beobachtbare Bedingungen des Rechtsstaats. Damit bezwecke ich für den "lebenden" Rechtsstaat einige Vorverständnisse zu skizzieren.

Dem Begriff "Rechtsstaat" begegnen wir als einem Kampfbegriff der neuen Klasse der neuzeitlichen Gesellschaft gegen den Staat. Der Staat und seine Verwaltung wird durch das Gesetz gezügelt. Hier ist von einem sich von anderen Gesetzesverständnissen besonders unterscheidendem Gesetzesbegriff die Rede. Neben der Allgemeinheit und Dauerhaftigkeit hat er noch eine wichtigere Eigenschaft, die dessen Staat zum "Rechtsstaat" macht: die politische Herrschaft gebührt ohne Einschränkung und Bedingung der Nation. Die Grundrechte und -freiheiten als Grund und Früchte der Revolution dürfen niemals in ihrem Kern verletzt werden. Wenn sie eingeschränkt werden müssen, so entscheidet darüber allein die Nation selbst durch ihre Vertreter. Diese Verfügung der Nationalversammlungen heißt "Gesetz". Das Gesetz, das die Freiheit und das Eigentum des neuen dritten Standes sichert, den Staat unbedingt und ausnahmelos bindet und sich jedem weiteren moralisch-materiellen Anspruch verschließt, wird wohl -in seiner Entwicklung- als eine wichtige Erscheinung der formalen Rationalität des Kapitalismus zu verstehen sein. Der formale Rechtsstaat ist für

[7] *Hüseyin Hatemi*, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989

dieses nichts anders als der Staat, der zu seiner Durchsetzung den oben genannten erzwingenden Apparat darstellt.

Der ethisch notwendig angesehene Mindestgehalt führt uns in Begleitung der gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen, die den Staat zwingen, auch sozial zu sein, zum Begriff des materiellen Rechtsstaats, der dem Rechtsstaat neben Formalität auch wertlichen Inhalt gedeihen läßt. Ich denke, bei dieser Unterscheidung des formalen und materiellen Rechtsstaats, die vielleicht der *weber*schen Dichotomie von materieller und formaler Rationalität zu entsprechen scheint, bildet der materielle Rechtsstaat als das Erzeugnis der gesellschaftlich-politischen Transformation kein Zurück zum Beginn der Rationalität im *weber*schen Sinne. Sondern im Gegenteil kann er, auf einem durch einen spiralförmigen Fortschritt erreichtem Stadium, auf dem die aus dem Begriff der "unantastbaren Menschenwürde" abzuleitenden universellen Grundrechte zum Hauptzweck des modernen Staates (Z.B. im Art. 1 des Grundgesetzes der BRD und in Art. 2 der Verfassung der Türkischen Republik) gemacht werden, durch eine weitere materiell rationale, also wertorientierte Handlung erklärt werden. Die Menschenrechte dürfen demgemäß in keiner gesatzten Norm als Mittel zu irgendwelchen weiteren Zwecken mißbraucht werden. Das faktische Bewußtsein der Bürger in der modernen Gesellschaft würde konsequenterweise einen solchen Mißbrauch als die Folge einer vor jeglicher Sinngebung und Sinnfindung abstrahierten formalen Rationalität nicht tolerieren. Die Sinnfrage läßt sich für den Menschen teilweise in der neuen Ideologie der Menschenrechte derart lösen, daß die neuere moderne Gesellschaft und deren materieller Rechtsstaat sich die Menschenrechte zum Endzweck machen, bzw. sich dann um ihretwillen auch wertrational verhalten würden. Wenn wir diese Annahme nicht bejahen können, dürfen wir in keiner Weise von einer Rationalität sprechen. Am Ende dieses Jahrtausends wird die moderne Gesellschaft im Hinblick auf die Menschenrechte aus ihrer formalen eine materielle Rationalität entwickeln müssen. Oder andernfalls wird sie in eine unvergleichbare Irrationalität verfallen.

Hier möchte ich noch eine andere wichtige Anlyse der gesellschaftlich - politischen Vorbedingungen des Rechtsstaats kurz skizzieren und zur Diskussion stellen: Ich glaube, die funktionell-strukturelle Systemtheorie *Niklas Luhmanns*, der in unserem Lande wenig bekannt ist, ist für die soziologische Erklärung des Rechtsstaats besonders beachtenswert. Nach ihm ist das ausgeprägte Merkmal des Rechtsstaats die Positivierung des Rechts. Im Rahmen obiger Erläuterungen könnte man den Rechtsstaat als das Erzeugnis einer Gesellschaft betrachten, die funktional ausdifferenziert ist. In einem solchen System erlangt die Politik genauso wie die anderen Teilsysteme ihre eigene Autonomie in einer harmonischen Interdependenz und Independenz. Rechtsstaat ist also der Staat einer horinzontal organisierten Gesellschaft, oder m.a.W. einer Zivilgesellschaft.

Bei diesem Geselschaftstypus, in dem *Luhmann* den Rechtstaat allein für möglich hält, sieht man die Details und Konzequenzen der weberschen Erklärung der formal-rational onganisierten modernen Gesellschaft. Hier läßt sich fragen, ob die Existenz eines politischen Prozesses, der ihre Legimitität - ohne sie auf die Grundrechte und -freiheiten als den Inhalt des materiellen Rechtsstaats zu stützen - produziert, und der Verwaltung, die diese Legitimität im Rahmen juristisch konditionaler Programme in Anspruch nimmt, die ausreichende Bedingung und den Beweis des Rechtsstaats bilden kann, oder ob m.a.W. jedes Gesellschaftssystem, das sein Recht positiviert hat, einen Rechtsstaat im

heutigen Sinne unbedingt impliziert. Diese Fragen müssen mit "Nein" beantwortet werden. Die Frage, ob mit dieser Ideologie der Menschenrechte als dem Inhalt des Rechtsstaats von einem Zurück zum Naturrecht und seinem Legitimitätsverständnis schon vor dem Stadium der Positivierung des Rechts nicht die Rede sein könnte, muß ebenso verneint werden. Genauso wie bei den *weber*schen Erklärungen ist auch in den funktionell differenzierten Gesellschaftssystemen in *Luhmann*s Sinne der formale Rechtsstaat eigentlich als Gesetzesstaat sicherlich hinter uns geblieben. Selbst wenn die Menschenrechte als materielle Grundprinzipien des Rechtsstaats universell und als einen auf die ganze Menschheit bezogenen Inhalt des modernen Staats verstanden würden, entsteht die darauf basierende Legitimität ohne Zweifel im Laufe eines Prozesses, der in seiner Struktur und Funktion unabhängig von inhaltlichen Momenten ist. Die Legitimität wird durch die Prozesse erzeugt, in denen das als absolut Angesehene niemals in der Lage sein wird, ewige Geltung zu besitzen. Die ausdifferenzierte Gesellschaft ist die, die sich dessen bewußt ist.

Diese Ideen, die als Produkte der Aufklärung des neuzeitlichen Westens anzusehen sind, wurden in anderen Ländern, die die oben geschilderte gesellschaftlich-politische Entwicklung noch nicht erlebt hatten, von führenden Köpfen durch Reformen oder sogar Revolutionen in die eigene Rechts- und Staatsordnung eingeführt. Sie sind durch angemessene Erziehungs- und Ausbildungspolitik in der allgemeinen Kultur des Landes verwurzelt. Unter diesen Versuchen ist vielleicht der Erfolgreichste die Türkische Republik. Mit dem Zauberspruch (es hieß damals im alten Türkischen) "Muasır Medeniyet Seviyesi" wollte man die gesellschaftlich-politischen Entwicklungen in den westlichen Gesellschaften, die in einem wie oben skizzierten Prozess enstanden sind und immer in einem Kausalnexus durch *causa efficiens* erklärt werden, hier in einem Zweck/Mittel Kontext erwägen und durch die Logik des *causa finalis* für die eigene neue Welt deuten. Die Ursachen dort wurden hier zu Mitteln. Auch hier ist der Motor der erzielten Entwicklung die Positivierung des Rechts. Nach einundsiebzig Jahren ist nun hier in diesem Land eine funktionell ausdifferenzierte, mit ihren entwickelten Teilsystemen eine horizontale Struktur aufweisende Gesellschaft zu beobachten.

Ein anderer Kontext, in dem der Rechtsstaat eine empirische Bedeutung trägt, ist die rechtsanthropologische Beobachtung der *conditio humana*. Die obigen soziologischen Erklärungen können nicht ausreichend verstanden werden, wenn der Mensch in seiner bio-sozialen Wirklichkeit unvollständig definiert wird. Daß die gesellschaftlichen Ordnungen und Verhältnisse sich nach Ort und Zeit ständig ändern, während die Grundbedürfnisse immer die Gleichen bleiben, kann uns nicht zum Schluß führen, diese Annahme sei unrichtig. Die gesellschaftlichen Wandlungen betrachtend sehen wir, daß das Erleben und die ständige Befriedigung der Grundbedürfnisse der Fortbewegung einer Spirale gleichen. Sie funktioniert, indem diese Bedürfnisse irgendwie immer gestillt werden, d.h. solange sie sich nicht in einen *circulus vitiosus* umwandeln. Ein solches Ende würde auch das der menschlichen Existenz bedeuten. Aus all diesen Gründen glaube ich, daß der Rechtsanthropologie eine ebenso wichtige Bedeutung zukommt, wie den anderen Wirklichkeitswissenschaften.

Besonders aus der Sicht der Rechts- und Sozialphilosophie können wir von drei Grundbedürfnissen des Menschen ausgehen: sie sind *Freiheit*, *Sicherheit* und *Gleichheit*.

Es ist scheinbar unmöglich, eine Gesellschaft und einen Menschen zu beobachten, der irgendeines dieser Grundbedürfnisse nicht kennen würde.

Auch die Formel von *Kaufmann*, die den *Radbruch*schen Begriff der Rechtsidee mit den anthropologischen Gesichtspunkten bereichert, zeigt mit ihren drei Elementen von *Gleichheit*, *Zweckmäßigkeit* und *Rechtssicherheit* eine Parallele zu diesen hier genannten Grundbedürfnissen. Dem modernen, sozialen Rechtsstaat sind auch drei Elemente als seine Dimensionen eigen, die ich wieder als Freiheit, Sicherheit und Gleichheit benennen darf. Die Richtung ist aber eine Einbahnstraße und zeigt auf das Ziel der Freiheit. Gleichheit und Sicherheit, die zur Freiheit nicht führen, wiedersprechen der Meschennatur. Denn, gibt es die Freiheit nicht, so ist alles erlaubt. Der Rechtsstaat steigt also auf der Basis der demokratischen Länge und sozialen Breite in seiner Dimension der Freiheit empor. Diese drei Trias: als drei Elemente der Rechtsidee, als drei Grundbedürfnisse des Menschen und als drei Dimensionen des Rechtsstaats bilden die Fäden eines Gewebes, in das die heutige Rechts- und Staatsordnung eingebettet sein sollte.

Auf der faktischen Kraft des Normativen will man die moderne Rechts- und Staatsordnung aufbauen. In unserem Zeitalter, in dem die Zirkulation aller ideellen und materiellen Güter und Kommunikationsinhalte zwischen Ländern im Verhältnis zu früheren Zeiten mit sehr wenigen Hindernissen geschieht, lassen jede Art und Weise erfolgreicher Produktion und Staatsführung, jeder erfolgreiche individuelle wie auch kollektive Seinsmodus die anderen Gesellschaften, Gruppen und Individuen danach streben, sie zu erlernen und zu praktizieren. Das ist sicher ganz natürlich. Wenn wir in unserem Land, das zwischen den westlichen und östlichen Kulturen beide Sprachen sprechen und beide Hände gebrauchen muß und es daher auch mittlerweile kann, die langen Diskussionen über Menschenrechte und Rechtsstaat verfolgen, begegnen wir selbst bei den religiösen Argumenten, die als kulturelle Alternativen für islamische Länder ausgearbeitet werden, öfters der Behauptung, daß der wahre Rechtsstaat und die wahren Menschenrechte dem Islam entspringen. Solches Argumentieren zeigt, daß die Idee der Menschenrechte und des Rechtsstaats als gemeinsames Ziel in die rivalisierenden Kulturen und Weltanschaungen tief eingedrungen ist. Alle Menschen der Erde sind sicher in der Lage, sich qualitativ viel bessere Freiheit und Sicherheit vorstellen zu können, als sie ihnen die eigenen Gesellschaftsstrukturen anbieten. Die Begriffe von Grundrechten und -freiheiten des Menschen wie auch des modernen Rechtsstaats bereiten als die gemeinsamen Grundsteine der heutigen Bewußtseinsinhalte der sich mehrenden Weltbürger die kommende globale Zivilgesellschaft vor. Die gesellschaftlichen und politischen Bedingungen des Rechtsstaats liegen als realisierte Modelle allen vor Augen und verbreiten sich in der Welt mit notwendigen Modifikationen je nach dem Kulturkreis. Die Wahrnehmung der funktionellen Überlegenheit dieser Modelle ist ein wichtiger Faktor ihrer Universalisierung.

Abstract

In the midst of our general struggle against the state, the concept of a "the rule of law" presents us with a paradox. The state and its administraiton are directed by law. However in the case in question the nature of the laws are different. In order for a state to be truly governed by the rule of law, it must posess one special charactaristic namely: absolute

sovreignty belongs to the people. Accordingly the resultant basic rights and freedoms are universal and can only be limited by the representatives of the people. It is such acts of this peoples parliement that are correctly called "statutes".

Using modern terms we could describe these concepts as legal positivism and the rule of law. Both of which were concepts posited by *Weber* when reflecting on these matters.

However, according to recent legal thinking, concepts of ethics must play their part in the rule of law, and thus bring about the developement of social and political rights. This conclusion affects both the internal and external aspects of the "rule of law" and in my view, rather than taking us back to *Weber*, it takes us beyond to a point where the state, in order to preserve human sanctity, becomes the guardian of Universal human rights. (eg Constitution of the Republic of Germany, article 1/1, and the Turkish Constitution, article 2)

On the other hand when the rule of law is established within a political system, then it can be a useful tool for social change. Indeed I see the model of the rule of law in society which *Luhmann* proposed, as being only the modern manifestation of *Webers* basic hypothesis. A further aspect linked to the implications of the rule of law is that of human anthropology. It is particularly the case that from the perspective of Law and Politics there are three necessities to be afforded to human beings: These are freedom, security and equality. Indeed both freedom and security are basic human needs preceived by individuals regardless of community. Furthermore, in order to see that fighting to attain freedom and security does not produce these goals, rather the opposite, society must accept that only in fully understanding human equality will such strife be ended. However, in society prior to human rights in their modern form, whilst people were seen as equal in their own class, among the classes there was heirarchy and inequality. Those who were at the top defended their positions on the basis that is was their presence which ensured freedom and security for the lower-classes. Yet no matter the situation equality remained as secondary to other considerations.

The role of the rule of law is also, to provide the necessary freedom and security to human beings. Whatever the basis of its ideology it would be difficult to conceive of true government or the rule of law which did not intend to benefit the freedom and security of human beings.

Of course having said this, it is the case that governments, by the use of rules and conditions, distinguish between individuals and their freedom, security and equality, one from another, it is to these conditions that I wish to turn again. The first of these situations is refered to as the process of individualisation: It is modern society which has brought about this phenomena. Having shed his former clothing, modern man is constantly being required to wear the clothing of basic rights and freedoms known as human rights. Where there are holes or deficiencies in these garments there is nothing to cover them. In this respect all men are equal. In this instance it can be seen that equality has a further dimension: Thus it is only when an individual's basic rights and freedoms are necessarily limited in relation to other individuals by common consent, that third essential, equal in law can have proper meaning. At the heart of human rights is the concept of equality before the law, this is the key feature of the rule of law. This view speaks of the universality of human rights and the vital role of equality. Thus from such a

point of view its role is eminently practical. Indeed *Radbruch*, developing the thought's of anthropologist *Kaufmann*, comes up with a threefold statement: Provided there is appropriate equality and legal security, mankind can be said to have these three basic requirements. In terms of the modern, democratic and social rule of law these would still be designated, freedom, security and equality. It is only by taking this route that freedom will be achieved. Without freedom everything is lost. In this case where the rule of law and democracy are being established, so with equal force must the boundaries of freedom. (Translated by J.B.)

Sami Selçuk - Teşekkür ederiz. Bugün birbirinden güzel bildiriler dinliyoruz. Bu bildirinizi Cumartesi günü, oybirliğiyle bir karar alırız, hükümete postalarız. Çok güzeldi. Yalnız ben üç sözcüğe karşı savaş açtım. Onu duyurmak isterim. Birisi "kısıtlı". Bu hacirli anlamına geliyor; mahcur... Yerinde kullanılmıyor Türkiye'de bunun yerine "sınırlama" demek gerek. İkincisi, "neden olmak" sözcüğü kakafonik; kulağıma hiç hoş gelmiyor, "yol açmak" demek daha uygun. Üç, "çözümlemek" sözcüğü Türkçede yanlış kullanılıyor. Herkes de kabul etti, "çözmek" demek gerek. Çözümlemek, tahlil etmek anlamında. Bunu da duyurmak istiyorum. Savaş açtığım bir sözcük daha var benim; "siyaset" sözcüğü. Ben de çok kullandım, "siyasal" filân ama, kökeni hoşuma gitmiyor; "seyis"ten geliyor biliyorsunuz, yani at bakıcısı. Demek ki Osmanlı kendisini hep seyis olarak görmüş, tebaasını da başka bir şey görmüş. Hoşlanmıyorum. Onun için "politika", "politik" diyorum. Teşekkür ederim.

Efendim son konuşma sayın *Atalay*'ın. Buyrun efendim, söz sizin.

Ahmet Halûk Atalay

Türkiye'de Hukuksal Olgu Araştırması

Giriş

Toplumsal yaşayışın bir görünümü olarak hukuk, aynı zamanda kendisine ilişkin çok farklı türde dizgeli bilgisel etkinliğin de araştırma nesnesidir. Sözkonusu etkinlikler kabaca "hukuk bilimleri" başlığı altında toplanabilirler.

Bu anlamda, kendisi de dolaysız toplumsal karakter taşıyan bilimin gene bir toplumsal olgu olan hukuku konu edinişinin günümüzdeki görünümü, hem bir işbölümünün hem de bir farklılaşmanın ve giderek ayrışmanın zorunluluğunu içermektedir. Bu işbölümü ve farklılaşmanın hukuksal bilgi alanındaki artık görece kararlılık kazanmış yansıması ise, hukukun bir normatif dizge olarak "işleyişinin" bilgisini üreten dogmatik hukuk disiplinleri ve hukuku bir "toplumsal olgu" olarak ele alıp ona dışşsal kalan hukuka ilişkin bilimler ayrımıdır. Gerçi bu ayrımda ikinci kümeyi oluşturan disiplinlerin de konusu bir bakıma "yasallıklar" oluşturmaktadır; nedir ki bunlar hukukun oluşum ve işleyişinin de uyruk olduğu toplumsal ilişkilere dair düzenliliklerdir.

Bütün hukuksal yasalar yürürlüklerini; uygulanışlarını ya da uygulanamayışlarını; etkililiklerini ya da etkisiz kalışlarını; konulmalarıyla amaçlanan sonuçlara ulaşılmasında elverişli ya da elverişsiz oluşlarını uyruk oldukları bu düzenliliklere uygunlukları ya da uygunsuzluklarına borçlu olmakla kalmazlar, bu sözkonusu düzenliliklerin içeriğini de şu ya da bu doğrultuda etkilerler. Bu karşılıklı etkileşimin gerçek içeriği ve olası yönelimleri, toplumsal yaşayışın diğer olgu ve sürecleri gibi hukuksal olgu ve süreçleri de özgün yöntem ve yordamlarla araştırma hatta, eğer olanaklıysa bunları öngörme-giderek, belki de etkileme-amaçlı bilimsel disiplinlerin varoluşuna temel oluşturur.

Bütün bu araştırma ve uygulama etkinliklerinin temel güdüsü, hukuksal olguya ilişkin olarak, gerek hukukçu eğitimi ve hukuk bilimi öğrenimi gerekse en geniş anlamında toplumsal düzenleme politikalarının isterlerini karşılayabilecek bilimsel bilginin elde edilmesidir. Hukuksal olgu araştırmalarının güncelliğini sağlayan ise ikincisi; yani başta yasama olmak üzere hukuk normlarının kuruluşuna ya da işleyişinin düzenine ilişkin yordamsal bilgi üretebilmektir. Çünkü böylesi bir bilgi ancak, hukuku bir toplumsal olgu olarak belirleyip ona dışsal kalan bir görüş açısının ifadesi olabilir.

I- Hukuksal Olgunun Bilgisi

Olgular ya da süreçler üzerine izlenimler ya da sanılardan kaynaklanan "bilgi" ile, bunlar üzerine yöntemli bir araştırmanın mantıksal tutarlılığa sahip bilgisi arasındaki ayrım, denebilirse, tüm bir bilimsel etkinliğin varoluş nedenidir. Daha ilk elde yapılan bu saptama, bilgi türleri konusundaki bir ayrıma dayanır. Böylesi bir ayrım hukuksal olanın bilgisi için de geçerli olacağına göre, hukuksal olgu üzerine de adi, bilimsel ve felsefi bilgi olanaklıdır. Felsefi bilgi bir yana, hukuksal olgunun adi ve bilimsel bilgisini ayırdetmek; hukuksal olgu üzerine bilindiği sanılanla, hakikilik değeri bilimsel araştırma yöntemlerince güvenceye alınmış olanın niteliksel farklılığını belirlemek demektir. Öyleyse, bir hukuksal olgu araştırmasının temel amacı, araştırılan olgu hakkında duyu

verilerine, bireysel yaşam deneyimlerine ya da bunların kuşaklar boyunca yığışmasından oluşan ortak inançlara dayalı; yüzeysel, düzensiz ve mantıksal tutarlılığı güvenceye alınmamış adi bilgi yerine, vardığı sonuçların sınanması ve kanıtlanması olanaklı, aynı yöntemlerle araştırıldığında kendisi hakkında aynı sonuçlara ulaşılan, mantıksal tutarlılık arzeden, nesnel bilgiye ulaşmaktır. (Topçuoğlu, 1963; 119-130). Hukuka ilişkin toplumsal araştırmanın varoluş nedeni de budur, toplumsal veriyi hukuksal bilginin kurucu bir unsuru olacak biçimde kullanılabilir duruma getirmek.

Hukuksal olgu(lar) araştırması "değiştirerek, biçimlendirerek etkileyen ve etkilenerek değişen, gelişen bir sosyal bir kurum olarak hukukun toplumsal gerçekliğinin araştırılması" (Ökçesiz, 1986; 65) olarak tanımlanabilir.

Böyle bir tanım, "hukuk araştırması" ifadesinin geleneksel içeriğinden oldukça farklı unsurlar içermesiyle ayırdedicidir. Sözkonusu olan, bir normatif dizge olarak hukukun incelenmesini konu edinen dogmatik hukukun benimseyegeldiği kavramsal - çözümleyici yöntemden farklı olarak (Eisenmann, 1954; 34), hukukun, diğerleri gibi bir toplumsal olgu olarak araştırılmasını konu edinen hukuka ilişkin bilimlerin - gerçeklik bilimlerinin - yöntemlerinin benimsenmesine dayalı bir araştırma etkinliğidir. Böylece hukuksal olgu araştırması, kendilerinden hukuksal kuralların kaynaklandığı toplumsal, siyasal ve başkaca etkilerin araştırılıp denetlenmesini sağlamaktadır. Açıktır ki böyle bir bilgi dogmatik hukukun kavramsal - çözümleme tekniklerinden çok başka araçlarla gerçekleştirilebilir. Çünkü kavramsal çözümlemeyle elde edilebilecek olan, olgunun değil kavramın atfedilmiş bilgisidir.

Belirli bir hukuk normunun kavramsal çözümlenişi, ancak onun unsurları ve kavramsal iç düzenine dair bir bilgiyi olanaklı kılar. Hukuksal olgunun bilgisi ise, gözlemlenmeye ve ölçmeye görece elverişli bir nesnelliği konu edinir (Armağan, 1983;29). Ancak sözkonusu normun, örneğin aynı zamanda etkili bir hukuk normu olup olmadığı sorusunu doğası gereği yanıtlayamaz. Belirli bir hukuk normunun etkililiğinin o normun ussal yapısından değil; bizzat toplumsal ilişkiler içerisindeki işlevinden, dolayısıyla bir norm olarak değil, ama bir toplumsal olgu olarak çözümlenmesinden türetilebilir.

Bu bakımdan, hukukun etkililiği sorunu özellikle İkinci Genel Savaş sonrası bilimsel programı görgül araştırmalarca belirlenen hukuk sosyolojisinin ana temalarından birini oluşturmaktadır (Treves, 1966;22).

II- Türkiye'de Hukuksal Olgu Araştırmaları

II. 1. *Tematik Örnekler*

Ülkemizde 1970'lerden sonra toplumsal bilimlerde çeşitli yordamlarla yapılan görgül çalışmaların sayıca ve türce çeşitlenmesi (Gökçe, 1992;28); (Akşit,1986;195-232), hukuk alanında da yansıma buldu. Bunlar sayıca çok olmamakla birlikte, aşağıda değineceğim örneklerle de sınırlı değildirler. Örneklenecek bu üç araştırmanın, ayrıca yayınlanmış olmak; akademisyen hukukçularca gerçekleştirilmiş olmak; Türkiye'deki hukuksal olgu araştırmalarının tematik yönelimleri hakkında fikir vermek gibi nedenlerin dışında, seçilişlerinin asıl nedeni, hukuk sosyolojisi alaninda çalışmayan hukukçularca da, hukuksal olgu araştırması denildiğinde akla ilk gelenler olmalarıdır.

II.1.1. *Kurucu bir çalışma*: "Meslek Olarak Hukuk Ve Siyasette Hukukçu"

II.1.1. *Konu, amaç, kapsam:*

Çalışmanın amacı, bir meslek olarak hukukçuluğu ve bu mesleğin üyelerinin kimi toplumsal özelliklerini incelemek, ayrıca hukukçuların siyasal yaşamdaki etkilerini ortaya koymak olarak belirlenmiştir. Hukukçu politikacının prototipinin avukatlık yapanlar olduğu belirlendikten sonra, araştırmanın monografik bölümü Gaziantep Barosuna bağlı avukatlar arasında-araştırma evreninin % 90 ını kapsayan bir örneklem ile-gerçekleştirilmiştir.

II. 1.1.2. *Verilendirme:*

Verilendirmenin dayanağını, TBMM albümleri, Adalet ve Eğitim istatistikleri ve 19 sorudan oluşan bir mülâkat formu oluşturmuştur.

II- 1.1.3. *Kimi bulgular:*

Araştırma, hukukçuların siyasal yaşamda, özel olarak da yasama organındaki yer ve rollerine ilişkin genel çıkarsamalar elde etmenin ötesinde, bir de avukatların siyasal yönelimlerine ilişkin anlamlı sonuçlara varmıştır.

Örneğin, avukatların siyasal yaşama etkin katılım nedenleri, ilgili ankete verilen yanıtların oranı bakımından şöylece sıralanmıştır:

1.a) meslek konusu	% 67.4
1.b) mesleki menfaat	% 67.4
2. temas alanı	% 34.8
3. mesleki fonksiyon	% 39.5
4. kamu hizmeti sorumluluğu	% 37.2
5. kolaylık	% 20.9
6. statü kazanmak	% 9.3

(denekler aynı soru için birden çok seçenek belirtmekte serbest bırakılmışlardır)

II.1.2. *Yarı işlenmiş olgusal veriden kuram çıkartma çabası :* "Şehirleşmenin Doğurduğu Ceza Adaleti Sorunları"

II.1.2.1.*Konu, amaç, kapsam:*

Türkiye için kentleşme, hem kent kavramı içinde değerlerdirilegelen birimlerin genişlemesi, hem de kırsal yerleşim birimlerinin bu sürece dahil olması anlamına geldiğinden, bu sürecin canlı etkilerini ortaya koyduğu dönemler aynı zamanda toplumsal araştırmaların da ilgi odağında yer almışlardır.

İşte 1972 yılında Uluslararası Karşılaştırmalı Kriminoloji Merkezinin de önayak olmasıyla İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza ve Kriminoloji Enstitüsünün "Şehirleşmenin Doğurduğu Ceza Adaleti Sorunları" konulu sempozyum, bu konuya ilişkin hukuksal olgu araştırmalarına da vesile olmuş ve sempozyuma sunulan 5 değişik araştırma raporu konunun değişik görünümleri üzerinde odaklanmışlardır. Rapor başlıkları bu konuda fikir verebilirler:

- "Türkiye'de Şehirleşmenin Ana Nitelikleri ve Ceza Adaleti Yönünden Yol Açabileceği Sorunlar" (Prof. Dr. Çetin Özek) ;
- "Şehirleşme ve Suç" (Prof. Dr. Nevzat Gürelli);
- "Hızla Şehirleşen ve Sanayileşen Bir Küçük Şehir Toplumunda Suçluluk" (Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer);
- "Şehirleşme ve Zabıta" (Prof. Dr. Erol Cihan);
- "Türkiye'de Şehirleşme ve Ceza Adaleti" (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat);

Araştırmalar, genellikle kent suçluluk tipinin belirlenmesi; yağma, hırsızlık ve dolandırıcılığın kent suçluluğunu temsil ettikleri ön kabulünden hareketle, kentleşmeye yönelik nüfus hareketleri ile bu suç türlerinin oransal ilişkileri; sanayileşmenin suç ve suçlu davranışına etkileri; kent suçluluğuna özgü kolluk önlem ve örgütlenmesi: ceza koğuşturma ve yargılamasına ilişkin adli yapı ve süreçler; ceza mahkemelerinin iş yükü ve benzeri konuları işlemişlerdir.

II.1.2.2. *Verilendirme*:

Raporlarda geniş ölçüde, adli ve demografik istatistiklerden, polis kayıtlarından ve olgu çözümlemelerinden yararlanılmıştır.

II.1.2.3. *Kimi bulgular*:

Farklı görgül verilerin kullanılmasına karşın, araştırmaların yapıldığı dönemde, kent suçluluğunu temsil ettiği varsayılan suç tipleri bakımından, kentleşme ile suçluluk arasında ya kesin bir doğrusal bağıntı kurulamamış ya da böyle bir bağıntının kurulduğu noktalarda, beklenilenin tersine; kentleşme arttıkça göreli olarak suç oranlarının azaldığı gibi ilginç bir sonuca varılmıştır.

II.1.3. *Davranışçı olmayan bir davranış araştırması:* " Siyaset Ve Anayasa Mahkemesi"

II.1.3.1. *Konu. amaç, kapsam:*

Araştırma, David Easton'un geliştirdiği "siyasal sistem" modeli ile yüksek yargı organlarının işleyişi ve yargıçların kararlarını incelemeye yönelik "davranışçı" modelin daraltıcı etkilerinin geniş ölçüde aşılabileceği değerlendirmesiyle yola çıkıp, Türk Anayasa Mahkemesine bir alt siyasal dizge olarak yaklaşmıştır.

Siyasal Sistem Kuramının AYM üzerinde sınanmasında başlıca iki amaç güdülmüştür. İlkin, genel siyasal sistemin AYM'den beklediği siyasal iktidarı frenleme ve düzenin temel değerlerini koruma işlevinin ne ölçüde gerçekleştiğini saptamak; ikincisi ve daha önemlisi, Siyasal Sistem Teorisinin AYM'nde uygulanması ile gerçekleştirilecek kuramsal katkı.

Araştırma tümüyle davranışçı bir düzleme oturtulmadığı için araştırma evreni de salt AYM yargıçlarıyla sınırlı tutulmamıştır. AYM'nin kararları, AYM üzerine genel kamuoyu tepkisi de araştırmanın kurucu unsurları arasında yeralmıştır.

II.1.3.2. *Verilendirme:*

Araştırma kabaca, iki tür veri grubundan yararlanmıştır. İlkin, AYM'nin kurulmasından

önce siyasal iktidarın denetleniş yollarının tarihsel gelişimini belgeleyen hukuksal metinlerden bilimsel araştırmalara dek genişçe bir tarihsel malzeme değerlendirilmiştir. İkinci olarak, AYM'ne ilişkin kimi somut verilerin derlenmesi gerçekleştirilmiştir. Bu amaçla, AYM kararları; AYM üyelerinin toplumsal kimliklerini ortaya koyacak bireysel anketler; AYM kararları ile bunların konuları arasındaki bağlantıları ortaya koyma amaçlı istatistik teknikler; mahkemenin kamuoyundaki imajını ölçen anketler; mahkemeye ilişkin olarak yazılı basındaki haberlerin taranması gerçekleştirilmiştir.

II.1.3.3. *Kimi bulgular:*

Araştırmanın başlıca varsayımlarının sınanması şu sonuçlara ulaşılmasına olanak sağlamıştır:

a- AYM'nin siyasal iktidarla çatışması sistem-içi kalmıştır.

b- AYM, demokratik, sosyal bir hukuk devletinin beklentilerine uygun davranmıştır.

c- AYM, ana siyasal sistem açsından bir "emniyet sübabı" işlevi görmüştür.

II. 2. *Yargıç araştırmaları*

Türkiye'de sınırlı sayıdaki hukuksal olgu araştırmasının bir başka ıralayıcı özelliği ise, yargıçlar üzerine yapılanların diğerlerine oranla yinelenme eğilimine sahip olmalarıdır.

Bunlar, 1970 yılında yayınlanan Alev Coşkun'un "Danıştay üyeleri üzerine Bir İnceleme" si (Coşkun , 1970); 1974 yılında yayınlanan Gencay Saylan'ın Danıştay üyelerinin toplumsal köken ve tutumlarına ilişkin pek çok toplumsal veriyi aktardığı bir siyaset bilimi çalışması olan "Türkiye'de Kapitalizm, Bürokrasi ve Siyasal İdeoloji" adlı incelemesi (Şaylan, 1974); Artun Ünsal'ın Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi yargıçlarıyla ilgili olarak gerçekleştirdiği "Yüksek Mahkeme Yargıçlarımızın Toplumsal Kimlikleri Üzerine Bazı Veriler" başlıklı araştırmasıdır. (Ünsal, 1977).

Anılan bu üç örnekten Şaylan'ınki doğrudan doğruya yargıç davranışları üzerine özgül veriler üretmeyi amaçlamamakla birlikte, bir bürokrasi sosyolojisi bağlamıyla Danıştay yargıçlarının toplumsal kimlik ve konformiteleri üzerine anlamlı veriler sunmaktadır.

III. Hukuksal Olgu Araştırma Merkezleri

Hukuksal olgu araştırma merkezleri, böylesi araştırmaların uzman kurumlar aracılığıyla yürütülmesinin gözlemlenen yararları sonucu, işlevsellik kazandıkları ülkelerde yasamaya sosyal veri üreten, hatta bu amaçla kimi zaman doğrudan yasa taslağı hazırlama görevi üstlenebilen kuruluşlardır.

Hukuksal olgu araştırma merkezleri, gerçekten hukuksal olgunun araştırılmasını amaçlayan merkezlerdir. Bunun anlamı şudur: Toplumsal olgunun değişik görünümleri doğrudan bilimsel amaçlı olsun olmasın, sonuç olarak işlevlerinden biri de toplumsal gerçekliğin değişik düzeylerine ilişkin bilgi üretmek olan ister kurumsallaşmış isterse arızi her araştırma etkinliğince, zaten araştırılıp bunlardan toplumsal olguya ilişkin

veriler elde edilmektedir. Bu veriler hukuksal olgunun neliğine ilişkin, kimi zaman doğrudan (birincil) , kimi zaman da dolaylı olarak (ikincil) bilgi verebilirler. Ancak, sırf hukuksal olgunun araştırılmasına özgülenmiş bir kurumsallaşmanın yokluğunda, bu araştırmaların amacı hukuk sosyolojik veri elde etmek (dolayısıyla ancak hukuk sosyolojik bilginin temel teşkil edebileceği bilimsel, yargısal ya da kamu yönetimsel etkinliklere veri sunmak) değil; kendi bağımsız veri elde etme amaçları neyse onu gerçekleştirmektir. Örneğin adli, istatistikler, çok önemli bir hukuk sosyolojik veri kaynağı olmakla birlikte, haldeki nitelikleriyle, doğrudan bu amaca özgülenmemiş olduklarından, hukuk sosyolojik bilginin kendilerini mümkün kılacağı adli, yargısal ya da her türden bürokratik karar alma mekanizmasının düzenleme amaçlı karar alışlarının isterlerini karşılayabilecek bilginin üretilmesine tümüyle elverişli değillerdir.

Ancak hukuksal olgu araştırması kavramına dahil edilebilecek kimi inceleme örneklerinde, bu verilerin yapısal kimi sorunlar çerçevesinde işlenerek ham veriden yoğunlaştırılmış veriye dönüştürüldüklerini gözlemlemek de olanaklıdır.(Yücel, 1994). Böylece yargısal yapı çözümlemesi türündeki olgu araştırmalarının da ilk örnekleri; hiç değilse temel malzemesi ortaya çıkmaya başlamıştır.

Belirtmek gerekir ki sorun yalnızca hukuksal olgu araştırmaları için değil, bütün özgül araştırmalar için geçerlidir. İşte hukuksal olgu araştırma merkezlerinin temel bir işlevi de kendi özgül veri gereksinimlerini karşılayabilmektir. (Carbonnier, 1978;301-305).

İşte gerek hukukçu eğitimi ve hukuk bilimi öğretimi, gerekse en geniş anlamıyla toplumsal düzenlemelerin oluşumuna veri sunma amacına yönelen hukuksal olgu araştırması, hukuksal olanın bilimsel bilgisinin elde edilmesine yönelen uzman kuruluşlar eliyle bu alandaki işlevini yerine getirebilmektedir.

IV. Hukuksal Olgu Araştırmalarının İşlevleri

IV. 1. *Hukukçu Eğitimi ve Hukuk Bilimi Öğretimi Alanında*

Hukukçu eğitimi daha çok hukukun yordamsallığına yönelen bir eğitim-öğretim etkinliği olarak anlaşıldığında, buna ilişkin dizgesel bilgi üretimi işlevini dogmatik hukuk disiplinlerinin karşılayagelmesi doğaldır. Ancak Hukuk Biliminin, hukuk kurallarının ve bunlara ilişkin dogmatik hukuk disiplinlerinin öğretisel bilgilerinden ibaret olmayışı, ya da, Hukuk Biliminin yalnızca hukuk kurallarının kavramsal çözümlenişleriyle yetinen bir etkinlikle sınırlanamaz oluşu, yansımasını ülkemizde de bulmuş ve hukuk fakülteleri müfredatında Hukuk Sosyolojisi bilimine de yer verilmiştir. Böylece, hukuku uygulayacak, tamamlayacak hatta bizzat hukukun yaratılması etkinliğine katılabilecek olan hukukçunun, bu konularda başarı gösterebilmesi için hukukun toplumsal işlevleri konusunda da donanımlı olması gereği bir ölçüde karşılanmış oluyordu.

Ne var ki Hukuk Sosyolojisinin 1940'lardan başlayarak Türkiye üniversitelerine girmiş olmasına karşın, somut alan araştırmalarının önemli maddi olanakları gerektirmesi, kısıtlı fakülte bütçelerinden bu alana pay ayırmanın pratik olanaksızlığı ve bu alana özgülenecek kadro yetersizliği gibi sorunlar, fakülte - anabilim dalı ortamlarını daha çok kuramsal alanla ve geleneksel akademik etkinliklerle sınırlandırmış; bu yüzden de hukuksal olgu araştırmaları konusunda uzmanlaşıp kurumsallaşacak, bu ortamlardan

ayrı merkezlerin oluşturulması ertelenemez bir gereklilik halini almıştır.

IV.2. *Yasama, Yürütme ve Yargıya İlişkin Süreçlerde*

IV. 2.1. *Yasamaya İlişkin Süreçlerde*

Yasa yapıcılığının temel işlevlerinden biri de, en geniş anlamında toplumsal ihtiyaçlara uyarlı normatif düzenlemeleri gerçekleştirmektir. Bu, ya düzenlenmesine ihtiyaç duyulan alanda, bu amaca yönelik bir yasal düzenlemenin ilk kez gerçekleştirilmesiyle, ya ya yeniden gerçekleştirilmesiyle ya da var olan düzenlemenin ortadan kaldırılmasıyla olur. Yasama, kuşkusuz temelde siyasal bir süreç olduğundan, toplumdaki farklı çıkar kümelerinin yükselen istemlerine şu ya da bu oranda duyarlıdır. (Beutel, 1975;85-110) ve yasalar da bu işlemlerin belirli bir oranda ifadesidirler. Ancak yasalar, dillendirdikleri toplumsal istemler dışında, belirli toplumsal etkiler öngörülerek yapılırlar.

İşte hukuksal olgu araştırmalarının yasamaya ilişkin süreçlerdeki kritik işlevi, yasayla gerçekleşmesi arzulanan toplumsal etkinin gerçek niteliğinin bilgisinin sağlanmasıdır.

Her ne kadar yasal düzenlemelerle ulaşılmaya çalışılan amaçların seçimi nesnel bilimlerin görevi sayılmamak gerekirse de (Can, 1989;98-99) toplumsal yaşamın giderek daha çok farklılaşıp karmaşıklaşması, yasa ile yol açılacak etkilerin önceden kestirilmesini ve bu kestirimin de bilimsel araştırma yöntemlerince güvence altına alınması gereğini kaçınılmazlaştırmaktadır.

Hukuksal olgunun bilimsel bilgisine yönelik, yasamaya ilişkin süreçlerin taleplerinin karşılanmasının ilk adımı kuşkusuz, böylesi bilgilerin üretimine özgülenmiş bir merkezin oluşturulması olacaktır.

IV.2.2. *Yargıya İlişkin Süreçlerde*

Yargılama, bir karar verme süreci olarak da anlaşılabilir. Bu açıdan yargılama süreci boyunca kullanılabilecek biricik bilginin ilgili yasa kuralına ilişkin dogmatik hukuk bilgisi olabileceği düşünülebilir. Ne var ki, bilirkişiliğe ve yargıcın bizzat yasakoyucu yerine geçerek hüküm oluşturmasına olanak tanıyan yasa kurallarının varlığı, hukuksal olgunun bilgisinin karar sürecinde sanıldığından çok daha çok daha geniş bir yeri olduğunu gösterir. (Dinçkol, 1988; 56-72). Üstelik, yargılamaya konu olan hukuksal olay aynı zamanda bir toplumsal olay niteliği taşıdığından karar verme sürecinin içerdiği bilgi istense de asla salt teknik bilgi olamayacaktır.

Asıl sorun teknik bilginin yetmediği yerde ayrımına varılmaksızın başvurulanın adi bilgi niteliğindeki kişisel ya da yaygın sanılar oluşudur. Özellikle karar gerekçeleri hukuksal olgu hakkında adi bilgiye yaygın yer vermeye elverişlidirler (Ökçesiz, 1986; 65). Yargı kararlarına hukuksal olgu hakkında bilimselliği güvence altına alınmamış bilgilerle gerekçe oluşturulması, bu gerekçelerin ilgili karar bakımından yeterlilik, tutarlılık ve vazgeçilmezlik bakımından zorunlu nitelik taşıma koşullarından (Ökçesiz, 1986;65) yoksun bulunması sonucunu verecektir.

Yargısal süreçler bakımından, bu alandaki araştırmaların vardığı temel sonuç, genelde hukukun, özelde yargılama sürecinin pek çok sorununun kavramsal-çözümleyici nitelikteki "ilmi ve kazai içtihat" ile giderilemez nitelikte oluşudur.

Ancak, asıl sorun yargısal süreçlerde hukuksal olgunun bilimsel bilgisine yönelik istem eksikliği değil; yargının gerektiğinde kullanabileceği bilimsel verilerin sunumunu olanaklı kılacak bilimsel araştırma kurumlarından yoksunluktur.

IV. 2.3. *Yürütmeye İlişkin Süreçlerde*

Siyasal karar alma sürecinin, ürettiği toplum çıktılarında belirli hukuksal olguları varsayması kaçınılmazdır. Hatta, yürütme alanında yerine getirilen temel işlevlerden biri de oluşturulan toplumsal politikaların hangi toplumsal koşullara denk düştüğü ya da bu koşullarda ne tür değişimleri kışkırtacağının bilgisinin, bu tür bilgilerin üretimini görev edinmiş kamusal nitelikli kurumlar eliyle gerçekleştirilmesidir. Gerçekten de geniş anlamda planlama olarak adlandırılabilecek bir kamu hizmeti eliyle, yürütmeye ilişkin süreçlerde toplumsal etkilerin öngörülmesi çağdaş kamu yönetiminin bir gereğidir. 1990'lı yıllarla birlikte bu gereksinmenin bir ölçüde karşılanması yoluna gidilmiştir. Kurumlar kendi hizmetlerini daha iyi yapabilmek amacıyla araştırma birimleri kurarak ya bizzat araştırma yapmaya ya da yaptırmaya başlamışlardır. Bazı bakanlıkların A.P.K. (araştırma-planlama-koordinasyon) birimleri ve Aile Araştırma Kurumu bunlara örnektir. Bunları, üniversite dışı kamusal araştırma kurumları olarak niteleyip, içinde başkalarının da yeralacağı bir kategori oluşturmak da olanaklıdır.

Ancak, çağdaş toplumların giderek daha da karmaşıklaşıp farklılaşma özelliği, diğer olguların bilimsel bilgisinin yürütmeye ilişkin süreçlerde kullanımından, yani toplumsal düzenleme politikalarından, hukuk politikasının özerkleşmesi sonucunu doğurmuştur. Bu, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde bir sonuçtur. Öyleyse, yürütmeye ilişkin süreçlerde hukuksal olgunun bilimsel bilgisi, sıradan yurttaşlık ilişkilerinden, kentleşme sorunlarına; suçluluğun önlenmesinden ulusal savunma isterlerine dek sayısız olgunun, içerdiği hukuksal yön gereği ayrışmasına özgü bir bilimsel bilgi anlamına gelmektedir.

Yürütmeye ilişkin süreçlerin ilk bakışta sınırsızmış izlenimi veren hukuksal olguya ilişkin bilimsel bilgi isteminin karşılanması da bu alana özgülenmiş bir bilimsel araştırma kurumunu kaçınılmazlaştırmaktadır. Bu kaçınılmazlığın bir boyutu da, kuşkusuz münferit olgu araştırmalarının kurumsal devamlılık arzetmedikçe - maliyetten verimliliğe dek - karşılamaya yöneldiği isterleri kuşatamayacak olmasıdır.

V - Sonuç Yerine

Özellikle İkinci Genel Savaş sonrasında farklı gelişmişlik düzeylerindeki ülkelerde, kimisi ortak, kimisi özgün yerelliklerce belirlenmiş toplumsal düzenleme politikalarının isterlerinin de dayatmasıyla, hukuksal süreç ve olguların özellikle görgül bilgisine ulaşma amaçlı bilimsel araştırma ve uygulama etkinlikleri ivme kazanmıştır.

Hukuksal olanın, kendi toplumsal düzlemiyle karşılıklı ilişkisinin bilimsel bilgisine varma istek ve gereksiniminin yalnızca ulusal sınırlarla yetinmediğini de kaydetmek gerekir. Ekonominin uluslararasılaşması, siyasal entegrasyon çabaları, her düzeyde iletişimin uluslararası yoğunluğu, hatta ulusal güvenlik gerekleri, hukuksal olgu ve süreçler hakkındaki bilimsel bilginin gereğinde üçüncü ülkeler ve bölgeler arası karşılaştırmalı bilgileri de kapsayacak bir biçimde elde edilişini toplumsal, ekonomik, siyasal, kültürel ve stratejik planlama ve kestirimlerin zorunlu malzemesi haline getirmeye aday görünmektedir.

İşte hukuksal olgu ve süreçleri araştırma, bunların olası yönelimlerini öngörme ve olanakları varsa, bunları toplumsal düzenlemelerin isterlerine uygun olarak yönlendirme gerekliliği, bu konudaki etkinliklerin belirli bir uzmanlığı gözetecek biçimde kurumsallaşmasıyla olanaklı olduğundan, pek çok ülkede oluşturulmuş araştırma ve uygulama merkezleri eliyle karşılanmaktadır.

KAYNAKÇA:

AKŞİT, Bahattin. "Türkiye'de Sosyoloji Araştırmaları: Bölmelenmişlikten Farklılaşma ve Çeşitlenmeye" **Türkiye'de Sosyal Bilim Araştırmalarının Gelişimi** (Ankara: Sosyal Bilimler Derneği, 1986) içinde, ss. 195-232.

ARMAĞAN, İbrahim. **Yöntembilim -1: Bilimsel Yöntem.** İzmir: D.E.Ü Güzel Sanatlar Fakültesi Yay. , 1983.

BEUTEL, Frederick K. **Experimental Jurisprudence and the Science State.** Bielefeld: Gieseking Verlag, 1975.

CAN, Cahit. **Oluşum süreci içerisindeki Hukuk Sosyolojisi.** Ankara: "S" yayınları, 1989, ss. 98-116.

CARBONNIER, Jean. **Sociologie Juridique.** Paris: P.U.F, 1978, ss. 301-305.

COŞKUN, Alev. "Danıştay üyeleri üzerine Bir İnceleme", **Amme İdaresi Dergisi,** C.3 (1970), ss. 118-136.

DİNÇKOL, Abdullah. "Muhakeme Hukuku Çerçevesinde Hakimin Karar Verme Sürecinde Takdir Yetkisinin Kullanılması" İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü yayınlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul, 1988, ss. 56-72

EISENMANN, Charles. **Les Sciences Sociales Dans L' Enseignement Superieur: Droit.** Paris: UNESCO, 1954.

GÖKÇE, Birsen. **Toplumsal Bilimlerde Araştırma.** Ankara: Savaş Yayınları, 1992

ÖKÇESİZ, Hayrettin. "Sosyal Verilerin Bir Yargıtay Kararının Gerekçesine Esas Alınması üzerine", **Hukuk Araştırmaları,** C.I, sayı: 2 (1986) ss. 64-66.

ŞAYLAN, Gencay. **Türkiye'de Kapitalizm, Bürokrasi ve Siyasal İdeoloji,** Ankara: T.O.D.A.İ.E. Yay, 1976.

TOPÇUOĞLU, Hamide. **Hukuk Sosyolojisi Dersleri-C.I.** A.Ü.H.F. Yayınları, 1963, ss. 119-130.

TREVES, Renato. "Bilan Actuel De La Sociologie Du Droit" **Cahiers Internationaux de Sociologie,** 1966, ss. 15-31.

ÜNSAL, Artun. "Yüksek Mahkeme Yargıçlarımızın Toplumsal Kimlikleri Üzerine Bazı Veriler", **Amme İdaresi Dergisi,** C.10 (1977), ss. 73-89.

---------- **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi.** Ankara: A.Ü.S.B.F Yayını, 1980.

YÜCEL, Mustafa Tören. "Yargıtay'da son On Yıl". **Amme İdaresi Dergisi,** C.27 (1994), S.2,ss.79-88.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag bezweckt die Beschreibung des Stands einiger Rechtstatsachenforschungen in der Türkei, die eigentlich nicht zahlreich sind. Hier wird außerdem eine terminologische und metodologische Brücke zu künftigen empirischen Untersuchungen geschlagen und die Implikationen des Begriffs: Rechtstatsachenforschung in einer vergleichenden Sicht mit türkischen Erfahrungen erörtert. Diese aus zwanzig Jahren ausgewählten Beispiele der hiesigen Rechtstatsachenforschungen lassen den Schluß zu, daß das Schwergewicht auf der Erforschung der Attitüden und Konformität wie auch des sozialen Statuts der Juristen, insbesondere der Richter, lag. (Übersetzt von H.Ö.)

Abstract

The aim of this article has been to describe, by way of a limited selection of examples the type of legal research carried out in Turkey to date. The purpose of such an exercise was to try and create a synthesis of direction and terminology between past and future research. On the other hand an attempt was made to reexamine the implications of thorough going legal research in Turkey.

The examples of research chosen were from the last 20 years, and mainly related to the broad subject of the view's of the judiciary, their status in society and the degree to which they conform. (Translated by J.B.)

İşte hukuksal olgu ve süreçleri araştırma, bunların olası yönelimlerini öngörme ve olanakları varsa, bunları toplumsal düzenlemelerin isterlerine uygun olarak yönlendirme gerekliliği, bu konudaki etkinliklerin belirli bir uzmanlığı gözetecek biçimde kurumsallaşmasıyla olanaklı olduğundan, pek çok ülkede oluşturulmuş araştırma ve uygulama merkezleri eliyle karşılanmaktadır.

KAYNAKÇA:

AKŞİT, Bahattin. "Türkiye'de Sosyoloji Araştırmaları: Bölmelenmişlikten Farklılaşma ve Çeşitlenmeye" **Türkiye'de Sosyal Bilim Araştırmalarının Gelişimi** (Ankara: Sosyal Bilimler Derneği, 1986) içinde, ss. 195-232.

ARMAĞAN, İbrahim. **Yöntembilim -1: Bilimsel Yöntem.** İzmir: D.E.Ü Güzel Sanatlar Fakültesi Yay. , 1983.

BEUTEL, Frederick K. **Experimental Jurisprudence and the Science State.** Bielefeld: Gieseking Verlag, 1975.

CAN, Cahit. **Oluşum süreci içerisindeki Hukuk Sosyolojisi.** Ankara: "S" yayınları, 1989, ss. 98-116.

CARBONNIER, Jean. **Sociologie Juridique.** Paris: P.U.F, 1978, ss. 301-305.

COŞKUN, Alev. "Danıştay üyeleri üzerine Bir İnceleme", **Amme İdaresi Dergisi,** C.3 (1970), ss. 118-136.

DİNÇKOL, Abdullah. "Muhakeme Hukuku Çerçevesinde Hakimin Karar Verme Sürecinde Takdir Yetkisinin Kullanılması" İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü yayınlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul, 1988, ss. 56-72

EISENMANN, Charles. **Les Sciences Sociales Dans L' Enseignement Superieur: Droit.** Paris: UNESCO, 1954.

GÖKÇE, Birsen. **Toplumsal Bilimlerde Araştırma.** Ankara: Savaş Yayınları, 1992

ÖKÇESİZ, Hayrettin. "Sosyal Verilerin Bir Yargıtay Kararının Gerekçesine Esas Alınması üzerine", **Hukuk Araştırmaları,** C.I, sayı: 2 (1986) ss. 64-66.

ŞAYLAN, Gencay. **Türkiye'de Kapitalizm, Bürokrasi ve Siyasal İdeoloji,** Ankara: T.O.D.A.İ.E. Yay, 1976.

TOPÇUOĞLU, Hamide. **Hukuk Sosyolojisi Dersleri-C.I.** A.Ü.H.F. Yayınları, 1963, ss. 119-130.

TREVES, Renato. "Bilan Actuel De La Sociologie Du Droit" **Cahiers Internationaux de Sociologie,** 1966, ss. 15-31.

ÜNSAL, Artun. "Yüksek Mahkeme Yargıçlarımızın Toplumsal Kimlikleri Üzerine Bazı Veriler", **Amme İdaresi Dergisi,** C.10 (1977), ss. 73-89.

---------- **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi.** Ankara: A.Ü.S.B.F Yayını, 1980.

YÜCEL, Mustafa Tören. "Yargıtay'da son On Yıl". **Amme İdaresi Dergisi,** C.27 (1994), S.2,ss.79-88.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag bezweckt die Beschreibung des Stands einiger Rechtstatsachenforschungen in der Türkei, die eigentlich nicht zahlreich sind. Hier wird außerdem eine terminologische und metodologische Brücke zu künftigen empirischen Untersuchungen geschlagen und die Implikationen des Begriffs: Rechtstatsachenforschung in einer vergleichenden Sicht mit türkischen Erfahrungen erörtert. Diese aus zwanzig Jahren ausgewählten Beispiele der hiesigen Rechtstatsachenforschungen lassen den Schluß zu, daß das Schwergewicht auf der Erforschung der Attitüden und Konformität wie auch des sozialen Statuts der Juristen, insbesondere der Richter, lag. (Übersetzt von H.Ö.)

Abstract

The aim of this article has been to describe, by way of a limited selection of examples the type of legal research carried out in Turkey to date. The purpose of such an exercise was to try and create a synthesis of direction and terminology between past and future research. On the other hand an attempt was made to reexamine the implications of thorough going legal research in Turkey.

The examples of research chosen were from the last 20 years, and mainly related to the broad subject of the view's of the judiciary, their status in society and the degree to which they conform. (Translated by J.B.)

Sami SELÇUK - Sayın *Atalay*'a biz de çok teşekkür ediyoruz. Sayın *Atalay* genç bir araştırmacı ve böylece gençliğe olan güvenimizi de tazeledi, umutlarımızı güçlendirdi. Kendisini kutluyoruz.

Oturumu yarın 09:30'da tartışma için buluşmak üzere kapatıyorum.

III. Oturum / III. Sitzung

Oturum Başkanı: Yılmaz Aliefendioğlu / Leitung:

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim zamanı iyi değerlendirebilmek için müsaade ederseniz başlamak istiyoruz. Ben sayın Prof. Dr. *Bakır Çağlar* Bey'i davet ediyorum.

Bakır Çağlar

Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği

Teşekkür ederim sayın başkan. Benim tebliğimin konusu "Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği". Biraz fantezi gibi gelecek ama, fantezi değil; gerçek. Bunu açıklamaya çalışacağım. Bu başlık altında hangi konuları sorgulamak istiyorum, yani tebliğin çatısı ne, ilk önce bunun üzerinde duracağım. Hukuk devletini düşünürken benim kafamda üç sorun var. Size bunları kısaca aktarmaya çalışacağım. Birinci problem: eğer hukuk devleti varsa ve bu hukuk devletinin gündeliğini yaşayanlar varsa ki öyle varsayıyoruz. Kimler tüketici; kimler hukuk devletine ulaşabilir?

Sanırım bu konuda bir ayırım yapmak lâzım: hukuk devletini yaşayanlar var; bir de yaşamayanlar var... Biraz sonra bu konuda *Kafka*'nın kısa bir öyküsünden söz edeceğim size. Kimler hukuk devletinin gündeliğini yaşar; kimler yaşayamaz? İkinci sorun, özellikle üzerinde durmak istediğim, altını çizmek istediğim ikinci sorun şu: hukuk devleti bir kurgu, bir teori, bir söylev, ya da fransızların kullandığı deyimle *discours* ...Şimdi bu hukuk devleti söylevini, *discours*'unu kimler üretir? Tüketiciler var ama, bir de üreticiler var. Kim üretecek? Bu "üreticiler" başlığı altında üç sorunun altını çizmek istiyorum. Birincisi marksizm sonrası "öteki Avrupa"da, hukuk devleti *discours*, söylev ya da söylemini üretenler muhalifler olmuşlardı. Biraz sonra bu konu üzerinde duracağım. İkinci problem: yerleşik liberal-demokratik sistemlerde bugün hukuk devleti *discours,* söylev ya da söylemini üretenler özellikle yargıçlardır. Buna şöyle bir başlık da koyabiliriz: "hukuk devletinde hukukun geri dönüşü ve hukukun rövanşı" ... Bir alt başlık daha, üçüncüsü: uzun süre hukuk devletinin, maddi anlamında hukuk devletinin, yani insan haklarının korunmasında piyasaya öncelik tanınmıştır. Bu *Hayek* merkezli ekonomist teoriler, neo-liberal olarak adlandırılan teoriler ... Şimdi bu anlayış, büyük ölçüde sorgulanmaya başlandı; tartışılmaya başlandı ve sahneye bir başka aktör çıktı. Bu aktör *siyasi vatandaş*; genişletilmiş demokrasi anlayışı... Son bir problem, üçüncüsü şu: hukuk devleti denen gerçek, farklı mekânlarda, farklı kültürlerde farklı mı yaşanır; evrensel midir, değil midir, problemi. Bunun sadece altını çizip, ufak bir ek yapıp, bunu yarına erteleyeceğim. Çünkü yarınki konuşmanın gündeminde bu sorun var. Ama sorunun altını çizerken şunu söylemek isterim. Soruna teorik olarak yaklaşılabilir. Son yıllarda siyaset teorisinde ciddi bir tartışma konusu var. Şimdi adını koyalım. Bu bir dava... Bir tartışma... Bir dava konusu... Kiminle kimin arasında? Teorik planda *Huntington*... Şunu hatırlatmama izin verin. *Huntington*, farklı kültürlerde fertlerin farklı yaşadığı tezini savunan ve bugün dünyada yeni çatışmaların şekillenmesinde kültürler çatışmasının etkili olduğunu savunan bir kişi. Karşısında, *Huntington*'un karşısında, bir ikinci kişi daha var: Terminus, yani son durak demokrasi; son durak insan hakları diyen japon asıllı bir amerikalı: *Fukuyama*. İnsan hakları evrensel midir değil midir tartışması sanırım *Huntington Fukuyama*'ya karşı -kurgu olarak söylüyorum, tabi- "dava"sı ile ilgili, yakından ilgili bir sorun.

Tebliğin iskeleti bu. Çok kısa olarak önce ufak bir giriş yapacağım. Giriş şu: *Kafka*'nın kısa bir öyküsü var. Bu kısa öykünün başlığı "Hukuk Önünde"... *Kafka* "Hukuk Önünde" başlıklı bu kısa öyküsünde şunu söylüyor: "Hukuk Sarayı" olarak adlandırılan bir barınak var. Bir gün bir adam bu barınağın önüne gelir. Kapı açık...

Ama, girişi bir gardiyan tutmuş, içeri girilmesini engelliyor. Şimdi bu "Hukuk Sarayı" önüne gelen kişiye gardiyan "şimdilik içeri giremezsin" der, "bekle". Adamın bütün yalvarma ve yakınmaları sonuçsuz kalır. Yıllar geçer adam orada, kapının önünde yaşlanır. Yalnız, umutsuzca yalnız yaşlanır. Artık ölmek üzeredir. Görme duyusunu da yitirmiştir. Günün birinde kapıda ölgün bir ışık görür ya da görür gibi olur ve gardiyana sorar. Soru şu: "Eğer herkes hukuk peşinde ise, nasıl olur da bunca yıl benim dışımda hiç kimse içeri girmeyi talep etmez?". Gardiyanın cevabı: "Çünkü buraya senin dışında kimse giremezdi. Bu giriş, kapı senin için yapılmıştı. Şimdi sen öleceksin ben de kapıyı kapatıp gideceğim". Hukuk devletinde gündelik hayatın estetiğinin kısa özeti bu.

Kafka'nın bu hikâyesini akılda tutarak, biraz önce açıkladığım tebliğin üç konusuna çok kısaca dokunmak isterim. Birincisi: Hukuk devleti farklı yaşanıyor. Neden? Buna bir başlık koymuştum tebliğde, şimdi size onu aktaracağım. Bugün Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan çalışmalarda "yeni azınlıklar" olarak adlandırılan fertler var. Bu yeni azınlıklar özellikle yabancı işçiler, sığınmacılar hukuk devletini farklı yaşıyor. Sonra bir hanım var. Bu hanımın adı, biraz sonra söyleyeceğim olayda açıkça ortaya çıkacak, Madam *Murey*. Belfast'ta yaşıyor. O da hukuk devletini farklı yaşayanlardan. Öyleyse eğer farklı kimliklere sahipseniz, farklı mekânlarda yaşıyorsanız hukuk devletinin gündelik estetiği sizler için farklıdır.

Şimdi bu konuyu biraz açacağım, birinci problemi biraz açacağım. Bugünlerde Avrupa Konseyinde imzaya açılan bir çerçeve sözleşme var. Adı "Azınlıklar Sözleşmesi". Bu çerçevenin amacı şu: bu azınlıklar, marjinaller, sistem dışı olanlar hukuk devletine nasıl ulaşacak? Avrupa Konseyinde yeni azınlıklarla ilgili bu çalışmaların çerçevesinde ortaya çıkan bir gerçek var. Hukuk devletinin tüketicisi olmak. Yani hukuk devletini gündelik hayatta yaşayabilecek olan insanlar kimler olacak? Yabancı işçiler hukuk devleti kurallarından, teminatında yararlanabilir mi? Sığınmacılar yararlanabilir mi? Bu sorunun basit bir cevabı var. Eğer bir çerçeve yasa gündeme geldiyse, bu kişiler bugün hukuk devletinin yaşayanları yani başka bir ifadeyle tüketicileri değil. Hukuk devletine ulaşamayanlar, *Kafka*'nın hikâyesindeki gibi hukuk devletinin önünde bekleyen kişiler. Bu nasıl bir hukuk devleti estetiği? Bunun altını çizmek istiyorum.

İkinci vakıa, Türkiye'yi çok ilgilendirdiği için üzerinde durmak istediğim ikinci vakıa Madam *Murey*'in serüveni. Bu konu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde bir dava konusu olmuştur. Çok yakınlarda bir karar verildi. Karar tarihi 28 Ekim 1994. Olay ne? Mekân, Kuzey Irlanda, Belfast. 26 Temmuz 1982'de saat yedide başlıyor. *Murey* nasıl hukuk estetiği yaşıyor saat yedide? Kuzey Irlanda'da yürürlükte olan bir Olağanüstü Haller Yasası var ve bu Olağanüstü Haller Yasasının bir de çok ünlü bir 14. maddesi var. 14. maddeye, göre eğer Belfast'ta yaşıyorsanız, adınız Madam *Murey* ise ordu sizi gözaltına alabilir. *Murey*'i gözaltına aldılar. Haksız olduğunu savundu bu gözaltının, tutuklanmasının ertesinde. İç hukuk yollarını tüketti. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine gitti. Şimdi İnsan Hakları Mahkemesinin 28 Ekim 1994 tarihli kararı. Olay seksenikide olmuştu, mahkeme kararını doksandörtte verdi. Hukuk devletinin günlük gündelik estetiği nedir? Gündelik mi değil mi? Ve mahkeme bu kararda şunu söylüyor: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Avrupa Anayasasıdır ama bu anayasanın terörizme tanık olan, gündelik hayatta şiddete taraf olan devletlerde farklı yorumlanması gerekir. Öyleyse, sorun şu: hukuk devletinde gündelik hayatın estetiği, şiddetle yaşayanlar ve yaşamayanlar arasında farklı kuruluyor. Niçin bu konu üzerinde durdum? Şunun için: olağanüstü halin

22 kere uzatıldığı üçüncü Cumhuriyet Türkiye'sinde hukuk devletinin estetiği batıda farklı yaşanır, güneydoğuda farklı yaşanır. Öyleyse hukuk devletinin gündelik hayattaki tüketicileri yaşadıkları mekânla, karşılaştıkları olaylarla farklı kişilerdir. Şimdi siz nasıl hukuk devleti evrenseldir diyebilirsiniz?

Gündelik hayatın estetiği, ikincisi, ikinci problem: Kim üretiyor hukuk devleti anlayışını? Söylevini, söylem ya da *discours*'unu kim üretiyor? Üç sorun...Birincisi, post-marksizm mekânlarında, marksizm sonrası mekânlarda hukuk devleti söylemini, yani hukuk devletinin ne olduğunu kim söylüyor? Burada bir aktör var, sahneye çıkan güçlenen bir aktör var. Bu aktör, şimdi profilini çizelim isterseniz. Muhalif olan, yani devlete karşı hukuku savunanlar. Bir iki örnek vereceğim. 1989 İhtilâlleri, yani marksizmin, çanların kimin için çaldığı hiç önemli değil ama, marksizmin çanlarını çalan 1989 ihtilâllerinin üç ismini vereceğim. *Vaclav Havel*, *Leh Walesa* ya da "Macar Havel'i" sayılan, demokrasinin insan yüzü olarak adlandırılan Macaristan Cumhurbaşkanı *Arpat Göntz*. Bu yeni muhalif türünün, hukuk devletinin üreticisi olan bu muhaliflerin tipik örnekleri. Şimdi bu kişiler, bu muhalifler totaliter ya da otoriter devlete muhalefet ettiler. Hukuk devleti söylemini üretmişlerdir ama, bu söylev daha sonra anayasa kurallarında yeralmıştır. Bu anayasa kuralları konusunda ufak bir açıklama yapmak istiyorum size. Yer Sovyetler Birliği. Tarih 1985'ler. Perestroika gündeme geliyor. Ekseni hangisi? Belki en önemlisi hukuk devleti. Şimdi dramatik bir olay, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Halk Milletvekillerinin son Kongresi, 5 Eylül 1991. Son işlem. İşlemin adı "Hak ve Hürriyetler Deklârasyonu". Burada gündeme gelen konu ne? Öteki Avrupa'da, anayasalarda hukuk devleti pozitifleştiriliyor. Peki gündelik hayatta nasıl yaşanıyor bunlar? Yani o mekânlarda hukuk devletinin gündelik yaşanma biçimiyle ilgili estetik ne? Bu benim değil; bir başkasından ödünç aldım. Bu mekânlarda hukuk devleti yaşanabilir mi? Gündelik hayatta yaşanabilir mi? 24 saatinizde, sadece iktidarla münasebetinizde değil; fert-fert münasebetlerinde hukuk devleti kurallarını yaşayabilir misiniz? Sorunun cevabı? Ödünç aldığım bir formülle sorunun cevabı: İki farklı kültür. Birincisi, soslu salata kültürü, bu Kıta Avrupa'sının gündelik estetiğidir. Öteki Avrupa'da ise lâhana kültürü var. Bütün sorun burada ortaya çıkacaktır. Acaba hukuk devletini lâhana kültüründen salata kültürüne geçmeden gerçekleştirebilir misiniz? Salata kültürüyle lâhana kültürü arasındaki farkı belirtmek için bir örnek vereceğim size. Bulgaristan Anayasası 12 Temmuz 1991'de kabul edildi. Madde 4, şunu söylüyor: "Bulgaristan Cumhuriyeti, sivil toplumun gelişimi için gerekli şartları yaratır". Şimdi hukuk devleti bugün sivil toplumla düşünülmeye başlandı. Bir Afrika atasözünü size tekrarlamak istiyorum: "Boş bir çuval ayakta kalmaz". Hukuk devleti ayakta kalacaksa bir sivil toplum olması gerekir. Gündelik hayatta yaşanan hukuk devletinde sivil toplum kuralları yoksa, yani salata kültürü yoksa; onun yerine lâhana kültürü varsa hukuk devleti de olmaz.

İkinci problem: Buraya kadar sözünü ettiğim olay, marksizm sonrası sivil toplumsuz mekânlarda hukuk devletinin gündelik hayatı nasıl yaşadığı sorunuydu. Peki yerleşik demokrasilerde bugün hukuk devleti nasıl yaşanıyor? Hukuk devleti söylevini ya da gündeliğini üreten kimler? Artık adını koyalım, bunlar yargıçlardır. Yargıçlar iktidara tırmanıyor. Hukuk devletinin adını koyan bugün seçim dışı, -sandık dışı farklı bir meşruiyete sahip olan yargıçlardır. Öyleyse burda sorulması gereken soru şu: Gündelik hayatın estetiğini sandıktan çıkanlar mı belirleyecek; yoksa, seçilmemiş olsa da hukuk devleti temeli üzerine kurulu farklı bir meşruiyetten yararlanan yargıçlar mı? Hangi

yargıçlar? Sadece millî yargıçlar değil. Bugün ağırlıklı bir şekilde gündeme gelen millîüstü yargıçlar. Lüksemburg'daki yargıçlar, Strazburg'daki yargıçlar. Öyleyse bugün yeni bir hukuk devleti meşruiyeti gündeme gelmiştir. Gazeteleri izledinizse, ara seçimlerle ilgili kararlarda dahi, gündelik hayatın estetiğini artık parlamentolar değil; ama yargıçlar belirliyor. Öyleyse öteki Avrupada muhalif; yerleşik demokrasilerde yargıç hukuk devletini belirleyen kişiler. Şimdi sorulması gereken şu: Acaba öteki Avrupadaki muhaliflerle yerleşik demokrasilerdeki yargıçlar ortak bir mirasa mı sahip çıkıyor? Ortak mirasa sahip çıkıyorlarsa, hukuk devletinin evrensel olduğunu tartışmasız söyleyebilirsiniz.

Üçüncü problem, bir süredir yerleşik demokrasilerde bir hakim ideoloji haline gelen ekonomizm. Kısaca özetleyecek olursak, insan haklarını sağlamak için, hukuk devletini sağlamak için tek mekanizma piyasadır. Bugün bu yaklaşım yani hukuk devletine piyasa ile yaklaşım, yeni bir tartışma konusu, yeni bir sorgulama konusu oldu. Nasıl? Karşısına neyi çıkartacaksınız, piyasanın karşısına neyi çıkartacaksınız? Genişletilmiş demokrasiyi, katılımcı demokrasiyi çıkartacaksınız. Çünkü ekonomizm, biraz önce konuşmaya başlarken söylediğim gibi, bazı kişileri, ihmâl edilen sosyal kategorileri, yani marjinalleri hukuk sarayının dışında bırakıyor. Onların hiç bir zaman hukukun gündelik estetiğini yaşama şansı yok. Bu yoksullar kategorisi ekonomizmin ürettiği, neo-liberalizmin ürettiği bu marjinaller, ihmâl edilenler *Kafka*'nın hikâyesindeki gibi ölünceye kadar hukuk devletinin dışında kalan, hukuk devletinin gündelik estetiğini yaşayamayan kişiler. Şimdi bu sert, radikal, dışındalayıcı tavra karşı genişletilmiş demokraside siyasi fert olarak vatandaş, hukuk serüveni üretmede sahneye yeni baştan çıktı. Bugün ekonomizm karşısında hukuk devletinin ne olduğunu söyleyecek bir siyasi fert arayışı var.

Son olarak bir konu üzerinde durup, tartışılmasını yarına erteleyeceğim. Bu, gündelik hayatın estetiği üç.

Bugün teoride, siyasi sosyal bilimlerde ciddi bir tartışma var. Konuşmaya başlarken söylemiştim. Bugün yeniden şekillenen dünyada; uluslararası ilişkiler ortamında iki farklı teorik yaklaşım ortaya çıktı: Bunlardan birincisi, tarihin sonu tezi, ya da başka bir şekilde söyleyecek olursak "Terminus demokrasi". Herkes oraya gelmek zorunda. Ya da terminus, son durak hukuk devleti. Herkes orada toplanmak zorunda. Bunu savunan kişi, japon asıllı bir kişi *Francis Fukuyama* idi. Çok satan kitaplarında hukuk devletinin, insan haklarının, demokrasinin evrenselleştiğini savundu. Tabiî hemen tepkisini aldı. Bu genç *Fukuyama* karşısında yaşlı bir siyaset bilimcisi, *political scientist*, anglo-saksonların söylediği gibi, *Huntington* bunun gerçek olmadığını söyledi: Tarih devam ediyordu. Eğer tarih devam ediyorsa hukuk devleti de farklı yaşanır; çatışmalar vardır; tarih bitmemiştir. Yarın eğer söz sırası bana gelirse, üzerinde duracağım; geliştirmek istediğim konu bu. *Huntington* bugün yeniden şekillenen uluslararası planda kültürler savaşının geçerli olacağını söylüyor. İdeolojik ya da ekonomik değil; ama farklı değerler üzerine kurulu kültürler savaşı. Özellikle dinsel kimlikli kültürler savaşı. Bunlardan kısa bir süre önce, 1989 yıllarında Avrupa Konseyinde bir sempozyum düzenlenmişti -bunu sonuç olarak söylüyorum-. Başlık şu: "Çoğulculuk, Plüralist Bir Dünyada İnsan Haklarının Evrenselliği" başlığını taşıyan bir sempozyum düzenlenmişti. Bu sempozyumun genel raporunu hazırlayan gene bir yargıç. Fransa'dan, Fransız Anayasa Mahkemesi ya da Fransız Anayasa Konseyi'nin başkanı olan bir kişi *Badinter. Badinter*

raporunu şu şekilde bitiriyor; ben de bu tebliği bu şekilde bitireceğim, ufak bir alıntı: "Bugün hukuk devletini, maddi anlamıyla insan haklarını mağdurlarıyla düşünmek lâzım". Yani hukuk devletini yaşayamayanlarla. Hukuk devleti estetiğine taraf olamayanlarla; mağdurlarla düşünmek lazım. Evrensel mi değil mi? İnsan haklarından yararlanmak evrensel değil. Mağdur olmak evrensel. Öyleyse bu tebliğin sonucunda "evrensel mi değil mi" sorusunu farklı bir eksen üzerine yerleştirip mağdur olmanın evrensel olduğunu söylemek lâzım. Ne yapılabilir? Son cümle, konuşmanın son cümlesi, gene yargıç *Badinter*'den ödünç alarak söylüyorum. İnsan hakları konusunda kollogyumlarda söylevlerden ve filozoflardan çok, insan hakları hukukunu savunan militanlara ihtiyaç var ve gündelik hayatın estetiğini oluşturanlar da bu militanlardır. Teşekkür ederim.

Zusammenfassung

Der Rechtsstaat im materiellen Sinn ist ein Rechtssystem in dem Rechte und Freiheiten des Individuums anerkannt und geschützt werden und wo diese Rechte und Freiheiten ausgelebt werden können.

Erstes Problem: Ist das Individuum, im Rechtsstaat "Plural" oder "Singular"? Der Rechtsstaat ist heute nicht nur ein rechtswissenschaftlicher Begriff, sondern eine Ideologie. Aus diesem Grund ist eine kritische Neuuntersuchung des "Rechtstaates" notwendig geworden.

Welch eine Art von Untersuchung? Eine Neuuntersuchung des Rechtsstaates mitsamt dessen "Akteuren". Dies ist das zweite Problem des Referates.

Drittes Problem: Ist der "Rechtsstaat" selbst ein "Singular" oder ein "Plural"? Das Thema des für die drei letzten Tage des Symposiums gedachten "Forums" lautet: Ist der Rechtsstaat "universal" oder wird der Rechtsstaat an verschiedenen Orten und in verschiedenen Kulturen anders "erlebt"? Wer darf die Rechte und Freiheiten ausüben, die der Rechtsstaat im materiellen Sinn anerkennt und schützt? Oder anders ausgedrückt wer ist der "Konsument" des Rechtsstaats? Wer sind die Produzenten, die Akteure der neuen Rechtsstaatslehre?

Ist der Rechtsstaat etwa eine "Neue Menschenrechts-Internationale" oder produziert der Rechtsstaat verschiedene Formen der Suche nach Identitaet und unterschiedliche Rechtssysteme?

Dieses letzte Problem wird eine neue Diskussion über den "Huntington versus Fukuyama" Prozess, welcher die Gründung des neuen Rechtsstaat-Paradigmas herbeigeführt hat, initiieren. (Übersetzt von F.U.)

Abstract

In material terms the personal rights and freedoms accorded by the rule of law are established and protected by a legal system.

The first problem is this: Is the "person" under the rule of law to be seen as "single" or

"plural"? In addition, what is the essence "person" in the rule of law.

Today, the rule of law is not just a concept of Legal empiricism, rather it is an ideology.

Accordingly it has become a requirement that the rule of law be reviewed critically.

How should it be reviewed?

The main actors in the "rule of law" must be continually reviewed, and this issue is the second problem.

The third problem is this: is the rule of law singular or plural?

As was discussed at the forum on the last day of the seminar, "is the rule of law universal" or "does it have different manifestations, in different situations and cultures"?

In concrete terms, who can benefit from the rights and protections afforded by the rule of law?

Or in other words who is the "consumer" (beneficiary) in the rule of law. In these terms who are the producers the actors in the rule of law.

Does the rule of law represent "the new internationalisation of human rights"? Or is do differing legal systems create a search for differing identities? This final problem, causes us to consider the paradigm concerning the rule of law, prepared by "Huntington" in refute of "Fukuyama". (Translated by J.B.)

Yılmaz Aliefendioğlu - Sayın *Çağlar* hocaya teşekkür ederiz. Bize ilginç bir tebliğ sundu. Hukuk devletinin estetiğini açıklarken, bu estetiğin değişik mekânlarda değişik biçimde yaşandığını belirttiler. Gerçekten önemli bir husus. Hukuk sarayının kapısının önünde ömür tüketen kişiler yönünden hukuk devletinin estetiğini yaşamaktan çok yaşamamak olduğu konusunu vurguladılar. Gerçekte bir Avrupa Anayasası durumunda olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, Avrupa Konseyine bağlı devletler yönünden etkisi nedir? Kim, ne kadar hukuk devletinin estetiğini yaşayabilmektedir? Hukuk sarayının kapısında bekleyip; içeri giremeden, hukuk devletinin estetiğini yaşamadan ömür tüketenler için hukuk devletinin anlamı nedir? Başka bir deyişle hukuk devletinin pratiği nedir, nasıl olmalıdır? Bu arada evrenselliğin, başka bir deyişle uluslararası sözleşmelerin standart (tek biçim) hukuk devleti anlayışına ve bu anlayışın uygulamaya geçirilmesinde katkısı nedir, nasıl olmalıdır? Üzerinde düşünülmesi ve tartışılması gereken sorular.

İkinci konuşmacımız Sayın Prof.Dr.*Ülker Gürkan* Hukuk devletinde kadın hakları ve Türkiye'nin pratiği konusunu ele alacaklar.

Ülker Gürkan

Hukuk Devletinde Kadın Hakları ve Türkiye'deki Uygulaması

Değerli Dinleyiciler,

Sayın Çağlar benim söyleyeceklerim için güzel bir çerçeve çizdiler; çünkü ben de Türkiye'de " kadınlar hukuk devletinin estetiğini yaşıyorlar mı yaşamıyorlar mı; hukuk devletinin üreticileri mi, tüketicileri mi; marjinalleri mi, yoksa normal yaşayanları mı" sorularına cevap aramaktayım.

Doktrin hukuk devleti için birçok ölçüt geliştirmiştir. Bunlardan birisi de insan haklarının herkes için gerçekleştirilmesi, güvence altında bulundurulmasıdır. Bunun için de yasalar karşısında ve yasaların uygulanmasında herkese eşit davranılması gerekmektedir. Anayasamız Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "sosyal hukuk devleti" olduğunu, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkesin yasa önünde eşit bulunduğunu, temel hak ve ödevlerin herkese tanındığını açıklamaktadır. Ayrıca T.B.M.M. nin usulüne göre onayladığı uluslararası belgeler (ki en önemlileri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'dir.) gereği Devletimiz, kadınların toplumsal konumlarının iyileştirilmesi, erkekle eşit haklara sahip kılınması, maddi ve manevi varlıklarının insanlık onuruna yaraşır biçimde korunup gelişebilmesi için yeni kurallar konulması, çağın ve ihtiyaçların gerisinde kalanların da değiştirilmesi konularında yükümlülükler üstlenmiştir. Bu nedenle Anayasadan başlayarak başta Türk Medeni Kanunu, Milletvekili Seçimi Kanunu olmak üzere pek çok kanunun gözden geçirilmesi, pekçok hükmün değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak konuyu, burada güncelliği nedeniyle Medeni Kanun ve Ceza Kanunu ile sınırlayacağım; bunu yaparken de yasa metinleri ile yargı uygulamalarını gözönünde bulunduracağım.

Kadınlarımızın insan haklarından yararlanmaları Cumhuriyet dönemine rastlar. Türk Hukuk Devrimi yasal açıdan kadını erkekle, birçok alanda eşit kılmıştır. Ancak Anayasamızın medeni, siyasal , ekonomik ve sosyal haklardan yararlanma yönünden mutlak bir eşitlik getirmesine karşın, Türk Medeni Kanunu ile Türk Ceza Kanununda kadın-erkek eşitliğine aykırı hükümler ve dolaylı yoldan kadınlarımızın insan haklarından yararlanmalarını engelleyen hükümlerle karşılaşmaktayız. İnsan Haklarının ve eşitliğin gerçekleşmesinde yasaların çok büyük etkisi vardır. Ancak sorun yasaların yapılması ile bitmiyor. Bunun yanı sıra yasaların insanlara tanıdığı hak ve özgürlükleri yaşama geçirmek, yasal eşitliğin yanında fiili eşitliği sağlamak da gerekiyor. İşte hukuk devletinden beklenen, bu iki görevi de yerine getirmesidir. Şimdi, Ülkemizde devletin bu görevleri kadınlar yönünden ne denli yerine getirdiğini ele alacağız; kitaplardaki hukuk ile uygulamadaki hukuk, daha doğru bir deyişle normlar düzeyi ile toplumsal yaşam arasında ne denli bir uyum var, onu araştıracağız.

Medeni Hukuk Alanı

Medeni Kanun bekâr kadın ve erkek için haklar ve yükümlülüklerde tam bir eşitliği öngörür. Ancak bu mutlak eşitlik evlenme ile kadının aleyhine bozulur. Anayasamızın "kanun önünde eşitlik" ilkesinin (md. 10) açık hükmüne rağmen "evlilik birliği" erkeğe üstünlük tanıyan hükümlerle düzenlenmiştir. Medeni Kanun 1920'lerde egemen olan ata-erkil aile anlayışını sürdürerek kocayı çalışıp, kazanmak ve aileyi geçindirmekle yükümlü

kılarken, karıya da kocaya yardımcı olmak ve ev işlerini görmek görevini yüklemiştir. Bu nedenle ailenin başına erkeği geçirmiş, ailenin başkanı yapmıştır (md. 152/1). Bunun doğal sonucu olarak ortak konutu seçmek (md. 152/11), aile birliğini temsil etmek (m.154/1), velâyet hakkının kullanılmasında üstün reye sahip olmak (m.268) kocanın görev ve yetkilerini oluşturmaktadır. Karı ise evlenince kocanın soyadını alacak (m.153/1), kocaya yardımcı olacak, evi yönetecektir (m.153/11). Karının evlilik birliğini temsili evin günlük gereksinimleri ile sınırlıdır (m.155). Kadının kocasının menfaati için üçüncü şahıslarla yapacağı tasarruf işlemleri için sulh yargıcının izni gerekecektir. Yakın zamanlara kadar karının kazanç getiren bir iş ya da sanatla uğraşması bile kocanın iznine bağlı idi (m.159). (anayasanın eşitlik ilkesini (m.10) ve çalışma özgürlüğünü (m.484/19) düzenleyen hükümlerine aykırı düşen bu madde 1991 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir).

Medeni Kanunun kabul edildiği 1926 yılından bu yana Türk toplumunda çok büyük değişiklikler meydana gelmiştir. Türk kadını sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamda önemli bir yer edinmiş, özellikle kentlerde kadının kendi hakkındaki görüşleri değişmiş, eğitim sayesinde kazandığı özgüven ile geleneksel aile yapısını, ata-erkil koca tipini sorgulamağa başlamış; kadın hakları konusunda bilinçlenerek kanunkoyucuyu kadının insan hakları ve insan haklarının temeli olan eşitlik konusunda gerekli değişiklikleri yapmak üzere zorlamağa başlamıştır[1] . Bu arada kadınlarımızın büyük bir kısmının başta Medeni Kanun olmak üzere bir çok kanunun kendilerine tanıdığı insan haklarının bilincinde olmadığı, kendilerine tanınan yasal eşitlik, hak ve yetkilerden yararlanamadıkları da açıkça gözlemlenmektedir. 65 milyona dayanan nüfusumuzun %51'ini kadınlar oluşturuyor ve % 50'si kırsal kesimde yaşıyor. Bunların %38'i okuma yazma bilmiyor[2] , modern eğitim olanaklarından mahrum olarak köhne inanç ve geleneklerin, ata-erkil aile düzeninin ve erkek egoizminin acımasızlığına terkedilmiş durumdalar. Bu nedenler çoğu hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı hak ve yetkilerden habersiz, evde, bağda, tarlada ücretsiz aile işçisi[3] statüsünde yaşayıp gidiyor.

Ülkemizde ilköğretim zorunludur, ancak kırsal kesimde kız çocukları ev işlerinde yardımcı olmak ve erken evlenme nedenleri ile ilkokulu erken terkederler. Kırsal

---

(1) Son zamanlarda bu konuda yapılan araştırma ve bibliyografyaya örnek olarak Türk Sosyal Bilimler Derneği Yayınları arasında yer alan:a) Türk Toplumunda Kadın (Der. *N. Abadan-Unat*), Ankara 1979
b) Türkiye'de Ailenin Değişimi-Sanat Açısından İncelemeler, Ankara 1984
c) Türkiye'de Ailenin Değişimi-Toplumbilimsel İncelemeler, Ankara 1984
d) Türkiye'de Ailenin Değişimi-Yasal Açıdan İncelemeler, Ankara 1984
Ayrıca Bkz: *B.Caporal*, Kemalizmde ve Kemalizm Sonrasında Türk Kadını (1919-1970), Ankara 1982; Türkiye'de Kadın Olgusu (Der.*N.Arat*), İstanbul 1992; Türkiye'de Kadın Olmak (Der.*N.Arat*), İstanbul 1994; Kadın Bakış Açısından 1980'ler Türkiye'sinde Kadın (Der.*Ş.Tekeli*)-İstanbul 1990

(2) Bu oran bazı yörelerde %77'lere çıkmaktadır. Türkiye Kalkınma Vakfı tarafından yapılan "GAP Bölgesinde Kadının Statüsü ve Kalkınma Sürecine Entegre Edilmesi" konulu araştırma, Cumhuriyet 10 Kasım 1994.

(3) Tarımda çalışan %80 dolaylarındaki kadınların %54'ü ücretsiz aile işçisi statüsündedir. N.Arat "Türkiye'de Kadınların Çalışma Yaşamında Karşılaştıkları Zorlukların Sosyo-Kültürel Nedenleri", Türkiye'de Kadın Olmak, s.51, 1990'da tarımda çalışan kadınların ortalama %74'ü ve bunların %68'i ücretsiz aile işçisi olarak tesbit edilmiştir. Bkz. Turkey-Women in Development, A World Bank Country Study 1991.

kesimde evlenecek kızın fikri sorulmaz[4] , rızasına gerek duyulmaz. Erken evlenme tam anlamıyla bir sorun oluşturur[5] . Medeni Kanun erkeğin 17, kadının 15 yaşını tamamlamadıkça evlenemiyeceğini hükme bağlamış, fevkalâde hallerde yargıcın 15 yaşını tamamlamış erkek ile 14 yaşını bitirmiş kadının evlenmesine izin verebileceğini öngörmüştür. Bedensel ve ruhsal gelişmesini tamamlamasına imkân olmayan bu yaşlardaki gençlerin evlenmelerinin yaratacağı sakıncalar ortada iken, fiiliyatta bu yaş sınırlamalarının altında, yaşları 12-15 arasında değişen kız çocuklarının[6] , yargıç iznine gerek duyulmaksızın, imam nikâhı[7] ile evlendirildikleri gözlenmektedir. Yargıtay'ın 1976 yılında başlık parasını yasaklamasına, "kişinin dilediği kimse ile evlenmesi, yasanın öngördüğü sınırlar içinde temel hak hürriyetinin bir gereğidir" yollu hükmüne (YII.HD 15.11.1976, 1976/4912) karşın kız çocukları, hatta genç kadınlar, başlık parası uğruna[8] satılıp gitmektedirler. Medeni Kanun resmi nikâhın yapıldığına ilişkin belgenin ibraz edilmesinden önce dini nikâh yapılamayacağını hükme bağladığı halde (m.110) imam nikâhı uygulamaları sürüp gidiyor.

Devlet "Esaretin ve Esir Ticaretinin ve Esarete Benzeyen Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Ek Sözleşme"yi 1963 yılında onaylamasına karşın bu konuda ilgisizliğini sürdürüyor. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme ile kadın-erkek eşitliğini önleyici yasal ve toplumsal engelleri bertaraf etme yükümlülüğünü üstlenen Devletimiz henüz gereken adımları atmış değil. Gazetelerde, televizyon ekranlarında yaşları 12-13 arasında değişen kız ve erkek çocukların telli duvaklı düğünlerini, resmi nikâhla evlendiği amcasının kızıyla yetinmeyip, bu kez karısının kızkardeşini kaçırıp imam nikâhı kıyan yaman delikanlının marifetleri sergileniyor, ama devlet görmüyor, resmi merciler ilgilenmiyor. Baba dayağından bıkan, başlık uğruna satılmaktan kurtulmak için karakollara, adli makamlara sığınan genç kız hatta reşit kadınlar, kendilerini koruma altına alacak yasal hükümlerin işletilmesi yerine, baba ya da kocalarının şefkatli kollarına teslim ediliyorlar. Gerekçe: Sokağa düşmelerini önlemek.

Kentli kadınlara gelince, endüstrileşme, kentleşme, eğitim olanaklarının artması ile

[4] Kırsal kesimde evliliklerin %57,26'sında eşler ailenin kararı ile evleniyor. Bkz. Türk Aile Yapısı Araştırması (Başbakanlık DPT Yayını) 1993 s.100; Sosyoloji Derneği tarafından yapılan Gecekondularda Ailelerarası Geleneksel Dayanışmanın Çağdaş Organizasyona Dönüşümü (Ankara 1993) adlı çalışmada evlenmelerde baba ve ailenin evlenmede karar verdiğini doğruluyor. Sh.103, Tablo 3.49

[5] *S.Timur*, Türkiye'de Aile Yapısı, Ankara 1972; *K.Üstay*; "Erken Evlenme Sorunları" Kadın Sağlığı Sorunları Konferansı, 14 Kasım 1975;

[6] GAP yöresi kırsal kesimde resmi nikâh %49, imam nikâhı ise %31 dolaylarında olup, kadınların %37'si 15 yaşına ulaşmadan evleniyor. Cumhuriyet 10 Kasım 1994; Türk Aile Yapısı Araştırması s.40 Tablo 28. *P.Benedict*: "Hukuk Reformu Açısından Başlık Parası ve Mehr"-Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler, Ankara 1974, s.34 "Gecekondularda" sh.101, Tablo 3.47.

[7] *S.Timur*, age. s.85-86; Türk Aile Yapısı, s.40, Tablo 28, s.98. Tablo 93

[8] GAP araştırmasına göre kırsal kesimde başlık parası %70 dolaylarında olup, kırsal kesim erkeklerinin %48'i erkek çocuk olmaması ve ilk eşin hastalığı; %52'si ise keyfi öyle istediği için ya da sosyo-psikolojik gerekçelerle ikinci eş alıyorlar. Cumhuriyet, 10 Kasım 1994; *F.Başaran*: "Attitudes Towards Marrying More Then One Wife" (Polygny)-DTCF Felsefe Araştırmaları Dergisi VI, Ankara 1968; Türk Aile Yapısı Araştırması, s.99, Tablo 99, s.103, Tablo 100

paralel olarak aile ve toplumsal yaşamdaki rolleri ve sorunları daha da çoğalmıştır[9]. Eğitim olanaklarından yararlanabilen kadınlar her alanda başarı göstermekte, 1970'lerden bu yana da geleneksel olarak erkeklere özgü diye nitelenen işlerde, örneğin girişimci, yöneticilik, turizm, bankacılık, reklamcılık, sigortacılık, bankerlik gibi alanlarda ayrıca mimarlık, mühendislik, eczacılık, hekimlik ve öğretim üyeliği gibi alanlarda giderek artan oranda yer almakta[10], sanat dallarında ülke ve dünya çapında adlarını duyurmaktadırlar. Tüm bu kadınlar örgütleniyor, Medeni Kanunda değişiklik yapılmasını, evlilik birliğini eşitliğe dayalı çağdaş bir yaşam ortaklığına dönüştürecek yeni hükümlerin getirilmesini istiyorlar. Fiilen kullanmakta oldukları genç kızlık soyadlarını koca soyadı ile birlikte kullanmak istiyorlar. Medeni Kanunun "kişiliğe sıkı sıkıya bağlı" saydığı isim hakkı evlenen kadınlar için neden sözkonusu olmasın? "Aile başkanı" kavramına, modern aile anlayışında başkanlığa gerek bulunmadığını, eşlerin her türlü sorumluluğu birlikte yüklenmeleri gerektiğini belirterek karşı çıkıyorlar. Aile başkanlığı ailenin geçimine katılmak, çocukların bakımı ve eğitimi ile ilgilenmek anlamına geliyorsa, çalışan kentli kadınların çoğunluğu fiilen evin başkanlığını yürütmüyorlar mı? Aile bir şirket mi ki başkana ihtiyacı olsun? Mutlu bir aile kendi hukuk kurallarını kendi yaratan ailedir[11]. Bırakalım aileyi karı ve koca birlikte yönetsinler, velâyet hakkını ortaklaşa kullansınlar, kısacası haklarda ve sorumluluklarda eşit olsunlar.

Ne yazık ki, ülkenin yarıdan fazlasını ilgilendiren bu konulara karşı Devlet gereken duyarlılığı göstermiyor. Her ne kadar 1951 yılından başlayarak Medeni Kanunda gerekli değişikliklerin yapılması konusunda komisyonlar oluşturuluyor ise de, bunların hazırladıkları raporlar, tasarılar Adalet Bakanlığının raflarında tozlanmağa terkediliyor[12].

Uygulamaya gelince, özellikle Yargıtay, kadın-erkek eşitliğini çağdaş bir anlayışla yaşama geçirirken; son zamanlarda verilen bazı mahkeme kararları düşündürücü ve hukuk devleti uygulamaları ile bağdaşmaz nitelik göstermektedir. Medeni Kanun genel ve özel nedenlerin varlığı halinde eşlere boşanma hakkını eşit olarak kabul etmiştir. Ancak Çankırı Asliye Mahkemesi 1985 yılında verdiği bir kararda kocası tarafından dövülüp sövüldüğü sabit olduğu halde, şahsiyet hakları ağır ihlâle maruz kalan kadının açtığı boşanma davasını, evlilik birliğinin sürmesinin çocukların menfaatine daha uygun düşeceği görüşünden hareketle ve "karının sırtını sopasız, karnını sıpasız" bırakma halk deyişine de değinerek reddetmiştir. Mazıdağı Asliye Hukuk Mahkemesi ise 1987'de verdiği bir kararda açıkça karının kocasının zinasına gözyumması gereğini savunuyor. Olayda başka bir kadın ile ilişki kuran ve bu ilişkiden üç erkek çocuk sahibi olan koca, bu nedenle kendisini terk eden karısının eve dönmesi konusundaki davetine uymaması üzerine boşanma davası açmış, yargıç da kocanın ilişkisini "çevrenin sosyal özellikleri itibariyle halk arasında bu tür davranışların yaygın olduğu" gerekçesi ile haklı bularak boşanmaya hükmetmiştir. 1985 yılında bir başka olayda koca karısının zina yaptığı iddiasıyla ceza davası açıyor; ceza mahkemesi ise kararında "böyle bir olayın vaki

[9] *Ü.Gürkan*: "Medeni Kanun Eleştirileri" Karının İktisaden Korunması, A.Ü.H.F. 1973, CXXX, s.1-4, s.321 v.d.

[10] *N.Arat* (1994): agm. s.51

[11] *G.Boehmer*, Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954, s.94

[12] Bkz.*B.Öztan*: "Medeni Kanunun 134. Maddesi"-Tandoğan'a Armağan, Ankara 199? s.116-117

olmadığını, şikâyet ve ihbarın sırf bir tertipten ibaret bulunduğu"nu vurguluyor. Koca bu kez Asliye hukuk mahkemesinde boşanma davası açıyor ve yargıç suçun sübuta ermediği konusundaki ceza mahkemesinin kararını hiçe sayarak ve kendince deliller toplayarak boşanmaya hükmediyor. İnsan haklarını açıkça ihlâl eden, kadın erkek eşitliğini açıkça çiğneyen bu kararlar Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur (3.12.1985, 985/10117-10224; 15.6.1987, 4675/5191; 30.6.1986, 6295/6584).

Medeni Kanunda eleştirilen önemli konulardan bir diğeri de boşanma ile kanuni mal rejimi arasındaki dengesizliktir. Medeni Kanunun tümüyle gözden geçirilip, günün ihtiyaçlarına cevap verecek duruma getirilmesinin tartışıldığı günlerde, kanunkoyucu 1988 yılında yıldırım hızı ile boşanmaya ilişkin yeni bir düzenleme getirdi ve boşanmayı kolaylaştırdı. MK. 134'e eklenen bir fıkra ile boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış olan davanın mahkemece reddedilmesi ve bu kararın kesinleşmesinden başlayarak geçen üç yıl boyunca müşterek hayat yeniden kurulamamışsa, yargıç eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya hükmetmekle yükümlü kılınmıştır. Yargıcın eş ya da çocuklar yönünden takdir hakkını tümüyle reddeden bu eşi görülmemiş boşanma türü, bir anlamda kocaya şeriat hukuku tarafından tanınan mutlak boşanma hakkını akla getirmektedir.

Öte yandan kanuni mal rejimi "mal ayrılığı" olarak korunduğu ve ülkemizdeki evliliklerin hemen tümünde bu rejim geçerli bulunduğu için, Türkiye'nin sosyo-ekonomik koşulları bakımından boşanmanın bu denli kolaylaştırılması kadınların aleyhine bir durum yaratmıştır. Bilindiği gibi Medeni Kanun kadını evişleri görmekle yükümlü kılmış ve yakın zamanlara kadar ücret getiren bir işte çalışmasını da kocanın iznine bağlı tutmuştu. Öte yandan toplumumuz da kız çocuklarının eğitimine önem vermez, kadınların dışarıda çalışmasını hoşgörmez[13]. Ev kadını diye nitelendirilen kadınların bitmez tükenmez evişlerine harcadıkları emek ekonomik bir değer olarak hesaba katılmaz; tarım ve turizm sektöründe çalışan kadınlar "ücretsiz aile işçisi" statüsünde olup ücrete hak kazanmazlar. Ancak çalışmalarının yarattığı değerler ve ücretli işlerde çalışan kadınların kazançları bile ata-erkil aile düzeninin etkisiyle erkeğin olur. Faturalar, tapular hep erkeğin adınadır. Boşanma gerçekleşince de "mal ayrılığı" rejimi gereği, kadın alınterinin karşılığını alamadan çekip gitmek zorunda kalır[14]. Ülkemizde kadınların boşanmamakta direnmelerinin nedeni işte burada yatmaktadır. Ailenin, toplumun eğitimini önemsemediği, kocanın dışarıda çalışmasına izin vermediği kadınların çoğu kocaları tarafından orta yaşlarda ve çocukları ile terkedilirler. Eğitimsizlikleri, işe ara vermeleri ya da geçkin yaşları nedeniyle bu kadınlar ne yapacaklardır? Toplumun kadını mahkum ettiği geleneksel roller değişmeden, mal rejimi çağdaş kılınmadan boşanmanın bu denli kolaylaştırılması hangi hukuk devleti anlayışı ile bağdaşır?

Ceza Hukuku Alanı

Kanunkoyucu, Medeni Kanunda boşanma nedeni olarak kabul ettiği "zina"yı Ceza Kanununda "aile düzenine karşı işlenmiş suç" sayarak cezalandırır. Bunu yaparken de hiç bir hukuk devletinde görülmemiş cinsiyetçi bir ayrımcılık yaparak kadının ve erkeğin

(13) TÜSİAD'ın "Türk Toplumunun Değer Yargıları" adlı araştırması, s.34.N.Arat nk. agm.s.48; Ayrıca Türk Aile Yapısı Araştırması s.128, Tablo 128, s.130, Tablo 130; Gecekondularda, s.242 Tablo 5.30
(14) Ayrıntılı bilgi için Ü. Gürkan, agm.

zinasını ögeleri yönünden farklı ve kadının aleyhine olarak düzenler.

Ceza Kanununa göre evli kadının zinası için başka bir erkek ile bir kez cinsel ilişkide bulunması yeterlidir (m.440). Kocanın zina suçunun sabit olması için ise, bir çok koşul getirilmiştir: a) Evli erkeğin bekâr bir kadın ile b) karısı ile birlikte oturduğu evde ya da herkesçe bilinebilecek bir yerde c) karı koca gibi yaşamak, yani sürekli cinsel ilişki kurmak şartı aranacaktır (m.441). Erkeğin bekâr bir kadınla gelip geçici ya da gizli ilişki sürdürmesi (Y.5CD.9.7.1992, 2102/2465) birçok kadınla geçici ilişkiler kurması suç oluşturmaz. Kocasının zinasında teselsül suçun unsuru sayılırken, kadın bakımından cezayı artırıcı neden olur (CK.m.80). Erkeğin cinsel ilişkide bulunduğu kadın evli ise, suç kocanın zinası olmaktan çıkarak kadının zinasına dönüşmekte ve şikâyet hakkı evli kadının kocasına ait olmaktadır, aldatılan kadına değil (Y.5CD, 28.12.1989, 48/54/6740).

Bu ayrı düzenlemenin gerekçesi ise, kadının zinasının nesebe hile karışmasına yolaçması, bunun ise aile düzenini tahrip edeceği, kocayı şerefsiz ve kamuoyu karşısında gülünç duruma düşüreceğidir[15]. Öte yandan bazılarına göre, erkek yaradılışı itibariyle başkasıyla cinsi münasebette bulunduktan sonra da karısı için duyduğu şefkat ve muhabbeti muhafaza edebilme kudretine sahiptir[16]. Kadın erkek eşitliğini bozan bu düzenleme Anayasa Mahkemesine götürülmüş, ancak Mahkeme 28.11.1968 tarih ve 13/56 sayılı kararı ile 441. maddenin Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Ceza Kanunu kadının cinsel özgürlüğünü kabul etmez ve aileye bağlar, bu nedenle de erkeklerin kadınlara (bu arada diğer erkek ve çocuklara) karşı işlediği cinsel suçları şahsa karşı değil, zinada olduğu gibi "Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler" başlığı altında ele alır. Görünen odur ki, burada saldırıdan korunmak istenen insan onuru değil, kamu ve aile düzenidir. Modern hukuk düzenleri bu konuyu "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suç"lar olarak ele alıp, cinsel yaşamda şiddet kullanılmasına ve zorlamaya karşı etkin hükümler getirirken, ülkemizde kadın bedenine, kadın cinselliğine yönelik tecavüz suçları mütecavizden çok kadının cezalandırıldığı bir alan olarak karşımıza çıkıyor. Kadının cinsel özgürlüğüne, bedensel ve ussal bütünlüğüne yönelik en korkunç suçlardan birini oluşturan (m.414) "ırza geçme" suçunun tekemmülü için Yargıtayın getirdiği ölçüt "erkeğin cinsel organını kadının vücuduna normal ya da anormal yolla menisini boşaltacak biçimde kısmen veya tamamen sokmasıdır (5. CD 14.11.1952, 3034/3036; YCGK 4.6.1990, 101/156). Kadının cinsel organına zorla parmak, sopa v.b. sokmak ırza geçme sayılmaz; "ırza tasaddi" olur. Bu suçun oluşması için aranan diğer koşullara gelince: Başta "cürmi kasıt" yani cinsel birleşme için cebir, şiddet, tehdit kullanılması ve bunun tecavüze uğrayan kadın tarafından kanıtlanması gerekir. Öte yandan cebir kullanan erkek, mağdurun karşı koymasının ciddiyetine inanmalıdır; aksi takdirde suç oluşmaz. Hatta yakın zamana kadar mütecaviz kadına fahişe sanarak tecavüz etmiş ise hafifletici

(15) *A.P.Gözübüyük*: Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Baskı, s.1042; N. Şensoy, Zina Cürmü, İHFM C.VIII, N.1-2, s.89; Ö.Tosun'a göre bu farklılık karının şehvet hislerini erkeğine hasretmesi zorunluluğunun ihlâl edilmiş olmasından ileri gelmektedir. Ceza Hukuku Bakımından Sunî İlkah, İHFM C.XXV, s.1-4, s.115.
(16) Bkz. *Şensoy*, sh.84

nedenlerden yararlanırdı[17] (CK m.438). Kısacası bu karşı koyma son derece ciddi olmalı, zira adli tıp uzmanları mütecavizin yardımcısının olmaması, kuvvetler arasında büyük farklar bulunmaması halinde yetişkin kimselerin ırzına geçilemeyeceği kanaatındadır. Erkeğin cinsel organı kadın bedenine, herhangi bir nedenle tam dühul etmemiş ise suç "ırza tasaddi" adını alır ve cezası azalır. Bu suçun oluşması için kadının bedeni özellikle cinsel organları üzerinde sürekli olarak şehevi amaçla icra edilen iğrenç fiillerin "sürekli olması" da gerekir. Erkek kadını öpmek (YCGK. 24.12.1990, 343/361), göğüslerini okşamak (YCGK, 12.12.1988, 466/526) gibi bağımsız hareketlerle yetinmişse, bu kez suç "sarkıntılık olur ve cezası daha da azalır. Kızlık zarı o denli önemlidir ki, toplumumuzda her önüne gelen makam, yurt, okul müdürleri, yetkileri olmadığı halde genç kızları bekâret muayenesine yollayabilmekte, bu da birçok genç kızın psikolojik bunalıma düşmesine, hatta intihara teşebbüs etmesine neden olmaktadır. Türk toplumu ve hukuk düzeni için "bekâret" çok önemlidir. Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı "evlenmek vaadi" ile kandırıp kızlığını bozarsa, benzerine rastlanmayan bir suç işlenmiş olur: "Evlenme sözü vererek kızlık bozma" (CK. m.423). Bu hükmün gerekçesi evlenme konusunda bekâretin çok büyük önem taşıması, kızlık zarının bozulması halinde evlenme imkânının yitirilmesidir. Oysa "evlilik kadın için yegâne meşru durumdur. Genel kanı da kızlık zarının erkek penisi ile bozulması doğrultusundadır. Burada korunan "kızlık zarı"[18] olduğu için, cinsel ilişkiye rağmen kızlık zarı bozulmamış (Y 5 CD 3.12.1992, 3495/38053) ve hamilelik söz konusu değilse ya da hamilelik doğumla değil de sezaryen yöntemiyle sona erdirilmişse kızlık zarı bozulmayacağından sanığın eylemi suç sayılmayacak ve beraatine karar verilecektir (YCGK. 30.5.1983, 63/261).

Ceza Kanunu kız ve kadın kaçırma suçunun "evlenme maksadı" ile işlenmesi halinde, kadının iradesine önem vermeyerek, cezanın indirilmesini öngörür (m.433). Ancak bazı mahkemelerin evlenme ehliyetine sahip olmayan kızların evlenme amacı ile kaçırılmasında bile ceza indirimine gitmekte oldukları sıkça gözlenmektedir. Neyse ki bu tür kararlar Yargıtay tarafından bozulmaktadır (5CD. 6.10.1993, 3049/35/24; 5CD.24.2.1993, 398/747).

Ceza Kanununa göre kaçırma, alıkoyma, ırza geçme ya da tasaddide bulunma suçlarında birden çok sanığın bulunması ve mağdurenin bunlardan biri ile evlenmesi halinde, suça katılan diğer failler hakkında davanın düşmesi ve ceza verilmemesi gerekmektedir (m.434). Bu maddenin amacı mağdurenin elem ve üzüntüsünü gidermek, onu korumak ve sanıklardan birisi ile evlenmesini kolaylaştırmak (Y 5CD, 30.11.1993, 4020/4289) olarak ifade edilmekte ise de, diğer sanıklara ceza verilmemesi, hatta yargılama giderlerinin yükletilememesi bir hayli düşündürücüdür.

Adam öldürme, müessir fiil suçlarının, zina veya gayrimeşru cinsel ilişki halinde yakalanan bazı yakın akrabalar aleyhine işlenmiş olmasını cezayı hafifleten (sekizde bir

[17] İnsan haklarına bu denli aykırı olan ve şiddetli tartışma ve kampanyalara neden olan bu madde ne yazık ki 1963 yılında "cinsiyet yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden değildir" (25.10.1963, 148/256) diyen Anayasa Mahkemesinin, 12.1.1989 tarihinde vermiş olduğu kararla Anayasa'ya aykırı bulunmamıştı. Ancak 29.11.1990 tarihinde yürürlüğe giren 3679 sayılı kanun ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

[18] Burada "cezalandırılan eylem cinsel ilişkide bulunmak olmayıp kızlık bozmadır" S.Bakıcı: "Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları", ABD 1985/1, s.38

oranında) neden sayan Ceza Kanununun 462. maddesi de kadınların açıkça aleyhinedir. Örneğin kızkardeşini zina ya da gayrimeşru cinsel ilişki halinde yakalayıp öldüren ya da müessir fiilde bulunan erkek kardeşin cezası azaltılırken, böyle durumlarda aynı davranışta bulunan kızkardeşin cezası azaltılmamaktadır. Burada korunan ister aile şerefi ister ağır tahrik olsun, kız ve erkek kardeş arasında böyle bir ayrım yapmak haklı sayılamaz.

Aile içi şiddet kadınlar için son derece önemli bir sorun olduğu halde ne kanun koyucu ne de yargı organları konuya ciddiyetle yaklaşmıyorlar. Son yapılan araştırmalar her düzeydeki kadının kocası tarafından, çoğu kez tehlikeli boyutlara varan biçimde şiddete maruz kaldığını ortaya koymaktadır[19]. Dayak ve müessir fiil kadınların maruz kaldıkları tecavüz olaylarının en yaygını olduğu halde, "aile efradına pek fena muamele etmek" suçu sayılmış ve 30 aya varan bir ceza öngörülmüştür (CK.M.478). Oysa uygulamada genellikle 7 gün hapis cezası (m.15 uyarınca) verilmektedir. Takibi şikâyete bağlanmış olduğu, kadınların sosyal statülerinin düşüklüğü ve erkeğe bağımlılığı, sığınma evlerinin hemen hemen hiç olmayışı gibi nedenlerle şikâyet edemeyen kadınlar dayaktan korunamamaktadırlar.

Evlilik içi tecavüzün varlığı ise kanun koyucu ve yargı tarafından hiç hesaba katılmamaktadır. Bilimsel ve yargısal içtihatlara göre "ırza geçme" fiilinin sözkonusu olabilmesi için, cinsel ilişkinin meşru olmaması koşulu gerekir[20]. Bu nedenle kocanın (henüz 15 yaşını bitirmeyen) karısı üzerinde cebir, tehdit veya hile ile cinsel ilişkide bulunması ırza geçme sayılmaz (Y1CD, 17.10.1951, 2087/2153). Hattâ "...kocasının hakim tarafından verilmiş ayrılık kararı gereğince ayrı yaşayan karısı ile cebir veya tehdit gibi vasıta ile cinsel münasebette bulunması halinde ırza geçme fiili doğmuş olmaz."[21].

Yargıtay yakın tarihlerde verdiği bir kararda (4CD 19.12.1990, E 1990/5557 k.1990/7044) karısı ile ters ilişkide (anal ilişki) bulunmayı "aile fertlerine kötü muamele etmek" sayarak ceza indirimine gitmiştir. Ancak bu karara karşı verilen "karşı oy" bir hukuk devleti yargıcının fikirlerini sergilemesi bakımından ibret vericidir. "Hukukta hiç bir norm, aile içinde şiddet ya da tehdit kullanmaya izin vermemiştir. Evlilik içi cinsel ilişki için de aynı şey sözkonusudur. Cinsel ilişkiye razı olmayan eş karşısında, öbür eşin yalnızca ayrılma ya da boşanma istemeye hakkı vardır... Evliliğe rıza gösterme, evliliğin olağan gereklerine ve sonuçlarına rıza göstermekdir... maddi ya da manevi zorla işlenen olağan (vajinal) cinsel ilişkinin zorla ırza geçme... maddi ya da manevi zorla... anal cinsel ilişkinin hen zaman kesinkes zorla ırza geçme suçunu oluşturacağı" açıktır[22] yolundaki görüş, umarız birgün içtihat değişikliğine neden olur. Kadınlara yönelik cinsel suçlar,

[19] Geniş bilgi için bkz. *T.G.İçli; A.Öğün; N.Özcan*: Ailede Kadına Karşı Şiddet ve Kadın Suçluluğu, T.C. Devlet Bakanlığı Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ank. 1995; Medya, Şiddet ve Kadın, 1993 Yılında Türk Basınında Kadınlara Yönelik Şiddetin Yeralış Biçimi, Ankara 1993, s.29

[20] *S.Dönmezer*: Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1975, 4.Bası, s.537; Türk Ceza Kanunu Şerhi'nde Gözübüyük'te, kocanın karısına cebir ve şiddet kullanarak cinsel ilişkiye zorlamasını, alt mahkemenin müessir fiil saymasına karşın, Belçika Yüksek Adli Mahkemesinin "cinsi haysiyet ve hürriyet de ihlâl edilmesine göre kocanın fiilinin "zorla ırza geçme" olarak tavsifi ve kabulü Hukuk, Ahlâk ve Adalet kural ve ilkelerine uygun olur" diyerek kocayı mahkûm etmesini tasvib etmekte ve Türk Hukuk Sisteminde benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. S.723-24

[21] *A.P.Gözübüyük* age.

[22] *S.Selçuk*'un Muhalefet Şerhi, YKD, C.2, Şubat 1991, s.293-94

özellikle tecavüz ve tasaddi kamu davası konusu olmakla beraber, karakoldan başlayarak, adli tıp ve mahkeme salonundaki uygulamalar kadınların aynı olayı tekrar tekrar yaşamasına neden olmakta, şiddete maruz kalan bu kadınlar intihara teşebbüs ettikleri gibi, uzun süreli psikolojik tedaviye ihtiyaç göstermektedirler. Oysa böyle durumlarda kadına yardımcı tedbirler alınması, örneğin karakolda kadın polis, adli tıpta kadın doktor ve kadın savcı bulundurulması kadını "utanır" olmaktan, "kendini suçlamak"tan kurtaracak basit tedbirlerdir. Öte yandan bu tür suçlar için verilen cezalar, zorla aranıp bulunan hafifletici nedenlerle etkinliğini yitirdiğinden, kadın us ve bedenine, cinsel özgürlüğüne yönelik insan hakları ihlâlleri olarak sürüp gidiyor. Ceza Kanunu âdeta tecavüzcüyü koruyor, örneğin mütecaviz kızlık zarını bozamamışsa cezasız kalabiliyor; ırza geçme şartlı tahliye kapsamına alınabiliyor; mağdurun yaşının biraz büyük olması cezayı hafifletebiliyor, çoğu kez 3-5 yıl arasında değişen hapis cezaları bir kaç milyon arasında değişen komik para cezalarına çevrilebiliyor. Yargıçlar sanki kadının kendi insanlık onuruna olan saygısını yitirmesini, onca psikolojik tedaviye rağmen süren bunalımlarını, intihar girişimlerini hesaba katma yerine, türlü gerekçelerle mütecaviz ve zorbalara nasıl az ceza verileceğini hesab ediyor.

Sonuç olarak, Türk kadınlarının Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku alanlarında bir hukuk devletinden beklendiği biçimde insan haklarından ve insan haklarının gereği olan eşitlikten tam anlamıyla yararlandığını söylemek mümkün olmasa gerek.

Zusammenfassung

Eines der wichtigsten unter den vielen Kriterien, die von der Lehre für den Rechtsstaat entwickelt worden sind, ist die universale Ausübung der Menschenrechte. Um dieses zu erreichen gilt es, alle Menschen sowohl vor dem Gesetz als auch bei Anwendung der Gesetze gleich zu behandeln. Gemäß der türkischen Verfassung ist die Türkische Republik ein sozialer Rechtsstaat in dem jedem die gleichen Rechte im Hinblick auf Menschenrechte und Freiheiten zustehen. Zudem hat die Türkische Rebuplik die Europäische Menschenrechtskonvention und CEDAW ratifiziert. Damit hat sich der türkische Staat zur Verbesserung des sozialen und rechtlichen Status der Frauen und zur Verwirklichung der rechtlichen und faktischen Gleichberechtigung von Mann und Frau, auf internationaler Ebene verplichtet. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der Revision vieler Gesetze des positiven Rechts und der Einführung neuer Bestimmungen zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau. In dieser Untersuchung werden nur diejenigen Bestimmungen des Türkischen Zivilgesetzbuches (TMK) und des Türkischen Strafgesetzbuches (TCK) behandelt, welche die Gleichheit aufheben; dabei werden auch Gesetzestexte und Rechtsprechung herangezogen. Auf diese Weise sehen wir, ob das Gesetzesrecht und das Recht in der Praxis oder, anders ausgedrückt, ob die Normebene und das soziale Leben miteinander harmonieren.

Das TMK wurde im Jahr 1920 aus dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch übernommen. Durch diese Übernahme wurden alle Verbindungen zum traditionellen und dem teologischen Recht abgeschnitten. Die von *Atatürk* verwirklichte Laizisierung des Rechts hat auf jedem Gebiet den Fortschritt der Türkei herbeigeführt. Die Türkei ist der einzige islamische Staat, der dem islamischen Recht ein Ende gesetzt hat, wodurch sich unter den islamischen Staaten die Gleichberechtigung der Frau in der Türkei am weitesten

entwickelt hat. Reformen, die die Ungleicheit aufhoben und der Frau die Möglichkeit gaben, gleich behandelt zu werden, führten für die soziale und rechtliche Situation der Frauen weitgehende Veränderungen herbei; Frauen wurde es ermöglicht, sich im privaten und staatlichen Sektor zu betätigen und sich somit an jedem Bereich des Lebens zu beteiligen.

Die Möglichkeiten, die das TMK den Frauen in den 20'er Jahren gab, waren sehr fortschrittlich; doch aufgrund sozialer Veränderungen sind manche Bestimmungen heutzutage ungenügend. Laut Art. 8 TMK sind hinsichtlich der Rechtsfähigkeit Frau und Mann gleicberechtigt. Die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau ist allerdings in einigen gesetzesbedingten Punkten telweise eingeschränkt. Denn, das TMK spiegelt die traditionelle Familienstruktur wider, die den Ehemann zur Fürsorge der Familie verpflichtet, die Ehefrau hingegen mit dem Haushalt und der Pflege der Kinder betraut. Nach dem TMK ist der Ehemann das Familienoberhaupt, mit der Folge, daß die Frau mit der Heirat den Familiennamen des Ehemannes annimmt, der Wohnsitz der Ehefrau der des Ehemannes ist; der Ehemann die Familie vertritt, die Ehefrau nur für die Vertretung der alltäglichen Haushaltsausgaben berechtigt ist, und nur mit gerichtlicher Erlaubnis Bürgschaft für ihren Mann leisten darf. Gemäß den Bestimmungen des alten Art. 159 TMK, bedurfte die Ehefrau der Erlaubnis ihres Ehemannes um einer Arbeit gegen Entgelt nachzugehen. 1990 wurde diese Bestimmung wegen Verfassungswidrigkeit vom Verfassungsgericht aufgehoben.

Bei der Anwendung des TMK gibt es zwei wichtige Probleme: Das Volljährigkeitsalter beträgt 18 Jahre und Volljährige dürfen heiraten, wen sie wollen. Ein 17 jähriger Junge und ein15 jähriges Mädchen dürfen mit Erlaubnis ihrer gesetzlichen Vertreter heiraten. In außerordentlichen Fällen kann das Gericht die Heirat eines 15 jährigen Jungen oder eines 14 jährigen Mädchens erlauben. Außerdem hat nur eine offizielle Eheschließung vor einem mit diesem Amt betrauten Beamten rechtliche Geltung. Wenn eine religiöse Trauung gewünscht wird, so darf sie nur nach der offiziellen Eheschließung stattfinden. Die religiöse Trauung alleine hat keine rechtliche Geltung. In der Türkei aber, besonders in den ländlichen Regionen gibt es noch immer Mädchen unter 15 Jahren die in einer religiösen. Trauung verheiratet werden. Anstatt die vorhandenen Rechtsmechanismen in Gang zu setzen, verhalten sich die Behörden desinteressiert.

51% der türkischen Bevölkerung sind Frauen, von denen 50% in ländlichen Regionen leben und von denen wiederum 38% Analphabeten sind. Obwohl es hinsichtlich der Grundschulausbildung Schulpflicht gibt und staatliche Schulen kostenlos sind, kommt es selten vor, daß Mädchen in den ländlichen Regionen den Grundschulabschluss absolvieren. Diese Mädchen werden durch väterlichen oder familiären Zwang und um der "Mitgift" willen verheiratet. Aus diesen Gründen leben die Frauen der ländlichen Regionen ohne Wissen über die Rechte un Befugnisse, die ihnen das Rechtssytem gewährt; sie arbeiten auf den Feldern, in Gärten und Weinbergen ohne Entgelt und verrichten zudem noch die schwersten Hausarbeiten. Der Staat ergreift keine ernsthaften Maßnahmen dagegen.

Durch die Industrialisierung, Metropolisierung usw. haben sich auch die Rollen und Verantwortungen auch der Frauen, die in den Städten leben, vermehrt. Frauen betätigen sich in allen nur denkbaren Arbeitsbranchen und können alle Berufe ergreifen. Diese Frauen, deren Anteil an Medizin und Ingenieurberufen. Rechtswissenschaft und

Lehrämtern an Universitäten bis zu 30% beträgt, bemühen sich nach besten Kräften für die notwendigen Veränderungen an der TMK; der Staat dagegen gründet lediglich Kommissionen, macht Entwürfe. Aber noch gibt es keinen Gesetzesentwurf, der dem Parlament vorgelegt wurde.

Nach der TMK sind Mann und Frau hinsichtlich der rechtlichen Folgen einer Scheidung gleichberechtigt. Doch manche der Gerichtsentscheidungen erscheinen bedenklich. Bei einer von der Ehefrau eingereichten Klage wegen Ehebruch bewerten manche Richter den Ehebruch des Mannes als etwas normales und sprechen kein Scheidungsurteil aus. Andererseits bewerten sie eine Frau, die wegen des Ehebruches und den Mißhandlungen des Mannes ihr Haus verläßt, als schuldig und stimmen dem Scheidungsantrag des Ehemannes zu. Was sind das für Richter in einem Rechtsstaat? Zum Glück werden solche Urteile vom (Yargıtay) Kassationshof aufgehoben.

Die gesetzliche Güterregelung, die "Gütertrennug", arbeitet unter den heutigen Bedingungen gegen die Interessen der Frau. Insbesondere die 1988 eingeführten weitgehenden Erleichterungen bei der Ehescheidung stellen ein ernstes Problem der Frauen dar. In der Türkei wird auf die Ausbildung der Frauen kein Wert gelegt, deshalb ist es schwer für Frauen, eine gute Arbeit zu bekommen; der Ehemann will nicht, daß die Frau arbeitet; die Arbeit im Haushalt wird nicht als Arbeit anerkannt. Wenn die Frau gegen Entgelt arbeitet, wird dieses Geld für den Haushalt und für den Ehemann ausgegeben; Immobilien und wertvolle Gegenstände werden auf den Namen des Ehemannes verzeichnet. Wenn unter diesen Umständen die Ehescheidung eintritt, behält der Mann alles, der Frau hingegen bleibt nichts von dem, was sie erarbeitet hat.

Auf dem Gebiet des Strafrechts bedeutet der Ehebruch eine Straftat gegen die Familie. Allerdings hat das türkische Strafgesetzbuch den Ehebruch des Mannes nahezu unmöglich gemacht. Damit ein verheirateter Mann diese Straftat begehen kann, muß er mit einer ledigen Frau in seiner eigenen Wohnung oder an einem allgemein bekannten Ort ein ständiges, dem Eheleben gleichendes Leben führen. Wenn der verheiratete Mann mit verschiedenen Frauen oder mit einer Frau an verschiedenen Orten Geschlechtsverkehr ausübt, gilt das nicht als Ehebruch. Wenn die Partnerin beim Geschlechtsverkehr eine verheiratete Frau ist, dann spricht man nur noch vom Ehebruch der Frau, und der Mann ist Teilnehmer an dieser Straftat. Wenn aber eine verheiratete Frau ein einziges Mal mit einem anderen Mann in Geschlechtsverkehr getreten ist, so gilt die Straftat. Ehebruch schon als begangen. Diese unterschiedliche Behandlung außerehelichen Geschlechtsverkehrs wurde vom Verfassungsgericht leider nicht für verfassungswidrig befunden.

Das Strafgesetzbuch erkennt die sexuelle Freiheit der Frau nicht an. Straftaten, die von Männern gegen Frauen begangen werden, sind unter dem Kapitel "Straftaten gegen die Moral und gegen die Familienordnung" zusammengefaßt. Somit schützt das Strafgesetzbuch nicht die körperliche und psychische Unverletzlichkeit, nicht den menschlichen Wert und die Würde der Frau, sondern die öffentliche Ordnung und die Interessen der Familie. Angesichts vieler Entscheidungen des Revisionsgerichts ist der Beweis der gewaltsamen Notzucht - als die ekelerregendste der Straftaten gegen die körperliche und psychische Unverletzlichkeit der Frau - in höchstem Grade erschwert. Wenn das Geschlechtsorgan des Mannes nicht ganz in das der Frau eingedrungen ist und die Frau deswegen keine Verletzungen und Narben erlitten hat, so gilt dies als eine

leichtere Straftat und wird unzüchtige Handlung genannt. Wenn der Angeklagte die Frau nur geküßt und ihre Geschlechtsorgane berührt hat, so gilt das als eine noch leichtere Straftat, die man "Belästigung" nennt. In der türkischen Gesellschaft ist die Jungfräulichkeit von größter Bedeutung. Wenn ein Mann einem Mädchen unter 15 Jahren die Heirat verspricht und beim Geschlechtsverkehr ihr Hymen verletzt, so kommt ein Straftatbestand zustande, der in keinem anderen Rechtssystem vorhanden ist, nämlich "Verletzung des Hymens mit dem Versprechen der Heirat". Die Begründung dafür ist der Verlust der Heiratschance des Mädchens. Doch Gerichtsurteilen zufolge gilt diese Straftat als nicht begangen, und der Angeklagte wird freigesprochen, wenn das Hymen während des Geschlechtsverkehrs wegen seiner Elastizität nicht verletzt worden ist oder wenn das Hymen, das bei einer normalen Geburt verletzt sein würde, wegen Kaiserschnitt unverletzt bleibt. Wenn die gewaltsame Notzucht von mehreren Tätern begangen wurde und die Verletzte einen der Täter heiratet, bekommen die übrigen Angeklagten keine Strafe.

Obwohl die Gewalt innerhalb der Familie weit verbreitet ist, wird dem Mann, der seine Ehefrau schlägt, nur eine geringe Strafe erteilt. Vergewaltigung in der Ehe wird weder vom Gesetz noch von den Gerichten anerkannt. Die hauptsächlichen Gründe, weshalb Gewalt-und Sexualdelikte Frauen gegenüber weiterhin begangen werden, sind folgende: Es sind Straftaten, die nur auf Anzeige verfolgt werden können; selbst wenn eine Frau, die sexuell belästigt wird, den Mut aufbringt, um sich zu beschweren, so wird sie demoralisiert durch die schlechte Behandlung, der sie bei der Polizei, im gerichtsmedizinischen Institut und bei der Staatsanwaltschaft ausgesetzt ist. Außerdem scheinen die Gerichte und die anderen Organe bei solchen Straftaten alle möglichen Wege zu nutzen um die Täter zu einer minderen Strafe zu verurteilen. Zudem bleiben auch Gefängnisstrafen wirkungslos, weil diese leicht in Geldstrafen umgeändert werden können. Kann unter diesen Umständen von einem Rechtsstaat und von rechtsstaatlicher Praxis in der Türkei die Rede sein? (Übersetzt von F.U.)

Abstract

One of the most significant criterion used for judging whether a state is governed by "the rule of law" is the extent of the safeguard provided for the human rights which should be granted to every person accordingly. Therefore the state of law indicates that every person shuld be treated equally both as the law is written and as it is carried out in practice. According to the Turkish Constitution, the Republic of Turkey is a social state governed by the rule of law and every person is entitled to fundamental rights on a basis of equality. Furthermore the Republic of Turkey has ratified the European Convention on Human Rights and CEDAW. In order to fulfil its international obligations, Turkey is under the burden to pursue a policy of eliminating discriminations against women both in the legislation and practice, and prepare policies for the development of women's social and legal status.

In this article I will try to mention the discriminatory provisions of the Civil Code and Criminal Code, and address their interpretation in the court decisions. By this way we will be able to observe to what extent the legal framework is in compliance with the reality.

The Turkish Civil Code was adopted from the Swiss Civil Code in 1926. This means an important break with tradition and religious norms, especially the secularisation of law, put into effect by Atatürk, was a milestone in Turkey's social development. Turkey is the only Islamic Country which has eliminated the Sharia, as such, women's position before the law is most egalitarian of Islamic countries. By eliminating segregation and differential legal treatment of woman the reforms cleared the way for comprehensive changes in the position of woman. They paved the way for women to enter all walks of life, including public office and profession.

While the provisions of Turkish CC regarding women's issues were progressive at twenties, some articles have proved insufficient for society today. According to CC all persons (man and woman) are subject of rights, but a married woman as one with partial disability, with her capacity limited only in cases explicitely cited by the law.

Turkish family law based on the traditional (patriarchal) family in which the husband is the head of the family and the wife has the management of the household affairs. By the law the wife is acquired to bear her husband's surname. Wife has her husbands domicile. She is allowed to have domicile other than her husband's when she is entitled to live separately. The husband represents the family; the wife can represent the family only for the current necessaties of the family. The wife can not become guarantor for her husband's debt unless she is permitted by a court decision. The Article 159 of the CC, which is required a wife to obtain a permission to perform any type of paid work, was annulled by the Constitutional Court on the basis of unconstitutionality in 1990.

According to CC majority is acquired at age 18, or upon marriage. The marriage age is 17 for men and 15 for women getting the written approval of their statutory representatives, Under the extraordinary conditions, a 15 year old boy a 14 year old girl may marry with permission of the court. And only civil marriage performed by authorized marriage officers are considered as valid; after than if the spouses desire, a religious marriage (imam marriage) is permitted. Contrary acts are punishable, still imam marriages without civil marriage are prevalent. Early marriage and religious marriage performed with the participation of imam are regarded as the major issues in some regions of Turkey which need consideration. A legal mechanism should be established to provide the enforcement of the existing laws which prohibits such marriages.

The %51 of the total population is women and %50 of them live in rural areas; %38 of the rural women are illiterate. Although the primary education is compulsory and free of charge in the state schools, the girls in the rural areas are seldom primary schools graduates. The education of rural women are prevented by their parents and they are forced to marry even under marriage age. The prevailing tradition which is called "bride price" is also shown as the main reason for these early marriages. The traditional rural activities are not considered work but a life style. Women, generally unpaid, work not only in the fields but they also deal with for food production and child care as well, carrying double or triple burden even without acknowledging their legal rights.

Urban women, on the other hand, are making progress in all areas of public life. All professions are open to them. But their roles and responsibilities have been increased as regards industrialization and urbanization etc. These women are the voluntary warriors of the women's movement struggling for the re-evaluation of the discriminatory provisions

of the CC. the grounds for divorce are as the same for both men and women. But some court decisions need consideration. For example in some decisions, adultry committed by the husband is taken as an ordinary event; whereas divorce is granted due to the fault of the wife in case wife severely beaten by her husband and deserts him. It is noteworthy that the Court Appeals disapproves such decision.

According to the CC,if spouses have not adopted another system by making covenant they are placed under the system of 'seperation of estates'by which each party retains his or her her own property. In a social structure where the education of women is to a large extent ignored and her engagement in a profession actually is made dependant on the consent of her husband, this system works against the wife and ensures the enrichment of the husband at the expense of the wife. Since the domestic work of the wife is not considered as having an economical value, all gains including those obtained by the efforts of the wife are gathered in the assets of the husband. It is also the practice in Turkey to have the immovable property acquired during the marriage even with the contribution of the wife, registered in the husband's name which creates difficulty for the wife in case of death of the husband or divorce.

After the amendment of the provisions as regards divorce in made 1988, is became very easy for the spouses to obtain divorce. Under the new regulation it is again the woman who has been unjustly treated since the financial consequenses of divorce are far from strengthening her position. Therefore it becomes absolutely necessary to reevaluate the existing legislation. Several attempts have been made to eliminate the discriminatory provisions in the Civil Code. The Governments have appointed commissions, the amendment proposals have been increasing. That is all. None of those have been brought before the Assembly in the form of draft yet.

In the criminal law context adultery is considered to be a crime which is committed against the family order. Turkish Criminal Code has distinguished between adultery by a married woman and adultery committed by a married man. According to Article 441 of the Criminal Code, adultery by a married man is "living as man and wife with an unmarried woman either in the house where he resides together with his lawful wife, or in another place which may be easily known by the public". In other words, a man is guilty of adultery only if he continuously cohabits with one and the same unmarried woman in the same house. He is not guilty if he cohabits with a different woman each time or with the same women but at different places. On the other hand, Article 440 of the Code defines adultery by a married woman as "any sexual intercourse with a man other than her husband." That is, engagement in sexual intercourse by a married woman with a man not her husband even for one time constitutes the offends of adultery on the part of the woman. If a married man, however, cohabits with a married woman other than his wife even for one time, he is guilty as an accomplice in the offence of adultery committed by a married woman. The discrimination against woman can easily be seen yet it has not been found unconstitutional by the Turkish Constitutional Court.

Criminal Code does not recognise woman's sexual liberty and provides for the sexual assaults committed by men against women under the "Crimes Against Moral and Family Order" Chapter. Thus, Criminal Code protects public and family order negating personal integrity and human dignity of the woman. The Court of Appeal's many leading decisions in the field render it impossible to give proof of rape which is one of the most horrible

offences against the personal and moral integrity of the woman. If there has not been "res in re" (entering of the male organ into that of the female) and the woman has not been injured as results of the act, the offensive act is reduced to a lighter one which is called "carnal abuse". When it suffices to the aggressive man to kiss the victim forcefully or to touch her genital organs, the offence is "indecent assaults", a much more lightly punished act. For the Turkish society, virginity is of a prime importance. When a man deprives a girl of her virginity who completed her 15 by promising marriage, the act called "Defrauding by promise of marrige", an offence not even rarely seen in another legal systems. The ground of punishing this act is the loss of possibility of marriage for the girl.

As to the courts' decisions, when the woman's is not deteriorated in the intercourse due to for instance, the elasticity or if the woman gives birth by caesarean sect, the act is not considered to be defrauding by promise of marriage and the accused acquittes. When there are accomplices in the committal of the rape and if the victim marries one of them other accomplices are not punished.

Although domestic violence is widespread, the husband who beats his wife, lightly punished even in case of presence of the woman's complaint. Marital rape is not considered "rape" in the real criminal sense of the word by the Criminal Code and by the courts.

Sexual harassment's against women seems to everlast because of these acts' being prosecutable only upon complaint of the injured party and hardly provable in light of the courts' precious decisions. Another reason to that is that women denouncing these acts being maltreated in the police stations, forensic medicine and prosecution offices.

It is as if the law enforcement authorities and the courts have been trying to secure the acquittal of the aggressive since imprisonment sentences are easily converted into petty pecuniary punishment. In this case, there is no way to mention of a rule of law.

Yılmaz Aliefendioğlu - Hukuk devletinde kadın hakları ve Türkiye pratiği konusunda sayın hocamızın sunduğu tebliği zevkle dinledik ve erkek olarak hanımlara biraz de haksızlık etmenin suçluluğunu duyduğumu itiraf etmeliyim. Hocamız iki konu üzerinde durdu. Birincisi, yazılı hukukla yaşanan hukuk arasındaki farklılığı belirttiler. Özellikle kırsal kesimde yazılı hukukla sağlanan eşitliğin uygulamada yaşanmadığını kırsal kesime kadın haklarının ulaşamadığını açıkladılar. Kanımca burada *Bakır Çağlar* Bey ile büyük oranda birleşme var. *Çağlar,* hukuk devleti estetiğini yaşamanın kültüre ve mekâna bağlı olduğunu söylediler. Hocamız da, kadın haklarının farklı mekânda farklı yaşandığını belirttiler. İkincisi, Medeni Hukukta ve Ceza Hukukundaki farlılıklardan sözettiler. Burada, müsaade ederseniz, bir saplama yaparak şunu söylemek isterim: Türk aile yaşamında, kararları erkek verir, ailede evin reisi erkektir dediniz. Medeni Yasa kuşkusuz böyle der. Bu kurallar, sözüyle biz erkeklerin hoşuna gitse de, kimilerimiz açısından estetiğinin yaşandığını söyliyemeyiz. Başkalarını bilmem, ama bu kural şahsen benim için pek doğru sayılmaz. Kararları daha çok hanımların verdiği evlerde, sanırım sosyolojik olgu tersine işlemektedir.

Ülker Gürkan - Ben Anayasa Mahkemesine sataşacak vakit bulamadım.

Yılmaz Aliefendioğlu - Biliyorum, fahişeler davası dolayısıyla sataşmakta haklıydınız. Enteresan bir konu: *Gürkan* hocanın değindiği bu konuyu açıklamak isterim. Türk Ceza Yasasında, fahişelere karşı işlenen suç için, normal kadına karşı işlenene oranla daha az ceza verilmesine ilişkin hüküm var. Anayasa Mahkemesi bu kuralı Anayasaya aykırı bulmadı. Kanımca, fahişeye karşı işlenen suçla, normal bir kadına karşı işlenen suça verilen cezalar açısından ayırım yapmayı anlamak ve savunmak gerçekten güç bir iş ve hukuk adına ayıptır. Suç karşısında insanlar mesleklerine ya da yaptıkları işe göre ayırıma tâbi tutulmamalıdır. Suç karşısında eşit konumda korunma, insanın doğuştan kazandığı bir haktır.

Sami Selçuk - Ben konuşmama başlamadan önce iki konuya değinmek istiyorum. Sayın *Gürkan*'ın konuya bakış açısı gerçekçi. Ancak, ben biraz daha geniş bakmak gerektiğini söylemek istiyorum. Şöyle... Bütün göçebe toplumlarda erkek öndedir. Türkiye'nin bin yıllık geçmişini düşünürseniz, bu noktalara kolay gelmemiştir. Elbette ki kazanılmış siperler vardır. Kazanılacak siperler vardır. O yönde yürümek gerekir. Ben bir noktaya dikkatinizi çekmek istiyorum. Dikkat edin, Türkçedeki sövmelere: Sövme suçu onura karşı bir suçtur; onuru ihlâl eder. Erkeğe yönelik sövmelerde kadın araç olarak kullanılır. Anneye sövülür, bacıya sövülür, karıya sövülür. Ama, o erkeğe sövülmüş sayılır. Bu çok ilgi çekicidir. Kadın ne oluyor? Nesneleştiriliyor. Bu bir kültür geleneği. Öte yandan kadının marjinalleşmesi mi dersiniz? Kenar çizgisinin dışında kalması mı dersiniz? Nasıl değerlendirirsiniz bilemem. Yemekleri düşünürseniz, yemek adlarını; kadınsız bir toplumu, doyumsuz bir toplumu görürsünüz. Ve çok yemek adı vardır bizde, müstehcendir. Kadın budu köfte, dilber dudağı, kadın göbeği tatlı. Çok ilginçtir. Dikkat edin, yani bunlar bize bir ipucu veriyor bu veriler. Bunları da değerlendirmek gerekir. O nedenle bir toplumun nereden gelip hangi noktaya ulaştığını saptamak için bu verileri de bence değerlendirmekte yarar var. Burada bana da yollama yaptı, Sayın *Gürkan*. O teşekkürü geri almak durumunda kalacak. Hakettiğimi sanmıyorum. Şöyle sanmıyorum. O konudaki düşüncelerini yarı yarıya paylaşıyorum. Şimdi ben ceza hukukçusu olarak, yargıç olarak karar veriyorum. Militan yargıç olarak karar vermiyorum. Kesinlikle, karar verirken kadın haklarını koruyayım kaygısı ve savunuculuğu bende yok. Ben, ceza

yasasındaki suç tipinin ögelerine bakarım; oluşmuşsa bence tamamdır. Kadındır.haklarını koruyayım kaygısını kesinlikle taşımam eğer o kaygıyı taşırsam çok yanlış olur. O zaman militan bir yargıç olurum; o zaman kişisel görüşlerimi yargıya aktarmış olurum. Bu benim için olanaksız. 1992 yılında önümüze gelen bir olayda -ki bir kaç kez geldi, ben ikisindeki karşı görüşümü yayımlamak durumunda kaldım. Irza geçme olayını inceleyen daireyle görüştüm. Evlilik içi ırza geçme konusunu hiç işlediniz mi; önünüze hiç geldi mi dedim. Çok yadırgandı. Ben de hiç incelememiştim. Fakat çok ilgi çekici, baktım suçun bütün ögeleri oluşuyor. Çünkü önümüze gelen olayda çoğu zaman -ki kadın pasiftir, köylü kızlarıdır- bakıyorsunuz, yeni evlenmiş bir ay geçmiş iki ay geçmiş. En sonunda burasına gelmiş. Gidiyor annesine açıyor önce sırrını, sonra ailesine açıyor. Çoğu zaman bunlar örtbas ediliyor. Adliyeye aktarılmıyor, çünkü kolay bir suç değil bu. Ve halen kız, anal yoldan ilişki kurmuş ve bu zorla oluyor, tehditle oluyor. Yurtdışında da var bu... Evlilik içinde olmaz diyorlar, cinsel ilişki normal sonuçtur. Bence hayır. Normal yoldan, normal şekilde, normal koşullarda evet. Oysa ne olmuştur? Sopa kullanılmıştır, tehdit kullanılmıştır. Bakıyorsunuz, Ceza Yasasının maddesindeki bütün ögeleri oluşmuş. Ben ona baktım, karşıoyumu yazdım. Bu arada yaptığım bir araştırma da çok ilginç sonuçlar verdi. İsviçre Ceza Yasası açıkça aile içinde ırza geçme suçu oluşmaz, demiş. Norm getirmiş. Birinci tip bu. Kanada Ceza Yasası, aile içerisinde ırza geçmenin olabileceğini açıkça belirtmiş. Bir üçüncü grup, 1980 yılı öncesinde Fransız Ceza Yasası böyleydi, sadece ırza geçme olağan yoldan işleniyor; erkeğe karşı ırza geçme yok, bir kesim ülkeler hâlâ öyledir. Onlarda tabii hiç olmuyor bu. Ama bizim, İtalya ve şimdi yeni Fransa Ceza Yasasında ırza geçme erkek olsun, kadın olsun, herhangi birisinin vücuduna az çok dühûl etme şeklinde tanımlanmaktadır ve hepsinde bu suç oluyor, evlilik içi dahil. Nitekim, 1978'de İtalyan Yargıtayı buna karar vermiş. 1992'de Fransız Yargıtayı buna karar vermiş. Ben bunları saptadım. Bizim Ceza yasamız bu dördüncü tipe girdiği için bu suçun olacağını belirttim, bu karşı oy yazısını yazdım. Olay bundan ibarettir. Burada bir noktayı belirtmek istiyorum. Irza geçme suçu Sayın *Gürkan*'ın belirttiği gibi değildir, Yargıtayımızda. Az çok dühûl varsa o ırza geçme suçudur, artık. İkincisi, kızlık bozma suçuna gelince, o ayrı bir olay ve ben Türk hukukunun -ki buna öğretiyi de dahil ediyorum- 423. maddede yer alan evlenme vaadiyle kızlık bozmayı doğru anladığı kanısında değilim. Madde açıktır, kızlık bozma der; kızlık zarını bozma demez. Yani, kızlık bozma demek, bir kızın eldeğmemişliğini ihlâl demektir. Ama oradaki bozma kelimesi yanlış algılanmıştır; kızlık zarı anlamında algılanmıştır. Onda hak veriyorum. Ama bu çerçeve içinde. Ben zamanla Yargıtayımızın benim görüşüme yavaş yavaş katılacağını sanıyorum. Çünkü onun ipuçlarını görmekteyim. Zaten bir görüş kolay kolay zafer kazanmaz. Ona saldıranların soyu tükenir. Ben o soyun tükeneceğine inanıyorum.

Evet şimdi konuma geçiyorum.

Bakır Çağlar - Ondan önce, bir saniye söz verir misiniz bana?

Sami Selçuk - Bilmem, sayın başkan verirler herhalde...

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim zaten tebliğ yer değiştirdi galiba, onun için çok kısa...

Bakır Çağlar - Sadece, sadece bir dakika... Bir şey söylemek istiyorum.

Yılmaz Aliefendioğlu - Peki yalnız çok kısa lütfen. Belki *Gürkan* hocamın da söyleyecekleri vardır.

Bakır Çağlar - Şey... Tebliğin konusu neydi? Kadın hakları değil mi?

Yılmaz Aliefendioğlu - Kadın hakları ve Türkiye pratiği...

Bakır Çağlar - O zaman ben umarım bir hata yapmıyorum. Hukuk devletinde kadın hakları, ama sonuçta ne oldu? Feminist renkli seksüel hukuk tartışması... Kadın hakları sadece seksle mi ilgilidir? Bunu merak ettim. Bir soru olarak yöneltmek istiyorum size. İkincisi, kadın budu köfte dediniz. Bunun satışını yapmak için "erkek budu köfte" deseydiniz, satar mıydınız?

Ülker Gürkan - Ben de kısa cevap hakkımı kullanayım. Tebliğime "hukuk devletinde kadınlar insan haklarından yararlanıyorlar mı, yararlanmıyorlar mı" diyerek başladım. Ayrıca "kadın hakları" deyimi bana ait değil. İkinci Dünya Savaşından sonra Birleşmiş Milletler tarafından dünya çapında yapılan araştırmalardan elde edilen istatistiki bilgilerin ışığında, insan haklarından yararlanmaları ihmâl hatta inkâr edilen kadınlar için kullanılan ve giderek yaygınlaşan bir deyim. Kadına özgü bir takım haklar anlamına değil, insan haklarından nasibini alamayan kadınlar gözetilerek kullanılan bir deyim. Sami Bey'i de tebrik ettiğim zaman "kadın haklarını" koruduğu için değil, insan olarak kadınların haklarını gözettiği için tebrik ettim. Ayrıca cinsel tecavüz yalnız kadınlar için değil, tabii, erkekler için de sözkonusudur; ancak kısa bir zaman süresince bunca ayrıntıya girmem mümkün değildi. Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim, Ülker hanımın konusu çok yaygınlaştı gerçekten. Ben kısa bir cümleyle söyleyeyim. Yalnız, erkeğe kadını kullanarak küfretmek; kadın lehine midir değil midir, bu da ayrı bir değerlendirme. Buyrun efendim.

Sami Selçuk

Türk Hukuk Devletinde Sanığın Savunma Hakkı ve Uygulanması

Efendim, ben önce hukuk devleti anlayışına değinecektim. Ama dünden beri buna çok değinildi. Kısaca, bir ülkede egemenliğin kaynağı halk ise, sahibi halk ise, ulus ise; birbirinden bağımsız yasama, yürütme ve yargı organları bu egemenliği kullanırlarken Anayasayla, yasalarla birlikte onlardan da önce gelen insan hak ve özgürlükler hukukuyla kendilerini sınırlandırmış iseler, devlet yansız ise, yani dinsel, politik, toplumsal ve benzeri bir dünya görüşünü benimsememiş ve devlet her şeye hukuk aracılığıyla dokunuyorsa ve dokunduğu her şey hukuka dönüşebiliyorsa, her birey ve topluluk o mekânda özgürce örgütlenebiliyorsa, temel amaç bireyi olabildiğince özgürleştirmek ve böylece de onu yaratabilmekse, ancak o zaman o ülkede hukuk devletinin, sivil toplumun varlığından söz edilebilir. Ben bunu şöyle özetliyorum: "az devlet, çok hukuk". Ve dolayısıyla devletin meşruluğunu güçlendirmeyi düşünüyorum. Gücünü artırmayı düşünüyorum. Kendini hukukla sınırlandırmayan devlet, en güçsüz devlettir. Çünkü, eninde sonunda itaati sağlamak için zora başvurmak zorunda kalacaktır. Zor zoru çağırdıkça hukuk dışlanacaktır. Devlet de, devlet yetmezliği hastalığına tutulacak, çözülüp gidecektir. Çünkü hukukun dışlandığı yerde, ister istemez zorbalık başlar. Devlet özü gereği, gücün, iktidarın simgesidir. Bunun çok çarpıcı bir örneğini 1989'da basında çıkan ve dünyayı sarsan bir fotoğrafta görmüştük. Bu, geniş bir bulvarın ortasında tek başına bir dizi tankı çıplak elleriyle havaya kaldırarak durduran beyaz gömlekli bir adamın fotoğrafıydı. Pekin Baharının bu unutulmaz sahnesi simgesel bir güç kazanmış, gezegenimizin bütün yüzeyine ulaşmış, demokrat insanları heyecanlandırmıştır. Anımsarsanız, insanca bir konuyu özetliyordu bu. Yalnızca haklarıyla donanmış onurlu bir insan karşısında zorbalaşan devletin zorbalaşmış kaba gücünü yansıtıyordu. İşte bu güç hukukla; insan hakları ve özgürlükleri hukukuyla sınırlanmak gerekir. Felsefenin ağırlıklı olduğu bu bilimsel şölende bir kanımı da eklemek istiyorum. Bir yazarın dediği gibi, eski çağda Yunan Düşüncesi dünyamıza felsefeyi armağan etmiştir. Roma ise, Roma Hukuku ise, Romanın hukuk dehası o dönemde çıkan yasalarda değildir, dikkat ederseniz. Bir soyutlama yeteneğini getirmiş olmasındadır. Bu yeteneği temel alan uygulamadadır. O da şudur, özgürlük kavramını, *libertas* kavramını çok yetkin bir biçimde kurumlaştırmış olmasıdır. Roma'da özgürlük kavramı hem hukukun özünü, hem bireylerin karşılıklı konumlarını, hem birey-devlet ilişkisini ve nihayet toplumun bir üyesi kimliğiyle, bireyin bir birey kimliğiyle neleri kendi özgürlüğü sayabileceğini yönlendirici, belirleyici bir kurumdur. Ne zaman ki bu hukuk sistemi rayından çıkmıştır, *libertas* kavramı da yozlaşmıştır. Özgürlük, devlet ve birey için hukuku hiçe sayma özgürlüğüne dönüşmüştür. Roma yıkılmıştır. Bu örnek, bence tarihin tekerrür etmemesi için çok çarpıcı bir örnektir. Elbette ders çıkarabilenler için. Hukuk devleti adaletin peşindedir. Adaletin ilgi alanı ise daha çok hukuktur. Adalet, zorun toplumsal ilişkilerin tek düzenleyicisi olmadığı bir alanı güvenceye bağlar. *Malraux*'nun dediği gibi, hukuku adalete dönüştürme işlevi, bugün de toplumsal yararından hiç bir şey yitirmemiştir. Adalet insanı nesne yapmayan; özne yapan devletin odağıdır. Böyle bir devlet insan içindir. İnsan devlet için değildir. İnsan, dikkat ederseniz günümüzde gittikçe öne çıkıyor. Bizim anayasamızda da demokratik hukuk devletinden sözediliyor. Kuşkusuz bu konuda istenilen aşamaya gelinmemiştir. Ne var ki, ben biraz somutlaştırarak sınırlamak istiyorum. 3842 sayılı olup, 1.12.1992'de yürürlüğe giren yasayla Ceza Yargılaması

Yasasında yapılan son değişiklikler, eksiklerine ve yetersizliklerine karşın, benim kanımca bu yolda atılmış önemli bir kilometre taşıdır. Ben bu kısa konuşmamı, savunmada çok önemli olan bu gelişmede yoğunlaştırmak istiyorum. Hukuk devleti deyince böyle bir devlette insanın içkin ve indirgenemez değerini, yani gerçek demokrasi ve hukukun üzerine yaslandığı devleti, devlet örgütünün ve toplumbilimcinin ilk değerini gözeten bir suç ve ceza politikası ki, böyle bir devlette bugün artık hükümlünün bile topluma yeniden dönme hakkından sözedilmektedir. Peki ceza yargılaması ne olacaktır? Sanığı nesne değil; özne yapmak olacaktır. Eskiden sanık nesne idi. Bugün öznedir. Yargılama işlemlerini aşırılık yasağı ve ölçülülük ilkesine göre yürütmek durumundadır. Suçun işlenmesi ile bozulan toplum barışını yeniden kurmak için, sanıkla ilgili zorlamalarda bulunurken bunların hukukça dışlanır ve ahlâkça kınanır türden olmamasına özen gösterecektir. "Her şeyin ölçüsü insandır" ilkesini, değerler dengesinin odağı yapan bir yargılamada insan onuru da elbette eksen olacaktır. O yüzden Ceza Yargılaması Yasası, son değişikliklerle bu değerin vazgeçilmezliğine bir vurguda bulunmuştur. Sanığın rızası ile bile yasak sorgu yöntemlerinin geçerli olamayacağını belirtmiştir. Böylelikle bu hüküm salt ahlâksal değil; bağlayıcı bir sonuç da doğuruyor. Ve ayrıca cezai yaptırımları da vardır. Eskiden de vardı. Cezalar da insan onurunun dokunulmazlığına ters düşmeyecektir. Böylelikle sanık hukuk devletinde kendisine karşı bile korunmuş oluyor. Çünkü hukuk kimseden kahramanlık istemez, bekleyemez. Türkiye aslında, benim kanımca -ki benim kanıma katılanlar vardır- Ceza Yargılaması Yasasını alırken başından beri iyi bir seçim yapmamıştır. Napoléon Yasasının gerisinde kaldığı sık sık söylenen ve 1532 Carolina Yasasının izlerini taşıdığı belirtilen, tahkik sistemini benimsemiş olan Alman Ceza Yargılaması Yasasını seçmesi bence yerinde olmamıştır. Bir de uygulamada yapılan yöntem yanılgısı da bu yanlışlıkları artırmıştır. Çünkü yanlış uygulamaya bakılmak suretiyle bu yanlış uygulama değiştirilecek yerde, Yasada değişiklikler yapılmıştır. Çoğu bilinçsiz değişiklikler. Bu da yeni sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bilim uygulamaya yansıtılacak yerde uygulama bilimselleştirilmek istenmiştir. Bu bir açmazdır. Çünkü dünyanın her tarafında saf su 100 derecede kaynar. Sizin suyunuz 95 ya da 105'de kaynıyorsa derece sistemini değiştiremezsiniz; buna hakkınız yoktur. Suyunuzu gözden geçirmek zorundasınız. Türkiye'de bu ters yapılmıştır. Bir tanıma göre -ki kabul gören bir tanımdır bu- insan onuru konusunda şöyle deniyor: bilinçli olma, kendi alınyazısını kendi belirleme, kendi çevresine biçimlendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran özgür iradedir. Öyle ise sanık, kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanmamalıdır. Onuruna aykırı biçimde işleme tabi tutulmamalıdır. (Anayasanın 38/5. fıkrası). Ceza Yargılaması Yasası Anayasanın yürürlük yasası olduğuna göre, bu doğrultuda sanığa susma hakkı tanıması yerindedir. İşkencenin -hiç söylemeye gerek yok- ve insanlık dışı davranışların her türlüsü yasak olmalıdır. Devlet yargılarken, değerleri çiğneme pahasına gerçeği araştıramaz. Saygınlığını yitirir önce. Suçlulukla savaşım bahanesiyle suçluların başvurdukları şiddete devlet başvuramaz. Başvurursa yargısal yanılgılara yol açabilir. Devletin dağıttığı adaletin kestiği parmak, benim kanımca kanamak şöyle dursun, hiç mi hiç acımamalıdır. Devlet adımlarını atarken dürüst ve içten davranmak zorundadır. Hileli yollara başvuramaz. İradeyi hileli yollarla fesada uğratamaz. İsterse aldatmanın konusu olayla, sorunla ilgili olsun. Hepsi aynı şeydir; aynı kapıya çıkar. Kanıt elde etme yasağının kapsamı içine girecektir. Sanık yargılamada özgür irade ile diyeceklerini anlatabilmelidir. Yargılamaya etkin ve etkili biçimde katılabilmelidir. Çünkü o hep öznedir; nesne değildir. O yüzden suçlamayı ve haklarını öğrenecektir. Soruşturmanın her

aşamasında suçlamadan kurtulmasını sağlayabilen her şeyi söyleyecek, her kanıtı getirebilecektir. Bu da hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Gerçeği araştırma etkinliği, özel yaşamda gizlilik ilkesi bahasına da yürütülemeyecektir. Görülüyor ki ceza yargılamasında amaç, ne pahasına olursa olsun, bir sanığın cezalandırılması değildir. Ya nedir? Gerçeği araştırmadır. Gerçeği araştırmada "ne pahasına olursa olsun" olamaz. Değerler çiğnenmeden olacaktır. Tersi durumda 1.12.1992 tarihli Yasa değişiklikleriyle getirilen yaptırım gündeme gelecektir. Unutmayalım ki, sorgu hem olayın aydınlatılmasına ve hem de savunmaya yarayan iki yönlü bir işleve sahiptir. Kovuşturan birincinin peşindedir. Kolay yol da işkence ile kanıt elde etmedir. Sanık ise ikincinin peşindedir. O yüzden hak ve yükümlülükler dengesini iyi ayarlamak gerekir. Susma hakkını kullananan sanık bu hakkı kullandığı için cezalandırılamaz. İkrarın karinesi bile sayılmaz susma. Kimi yargı kararlarında sustuğu için 59. maddeyi kullanmamak, benim kanımca yanlıştır. Susanlara sopa göstermektir. 3842 sayılı Yasa ile getirilenler bence devletin insancılaştırılmasıdır. Böylece insanın devletleştirilmesi aşaması son bulmuştur. Türkiye Batı uygarlığıyla bütünleşmiştir. Güzel bir adım; devlet bundan böyle anlatım elde etme hakkının sahibi olmayacak, ama sanık susma hakkına sahip olacaktır. Hukuk devleti karşısında suçluluğu sabit oluncaya değin herkes suçsuzdur. Suçsuzluk karinesi, gerçeği araştırmadan -ki güzel bir sözüdür bu bir yazarımızın- sanığı suçlu saymaya eğilimli halkoyuna karşı, hukukun önceden enerjik bir uyarısıdır. Bunun bilincine iyi varmak gerekir. 3842 sayılı Yasanın 14 ve 22. maddeleri de savunmanlıkla ilgilidir, zorunlu savunman (müdafi) ile. Onlara yer verilmiştir, sınırlı da olsa. Zamanımız sınırlı olduğu için bunlara girmek istemiyorum. Ama önemli adımlardır. Gerçi bu yasakların içerikleri ve boyutları benim kanımca belirsizdir. Yeterince donatılmış ve uzmanlaşmış adli kolluğumuz yoktur. Böyle bir kolluğun bulunmadığı bir ülkede bunu uygulamanın zorluğunu da kabul etmek gerekir. Ama bu konuda Türkiye'de bilinçlenme başlamıştır, sürüyor, sürecektir. Ne diyordu Avrupalı yargıç? Yanlışlıkla bir suçsuzu cezalandırmaktansa on suçluyu cezasız bırakmak daha iyidir, diyordu. Bir yargıç böyle karar vermiştir Fransa'da. O sırada dinleyicilerden biri ayağa kalkmıştır: "Ben suçluyu biliyorum, Jacques değil, Robert" demiş. Yargıç "nereden biliyorsun?" diye sorunca, "onlar cezaevinde avukatlarıyla görüşürken ben kulak misafiri oldum, kapının arkasındaydım, duydum" diye yanıtlamış. Yargıcın yanıtı şudur: "avukata özel olarak yapılan itiraf kanıt sayılmaz ve bu nedenle de verilen beraat kararı değiştirilemez". Şu öykü de konumuzla çok yakından ilgili. Ancak bir röpörtaj, 1993'te yapılmış, ben de saklamışım, ünlü bir askeri savcımız bakınız ne diyor? "Cezaevinde dinlemeler o dönemde vardı", (1971'den sonra), "onlar da benim arşivimde fotokopi olarak vardır; yani sanıkların, tanıkların, gelenlerin, gidenlerin ne konuştuklarının gizlice zabıtları vardır". "Bu dinleme nasıl yapılıyordu? diye soruyor, gazeteci. "Aletinizi yerleştirirsiniz bir kenara, gelip gideni dinlersiniz" diyor. "Mahkûm bir yakınıyla ya da avukatıyla görüşürken de dinleniyor muydu?" sorusuna yanıt da şöyle: "Dinleniyordu... Ve dinlemek gayet normaldir" diyor. Bu çok önemli. Yani Türkiye çok hızlı bir süreçten geçiyor ve yaşıyor bunu. Çok ilginç. Ve bunu normal karşılıyor bir savcımız. Ama 1990'ların Türkiye'sinde artık bu normal karşılanmıyor. Kınanacak bir olgu. Övünülen bir noktadan kınanılan bir noktaya gelinmiş. Bu büyük bir başarıdır, bence. Yalnız, bir nokta önemli. O da şudur, 3842 sayılı Yasa ile bence Türkiye bir başka uca da itilmiştir. Bu yasadan önce de ülkemizde pek çok kişisel ve toplumsal değeri yıkacağı için kanıt yasakları vardı. Sözgelimi antsız dinlenmesi gereken bir tanığın antlı dinlendiğinde, o tanığın artık tanıklığını yasal hükme dayanak yapamazsınız. O zaman da vardı. 3842 sayılı Yasanın

getirdikleriyle birlikte bunlar çoğaldı. Aydınlatmaya ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, sanığa susma, savunman tutma haklarının anımsatılmaması, anlatım ve sorguya ilişkin yasaklar; yani maddi, manevi zorla iradeyi zorlama ile elde edilen kanıtlar, diğer kanıtlarla ilgili yasaklar; muayenede, aramada, el koymada yapılan yanlışlıklar, yasaklar. Kanıt aracıyla ilgili olanlar. Bunlar daha da genişletilmiş ve bir sınıflandırma içine yerleşebilmiştir. 3842 sayılı Yasa sayesinde aydınlatma ile ilgili kapsam ve biçim genişlemiştir. Anlatım ve sorgu ile ilgili olanlarda örnek kabilinden yasaklar gelmiştir. Ardından bir şey daha gelmiştir: mutlak değerlendirme yasağı. İşte burda bence yasa bel vermiştir. Niye? Çünkü uç nokta burası. Kanıt hukuka aykırı elde edilmişse, nasıl olursa olsun bugünkü mevzuata göre gözetilmeyecektir. Tasarıda, ilk önerilen Tasarıda kasıtlı yapılan aykırılıklar esas alınmıştı. Daha sonra bu benimsenmedi; ister kasıtlı, ister taksirli olsun gözetilemezler, dendi. İnsan haklarını ihlâl edip etmediği de önemsiz. Çünkü artık nedensellik bağı da aranmıyor. Bu ihlâlin boyutu da önemsiz. En hafif ihlâlde de aynı sonuç doğacaktır. Suçun işleniş türü, biçimi de önemsizdir. Sözgelimi bir kabahat suçu ile bir örgütlü suç -ki bunlar profesyonel sanıkların işlediği suçlardır- aynı düzeyde tutulmuşlardır. Bu örgütlü suçlarda failler son derece başarılıdır. Kanıt bırakmama tekniklerini çok iyi bilmektedirler. Ben bir anımı aktarmak istiyorum. Bir gün Imroz'da bulunduğum sırada orada görev yapan banka müfettişi dedi ki, "çok eski bir bina, Avrupa kilit kale tipinde. Kilit açılmıyor, içerde unuttum. Başka anahtar yokmuş, her taraf demirli, giremeyeceğim dedi". O sırada geçici olarak oradaydım. Yanımda bulunan yargıç arkadaşım "biz açarız" dedi. "Nasıl açacaksınız?" diye sordum. "Cezaevinde açanlar vardır" dedi bana. Ben önce şaşırdım. Cezaevi müdürünü aradık. Çok iyi giyimli birisi geldi. "Olur açarım" dedi. "Yalnız, yalnız başıma açarım" dedi. Ve gerçekten beş dakika geçmedi, telefon edildi, "kilit açıldı" dendi. İlginç bir olay; hâlâ nasıl açıldığını bilmiyorum.

Kanıtların türleri de gözetilmemiştir, bu Yasada. Anlatım kanıtı ile somut kanıtlar eşdeğer tutulmuştur. Bu çok önemli. Dolaylı ve uzak sonuçları kapsar biçimde mutlak değerlendirme yasağı getirilmiştir. Benim kanımca öyle olmamalı; yargıcın değerlendirmesine de biraz olanak verilmeliydi. "Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" denerek, adaletin kilitlenmesine yol açan bir noktaya gelinmiştir. Anglo-Sakson hukukunda sözgelimi, ikrar hukuka aykırı ise sanığın gömülü toprakta bulduğu bir suç aleti bu ikrarla elde edilmişse, bizim Yasamıza göre kanıt olma değerini yitirmiştir. Adalet böyle bir noktaya getirilmemeliydi. Eğer elde edilen kanıt hukuka aykırı ise, ne olursa olsun kullanılamayacaktır. Bir noktada da yanlış yapılmıştır. Hep söylüyoruz. Devlet Güvenlik Mahkemesinin görevi dışında kalan failler için çok cömert davranıldığı halde, bu suçların failleri için 180 derece dönüş yapılmış; yürürlükten kaldırılan Yasa tekrar yürürlüğe konulmuştur. Bunun bir örneği, paradoks bu, hiç bir yerde yoktur. Bir Yasa hem yürürlüktedir, hem de değildir. Ayrıca onlar için 135. maddedeki haklar reddediliyor. Avukatlarla ilgili hükümler reddediliyor. Bunu anlamak mümkün değildir. Herhalde dün burda sözünü ettiğimiz hikmet-i hükümet bu olmalı. Bu yanlıştır. Demin de belirttiğim gibi bu ne denli yanlışsa hukuk devletinde hukuka verilen barış, güvenlik işlevlerinin önlenmesi de o derece yanlıştır. Dahası âdeta devlet kendi kovuşturma organlarına güvenmemiştir. Kolluğunu denetleme görevini sanık ve müdafiine teslim etmiştir. Devletler bu tür tutumları genellikle hikmet-i hükümet safsatasıyla yaparlar. Kural şudur: Bir hukuk devletinde kanıt yasaklarından elbette vazgeçemezsiniz. Bu olacaktır. İkinci bir alt kural da şudur: Değerlendirme yasağı, mutlak olmamalıdır;

yargıcın değerlendirmesine bırakılmalıdır, ona güvenilmelidir. Eğer inanmazsanız, Ceza Yargılama Yasası topal kılınır, adalet ve hukuk güvenliği ve toplumsal barışı sağlama işlevlerini yerine getirmekte güçlük çeker. Suçlarla yeterince savaşılamaz. O zaman haklarını elde edemeyen faillerin kolayca kurtulduklarını gören mağdur ve yandaşları ne yapacaklardır? Kendiliğinden hak almaya özendirileceklerdir. Mafya ile haklar elde edilmeye; suçlular cezalandırılmaya kalkışılacaktır. Son örnekler bunu gösteriyor. Devletin suça verdiği yanıt diyeceğimiz, çağcıl suç ve ceza politikasına aykırı bir tutumdur bu. Peki, Yargıtay ne yaptı? Yargıtay bu konuda çeşitli kararlar verdi. Bir bölüm daireler, mutlak değerlendirme yasağı vardır, gerekçesiyle esasa girmeden bozma kararı verdiler. Bu, Ceza Genel Kurulunun 4.10.1993 ve 8.10.1993 kararlarında sergilendi. Yüce kurul orada bir yanlışlık yaptı, 135/a ile 254/2. maddeler arasında bağlantı kurdu ve sınırlama getirdi. Biz IV. Ceza Dairesi olarak bunu başka biçimde düşündük ve dedik ki, Ceza Yargalaması Yasasının değişik 135. maddesinde öngörülen yöntem çerçevesinde sorgusu yapılmayan ve bu yüzden de, nedensellik bağı kurulup 254/son madde ve fıkrası uyarınca hukuka aykırı bulunan ikrara dayanılarak hüküm verilmemişse; buna dayanılmamışsa bozma nedeni yapmıyoruz. Kararımızı bu şekilde düşündük. Daha geniş çerçevede aldık konuyu ve bu karardan önce vermiş olduğumuz 5.10.1994 tarihli daha geniş bir kararda daha ayrıntılı bir biçimde gerekçemizi açıkladık. Teşekkür ederim.

Zusammenfassung

Damit man in einem Land von der Existenz eines Rechtsstaats sprechen kann, muß die Quelle der politischen Souveränität das Volk sein und dem Prinzip der Gewaltenteilung, die auf den Menschenrechten beruht, muß in einem unparteiischem Staatsverständnis Folge geleistet werden, d.h. der Staat muß an das Recht gebunden sein. Er muß also für seine Existenz das Prinzip der Gerechtigkeit als seinen höchsten Wert annehmen. Im Kern dieses Staatsverständnisses liegt die Annahme, daß das Individuum nicht ein bloßes Objekt des Staates, sondern im Gegenteil Subjekt alles staatlichen und politischen Geschehens ist. Auch in der türkischen Verfassung findet man das Prinzip des demokratischen Rechtsstaats, wenn auch eine befriedigende Verwirklichung noch nicht erreicht ist. In diesem Sinne kann man im Straf-und Strafprozeßrecht von gesetzgeberischen Bemühungen sprechen, die dem Konzept der Menschenwürde entsprechen. Als Beispiele kann man das Recht des Beschuldigten auf Aussageverweigerung und das Verbot rechtswidrig (durch Folter oder auf andere menschenunwürdige Weise) erlangter Beweise nennen. Trotz dieser gutwilligen Bemühungen einerseits sieht man jedoch eine harte Rechtslage bei den Straftatbeständen, die im Kompetenzbereich der Staatssicherheitsgerichte liegen. Ein solcher Widerspruch erfordert allerdings eine Kritik angesichts der heutigen Ziele der Gesetzgebung in Straf- und Strafprozeßrecht. (Übersetzt von H.Ö.)

Yılmaz Aliefendioğlu - Sayın *Selçuk*'a "Türk Hukuk Devletinde Sanığın Savunma Hakkı ve Uygulanması" ile ilgili verdiği açıklamalar için teşekkür ederiz. 3842 sayılı Yasa ile getirilen yenilikleri bize açıkladılar. Özellikle sanığın rızası olsa da, onun onuruna aykırı bir biçimde sorgulama yöntemleriyle elde edilen kanıtların geçerli olmaması gerektiğini söylediler. Ancak *Selçuk* Beyin bir noktada duraksaması ya da bu yasaya eleştirisi var. Selçuk Bey, yasaya aykırı elde edilen bir kanıtın her durumda geçersiz kabul edilmesini sanıyorum yerinde bulmadılar. Bu konu, tabii tartışmaya açık, çünkü siz yasaya aykırı bir kanıtı geçerli kabul ederseniz, insan onuruna aykırı sorgulama yöntemlerinin uygulanmasını önlemek gerçekten zor olur. Burada sayın *Selçuk*'un belirttiği bir husus gerçekten önemli. 3842 sayılı Yasanın kapsamı dışında kalan sanıklar hakkında bu yasanın uygulanmaması büyük bir eksiklik olarak gözükmektedir.

Tartışmalara girebiliriz, soruları sorarken lütfen kime yönelttiğinizi de söyleyiniz.

Basri Akyüz - Sayın *Selçuk*'a soruyorum. Türkiye, bilindiği üzere çağdaş değerlere, her zaman çağdaş değerlere sahip çıkıyor. En azından, aydın kesim olarak evrensel değerleri hep yaşamak istiyor. Ancak burada hep ikilem yaratılıyor. Ne yapılıyor? Sözde hep çağdaş değerler savunuluyor ve de bunun en gelişmişi, belki en gelişmiş ülkelerde uygulanmayanları lâfta savunuluyor. Sayın *Selçuk*'ta ben bu ikilemi gördüm; yani şu iki günkü sempozyumda bunu gördüm. Az önce metne bağlı konuşmasında çağdaş değerleri savunurken, ondan önceki yani dünkü, özellikle oturuma başkanlık yaptığı sıradaki sözlerinde bunu göremedim. Yani genel olan bir şeyi yansıtıyordu. Neydi dünkü konusu? Dün sayın *Aliefendioğlu*'na sorduğu soruda evrensel değerlere niye atıf yaptıklarını eleştirmişti. Anayasa Mahkemesi, anayasallık denetimi yaparken Türkiye'nin bu evrendeki çağdaş değerlere, yani hukukun evrensel ilkelerine atıf yapması kadar doğal bir şey yoktur. Tabii ki yapacaktır. Bizim, uluslararası imzalamış olduğumuz bir sürü anlaşma var. Bunların gerekleri yerine getirilmiyor, bir kenara bırakılıyor. Böyle, bir Ceza Dairesinin Başkanının "nasıl atıf yaparsınız" diye eleştirmesini doğrusu ben hayretle karşıladım. Bunları madem uygulamayacağız, niye imzalıyorùz o zaman? Bu ikilem konusunda ne düşünüyorsunuz? Ayrıca siz günlük yaşantınızda da az önceki tebliğdeki gibi her zaman evrensel değerlere bağlı mısınız? Yoksa toplumda varolan ikilemi siz de yaşıyor musunuz? Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu - Peki, teşekkür ederim. Buyrun...

Feridun Yenisey - Ben sayın *Selçuk*'a ve *Gürkan* Hocama tebliğlerinden dolayı teşekkür ediyorum. Öncelikle aile içerisinde ırza geçme konusunda bir saptama yapmak istiyorum. O da şu: Türk Ceza Kanununun ve Polis Kanununun ahlâkı koruyan bir bakış açısıyla toplumsal olaylara yaklaştığını görüyoruz. Ceza Kanununun cinsel suçları düzenleyen bölümünün ismi "Umumi Âdap Aleyhine Cürümler"... Oysa ki Batıda özgürlük bakış açısıyla olaya yaklaşılıyor ve Alman Kanunu 1975 yılında değiştirildi; fasıl başlığının ismi "Cinsel Özgürlük Aleyhine Suçlar"... Bu bakımdan, yani aile içinde ırza geçmeyi özgürlük bakış açısıyla değerlendirdiğimiz gün, biz de değişik bir neticeye varacağız.

Sayın *Selçuk*'un tebliğini çok büyük bir zevkle dinledim ve yüzde seksenine katıldım. Yüzde seksenine katılırken de adeta kendi fikirlerimi duydum. Bu fikirlerimi çok orijinal fikirler zannediyordum; bana mahsus zannediyordum. Ancak aynısını sayın *Selçuk*'tan duymak beni çok sevindirdi. Çünkü benim hem adli polis hem de hukuka aykırı deliller

konusunda görüşlerim, yurtdışında yaptığım iki çalışmayla köklü bir şekilde değişti. Adli polisin ne olduğunu bilmiyordum; bildiğimi zannediyordum. Almanya'da 3 aylık bir çalışma yaptım, sırf adli polis üzerine ve köklü bir değişiklik meydana geldi. Geçen 8 ay zarfında da ABD'de özellikle hukuka aykırı deliller ve örgütlü suçluluk konusunda araştırma yaptım ve bu konudaki görüşlerim de çok değişti. Fakat aynı şeyleri *Selçuk*'un ağzından duymak beni çok sevindirdi. Katılmadığım noktaları söyleyeceğim. Birincisi şu: Dendi ki, Alman Ceza Usul Kanununu alması Türk Kanunkoyucusunun doğru değildir, fikri ileri sürüldü. Kanaatimce bu doğru değil. Şu bakımdan doğru değil: Bugün dünya üzerinde iki büyük hukuk sistemi var: Anglo-Amerikan hukuk sistemi ve Kıta Avrupası hukuk sistemi... Kıta Avrupası hukuk siteminin gerçekten engizisyon döneminden gelen izler taşıdığı bilinen bir şey, fakat maddi gerçeğin araştırılması ön planda. Oysa ki, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde şekli gerçekle yetiniliyor; taraflara daha büyük bir hakimiyet verilmiş ve bugünAnglo-Amerikan hukuk sistemi kriz içerisinde. Anglo-Amerikanlar, Avrupa hukukuna yönelmek istiyorlar. Bu konuda, büyük araştırmalar var. Avrupalılar ise bunun tersini yapmak istiyor ve örneğini İtalya'da gördük, 1989 yılında İtalya'da Kıta Avrupası sisteminden Anglo-Amerikan hukuku sistemine geçildi. Neticede mafya patladı ve ordu müdahale etti; tekrar Avrupa hukukuna geri dönüş yaptılar. Yani bugün 19. Yüzyıldan gelen kanunlarla çalışıyoruz. Fakat 19. Yüzyıldan bu yana iki büyük olgu gerçekleşti. Birincisi medya. Medyanın ceza muhakemesi hukuku üzerinde çok olumsuz etkileri oldu. İkinci büyük etki ise örgütlü suçluluk. Bu iki tip olgu bütün Avrupa ve Amerika hukukunun sistemlerini alt üst etti. Fakat gene Avrupa ve Amerikalılar diyorlar ki, maddi gerçeğin araştırılması ön planda kalmalı; yani Alman Kanununun sisteminden gene şaşmamak gerektiği kanaati var.

Son bir nokta da hukuka aykırı deliller meselesi. Bugün 254/2 en basit hukuka aykırılık ile ağır bir hukuka aykırılığı eş değerde tutmakta ve bütün hukuka aykırılıkta delili geçersiz saymaktadır. Oysa ki buradaki ölçü, yapılan aykırılığın anayasal hakkı ihlâl edip etmemesi olmalıdır. Fakat bugünkü 254/2'ye göre, en basit bir aykırılık dahi delilin geçersiz olmasına yol açmaktadır ki, bu da muhakemelerin kilitlenmesine neden olacaktır. *Zehirli ağacın meyvası* sorununda da; *uzak etki* meselesinde de şu görüş var bugün Amerika'da artık, deniyor ki, işkence yaparak sanığı söyletmiştir; cesedin yerini öğrenmiştir, bu delil hukuka aykırıdır; kullanılmaz. Ama eğer devlet, kendi imkânları ile o delile ulaşabilecek durumda ise zehirli ağacın meyvası zehirli değildir; onu yiyebilirsiniz, deniliyor. Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu - Buyrun efendim:

Sedat Akça - Avukatım. Ben Sayın Sami *Selçuk*'a sormak istiyorum, hukuka aykırı deliller konusunda... Ben sayın hocama da katılmıyorum, çünkü Türk hukuk sisteminde yargılama sisteminde bir tıkanıklık yaşandığını zannetmiyorum. Çünkü bizim polisimiz de, hakimimiz de, savcımız da bu işi kolaylıkla çözebiliyorlar. Uygulamada karşılaşılan pek çok aksaklık için birşey demiyorum; bu uygulamanın sorunudur, konu yasa üzerinde olduğu için yasal temellerle ilgili bir soru soracağım. Karakolda şüpheli kişi alındığı zaman, öncelikle yer göstermeleri yapılıyor, yüzleştirmeler yapılıyor, arkasından avukat çağrılarak ifadesi alınıyor. Şimdi alınan ifade son derece hukuka uygun ve yargılama devam ediyor. Bu bütün örneklerde bu şekilde gerçekleşiyor; hiç bir zaman avukat talebi, karakola şüpheli getirildiği anda yapılmıyor. En az 7-8 saat sonra, ama çoğunda daha fazla bir zaman sonra, hatta savcılıktan süre uzatmalar alınıyor, o uzatmanın en son

saatinde avukat talep ediliyor. Bu deliller hukuka uygun toplanmış deliller midir? Bütün yargılamalar bu deliller üzerine kuruluyor çünkü, teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu - Teşekkür ederim. Efendim şimdi cevaplar kısmına geçiyoruz. Soruların büyük bir bölümü sayın *Selçuk*'a yönelikti. Buyrun efendim.

Sami Selçuk - Sayın *Yenisey*'in söyledikleri, benimkilerin doğrultusunda. Ancak ben biraz daha engizituar sistemi ağırlıklı olmayan bir yasa alınsa daha iyi olurdu diye düşündüm. İtalya'da yasa 5 kez çıktı, biliyorsunuz en son 1988'de. Mafyanın patlamasını ona bağlamakta biraz güçlük çekiyorum. Bu konuda arayış dünyada zaten sürüyor. Yalnız, Japonya ve Kanada örneği de çok ilginç. Özellikle Kanada'da yargıcına güveniyor yasakoyucu... Ceza Yargılaması diye bir ders zaten yok orada. O dersin tamamı Kanıt Hukuku; cezada öyle hukukta öyle... Ve bakıyorsunuz ders kitabı olarak 100 sayfa ikrardan sözediyor. Şu var orda: yargıç eğer, kanıtın yasak yollardan elde edildiğinin ipuçlarını görüyorsa, ya da böyle bir iddia varsa, dava içinde bir dava oluşuyor. Yargıç her şeyi bırakıyor; yasaklara uyulmuş mu uyulmamış mı onu araştırıyor. Eğer bu yapılmazsa Yüksek Mahkeme onu bozuyor. Bu konuda son söz duruşma yargıcının. Takdir onun.

Öbür konu ile ilgili olarak, Yargıtay da cinsel özgürlüğe karşı suç diye algılamaya başladı son yıllarda ki, doğrusu o zaten. O başlık toplumsal bir değeri korur gibi görünmekle beraber, bu suç aynı zamanda çok hukuki konulu bir suç. Başlıkta yok diye biz onu savsayamayız. Onu gözetiyoruz. Nitekim, ben karşıoyumda o noktaya dayanarak görüşümü geliştirmiştim.

Bir kilitlenme sözkonusu oldu; aşılıyor dendi. O aşılma hukuka aykırı bir biçimdeyse o beni ilgilendirmiyor ki... Avukatlar, savunmanlar görevini yapsın. Dosyaya ne yansırsa ben ona göre karar veririm. Dikkat ediniz, yargıçlar kişisel bilgilerine göre karar veremezler. Bu bir ilkedir. Ben taşrada bulunduğum sırada, hiç bir suçluya işkence yaptırtmadım ve hiç buna göz yummadım. O zaman böyle bir yasa da yoktu. Çünkü benim görevim suçluyu aramak, polise aratmayı sağlamak; kolay yollardan olmaz bu iş. Polis işin kolayına bakacaktır.

Açıkçası, bu iş tavsamıştır. Çünkü dosyalara şunlar yansıyor: Bakıyorsunuz müdafi çağrılmış gitmemiş. Burada kabahati biraz onlarda aramak gerekir. Bu özveri isteyen bir meslektir, onu da söyleyeyim. Yoksa bunlar şu değerlendirmenin dışındadır.

Şimdi, genç arkadaşım hayretle karşıladım dedi. Çok iyi olmuş. Çünkü hayrete düşürme devrimci bir olaydır; araştırmaya başlarsınız. Yalnız, hayrete düşmeyin, çünkü ben evrensel değerler gözetilmesin demedim. Kanımca Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılığı inceler. Evrensel değerlerle Anayasa çerçevesinde bağlantı kurabilirsiniz. Ama Anayasayı bir yana iterek dışarda uluslararası sözleşmelerle hukuka aykırılığı saptamak başka bir şeydir.

Yasemin Işıktaç

Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti Olan Türkiye'de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi - Uygulama Esasları

I. Genel Olarak

Konuyu ele alış biçimimizden de anlaşılacağı gibi üç ayrı boyutun ortaya konulması gerekiyor.

- Birincisi sosyolojik açıdan çocuk suçluluğu kavramı ne anlama geliyor? Ortaya çıkışını etkileyen faktörler nelerdir? Neden yetişkin suçluluğundan farklı ele alınmalıdır?

- Belirli bir devlet tipinde "hukuk devleti" kabul gören genel hukuk prensipleri, somutlaştırılmış bir alanda yani çocuk suçluluğu alanında nasıl bir görünüm alıyor? Özellikle bu alanda "somut olay adaleti" nin gerçekleşmesi hukuk devleti ilkeleri açısından nasıl anlamlandırılabilir? Sosyolojik konumu saptanmış olan çocuk suçluluğu konusu nasıl ele alınmalıdır? Hukuk Devletinin genel ilkeleri ve yapısı bu tip somutlaştırılmış bir alanla nasıl bağdaştırılır?

- Üçüncü olarak Türkiyede bu konu ceza hukuku açısından nasıl ele alınmaktadır? Burada ceza hukuku açısından çok önemli olan "kusur" kavramı ve suç ilişkisi ayrıca da "hukuka aykırılık bilinci" kavramları karşımıza çıkmaktadır. Bu teknik konulara verilecek cevap çocuk suçluluğu kavramının teknik - hukuk açısından genel suç kavramından farklı oluşunu da açıklama olanağını tanıyacaktır. Bir başka sorun da pozitif hukuk uygulamaları hukuk devleti kavramı ile ilişkilendirildiğinde ortaya çıkan sorunlardır. Özellikle de verilen cezanın infazı ve infazın uygulanış biçimleri ayrı bir önem taşımaktadır.

Bütün bu sorunların cevaplandırılması "somut olay adaleti" açısından bir bütünsel değerlendirmeyi de zorunlu kıldığı için, adalet sorununun felsefi bir değerlendirmesi ile sonuç aramaya götürecektir.

Suçlu çocuğun, suçlu yetişkinlerden ayrı olarak değerlendirillmesi ve onları yeniden eğiterek topluma kazandırma düşüncesi oldukça yenidir. İngiltere'de 19. Yüzyılda yaş ve suç ayrımı gözetmeksizin suçlu çocuklar en ağır cezalara çarptırılıyordu. Çocuk suçluluğunun sosyal tehlike oluşturacak kadar artış göstermesi bu konuya eğilme geresinimlerini doğurmuştur.Çocuk suçluluğu olgusunun ortaya çıkış biçimleri ve önleme yolları araştırılmış, diğer yandan çocuğun zekâ ve kişiliğindeki özellik ve farklılıklarla onun topluma yeniden uyumunu sağlıyabilmek için uygulanması düşünülen önlemler incelenmiştir. Daha sonraki aşamalarda ise çocuk suçlarına ilişkin özel mahkemelerin kurulması zorunluluğu ortaya konulmuştur.

Çocuklar tarafından işlenen suçlar gerek türleri gerekse nedenleri açısından yetişkinlerden farklıdır. Bu dönemdeki suçluluk kavramını, klasik ceza hukuku kitaplarındaki "kanunların gösterdiği suç, bu suçu işleyen kişi de suçludur" şeklindeki tanımlamalarla açıklamak oldukça güçtür. Zira çocuk suçluluğu derinlemesine incelendiğinde sorunun salt hukuksal bir problem olmadığı görülecektir. Hukuksal

boyutun yanında psiko-pedagojik ve sosyal bir olgu olduğu açıkça görülür. Bu dönemde işlenen suçu, yetişkin dönemde işlenen suçdan ayıran en büyük özellik, kişiliğin oluşma aşamasını içeriyor olmasıdır. Yeterince olgunlaşmamanın sonucu olarak çocuk belirgin bir dengesizlik içindedir. Çocuğun, gerek kendi kişisel durumundan gelen etkenler gerekse çevresel etkenler onun bu uyumsuz davranışı göstermesinde önemli vektörler olarak gözükmektedir. Bu noktada sosyo-psikolojik veriler olayı daha net bir biçimde anlamamıza yardımcı olacaktır.

II. Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu

A. Çocuk Suçluluğu

Çocuk ne doğuştan kötü ne de iyi olan bir varlıktır. O da her canlı varlık gibi değişen, çevresi ile etkileşen ve gelişen bir bireydir. Onun iyi ya da kötü olmasını belirleyen, eğitim ve yaşantılarıdır. Bu da çocuk suçluluğunun kökeninin hukuksal olmaktan öte psikolojik ve sosyolojik olduğunu gösterir.

Doktrinde çocuğun suçluluğa yönelmesinin nedenleri konusu genel olarak üç başlık altında ele alınmaktadır.

Çocuğun yapısı, özellikleri ve yeteneklerine ilişkin etmenler,

Çocuk üzerindeki çevresel etkenler, özellikle içinde yetişip büyüdüğü en yakın çevre olan aileden başlıyarak etkilenmesi,

Sosyal çevre ve yaşam koşulları.

Çocuk suçluluğunda bu etmenler birbiriyle çok yakın ilişki içinde olup, suç, bu etmenlerin olumsuz etkisinin bir bileşkesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Yapılan araştırmalar, çocuğun yetiştiği aile yapısının tipi, oluşturulan kontrol mekanizmaları, çocuğun sosyal çevresi, içinde bulunduğu grubun normları, değer yargıları suça ortam hazırlayan faktörlerdir. Şimdi bu faktörlerin etkisini daha detaylı olarak inceleyelim:

1. Çocuk Suçluluğunun Nedenleri

a) Kişiye ve Kişiliğe Bağlı Nedenler

Çocuğun fizik özelliklerinin ya da psikolojik durumunun suçla olan ilişkisi bir çok araştırmaya konu olmakla beraber her iki etken de tek başına suçlulukla ilişkilendirmek için yeterli görülmemektedir.

Fizik ya da psikolojik rahatsızlıklar kalıtımsal olarak ortaya çıkabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir. Türkiye'de kalıtım ile suçluluk arasındaki ilişkiyi saptamak için yapılmış araştırma yoktur. Sadece bazı araştırmalarda suçluların ailelerinde görülen ruhsal ve bedensel aksamalara ait sayılar bulunmaktadır.[1]

---

[1] 1980-1992 yılları arasında Türkiye'de çocuk suçluluğu ve istatistikleri konusunda bkz. Yücel s. 155-177 Suç tipleri açısından mala karşı işlenen suçlar %34.6, cinsel suçlar %26.7, diğer suçlar %23.7 ve adam öldürme %15.1 biçiminde sıralanmaktadır. Ayrıca, bu istatistik verilerden nüfus artışı ile, öğretim durumu ve zekâ seviyesindeki düşüklükle, suçlu çocuk yaşının büyümesi ve suç arasında bir korelasyon oduğunu görmekteyiz.

İzmir Çocuk Islah evinde yapılan çalışmalarda psişik duruma ilişkin eğilimler %12 çocuğun normal, %73'ünün çocuğun hafif nevrotik olduğu şeklindedir.

Çocukların %52'sinde uyum ve endişe problemleri, %70'inde depresyon, %40'ında nevrozite ve anksiyete, %54'ünde ise korku reaksiyonları görülmüştür. Bu etkenlerin içinde doğrudan bağlantısı en çok olan psikopatik belirtiler ise %45 oranındadır.

Çocuk suçluluğunun kalıtımsal olmayan kişisel sebepleri arasında, annenin hamilelik sırasında yeterince beslenmemesi, ilaç, alkol ve uyuşturucu madde kullanması, psikolojik ve fizik şoklara maruz kalması, radyoaktif maddeye maruz kalması, ağır doğum koşulları ve doğum sonrası uygun olmayan bakım altında kalması gibi nedenler vardır. İstanbul Kriminoloji Enstitüsü'nde yapılan ankette çocukların %13 gibi önemli bir bölümünün ağır beden ve ruh hastalıkları geçirdikleri saptanmıştır. Bu göstergeler kişisel sebeplerin çocuk ve çocuk suçluluğu ilişkisinde dikkate değer bir ölçü olduğunu belirtmektedir.

b) Zekâ seviyesi ve suç ilişkisi

Suçlu çocuk araştırmalarının akıl hastalığı, uyuşturucu madde ve alkol kullanımı ile suç ilişkisinin yanı sıra, üzerinde durulan diğer önemli bir alan da zekâ seviyesi ile suç ilişkisidir.

IQ	ÇOCUK SAYISI
105-109	1
100-104	4
95-99	2
90-94	3
85-89	3
80-84	5
75-79	9
70-74	10
65-69	19
60-64	20
55-59	2
50-54	9
45-44	4
35-39	1
25-29	-
20-24	2

TABLO I

Örneğin, İstanbul Kriminoloji Enstitüsünün 974 suçlu çocuk anketinde (bu anket çalışmada bundan sonra İKE 1. olarak gösterilecektir) 974 suçlu çocuktan, 55'inin anne ve babalarında, 53'ünün akrabalarında bedensel ve ruhsal sakatlık görülmüştür.
İlgili tablolar ve istatistik veriler için bkz. Uluğtekin s.91 vd. Ek olarak Adalet İstatistikleri 1982, 1983, 1984 Ankara DİE 1985. Adalet Bakanlığı Psiko-sosyal hizmet programı Ankara 1983. Aynı şekilde 1972 tarihli İzmir Çocuk Ceza ve Islahevinde bulunan 100 çocuk arasında yapılan ankette (Bu çalışmada bundan sonra metinde İÇCI olarak gösterilecektir). 7 çocuğun ailesinde akıl hastası, 17 çocuğun ailesinde ise alkol ve uyuşturucu madde kullanan kimsenin bulunduğu ortaya çıkmıştır.

İÇCI de yapılan bu testte "Culture free" testi olan Cattel zekâ testi uygulanmış olup toplam 100 çocuktan 10'u normal, 8'i normal altı, 19'u sınır, 39'u debil, 19'u moron, 5'i ise embesildir. Testin uygulanmasında güvenilirliğin sağlanması için, çocukların genel olarak kültür düzeylerinin düşük oluşu da gözönüne alınarak, soru tekrarı ve standart süreden fazla süre tanıma yollarına gidilmiştir.

Bu araştırmanın değeri, aynı yaş gruplarındaki suç işlememiş çocuklara ilişkin zekâ testleri ile karşılaştırma ile ortaya çıkacaktır. Zekâ azlığının suç işlemede bazı potansiyel özelliklerde yatkınlık gösterdiği bilinmektedir. Zekâ azlığının etki altında kalmayı kolaylaştırması, uyum problemleri yaratması, suçlarını ve suça ilişkin delilleri karartmadaki başarısızlıkları da suç açısından oran arttırmaktadır. Buna rağmen sözü geçen araştırmada %63'e varan zekâ geriliği anlamlı bir korelasyon olarak görülmektedir.

2. Çevresel sebepler

a) Ailenin çocuğun suça yönelmesindeki etkileri

Kişiye ve kişiliğe bağlı nedenlerden daha yoğun olarak çevrenin, özellikle de en belirleyici olarak ailenin suça yönelmede önemli bir etken olduğu bir çok çalışmada saptanmıştır. Aileyi "bireyin en yakın olduğu ve toplumsallaşma süreci içinde birey üzerinde en etkili olan toplumsal gurup" olarak tanımlayabiliriz[2]. Çocuk, ilk ve en yakın çevresi olan aileden oldukça yoğun bir biçimde etkilenir. Fiziksel psikolojik gereksinimlerin yanında, aile ortamı çocuk için vazgeçilmez olan güvenlik ve sevgi gereksinimlerini karşılar. Bu da çocuğun suça yönelmesini engeller. Bunun yanında aile ortamını oluşturan bireylerin özellikle de anne ve babanın hem evliliğin getireceği sorumlulukları karşılayabilecek kadar olgun hem de çocuklar için birer model olabilecek yetkinlikte olması gerekir.

Evlilik içi doğan çocukların yanında,nesebi gayrisahih olan çocukların suç işleyen çocuklar içindeki rolü önemsenecek oranlardadır. Evlilik dışı doğan çocuklar özelllikle geleneksel toplumlarda çok kolay kabul edilmezler. Onların toplum dışına itilmesine ve topluma karşı kin ve nefret dolmasına sebep olmaktadır. Böyle bir ilişkiden doğan çocuklar aynı zamanda bir günah ürünü sayıldıklarından anneleri tarafından da horlanmaktadırlar. Bu da çocuğun kişilik yapısını temelden sarsan bir olay olarak görülmektedir.

Ülkemiz açısından konu incelendiğinde gayrisahih nesepli olma ile suç arasındaki ilişki net değildir. Eldeki suçlu çocuk anketlerinde bu konuda anlamlı bir korelasyonu sağlıyacak oranlara erişilmemiştir. Ancak, bunun yanında konu ülkemiz açısından bir başka noktayı daha ortaya çıkarmaktadır. Hukuki anlamda kabul görmemekle birlikte sosyolojik olarak normal evlilik olarak kabul edilmekte olan imam nikâhlı evliliklerden doğan çocuklara ilişkin rakamlar bu noktayı etkileyecek yoğunluktadır. Bu çocuklar gayrisahih nesepli çocukların psikolojik etkileri altında kalmamaktadırlar, çocuklar toplum dışına itilmemekte ve aileleri tarafından terk edilmemektedir.

Bunun yanında aile yapısına ilişkin olarak ortaya çıkan bir önemli konu da ailedeki birey sayısı ile suçluluk arasındaki ilişkilerdir. Geniş aile, çekirdek aile farklılaşması kadar aile içindeki çocuk sayısı ve gene bununla paralel giden gelir seviyesi düşüklükleri

[2] *Cüceloğlu* s.27

de önemli nedenler olarak görülmektedir.

Geniş ailenin en temel sakıncalarından birisini, aile içinde anne babadan başka yetişkinlerin de bulunmasının çocuğun değer kavramlarını, suç ve suç olmayan konusundaki düşüncelerini netleştirememesine ve pedagojik problemlerle karşılaşmasına neden olması oluşturmaktadır.

1970 yılında yapılan bir sayımda tüm aileler içinde 7 ve daha fazla çocuk sahibi olan aileler %33.6 civarındadır. Bu sayının değişme oranına ilişkin yeni çalışmalara ulaşamamış olmakla birlikte, çok çocuk eğiliminin devam ettiği gözlemlenebilmektedir.

Çocuğun aile içindeki yeri ile çocuk suçluluğunun ilişkisi hakkında kesin veriler bulunmamaktadır. Bir çok ankette, ülkemizde tek çocuklu ailelerin çocuklarının suçlulukla bağlantılı korelasyonlarda sıfıra yaklaştığını görmekteyiz. Ancak, bunda tek çocuğun aile tarafından fazlası ile kuşatılmasının yanında tek çocuklu aile sayısının ülkemizde çok az olmasının da payı bulunmaktadır.

Birden fazla sayıda çocuklu ailelerde suç işleme oranının en büyük çocuklarda daha fazla görülmesi ise daha çok, büyük çocuğun daha fazla ihmâl edilmesi, aşırı yüklenme ile karşı karşıya kalması, ailenin yükünü daha erken yaşlarda taşıması gibi faktörlere bağlanmaktadır[3].

Ailenin dağılmasının yani boşanma ve ayrılık ya da ebeveynden birisinin ölmüş olması durumlarının suç ile ilişkisi ele alındığında şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

TOPLAM	Annesiz	Babasız	Hem Annesiz Hem Babasız	Anne ve Babalılar
3758	2505	679	369	205

Tablo II

Tablonun da ortaya koyduğu gibi, suçlu çocukların büyük bir kısmı ölüm ya da boşanma sonucu dağılmış ailelerden gelmektedir.

Çocuğun fizik ve psikolojik gelişimini etkileyen, onu anti sosyal davranışlara iten en temel sebeplerden birisi de ailenin ekonomik durumudur. Suçlu çocukların büyük bir kısmı fakir ailelerden gelmektedir. Ancak, bunun yanında normal ya da normal üstü gelir sahibi ailelerden, aile içinde daha önce suç işlemiş olanların bulunduğu ailelerde bu oranın artması, gelir durumundaki düşüklüğün tek başına suça yöneltici bir faktör olmadığını göstermektedir.

TOPLAM	MEMUR	ÇİFTÇİ	ESNAF	TÜCCAR	DİĞER	MES. -BİLİNMEYEN
3758	13	2419	217	376	237	496
	%0.3	%64.3	%7.2	%10	%6.3	%10.5

Tablo III

Tablo III de gösterilen babanın meslek grubu ve çocuk suçluluğu ilişkisinde doğrudan

(3) İÇCI tarafından yapılan araştırma suçlu çocukların % 1'inin tek çocuklu ailelerden geldiğini, %40'ının ise ailenin en büyük çocuğu olduğunu göstermektedir.

bir ilişki kurma olanağı bulunamamakla birlikte, kırsal kökenli ailelerde çocuk suçluluğunun daha yoğun olduğu görülmektedir. Ancak, gelir seviyesi ve çocuk suçluluğu arasındaki ilişki daha açıktır.

Ekonomik zorunluluklar nedeniyle ailelerin bölünmesi ve suçluluk arasındaki ilişki, ülkemiz açısından iki önemli göstergeye bağlanabilir. Birincisi, başta Almanya olmak üzere yurt dışına çalışmak için giden ailelerin çocukları, diğeri de büyük şehirlere ya da mevsimlik işçi olarak farklı bölgelere giden ailelerin çocukları.

Tarımda verimliliğin azlığı, toprağın dengesiz dağılımı, iklim koşulları, ulaşımın gelişmesi, büyük şehirlerde daha kolay iş bulunacağı umutları göçü teşvik etmektedir[4].

Ailede gerçekleşen toplumsallaşma temel olup, bireyin daha sonra diğer gruplar içinde öğrendikleri, bu temele göre biçimlenir. Ailenin her hangi bir nedenle bütünlüğünün bozulması, ya da aile içi etkileşimin yeterli olmaması, toplumsallaşma sürecini önemli ölçüde engelleyerek, çocuğun hatalı ya da yetersiz toplumsallaşmasına ve uyumunun bozulmasına yol açar[5].

b) Aile Dışı Çevre

aa) Okul

Çocuk büyüdükçe toplumsallaşma sürecine aile dışında kalan faktörlerin etkisi artmaktadır. Çocuğun aile içinde kazandığı tutumlar, onun diğer gruplara katılma biçimini de etkilemektedir. Aile içinde edinilen tutum ve alışkanlıklar, otorite figürlerine düşmanlık ya da uyma, liderlik ya da edilgen tutum alış biçiminde kendini gösterecektir. Okul aynı zamanda çocuk için, toplum tarafından oluşturulan ilk kendini deneme yeridir. Toplumun örgütlü bir kurumu olarak okulda roller, sorumluluklar ve uyulması gereken yazılı kurallar vardır. Okul, toplumun ve yetişkinlerin çocuk üzerinde doğrudan doğruya etkisinin görüldüğü bir ortam oluşturur. Böylece toplumsal değerlerin ve normların biçimlenmesine katkıda bulunur.

Okulun çocuğun toplumsallaşmasında ikinci önemli katkısı, akran grupları ile etkileşim olanağıdır.

Okulun, çocuğun toplumsallaşmasında ve uyumlu bir birey olarak var olan değerlerin kabulünü sağlamada gösterdiği olumlu etki, okul başarısızlığı ile tamamen ters orantılıdır. Yapılan pek çok araştırma, okul başarısızlığı ile suç arasındaki ilişkiyi açık olarak ortaya koymaktadır[6]. Okul ve suç arasındaki ilişkinin en önemli göstergelerinden biri de okuldan kaçma eylemi ile ortaya çıkan durumdur. Okuldan kaçma ve suç işleme arasında çok anlamlı korelasyonlar bulunmuştur. Bizim ülkemizde bu konuda kapsamlı araştırmalar olmamakla birlikte özellikle İngiltere ve Amerikada bu korelasyonların %94.8'lere ulaştığı saptanmıştır[7].

(4) *Uluğtekin* bkz 261.
(5) *Cüceloğlu* s.27
(6) Bu konudaki araştırmalar için ve daha detaylı bilgi için bkz. *Uluğtekin* s.45 ve ayrıca 167-182
(7) *Polk, K. and Halferty* s.71-89

bb) Akran Grubu ve Suçluluk

Aileye göre çocuğun kendisini daha yansız tanıyabileceği, kişiler arası ilişkiler açısından gerçeklerle yüzyüze gelebileceği bir ortam ancak akranları ile birlikte iken çocuk için sözkonusudur. Akran gruplarının etkisi özellikle ergenlik çağında en üst noktasına ulaşır. Çünkü, ergen için grup yaşamı, başarmak zorunda olduğu bireysel bağımsızlığını kazanması için bir olanak sağlar. Aile ilişkisi yetersiz olan suç işleme eğilimindeki çocuklar için akran grubunun olumsuz etkileri daha baskındır. Özellikle çete görünümündeki akran gruplarının suçluluğa etkileri birçok araştırma ile kanıtlanmıştır[8].

cc) İş Yaşamı ve Suçluluk

İş yaşamının çocuğun belirli bir sanatı kazanması ve sorumluluk duygusunun gelişmesi açısından olumlu etkisi olabilir. Ancak, iş ortamı çocuğun yeni model arayışlarına ve yaşamda büyük yer tutan oyuna olan gereksinimlerine ket vurulması ile olumsuz sonuçlara yol açabilir. Ayrıca, iş yaşamının getireceği sınırlı da olsa ekonomik özgürlük, çevrenin olumsuz etkisine denetimsiz olarak kendisini bırakmasına da neden olabilir. Bunun yanında çocuklar tarafından yapılan çoğu işin yetişkin koruması ve denetimi nispeten daha az olduğu için çocuklar denetim dışı kalabilmektedir.

B. Çocuk Suçluluğu Açısından Sosyolojik Verilerin Bütünsel Değerlendirilmesi

Konunun çok fazla derinine gitmeksizin ailenin genişlik ve çekirdek oluşunun yarattığı farklılıkların yanında bir başka farklılaşma alanı da, aile yapısının "kalıplayan" ve "geliştiren" aile olması açısından yapılan ayrımdır. Gerçi geleneksel aile yapısının "kalıplayan" aile tipi ile çoğu kez çakıştığını görmekteyiz. Aile, çevre ve diğer toplumsal faktörlerin çocuğun yetişmesinde karşıladığı gereksinimleri şöyle sıralayabiliriz;

- Değerli olma duygusu,

Temel birey gereksinimlerinin ilkidir ve çocuğun tutum alışlarını doğrudan etkiler, kalıplayan aile yapısında "sen olduğun gibi değerli değilsin; ancak benim sana gösterdiğim kalıplar içerisinde ve o yönde kendini değiştirirsen değer kazanırsın." Bu sözlü bir mesaj olmasa bile tutum ve tavırlarla daima çocuğa hissettirilir[9]. Değerli olma duygusu karşılanmamış çocuk kendine güven duymaz, çekingen ve pısırık olur. Başkalarını taklit etme eğilimi onda yanlış modellerin seçimi ile suç işleme eğilimi olarak ortaya çıkar[10]

- Kişilerin birbirlerine güven duyması,

"Kalıplayan" aile, çocukta koşullu bir güven duygusuna yol açar. Kişi ancak belirli kalıplara uyduğu zaman değer kazanacağını, kalıpların dışına çıktığı zaman kendine hiç değer verilmeyeceğini bildiği için karşısındakine güven duyup kendisini olduğu gibi göstermez. Bu tür kalıplayıcı aile içindeki çocuk, kendi doğasının kabul edilmeyeceğini, cezalandırılacağını bildiği için yalan söylemek zorunda kalır. Zamanla kendi özünden

(8) *Uluğtekin* s.47 vd. ayrıca toplumsallaşma açısından daha ayrıntılı bibliyografya için aynı eser bkz. 152.

(9) Türk aile yapısı özel ihtisas raporu s. 23

(10) Geliştiren anne-baba ve ailenin temel gereksinimleri, *Doğan Cüceloğlu,* Yaşadıkça Eğitim Dergisi sayı 27 1993 s.4 vd.

gittikçe uzaklaşarak, başkası bilmediği sürece, yalan söylemekten ve suç işlemekten çekinmez.

- Yakınlık ve dayanışma duygusu,

"Kalıplayan" aile tipinde baskı esas olduğu için yakınlık ve dayanışma duygusu da yoktur. Bu samimiyetsizlik çocuğu arkadaş guruplarına ve dış model arayışlarına yöneltecektir.

- Sorumluluk duygusu,

"Kalıplayan aileler çocuğun kendi duygu, düşünce ve davranışlarından sorumluluk duymasına olanak vermediklerinden, bu tür aileden çıkan çocuklarda sorumluluk duygusu gelişmez. Kendi kusurundan doğan olayları kabullenmeyerek başkasının üstüne atarlar.

- Mücadele etmesini ve zorlukların üstesinden gelmeyi öğrenme duygusu,

Bu gereksinim de "kalıplayan" aile yapısı içinde karşılanmadığı için, sapmalar görülür.

- Mutluluk ve kendini gerçekleştirme duygusu,

"Kalıplayan" aile ortamı içinde kuşku ve kaygı olduğu için mutluluk yoktur. "Kalıplayan" aile, çocuğa nasıl körü körüne kalıplara uyulacağını öğretirken, "geliştiren" aile, çocuğa duygu, düşünce ve davranışlarıyla kendini yansıtması ve kişisel bütünlüğünü öğretir.

- Sağlıklı manevi yaşamın temellerini oluşturma duygusu,

Her bir insan kendi yeteneklerini, düşüncelerini, duygularını keşfedip kendini bulmak ister. Gelişmekte olan çocuğun "kalıplayıcı" aile yapısı içinde önem verdiği tek konu, kurallara körükörüne uymaktır. "Kalıplayıcı" aile kurallara körü körüne uymayı bekler. Kişinin vicdani gelişimine, akla, gözlemlemeye ve sosyal yaşama önem vermezler.

Bu temel gereksinimlerin karşılanmaması, toplumun geleceğini oluşturan çocukların uygar yetişkinler haline gelmelerine olanak vermeyecektir. Ailenin bu derece etkin olması çocuk suçluluğuna gelmeden önce aile yapısının demokratikleşmesi ve eğitim olgularına gereken önemin verilmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Ailenin çocuk yaşamı üzerindeki bu derin etkisini gözden kaçırmamakla birlikte bireyin kendine özgü oluşu ve bütün şartlara rağmen, bütün olumsuzluklara rağmen kendisini ortaya koyuş olanaklarının bulunduğunu da unutmamak gerekir. Bu yargı, kişiliğin tanınmasının yanı sıra hukukun gerçek hareket noktası olan "irade özgürlüğü" kavramının önemine de işeret etmektedir.

Çevrenin ilk basamağını oluşturan ailenin yanında okul, iş ve akranlar arası ilişkilerin çocuk üzerindeki yoğun etkisi, çocuk suçluluğunun yetişkin suçluluğundan ayrılmasının ne kadar zorunlu olduğunu da ortaya koymaktadır.

III Hukuk Devletinin İlkeleri Açısından Çocuk Suçluluğunun Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

"Hukuk Devleti" devlet ve hukuk terimlerini sıkı bir biçimde birbirine bağlar. Hukuk, "ide"si olan adalet'i gerçekleştirmede, "dava" yoluyla toplumsal ilişkileri düzenlemede veya normatif gücünü uygulamaya geçirmede, devlete başvurur. Öte yandan devlet de hukuka gereksinir. Devlet hukuk kalıbında yoğrulmuştur. Bu hukuksallaştırma (juridicisation) siyasal örgütlenme biçimi olarak devletin ayırtedici çizgilerinden biridir. Hukuk devleti hukuka saygı sağlar, ancak buna karşılık iktidarın otoritesini, yani kullanmakta olduğu maddi gücü meşrulaştırır. Aksi takdirde bu güç kaba güç olmaktan kurtulamaz, devletin çeteden farkı kalmaz[11].

Devlet-hukuk ilişkisi, "hukuk devleti" başlığı altında ele alındığında genel olarak kabul gören şu ilkeleri içermek zorundadır;

- Devletin, hukuk devleti olduğundan sözedebilmek için öncelikle normlar hiyerarşisini benimsemiş olması beklenir. Normlar hiyerarşisi, normlar arasında bir kademelenmeyi ve mantıksal bir bütünlüğü ifade ettiği kadar, temel adalet anlayışına giderek de hukukun genel ilkelerine, üst hukuk anlamında adalet kavramına ulaşır.
- Belirli bir düzenle kademelenmiş olan bu normlara uyulmada hukuksal denetimin sağlanması ikinci önemli kademeyi oluşturmaktadır.
- Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yetkilerin bölünmesi, güçlü devlet karşısında bireyin korunmasını sağlamaya yaradığı kadar, güçler arası dengelerle işlevlerin denetlenmesi ve gerçekleşmesi konusunda bir destek oluşturur.
- Yargının ve yargıcın bağımsızlığı ilkesi, Yargıç hukuk düzenine saygıyı güvence altına alma işlevi görür. Yargıç, teknik bir adam olarak normlar hiyerarşisinden hareket etmektedir. Bunu yaparken devlet iktidarının doğrudan kullanılmasını değil hukukun uygulanmasını gerçekleştirecektir. Böylece iktidardan farklılaşır, yargının üstünlüğü ile anlatılmak istenen, hukukun üstünlüğüdür[12]. Gerçekten yargıcın bağımsızlığı, politika karşısında hukukun üstünlüğünü sağlamak içindir[13].
- Bir başka ilke de hukuk devleti kavramının içerik açısından bir değerler bütününe dayanmasıdır. Bu da liberalizmdir, belirli bir özgürlük ve devlet anlayışının, demokrasi anlayışının ifadesidir. Özgürlük anlayışı, bireyin üstünlüğüne, demokrasi anlayışı çoğulculuğa, devlet anlayışı ise kural olarak müdahele etmeme ve serbesti sağlamaya yöneliktir[14]. Bu devlete uygun düşen toplum "sivil toplum" dur.

Bu ilkelerle tipikleşen hukuk devleti, konumuz açısından yani belli bir suç kategorisini gerçekleştiren grup açısından nasıl anlamlandırılır? Burada asıl sorun somut olay adaleti açısından hukuk devleti kavramının ölçü alınmasıdır.

---

(11) *Onar.* s.169

(12) *Kaboğlu* s. 143-144

(13) *Aral* s. 3

(14) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Kaboğlu*

B. Hukuk Devleti ve Çağdaş Ceza Hukuku İlkeleri Açısından Çocuk Suçluluğu

Çocuk suçluluğu kavramı, hukuk devleti üst başlığı altında ele alındığında, hukuk devletinde ceza hukuku ilkelerinin nasıl olması gerektiği sorusunun da cevaplandırılmasını gerektirir. Burada da karşımıza belirli ilkeler çıkmaktadır.

Bunlar;

- İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı
- Kanunilik ilkesi
- Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesidir.

Bu ilkeler üzerine kurulu çağdaş ceza hukukları, önemli ilkelere götürücü temel bir ilkeyi-ki bu ilke hukuk felsefesinin de en temel konusunu oluşturmaktadır- "irade özgürlüğü" ilkesinin kabülü anlamına gelmektedir. Çağdaş ceza hukuku, temel yapısında olan pozitiflik ilkesinin bir gereği olarak "irade özgürlüğü" kavramını tartışmasız olarak kabul etmek durumundadır. Çağdaş ceza hukukunun temel özelliklerinden olan yoruma dayalı uzlaşmacı eğilimler, bir taraftan "manevi sorumluluk" esasını kabul ederken diğer taraftan da "emniyet tedbirleri" ilkesi anlayışına dayanan bir görüşü benimsemektedirler. Çok farklı açılardan konuyu ele alan bu iki yaklaşımın tek potada eritilmeye çalışılması ceza hukukunda bir çok uyum probleminin de ortaya çıkmasına neden olmuştur. İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı ve kanunilik ilkesi hukuk devleti kavramı içinde net olarak yerini alırken özellikle kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin çocuk suçluluğu açısından özel olarak irdelenmesi gerekir.

Suç genel teorisinde, suç; "kusur yeteneği olan bir kimsenin kanuni unsura uygun, hukuka aykırı, kusurlu davranışı" şeklinde tanımlanmaktadır. Kusurlu davranma yeteneği bulunmayan bir kimsenin cezalandırılması hukuk devleti ilkesine ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesine de aykırıdır. Burada davranışa konumuz açısından bir sınırlandırma getirmek gerekir. Bu sınırlandırma da çocuk suçluluğunun faili olarak çocuktur.

İşlediği fiilden dolayı kişiyi kovuşturabilmek için, öncelikle failin sözkonusu fiilin suç olduğunu bilmesi gerekir. Buna ceza hukukunda "hukuka aykırılık bilinci"(Unrechtsbewustsein) denilmektedir. Ancak, burdaki bilinç kasta yönelik bir bilinç olmayıp fiilin haksızlık olduğuna ilişkindir[15] . Bu noktada karşımıza iki kavram çıkmaktadır.

- İdrak edebilme
- İrade

Birbiri ile çok yakın ilişki içinde bulunan bu iki kavram, her zaman kolaylıkla bir birinden ayırd edilemez. İdrak edebilme, eylemin hukuk normlarına bir aykırılık oluşturduğunun bilincinde olma anlamındadır. Bu, "hukuka aykırılık bilincidir". İrade ise,belli bir davranışa ilişkin plan, bu davranışa ilişkin önceden tasarlanan nedensel

---

(15) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Wessels* s.112 vd. ayrıca *Özgenç* s.251

oluşum serisi hakkındaki bilgiye ilişkindir[16] . Konumuz açısından gerek irade gerekse idrak edebilme, kusur yeteneğinin belirlenmesinde kullanılmaktadır. Kusur yeteneği üzerinde etkili olan faktörlerin başında yaş küçüklüğü gelmektedir. Ceza hukuku açısından hiç bir yaş kategorisi belirlenmeden, tamamen normatif olarak yaş küçüklüğünün kusur üzerinde etkili bir faktör olduğundan sözedilebilir[17] .

Çocuk, gerek biyolojik ve psikolojik gerekse toplumsal yapı göz önüne alındığında kusur yeteneği açısından özenle ele alınmalıdır. Gerçi normatif düzenle, sosyal düzenin farlılığı açıktır, ancak normatif düzen, hukuk düzeni, içten onama ve yürürlük kazanabilme açısından gerçekliklere gözlerini kapatamaz[18]. Bu nedenle insan onuruna yakışır hukuk, suç ve kusur arasında bir dengenin bulunması, cezanın iyileştirici ve topluma yeniden kazandırıcı işlev taşıması gibi ilkeler yasa koyuculara yol gösterir.

Olması gereken hukuka ilişkin bu ilkeler bizi pozitif hukuk düzenlemelerinden ayırmamalıdır. Varolan hukuk düzenlemelerinin ele alınmasında da bu ilkelerin elden geldiğince gözönünde tutulması yargıçların en önemli işlevlerindendir[19]. Türk pozitif hukuku bu konudaki asıl düzenlemeyi Çocuk Mahkemeleri Yasası ile getirmiştir. Bu yasaya ilişkin detaylı açıklamalara geçmeden önce uluslararası alanda çocuk yargılamasına ilişkin kabul edilmiş olan andlaşmanın, çocuk yargılamasına ilişkin önemli genel ilkelerine değinelim.

C. Türkiye'de Çocuk Suçluluğu Nasıl Ele Alınmaktadır Pozitif Hukuk Değerlendirmesi

1. Uluslararası İlkeler Açısından

Bu belgelerden birincisi, 1985 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen çocukları yargılayan organların yönetimine ilişkin asgari standart kurallarıdır. Beijing Kuralları olarak anılan bu kurallar, 1960'lı yıllardan sonra çocuk yargısı alanında görülen hızlı değişmeyi önemli ölçüde yansıtmaktadır. Sözkonusu değişmeyi yansıtan ilkelerden bazılarını şöyle sıralayabiliriz[20];

Çocuğun gereksinimlerinin, temel haklarının korunması da sağlanarak karşılanması (2.md).

Çocuğun gereksinimleri yanında, toplumun gereksinimlerinin karşılanmasına da özen gösterilmesi (2md).

Suçlu çocuklara gösterilecek tepkinin (uygulanacak yaptırımın) fiilleri kadar, kişilikleri ve içinde bulundukları koşullar dikkate alınarak belirlenmesi.

Çocukların çok farklı gereksinmeleri olduğu dikkate alınarak, bu gereksinimlerin karşılanmasına olanak verecek çeşitli önlemlerin mevzuatta yer alması ve yargılamanın her aşamasında, yetkililere bu önlemler arasında seçim yapabilme olanağı veren takdir

(16) *Wessels* s.117

(17) *İçel, Donay* s.51

(18) *Aral*, gerek irade özgürlüğü konusunda gerekse mormatif düzen ve sosyal düzen farklılığı konusunda bkz. s.117, 89

(19) *Işıktaç*, s.83

(20) UNICEF 1990 Çocuk politikası ulusal kongre raporu s11

yetkisi tanınması (6.md),

Takdir yetkisinin kötüye kulanılmasını önleme ve çocuğun ve ailenin haklarını güvence altına almak amacıyla, bu yetkiyi kullanacakların özel olarak eğitilmesi (6.md).

Yargılamanın her aşamasında, çocuğun;

Hakkındaki iddiayı öğrenme hakkı, susma hakkı, masumiyet karinesi, savunma hakkı, tanık gösterme hakkı, ana-baba ya da yasal temsilcisini yanında bulundurma hakkı, özel hayatın gizliliğine saygı ilkesinden yararlanma hakkı, temyiz hakkı gibi temel hakların güvence altına alınması (7-8. md).

Özgürlüğü bağlayıcı ceza ve önlemin en son başvurulacak çare olması (17. md).

Çocuk suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri konusundaki gelişmeleri yansıtan ikinci belge ise 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Çocuk Haklarına dair Sözleşmedir. Beijing Kuralları'nda yer alan ilkelerin hemen hemen hepsi bu sözleşmede de yer almaktadır (37-40 md). Sözleşmede ayrıca;

Çocuk hakkında alınacak tüm kararlarda ve yürütülecek tüm etkinliklerde çocuğun yararının ön planda tutulması (3 md).

Ana-baba veya çocuktan sorumlu kişilerin haklarına saygı gösterilmesi (5 md).

Çocuğun zorunlu haller dışında ailesinden ayrılmaması (9 md).

Aynı zamanda çocuğun bakımından ve korunmasından sorumlu olan kurumların, güvenlik, sağlık, nitelikli personel ve yönetim açısından yeterli ve uygun olmasının zorunluluğu gibi esasları içermektedir[21]. Çocuk Mahkemeleri yalnız suçlu çocukları yargılayan mahkemeler olmayıp, aynı zamanda korunmaya muhtaç çocuklar hakkında önlem alan mahkemeler oldukları için, genel nitelikteki ilkelerin söz konusu mahkemeler açısından önemi büyüktür. Bu ilkelerin bir bölümü Ceza Kanununda, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda ve halen yürürlükte olan Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda yer almaktadır.

Ancak Mevzuatımızın yukarıda sözü edilen uluslararası belgede yer alan ilkelerle uyumlu hale getirilmesi için, başta Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasa olmak üzere, bir çok değişiklik yapılması gerekir.

2. Ceza Hukuku ve Çocuk Mahkemeleri Kanunu Açısından

Türk hukukunda, yetişkin için suç oluşturan davranışlar çocuklar için de suç oluşturur. Buna ek olarak çocukta suç işleme eyilimlerini arttıracak olan evden kaçma, okuldan kaçma, içki içmek vb. gibi davranışlar suç kavramı dışında tutulmaktadır. Ancak, 1979 tarihli 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun[22] un 14. maddesinde yer alan bir ifade, bu konuya işaret

(21) UNICEF 1990 çocuk politikası ulusal kongresi raporu s34

(22) Yasallaşması ancak 21 Kasım 1979 tarihinde gerçekleşen bu kanun, ilk beş yıl içinde çocuk mahkemelerinin yasallaştırılmasını planlamışsa da, 1981 tarihinde çıkarılan 2552 sayılı kanunun getirdiği değişikliklerle kanunun yürürlüğe girmesi beklenirken, olanaksızlıklar nedeniyle ancak,

etmekte ve korunmaya muhtaç çocuklar kavramından hareketle "ebeveynine karşı vahim itaatsizlikte bulunan küçükler için de tedbir uygulamasına" gidebilme olanağı tanımaktadır.

Suç oluşturan davranışlar açısından çocuk ve yetişkin arasında yapılmayan ayrım, ceza sorumluluğu açısından yapılmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 53. md. ile "fiili işlediği zaman 11 yaşını bitirmemiş olanlar hakkında kovuşturma yapılamıyacağı ve ceza verilemeyeceği" belirtilmiştir. Ancak, suça konu olan davranış bir yıldan çok hapis cezasını ve daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, çocuğun devlet yönetimi ya da denetimindeki bir kuruma, tekrar suç işlemesi halinde kendilerinden para cezası alınacağı uyarısıyla ana baba veya vasiye teslim edileceği belirtilmektedir. Türkiye'de 11 yaşından küçüklerin suç oluşturan davranışlarına ilişkin hiç bir düzenleme yoktur.

Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 11. maddesi, Türk Ceza Kanunu'nun 53. md. sinden farklı olarak 11 yaşını bitirmemiş, ancak bir yıldan çok hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş küçük için, yasanın 10. maddesinde yazılı tedbirler uygulanır denilmektedir.

Bu tedbirler, "veliye, vasiye ya da bakıp gözetmeyi üstüne alan akrabalarından birine teslim".

Çocuğun ihtiyaçları doğrultusunda "bir çocuk bakım yurduna ya da devlet ya da özel sektöre bağlı fabrika, kurum, ziraat işletmeleri içinde bir iş yeri" ya da "bir tedavi veya eğitimi güç çocuklar kurumu"na yerleştirilmesi şeklindedir. Aynı yasanın 29. md. ile de uygulanan bu tedbirlerin 3 sene boyunca denetlenmesine olanak tanınmaktadır. Bu duruma karar verildiğinde denetim delegesi, çevrede gözetim süresince çocuğun aile çevresi, ilgili kurumlar ve kendisiyle çalışarak yasalara uyma alışkanlığı kazanmasında ona yardımcı olur.

Türk Ceza Kanunu'na göre cezalandırma açısından ikinci bir kategori 54. md. ile düzenlenmiştir, "fiili işlediği zaman on bir yaşını bitirmiş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar farik ve mümeyyiz olmadıkları surette haklarında hiç bir ceza tertip olunmaz". 11-15 yaşları arasındaki çocuk işlediği fiilin suç olduğunu bilmiyorsa (yani temyiz kudreti yoksa) ona hiç bir ceza verilmez. Ancak, suç fiili bir yıldan çok hapis cezasını gerektiriyorsa, aynı yasanın 53. mad.si hükmü burada da geçerlidir. Türk Ceza Kanunu'nun 54. md'sinin ikinci fıkrası;

"... işlediği fiilin suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş" çocuğun suçunun cezasının indirim biçimlerini açıklamaktadır. Buna göre, 11-15 yaş arasında işlediği fiilin suç olduğunu bilen çocuklara, "idam cezası" yerine "onbeş yıldan az olmamak üzere geçici ağır hapis cezası", "müebbet ağır hapis cezası" yerine, "on yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası" verilir. Ayrıca diğer cezalar da yarıya indirilir.

Çocuk Mahkemeleri Kanunu [23] [24]. 12. md. si Türk Ceza Kanunu'nun 54. md. bu

29.1.1987 tarihli Adalet Bakanlığı onayı ile mahkemeler oluşturularak 5.10.1987 tarihinde Ankara, İstanbul, İzmir ve Trabzon'da göreve başlamıştır.

[23] Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun samimi isteklerle ve çocuk suçluluğuna ilişkin çağdaş ilkeleri yurdumuz uygulamasına getirme amacıyla yapılmış olmakla birlikte, çağdaş ilkeler açısından oldukça geri kalmış olan ceza kanunu ile uyumlaştırılması, gerekse Türk yargılama sisteminin işleyişinden doğan sakıncaların giderilmesi açısından yeniden ele alınıp

düzenlemeden faklı olarak sadece, çocuk hakkında bir ön inceleme yapılmasını öngörmektedir. Bu inceleme Çocuk Mahkemeleri Kanununun 20. md. çerçevesinde "küçüğün, aile, terbiye, okul durumu, gidişatı, içinde yetişdiği ve bulunduğu şartlar veya bunlar gibi gerekli görülen sair hususlar..." gözönünde tutularak yapılacaktır. Bu inceleme Çocuk Mahkemesi tarafından görevlendirilen sosyal hizmet uzmanı, pedagog, psikolog ve psikiyatrlar tarafından yapılır. Bu incelemenin sonucunda çocuğa aynı yasanın 12. md.'nde belirtilen cezalar uygulanır. Bu da Türk Ceza Kanunu'nun 54. md.'nde gösterilen düzenlemenin aynısıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 55. maddesi "fiili işlediği zaman 15 yaşını bitirmiş olup ta 18 yaşını bitirmemiş olan"ların cezalarının belirli oranlarda indirileceğini hükme bağlamıştır. Bu indirim idam cezalarının yirmi yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezalarına, diğer cezaların da üçte bir oranına indirileceğine ilişkindir.

Çocuk Mahkemeleri Kanununda 41. madde "küçük, suçu işlediği tarihte henüz 15 yaşını bitirmemiş olan kimsedir" tanımını verirken 15-18 yaş arasındaki küçükleri kapsam dışında bırakmıştır; daha sonra bu eksiklik, 2552 sayılı 1981 değişikliği ile 15 ve 16. maddede yaptığı düzenlemelerle küçükler hakkında uygulanacak tedbirlerin 18 yaşın bitimi ile sona ereceğini düzenleyerek 15-18 yaş arası küçükleri kapsam içine almıştır.

Türk hukuk sisteminde çocuk, temyiz kudreti, yaş ve suçun ağırlığına bağlı olarak cezalandırılmaktadır[25].

3. İnfaz Uygulamaları Açısından

Türk Ceza Kanunu 54. maddesinde, 11-15 yaş arası çocukların çocuk ıslah evinde, 55. madde ise 15-18 yaş arası küçüklerin çocuk cezaevlerinde cezalarını çekeceklerini hükme bağlamıştır. Bu böyle olmakla birlikde adli sistemimizdeki aksaklıklar oldukça, uzun süren bir yargılama sürecinde bu küçüklerin nerede muhafaza edilecekleri önem taşımaktadır.

Türkiye'de suç işleyen çocuğun ilk karşılaştığı ve tutuklama aşamasına kadar sık sık birlikte olduğu resmi görevli, çocuğun yaşadığı yerleşme birimine göre- kentte polis, kırsal yörede jandarma olmaktadır. Polis ve jandarma, suç haberini alır almaz suçu işleyen çocuğun kimliğini saptar ve daha sonra hazırlık soruşturmasına temel olan ifadeleri alır. Suçu işlediğinde 11-15 yaş arasındaki çocukların suçun anlamı ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden "bedeni, ruhi ve akli" durumlarının uzman kişilerce saptanması işi de -Cumhuriyet Savcısının isteği doğrultusunda-polis ve jandarma tarafından yürütülür. Hazırlık soruşturması sonunda cumhuriyet savcılığı kamu davası açılmasına gerek görmediği takdirde takipsizlik kararı verir.Kamu davası açıldığı takdirde çocuk, işlediği suçun türüne göre tutuklu ya da tutuksuz olarak yargılanma süreci içine girer.

Çocuk, işlediği suçun türüne göre, tutuklu ya da tutuksuz olarak yargılanır. Tutuklanan çocuklar bulunduğu ilin veya ilçenin cezaevine, yetişkin tutuklu ya da

değerlendirilmelidir.

[24] Çocuk Mahkelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun bundan böyle metinde Çocuk Mahkemeleri Kanunu şeklinde gösterilecektir.

[25] *İçel, Donay* s.68

hükümlülerle bir araya, eğer varsa o cezaevindeki çocuk kovuşuna yerleştirilir. Bu uygulamanın, Türkiye'de çocuklara ilişkin islah sisteminde, suçlu çocuğun yeniden toplumsallaşmasını olumsuz yönden etkileyen faktörlerin en başında geldiği söylenebilir.

Uygulamanın en çok eleştirilen yanlarından biri, bu yolla tutuklu ve hükümlü çocukların yetişkin suçlularla ilişki kurabilmesine olanak tanınmış olmasıdır. Araştırmalar, cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlü çocukların en az yarısının, ayrı bir koğuş olmadığından gece gündüz yetişkinlerle bir arada bulunduklarını, diğer yarısının ise çocuk koğuşunda kaldıkları halde, koğuşlarda, bahçede, işyerinde, görüş sırasında, kantinde ya da her hangi bir sosyal etkinlikte yetişkinlerle karşılıklı görüştüklerini göstermektedir[26]. Her ne kadar çocukların bir bölümü (%21.8) yetişkin hükümlülerden cezaevi kurallarını öğrendiklerini ve onlardan maddi-moral yardım aldıklarını belirtmekte ise de, %12.3 oranında bir çocuk grubunun "yetişkin mahkûmların kendilerine kötü gözle baktıklarını ve onları cinsel ilişkide bulunmaya zorladıklarını" açıkça bildirmeleri, çocukların yetişkin suçluların bulunduğu cezaevlerinde yerleştirilmesinin ne ölçüde sakıncalı olduğu verilerle desteklenmektedir. Cezaevi infaz ve koruma memurlarına göre, yetişkin hükümlüler çocukları sadece cinsel alanda istismar etmekle kalmayıp, onları başka suçlar işlemek üzere hazırlamakta, siyasi yönden kendi tarafına çekmekte, sigara v.b. gibi kötü alışkanlıklar edinmelerinde etkili olmakta ve görevlilere karşı kışkırtmaktadırlar.

Suçlu çocukları cezaevlerine yerleştirme uygulamasının bir diğer sakıncalı yanı, cezaevlerinde çocuklar için ayrı bir tretman proğramının olmayışı ve çocuk tutuklu ve hükümlülerin yetişkinlerle aynı işlemlere tabi tutulmasıdır. Tutuklu çocukların çoğunluğu 21-50 gün arasında ilk mahkemelerine çıkmaktadır. İkinci ve üçüncü duruşma arasındaki süre de gözönüne alındığında, yargılama süresinin en az altı ayı bulduğu, sonuç olarak çocukların en az bu süre kadar cezaevlerinde tutuklu kaldıkları anlaşılmaktadır. Bu kurumlarda, tüm tutuklu ve hükümlülerin yaş ve eğitim düzeyine bakılmaksızın katıldıkları sosyoloji, tarih, türkçe ve sanat tarihi gibi derslerin dışında, çocukların yeniden toplumsallaşması amacına yönelik, sistemli bir rehabilitasyon programından söz etmek mümkün değildir. Genellikle cezaevinin temizlik, bakım ve onarım işlerinde çalışarak, bazı spor etkinliklerine katılarak ve televizyon seyrederek günlerini geçiren bu çocuklar, kapalı cezaevi ortamında sıkı bir kontrol altında yaşamalarına karşın profesyonel bakım ve yardımdan yoksun oldukları için bir anlamda "gözden ırak" düşmekte, gerek kendi aralarında, gerekse infaz ve koruma memurları ve yetişkin suçlularla kurdukları yetersiz- olumsuz ilişki sisteminin zararlı etkilerine sürekli açık bulunmaktadırlar. Sonuç olarak, cezaevinde geçirilen bu dönem, çocuğun kendisine saygısının iyice azaldığı, ailesiyle ilişkisinin bozulduğu, yeni suçlar için "eğitildiği" ve topluma karşı düşmanlık duygularının pekiştiği bir süreç haline dönüşmektedir.

Çocuk mahkemelerine ilişkin yasanın 37. maddesi, çocuk tutukluların "küçüklere mahsus cezaevlerine konulacaklarını" ancak, "küçüklere mahsus cezaevleri bulunmayan yerlerde büyüklere ait cezaevleri ayrı kesimlerinde bulundurulacaklarını" hükme bağlamıştır. Böylece, çocuk mahkemeleri yasası da "çocuk tutukevleri" konusunda bugünkü uygulamayı değiştirmeye yönelik açık ve kesin bir yenilik ortaya koyamamıştır. Ancak, 2253 sayılı Çocuk Mahkemeleri Yasasının 3412 sayılı ve 1988 tarihli yasayla

(26) *Uluğtekin* s. 78

değiştirilen 19. md. gereği "... aşağı haddi 3 yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı mültezim fiillerden dolayı, kovuşturma ve yargılama safhasında küçükler hakkında tutuklama kararı verilemez" hükmü getirilmiştir. Böylece yasakoyucu, bir gurup çocuğu cezaevlerinin olumsuz etkilerinden korumak istemiştir. Bu, tutuklanarak cezaevine konulacak çocukların sayısını azaltacağı için yerinde bir değişiklik olmuştur. Çocuk içinde yaşadığı toplumdan kopmadan, evinden, okulundan ya da işyerinden uzaklaşmaksızın, kovuşturma ve yargılama aşamalarını geçirerek, hüküm giydiği taktirde çocuk ıslah kurumuna doğrudan gelecektir. Ancak, öyle çocuklar vardır ki, aileleri tarafından ihmâl ve istismar edildiği ya da aile parçalandığı ve tek başına kaldıkları için suç işlemişlerdir ve tutuksuz olarak yargılanırken onları suça yönelten bu koşullar sürecektir.Bu durumda olan çocukların, çocuk mahkemeleri yasası çerçevesinde, korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi ve gereken önlemler alındıktan sonra, tutuksuz olarak yargılanmaları uygun olacaktır.

Bugünkü Türk hukuk sisteminde suçlu çocukların çocuk mahkemeleri yasası çerçevesinde yargılanmaları zorunludur. Yasada yargılama ve hüküm verme aşamasının en can alıcı noktası ise, çocuk hakkında bir "psiko-sosyal inceleme raporu"nun hazırlanması gereğidir.

Çocuk mahkemeleri yasasının 2252 sayılı ve 1981 tarihli yasayla değiştirilmiş 20. maddesi uyarınca, ceza ve tedbirlerin uygulanmasından önce "... küçüğün işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumu uzman kimselere tespit ettirilir" ve "... gerekirse küçüğün aile, terbiye, okul durumu, gidişatı, içinde yetiştiği ve bulunduğu şartlar veya bunlar gibi görünen sair hususlar", çocuk mahkemelerinde görevlendirilmiş sosyal hizmet uzmanı, pedagog, psikolog veya psikyatristler tarafından araştırılır. Bu araştırmanın bir rapor biçiminde sonuçlandırılması gereği, yasanın işlerliğini sağlamak üzere hazırlanmış 1982 tarihli Çocuk Mahkemeleri Kanununa ilişkin yönetmelik "inceleme raporu" tanımı olarak, "sosyal hizmet uzmanı, sosyal hizmet uzmanı yardımcısı, pedagog, psikolog ve psikiyatr... ayrı ayrı yapacakları inceleme ve sosyal araştırma sonucunda elde edecekleri verilere dayanarak birlikte hazırlayacakları ve ... küçüklerin psikolojik özelliklerini, içinde bulundukları çevre şartlarını ve uygulanması gereken tedbirlere ilişkin önerileri kapsayan belgeyi" ifade etmektedir.

Yargılama aşamasının sonunda hüküm giyen ve hürriyeti bağlayıcı ceza alan çocuklar, Türkiye'de bulunan dört çocuk ıslah kurumundan birine gönderilir. Şimdiki durumda tutuksuz olarak yargılanıp doğrudan çocuk ıslah kurumuna gelen çocuk hükümlülerin oranı çok düşüktür. Bunun yanında tutuklu olarak yargılanarak hüküm giyen çocukların bir grubu da , ceza süresinin kısalığı, ıslahevlerinin az sayıda oluşu ve kapasitelerinin sınırlılığı gibi nedenlerle ıslahevlerine gönderilmeyerek cezaevlerinde bırakılmaktadır. Devlet İstatistik Enstitüsünün verilerine göre, 1980-1985 yılları arasında cezaevlerine giren 11-18 yaş arası çocukların sayısı 1267 iken, çocuk ıslah kurumlarına kabul edilen hükümlü çocuk sayısı 4485'te kalmıştır (Türkiye İstatistik Yıllığı 1987:137).

Çocuk suçluluğunun en aza indirgenmesi için gerekli sistem modellerinin oluşturulması, politika ve stratejilerinin belirlenmesi, ölçümlenmesinin doğru yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla ölçümleme, sorunun tedavisine direkt yardımcı olacak teşhisin konması açısından oldukça önem arzetmektedir.

Çocuk suçluluğunun ölçümlenmesinde suç-çevre, suçluluk trendi, suç-yaş ve suç-eğitim gibi kombinasyonların analiz ve ilişkileri, belirleyici faktörlerdir.

BİBLİYOGRAFYA

UNICEF, 1990 Çocuk Politikası Ulusal Kongresi raporu, 1989

Türk Aile Yapısı (Özel İhtisas Komisyonu Raporu) DPT Ankara 1989

Aral, V Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri İstanbul. 1987.

Polk, K. and D. Halferty "School Cultures" New Jersey Prentice-Hall 1972.

Onar, S.S İdare Hukukunun Genel Esasları c1.

Uluğtekin, S. Hükümlü Çocuk ve Yeniden Toplumsallaşması Ankara 1991

Cüceloğlu, D. "Geliştiren anne-baba ve ailenin temel gereksinimleri" Yaşadıkça eğitim dergisi sayı; 27 İstanbul 1993.

Kaboğlu, İ. "Hukuk Devleti" İnsan Hakları Yıllığı C.12.1990 Ankara

Işıktaç, Y. "Yargıcın hukuk yaratma fonksiyonu üzerine bir inceleme" İstanbul Barosu Dergisi c.62.sayı, 1, 2, 3, 1988 s. 81-85.

Yücel, M.T. "1980-1992 yılları arasında Türkiye'de çocuk suçluluğu" Facultatis Decima Anniversaria Marmara Ü. Yayın No: 536 İstanbul 1993.

Özgenç İ. "Kusur yargısı ve Yaş küçüklüğü" Facultatis Decima Anniversaria M.Ü. Yay.No 536, İstanbul 1993.

Wessels, J. Straf Recht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, Göttingen, 1961

İçel, K./ Donay S. Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, İstanbul 1987

Yavuzer, H. Çocuk ve Suç. Çocuğu suça iten faktörler ve suçlu çocukların yeniden eğitimi, İstanbul 1988

Zusammenfassung

Der Artikel ist in drei Teilen zusammengefaßt:

Erstens: Was bedeutet Kinderkriminalität aus soziologischer Sicht? Warum muß sie anders als die Kriminalität bei Erwachsenen behandelt werden?

Zweitens: Welche Erscheinungsformen nehmen die im Rechtsstaat anerkannten allgemeinen Prinzipien im konkreten Bereich an? Wie kann insbesondere in diesem Bereich die Realisierung der Gerechtigkeit im konkreten Fall im Hinblick auf Rechtsstaatsprinzipien bewertet werden?

Drittens: Wie wird dieses Thema in der Türkei insbesondere aus strafrechtlicher Perspektive behandelt?

Im Strafrecht begegnen wir den Begriffen Schuld und Schuldverhältnis sowie dem Begriff Unrechtsbewußtsein. Die Beantwortung dieser technischen Themen wird es uns ermöglichen, den Unterschied des Begriffes Kinderkriminalität vom allgemeinen Kriminalitätsbegriff aus rechtstechnischer Perspektive zu erläutern.

Eine weitere Frage, welche zu beantworten versucht wird, sind die Probleme, die sich ergeben, wenn die positive Rechtspraxis mit dem Rechtsstaatsbegriff in Beziehung gesetzt wird. Von besonderer Bedeutung sind die Vollstreckung der Strafe sowie die Praxis des Strafvollzuges.

Da die Beantwortung all dieser Fragen mitunter zu einer einheitlichen Bewertung aus der Sicht der Gerechtigkeit im konkreten Fall nötigt, sah sich der Verfasser zur Lösungssuche mittels einer philosophischen Analyse des Gerechtigkeitsproblems veranlaßt.

Angesichts der Tatsache, daß dieses Symposium die Erforschung der Rechtstatsachen bezweckt, wurden die betreffenden Daten des Instituts für Statistik herangezogen; hinsichtlich des Strafvollzuges wurden die früher an verschiedenen Besserungs- und Strafanstalten durchgeführten Tatsachenforschungen verwendet.

Neben den Schwierigkeiten, die bei den Verfahrensarten und im Verfahrenssystem für Kinder vorkommen, wurden auch die Probleme hinsichtlich der Stafvollstreckung festgestellt und Lösungswege aufgezeigt.

Die Familienstruktur (unterdrückende oder entwicklungsfördernde Familientypen) als wichtigster Faktor für das Zustandekommen der Kinderkriminalität sowie die Art und Weise ihres Aufkommens wurden herausgestellt (unterdrückender Familientypus und traditioneller Familientypus überdecken sich).

Außerdem wird auf die Veränderung der traditionellen Familienstruktur und ihre Wirkung auf die Kinderkriminalität hingewiesen, welche durch den anwachsenden Fortschritt und die Metropolisierung eine neue Form angenommen hat.
(Übersetzt v. F.U.)

Abstract

This article is grouped under three headings;

1. Firstly how is juvenile crime viewed from a sociological point of view?
   What are the factors which cause it?
   Why is it treated differently from adult crime?

2. How are the general principles associated with the Rule of Law applied in practice?
   In this connection, how should the attainment of real justice be measured from the point of view of the principles of the Rule of Law?
   How can the general principles associated with the Rule of Law be reconciled with everyday justice?

3. Thirdly, how has this subject been handled by Turkish criminal law?
   In Criminal law we come across the concepts of "fault" and "direct guilt", and additionally "deliberate breach of law". With respect to these subjects, the way juvenile crime is treated is recognised as being technically different from general crime.

There are a number of other questions raised by the relationship between positive law and the Rule of Law. This is especially so in relation to the importance attaching to the distinction made between the execution of the crime and the method of execution.

Because the issues raised on the level of everyday justice require a comprehensive assessment, researchers have been led to take a philosophical approach to achieve their goal.

Further since the symposium had an emphasis on empirical legal research, great emphasis was put on relevant data from the Statistics Institute; accordingly research carried out in prisons and reform centres on the commission of crimes was used extensivly.

Alongside problems and sollutions over issues stemming from criminal acts, emphasis was given to the procedure in juvenile trials in Turkey and the faults in the system.

It was found that one of the most common factors in juvenile crime was family influence (oppresive and progressive models) and further that in this country the most common form followed the oppressive- traditional model.

The question as to what influence the modernisation and urbanisation of our country will have upon the traditional family structure and accordingly juvenile crime, has at least been raised. (Translated by J.B.)

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim, Dr. Yasemin *Işıktaç* Hanıma gerçekten hem ilginç ve hepimizin üzerinde hassasiyetle durmamız gereken bir konuda sunduğu tebliğ için teşekkür ederiz.

Dr. *Mustafa Yücel* Bey uzunca bir başlık taşıyan tebliğini sunacak. Buyrun efendim.

Mustafa Tören Yücel

Ceza Yargılaması Gerçeği: Psiko-Sosyo-Juridik Açıdan Yargılamanın Paradoksal Öznelliği, Makûl Süre Ve Segmentli Duruşma

Yargılama sürecinde olguların değerlendirilmesi son derece önemlidir. Ne var ki, bu değerlendirmede objektiflik savı gerçekçi olamayacaktır. Her sosyal uğraş gibi yargılama da beşeri zaaf ve hatalarla yüklü kişilerce yapılmaktadır. J.Frank tarafından ortaya konulan aşağıdaki formül bu bağlamda oldukça anlamlıdır:

MK= N x O

MK: Mahkeme Kararı
N : Norm
O : Olgu

Yargılamada en can alıcı parametre olguların saptanmasıdır. Yukarıdaki formüldeki O'nun yalnış veya hatalı tayini hatalı bir karara götürecektir. Örneğin tazyik altındaki sanığın itirafının bir olgu olarak kabul edilmemesi gerekir. Gerçekte saptanan olgular görünüşte objektif olgu, aslında hakimin objektif olgular yerine geçirdiği subjektif olgulardır.

Hakim maddi kanıt dışında, olguların tam olarak bilgisine değil, ancak kendisine tanıklık yoluyla aktarılacak tanıkların olgular hakkındaki fikirlerine sahip olabilecektir. Tanıklık yoluyla olguların değerlendirilmesinde hakimin işlevi tarihçiye benzer; hakim, tarihçi gibi geçmişte olan olgular hakkında aktarılan bilgilere sahiptir. Olguların değerlendirilmesi, tümden tanıkların ifadelerine dayandığı hallerde durum daha da zorlaşmaktadır. Çünkü, gerçekte vuku bulan olaylar, söylenen sözler, mahkemeye ve hakimin önüne kendiliklerinden yürüyüp gelmezler. Hakim, bunları insai hatalara gebe tanıkların beyanlarından öğrenecek; bir bakıma tahmin işleminde bulunacaktır. Bu durumda, mahkemelerce saptanan olguların gerçek ve eski olgulara uygunluğu (objektifliği) hakkında bir güvence sözkonusu değildir.

Hakim siyah cübbesini giyip kürsüye çıktığında kendini her türlü önyargı ve tercihlerden kurtararak, duygusuz, heyecansız bir varlık olduğu hakkındaki sanı bir öyküden ibaretdir. İşte hakimlerin olguların değerlendirilmesinde yürüttüğü tahmin işleminde bir hukuki durumu diğerine tercih ettiren saikler merkezi sinir sistemi gibidir. Bu belirlemede, yargılama sürecinde hakimlerin insan oldukları, insan olmaları nedeniyle insani hata ve zayıflıklara sahip kişiler olduğu unutulmamalıdır.

Hakimlerin kişilik özellikleri, duygusallığı ve ön yargıları

Çeşitli hakimlerin örneğin bir kanunun aynı maddesini farklı yorumlamaları (Yargıtay & Anayasa yargısında muhalif görüşler-muhalefet şerhleri) onların bir otomat olmayıp, farklı kişilik ve düşünce yapısına sahip olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu durum ise, hakimlerin farklı sosyal, ekonomik ve ideolojik çevrelerden gelmeleri kadar ve hatta daha çok farklı psikolojiye sahip olmalarından doğmaktadır. İşte, yargılama işlevi ve yöntemlerinin açıklığa kavuşturulmasında "psikoloji" olmazsa olmaz türünden bir gereksinmedir. Yargılama sürecinde en önemli faktörler psikolojik olanlarıdır.

İnsan aklı çocuklukta bile boş bir A4 formundaki kâğıt değildir. Genetik, çevre ve eğitim belli durumlara karşı tutumumuzu etkileyerek alışkanlıklar yaratır (ön yargı) ve bu, bir dereceye kadar karar vermeyi kolaylaştırır.

İlgi, çeşitli görüş ve tercihler yaşamın esasını oluşturur. Ancak ölüm mutlak duyarsızlık nedenidir. Hakimlerden istenen soğukkanlılık, onun tüm sosyal etkilerden kendini uzak tutmasını gerektirmez.

Diğer taraftan o, avukat, taraf ve tanıklara karşı bilinç dışı sempati ve antipatilerin etkisi ile tepki gösterebilir.

İşte J.Frank'ın yargılama süreci sonunda karar verme formülü

M K = N * O gerçekte M K = N * ÖO (öznel olgu) formülüne dönüşmektedir.

Öznel olgu: Hakimi etkileyen etmenler ve hakimin kişiliğinin karışımı olan öznel olgulardır. İşte bu psikolojik gerçekler, kişilerin kendisine yabancı saik ve dürtüler karşısında adalet dağıtmak zor bir iştir. Bazen dış görüntüler en titiz, en kılı kırk yaran bir hakimi de yanıltabilir...Eksik bir bilgi, sahte bir belge, yalancı bir tanık, dar görüşlü bir bilirkişi; bir masumun mahkûmiyetine neden olabilir.

"Adalet perisinin gözü bantlı olmasının ötesinde körlüğü de söz konusu olabileceğinden, adalet psikolojisi ve adli tıbbın rol ve etkinliği küçümsenmeyecek ölçüdedir.

Özet olarak, yargılama üç aşamalı bir seçim işlemidir.

1. Tanıklar geçmişte gözlemledikleri çıplak, ham olaylar hakkında bir seçim yapmakta ve seçimleri yalnızca onların görme, işitme, dokunma veya tatma duyularına dayalı olmakla sınırlı kalmayıp, seçim yaptığı sıradaki duygusal durumu, eğilimi veya yalanı alışkanlık haline getirmesi gibi niteliklerden etkilenmektedir.
2. Sözlü olarak ifade veren tanıklar farklı beyanda bulunduklarında duruşma hakimi bu beyanlardan bazılarına inanıp bazılarını göz ardı etmek suretiyle bir seçim yapmaktadır.
3. Duruşma hakimi, önceden seçilmiş olan bulgulardan tipiklik açısından normun unsurlarına uygun olanları seçerek bir sonuça varmaktadır. Karar sürecindeki bu psikolojik dinamikler gerçeğini Charles Darwin otobiyoğrafisinde, "kendi teorisi ile uyumlu olmayan tecrübi bulguları dikkatlice not ederken, teorisini pekiştirenleri ise her zaman hatırladığını" belirmek suretiyle vurgulamıştır.

İşte, tanıkların tanığı durumundaki duruşma yargıçlarının tanıkların aşağıda değinilen zaafiyetlerinden etkilenebileceği; yargıçların belleğinin de **multi-medya** (ses, görüntü ve metin)içerikli olmadığı unutulmamalıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde, suç gerçeğine ait bulgular, ilk önce tanıklarca ve sonra da gerçeği bulması gerekenlerce olmak üzere iki kez yeniden oluşturulmaktadır. İşte, böylece yargılama sonuçta öznellik üstüne oluşturulan bir öznelliktir. İşte bu gerçeği algılayan A.Gide, kaygısını "insan adaletinin ne denli kuşku verici ve iğreti bir nesne olduğunu" belirterek dile getirmiştir.

Kişilerin savunma amaçlı veya hayali yalan söylemeleri gerçeği karşısında, hakimlerin tanık beyanlarını değerlendirmesi oldukça önemli bir işlevdir.

ARAŞTIRMA BULGULARI

Tanıkların söylediklerinden ancak yarısının "doğru" olduğu; geri kalanın ise "yanlışlığı" (yalan veya hata ile yapıldığı) psikolojik olarak saptanmıştır. Hukuk eğitiminde kurumlar, kavramlar, temel yasalar ve ilgili maddeleri; staj sırasında ise pratiği öğretilmekte ise de; yargılamanın özü olan "gerçeğin ne olduğunu saptama" konusu çok az işlenmektedir. Ekseri hakimler de ceza yargılamalarının %90, hukukta ise %70'inde hukuka ilişkin soruların ana mesele olmadığından bilgi sahibi değillerdir. Ne soruların ana mesele olmadığından bilgi sahibi değillerdir. Ne var ki, ceza yargılamasında can alıcı soru: "oldu mu? veya olmadı mı?" şeklinde olgu saptanmasına yönelik olmaktadır[1].

Almanya'da 1.100 yargılanmanın yenilenmesi dosyasının analizi sonucunda, ciddi suçlara ilişkin 50 mahkûmiyette tanıkların ilk duruşmada sanık aleyhine yalan beyanda bulundukları belirlenmiş; her yıl birkaç bin kadar mahkeme kararının yanlış verilmesi olasılığına değinilmiştir[2]. R.Bender'in Almanya'da 624 dava dosyası üzerinde yaptığı incelemede mahkemenin tanıkların yalnızca %3 üne inanmadığı saptandı.

Psikolojik teoriye göre; doğru ifadeler, fazla ayrıntı içermeli; kişinin tekrarlanan sorgulamadaki yanıtları, büyük ölçüde aynılık göstermemelidir. Yine bu tür tanıkların daha doğal, düzensiz bir biçimde ifade verdikleri gözlenmektedir.

Bu teorileri test etmek üzere Dr.*Köhnken* (Kiel Üniversitesi Psikoloji Bölümünde). Almanya'da islahevinde bulunan 16 ve 17 yaşlarında test grubuna bir eşya hırsızlığını içeren bir film gösterdi. Denekteki kızlardan bir grubunun hikâyeyi kasden yanlış aktarması ve masum bir kişiye kuşkuyu yönlendirmesi istendi. Bunların ifadeleri, hadiseyi mümkün olduğunca doğru anlatmaları istenilenlerle karşılaştırıldığında; farklar çarpıcı bir görünüm kazandı. Yalan söylemesi istenilen kızlar (hikâyeyi kendiliğinden akledenlere oranla) daha kısa cümleler kullandı. Bunlar aynı zamanda daha yavaşça konuştu ve fazla retorik, süsleme (herkesin bildiği gibi, sizin bildiğiniz gibi, hemen hemen, her nasılsa) yoluna gittiler[3].

Genel bir teori olarak, "ilk ifadenin en iyisi olduğu" göz ardı edilmemelidir. Eğer ifade yalnızca olay ile ilgili ise veya ifade veren kişinin sorgulaması sıcağı sıcağına oluyorsa bu teori bir kural olarak geçerlidir. İfade veren kişinin anlatımı aniden olmayıp bir süre sonra olduğunda kişi kendini ifade vermeye hazırlamaktadır. İlk verilen ifadenin

(1) Bkz. *Ian M. L. Hunter*, Memory - Facts and Fallacies, Penguin Books, 1961; M. S. *Guttmacher and H.Weihofen*, Psychiatry and The Law. New York, 1952 pp. 360-379. *H. Münsterberg*, On the Witness Stand, New York, 1908 pp. 39-69 *N. Kunter* Ceza Muhakemesi Hukuku, 1989, İstanbul, s.635.

(2) German Courts too gullible, says legal study. The German Tribune, 15.2.1984 p.14; *R. Bender & S. Röder*, Tatsachenfeststellung vor Gericht München, 1981.

(3) *M.T. Yücel*, "Japon Ceza Adaleti Sistemi" Yargıtay Dergisi, C.11 (Ocak - Nisan 1985) Sayı: 1-2, s.62; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/d. maddesindeki "çapraz sorgulama'nın usul hukuku ve pratiğine intikali için düzenleme yapılmalıdır. Bu bağlamda Sözleşmenin 5 ve 6. maddeleri için Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanınca verilen kararlar sonucu yeni bir usul hukuku oluştuğu gözardı edilmemelidir. "Her sanık.. iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek ... hakkına sahiptir." (Sözleşme md. 6/2/d). Çapraz sorgu için Milletvekili M.Pabuçoğlu'nun Yasa teklifi bkz. Balıkesir Barosu s.44 (Kasım 1992) s.17.

güvenirliğinin ne derece yüksek olduğu zamanla unutulmakta ise de, tek tek detaylar göz önüne alındığında ilk alınan ifadenin yargılaması devam eden davayı desteklediği ve güvenli bir şekilde amaca ulaşmayı sağladığı görülmektedir.

Hakimler tanıkların, özellikle, kesinlik içeren konuşmaları; üstüne basa basa ifade vermeleri halinde de dikkatli olmalıdırlar. Araştırma sonucunda sunulan delilin gerçek dışı olduğunun saptandığı 100 davadan 70'inde delilin bu şekilde verildiği belirlenmiştir. Hakimlerde delil psikolojisi konusunda bilinçlenme sağlama bakımından hukuk fakültelerinde verilen kriminoloji/adalet psikolojisi eğitiminin yeterli olmamasının ötesinde hakimler için sorgulama (çapraz sorgu) teknikleri ve delil psikolojisi konusunda Türkçe yayın da yok denecek derecededir.

SORGULAMA VE TANIK DİNLEME SANATI

Hukuk eğitiminde (çapraz) sorgulama tekniği ve delil ikame psikolojisi zorunlu unsurlar olarak belirmektedir. Çapraz sorgulama ile önceden tasarlanmış yalanlar önlenebilmektedir. Nitekim, Japonya'da yalancı tanıklığa karşı bu sorgulamaya çokça başvurulmakta ve bu oran %80'i bulmaktadır[4]. Bu sorgulama türünde dinlenecek birkaç kişi birlikte huzura alınmakta; A ve B'ye soru sorulmaksızın önce C'ye, daha sonra D'ye soru sorulmakta ve aniden B'ye dönülerek sorgulamaya devam edilmektedir.

Hakimler yaşam ve mesleki deneyimlerine dayalı olarak; bazen de kehanetle sonuç çıkarma durumundadır. Hiç kuşkusuz, tanıkların güvenirliği konusunda, aşağıda değinilen, ciddi testlere tabi tutulması halinde bu yaklaşım gereksiz olacaktır. Bu amaçla, adliyelere yardımcı "adli psikologlar" görevlendirilmeli; bu uzman kişiler tanıkların tanıklığını irdeleyebilmelidir. Aksi takdirde, tanıkların tanığı durumundaki duruşma hakiminin yanılgısı kaçınılmaz bir nitelik gösterecektir. Psikologların görev alması, yargılama sürecinde adalet psikolojisinin pratiğe elverecek; yerleşmiş myth'lerin sanık susuyorsa, suçlu olduğunun kanıtı olarak yorumlanması; tehevvüren konuşursa suçlu olduğunu göstermesi giderilmesini zaman içerisinde sağlayacaktır.

Tanık beyanlarını irdeleme konusunda kendi deneyimlerine dayandıklarını düşünen hakimler bakımından Bernard Shaw'un şu sözünü hatırlamakta yarar vardır: "Çoğu kişi yirmi yıldır yanlış bildiği veya yaptığını "deneyim" telâkki etmektedir." U.S.A. 'da emekli olacak bir Federal Mahkeme yargıcının ifade verirken ellerini oğuşturan bir tanığın beyanını yalan olarak değerlendirip jüriye o doğrultuda talimat vermesi Temyiz Mahkeme 'since bozma sebebi olarak hükme bağlanmıştır.

Kuşkusuz, tanıkların aynı şeyi söylemesi, rastlantı veya düzmece olarak aynı hikâyenin ortaya çıkmasını sağlamanın ötesinde delil değeri kuşku ile irdelenmelidir[5].

(4) "Olayı anlatan bütün tanıkların aynı sözleri ses alma cihazı gibi aynı sıra ile tekrarlamalarını beklemek, psikolojik insan varlığı karşısında esasen doğru değildir." "Yargıtay Ceza Genel K.K. E:972/2-426 K: 974/76: "Tanıkların önceden kendilerine öğretilenleri söyledikleri ise çok görülmüştür." Kunter a.g.e. s. 644.

(5) Çocukların tanıklığı için bkz. *F. Erem*, Adalet Psikolojisi, ss. 310-311 Ank, 1977; *C.Hedderman*, Children's evidence, the need for collaboration, Home office, London 1987; "Küçük Şahitler" (Aktüalite) Hürriyet 12.3.1992 s.4.

TELKİN VE TANIKLIK

İnsan gözleminin yanılgıya gebeliği ve öznelliği dışında insanların telkine müsait oldukları gözönünde bulundurulmalıdır. Tanık, sorgulayıcının veya avukatın soru sorma biçiminden hataya düşürülmekte; mahkeme dışı bir telkin unsuru örneğin yanlış bir gazete haberi ile etkilenebilmektedir.

Telkin açısından çocuklar büyüklere göre daha fazla müsaittir. Çocuklar yaptıkları ciddi nitelikteki suçlamanın sonuçları hakkında bilince sahip değildir. Bu nedenle, başkaca kanıtlarla sübut bulmamış özellikle cinsel suçlara ilişkin çocukların tanıklığı güvenirlikten yoksun bulunmaktadır. Çocuk tanıkların cinsel suç mağduru olarak ifadelerine başvurulduğu ortam da önem taşımakta olup; fail ile yüzyüze gelerek psikolojik açıdan çocukların hırpalanmamasına özen gösterilmelidir. Nitekim, Kanada'nın Montreal Merkez Mahkemesi'nde çocuk tanıkların ifadesi için kapalı devre televizyonlu bir duruşma salonu hizmete sokulmuş olup; çocuğun ifadesine duruşma salonuna bitişik bir odaya yerleştirilmiş kapalı devre televizyon vasıtasıyla başvurulmaktadır. İngiltere'de de cinsel suç mağdurları için bu yöntem kullanılmaya başlanmıştır.

TEHDİTLERE KARŞI TANIĞIN KORUNMASI

Normal olan, tanığın bildiklerini söylemesi ise de (CMUK md. 62) tehlikeli suçlara (Cebir ve şiddetler suçları ile teröristler) karşı tanığın işlerliğini sağlamak üzere yasanın zorlayıcı gücü dışında motive edici tedbirlerin neler olabileceği gündeme gelmektedir. 1993 yılı Adalet İstatistiklerine göre Devlet Güvenlik Mahkemeleri Cumhuriyet Savcılıklarındaki faili meçhul sayısı oranının 1992, 1993 yıllarında sırasıyla %45.0 (5040) ve %49.2 (8230) olması konunun ne derece önemli olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda küresel düzeyde alınan başlıca tedbir örnekleri şunlardır.

* Tanıklar ifade verinceye dek kimliklerinin gizli tutulması;
* Tanıkların verdikleri bilgilerle hukuki yeni bilgi kaynaklarına ulaşıldığında kimliklerin ebediyen saklanması;
* Pişmanlık yasasından yararlananlar örneğinde olduğu gibi tehlike içindeki tanığın farklı bir kimlik altında başka bir yörede yaşam kurabilmesi;
* Tanığın tanıklığında temsil değeri olduğunun kabulü;
* Tanığa yapılacak tehdidi sonuçsuz bırakmak üzere soruşturmanın en erken evresinde ifadesinin alınması;
* Bir olay hakkında bilgi edinme kaynaklarını çeşitlendirmek suretiyle bir veya iki tanığa yapılabilecek tehdidin etkisiz bırakılması;
* Tanığa kaybettiği zaman ve yaptığı harcamalar karşılığı ödenecek tazminat (CMUK md. 64) dışında motive edici nitelikte "özel tazminat" verilmesi.

TANIK İFADESİNDE ON UYARICI İŞARET

1. **Terleme:** Eğer yüz kızarması ve terleme gözüküyorsa bu görünüm, kızgınlığa, şaşkınlığa veya alışılmadık bir sinirliliğe işarettir. Terli ellerin anlamı aşırı heyecandır.

2. **Yüzde renk atması:** Ani bir renk değişimi (kızarma) kızgınlığı, utanmayı ve sıkılganlığı ortaya koyar; fakat, bu kesin bir suçluluk göstergesi değildir. Sararmış bir yüz, korku ve şoku gösterir; bu ise, herşeyden önce bir suçluluk işaretidir.
3. **Ağız kuruması:** Bu, aşırı bir sinirliliğe işarettir. Bu aynı zamanda güvenilir bir yalan sinyaline işarettir. Ağız kuruluğunun bir göstergesi ise yutkunma, susuzluk ve kuruyan dudakların dille ıslatılmasıdır. Çoğu insan yalan söylemeye başlamadan önce yutkunur.
4. **Nabız atışı:** Nabzın çok hızlı atmasının bir aldatma işareti olabileceği unutulmamalıdır. Bazen çok kuvvetli nabız atışı boyundaki atar damardan farkedilebilir.
5. **Nefes alıp verme:** Aldatma manevrası kişinin nefes alıp vermedeki kontrolsüzlüğü ile kendisini ele verir. Bununla birlikte ilk suç işleyenlerde gırtlakta sık sık ve hızlı inme çıkma gözükür.
6. **Göz kaçırma:** Göz kaçırma olayı yalnızca yalan söylemeye işaret olmayıp aynı zamanda utanma ve sıkılma işareti de olabilir.
7. **Ses değişimi:** Yalan söylemek isteyen kişilerde ses herhangi bir neden olmaksızın anlaşılır bir biçimde açıkça değişir ve sıkça gelip geçen kısık öksürükler oluşur; daha sonra ise, genellikle büyük bir korkuya bağlı olarak konuşmaktan çekindikleri görülebilir.

Doğru söylenen bir ifadede ise, akıcı, daha özgür ve zengin kelimelerden oluşan bir konuşma biçimi vardır. Ses kuvvetli ve tazedir; nefes alış - veriş normaldir.

Yalan ifadede ise, ses bir baskı altındadır. Sesin ton ve yüksekliği birbirine eşittir. Seste, renksizlik, matlık ve gayri tabiilik artmakta; sesin tonu yükselmektedir.

8. **Gülümseme:**

a) *Sinirli gülümseme:* Devam eden veya uygun olmayan gülme görüntüsü güvensizlik, yanılgı ve çaresizliğin belirtisidir. İfadesi alınan kişide duygusal durumunu korumak amacıyla anlatımda sıkça geriye dönüş eğilimi gözlenir.

b) *Alaylı gülümseme:* Bu gülümseme, sıkça, ses tonu ile birlikte deneyimli yalancının ikna kaabiliyetini ortaya koyar.

Bu tam ve yarı bilinçsiz reaksiyon, suçsuzluk duygusu ile yalan arasındaki bağlantıyı azaltan bir deneme olarak görülür. Yalancının kendi sözlerine yersiz yere gülmesine neden olur. Gülümseme ile birlikte ifadesi alınan kişi bir sinyal vermekte ve sözlerinin ciddiye alınması gerektiğini söylemektedir.

9. **Katılık-Donukluk:** Yalan ifadede kişideki katı, tepkisiz duruş veya sert bakışlar, duygusal durumunun dışında gözetlenmesini gizleyen gergin ve kendine özgü bir hakimiyeti gösterir. Kendine özgü bu kuvvetli, gerilimli konsantrasyon, bedeninde bu yalan hikâyeye uyumunu sağlar.
10. **Sahte jest ve mimikler.**

SUÇLUYU TEŞHİS

Adli yanılgıya neden olan konulardan biri de tanıklarca zanlıların belirlenmesi yöntemidir. Herkesin T.V"deki polisiye dizilerde tanık olduğu zanlının belirlenmesi için görgü tanıkları önünde kimlik belirleme geçidi ciddi kayıtlarla algılanmalıdır. Amacı, (en azından bir kişinin genellikle zanlı olduğu) bir grup insan arasında muhtemel suçluyu belirlemelidir.

Bu durumda kolluk görevlileri,tanıkları bilinçli olarak etkileyebilecek sayısız yollara başvurabilmektedir. Teşhis geçidini düzenleme için gerekli zaman ve düzenleme, tanıkların çoğunu, suçlunun bu geçitte yer alan kişiler arasında olduğunu otomatik olarak varsaymaya yöneltmektedir.

Bu teşhis yöntemi kolaylıkla hatalı bir yaklaşım olabilmekte ve tanıkları yersiz bir emin olma duygusuna itmektedir. Bu bağlamda ekseri tanıkların iyi, zeki ve işbirlikçi görünmeye istekli oldukları da göz ardı edilmemelidir. Bu iki faktörün birleşimi tanıkları ekseriya geçitteki birini teşhise fazlaca istekli yapmaktadır.

Kuşkusuz, teşhis sürecinde tanıkları etkilemek üzere telkine de başvurabilmektedir. Bunlar ekseriya birbirini tanıyan kolluk görevlileri olup, tanıyamadıkları birini otomatik olarak göstermektedir.

Hatalı teşhis yöntemlerinden biri de kolluktaki fotoğraflardan yapılanıdır. Nitekim, bir gasp zanlısı olarak bu şekilde saptanan kişilerin duruşma sırasında dinleyiciler arasında oturarak mağdurdan zanlıyı belirlemesi istendiğinde, "herkesi tek tek incelediği ve kendisini soyan kişinin bunlar arasında olmadığını" bildirmesinin bedeli ise zanlının üç ay tutuklu kalmasıdır[6].

ADLİ HATA VE BERAAT

Adli hatalar belirli ölçüde yalancı tanıklık (yanlış veya yalan beyan) sonucu belirmektedir. Kuşkusuz, Cumhuriyet Savcılarınca açılan kamu davalarındaki itham yüzdesinin son beş yıldır küçümsenmeyecek oranda olması (1992 yılı için %50) ile ceza mahkemelerindeki mahkeme türü itibariyle beraat yüzdelerinin yüksek bulunmasında (Devlet Güvenlik Mahkemelerinde %59; Ağır Ceza'da %37; Asliye Ceza'da %38 ve Sulh Ceza'da %16) yalancı tanıklığın payı küçümsenmeyecek ölçüdedir. Nitekim, Ankara Ağır Ceza Mahkemelerinde beraatle sonuçlanan 130 dosya üzerinde yapılan incelemede kanıt türü olarak tanık beyanlarının %22.9 olması ve beraata dayanak olan kanıtlardan %88.3'ünün de hazırlık evresinde bilinmesi tezimizi pekiştirmektedir[7].

(6) "Geciken adalete isyan" Hürriyet 2 (11.02.1994).

(7) Ankara Ağır Ceza Mahkemelerinde beraatle sonuçlanan 130 dosya üzerinde yapılan incelemede kanıt türü ve sayısı dağılımı evreler itibariyle aşağıdadır.

1.Kolluk evresi

	Evet	%	Hayır	%
Sanığın kimliği bilinmekte midir?	126	96.9	4	3.1
Tanık dinlenmiş midir?	91	72.8	34	27.2
Bilirkişi incelemesi yapılmış mıdır?	67	55.8	53	44.2
-Yapılmışsa kanıt elde edilmiş midir?	42	76.4	13	23.6
Olay yerinde inceleme yapılmış mıdır?	36	30.5	82	69.5
-Yapılmamışsa kanıt elde edilmiş midir?	40	71.4	16	28.6

Bu sonucu etkileyen unsurlar arasında maddi delil bakımından Kriminal Polis Lâboratuarları (balistik, grafoloji, sahtecilik, patlayıcı maddeler, kimya, mikro analiz ve biyolojik bölümleri) ile Adli Tıp'taki gelişmeler oldukça önemlidir.

Aynı duyarlılığın şahsi kanıt (tanık) bakımından gösterilmesi için, psikoloji bilincinin Hukuk Fakülteleri ile Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezinde sağlanmasına çaba gösterilmelidir. Bu bağlamda, yargılamada gerçeğin belirlenmesine ilişkin sorunlar ayrıntılı olarak gösterilmeli; tanığın gözlem, bellek ile hatırladıklarını tam olarak nakletmeye ilişkin bireysel kapasitesi açısından güvenirliğini test etmeye yararlı psikolojik bilgiler adaylara öğretilmelidir.

II. Savcılık Evresi

	Evet	%	Hayır	%
Ek soruş. için kol. talm. verilmiş midir?	111	85.4	19	14.6
Ek araştırma yapılmış mıdır?	111	84.7	20	15.3
Ek tanık dinlenmiş midir?	65	50.0	65	50.0
Bilirkişi incelemesi yapılmış mıdır?	77	58.8	54	41.2
Suç yerinde keşif veya inceleme yapılmış mıdır?	10	7.8	119	92.2
Soruşturma sonucu iddianame düzenlenmiş midir?	129	90.8	13	9.2
-İddianame dışında karar verilmişse itiraz edilmiş midir?	9	47.4	10	52.6
-İtiraz sonucu yeniden iddianame düzenlenmiş midir?	13	86.7	2	13.3

Kanıt Türü	Kanıt Sayısı	%
Tanık beyanları	51	15.9
Bilirkişi raporu	49	15.3
Taraf beyanları	117	36.4
Yazılı belge	34	10.6
Şekil tespit edici belge	63	19.6
Tabii belirti	7	2.2
Suni belirti	0	0.0

III. Yargılama evresi

	Evet	%	Hayır	%
Görevsizlik kararı verilmiş midir?	11	9.2	108	90.8
-Verilmişse, itiraz ve temyiz sonucu dava yetkili ve görevli mahkemece mi yürütüldü?	11	100.0	0	0.0
Olay yerinde keşif yapıldı mı?	2	1.7	113	98.3
Duruşmada yeni kanıt ort. çıkmış mıdır?	6	5.0	113	95.0
Yarg. sonunda beraat kar. verilmiş midir?	127	98.4	2	1.6
Beraat kararına esas olan kanıt hazırlıkta bilinmekte midir?	113	88.3	15	11.7

Kanıt Türü	Kanıt Sayısı	%
Tanık beyanları	73	22.9
Bilirkişi raporu	58	18.2
Taraf beyanları	118	37.0
Yazılı belge	20	6.3
Şekil tespit edici belge	45	14.1
Tabii belirti	4	1.3
Suni belirti	1	0.3

(İnceleme; Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimlerinden *A. Kahraman* ve *H.Mahmutoğulları* ile İstatistik Uzmanı *M. Kabalcı* tarafından yapılmıştır.)

TANIKLIĞIN SIHHATİNİ TEST FAKTÖRLERİ

Uygulamada mesleki deneyimle tanıklara özgü aşağıdaki faktörler saptanmıştır. Tanık beyanlarının gerçeği yansıtıp yansıtmadığını saptamak amacıyla bu faktörlerin hakimlerce irdelenmesi gerekmektedir[8].

1. Tanık anlatımı kendi içinde tutarlı mı? Diğer bir ifade ile, tanığın söyledikleri kendi içinde çelişkili mi?
2. Diğer tanık beyanları ile tutarlılık gösteriyor mu?[9] Tanıklar yüzleştirildi mi?
3. Belgesel delil, taraflarca kabul edilen gerçekler veya herkesce bilinen veya deneyimle sabit olan gerçeklerde olduğu gibi tartışma götürmeyen gerçeklerle tutarlı mı?
4. Tanığın fiziki (örneğin görme bozukluğu veya zayıflığı, renk körlüğü) veya akli sakatlığına (pataolojik amnesia) ilişkin bulgular ile dürüstlüğü hakkında yaygın kuşkular göz önüne alınarak tanığın "güvenirliği" değerlendirildi mi?[10]
5. Tanığın gerçeği veya doğruyu ifade edemeyeceğinin kanıtı fiziki bulgular ve gözleme yeteneğini etkileyecek karakteristikleri (mesafeyi, hacmi) algılama yeteneği var mı?
6. Tanık tarafından ifade edilen husus veya hususların olması veya olasılık dışı olup olmadığı belirlendi mi?

Tanıkların bilmeyerek bir insanın, birçok insanın mutsuzluğuna, hürriyetten yoksunluğuna sebebiyet vermemesi için yukarıda özet olarak verilen sorular değerlendirimeli; tanık yüzleri değişen fizyonomisi eski Çin deyişinde "bir resim binlerce kelimeye eşittir"i kanıtlar resimler olduğundan, önemli davalarda tanık beyanlarının video çekimi yapılarak hüküm öncesi izlenmesi çağdaş psikolojik bulgular karşısında bir gereklilik olarak belirmektedir.[11]

Tanıkların güvenirliğini değerlendirmede kuşku varsa "kuşku sanık lehine yorumlanır" dictumu egemen olmalıdır[12].

MAKÛL SÜRE

Dava işlem süresi, davaların gereksiz beklemeler nedeniyle süre kaybını göstermesi açısından önemli bir göstergedir.

---

(8) *J.Vennard,* Contested Trials'ın Magistrates' Courts. Home Office, London 1982 p.23.

(9) "Hakareti içeren sözlerin varlığı açısından olay tanıklarının anlatımları arasındaki çelişkilerin giderilmesi, giderilmediği takdirde hangi anlatımın üstün tutulduğunun açıklanarak hüküm kurulması gerekmektedir". (Yargıtay 4.CD.E:93/10018, K:94/127).

(10) Bkz. *F.Erem* a.g.e. ss. 316-317

(11) Bkz. *O. Akbal,* Tanıklık üzerine, Cumhuriyet (21.1.1974); H.Pulur. "Tanıklık" Deyip Öteye Geçmeyin. Milliyet 22.4.1976 s.5.

(12) Bkz. *J. Frank,* Courts on Trial. Atheneum New York, 1963; *A. Gide,* Cinayet Mahkemesi Anıları (çev. S. Selçuk) Ank., 1983; A. Alsancak. "Mahkemede Nasıl Davranacağımızı Bilmiyoruz." Tempo sayı 27, s.34.

DİS = Ç.S + N.S + B.S

↓

Kolluk → Savcılık→ Mahk. → Yargıtay

DİS : Dava İşlem Süresi Ç.S: Çalışma Süresi

N.S : Nakil Süresi B.S: Bekleme Süresi

Bu formüldeki her parametre için optimum bir süre sağlamak üzere usul'den ve uygulamadan kaynaklanan darboğazların giderilmesi; elektronik destek ve hizmetinin yaygınlaştırılması ve modern işletim yöntemlerinin elverdiğince benimsenmesi stratejik bir yaklaşım sağlayacaktır[13].

Ceza Mahkemelerindeki iş yükü ölçümü

Her mahkeme türüne göre gelen iş yükü için gerekli işlem sayısı ve süresi farklı olduğu kadar, aynı mahkeme türüne gelen işler arasında da bu türden farklılık bulunmaktadır. Şimdiye değin mahkeme iş yüküne değinildiğinde, tüm işlerin aynı miktarda işlem süresi gerektirdiği varsayımına dayalı olarak sayısal bir nitelendirme ile yetinilmekteydi. Diğer bir anlatımla, iş yükünün ağırlıklı ölçümlemesinden söz edilmemekte idi. Nitekim, Hakimler ve Savcılar Kurulu'nca her mahkeme türü için saptanan asgari ve azami iş yükü miktarlarının belirlenmesine ilişkin kararda da göreceli bir farklılık görülmekte ise de konuya sayısal açıdan yaklaşılmıştır.

Gerçekte ihtiyaç duyulan, mahkemelerde görülmekte olan farklı iş türlerini müşterek bir temele indirgemek; örneğin, meskenden yapılan bir hırsızlığın belli sayıda trafik işine eşdeğerde olduğunu belirlemektir.

Bu süreçte saptanan belli sayı ağırlık puanı olmaktadır. Örneğin cinsel suç için gerekli yargılama işlem süresi hırsızlığın dört katı ise, ağırlıklı puan dört olacak ve her iki suça bakan mahkemenin iş yükü 4+1=5 olacaktır. Ağırlıklı puanın bulunmasında her tip iş için mahkeme içi ve mahkeme dışında işlem için gerekli süre ölçümü yapılmalıdır.

Konuya pratik açıdan yaklaşılma gerekli işlem süresinin Ceza Kanununda yer alan suçların önem sırasına göre yapılan derecelendirilmesi ve ağırlık puanı verilmesi sonucu (1993 yılında yeni gelen sayısal iş yükü 121521 olmasına karşın) saptanan iş yükünün 5766925 olduğu görülmektedir.

---

(13) Council of Europe. Delays in the Criminal Justice System. Strasbourg 1992; Mahkemelerdeki verimin özellikle metropol adliyelerinde düşmesinin önemli nedenlerinden biri mahkemeye kapasite üstü iş gelmesidir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca benimsenen iş yükü standartının 300-1200 arasında olmasına karşın, aşağıdaki tabloda İstanbul Ceza Mahkemelerindeki iş yükünün (1993) Kurul standartından olumsuz sapması bu durumu çarpıcı bir şekilde belgelemektedir.

Mahkeme Türü	Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca Belirlenen İş Yükü	İstanbul Ceza Mahkemelerinde Mevcut İş Yükü	Fark
Ağır Ceza	300-350	496	+171
Asliye Ceza	700-800	3619	+2869
Sulh Ceza	1000-1200	3925	+2825

-Ağır ceza mahkemeleri arasındaki farklılıklar

Yargılama süresi açısından, ağır ceza merkezleri bakımından farklı süreler olduğu gibi aynı ağır ceza bölgesinde bulunan mahkemeler arasında da süreler açısından önemli farklılıklara tanık olunmaktadır. Nitekim, bazı ağır ceza merkezlerine ilişkin aşağıdaki tabloda yer alan ortalama yargılama süreleri bu durumu belgelemektedir.

Ağır Ceza Mahkemesinin Adı	M	D
Ankara 1.	220	-23
Ankara 3.	316	+73
Ankara 4.	141	-102
Ankara 8.	100	-143
Mersin 1.	356	+113
Mersin 2.	298	+55
Mardin 1.	346	+103
Rize	426	+183
Muş	415	+172
Siirt	705	+462
İzmir 1.	205	-38
İzmir 3.	161	-82
TÜRKİYE	243	0

M: Ortalama Yargılama Süresi (Gün)

D: Türkiye Ortalamasına Göre Fark (Gün)

Özellikle metropol adliyelerde bulunan aynı tür mahkemeler arasındaki farklı yargılama sürelerinin, mahkemelere gelen iş türü bakımından farlılıklardan ve nöbetçi mahkeme tarafından dava sayısı esasına göre yapılan tevziden kaynaklandığı, ilgili hakimlerce dile getirilmektedir.Her davanın yargılama süresinin eşit olmadığı açıktır, kimi davalar daha kısa sürede karara bağlanırken, kimi davalar içeriği ve sanık sayısından dolayı daha uzun sürede karara bağlanmaktadır. Mevcut tevzi sistemine göre, mahkemelere açılan davalar eşit olarak ilgili mahkemelere gönderilmesi sonucu, sayı bakımından eşitliğe ulaşılmasına rağmen gerçek bir eşitlik sağlanamamaktadır.

-Karar türleri ve yapay iş yükü[14]

Usul hatasından kaynaklanıp, sisteme giren ve görevsizlik, birleştirme, yetkisizlik, düşme ve ortadan kaldırma gibi kararlarla sonuçlanan davalar yapay davalardır. Bu tür davaların büyük oranda olması makul süreyi olumsuz yönde etkilemektedir.

Yapay dava oranı, toplam yapay dava sayısının yıl içinde çıkan dava sayısına oranlanmasıyla bulunur. Bu formüle edilirse,

$$P = \frac{\text{Yapay Dava Sayısı}}{\text{Çıkan Dava Sayısı}}$$

Gereksiz yere sisteme girerek yargılama hızını yavaşlatan yapay davaların etkisini

(14) Bk. *M. Kabalcı,* "Ceza Adaletinde Verimlilik" Verimlilik Dergisi 1992/4 ss. 8-13; Yargıda Verimsizlik İçin bk. TÜGİAD. III ADALET (Ekim 1993) İst. , ss.53-60.

belgeleyen şu bulgular oldukça ilginçtir (1992 yılı verileri):

Mahkeme Türü	Geçen Yıldan Kalan (x)	Yıl İçinde Gelen (y)	Karara Bağlanan Dava (z)	Verimlilik Oranı (v)
D.G.M	1468	3951	2981	0.55
Ağır Ceza	20330	31446	31465	0.61
Asliye Ceza	282445	360519	360909	0.56
Sulh Ceza	141361	343027	353839	0.73

$$V = \frac{\text{Sistem çıktısı}}{\text{Sistem girdisi}} = \frac{z}{x+y}$$

Mahkeme türleri itibariyle verimlilik oranı oldukça düşük bir düzeydedir. Özellikle, D.G.M. ve Asliye Ceza Mahkemeleri yarı kapasite ile çalışmaktadır. Kapasite düşüklüğüne neden olan, yapay dava olarak nitelendirdiğimiz davaların dağılımı ise şöyledir:

Mahkeme Türü	Yapay Dava Sayısı	Karara Bağlanan Dava	Yapay Dava Oranı
D.G.M	916	3951	0.31
Ağır Ceza	4837	31446	0.15
Asliye Ceza	90888	360519	0.25
Sulh Ceza	121574	343027	0.34

Görüldüğü gibi yapay dava oranı oldukça yüksektir.

TALİKLER[15]

Taliklerin işlevsel amaçlı olmasını sağlamak üzere, tensipte yer alan iş ve olayların daha gerçekçi bir takvimi yapılarak taraflara hazırlık için gerekli süre sağlanmalı; bu konuda ödünsüz bir uygulama kurularak yalnızca esaslı bir nedenin bulunması halinde talik yapılabileceği bilinci yerleştirilmeli ve bu suretle bir davadaki talik sayısı azaltılmalıdır.

Talikler bağlamında yapay celselerin etkisini saptamak üzere, Ankara Adliyesi Asliye Ceza Mahkemelerinde örnekleme tekniği kullanılarak seçilen 1000 dosyaya ilişkin aşağıdaki bulgular oldukça ilginçtir:

* Karar türüne göre dava, sanık ve celse sayısı dağılımı aşağıdaki tabloda yer

(15) *M.T.Yücel,* "Ceza Davalarında Talik Nedenleri" 2 Adalet Bülteni Sayı:3, Ocak 1994 ss.45-48.

almaktadır.

Karar Türü	Dosya Sayısı	%	Sanık Sayısı	%	Celse Sayısı	%
Mahkûmiyet	464	46.5	560	45.8	1102	49.8
Beraat	297	29.8	395	32.3	576	26.0
Diğer	237	23.7	267	21.8	537	24.2
Toplam	998	100	1.222	100.0	2.215	100.0

Dava başına sanık sayısı : 1.2
Ortalama celse sayısı (genel) : 2.2
Mahkûmiyet : 2.4
Beraat : 1.9
Diğer : 2.3

Yukarıdaki tabloda görüleceği üzere, inclenen dosyaların 464'ünde mahkûmiyet (%46.5), 297'sinde beraat (%29.8) ve 237'sinde diğer (%23.7) kararlar verildiği;

Araştırma kapsamındaki 998 davaya ilişkin sanık sayısı 1222 olup, bunların 560'ı mahkûmiyet (%45.8), 395'i beraat (%32.3) ve 267'si diğer (%21.8) kararlar olduğu ve toplam 998 dava 2215 celsede sonuçlandırılırken bir dava için ortalama celse sayısı 2.2 olarak gerçekleşmiştir.Ancak, ortalama celse sayısı mahkûmiyetle sonuçlanan davalarda 2.4, beraatle sonuçlanan davalarda 1.9 ve diğer davalarda 2.3 olarak gerçekleştiği ve iki celse arasındaki ortalama sürenin 39 günü bulduğudur.

* İlk celse ile son celse arasındaki geçen süre dağılımı ise aşağıdadır:

Karar Türü	0-1 Ay	%	1-3 Ay	%	3-6 Ay	%	6-12 Ay	%	12 Üstü	%	Ort. Süre-G
Mahkûmiyet	200	43.0	114	54.3	82	41.4	54	54.0	14	56.0	90
Beraat	163	35.1	50	23.8	56	28.3	23	23.0	5	20.0	72
Diğer	102	21.9	46	21.9	60	30.3	23	23.0	6	24.4	90
Toplam	465	100	210	100	198	100	100	100	25	100	
Birikimli Süre											
Mahkûmiyet	200	43.1	314	67.7	396	85.3	450	97.0	464	100	
Beraat	163	54.9	213	71.7	269	90.6	292	98.3	297	100	
Diğer	102	43.0	148	62.4	208	87.8	231	97.5	237	100	
Genel	465	46.6	675	67.6	873	87.5	973	97.5	998	100	

Bu tabloda ilk celse ile son celse arasında geçen ortalama süre 85 gün olup, bu süre mahkûmiyet ve diğer kararlarda 90 güne yükselirken, beraat kararlarında 72 güne inmektedir. Suç türüne göre ise süre bakımından en uzun olanı 108 gün ile dolandırıcılık, 102 gün ile müessir fiil ve 97 gün ile Kaçakçılık Kanununa ait suçlar izlemektedir.

Araştırma kapsamındaki 998 davanın 465 tanesi (%46.6) bir ay ve daha kısa sürede karara bağlanırken, 873'ü (%87.5) altı aydan daha kısa sürede sonuçlandırılmıştır. Bir aydan daha kısa sürede karara bağlanan dava oranı mahkûmiyet, beraat ve diğer kararlarda sırasıyla %43.1, %54.9 ve %43.0 olarak ortaya çıkmıştır. Bir yıldan daha fazla süren dava sayısı, mahkûmiyet kararlarında 14 (%3), beraat kararlarında 5 (%1.7) ve diğer kararlarda 6 (%2.5) olmak üzere toplam 25 (%2.5) olmuştur.

* Celse sayısı ile yargılamanın uzunluğu arasındaki bağıntı karşısında yapay celselerin yarattığı durumu saptamak açısından aşağıdaki tablo ilginç görülmüştür.

Celse Sayısı	Dava Sayısı	%	Birikimli %
1	400	40.1	40.1
2	276	27.7	67.7
3	160	16.0	83.8
4	81	8.1	91.9
5	48	4.8	96.7
6	19	1.9	98.6
7	14	1.4	100.0

Ortalama Celse Sayısı : 2.2

Bu tabloda, araştırma kapsamında incelenen davaların en fazla yedi celsede karara bağlandığı, bunlardan 400'ünün bir celsede (%40.1) sonuçlandırılırken, üç celse ve daha az sürede sonuçlanan dava sayısının 836 (%83.8), yedi celse süren dava sayısının ise yalnızca 14 (%1.4) olduğu görülmektedir.

* Talik nedenlerine göre dosya sayılarının oransal dağılımı ise şöyledir:

Talik Nedeni	Sayısı	%
Tarafların Gelmemesi	720	36.1
Diğer Mahkemelerden Talimat Cevabının Gelmemesi	70	3.5
Nüfus Kaydının Gelmemesi	128	6.4
Sabıka Kaydının Gelmemesi	75	3.8
Bilirkişi Raporunun Gelmemesi	133	6.7
Yazı Cevaplarının Gelmemesi	504	25.3
Keşif Yapılamaması	45	2.3
Tebligat Yapılamaması	14	0.7
Diğer Davaların Sonucunun Beklenmesi	8	0.4
Dosyanın Tetkike Alınması	53	2.7
Taraf Değişikliği	1	0.1
Sanığın Bulunamaması	180	9.0
Diğer Nedenler	64	3.2
Toplam	1995	100.0

SONUÇ

Suç kontrol modeli, hızlı tepki ve kesin çözümlemeyi gerektirmektedir. Adliye dışı süreçleri ya da çözümleri formal olanlara yeğlenmeli; kabarık sayılı iş türleri bakımından

(idari para cezası, ön ödeme ve ceza kararnamesi gibi) hızlı yargılama / çözümleme biçimleri egemen olmalı; davaların makul sürede sonuçlandırılması ve yargılama diyalektiğinin tesisi ana ilke olarak benimsenmeli; bu bağlamda adli hataları önlemek üzere olgu süpheciliği kuramının gerektirdiği tedbirler alınmalı; yönetim modeli açısından da etkin işlev görecek işletme modelinin yoğunlaştığı idari model seçilmelidir. (16)

Zusammenfassung

Im Ablauf des Gerichtsverfahrens ist die Bewertung der Tatsachen von größter Wichtigkeit. Wie bei jeder sozialen Tätigkeit jedoch, wird auch der Prozess geleitet von Menschen mit ihren Schwächen und Fehlern, so daß auch bei dieser Bewertung die Behauptung objektiv zu sein, nicht richtig sein wird. In diesem Zusammenhang ist die von *J.Frank* aufgestellte Formel GE= N x T (GE: Gerichtsentscheidung, N: Norm, T: Tatsache) sehr bedeutsam. Demnach wird eine falsche oder fehlerhafte Bewertung der Tatsachen zu einem fehlerhaften Gerichtsurteil führen.

Das Wissen über die Tatsachen wird der Richter -ausgenommen die materiellen Beweismittel- lediglich durch Zeugenaussagen erlangen. Bei psychologischen Forschungen jedoch wurde festgestellt, daß nur die Hälfte der Zeugenaussagen "richtig", der Rest aber "unrichtig" ist.

Bei einer Analyse 1100 Akten von Wiederaufnahmeverfahren in Deutschland stellte sich heraus, daß bei 50 Verurteilungen wegen schweren Straftaten die Zeugen in der ersten Verhandlung falsche Aussagen gegen den Angeklagten abgegeben haben. Deshalb ist es notwendig, daß die Zeugen von seiten der Gerichte seriösen Tests unterzogen und die abgegebenen Zeugenausssagen von Gerichtspsychologen überprüft werden. Andererseits sollte den Zeugen von Wirtschaftsdelikten und terroristischen Straftaten ein besonderer Schutz gewährt und diese Personen sollten finanziell motiviert werden.

Zweifellos ist die Erledigung des Verfahrens in angemessener Zeit eine der Maximen des Rechtsstaates, weshalb künstliche Arbeitsgänge und Bürokratismus zu beseitigen sind. In diesem Zusammenhang sollte die Formel PED= AZ + BZ + WZ (PED: Prozeßerledigungsdauer, AZ: Arbeitszeit, BZ: Beförderungszeit, WZ: Wartezeit) als grundlegende Referenz angenommen werden.

Damit die Möglichkeit der Vertagung der Verhandlungen funktionsgerecht gebraucht und die Dauer der Prozeßerledigung verkürzt wird, gilt es realisierbare Termine für die anstehenden Arbeiten festzusetzen und den Parteien genug Zeit für ihre Vorbereitungen einzuräumen; es muß eine Praxis eingeführt werden, die keine Zugeständnisse erlaubt und es muß den Parteien bewußt gemacht werden, daß die Verhandlung nur beim Vorliegen von gewichtigen Gründen vertagt werden kann. Auf diese Weise laäßt sich eine Verminderung der Vertagungen eines Verfahrens erreichen. Zu diesem Thema wurden die Ergebnisse aus 1100 Akten - ausgewählt nach der Probetechnik- von den Strafgerichten am Justizpräsidium Ankara dargelegt. (Übersetzt von F.U.)

(16) Bk. İstanbul Üniversitesi. Ceza Adalet Reformu İlkeleri Sempozyumu (24-26 Şubat 1972) Raporlar ve Tartışmalar, İst., 1972; *H.Packer,* The Limits of the Criminal Sanction, Stanford Calif. : Stanford University Press, 1968, p.159.

Abstract

It is extremely important that the system of justice, as long as it exists, should be the subject of research. However for reasons of social pressure, human weakness and the failings of the people concerned such research can never be truly objective. In this connection the formula of J.Frank, J= N x P (Judgements= Norms x Perceptions) is extremely meaningful. Thus, in the case of wrong or wrongly expressed perceptions there will be a wrong judgement.

With the exception of material evidence a judge can only recieve evidence form the statements of witnesses. However the question of which witnesses speak "the truth" and which do not, is one of psychological determination.

In Germany following the review of 1100 judgements, it was found that in 50 cases of serious crime, witnesses in the first hearing had been telling lies. Because of this it was decided to subject witnesses to serious testing, for this task it would be necessary to appoint judicial psychologists to check the ability of witnesses to tell the truth. On the other hand, witnesses in cases involving fiscal crimes or terrorism should be assured protection or given financial encouragement to tell the truth.

Without doubt throughout the process of justice a state, seeking to uphold the rule of law, must be prepared to take all steps necessary to ensure the true course of justice. In this connection the following formula should be a basic referance. CL = PT + TT + WT (Case length = Preparation Time + Transmission Time + Waiting Time)

In order to shorten to cases it would be important to provide the litigants with a time period within which they must complete their necessary preparations; in this respect continuations or postponements of the case should only be permitted when absolutely necessary, in this way the case time would be reduced. On this subject, the 1000 cases selected as technical examples by the Criminal in Ankara were found to contain striking examples of the need for reform. (Transleted by J.B.)

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim, sayın Dr.Mustafa *Yücel* Beye, uygulamadan elde ettiği bilgiyi de bize aktarmak suretiyle verdiği bu güzel tebliğ için teşekkür ederiz. Ve bize ceza yargılama gerçeğini, yargılama süreci ve bunu belirtirken olgu çarpı norm eşittir hüküm olarak formüle ettiler. Ancak olgular hakimin algıladıklarıdır, şeklinde belirterek bunun sübjektif değerlendirmeye dayandığını kendi gözlemleriyle açıkladılar.

Efendim şimdi her iki konuşmacıya sorulacak sorular lütfen.

Feridun Yenisey - Öncelikle Yasemin Hanım için bir kaç saptamam var. Şimdi dediniz ki, tek çocuk daha çok kontrol altında kalıyor ve az suç işliyor. Acaba serbest olan çocuklar daha mı çok suç işliyorlar? Brezilya örneğini vermek istiyorum. Brezilya'da bugün çocuk avına çıkıyor polis. Sebebi de şu: Suç işlemeyi öğrenen çocuklar ve uyuşturucu madde çeteleri tarafından kurye olarak kullanılan çocuklar sokaklarda büyük avına çıkıyorlar. Ve polis de bunları sanki bir kuduz köpek avlarmışcasına yok ederek mücadele edebiliyor. Yani bugün çocuk suçluluğu olgusuna iki bakış açısıyla yaklaşmak gerekiyor. Bunlardan biri, isabetle ortaya koyduğunuz gibi klasik çocuk suçluluğu. Fakat günümüz çocuk suçluluğunun sebebi nedir acaba? Çocuklar kendi aralarında çeteler kuruyorlar ve birbirlerini öldürüyorlar. Çete olgusu refahla bağlantılı bir olgu. Fakat buna bağlı çağdaş bir olgu, gene medya olgusu. Çocuklar suçu öğreniyor. Bazen televizyondan gördüğü bir filmden etkilenerek aynı yöntemle suç işliyor. Yaygın bir biçimde; bir tane, iki tane değil. Medyanın şiddeti öğreten bir rolü var, çocuk suçluluğu üzerinde. Ve nihayet örgütlü suç olgusunu gözönünde tutmamız lazım. Bugün Türkiye, Çocuk Hakları Sözleşmesini Millet Meclisine sevkedip de kanun haline getiremiyor. Niçin olduğunu ben şöyle biliyorum. Eğer bu sözleşme Türkiye'de yürürlüğe girerse, çocukların D.G.M.'de mi yargılanması sözkonusu olacak, yoksa diğer mahkemelere mi gidecekler? Sorun nereden çıkıyor? Örgüt işlerinde küçük çocuklar kullanılıyor.Yani 18 yaşından küçük insanlar suç işliyorlar. Demek ki örgütlü suç da çocuk suçluluğu bakımından çok büyük bir etken. Buna bakmak lazım. Acaba çocuk suçluluğunun faydalı yönü yok mu? Yani her suçun toplumun normal ürünü olduğunu görüyoruz. Bunun da basit oranda kaldığı ölçüde farklı yönleri var. Fakat Türkiye'deki çocuk suçluluğuna baktığımızda çocuk mahkemelerinde hep ağır suçların yargılandığını görüyoruz ve bu yüzden de çocuk mahkemelerindeki süreler de çok uzun. Tutuklama oranı çok fazla. Yani Türkiye'de işlenen çocuk suçluluğunda bir *anne öldürme* olgusu var. Namusu temizlemek için çocuk görevlendiriliyor ve çocuk annesini öldürüyor, bazı alt kültürlerin etkisiyle.

Sayın *Mustafa Tören Yücel*'in de tebliği gerçekten çok ilginç ve bu teblig benim de, belirttiğim gibi, Almanya'da Max Planck Enstitüsünün maddi katkılarıyla ve Marmara Üniversitesinin Araştırma Fonundan desteklenen bir projeyle 1987 yılından bu yana yürüttüğüm bir çalışma. Ancak bugün, 30 Kasım'da bir değerlendirme toplantısı aşamasına getirebildik. Çeşitli kesintiler oldu projemizde, fakat neticeye varmak üzereyiz. İstanbul ve Ankara Adliyelerinden alınan 1105 dosyayı değerlendirdik ve sizin yaptığınızdan biraz daha ayrıntıya indik. Her muhakeme hukuku işlemi arasındaki süreleri tesbit ettik. Yani polisin suçu ilk öğrendiği andan itibaren yaptığı ilk işlemleri belirledik. Fezlekesini hazırladığı tarihi belirledik. Fezlekenin savcılık kalemine verildiği tarih, iddianamenin düzenlendiği tarih, iddianamenin mahkeme kalemine geçişi ve temyiz aşaması. Her biri tek tek incelendi. Bu uzun çalışmanın sonunda sizin vardığınız sonuca biz de vardık. Gerçekten, Türkiye'de ceza adaleti çalışıyor. Sizin verdiğiniz rakamlardan biraz değişiğini bulduk. İstanbul Adliyesinde görülen davalarda 200 ile 300

gün arasında davaların çoğu bitiyor. Büyük bir çoğunluğu bir celsede bitiyor. Beraat kararı konusunda verdiğiniz rakam Türkiye açısından % 14, dediniz. Oysa ki biz İstanbul açısından % 27 bulduk. Bu rakam bizi üzdü. Çünkü mahkûmiyet kararının % 90 olmadığı hallerde kamu davasının açılmaması gerekir. Öyle bir kamu davası açacak ki savcı, neticede %90'a yakın bir mahkûmiyet kararı çıksın. Bu da şunu ortaya koyuyor: hazırlık soruşturması iyi yapılamıyor. Umarız ki bundan sonraki yıllarda mahkûmiyet karar oranı daha yüksek olur. Teşekkür ederim.

Ahmet Öncel - Sayın *Işıktaç* Hocama ben de bir belirlemede bulunmak istiyorum. Hocam suça etki eden faktörleri saydı fakat suçları herhangi bir tasnife tâbi tutmadı. Bence burada önemli bir hata yapılıyor. Çünkü, çocuk suçluluğu acaba yüzde kaçı kişilere yönelik, yüzde kaçı mala yönelik veya devlete yönelik olarak işleniyor? Eğer bunu tesbit ettiyse açıklamasında fayda var bana göre.

Çiğdem Ülger - Sorumu sayın *Yücel*'e yönelteceğim. Yalnız, burada hukuk devleti ve temel hak ve özgürlükler açısından bir endişemi belirterek bir soru yönelteceğim. Hocam *İbrahim Özden Kaboğlu*'nun "Özgürlükler Hukuku" kitabına bir gönderme yaparak bir soru soracağım. Şimdi bilgisayar ve enformatikte kaydedilen, burada şunu belirteyim önce, davalarda yargılamanın hızlanması için teknoloji yani bilgisayar kullanılıyor ve böylece yargılama da hızlandırılıyor. Bilgisayar ve enformatikte kaydedilen bu başdöndürücü gelişmeler kişisel nitelikli verilere dayanan bir fişlemenin oluşturulması ve bunun iletim olasılığının özel yaşam özgürlüğü açısından doğurduğu tehlikeye dikkat çekmek gerekiyor. Enformatikten kaynaklanan ve kişisel nitelikli verilerin otomasyonundan ileri gelen tehlikelere karşı özel yaşamın korunması da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 8'e giriyor ve burada sosyal güvenlikten adli işlemlere kadar uzanan değişik kurum ve sektörlerde, kişilerin özel yaşamına ilişkin bilgilerin bilgisayara yüklenmesi ve bunun duruma göre merkezlerde toplanması ve kişilerin aleyhine kullanılması ya da yayılması sözkonusu olabilir ve böyle bir risk kişilerin mesleki ve özel yaşamlarını ciddi bir biçimde zedeleyebilir. Bilişimin özel yaşamı ve genel olarak insan haklarını ihlâl etmesini önlemeye yönelik olarak neler yapılmaktadır?

Sami Selçuk - Her iki konuşmacıya ben de teşekkür ediyorum. Bir kıyaslama yapıldı, çok güzel. Zaten Sayın *Tören Yücel*, sınıf arkadaşım, hep çözümlemelerle uğraşıyor, ışık tutuyor. Yıllardır bunu yapıyor. Bu zorunlu. Şimdi ona üniversite eklendi. Bu da güzel; ortak bir çalışmayı yürütecekler. Yalnız, yargılamanın uzadığı konusu bütün dünyada bir sorun halinde, yakınma konusudur. Ben, acaba nitelik açısından konuya yaklaşmak gerekmez mi diye düşünüyorum. Biraz önce önemli bir noktaya değindi sevgili *Tören Yücel*; dedi ki, mekanik yargıç olayını reddedelim. Şimdi, bizde uzayan nedir? Bir de ona bakalım. Yargılamanın temel ilkeleri uygulanıyor mu bir de ona bakalım. O açıdan konuya eğilinmedi. Ben yıllardır bir şey söylüyorum, Türkiye'de uzayan duruşmadır; Türkiye'de uzatmalı duruşma yaşıyoruz biz. Duruşmanın adı da zaten yanlış; dünyanın her tarafında kesintisizdir; bir günde biter, iki günde biter. Siz, her şeyi duruşma aşamasına aktarırsanız, onun adı zaten duruşma olmaz. Görünüşte bir duruşmadır o. Ve siz aldanırsınız. Duruşmanın olmazsa olmaz ilkeleri vardır, en önemlisi doğrudanlıktır; yüzdelik... Bunu gerçekleştirebiliyor musunuz? O zaman duruşma olur o. Dosya incelemeksizin Türk yargıcı duruşmaya çıkmaz kuralı vardır. Bu kuralı kim icat etti bilmiyorum. Ama fiilen işler bu. Oysa yargıç önyargı oluşmasın diye çoğu ülkelerde, Fransız Ceza Usulünün 243. maddesidir, iddianamenin dışında hiç bir belgeyi okuyamaz

Batıda. Çünkü 254. madde açıktır, yargıç duruşmadan edindiği izlenime göre kanıtları takdir edecektir. Konu budur. Bizdeki yargılama batıdaki kadar uzuyor demek başka şeydir. Evet öyle oluyor, Batıdaki kadar uzuyor. Ama nitelik açısından aynı yargılamayı, ceza yargılamasının ve hukuk yargılamasının temel ilkeleri doğrultusunda yürütüyor muyuz? İşte onu söylemek başka şeydir. Ağır Ceza Mahkemesinde dava açıldığı zaman yapılan şey şudur. Çoğu zaman, tanıklar başka yerdedir. Talimat yazılır, başkası dinler. Bu son derece istisnai bir olaydır batıda, çünkü doğrudanlık ilkesine aykırıdır. Eğer uzakta ise, yargılamaya katılan bir yargıcı göndermek zorundasınız. Dünyanın hiç bir tarafında duruşma yapan yargıcı değiştiremezsiniz, mümkün değil bu. Bir tane örnek veremezsiniz. Diyeceksiniz ki nerede yapılıyor bu? Zaire'de de yapılıyor. Onu da söyliyeyim. Yani yanlış bir sistemi, birbiriyle kıyaslamada asıl cevap verilmesi gereken bu noktaya dikkatleri çekiyorum. Sevgili *Tören Yücel*'in bu konuda ne düşündüğünü bilmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim, cevaplar mümkün olduğu kadar kısa bir şekilde... Çok kısa olmak kaydıyla bir soru var...

Ali Şahin - Avukatım, Sayın *Yücel* hocam, önemli olan terör suçlarıdır, diğerleri önemsizdir, dedi, Ben bu görüşe katılamıyorum. Çünkü küçük suçlar da büyük suçların yavrusudur. Onların nedenlerini arayıp önlemezsen, onlar da büyüyüp büyük suç olacaklardır. Terör suçlarının da nedeni vardır. Hukuk işlemez, demokrasi işlemezse o düzende tabii terör ortaya çıkacaktır. Ceza vermekle suç ortadan kalkmaz, nedenlerini ortadan kaldırmak gerekir. Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu - Efendim konuşma sırasına göre önce Yasemin Hanım soruları cevaplandıracak, lütfen kısa olmak şartıyla.

Yasemin Işıktaç - Oldukça ilginç sorular aldım, yalnız süreyle kısıtlı olduğu için elimden geldiğince cevaplandırmaya çalışacağım. Sayın *Yenisey* çok önemli bir noktaya işaret etti, bu da günümüzde çocuk suçluluğunun almış olduğu şeklin farklılığı. Birincisi çocuğun suç aleti olarak kullanılması. Burada da çocuğun mağdurluğu belki bir ölçüde daha artıyor. Demin, yakın çevreden başlamak üzere çocuk üzerindeki sosyal faktörlerin çocuk suçluluğuna etkisini belirtirken tam da bu noktayı söylemeye çalışmıştım. Bu tür gereksinimleri karşılanmayan çocuklar bir açıdan suçluluğa itiliyor; diğer taraftan da bu tür çocuklar kullanılıyor. Bu kullanıma ülkemiz açısından çok ilginç bir örnek kan davaları olayıdır veya adam yaralama ya da müessir fiil uygulama ya da mala karşı suçlarda çocuk kullanma biçiminde ortaya çıkıyor. Çocuk oluşu dolayısıyla daha az ceza alacağı düşüncesiyle hareket ediliyor; iki kere kullanılmış oluyor; bir, yakınlarına yardım ettiği düşüncesiyle ikincisi de suçlu konumuna sokulduğu için. Ama suçun tehlikesini kaldırıyor mu çocuk tarafından işlenmesi? Bunun tabii ki ayrıca üstünde durmak lâzım. Örgütlü suçlarda çocukların kullanılması meselesi de oldukça önemli. Gerek terör suçlarında olsun, gerekse grup halinde işlenen suçlarda olsun, çocuğun araç olması açısından, çocukların kullanılması sözkonusudur. Bir başka şeyi de gözardı etmemek lâzım. O da özellikle batıda *genç yetişkinler* başlığı altında sunulan bir yeni tip suç kategorisi. Meselâ 18 yaşını doldurmuş ama 21 yaşına gelmemiş ama çok genç, o yaşta ona verilecek bir cezanın ilerde onun profesyonel bir suçlu olarak toplumu daha fazla uğraştırdığını düşünerek ortaya çıkan bir suç kategorisi; bu insanların yeniden topluma kazandırılmasına ilişkin bir suç kategorisi oluşturulmaya çalışılıyor ama demek ki

çocukların suçta alet olarak kullanılmasının yaratacağı sakıncaları da daima gözönünde tutmamız lâzım. Hocamın ikinci bir sorusu, Türkiye'de refahla bağlantılı olarak çocuk çetelerinin ortaya çıktığını söylüyor. Bu belirli bir dini kisve altında olabileceği gibi belirli bir ideoloji altında da olabiliyor, sadece bu yönü yok tabii ki; refahla bağlantılı olarak çıkabildiği gibi, kimi zaman da tiner içen çocuklar gibi ya da bally kullanan alt gelir grubundan olan çocukların da Türkiye'de çete biçiminde örgütlenip toplu suçlar işlediklerini görüyoruz. Ama tabii ki bunlar anketlere çok fazla yansımış değil. Saptanması lâzım, zaten ben önemine işaret etmek için söylüyorum bunları. Bir de hocam, tek çocukla suç bağlantısına ilişkin söylediğim şeylere bir ölçüde itiraz etttiler. Ben, Türkiye'deki tek çocuklu aile sayısının az olduğunu söylemek istedim. Zaten yapılmış olan araştırma da oldukça dar bir alanı içeriyor, acaba bütün Türkiye için bir örnek oluşturabilecek mi? Diğer taraftan, Brezilya'daki sokak çocuklarıyla ilgili olarak konuşuldu. Bunlar suça alet olarak kullanılma olgusunun birer göstergesi. Toplumsal düzeni de bozuyor; artık onları çocuk gibi değil, saatli bomba gibi algılıyorlar. Yalnız gene de hemen hemen aynı fikirdeyim, Türkiye'de çünkü tek çocuk sahibi olan aileler büyük oranda üst gelir seviyesinde olan insanların çocukları. Bunlarda suçluluk oranının düşük olacağı kanısındayım, gene. Ailenin yapısının çocuğu onaylar biçimde olması belki de suçluluğu engelleyecektir. Bir de medyanın çocuk suçluluğuna etkisi, bu ayrı bir konu bence. Sadece çocuk suçlarına değil; kişi hak ve özgürlüklerine medyanın etkisi, özellikle hukuk devleti açısından da son derece rahatsız eden bir şey. Maalesef basın hak ve özgürlükleri, kişi hak ve özgürlüklerinin üstüne çıkmıştır. Bu, çocuk suçluluğu açısından da böyledir. Özellikle İtalya'daki temiz eller operasyonuna benzetilerek de isimlendirilen Türkiye'deki gelişmeler de gözönüne alındığında, medyanın hem savcı hem hakim olarak çoktan hükümler verdiğini ve delilleri de bir ölçüde kararttığını, hakimleri etkilediğini, yönlendirdiğini burada söylemek istiyorum. Bu belki ayrı bir tebliğ konusu olabilir, çünkü çok detaylı ve oldukça ilginç bir konu. Türkiye'de basın özgürlüğü maalesef kişi hak ve özgürlüklerinin üzerinde olarak algılanıyor. Bu, bir hukuk devleti bireyi olarak beni müthiş derecede rahatsız etmektedir. Kişi hak ve özgürlüklerinin üzerinde herhangi başka bir hak tanimak istemiyorum. Suçların tasnifine ilişkin diğer bir arkadaşımın sorduğu soru vardı. Suç tipleri açısından mala karşı işlenen suçlar %34.6, yani en fazla demek ki hırsızlık biçiminde ortaya çıkıyor; cinsel suçlar %26.7, diğer suçlar %23.7, adam öldürme %15.1 biçiminde sıralanmaktadır.Bir başka soru da boş zamanların suça olan etkisi. Bu da gene çalışmayı bir ölçüde aşan bir şey, çünkü demin saymış olduğumuz sosyolojik olarak karşılanması gereken ihtiyaçların olmadığını, o çocuk üstünde yeterince ilginin olmadığını gösteriyor, böyle bir boş zaman kullanımı. Belki burda kendi oğlumun da çok meraklı olduğu atarileri ve oyun salonlarını da söyleyebilirim. Bu tür salonlar acaba suç odakları için birer şey olabilir mi?... Çok da fazla olumsuz bakmamak lâzım. O işletmenin işletmecilik ilkelerine uyması esas olan, yoksa çocukların orada gidip de, yalnız tabii aile saatlerce habersiz oluyorsa tehlike yaratabilir. Onun dışında kalan boş zamanlarını değerlendirmesi zaten okul çocuğu olmak durumunda normal, eğer aile ilgileniyorsa da bu yaşlarda ya da bir büyüğünün gözetimi altında olması lâzım. Boş bırakıyorsa artık burada çocuğu değil de birazcık aileyi hesaba katmak lâzım. Hepsinden öte şunu söylemek istiyorum: Çocuk suçluluğunun ortaya çıkışında ailenin etkisi son derece yoğun. O nedenle anne babanın eğitimi, çocuk sahibi olmak isteyen insanların eğitiminden olaya başlamak lâzım. Teşekkür ediyorum efendim.

Yılmaz Aliefendioğlu - Evet teşekkür ederiz, Yasemin Hanım. Mustafa Bey buyrun.

Mustafa Tören Yücel - Sayın başkan teşekkürler. Her şeyden evvel minnetimi tazelemek istiyorum. Sayın profesör *Hubert Rottleuthner*, *Ernst Hirsch*'den bahsetti. *Hirsch* deyince de *Mevlâna*'yı hatırlamamak elde değil. *Mevlâna*'nın güzel bir sözü var "Ne kadar bilirsen bil, senin bildiğin karşıdakinin anlayabildiği kadardır". Demek ki kusur bizde, biz anlatamadık. *Hirsch*'in ticaret hukukunda "çekte protesto"yu hiç unutamadım. Bir kere geldi, rüzgâr gibi Ankara'dan geçerken bize o dersi *(Sami Selçuk* hatırlar) verdi. O kadar temiz bir Türkçe ve anlatım gücüyle verdi ki unutmak ne mümkün? *Rottleuthner*'in yaklaşımı gibi, ben şüpheci bir adamım. Verilerin kurulması olayında şüpheciyim; gerçeğin araştırılmasında şüpheciyim. Yani bir kadı uyansa gelse, Türk mahkemelerine baksa fazla yabancılık çekmeyecek, onu anlatmaya çalışıyorum. Psikiatri ve psikolojinin adalet pratiğindeki katkısı çok önemli bir olay. Hiç bir zaman küçük suçları küçümsemiyorum. Özel bir araştırma ve monografik bir çalışmam var. Ama ben şunu diyorum. Bir yargılama olayında da, D.G.M'ne ilişkin olarak 1978 yılında dedim ki, ayrı bir DGM kurulmasına da gereksinme yok. Siz davalara toplum menfaati açısından ağırlık puanı vererek değerlendirdiğinizde, en yüksek puan alan davalarda hiç talik verilmemesi; diğerlerinin ise makûl sürede bitirilmesi. Verilerin korunması olayı da çok önemli. Biz adli sicil kurumu olarak, sabıka verileri üzerinde çok dikkatli ve çok ciddi olarak duruyoruz. Bazen vatandaşlar geliyor, "oğlumun sabıka belgesini alamaz mıyım, oğlum meşgul yahut karım meşgul"... Alamazsınız... Ama bazen, halkla ilişkilerde bir çatlama noktasına gelinme riski de doğabiliyor. Ama yakın bir gelecekte o sorun da kalmayacak. Eğer Nüfus İdaresi otomasyon olayını büyük çapta hallederse, barkodlu nüfus kâğıdınızla "adlimatik"e gelip sabıka belgenizi alabilirsiniz. Verilerin korunması keyfiyeti çok önemlidir. Tabii sizin sorunuz ise başka şeyleri ortaya koyuyor; duruşmaların açıklığı, gizililiği meselesi... Ama bizim yargılama sürecinde otomasyonu getirdiğimizde, ki uyguluyoruz. Türkiye'nin 51 uç noktasında otomasyon projemiz uygulama halinde ve 29'unda savcılık otomasyonu var, örneğin İstanbul merkez adliyesinde olduğu gibi. Verilerin korunması diye şimdiye kadar bir gereksinim ortaya çıkmadı, ama çok önemli bir konu üzerinde durdunuz, bu konuda Avrupa Konseyinde verilerin korunmasına ait bir sözleşme var. Esas Türkiye çapında önemli bir görev şu: sözleşmeyi yasalaştırmak için Türkiye'nin kendi iç hukuku bakımından "Verilerin Korunması Kanunu"nu çıkarması lâzım. Bu bence ivedilikle ve öncelikle yapılması lâzım gelen bir şey; bu soruna dikkatimizi çektiğiniz için çok teşekkür ederim.

M. Tören Yücel (Oturum Başkanı)

Şimdi sözü Frankfurt Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörlerinden *Peter Gilles*'e veriyorum. Kendisini, gerçekten bu son iki gün içerisinde bu toplantıya hukuk usulü açısından ayrı bir renk vermesi dolayısıyla ilginç bulacağınızı zannediyorum. Hukuk davaları bir tarafta ceza davaları öte tarafta, etkileşim dolayısıyla çok ilginç bulacağınız tebliğ için sözü sayın Profesöre veriyorum.

Peter Gilles

Rechtstatsachenforschung pro Rechtsstaat - Rechtsstaat contra Rechtstatsachenforschung. Anmerkungen zum Generalthema des Symposiums aus deutscher Sicht

Inhalt

I. Vorbemerkungen zur Themenstellung

II. Annäherungen an das Generalthema
1. Rechtstatsachenforschung: Grundbedingungen und wissenschaftliche Fundierung
2. Rechtsstaat: Schlagwort, Staatsordnung oder Staatswirklichkeit
3. Mögliche Bezüge zwischen Rechtstatsachenforschung und Rechtsstaat

III. Bundesrepublik Deutschland: Rechtsstaat oder Justizstaat?
1. Hybris der Justiz: Geschäftsanfall, Macht, Volumen und Diversifikation
2. Justizkritik und Justizreform: Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik
3. Blockade der Justizreform unter Berufung auf den Rechtsstaat

IV. Fazit

I. Vorbemerkungen zur Themenstellung

Als *Hayrettin Ökçesiz* mich vor rund zwei Jahren hier in Istanbul auf meine Teilnahme an einer geplanten türkisch-deutschen Tagung angesprochen hat, war als Tagungsthema von nichts weiter die Rede als von der **"Rechtstatsachenforschung"**, ihren Grundbedingungen und ihrer wissenschaftlichen Grundlegung. Leitidee der damaligen Überlegungen war, durch eine solche Tagung mitzuhelfen, auch in der Türkei nach deutschen und anderen europäischen Vorbildern die Rechtstatsachenforschung (resp. "Rechtsempirie", resp. "empirische Rechtssoziologie") als eigene Sparte juristischer und/oder sozialwissenschaftlicher Forschung zu etablieren. Denn bis dato - so schien es mir - hatte die Rechtstatsachenforschung in der Türkei nur eine bescheidene Bedeutung, weil sie außer in der Abteilung für Justizstatistik im türkischen Justizministerium allenfalls noch in begrenztem Rahmen an den bezeichnenderweise mit "Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie" titulierten Lehrstühlen mitbetrieben wurde, die ihre Aufgabe traditionsgemäß wohl weniger in der empirischen Rechtsforschung sahen als vielmehr in der Pflege der theoretisch-spekulativen Rechtssoziologie in Verbindung mit der Rechtsphilosophie.

Zu diesem Generalthema hatte ich - selbst Zivilist, Prozessualist und Rechtsvergleicher - zunächst einen Beitrag mit dem Titel "Fragen an die Rechtstatsachenforschung - am Beispiel der Diskussion um die Entlastung der Zivilgerichtsbarkeit" zu liefern versprochen.
Dieses ursprünglich ins Auge gefaßte Thema wäre schon als solches anspruchsvoll, komplex und schwierig genug und mit einigem Erfolg wohl nur in der Kooperation von Rechtssoziologen und Rechtsökonomen, Rechtsstatistikern, Rechtsinformatikern, Rechtsdemoskopen und vielleicht auch noch - sofern es solche gibt - von Rechtsprognostikern zu bewältigen gewesen, und soweit es um die wissenschaftliche

Fundierung der Rechtstatsachenforschung geht, wohl auch nur unter der Mithilfe von Rechts- und Wissenschaftstheoretikern resp. -methodologen.

Bei jenem Thema "Rechtstatsachenforschung" ist es jedoch nicht geblieben. Vielmehr erhielt im weiteren Verlauf der Planungen das Symposium alsbald den Titel **"Die wissenschaftlichen Grundlagen der empirischen Untersuchung der Rechtspraxis unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit".** Dieser neue Titel bedeutete gegenüber dem ursprünglichen Generalthema der "Rechtstatsachenforschung" zum einen eine Verengung nunmehr allein auf die empirische Untersuchung der **"Rechtspraxis"**, was man als Erforschung lediglich der Gerichtspraxis (Forensik, Verfahrens-, Verhandlungs-, Entscheidungsforschung etc.) oder aber weitergehend der Rechtspflege bzw. des Justizwesens schlechthin (Justizforschung) deuten mochte. Zum anderen bedeutete diese Umformulierung des Titels eine ganz neue Themenimplikation insoweit, als die Aufgabenstellung nunmehr lautete, entweder die "wissenschaftlichen Grundlagen" oder die "empirische Untersuchung" oder die zu untersuchende "Rechtspraxis" aus der Warte der **"Rechtsstaatlichkeit"** zu betrachten. Das konnte sowohl heißen, entweder Grundlagenwissenschaft und Empirie als solche oder aber die Gerichtspraxis bzw. das Justizwesen als ihre möglichen Forschungsgegenstände an rechtsstaatlichen Ansprüchen zu messen bzw. anhand von Rechtsstaatsgesichtspunkten zu analysieren, zu kritisieren oder zu kontrollieren. Vielleicht aber sollte dies auch heißen, mit Hilfe einer wissenschaftlich fundierten Tatsachenerhebung auf dem Gerichts- bzw. Justizsektor zur Rechtsstaatlichkeit eines Staatsgebildes -hier also der Türkei - beizutragen. Diese Ausdeutungsversuche sind freilich nicht mehr als bloße Spekulation hinsichtlich dessen, um was es bei diesem Symposium in der Hauptsache gehen sollte, zumal auch die ausdrückliche Bitte der Organisatoren an die Referenten, bei ihren Beiträgen wenn nicht ständig, so doch wenigstens gelegentlich auf den "Rechtsstaat" Bezug zu nehmen, insoweit nur wenig Aufschluß brachte.

Allerdings war auch diese Themenformulierung nur eine vorläufige. Denn kurz vor Tagungsbeginn erhielt nämlich das Symposium unversehens den Titel **"Rechtstatsachenforschung und Rechtsstaat"**, womit plötzlich über die empirische Rechtspraxisuntersuchung hinaus jetzt wieder die "Rechtstatsachenforschung" insgesamt und diesmal unter Verzicht auf ihre zuvor betonten "wissenschaftlichen Grundlagen" in den Vordergrund rückte und zudem der "Rechtsstaat" als solcher zum weiteren Zentralgegenstand avancierte anstelle des zuvor erwünschten bloß arrondierenden Rechtsstaatlichkeitsaspekts. In der allerletzten Fassung sodann - unmittelbar vor Tagungsbeginn - erschien auf dem endgültigen Programm als Haupttitel **"Die Rechtstatsachenforschung und der Rechtsstaat"**, verbunden mit dem neuen Untertitel **"Die Rechtspraxis und die wissenschaftlichen Grundlagen ihrer empirischen Untersuchung".**

Damit stehen jetzt schlußendlich mindestens zwei für sich genommen außerordentlich gewichtige und jeweils hochinteressante Thematiken unverbunden nebeneinander, nämlich auf der einen Seite die "Rechtstatsachenforschung" als ein bestimmter Forschungszweig, der sich der Ergründung rechtsrelevanter Tatsachen verschrieben hat, oder wenn man so will, der praktisch-technischen und/oder theoretisch-wissenschaftlichen Arbeit an Realitäten und mit Realitäten, und auf der anderen Seite der"Rechtsstaat" und damit ein in seiner üblichen Verwendung ebenso nichtssagendes

wie vielsagendes Etikett für bestimmte Staatswesen mit einem traditionell ausschließlich normativen Bedeutungsgehalt, mit welchem sich bislang auf hohem, höchstem oder überhöhtem abstrakt-akademischen Niveau vorwiegend Staatsrechtstheoretiker, Politologen oder Verfassungsrechtler abgemüht haben.

Damit stellt sich die große Frage, was diese beiden auf ganz unterschiedlichen Ebenen liegenden Thematiken, nämlich hier eine im Kern faktisch-reale, phänomenologisch-konkrete, dort eine positivistisch-dogmatische, begrifflich-abstrakte eigentlich miteinander zu tun haben.

Wenn ich mir hier erlaubt habe, diese Vorbemerkungen zu dem im Verlauf der Vorbereitungen dieser Konferenz mehrfach abgewandelten Generalthema zu machen, bitte ich dies nicht als Kritik mißzuverstehen, die mir als Ausländer und Gast wahrlich nicht zusteht, sondern als das Bemühen, den inhaltlichen Implikationen des Themas auf die Spur zu kommen, was einem Außenstehenden, der die Hintergründe, Vorüberlegungen und Intentionen dieser Veranstaltung nicht kennt, nicht gerade leicht fällt. Es läßt sich deshalb auch nicht ausschließen, daß die nachfolgenden Anmerkungen zum Thema aus deutscher Sicht aus der Sicht der türkischen Kolleginnen und Kollegen neben der Sache liegen oder jedenfalls die Erwartungen nicht voll treffen.

II. Annäherungen an das Generalthema

Mit den nachfolgenden Überlegungen will ich versuchen, mich dem **Generalthema** auf die Weise zu nähern, daß ich zunächst die Themenkreise der **Rechtstatsachenforschung** und alsdann des **Rechtsstaates** jeweils für sich kurz anspreche, um mich dann - ebenfalls nur in aller Kürze - mit den möglichen Bezügen zwichen beiden zu beschäftigen.

1. Rechtstatsachenforschung: Grundbedingungen und wissenschaftliche Fundierung

Die Rechtstatsachenforschung[(1)] hat - nicht anders als die Rechtstheorie und die Rechtssoziologie, jedenfalls soweit sie sich innerhalb der Rechtswissenschaft und gegenüber den sonstigen juristischen Fachdisziplinen behaupten muß - wohl nirgendwo einen leichten Stand. Gemessen am üblichen juristischen Wissenschaftsbetrieb ist ihr Geschäft, in der Hauptsache also die Faktenermittlung und die Datenerhebung, in der Regel um vieles zeitraubender, arbeits- und personalintensiver und damit auch kostspieliger. Sie hat es besonders schwer in Ländern ("civil-law-countries", "code-law-countries"), in denen sich die Jurisprudenz als reine oder fast reine Normwissenschaft ("law in books") mit ihren vornehmlich positivistisch-dogmatisch-systematischen Denk- und Arbeitsweisen versteht und nicht auch zugleich als Wirklichkeitswissenschaft. Zu diesen Ländern zählen die Bundersrepublik Deutschland und die Türkei gleichermaßen, und dies etwa im Gegensatz zu den Ländern des angloamerikanischen ("common-law-countries") oder skandinavischen Rechtskreises mit ihrem ausgeprägten Rechtsrealismus ("law in action").

Zu den Grundbedingungen erfolgreicher empirischer Arbeit gehören deshalb Geld und nochmals Geld, des weiteren geeignetes Forschungspersonal in ausreichender Kapazität und nach Möglichkeit mit fachlichen Mehrfachkompetenzen bzw. Forschungsteams mit multidisziplinärer Ausrichtung, ferner die erforderlichen Sachmittel resp. der Apparat,

(1) Hierzu allgemein *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974.

wie ihn der Einsatz bestimmter Erhebungsmethoden (Befragung, Interviews, Beobachtung, Zählung etc.) verlangt, und nicht zuletzt ein möglichst freier oder wenigstens erleichterter Zugang zu allen nur erdenklichen Informationsquellen (z.B. Datenbanken, Dokumentationszentren, Archive, Bibliotheken, Statistiken, Dateien, Karteien bei Ministerien, Medien, Verbänden, Gesetzgebungsgremien, Verwaltungs- und Justizbehörden, Universitäten, Instituten etc.).

Sie bedarf freilich nicht nur der finanziellen oder sonstigen materiellen Unterstützung, sondern ebenso des "goodwill" seitens staatlicher Einrichtungen und/oder unabhängiger Organisationen (wie etwa auch des Deutschen Kulturinstituts), aber auch seitens des universitären Wissenschaftsbetriebs, der für seine Fachegoismen und Prestigekämpfe innerhalb der Rangordnung juristischer Fächer und besonders bei der Verteilung universitärer Geldmittel und Hifskräfte bekannt ist und der bislang noch gegenüber allen neuen Sparten zunächst mit vornehmer Zurückhaltung, mit deutlichen Vorbehalten oder sogar mit schroffer Ablehnung reagiert hat.

Will sich die Rechtstatsachenforschung etablieren, muß sie zudem mit profunden Forschungsergebnissen oder zumindest mit soliden Forschungsplänen um Anerkennung ringen, und zwar innerhalb der Wissenschaft ebenso wie innerhalb der Exekutive, Administrative und Judikative, und nicht zuletzt auch innerhalb der Öffentlichkeit, insbesondere der Medienöffentlichkeit. Dabei gilt es, erhebliche Überzeugungsarbeit besonders hinsichtlich dessen zu leisten, was eine fundierte Rechtstatsachenforschung für die Wissenschaft, für den Staat und für die Gesellschaft zu leisten vermag, d.h. also hinsichtlich der Nutzeffekte, wie sie die Rechtstatsachenforschung hat oder haben kann.

Was diesen **Leistungs-** oder **Funktionskatalog**[(2)] der Rechtstatsachenforschung angeht, deckt sich dieser weithin mit jenem der empirischen Sozialwissenschaften als sog. Partner-, Nachbar-oder Hilfsdisziplinen der Jurisprudenz:

- **Information:** Erweiterung und Vertiefung des Vorstellungsvermögens oder Präzisierung der Kenntnisse von Juristen über gesellschaftliche und berufspraktische Gegebenheiten, Realprobleme oder konkrete Regelungs- und Entscheidungssachverhalte;
- **Analyse:** Erweiterung und Vertiefung des Verständnisses der wechselseitigen Zusammenhänge von Recht und Wirklichkeit, Vermittlung besserer Einsicht in sozioökonomische oder gesellschaftspolitische Prämissen, Dimensionen oder Effektivitäten des Rechts und Befähigung zur kritischen Würdigung dieser Phänomene;
- **Konkretisierung:** Ermöglichung gerechterer Einzelfallentscheidungen durch exaktere Aufhellung des tatsächlichen Entscheidungsgegenstandes und -umfeldes, verbesserte Sachverhaltsrekonstruktion und exaktere Ausdeutung bzw. Ausfüllung von Rechtssätzen, unbestimmten Rechtsbegriffen und insbesondere von Generalklauseln bei der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung;
- **Folgenorientierung:** Befähigung zur Folgenberücksichtigung bei der Entscheidungsherstellung und ihrer Darstellung in der Entscheidungsbegründung;
- **Prognose und Folgenkontrolle:** Verbesserung der Möglichkeiten einer Voraussage

(2) Dazu schon *Gilles*, Der Beitrag der Sozialwissenschaften zur Reform des Prozeßrechts (S. 109 f.) , in: Gilles (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht in Würzburg 1983, S. 105 ff.; ferner *Roth* (Hrsg.), Rechtssoziologie und Prozeßrecht, Wien 1983.

rechtstatsächlicher Entwicklungen oder der Folgewirkungen von Normen und Entscheidungen sowie einer nachträglichen Überprüfung des Eintritts prognostizierter Realitätsveränderungen oder von Gesetzes- und Entscheidungsfolgen;

- **Legitimation:** Verbesserte Begründung von Entscheidungen und Rechtfertigungen von Gesetzgebungsakten und Erleichterung der Aufdeckung der Rationalität oder der Intention gesetzlicher Regelungen und dogmatischer Phänomene sowie Erleichterung von Konsensbildungen durch höhere Plausibilität;

- **Irritation, Kritik und Korrektur:** Aufweis, Infragestellung, Widerlegung, Relativierung, Richtigstellung oder Bestätigung von rechtlichen und gesetzlichen Sozial-, Markt- und Vertragsmodellen, Ordnungsleitbildern oder Realitätsannahmen aufgrund sog. Alltagstheorien, subjektiver Erfahrungen oder juristischer Selbstverständnisse wie überhaupt von juristischen Vorverständnissen und Weltbildern unter Aufdeckung ihres ideologischen Gehalts;

- **Wissenschafts- und Methodeninnovation:** Verunsicherung und Erneuerung des juristischen Wissenschaftsverständnisses und der rechtswissenschaftlichen Methodologie und ihre Veränderung in Richtung rechtsrealistischer und rechtssoziologischer Betrachtungs- und Arbeitsweisen;

- **Inspiration und Impuls:** Vermehrte Anstöße zu rechtswissenschaftlicher, rechtspraktischer und rechtspolitischer Reformarbeit einschließlich von Gesetzesrechtsreformen durch Verdeutlichung von Realproblemen oder sozialen Problemfeldern mit ihren Entscheidungs- und Regelungsnotwendigkeiten.

Eine besondere Bedeutung kommt der Rechtstatsachenforschung dabei als wissenschaftliche Begleitung der **Rechtspolitik** und im Bereich der Vorbereitung von Gesetzgebungsvorhaben zu, um - wie man es einmal formuliert hat - sog. "gesetzgeberischen Schüssen ins Dunkle" vorzubeugen.

Was nun Stand und Stellenwert der Rechtstatsachenforschung in der Bundesrepublik Deutschland angeht, hat auch sie es schwer, wenn auch sicherlich um manches leichter als anderswo und insbesondere auch hier in der Türkei, wo meines Wissens das türkische Justizministerium anders als das deutsche zwar eine Abteilung für Justizstatistik, jedoch kein eigenes Referat für Rechtstatsachenforschung eingerichtet hat und wo es anders als in Deutschland bisher auch keine groß angelegte "Strukturanalyse der Rechtspflege" gibt oder alsbald geben wird, die der deutschen Rechtstatsachenforschung einen mächtigen Auftrieb gegeben hat. Dazu haben *Dieter Strempel* und *Hubert Rottleuthner*[3] als herausragende deutsche Vertreter dieser Fachrichtung das Nötige bereits berichtet, weshalb ich mir hierzu Näheres ersparen kann.

Nur ein Aspekt sei in diesem Zusammenhang noch kurz gestreift, nämlich jener der **wissenschaftlichen Fundierung**[4], an welchem die Organisatoren dieses Symposiums nach wie vor besonders interessiert scheinen. Dazu ist zunächst anzumerken, daß Rechtstatsachenforschung keineswegs nur von Vertretern der Rechtswissenschaft oder überhupt von Wissenschaftlern welcher Disziplin auch immer "praktiziert" wird, sondern

[3] *Rottleuthner*, Rechtssoziologie und Rechtsstaatlichkeit"; *Strempel*, "Die Bedeutung der empirischen Rechtsforschung für die Rechtspolitik und Rechtsdogmatik im Rechtsstaat am Beispiel der Forschungen im Rahmen der Strukturanalyse der Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland".

[4] Dazu etwa *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtsoziologie, Kolleg Rechtstheorie Band IV, 2, 1981, S. 76, 171 ff.; *Strempel*, Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland - Dokumentation und Bezugspunkte einer Strukturanalyse, KritV 1986, S. 242 ff.; *ders.*, Empirische Rechtsforschung. Entwicklung und Beitrag für die Rechtspolitik, in: Festchrift für Wassermann, 1985, S. 223 ff.; *Röhl* (N.1).

ebenso von Mitarbeitern in Ministerien, Gesetzgebungsgremien oder Verwaltungsbehörden, von Juristenberufsverbänden wie etwa Richter- oder Anwaltsvereinigungen, von hiermit beauftragten privaten Forschungsinstituten oder Unternehmensberatungsbüros, von irgendwelchen Privatgutachtern oder von anderen Personen bzw. Organisationen mehr. Schon von den unterschiedlichen **Akteuren** auf disem Feld her gesehen, aber auch abhängig von den jeweiligen ganz unterschiedlichen Untersuchungsgegenständen und damit zusammenhängend von den verschiedenen jeweils eingesetzten Untersuchungsmethoden findet Rechtstatsachenforschung auf sehr verschiedene Weise statt: mal mehr technisch-praktisch nach der Devise "dont't worry, just do it" und ohne größere methodologische Reflektionen über das eigene Denken und Tun, mal mehr wissenschaftlich-theoretisch und dann wiederum abhängig von der jeweiligen wissenschaftlichen Ausbildung und beruflichen Sozialisation, von den Fähigkeiten und Erfahrungen des jeweiligen Forschers oder Forschungsteams.

Wo die Rechtstatsachenforschung insoweit überhaupt Wissenschaftsansprüchen zu genügen sucht, gewinnt man den Eindruck, als gehe jeder Forscher und jedes Forschungsteam nach eigenem fachspezifischen Gusto vor und nicht etwa nach irgendeiner einheitlichen oder allgemein konsentierten, allein der Rechtstatsachenforschung eigenen "**Wissenschaftlichkeit**", was wohl auch anders gar nicht sein kann. Wenn deshalb wie in früheren Tagungstitel und jetzt immer noch im Untertitel des Symposiums schlechthin von "Wissenschaftlichen Grundlagen" empirischer Untersuchungen die Rede ist oder nach solchen gefragt sein sollte, ist meine Auffassung und Antwort die, daß es solche "Grundlagen" jedenfalls im Sinne irgendeiner einheitlichen oder jeder Rechtstatsachenforschung gleichermaßen zugrundeliegende Denk- und Arbeitsweise, die sich zudem noch auf einer wissenschaftstheoretisch hinreichend abgesicherten Basis bewegt, nicht gibt. Sie kann es wohl auch schon deshalb nicht geben, weil die Rechtstatsachenforschung, sofern man sie ernsthaft betreibt, keine Angelegenheit einer einzelnen Wissenschaft, sondern vieler Wissenschaften ist, und weil sie, soweit sie von Seiten der Rechtswissenschaft betrieben wird, ohne eine Kooperation mit sog. Partner-, Nachbar- oder Hilfswissenschaften (z.B. empirische und theoretische Soziologie, Ökonomie, Statistik, Demoskopie, Prognostik, Sozialpsychologie etc.) nicht auskommt. Insoweit zum Zwecke der Entwicklung allgemeiner "wissenschaftlicher Grundlagen" der Rechtstatsachenforschung so etwas wie eine Wissenschaftsharmonisierung zu versuchen oder so etwas wie eine interdisziplinäre Methodenintegration, dürfte nach allen Erfahrungen, wie sie bisher mit der sog. **"Integration von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften"**[5] gemacht wurden, eine vergebliche Mühe sein und bleiben.

Aber auch wenn man deshalb einer wissenschaftlichen Fundierung der Rechtstatsachenforschung im Zuge ihrer Entwicklung zu einer eigenständigen, autonomen Disziplin oder wenigstens einer anerkannten eigenen Untersuchungsmethode skeptisch gegenübersteht, heiß dies nicht, daß man sich nicht sehr viel extensiver und intensiver als bisher mit ihren **theoretisch-methodologischen Grundfragen** befassen sollte. Zu solchen Grundfragen würden etwa die Fragen nach den Prämissen und Auslösern der Rechtstatsachenforschung ebenso zählen wie solche nach ihren Ausgangsthesen und -hypothesen, die Fragen nach den Kriterien der Selektion und Vorabbestimmung von

[5] Dazu eingehende Nachweise bei *Gilles* (N. 1), S. 105 f.

Untersuchungsgegenständen und Untersuchungszielen im Sinne angestrebter Forschungsergebnisse (z.B. Faktoren-, Struktur-, Funktions- und/oder Effizienzanalysen) und ebenso solche nach den zum Einsatz gebrachten Erhebungs- bzw. Ermittlungsmethoden, nach dem Gefüge bzw. der Struktur der einzelnen Forschungsoperationen oder nach der Abfolge bzw. der Prozedur der einzelnen Arbeitsschritte, sowie schließlich die Fragen nach dem mit den jeweiligen Forschungszielen verbundenen weitergehenden Zwecksetzungen und möglichen Auswirkungen. Mehr Klarheit wäre auch darüber zu schaffen, ob und inwieweit sich eine empirische Rechtstatsachenforschung in einer Faktenermittlung resp. Datenerhebung sowie in der Dokumentation und Deskription der jeweiligen empirischen Befunde erschöpfen sollte oder ob es nicht auch ihre Sache ist, jene Befunde selbst zu analysieren und zu kritisieren, zu deuten und zu würdigen und nach welchen Maßstäben auch immer zu werten, wenn nicht schließlich sogar für bestimmte Zwecke zu verwerten, wozu bisher unter den Rechtstatsachenforschern sehr unterschiedliche Meinungen bestehen.

Und nicht zuletzt wird eine wissenschaftlich betriebene Rechtstatsachenforschung auch nicht umhin können, sich mit den wissenschaftstheoretischen, wenn nicht schon rechtsphilosophischen Zentralfragen der Jurisprudenz zu befassen, nämlich jenen nach dem dualistischen oder monistischen Verhältnis von "Recht und Wirklichkeit", "Norm und Faktum", "Rechts- und Tatfrage" oder auch "Theorie und Praxis"[6], womit sich bislang vornehmlich die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie und vielleicht am Rande auch noch die Prozessualistik beschäftigt haben.

Soviel zum Themenkreis "Rechtstatsachenforschung" als erstem Zentrum des Generalthemas.

2. Rechtsstaat: Schlagwort, Staatsordnung oder Staatswirklichkeit

Jetzt einige Anmerkungen zum zweiten Zentrum des Generalthemas, zum Themen- und Problemfeld **"Rechtsstaat"**[7].

Der Ausdruck "Rechtsstaat" - und damit sage ich den Tagungsteilnehmern gewiß nichts Neues - ist eine Wortschöpfung ("Kunstwort") des deutschen Sprachraums, der in seiner

[6] Zum Theorie-Praxis-Aspekt, der im Hinblick auf eine "empirische Untersuchung der Rechtspraxis" (Prozeßpraxis?, Gerichtspraxis?, Justizpraxis?, Richterpraxis?, Anwaltspraxis?) auf diesem Symposium von besonderem Interesse ist und der neben dem Postulat einer "Integration von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften (dazu *Gilles* (N. 1) sowohl in den Diskussionen um eine Reform der Juristenausbildung als auch um eine Reform der Rechtswissenschaft als solcher in Deutschland eine herausragende Rolle spielt; mit weiteren Nachweisen näher *Gilles*, Juristenausbildung und Zivilverfahrensrecht, 1983, S. 36 ff.; *ders.*, Theorie und Praxis im Zivilprozeßrecht. Ergebnisse einer Richterbefragung zur Praxisrelevanz zivilprozessualen Lehrstoffs, 1984; *ders.*, Grundzüge des neuen deutschen Zivilprozeßrechts und erste Praxiserfahrungen mit der sog. Vereinfachungsnovelle, Annales de la faculté du droit Istanbul (Türkei), Band 27 Nr. 43 (1980), S. 3 ff.

[7] Dazu etwa *Böckenförde*, "Rechtsstaat", in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 8, Basel 1992, S. 332 ff.; *Degenhart*, Staatsrecht I, 7. Auflage 1991, S. 93 ff.; *Maunz/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 29. Auflage 1994, S. 84 ff.; *Stein*, Staatsrecht, 13. Auflage 1991, S. 154 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 1990, S. 73 ff.; *Grimm*, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, JuS 1980, S. 704 ff.; *Schmidt-Jortzig*, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569 ff.

deutschen Fassung oder in fragwürdigen Übersetzungen mittlerweile auch in nichtdeutsche Sprachräume und rechtswissenschaftliche Terminologien Eingang gefunden hat. Er findet sich als gängiger Begriff bereits im Staatsdenken des deutschen Frühliberalismus, und zwar als Gegenbegriff)"Kampfbegriff") etwa zu Despotie und Theokratie und später zum "Polizeistaat", und er wird heute auch als Gegensatz etwa zum "Willkür-" oder "Gewaltstaat" benutzt.

Vom Wort her ist er zunächst nicht mehr als die Etikettierung eines Staatswesens, für welches auf besondere Weise das "Recht" prägend ist oder sein soll, also mithin nicht allein dessen Gesetze ("Gesetzesstaat") und auch nicht allein dessen Verfassung ("Verfassungsstaat").

Handelte es sich beim Ausdruck Rechtsstaaat dereinst noch um einen staats- und verfassungstheoretischen resp. -philosophischen wie auch staats- und verfassungsrechtlichen, also um einen geisteswissenschaftlich-fachspezifischen Grundbegriff, so ist dieser inzwischen fast schon zu einem Umgangswort, wenn nicht zu einem abgegriffenen Schlagwort innerhalb der Juristenwelt und darüber hinaus auch in der Politik, den Medien und der Öffentlichkeit geworden. In seiner Unbestimmtheit, Leerformelhaftigkeit und Abstraktheit gehört der Rechtsstaatsbegriff zu jenen Begriffen, die ebenso inhaltsleer wie inhaltsschwer sind, ebenso nichtssagend wie vielsagend und damit beliebig interpretierbar und gefährlich, weil sich aus ihnen stets das herauslesen läßt, was man zuvor in sie hineininterpretiert hat. Vielleicht erfreut sich der Rechtsstaatsbegriff gerade deshalb seit langer Zeit stets größerer Beliebtheit als kritischer Distanz, und vielleicht ist es gerade diese "allgemeinverbindliche Unverständlichkeit", seine Plattheit wie Griffigkeit, die dem Ausdruck Rechtsstaat innerhalb der unterschiedlichsten Diskussions- und Argumentationszusammenhänge eine besondere Durchschlagskraft bzw. eine "immer wiederkehrende ideenpolitische Macht"[8], wenn nicht fast schon eine gewisse Magie beschert und bis zum heutigen Tag bewahrt hat.

Seit dem Aufkommen des Begriffs Rechtsstaat wurde dieser denn auch mit sehr unterschiedlichen, von Herrschaftssystem zu Herrschaftssystem, von Gesellschaft zu Gesellschaft, von Epoche zu Epoche und nicht zuletzt auch von Rechtswissenschaft zu Rechtswissenschaft variierenden Inhalten bedacht, und solchermaßen mit einem wechselhaften Bedeutungsgehalt im Wandel der Zeiten und Zustände. Dabei fällt auf, daß es nicht nur kapitalistische Systeme (wie z.B. die Bundesrepublik Deutschland) waren oder sind, sondern ebenso ehemals oder noch immer sozialistische (wie z.B. die Deutsche Demokratische Republik), die für sich in Anspruch nehmen, ein Rechtsstaat zu sein, und daß selbst eklatante Unrechtsregime (wie z.B. das des Deutschen Natonalsozialismus) nicht davor zurückscheuten oder -scheuen, sich mit dem Etikett Rechtsstaat zu schmücken. Selbst tiefgreifende historisch-politische Umbrüche haben dem Rechtsstaatsbegriff als solchem nichts anhaben können, und er hat trotz aller Bedeutungswandlungen in Deutschland seinen festen Platz und hohen Stellenwert bis zum heutigen Tag behalten. Als Grundbegriff blieb er unangefochten, wobei sich innerhalb der juristisch-politischen Terminologie nur soviel änderte, daß zur besseren Kennzeichnung und Abgrenzung jener inhaltlich doch sehr unterschiedlichen sogenannten "Rechtsstaaten" mancherlei Beinamen oder Attribute Verwendung fanden wie etwa jene des "individualistischen", "liberalen" oder "bürgerlichen" Rechtsstaats,

[8] *Böckenförde* (N. 7), S. 342.

des "nationalen" oder sogar "national sozialistischen" des "kollektiven" oder "sozialistischen" Rechtsstaats und heute besonders des sog. "sozialen" Rechtsstaats[9] in Abgrenzung vom sog. "Sozialstaat" mit Rücksicht auf die einschlägigen Regulierungen des deutschen Grundgesetzes von 1949.

Steht auch außer Streit, daß die deutsche Verfassung die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsstaat postuliert, so kommt dies in der Verfassung doch weniger explizit zum Ausdruck, als manche es wahrhaben wollen. Denn in der Verfassung wird die Bundesrepublik Deutschland als ein **"demokratischer und sozialer Bundesstaat"** apostrophiert (Art. 20 I GG), und im übrigen ist lediglich im Hinblick auf die Landesverfassungen von den **Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats"** die Rede (Art. 28 I GG), also nirgendwo expressis verbis vom "Rechtsstaat" pur.

Definiert wird dieser Rechtsstaat heutzutage von führenden Staats- oder Verfassungsrechtsdogmatikern mal dahingehend, daß es sich hier um einen Staat handele, "in dem nicht Willkür, sondern Recht und Gerechtigkeit herrschen"[10], oder auch dahingehend, daß es sich um einen "legitimitätsspendenden, staats- und verfassungstheoretischen wie staatsrechtlichen Grundbegriff" handele, "dessen Inhalt von wechselnden Vorstellungen" bestimmt werde[11] - womit sich alles oder auch nichts anfangen läßt. Statt sich an Definitionen zu versuchen, beschränkt man sich denn auch meist lieber schlicht auf die Benennung der **"klassischen"** oder auch "**modernen**", einen Rechtsstaat prägenden **Elemente** desselben. Dabei herrscht hinsichtlich der Zahl, der Auswahl und der Prioritäten jener Elemente alles andere als Einigkeit. Hier werden zumeist - und das ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit dieser Liste - die "Gewaltenteilung" und die "Unabhängigkeit der Justiz", der "Primat des Rechts" im Sinne eines "Vorrangs der Verfassung" gegenüber dem Gesetz und anderen staatlichen Hoheitsakten sowie im Sinne eines "Vorrangs des Gesetzes" gegenüber der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt einschließlich oder ausschließlich des Gesetzesvorbehalts und/oder Parlamentsvorbehalts genannt, ferner die Gewährleistung von "Menschenwürde", "Freiheit", "Gleichheit", "Gerechtigkeit" und "Rechtssicherheit" wie überhaupt die Gewährleistung der "Grundrechte" und "Menschenrechte", aber auch sehr allgemeine Grundsätze wie jene der "Verhältnismäßigkeit", der "Geeignetheit", der "Erforderlichkeit", der "Zumutbarkeit" und der "Bestimmtheit" staatlicher Maßnahmen neben manchem anderen mehr. Aber auch den in der deutschen Verfassung nicht ausformulierten, ihr aber gleichwohl immanenten "Justizgewährungsanspruch" als Grund- und Menschenrecht (vgl. Art. 6 EurMRK) sieht man als ein entscheidendes Rechtsstaatskriterium an einschließlich seiner Ausprägungen in Richtung der Ansprüche auf ein "faires Verfahren", auf einen "offenen Zugang" zu den Gerichten, auf eine "effiziente Rechtsverfolgung" oder auch auf eine Intrakontrolle der dritten Gewalt durch "Rechtsmittel und Rechtsbehelfe".

Um was dabei mit entsprechend großem begrifflichen Aufwand unter Staats- und Verfassugsrechtslehrern vornehmlich gestritten wird, ist die Frage, ob es sich beim

(9) Vgl. besonders *Hesse* (N. 7).

(10) *Köbler*, "Rechtsstaat", Deutsches Rechtslexikon Band 3, 2, Auflage München 1992, S. 78.

(11) So *Böckenförde* (N. 7), S. 332.

Rechtsstaatsbegriff um einen sogenannten "formellen" oder aber um einen sog. "materiellen" handele, ohne daß die Grenzlinie zwischen beiden Begriffen sonderlich deutlich oder etwaige unterschiedliche Ableitungen aus solchen Begriffsbildungen und mithin die Konsequenzen einer möglichen Unterscheidung besonders auffällig würden, zumal inzwischen schon wieder um die "Reformalisierung" der "Materialisierung" des zuvor "formalen" Rechtsstaatsbegriffs gestritten wird[12]. Seinerseits als "Leitidee", "Ideal", "Postulat", "verfassungsmäßiges Gesamtbild", "Grundentscheidung", "Verfassungsgrundsatz", Elementarprinzip", "Staatsordnungsbegriff", "Staatsgattungsbegriff", "Formalordnung", "Wertordnung", "Formelelement", "Strukturprinzip", "Schlagwort", "Kampfbegriff" oder sonstwie bezeichnet, wird der Ausdruck "Rechtsstaat" damit von den einen mehr als eine **"äußere Ordnung"** begriffen bzw. ausgedeutet, und von den anderen mehr als eine Ansammlung **"innerer Grundwerte"** eines auch auf die Freiheitsrechte des einzelnen bzw. solcher von Gruppen oder Verbänden bedachten Gemeinwesens. Während nach dem sog. formellen Rechtsstaatsbegriff - so heißt es bei seinen Anhängern oder seinen Kritikern - der Rechtsstaat als "formal", "positivistisch", "legalistisch", weithin "unpolitisch", "ideologiefern", wertfrei", "zweckfrei", "sinnentleert" oder gar "gehaltlos" zu begreifen sei, wenn und soweit sich sein Bedeutungsgehalt auf die Teilung, Verteilung und das Gefüge staatlicher Macht, auf den Aufbau und die Gliederung staatlicher Einrichtungen, auf "Rahmen und Bahnen" staatlichen Handelns oder kurz auf die "Staatsorganisation" begrenze, sei nach dem sog. materiellen Rechtsstaatsbegriff - so wiederum seine Verfechter wie Gegner - der Rechtsstaat als "werthaft", "inhaltlich", "material", "sinnhaft", "gehaltvoll", "ziel"- und "zweckorientiert", "politisch" oder "ideologisch" zu verstehen. Darüber hinaus habe der materielle Rechtsstaatsbegriff einen ethisch-moralischen und geistig-kulturellen Impetus, wenn und soweit sich sein Bedeutungsgehalt auf das Gefüge von -zumeist in der Verfassung selbst verankerten - Grundwerten und namentlich auf die Sicherung individueller Grund- und Menschenrechte zur Abwehr und Begrenzung staatlicher Macht erstrecke, weswegen er selbst "legitimitätsspendend"[13] sei, weil der materielle Rechtsstaatsbegriff die wechselnden Legitimitätsvorstellungen und -anforderungen in sich einzufangen und umgekehrt damit selbst Legitimität zu begründen vermöge.

Wenn auf all das kurz eingegangen worden ist, so hat dies einen einzigen Grund, nämlich deutlich zu machen, mit welcher Begrifflichkeit das Thema "Rechtsstaat" jedenfalls auf der Ebene der deutschen Staats- und Verfassungsrechtsdoktrin[14] nach wie vor abgehandelt wird, welche wirklichkeitsabgehobene akademische Angelegenheit und welch ein Ausdruck purer Rechtsgelehrsamkeit der Streit um den Rechtsstaat weithin ist. Deutlich werden sollte auch, wie sehr die Anhänger selbst des sog. materiellen Rechtsstaatsbegriffs nicht anders als jene des sog. formellen Rechtsstaatsbegriffs den **Normativitäten** des Rechts - seien es nun formellrechtliche Staatsordnungsprinzipien, seien es materiellrechtliche Grundwerte oder Grundrechte - verhaftet bleiben, ohne auch nur den Versuch zu machen, durch jene Normenwelt hindurch auf die Substanz, die Materie oder die Realitäten des Rechtsstaats durchzugreifen oder kurz auf die

(12) Dazu besonders *Grimm* (N. 7).

(13) *Böckenförde* (N. 7), S. 342.

(14) Sehr viel realitätsnäher dagegen *Sendler*, 40 Jahre Rechtsstaat des Grundgesetzes: mehr Schatten als Licht?, DÖV 1989, S. 482 ff.

"Rechtsstaatswirklichkeit". Stattdessen wird der mormative Soll-Zustand des Rechtsstaats als faktischer Ist-Zustand ausgegeben oder letzterer schlicht ignoriert.

Mag auch hier und da einmal durchaus etwa die "geschriebene Verfassung" von der sog. "Verfassungswirklichkeit" - verstanden als Antithese oder als Synthese - unterschieden werden, so ist jedenfalls der hier einmal sogenannte "reale Rechtsstaat" resp. die Faktizitäten desselben innerhalb der vorherrschenden Doktrin noch nicht entdeckt. Es wird deshalb auch nicht danach gefragt, wie es denn um die "Herrschaft des Rechts" als Hauptkriterium eines sog. Rechtsstaats in Wirklichkeit bestellt ist bzw. ob und inwieweit denn nun tatsächlich "Recht und Gerechtigkeit" im Staat regieren oder nicht vielmehr ganz andere Mächte, und ebensowenig danach, ob es denn wirklich das Recht als solches ist, das aufgrund allgemeiner Einsicht in seine Vernünftigkeit und Notwendigkeit, kraft freiwilliger Anerkennung, kraft seiner Autorität oder vielleicht auch nur aufgrund schlichter Angst vor staatlichen Sanktionen im Falle eines Rechtsbruchs die Staatsgewalten in den ihnen zugewiesenen Schranken hält, dem einzelnen Bürger Freiheiten garantiert, die Gesellschaft stabilisiert oder zu einem friedlichen Zusammenleben innerhalb des Gemeinwesens führt. Denn nur dann verdient ein Staatswesen den Ehrentitel "Rechtsstaat" auch wirklich. All das jedoch interessiert die Rechtsstaatstheoretiker für gewöhnlich nicht oder allenfalls einmal dort, wo irgendein staatliches Verhalten oder ein gesellschaftlicher Zustand vor den Gerichten und insbesondere vor dem Bundesverfassungsgericht als rechtsstaatswidrig angeprangert wird mit entsprechenden Tatsachenbehauptungen in Beschwerdebegründungen oder mit entsprechenden Tatsachenfeststellungen innerhalb von Entscheidungsgründen.

Damit stellt sich erneut und diesmal in aller Schärfe die Frage, was denn dann eigentlich die lebens- und praxisnahe, auf Tatsachen und konkrete Gegebenheiten konzentrierte und Jurisprudenz als Wirklichkeitswissenschaft verpflichtete "Rechtstatsachenforschung" mit dem "Rechtsstaat" als einem Spitzenprodukt wirklichkeitsabgehobener Normwissenschaft bzw. einem juristisch-theoretischen "Kunstgebilde" erster Ordnung zu tun hat oder zu tun haben könnte.

3. Mögliche Bezüge zwischen Rechtstatsachenforschung und Rechtsstaat

Was solche möglichen Bezüge zwischen der Rechtstatsachenforschung hier und dem Rechtsstaat dort angeht, die auf diesem Symposium doch wohl nicht unverbunden nebeneinander stehen und isoliert betrachtet werden sollen, ergeben sich eigentlich nur zwei Möglichkeiten, wie sich beide Felder zueinander verhalten. Entweder nämlich wirkt der Rechtsstaat auf irgendeine Weise bestimmend auf die Rechtstatsachenforschung ein oder umgekehrt die Rechtstatsachenforschung auf den Rechtsstaat. Dabei liegt die erstgenannten Möglichkeit relativ fern, weil nur schwer vorstellbar ist, wie eigentlich der Rechtsstaat, hier verstanden als normative Staatsordnung oder Grundwertgefüge, auf irgendeine Weise die Rechtstatsachenforschung als Wissenschaftssparte konditionieren, determinieren oder restringieren könnte. Ebenso schwer vorstellbar ist, daß sich die Rechtstatsachenforschung als Neuling unter den juristischen Disziplinen gleichsam überhaupt erst einmal rechtsstaatlich legitimieren müßte, was jedenfalls nach der deutschen Verfassung aufgrund des Art. 5 GG und der dort garantierten Freiheit der Wissenschaft in Forschung und Lehre wohl auch unvereinbar wäre. Näher liegt deshalb die zweite Möhglichkeit, nämlich die einer Einwirkung der Rechtstatsachenforschung auf den Rechtsstaat, jedoch dies wiederum nur dann, wenn man im Sinne des Referats von

Hayrettin Ökçesiz den Rechtsstaat als "lebenden" Rechtsstaat begreift oder eben als Rechtsstaatswirklichkeit und diese selbst zum Gegenstand oder zur Aufgabe empirischer Forschungsarbeit macht. Dann erschließt sich in der Tat ein möglicher Zusammenhang zwischen jenen beiden Themenfeldern im Sinne des Tagungstitels nämlich dergestalt, daß gerade die Rechtstatsachenforschung in der Lage ist oder in der Lage sein könnte, innerhalb eines Staatswesens jene Realitäten aufzudecken oder aufzuhellen, die diesen als rechtsstaatlich ausweisen, aber gegebenenfalls auch jene faktischen Negativerscheinungen, Defizite oder Mängel, die Zweifel an seiner Rechtsstaatlichkeit aufkommen lassen könnten. Macht sich die Rechtstatsachenforschung dies zur Aufgabe und traut sie sich eine solche kritische Beobachtung und Ermittlung tatsächlicher Gegebenheiten und Entwicklungen unter dem Rechtsstaatsaspekt zu-auch wenn die normative Bewertung von tatsächlichen Befunden oder gar die Unterbreitung rechtspolitischer Verbesserungsvorschläge nicht gerade ihr ureigenes Metier ist -, so verdient sie in diesen Bemühungen fraglos jede nur erdenkliche Unterstützung. Denn sie leistet damit einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Verwirklichung, Erhaltung oder Verbesserung demokratischer Verhältnisse im Land.

Sieht man sich daraufhin die von türkischer Seite zu diesem Symposium gelieferten Enizelreferate an, so scheint es, als gingen eine ganze Reihe der Beiträge in eben diese kritisch-politische Richtung, wenn es beispielsweise um Fragen geht, wie es denn eigentlich um das "Rechtsstaatsverständnis" in den Köpfen von Richtern der höchsten türkischen Gerichte oder um die Einlösung rechtsstaatlicher Anforderungen innerhalb der Gerichtspraxis wie namentlich innerhalb von Strafverfahren und Strafverfolgung oder auch innerhalb der Verordnungs- resp. Gesetzgebungspraxis steht.

Für einen Ausländer, also von außen betrachtet, scheint damit die Leitidee des Symposiums die Frage zu sein, ob und inwieweit eine wissenschaftlich fundierte Rechtstatsachenforschung zur Verwirklichung des Rechtsstaats oder seiner Fortentwicklung beizutragen vermag. Auf einen kurzen Nenner gebracht würde damit das Motto for die Türkei lauten: "Rechstatsachenforschung pro Rechtsstaat"!

III. Bundesrepublik Deutschland: Rechtsstaat oder Justizstaat?

Fragt man nun danach, was zu einem solchen Thema die deutschen Gäste beitragen könnten oder welche Anregungen insoweit die deutsche Diskussion der türkischen Wissenschaft zu liefern vermag, so würde meine persönliche Antwort lauten: "nur wenig bis gar nichts". Denn soweit ersichtlich ist über die Rechtstatsachenforschung in Kombination mit dem "Rechtsstaat" in Deutschland bislang nicht oder kaum etwas gesagt oder geschrieben worden, und es scheint auch, daß das von *Hubert Rotttleuthner* hier behandelte Thema "Rechtssoziologie und Rechtstaatlichkeit" jedenfalls als Titel bisher keinerlei literarische Vorläufer hat. Zudem ist es wohl so, daß sich wegen unterschiedlicher realer und politischer, wissenschaftlicher und rechtlicher Gegebenheiten die möglichen Bezüge zwischen Rechtstatsachenforschung und Rechtsstaat in der Türkei anders ausnehmen als in Deutschland, wo sich die Frage, inwieweit die Rechtstatsachenforschung etwa zur Rechtsstaatlichkeit eines Staatswesens beitragen kann, in dieser Zuspitzung bisher nicht gestellt hat. Durchforstet man nämlich die deutsche Literatur, so scheint es, als fungiere der "Rechtsstaat" nicht nur nicht als Motivation oder Aufgabe rechtstatsächlicher Forschungen gemäß dem Motto "Rechtstatsachenforschung pro Rechtsstaat", sondern als

fungiere der Rechtsstaat oder jedenfalls der Rechtsstaatsbegriff ganz im Gegenteil sogar als faktisches Hemmnis und magische Schranke derselben nach dem Motto "**Rechtsstaat contra Rechtstatsachenforschung**". Das soll im folgenden kurz erläutert werden.

1. Hybris der Justiz: Geschäftsanfall, Macht, Volumen und Diversifikation

Im internationalen Vergleich gilt die **Bundesrepublik Deutschland** gemeinhin als **Prototyp eines "Rechtsstaats"**, mag es auch immer wieder Kritiker[15] gegeben haben, die im Hinblick auf die tatsächlichen Entwicklungen der Bundesrepublik unter dem Grundgesetz "mehr Schatten als Licht" entdeckten. Hier soll auch nicht darüber diskutiert werden, daß die Bundesrepublik Deutschland nach wie vor und nach einer 45jährigen Entwicklung heutzutage vielleicht mehr als je den Ehrentitel "Rechtsstaat" verdient, auch wenn es gerade wieder modern zu sein scheint, über die "Krise des Rechtsstaats" zu debattieren[16].

Es soll jedoch nicht unausgesprochen bleiben, daß dieser deutsche Rechtsstaat durch ungebremste Gesetzesfluten, Lawinen von Gerichtsentscheidungen als Massenartikel einer auf Hochtouren laufenden Rechtsprechungsindustrie und eine unaufhaltsame Schwemme von Rechtsinformationen und Rechtspublikationen aller Art sich allmählich selbst zu ersticken droht. Denn mit einer solchen nach wie vor ungebändigten "Verrechtlichung"[17] aller Lebensbereiche und einer damit verbundenen Inflationierung von Recht und seiner zunehmenden Komplizierung und Atomisierung gehen nicht nur sog. "Gewißheitsverluste im juristischen Denken"[18] innerhalb der Juristengemeinschaft einher, sondern auch und erst recht Einbußen im Rechtsverständnis und im Rechtsempfinden der von Juristen gern als sog. juristische Laien apostrophierten Bevölkerung, und das in einem Ausmaß, daß das Recht seine Akzeptanzfähigkeit und Autorität, Legitimationskraft und Ordnungspotenz allmählich gänzlich einzubüßen und vom "Primat des Rechts" als einem der Hauptkriterien eines Rechtsstaats kaum noch etwas übrig zu bleiben droht. Als ein aus sich selbst heraus überzeugender, sichernder und ordnender Faktor wird das Recht - so könnte man mit Blick auf diese hier einmal sogenannte **"Entrechtlichung durch Verrechtlichung"** formulieren - zunehmend verdrängt durch endlose und uferlose Meinungsverschiedenheiten oder Streitigkeiten "um das Recht" und durch die unterschiedlichen Verfahren und Verhandlungen "über das Recht", deren Spitze die **Gerichtsprozesse**[19] bilden oder das, was die Justizstatistik

(15) *Sendler* (N. 14).

(16) Vgl. etwa die akademische Festveranstaltung anläßlich des 80. Geburtstages von Ernst Wolf zum Thema "Die Krise des Rechtsstaats" am 29.10.1994 an der Universität Marburg mit Beiträgen von *Rupp, Meurer, Lüke, Deubner* und *Ernst Wolf*.

(17) Dazu zuletzt unter anderem *Strempel* (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, Beiträge eines Forums des Bundesministers der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, 1987.

(18) Hierzu *Haverkate*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken, 1977.

(19) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die allmähliche Verdrängung der "Legitimation durch Recht" durch eine "Legitimation durch Verfahren". Dazu zuletzt *Machura*, Niklas Lumanns "Legitimation durch Verfahren" im Spiegel der Kritik, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1993, S. 97 ff. Siehe in diesem Zusammenhang auch die neueren internationalen Diskussionen um die sog. "Verfahrensgerechtigkeit" / "Procedural Justice" (*zuletzt Röhl*, Verfahrensgerechtigkeit (procedural justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1993, S. 1 ff.; *R. Hofmann*, Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, 1992), sowie die neuere

den "Geschäftsanfall der Justiz" nennt.

Betrachtet man sich diesen jährlichen **Geschäftsanfall**, das heißt die Millionen und Abermillionen von Rechtsangelegenheiten und Rechtsstreitigkeiten, wie sie Jahr für Jahr an die staatlichen Gerichte herangetragen und von diesen auf welche Weise auch immer erledigt werden, dann ist es in der Tat so, daß angesichts dieser im internationalen Vergleich für Ausländer oft schier unfaßbaren Prozeßmassen für die Bundesrepublik Deutschland der Ausdruck **"Rechtsstreitstaat"** oder **"Prozeßstaat"** weit besser paßt als der des "Rechtsstaats". Besieht man sich zudem einmal den hinsichtlich seines **Machtpotentials**, seines Volumens und seiner **Diversifikation** wahrlich gewaltigen **Justizapparat** mit seiner im internatiolen Vergleich geradezu ungeheuerlichen Masse an Justizpersonal, insbesondere an Richtern, und seiner Fülle an extrem ausdifferenzierten Einrichtungen, wie er jener immensen Nachfrage nach gerichtlichen Rechtsschutz als staatliches Serviceangebot gegenübersteht, dann treffen auch die seit langem und oft verwendeten, kritisch bis abschätzig gemeinten Bezeichnungen der Bundesrepublik Deutschland als **"Justizstaat"** bzw. "Rechtsprechungsstaat", als "Rechtswege-", "Rechtsbehelfs-" oder **"Rechtsmittelstaat"** oder auch als "Juristen-" bzw. **"Richterstaat"** weit besser als der Ausdruck "Rechtsstaat"[20].

Diese Etikettierungen zielen nicht nur auf die besonders neuralgischen Punkte des deutschen Justizwesens ab und markieren nicht nur die großen Gegenwartsprobleme der deutschen Justiz, sondern bringen genauso die Schwachpunkte Deutschlands als Rechtsstaat zum Ausdruck, weil die Gründe für den Aufstieg der Bundesrepublik Deutschland zum Justizstaat zu einem gewissen Grad in den Gründen für ihren Abstieg oder ihr Versagen als Rechtsstaat zu suchen und zu finden sind.

Über diesen gegenwärtigen und durchaus kritisch zu sehenden **Zustand der deutschen Rechts- und Justizwirklichkeit** näher zu berichten, ist hier nicht der Ort und nicht die Zeit. Ich möchte und muß deshalb insoweit auf einen einschlägigen von mir erst kürzlich in der Türkei publizierten Beitrag[21] aus jüngster Zeit verweisen. Zu diesem Thema sei nur soviel gesagt, daß das deutsche Justizsystem an allen Ecken und Enden inzwischen an

rechtstheoretische Debatte um eine allgemeine "Prozeduralisierung" des Rechts und im Recht (etwa *Wiethölter*, Materialization and Proceduralization in Modern Law, in: Teubner (ed.), Dilemmas of Law in the Wellfare State, 1986, S. 21 ff.; *ders.*, Proceduralization of the Category of Law, in: Joerges/-Trubek (eds.), Critical Legal Thought: An American-German Debate, 1989, S. 501 ff.).

(20) Dazu mit weiteren Nachweisen *Gilles*, Der Prozeß als Mittel zur rechtlichen Konfliktslösung. Staatliche Justiz - gerichtliches Verfahren - gerichtliche Entscheidung, in: Grimm (Hrsg.), Einführung in das Recht, 2. Auflage 1991, S. 244 ff.; *ders.*, Streiterledigungssysteme und Rechtskultur - Konfliktsbeilegung innerhalb der staatlichen Ziviljustiz durch Zivilgerichtsverfahren und sog. Alternativen hierzu in der Bundesrepublik Deutschland, in: Waseda Conference Center (ed.), International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization, Session IV, Dispute Resolution Systems and Legal Culture, National report on German law, Tokyo (Japan), 1992, S. 552 ff.; *Gilles / Goldmann*, Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland, Comparative Study of Judicial Administration, International Project, in: Hikakuho Zasshi, Comparative Law Review (Japan), Band 20, Heft 3 (1986), S. 37 ff.

(21) *Gilles*, Das gegenwärtige Justizsystem in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Überblick über Probleme, Analysen und Reformen (türkische Übersetzung: Füsun Uyanış), Marmara Üniversitesi Yayın No: 543, Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, S. 383 ff.

Hybris leidet. Die deutsche Justiz ist nämlich nicht nur mächtig, sondern angesichts der ihr von Seiten der Gesetzgebung und Verwaltung, der Politik, Wirtschaft und Gesellschaft zugewiesenen oder zugewachsenen Aufgaben als fraglos stärkste unter den staatlichen Gewalten vielleicht längst übermächtig. Sie ist nicht nur groß, sondern nach Zahl und Ausmaß ihres Personals und ihrer Behörden übergroß. Sie ist nicht nur diversifiziert, sondern in ihren vertikalen und horizontalen Unter- und Feingliederungen in Rechtswege und Rechtszüge, Gerichte und Behörden, Zuständigkeiten und Verfahren von übersteigerter Komplexität. Und sie ist endlich - was heute als das Hauptübel der deutschen Justiz schlechthin beklagt wird - geschäftlich nicht nur erheblich belastet, sondern schlicht "überlastet", weshalb die "Überlastung der Justiz" seit geraumer Zeit zur Hauptantriebskraft für alle wichtigeren justiz- und verfahrenspolitischen Reformbestrebungen geworden ist.

2. Justizkritik und Justizreform: Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik

Diese Schwachpunkte und Schieflagen der deutshen Justiz, wie sie vor allem in der Zeit von Ende der siebziger bis Ende der achtziger Jahre von sämtlichen Präsidenten der höchsten deutschen Gerichte angeprangert worden sind, alsdann im einzelnen aufgedeckt und analysiert und solchermaßen zunehmend in das Blickfeld der **Rechtspolitik** und auch der Öffentlichkeit gerückt zu haben, ist ein Verdienst nicht zuletzt auch der deutschen **Rechtstatsachenforschung,** für welche nach wie vor das Justizwesen eines ihrer wichtigsten Forschungsfelder darstellt. Sie hat in jener Zeit einer Hochkonjunktur justizpolitischer Themen die durch eine massive **Justizkritik** ausgelösten Bestrebungen nach einer **Justizreform** nicht nur begleitet, sondern auch maßgeblich verstärkt und dies namentlich dort, wo seitens des Bundesjustizministeriums seit Ende der 80iger Jahre im Zuge der Strukturanalyse der Rechtspflege oder auch außerhalb derselben rechtstatsächliche Untersuchungen im Vorfeld gesetzgeberischer Reformvorhaben in Auftrag gegeben worden sind. Dazu verweise ich auf das Referat von **Dieter Strempel.**

Dabei stand im Vordergrund aller Reformbestrebungen das Ziel einer **Entlastung der Justiz**[22], wobei als **Entlastungstrategien** jene einer **Steuerung der Nachfrage** nach staatlichem Rechtsschutz ebenso diskutiert wurden wie solche der **Umlenkung der Justiznachfrage** auf alternative Ersatzangebote (sog. Alternativen zur staatlichen Justiz) oder solche einer **Steuerung des Angebots** an staatlicher Justizgewährung im Sinne entweder einer Maximierung resp. Expandierung staatlicher Justizressource oder aber ihrer Minimierung bzw. Rationierung oder schließlich ihrer Optimierung bzw. Rationalisierung. Daneben gingen die Reformbestrebungen aber auch in Richtung einer **Vereinfachung, Vereinheitlichung** oder schlicht **Verkleinerung** des als allzu üppig und allzu kompliziert kritisierten Justizsystems ("Opulenz", "Hypertrophie", "Labyrinth", "Irrgarten"), d.h. also in Richtung einer Begrenzung seines Volumens und einer Reduzierung seiner Komplexität, währenddessen die Fragen einer womöglich übermächtigen Justiz und einer Beschränkung ihres zunehmenden Einflusses auf Recht und Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, Politik und Ideologie nur selten einmal mitangesprochen wurden.

Diese Reformdebatte spitzte sich alsdann unter dem "Diktat leerer Staatskassen" und den

(22) *Gilles*, Deutsche Ziviljustiz als Beispiel für die Überlastung staatlicher Gerichte und Strategien zu ihrer Entlastung (türkische Übersetzung: Ejder Yılmaz), Ankara Barosu Dergisi, No. 5, 1992, S. 749 ff.

Leitsprüchen einer "Bewirtschaftung der Rechtsgewährung", der "Rechtsgewährung als knappes Gut" oder der "knappen Ressource Justiz" sowie angesichts neuerlicher innen- wie außenpolitischer Prioritäten (Arbeitslosigkeit, Umwelt, Wiedervereinigung, Europa, Vereinte Nationen etc.) auf die Forderungen nach einer **Rationierung** und/oder **Rationalisierung** des Justizsystems zu. Diese auf eine Einsparung von Justizressourcen ausgerichteten Forderungen erhielten zunächst einen deutlichen Auftrieb durch die im Einigungsvertrag zwischen den beiden ehemaligen deutschen Staaten von 1990 angeordnete Rechts- und Rechtspflegevereinheitlichung, die letztendlich in nicht mehr bestehen sollte als in einer Ausweitung des Rechts- und Justizsystems westdeutschen Zuschnitts auf die neuen ostdeutschen Länder. Denn eine solche - von Reformgegnern als "Abbau" gescholtene - Rationierung und/oder Rationalisierung des westdeutschen Justizsystems ließ zunächst noch auf eine Einsparung oder Freisetzung justizieller Ressourcen hoffen, wie man sie für den Aufbau des bis dahin dürftigen ostdeutschen Justizssystems dringend brauchte, und die man im Zuge einer bloßen Ressourcenumverteilung den neuen Ländern zugutekommen lassen wollte.

Diese historisch einmalige Chance, im Zuge der Wiedervereinigung des west- und ostdeutschen Justizsystems nun endlich eine schon seit Ende sechziger und Anfang der siebziger Jahre angestrebte sog. **Große Justizreform** im Sinne einer fundamentalen Neuordnung des gesamten Justizsystems in Angriff zu nehmen, wurde jedoch leider wieder einmal verpaßt, und zwar auch aus Gründen, die mit dem Thema "Rechtsstaat" in engem Zusammenhang stehen.

3. Blockade der Justizreform unter Berufung auf den Rechtsstaat

Wo immer sich nämlich in der jüngeren Vergangenheit Justizreformer namentlich aus den mit Justizverwaltungsproblemen geplagten Chefetagen der höchsten Gerichte und später auch aus dem Kreis des Bundesjustizministeriums und der Landesjustizministerien zu Wort meldeten und engagiert etwa für den ausschließlichen Einsatz von Alleinrichtern in allen erstinstanzlichen Gerichtsverfahren, für Einschränkungen in der Besetzung von Spruchkörpern oder wenigstens für einen verstärkten Einsatz von Einzelrichtern innerhalb von Kollegialorganen, für eine Ausweitung der sachlichen Zuständigkeit von Amtsgerichten gegenüber den Landgerichten in erster Instanz, für eine Straffung und Vereinfachung von Erkenntnisverfahren insgesamt oder jedenfalls der Beweisaufnahmeverfahren oder für eine Ausdehnung von Bagatellverfahren, für eine Verkürzung des Instanzenzuges oder für eine Rechtsmittelbegrenzung, -einschränkung oder -erschwerung, für eine Festschreibung des gegenwärtigen Bestandes des Justizpersonals oder für eine Verkleinerung desselben oder für andere einschneidendere Reformmaßnahmen plädierten, mußten sie sich gegen den Vorwurf vor allem aus Kreisen der Richter- und Anwaltschaft wehren, sie betrieben einen "Abbau" oder die "Demontage des Rechtsstaats". So mahnte, um nur ein Beispiel herauszugreifen, der damalige Präsident des Bundesverwaltungsgerichts **Sendler**[23] in einem vielbeachteten Beitrag aus dem Jahr 1982 nachdrücklich davor, "den Eindruck zu erwecken, als ob das deutsche Rechtsschutzsystem nur in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung mit all seinen

(23) *Sendler*, zum Instanzenzug in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBI 1982, 1757 ff.; siehe auch *Zeidler*, Rechtsstaat 83, DRİZ 1983, 249 ff.; *Pfeiffer*, Knappe Ressource Recht, ZRP 1981, 121 ff.; *Benda*, Richter im Rechtsstaat, DRİZ 1979, 357 ff.

Hypertrophien und seiner Unübersichtlichkeit rechtsstaatlichen Anforderungen genüge", verbunden mit der Warnung, "unser Rechtsschutzsystem in all seiner Kompliziertheit und Instanzenseligkeit als rechtsstaatlich geboten anzusehen".

Diese Mahnung und Warnung war an die Adresse derjenigen gerichtet, die - wie etwa der damalige Präsident des Deutschen Anwaltsvereins **Rabe**[24] den Justizreformern vorwarfen, sie betrieben eine "Politik des Ausverkaufs rechtsstaatlicher Institutionen und Garantien", oder die - wie etwa der damalige Vorsitzende des Deutschen Richterbundes **Leonhardy**[25] - sich dahingehend äußerten, daß jeder, der "mit Rotstiftmentalität an die Justiz" herangehe, sich "an einem der tragenden Prinzipien unseres Staates" vergreife.

Sieben Jahre später sah **Sendler**[26] erneut genügend Anlaß, zu einer Beschneidung der "Wucherungen unseres Rechtsstaats" aufzurufen und in seinem Vortrag auf dem Deutschen Anwaltstag 1989 gegen das reformunwillige "eher zur Unbeweglichkeit neigende Heer" der Richter und ihrer Lobby und ebenso gegen die "Widerständler" aus den Kreisen der "Rechtsanwälte und ihrer Standesorganisationen" zu wettern, die schon "deswegen den Rechtsstaat untergehen" sähen, wenn auch nur "unsere Gerichtsorganisation etwas weniger unübersichtlich gemacht oder gar eine Instanz eingespart würde".

Noch viel härter machte die Richter- und Anwaltschaft[27], gelegentlich auch unterstützt von der Wissenschaft[28], Anfang der neunziger Jahre Front gegen jede tiefergehende oder weiterreichende Justizreform, und zwar aus Anlaß des damals in Vorbereitung befindliche und alsdann in entschärfter Fassung Anfang 1993 verabschiedeten **Rechtspflegeentlastungsgesetzes** unter erneuten Beschwörungen von Gefahren für den "Rechtsstaat", hinter denen sich oft nicht viel mehr verbargen als handfeste Profit-, Berufs- oder Verbandsinteressen. Wie die weitere Entwicklung zeigte, verfehlte das Schlagwort bzw. der Kampfbegriff "Rechtsstaat" auch diesmal wieder seine einschüchternde Wirkung auf die Rechtspolitik und Gesetzgebung, das Parlament und die Gesetzgebungsausschüsse nicht. Vielmehr genügte es, einfach irgendwelche Gefahren für den Rechtsstaat an die Wand zu malen, um wieder einmal eine große oder größere

(24) *Rabe*, Herausforderungen an die Anwaltschaft, AnwBL 1982, S. 269 ff.; siehe auch *Birk*, Verfahrensvereinfachung - Abbau des Rechtsstaats?, AnwBL 1984, S. 196 ff.

(25) *Leonhardy*, Eröffnungsrede, in: Deutscher Richterbund (Hrsg.), Grenzen der Rechtsgewährung. Die Vorträge und Referate des Deutschen Richtertages 1983, S. 1 ff.; demgegenüber ders., Rechtsstaat und Begrenzung der Rechtsgewährung, DRiZ 1982, 101 ff.

(26) *Sendler*, Der Rechtsstaat im Bewußtsein unserer Bürger, AnwBl 1989, 415 ff.

(27) *Asbrock*, Entlastung der Justiz zu Lasten des Rechtsstaats?, ZRP 1992, S. 11 ff.; *Boysen/Weßlau*, Entlastung der Justiz, Belastung des Rechtsstaats?, DuR 1991, S. 381 ff.; *Bundesrechtsanwaltskammer/Deutscher Anwaltsverein*, Entlastung der Rechtswege - Verkürzung des Rechtsschutzes, AnwBl 1991, 308 ff.; siehe dazu auch den Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27.9.1991, BT-Drucksache 12/1217.

(28) *Prütting*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege - eine Gefahr für den Rechtsstaat?, AnwBl 1991, S. 606 ff.; *Werle*, Aufbau oder Abbau des Rechtsstaats?, Juristenzeitung 1991, S. 787 ff.; siehe aus neuester Zeit auch *Scheffler*, Kurzer Prozeß mit rechtsstaatlichen Grundsätzen?, NJW 1994, 2191.

Justizreform zu blockieren, während die vereinzelt gebliebenen Rufe von Reformern[29] nach "mehr Rechtsstaat durch Verfahrensvereinfachung" weitgehend unerhört verhallten. Einmal mehr reichte also in der Bundesrepublik Deutschland die Mobilisierung schlicht des Begriffs "Rechtsstaat" ohne jede nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit dem normativen, formell- oder materiellrechtlichen Gehalt jener Zauberformel und erst recht ohne jede Auseinandersetzung mit dem Rechtsstaat als Realphänomen aus, dringend nötige Gesetzesreformen abzuwehren, was bei der engen Kooperation zwischen Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland für die deutsche Rechtstatsachenforschung zugleich bedeutete, daß auch dieser das Wasser abgegraben wurde, jedenfalls soweit diese an den rechtspolitischen Reformprozessen pratizipierte.

Das Motto dieses Symposiums für Deutschland auf einen kurzen Nenner gebracht lautet damit nicht etwa - wie für die Türkei- "Rechtstatsachenforschung pro Rechtsstaat", sondern umgekehrt: "Rechtsstaat contra Rechtstatsachenforschung"!

IV. Fazit

Als Resümee meiner Anmerkungen zum Tagungsthema "Rechtstatsachenforschung und Rechtsstaat" ergibt deshalb für die Türkei hier und Deutschland dort ein unterschiedlicher Befund: Während es nämlich für die Türkei darum geht oder jedenfalls aus meiner subjektiven Wahrnehmung darum zu gehen scheint, ob und inwieweit die Rechtstatsachenforschung - zumindest eine wissenschaftlich einigermaßen fundierte - im Zusammenwirken mit der Rechtspolitik einen Beitrag zum "Aufbau des Rechtsstaats" zu leisten vermag, geht es für Deutschland darum, daß und weshalb sich mit dem Argument eines "Abbaus des Rechtsstaats" rechtspolitische Bestrebungen und die sie begleitenden empirischen Forschungen verhindern lassen.

Was sich an diesen Befund jedenfalls im Hinblick auf die deutsche Situation nunmehr anschließen müßte, wäre nun eine gründliche **Analyse** dazu, welche der diskutierten Reformvorschläge oder schon realisierten Reformmaßnahmen auf dem Justizsektor im einzelnen denn nun den Rechtsstaat als Staatsordnung oder Staatswirklichkeit in all seinen Normativitäten und/oder Faktizitäten, wirklich gefährden oder verletzen, was entscheidend davon abhängt, was alles man an Formalprinzipien oder Grundwerten und/-oder an rechtsrelevanten Tatsachen unter den Rechtsstaatsbegriff zu packen gewillt ist. Damit verbinden sich die für Deutschland spezifischen Fragen, ob denn einer deutschen Neigung entsprechend, alle der hier angesprochenen Rechts- und Sachprobleme rechtsstaatlich verbrämt und samt und sonders sogleich auf die Verfassungsebene gehoben und damit der freien Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen werden sollten, ob denn die bisherigen rechtlichen und justiziellen Errungenschaften oder Entwicklungsergebnisse seit Entstehen der Bundesrepublik wirklich sämtliche unter Rechtsstaatsgesichtspunkten bewahrenswert sind und ob nicht manche ihrer hybriden Auswüchse ("Hypertrophien", "Wucherungen", "Wildwuchs") schleunigst als rechtsstaatswidrig beseitigt werden müßten.

(29) *Bender*, Mehr Rechtsstaat durch Verfahrensvereinfachung, DRiZ 1992, S. 19 ff.; *ders.*, Mehr Rechtsstaat durch Verfahrensvereinfachung, in: Festschrift für Wassermann zum 60. Geburstag 1983, S. 629 ff.

Dabei freilich handelt es sich - zum Glück für den Referenten - um ein anderes Thema als das hier und heute verhandelte, weshalb ich die Antworten hierauf schuldig bleiben darf.

Abstract

According to the final general title of the Turkish-German Symposium this contribution deals with the two catch words of the so-called legal fact research ("Rechtstatsachenforschung") on one side and the so-called rule of law (Rechtsstaat") on the other as well as with the various theoretical meanings and quite different factual phenomena hidden behind these both terms, raising the question what relations or interdependences could exist between them. An answer on this question is not easy to find, because it is not obvious at all and even by a second and third glance not easy to discover what legal fact research as a jurisprudencial and/or (empirical) sociological discipline (resp. method) has to do with one of the particulary in Germany highly academic and very controversial treated key words of state law theories and political sciences.

In a first step the basic prerequisites, accomplishments and possible scientific foundations of the so-called legal fact research are outlined, in a second step followed by a critical analysis of the term "rule of law" as an artificial word creation and meanwhile often used but nearly nowhere compulsory defined terminus and its underlying formalistic and/or materialistic contents. Then, looking for probable relations between modern legal fact research on one hand and the classical rule of law concept on the other, any remarkable determinations or even mere influences of legal fact research by the rule of law could not be elaborated. This allows to neglect this aspect in the following whereas in the reverse direction a certain influence of legal fact research on the rule of law is already or at least could be in the future quite significant as far as the constitutional reality of the rule of law ("Verfassungswirklichkeit") resp. the factual side of this concept is or becomes a subject of factual legal research itself. In this case factual as well as legal shortcomings of the rule of law in a certain country can be discovered, observed and critizised and proposals be made how to improve the questioned legal order and the corresponding social situation. I.e. in that case legal fact research could offer a valuable contribution to the realization, stabilization and optimization of democratic conditions in a country concerned.

Looking to the Turkish reports for this symposium and watching the respective Turkish discussions a foreign observer may get the impression that this consideration has been one of the main concerns of this symposium as a whole.

As a résumé insofar the motto of the symposium for Turkey can be set in the question wether or how legal fact research in cooperation with legal policy will be able to make a contribution to the construction of the rule of law now or in future. Or in short: "Legal fact research pro rule of law"!

The contemporary German debate however does not proceed in this way for the following reasons: The German state characterized by its administration of justice, well-known and often admired as a "Rechtsstaat" in all its mightiness, volume and diversification suffers from hybris. It is overpowered, oversized, overcomplex and last but not least - as a cause or a consequence - overloaded by millions and millions of cases handled by the German courts year by year, leading to the critically meant characterizations of the German state as a "Justizstaat" or "Prozeßstaat" emphazising also a new crisis of the rule of law caused by floods of legal regulations, decisions and disputes all over. These are the reasons why the German legal and judicial system is sharply critisized and why it needs urgently a fundamental reform. Now in Germany one of the great mer its especially of the relative new legal fact research particularly supported mainly by the German Federal Ministry of Justice has been to point out these problems of the German legal and judicial systems mentioned above drawing these problems into the light of legal politics and public attention and offering a broad spectrum of proposals how to solve them. But whenever such critics and proposals are made they are often heavily rebuffed with the argument raised especially by the powerful organisations of lawyers and judges that every further reaching change of the present legal and judicial system would dismantle or even destroy the rule of law. This leads to the assumption that legal fact research in Germany is widely not seen as a means to maintain the rule of law but in the contrary - as far as fundamental reforms are at the stake - as an enterprise which is jeopardizing or endangering the rule of law worth to be preserved in all its present appearences.

As a résumé insofar the motto of the symposium for Germany could be set in the statement that in the present the rule of law or more precisely the mere argument of a dismentalment or distruction of the rule of law without any further reasoning is hindering the political reform efforts as well as the accompanying legal fact research. Or in short: "rule of law contra legal fact research"!

Peter Gilles

Hukuk Devleti İçin Hukuksal Olgular Araştırması-Hukuksal Olgular Araştırmasına Karşı Hukuk Devleti - Alman Bakış Açısından Sempozyum Konusuna İlişkin Düşünceler

(Çeviren: Altan Heper)

PLAN

I- Konunun ortaya konuluşuna ilişkin ön açıklamalar

II- Genel Konuya Yaklaşımlar

1. Hukuksal Olgular Araştırması: Temel Koşullar ve Bilimsel Temeller
2. Hukuk Devleti: Slogan, Devlet Düzeni, Devlet Gerçeği
3. Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti Arasındaki Muhtemel İlişkiler

III- Federal Almanya Cumhuriyeti: Hukuk Devleti mi? Adliye Devleti mi?

1. Adliyenin Kibirliliği: İş Sayısı, İktidar, Hacim ve Çeşitlilik
2. Adliyenin Eleştirisi ve Adalet Reformu: Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Politikası
3. Adalet Reformunun Hukuk Devleti Gerekçesi İle Engellenmesi
4. Sonuç

I- Konunun Ortaya Konuluşuna İlişkin Ön Açıklamalar

Hayrettin Ökçesiz yaklaşık iki yıl önce bana İstanbul'da planlanan bir Türk-Alman kongresine katılıp katılamayacağımı sorduğunda, kongrenin ana konusunu hukuksal olgular araştırması, hukuksal olgular araştırmasının temel koşulları ve bilimsel temellerinden başka bir şey oluşturmuyordu. O zamanki temel düşünce böyle bir kongre aracılığıyla hukuksal olgular araştırmasının (veya ampirik hukuk veya ampirik hukuk sosyolojisinin) Türkiye'de, Almanya'da ve diğer Avrupa ülkelerindeki örneklerine uygun olarak toplumsal bilimler araştırmasının ve / veya hukuksal araştırmanın kendine özgü bir bölümü olarak kurumlaşmasına birlikte yardımcı olmaktı. Çünkü bence, bugüne kadar hukuksal olgular araştırmasının Türkiye'de sadece mütevazi bir önemi vardı. Bunun nedeni, Türk Adalet Bakanlığı Adli İstatistik Genel Müdürlüğü dışında, yine sınırlı ölçüde Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi olarak adlandırılan kürsülerde konu ele alınmıştır. Bu kürsüler geleneksel olarak görevlerini, ampirik hukuk araştırmasından ziyade, hukuk felsefesi ile beraber teorik-spekülatif hukuk sosyolojisinin geliştirilmesi olarak idrak etmişlerdir.

Bu genel konuya, ben-özel hukukçu, usul hukukçusu, karşılaştırmalı hukukla meşgul biri olarak-önce "Özel Hukuk Yargılamasının Yükünün Azaltılması Örneğinde Hukuksal Olgular Araştırmasına İlişkin Sorular" başlıklı bir tebliğle katılmaya söz vermiştim.

Bu ilk düşünülen konu, zaten konu itibariyle iddialı, karmaşık ve zor olacaktı. Sadece hukuk sosyologlarının, hukuk ekonomistlerinin, hukuk demoskoplarının ve belki de var olduğu kabul edilirse hukuk tahmincilerinin işbirliği ile ve hukuksal olgular araştırmasının bilimsel temelleri söz konusu olduğunda, ancak hukuk-ve bilim teorisi, veya hukuk ve bilim metodolojisiyle uğraşanların yardımıyla, belli bir neticeye varılacak, zorluğunun üstünden gelinebilecek özellikteydi.

Bu konu, "hukuksal olgular araştırması" değişti. Sempozyumun planlamasının ilerki aşamalarında, konu "Hukuk Devleti Açısından Hukuk Uygulamalarının Ampirik İncelemesinin Bilimsel Temelleri" başlığını taşıdı. Bu yeni tema, bir yandan ilk önce düşünülen hukuksal olgular araştırmasına karşı hukuk uygulamasının ampirik araştırmasını kapsayan bir sınırlama anlamına gelmekteydi. Bu hukuk uygulaması, sadece mahkeme uygulamalarının (adli tıp, usul-duruşma-karar araştırması v.b) veya daha ileriye gidildiğinde yargı veya adliyenin yapısına (adliye araştırmasını) kapsaması olarak anlaşılıyordu. Bir yandan temanın yeniden formüle edilişi yeni konuları kapsama anlamına geliyordu. Artık konu, ya "bilimsel temeller" ya da "ampirik araştırma" veya "hukuk devleti olma" gözlemiyle "hukuk uygulaması"nın incelenmesi haline gelmişti. Bu da, ya temel bilimin veya deneyin, temel bilim veya deney olarak veya mahkeme uygulamasının veya adli yapının kendi imkânları dahilindeki araştırma konularında, hukuk devleti gerekliliklerine uygunluğunu ölçmek, eleştirmek, kontrol etmek demekti. Belki bu, mahkeme veya adliye sektöründe bir bilimsel olarak temellendirilmiş vakıa araştırmasının yardımı ile, bir devletin-burada Türkiye sözkonusu-hukuk devleti olmasına katkıda bulunmak anlamına gelirdi. Bu anlam verme çabaları şüphesiz sempozyumun ana konusu olarak neyin sözkonusu olması gerektiğine ilişkin spekülasyonlardan başka bir şey değildir. Sempozyumun organizatörleri, tebliğcilerden özellikle tebliğlerinde, sürekli olmasa da en azından yeri geldiğinde, hukuk devleti konusuna, sadece biraz açıklık getirse de, değinmelerini rica ettiler. Kuşkusuz, konunun bu yeni formüle edilmiş hali de geçiciydi. Çünkü başlangıcından kısa bir süre önce sempozyumun başlığı "Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti" oldu. Böylece ampirik hukuk pratiğinin incelenmesinin dışında şimdi tekrar, hukuksal olgular araştırması, bir bütün olarak ve bu kez, önceleri vurgulanan hukuksal olgular araştırmalarının bilimsel temellerinden vazgeçilerek, ön plana çıktı ve hukuk devleti ikinci merkezi konu oldu. Sadece konuya eşlik etmesi düşünülen hukuk devleti olma yönünün yerine geçti. Sempozyumun başlamasından kısa bir süre önce, en son geçerli şekliyle programın ana başlığı "Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti" idi ve ana başlık "Hukuk Uygulaması ve Hukuk Uygulamasının Bilimsel Temelleri" alt başlığını taşıyordu.

Böylece, nihai olarak en azından iki olağanüstü ve aynı derecede çok ilginç konu yanyana birbirine bağımlılık arzetmeden bulunuyor. Bunlar bir yandan belli bir araştırma dalı olarak hukuksal olgular araştırması; bu dal kendini hukuksal önemi haiz olayları araştırmaya vakfetmiştir veya bu dal gerçeklerle ve realiteler içinde teorik-bilimsel çalışmayı ve/veya pratik -teknik çalışmayı amaçlar. Diğer taraftan hukuk devleti, hukuk devleti (ifadesi) geleneksel kullanılışında hiç bir şey ifade etmediği gibi, çok şey ifade eden belirli devlet yapıları için bir yaftadır. Bu devlet yapıları geleneksel, sadece normatif anlam içeriğine sahiptir. Bu muhtevayla, şimdiye kadar yüksek, en yüksek veya aşırı yükseltilmiş bir akademik seviyede, kamu hukuku teorisyenleri, siyaset bilimciler veya anayasa hukukçuları uğraşmışlardır.

Böylece, bir yandan pozitivist-dogmatik, kavramsal soyut, bir yandan da vakıa-gerçek, özünde fenomenolojik somut olan, tamamen farklı seviyelerde yer alan konuların aslında birbirleriyle ne ilgisi olduğu sorusu önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Burada konferansın hazırlıklarının yapılışına, konferansın birçok kez değiştirilen genel temasına ilişkin bu düşüncelerimi açıklamamla, bunun bir eleştiri olarak yanlış anlaşılmamasını rica ederim. Böyle bir eleştiri hakkına bir yabancı ve misafir olarak sahip değilim. Bu düşüncelerimi asıl konunun birbirinin içine giren diğer konuların içeriğini tespit etme gayreti olarak görmenizi dilerim. Bu tespit, bu sempozyumun amaçlarını, ön düşüncelerini, düzenleniş nedenlerini bilmeyen dışarıdan birisi benim için hiç de kolay değildir. Bu nedenle aşağıda konuya ilişkin Alman bakış açısından düşüncelerim, türk meslekdaşlarımın kendi bakış açılarından, konunun dışında kalabilir veya beklentileri karşılamayabilir.

II. Genel Konuya İlişkin Yaklaşımlar

Hukuk devletiyle ve hukuksal olgular araştırmasıyla ilgili konuların birbiriyle ilişkisini kısaca ele almak için, önce kısaca hukuksal olgular araştırması ile ilgili konulara, daha sonra, yine kısaca hukuk devleti ile ilgili konulara değinerek, genel konuya temas etmek istiyorum.

1. Hukuksal Olgular Araştırması: Temel Koşullar ve Bilimsel Temelleri

Hukuksal olgular araştırması[1], hukuk teorisi ve hukuk sosyolojisinden farklı olmayarak, hukuk bilimi içersinde ve diğer hukuk dalları karşısında varlığını devam ettirmesi söz konusu olduğunda, hiç de kolay bir pozisyona sahip değildir. Diğer hukuk bilimi dalları ile karşılaştırdığımızda hukuksal olgular araştırmasının ana faaliyeti vakıalar araştırması, bilgi toplama ve kural olarak çok zaman almakta, iş ve personel yoğunluğu nedeniyle masraflı bir nitelik taşımaktadır. Hukuksal olgular araştırmasının, hukukun ağırlıklı olarak pozitivist, dogmatik, sistematik düşünce ve çalışma tarzıyla saf veya safa yakın bir hukuk bilimi (law in books) olarak görüldüğü ("civil-law-countries"), ("code-law-countries") hukukun aynı zamanda gerçeğin bilimi olarak anlaşılmadığı ülkelerde özel bir zorluğu vardır. Anglo-amerikan ("common-law-countries"), ve hukuki realizmin ("law in action") ağır bastığı İskandinav hukuk çevrelerinin aksine, bu ülkeler arasına Türkiye ve Almanya aynı ölçüde girer.

Başarılı ampirik bir çalışmanın temel koşullarına bu nedenle para ve yine para, yeterli, uygun imkânlar ölçüsünde birçok dalı kapsayan bilgiye haiz araştırma personeli veya birden fazla dalı kapsayan teçhizatlı araştırma ekipleri dahildir. Bundan başka koşullar olarak, belirli bilgi toplama yöntemlerinin (anket, röportaj, gözlem, sayım v.b.) kullanılmasının gerektirdiği zorunlu araç, gereç de sayılır. Özellikle de düşünülebilecek bütün bilgi kaynaklarına (Enstitü, Üniversiteler, adli ve idari makamlar, yasakoyucu organlar, dernekler, yayın organları, bakanlıklarda ve benzeri kurumlardaki bilgi bankalarına, dokümantasyon merkezlerine, arşivlere, bibliyoteklere, istatistiklere, verilere ve fişlere) mümkün olduğunca özgür veya en azından kolaylaştırılmış bir ulaşma imkânı da bu temel koşullar içersindedir.

Hukuksal olgular araştırması, sadece mali ve diğer maddi destek çeşitlerine ihtiyaç

[1] Bu konu için genel olarak *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974

duymaz, aynı zamanda devlet kurumlarının veya bağımsız organizasyonların (Alman Kültür Merkezinde olduğu gibi), ama üniversitenin bilimsel işletmesinin de iyi niyet desteğine ihtiyaç duyar. Üniversite işletmesinin bölümler arasındaki hiyerarşideki prestij mücadelelerinde ve özellikle üniversitenin para ve personel imkânlarının dağıtımında, bölüm egoizmi bilinmektedir ve üniversite idaresi bugüne kadar yeni bölümlere karşı özel bir çekingenlikle, aşikâr bir içten pazarlılıkla veya hatta kaba bir redle tepki göstermiştir.

Hukuksal olgular araştırması kurumlaşmak istiyorsa, mevcut verilere dayanarak araştırma sonuçlarıyla ve en azından sağlam araştırma planlarıyla takdir kazanmaya çalışmalıdır ve bu takdir de, bilimin içiode ve idare, yürütme ve yargıda, kamuoyunda ve özellikle medya kamuoyunda kazanılmalıdır. Bu takdir toplama işinde, temellerine oturmuş bir hukuksal olgular araştırmasının bilim, devlet ve toplum için neler yapabileceğini gösteren, yani hukuksal olgular araştırmasının sahip olduğu veya olabileceği fayda etkenleri konusunda, önemli bir ikna faaliyetinin geçerliliği vardır.

Hukuksal olgular araştırması işlev ve ifa kataloğu[2], hukuk biliminin yardımcı dalları veya komşu, partner dalları olarak adlandırılan ampirik sosyal bilimlerin kataloğuna büyük ölçüde uymaktadır.

- Bilgilendirme: Tasavvur yeteneğinin derinleştirilmesi ve geliştirilmesi, somut düzenleme ve karara konu olaylar veya gerçek problemler, toplumsal ve mesleki pratik ile gerçekler konusunda hukukçuların bilgilerinin özenli hale getirilmesi.

- Analiz: Hukuk ve gerçek arasındaki, birbirini etkileyen ilişkilerin anlaşılmasının derinleştirilmesi ve geliştirilmesi, toplumsal-politik ve sosyoekonomik varsayımlar için daha iyi bir bakış açısının sağlanması, hukukun etkinliği, ifa gücü ve ölçütleri, bu fenomenlerin eleştirisel değerlendirilmesini olanaklı kılmak.

- Somutlaştırma: Karar konusunun ve yakın çevresinin tam olarak aydınlatılması aracılığıyla daha adil münferit olay kararlarının sağlanması, olayın canlandırılmasında düzeltmeler (rekonstrüksiyon) ve hukukun uygulanmasında ve geliştirilmesinde, hukuk prensiplerinin, belirsiz hukuk kavramlarının, özellikle genel klozların (Generalklausel) daha doğru olarak içeriğinin doldurulması ve yorumu.

- Sonuca Yönelik Olma: Karar vermede sonuçların değerlendirilmesi yeteneği ve kararların gerekçelendirilmesinde bu yeteneğin gösterilmesi.

- Tahmin ve Sonuçların Kontrolü: Hukuksal olguların gelişmesi üzerine yapılan tahmin olanaklarının düzeltilmesi veya kararların veya normların sonuç etkileri imkânının düzeltilmesi veya yasa ve karar sonuçlarının veya tahmin edilmiş gerçeklik değişikliklerinin oluşunun, değişikliğin vukuundan sonra incelenmesi imkânlarının iyileştirilmesi;

- Meşruiyet: Yasa koyma işlemlerinin gerekçelerinin haklı kılınması ve kararların gerekçelerinin düzeltilmesi ve dogmatik fenomenler ve yasal düzenlemelerin niyetlerinin veya rasyonelliğinin açıklığa kavuşturulmasının kolaylaştırılması ve artırılmış plozibilitet (tutarlılık) ile konsensus sağlanmasının kolaylaştırılması;

- Hataya Sevk, Eleştiri ve Düzeltme: Ortaya çıkma, soru yöneltme, yanlışlığı ispat, nispileştirme,

[2] Bu konuda *Gilles*, Der Beitrag der Sozialwissenchaften zur Reform des Prozessrechts (S. 109 f.), in: *Gilles* (hazırlayan), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung. Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht in Würzburg 1983, S.105.; ayrıca *Roth* (hazırlayan), Rechtssoziologie und Prozessrecht, Wien 1983.

hukuksal ve yasal toplumsal, piyasaya ait ve sözleşme modellerinin, düzene yön veren modellerin teyidi veya doğru olarak düzeltilmesi veya sübjektif tecrübeler, günlük hayat teorileri denilen teoriler nedeniyle gerçeklik varsayımları veya hukuken izahı gerektirmeyen şeyler ve hukuki ön anlamları ve ideolojik içeriğinin aydınlatılmasıyla dünya görüşleri;

– Bilimsel ve metodik yenilenmeler: Hukuk bilimsel metodolojinin ve hukuksal bilim anlayışının yenilenmesi ve hukuk realizmi ve hukuk sosyolojisi açısından bakış açısı ve çalışma biçimi yönünde bilimsel ve metod yeniliklerinde değişiklik;

– Esinlenme ve Saik: Sosyal problem alanlarının karar verme ve düzenleme zorunluluklarıyla yasal hukuk reformları dahil olmak üzere hukuk bilimsel, hukuk pratiğine ve hukuk politikasına ilişkin veya gerçek problemlerin açıklığa kavuşması konusunda çoğalan düşünceler.

Bir kez formüle edildiği gibi, "yasakoyucunun atışlarını karanlığa yapmasını" önlemek için, yasa koyma planlama hazırlığı bölümünde ve hukuk politikasına bilimsel olarak refakat olarak hukuksal olgular araştırması özel bir önem taşımaktadır.

Almanya'da hukuksal olgular araştırmasının durumu ve önemi sözkonusu olduğunda, hukuksal olgular araştırmasının, mutlaka zorlukları olmasına rağmen, başka yerlerden ve özellikle Türkiye'den farklı olarak bazı şeylerin kolay olduğunu söyleyebiliriz. Bildiğim kadarıyla, Türk Adalet Bakanlığının, Alman Adalet Bakanlığından farklı olarak adli istatistikler için bir dairesi vardır, fakat Türk Adalet Bakanlığının hukuksal olgular araştırmasına yönelik bir bölümü ve Almanya'nın tersine adli hizmetin yapısal analizine ilişkin herhangi bir büyük çalışması yoktur ve yakında da olacağı sözkonusu değildir. Adli hizmetin yapısal analizi, Alman hukuksal olgular araştırmasına büyük bir ivme kazandırmıştır. Bu konuda, zaten Dieter Strempel ve Hubert Rottleuthner[3] bu dalın fevkalâde Alman temsilcileri olarak, gerekli açıklamaları yaptılar. Bu nedenle benim bu konuda fazla konuşmama gerek yok.

Bu bağlamda sadece bir noktaya kısaca değinilecektir. Hukuksal olgular araştırmasının bilimsel temelleri[4] bu sempozyumun organizatörlerinin özellikle ilgisini çekmiş görünüyor. Burada dikkati çeken nokta, hukuksal olgular araştırmasının kesinlikle sadece hukuk biliminin temsilcileri veya herhangi bir disiplinin uygulamacıları bilim adamları tarafından yapılmadığıdır. Bu kişilerin yanında, bakanlıklarda, yasakoyucu organların birimlerinde, idare çalışanlarınca, hukukçuların meslek örgütlerince, meslek, yargıç veya avukat dernekleri tarafından görevlendirilmiş özel araştırma enstitülerince veya işveren danışma bürolarınca, bazı özel bilirkişilerce veya diğer kişiler veya örgütlerce de hukuksal olgular araştırması yapılmaktadır. Sadece bu alanda faaliyet gösteren farklı aktörlerden değil, aynı zamanda farklı araştırma konusuna bağımlı olarak ve dolayısıyla bu konulara ilişkin kullanılan araştırma yöntemleri nedeniyle, hukuksal olgular araştırması çok farklı biçimlerde gerçekleşir: bir yandan daha ziyade teknik ve pratik olarak, "don't worry, just do it" (tasa etme, harekete geç Ç.N.) sloganına göre ve kendi düşüncesi ve eylemi üzerinde önemli bir metodolojik

(3) *Rottleuthner*, Rechtssoziologie und Rechtsstaatlichkeit, *Strempel*, "Die Bedeutung der emprischen Rechtsforschung für die Rechtspolitik und Rechtsdogmatik im Rechtsstaat am Beispiel der Forschungen im Rahmen der Strukturanalyse der Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland."

(4) Bu konuda *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Kolleg Rechtstheorie Cilt IV, 2, 1981, S. 76, 171 ff.; *Strempel*, Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland-Dokumentation und Bezugspunkte einer Strukturanalyse, KritV 1986, S. 242 ff.; aynı yazar, Empirische Rechtsforschung. Entwicklung und Beitraf für die Rechtspolitik

refleksiyon olmaksızın davranma, bir yandan da daha ziyade bilimsel ve teorik olarak ve münferit bilimsel öğretim ve mesleki sosyalizasyon ve münferit araştırmacının ve araştırma grubunun tecrübelerine ve yeteneklerine bağımlı davranma.

Hukuksal olgular araştırması, bilimsel talepleri karşılamaya çalıştığında, her araştırmacının veya araştırma grubunun kendi dalına özgü bir stille hareket ettiği, herhangi bir birlik veya genel bir konsensüs sağlanmayıp, sadece hukuksal olgular araştırmasına özgü bilimsellikle hareket edildiği, bunun da aksinin mümkün olmadığı izlenimi doğmaktadır.

Bu yüzden, bu sempozyumun ilk konusunu ve şimdiki alt başlığını ampirik araştırmaların "bilimsel temelleri" oluşturuyorsa veya bilimsel temeller araştırılıyorsa, benim cevabım ve düşüncem, herhangi bir ortak ve bütün hukuksal olgular araştırmalarına aynı şekilde dayanak teşkil edecek, yeterli bir teorik-bilimsel temele dayanan çalışma ve düşünce metodunu esas alan böyle "temeller" yoktur. Böyle temellerin mümkün olmaması, hukuksal olgular araştırmasının ciddi yapılması halinde, herhangi bir bilimin tek başına konusunu oluşturmaması nedeniyledir ve bunun bir nedeni de hukuksal olgular araştırmasının hukuk bilimince yapılması halinde, araştırmanın, partner, komşu ve yardımcı bilim dalları ile (mesela ampirik ve teorik sosyoloji, ekonomi, istatistik, demoskopie, prognostik, sosyal psikoloji v.b) işbirliği olmaksızın gerçekleşmemesidir. Hukuksal olgular araştırmasının genel "bilimsel temellerinin" geliştirilmesi amacıyla bilimler arası harmonide denendiği gibi veya disiplinler arası metod entegrasyonunda olduğu gibi, böyle bir çaba "hukuk bilimi ve sosyal bilimlerin entegrasyonu[5]" konusundaki tecrübelerde de görüldüğü gibi, boş bir çaba olarak kalacaktır.

Bu nedenlerle, hukuksal olgular araştırmasının bilimsel temellendirilmesini, gelişerek bir bağımsız dal veya en azından tanınmış, kabul görmüş araştırma yöntemi haline gelmesini şüpheyle karşılamak, hukuksal olgular araştırmasının teorik, metodik temel sorunlarıyla bugüne kadar olandan daha yoğun ve geniş bir biçimde ilgilenmemek anlamına gelmez. Böyle temel sorunlara, meselâ, hukuksal olgular araştırmasının varsayımlarının nedenlerine, çıkış tezleri ve hipotezlerine ait sorunlar, erişilmesine çalışılan araştırma sonuçları (örneğin faktör, yapılar, fonksiyon veya etkenlik analizleri) konusunda, araştırma hedeflerinin ve araştırma konularının ilk belirlenmesi ve ayıklanmasının kriterlerine ilişkin sorunlar ve kullanılan araştırma yöntemleri ve tespit yöntemlerine ilişkin sorunlar, tek tek araştırma işlemlerinin teşekkülü ve strüktürü veya münferit çalışma safhalarının hangi sırayı ve prosedürü takip ettiği ve son olarak da, her araştırmanın hedefine bağlı ve ondan ileri giden amaç tespitleri ve muhtemel etkilerine ilişkin sorunlar dahildir. Bir ampirik hukuksal olgular araştırmasının (kapsamının) ampirik bulgulara göre olgular araştırmasında veya veriler toplanmasında veya dokümantasyon ve tanımlamalarla bitip bitmeyeceği veya ne ölçüde biteceği, yoksa bu bulguları hukuksal olgular araştırmasının kendisinin analize etmesinin ve eleştirmesinin, anlam vermesinin, takdir etmesinin ve hangi ölçütler kullanılırsa kullanılsın, değerlendirmesinin, hatta belirli amaçlar için faydalanmasının görevi olup olmadığı konusunda daha fazla bir açıklık gerekirdi. Bu konuda hukuksal olgular araştırmacıları arasında çok farklı fikirler görülmektedir.

(5) Bu konuda ayrıntılı atıflar için *Gilles* (1 nolu dipnotu), S. 105 vd. Festschrift für Wassermann, 1985, S. 223 ff.; *Röhl* (dipnotu 1)

Son olarak tespitimiz; hukuksal olgular araştırmasını, bilim teorisine ilişkin, hatta muhtemel olarak hukuk biliminin merkezi hukuk felsefesi sorunlarıyla, düalist ve monist bağlantıya göre "hukuk ve gerçek", "norm ve olay", "hukuk problemi ve hadise" veya "teori ve pratik"[6] sorunlarıyla meşgul olmadan bilimsel olarak yapmak olanaklı değildir. Bu sorunlarla şimdiye kadar ağırlıklı olarak hukuk felsefesi ve hukuk teorisi ve belki de bunun dışında usul bilimi iştigal etmiştir.

Hukuksal olgular araştırması konularına ilişkin genel temanın ilk merkezi konusu olarak söyleyeceklerim şimdilik bu kadar.

2-Hukuk Devleti, Slogan, Devlet Düzeni ve Devlet Gerçeği

Şimdi, genel temanın ikinci merkezi konusuna, hukuk devleti[7] problem alanı ve konularına ilişkin bazı görüşlerimi açıklayacağım.

Hukuk devleti deyimi, Alman diline özgü bir yaratılmış (suni sözcük) dür. Bu ifade ile, sempozyuma katılanlara yeni bir şey söylemiyorum. Bu deyim zamanla Almancadaki orijinali ile veya tuhaf tercümeleri ile Almanca konuşulmayan ülkelere ve hukuk terminolojisine girmiştir. Liberal Alman düşüncesinin başlangıcında bu deyime sıkça rastlıyoruz. Deyim önce despotluğa ve teokrasiye, daha sonra polis devletine karşı bir karşıt kavram (mücadele kavramı) olmuştur. Bugün bu ifade "keyfiliğin", gücün"-veya "zorbalığın hüküm sürdüğü devletin" karşıtı olarak kullanılmaktadır.

Kelime itibariyle bu ifade, hukukun damgasını vurduğu veya vurması gerektiği bir devlet yapısını nitelendirmekten öteye gitmemekte, yani ne sadece devletin niteliğini yasaların (yasalar devleti), ne de sadece devletin anayasasının (anayasa devleti) devletin niteliğini belirlediği bir devlet türü olmaktadır.

Hukuk devleti ifadesi ile, bir kamu ve anayasa teorisi veya felsefesi ve devlet ve anayasa hukuku, yani manevi bilimler ve terminolojiye ait bir temel kavram sözkonusu olmuşsa, hatta muhtemelen bu deyim hukukçular dünyasında ve bunun dışında politika, medya ve kamuoyunda sık sık kullanılan bir kelime ve günlük hayata geçen bir deyim haline gelmiştir. Hukuk devleti kavramı belirsizliği, içeriksel olarak boşluğu, soyutluğu nedeniyle, muhteva açısından belirsiz olduğu gibi, muhteva açısından dolgundur. Hiç bir şey ifade etmediği gibi, çok şey de ifade etmektedir ve böylece istediğiniz gibi bir yorum

(6) Bu sempozyumda özel bir ilgi çeken "hukuk pratiğinin ampirik araştırması" (dava uygulaması?, mahkeme uygulaması?, adliye uygulaması?, yargıç uygulaması?, avukat uygulaması?) açısından teori ve pratik yönü ve (sosyal bilimlerin ve hukuk biliminin entegrasyonu) postulatının yanında (bu konuda *Gilles* 1 nolu dipnotu) Almanya'da hukuk biliminin reformu ve hem de hukukçuların eğitimi konusundaki tartışmalarda önemli bir rol oynayan teori ve pratik cephesi konusunda; ayrıntılı kaynaklar için *Gilles*, Juristenausbildung und Zivilverfahrensrecht, 1983, S. 36 ff.; *aynı yazar*, Theorie und Praxis im Zivilprozessrecht. Ergebnisse einer Richterbefragung zur Praxisrelevanz zivilprozessualen Lehrstoffs, 1984; *aynı yazar*, Grundzüge des neuen deutschen Zivilprozessrechts und erste Praxiserfahrungen mit der sog. Vereinfachungsnovelle, Annales de la Faculté du droit İstanbul (Türkiye), Cilt 27 Nr.43 (1980), S.3 ff.

(7) Bu konuda örneğin *Böckenförde*, "Rechtsstaat", in: Ritter/Gründer (hazırlayanlar), Historisches Wörterburch der Philosphie, Band 8, Basel 1992, S.332 ff.; *Degenhart*, Staatsrecht I, 7. Baskı 1991 S.93 ff.; *Maunz/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 29. Baskı 1994, S.84 ff.; *Stein*, Staatsrecht, 13.Baskı 1991, S. 154 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Baskı 1990, S.73 JuS . 1980, S.704 ff.; *Schmidt-Jortzig*, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569 ff.

yapabileceğiniz, kendinizin önce yoruma tâbi tuttuğu muhtevanın, sonradan kendisini göstermesi nedeniyle tehlikeli kavramlar grubuna girer. Belki de hukuk devleti kavramına olan sevginin oldukça uzun bir süredir, bu kavrama eleştirisel bir mesafeyle yaklaşmaya göre büyük ölçüde artmasının nedeni de budur. Belki de bu neden bu kavramın genel olarak anlaşılmazlığı, basitliği, elle tutulurluğudur. Bu genel anlaşılmazlık, basitlik ifadesine, farklı tartışma ve tez bağlamlarında özel bir dayanma gücü, veya "hep tekrarlanan fikir siyasetine ilişkin bir gücü",[8] hatta bir ölçüde belirli bir sihiri sağlamaktadır ve bugüne kadar bu sihir muhafaza edilmiştir.

Hukuk devleti kavramı ortaya çıkışından bu yana, çok farklı, egemenlik sistemlerine, toplumlara, çağlara ve unutulmaması gerekir ki hukuk bilimine göre değişen bir içerikle ve bu şekilde değişen anlam içeriği ile zaman ve durumların değişmesiyle anıldı. Burada dikkati çeken nokta, bu sistemlerin geçmişte ve bugün sadece kapitalist sistemler (örneğin Federal Almanya) olmadığı, eskiden ve şimdi hukuk devleti iddiasını ileri süren sosyalist sistemlerin (örneğin Demokratik Alman Cumhuriyeti) ve hatta aşikâr zorbalık rejimlerinin (örneğin nasyonal sosyalizmin zorbalık rejimini) hukuk devleti yaftasını asmaktan geçmişte ve bugün çekinmemeleridir. Çok köklü tarihi-siyasi değişikliklere rağmen, hukuk devleti kavramı yara almadı. Bu kavram bütün anlam değişikliklerine rağmen, Almanya'da sağlam ve yüksek bir değere sahip yerini bugüne kadar korudu. Temel kavram olarak hukuk devleti, tartışılmaz bir yer edindi; ama hukuksal-politik terminolojide değişiklikler oldu. Bu terminolojik değişiklikler muhteva açısından çok farklı hukuk devletlerinin bazı ekler ve sıfatlar alarak daha iyi belirlenmesini ve sınırlanmasını sağlamaktadır. Bu sıfatlara örnek olarak "individüalist", "liberal", "burjuva hukuk devleti", "milli hukuk devleti" veya hatta "nasyonal sosyalist hukuk devleti", "sosyalist hukuk devleti", "kollektivist" hukuk devleti ve bugün özellikle 1949 Alman Anayasasının ilgili maddelerini gözönünde tutarak, sosyal devletten[9] sınırları ayrılarak "sosyal" hukuk devletini verebiliriz.

Eğer Alman Anayasasında Federal Alman Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olarak düşünüldüğü tartışma dışında tutulursa, birçoğunun kabul etmek istememesine rağmen, Almanya'nın hukuk devleti oluşu Anayasada açıklıkla ifade edilmemiştir. Çünkü Anayasada, Federal Almanya bir demokratik ve sosyal federal devlet olarak nitelendirilmiştir (Anayasa Md. 20 Fıkra I), diğer maddelerde sadece eyalet anayasalarının, cumhuriyetçi, demoktarik ve sosyal hukuk devleti ile ilgisini ifade eden Anayasanın 28. md 1. fıkrasında hukuk devletinden söz edilmemektedir, yani Anayasanın hiçbir yerinde aşikâr bir şekilde hukuk devleti saf olarak görülmüyor.

Bu hukuk devleti bugün önde gelen kamu veya anayasa hukukçuları tarafından şöyle tanımlanmıştır: Hukuk devleti keyfiyetin değil, hukukun ve adaletin egemen olduğu devlettir[10] veya hukuk devletiyle -meşruluk yaratan, devlet- anayasa teorisine ve kamu hukukuna özgü bir temel kavram söz konusu edilmektedir. Bu kavramın içeriği, değişen tasavvurlarla belirlenir[11]. Böylece bu kavramla herşeye ulaşabileceğiniz gibi hiçbir şeye varamazsınız. Tanımlarla uğraşmak yerine, genellikle sadece hukuk devletine damgasını

(8) *Böckenförde* (Dipnot 7) S. 342

(9) Krş. özellikle *Hesse* (Dipnotu 7)

(10) *Köbler*, "Rechtsstaat"-Deutsches Rechtslexikon cilt 3, 2. Baskı Münih 1992, S.78

(11) *Böckenförde* (Dipnotu 7), S. 332

vuran, "klasik" veya "modern" hukuk devleti unsurlarını adlandırmakla yetinilir. Bu unsurların sayısı, seçimi ve öncelliği konusunda fikir birliğinden ziyade tam bir anlaşmazlık hakimdir. Burada unsurlarla ilgili herhangi bir şekilde tam olarak sayma iddiasında bulunmadığım bir listeyi veriyorum: yasa ve diğer devlet işlemleri karşısında "anayasanın" üstünlüğü anlamında "kuvvetler ayrılığı", ve "adaletin bağımsızlığı", "hukukun hakimiyeti" ve "bireylerin önemli yaşam alanlarının yasayla düzenlenmesi" dahil olmak üzere veya dahil olmadan yargı gücü ve yürütme gücü karşısında "yasaların üstünlüğü", daha sonra "insan onurunun", "özgürlüğün", "eşitliğin", "adaletin", "hukuk güvenliğinin" garanti altına alınması ve "temel hakların", "insan haklarının" güvence altına alınması, kamu işlemlerinin "ölçülülük", "uygunluk", "gereklilik", "yüklenebilirlilik" ve "belirlilik" prensibine uyması gibi çok temel ilkeler ve ilâve olarak bir çok unsur. Alman Anayasasında formüle edilmemiş, ama buna rağmen Anayasada yer alan "adaleti sağlama talebi" (karşılaştırma için Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu Madde 6), temel haklar ve insan hakları, tayin edici bir hukuk devleti kriteri olarak görülür. Bu kriterin çeşitli yansımaları da dürüst yargılama, mahkemeye gitmede kolaylık, etkili hukuksal takip veya üçüncü gücün "kanuni yollar" (temyiz, istinaf Ç. N.) ve "hukuksal itiraz" ile kontroludur.

Hukuk devleti kavramının formel hukuk devleti mi, yoksa maddi hukuk devleti mi olduğu sorusu, kamu ve anayasa hukukçuları arasında büyük bir kavram tartışmasının konusunu oluşturur. Bu tartışmada, bu iki kavram arasındaki sınır çizgisi belirli olmamakta veya bu kavramların doğurduğu farklı sonuçlar ve böyle bir ayrımın yarattığı muhtemel sonuçlar hiç de özel bir şekilde dikkati çekmemektedir. Özellikle önceleri formel hukuk devleti olarak nitelendirilen kavramın "materyelleştirilmesi" halinin yeniden formalize edilmesi konusu tekrar tartışılmaktadır[12]. Hukuk devleti "temel düşünce", "ideal", "Postulat", "anayasal genel görünüş", "temel karar", "anayasal temel kural", "temel prensip", "devlet düzeni kavramı", "devlet biçimi kavramı", "şeklî düzen", "değer düzeni", "şekli element", "yapısal prensip", "slogan", "mücadele kavramı" ve bunun gibi kavramlarla ifade edilirken, hukuk devleti ifadesi bazılarınca daha ziyade dışsal düzen olarak anlaşılmakta, bazılarınca da, bir topluluğun organizasyonunun "içsel temel değerlerinin" yığını olarak anlaşılmaktadır. Bu topluluk bireylerin veya grupların veya örgütlerin özgürlük haklarını tanımaktadır. Hukuk devletinin anlamı, devlet gücünün dağılımı, paylaşımı ve yapısı, devlet kurumlarının yapılanması, tasnifi, kamu eylemlerinin "belirli bir düzen ve rayında yürümesi", kısaca devlet organizasyonu ile sınırlandığında ve sınırlandığı ölçüde, formel hukuk devleti kavramına göre-taraftarlarına ve eleştirenlere göre-hukuk devletinin, formel, pozitivist, legalist, politikadan, ideolojiden, değerlerden, amaçlardan, anlamlardan uzak veya hattâ içeriksiz olarak anlaşılması gerekir. Materiyel hukuk devleti kavramına göre-taraftarlarına ve karşıtlarına göre-hukuk devleti değerleri içeren, muhtevası olan, maddi anlamı, içeriği zengin, amaç ve hedefe yönelik, politik ve ideolojik olarak anlaşılmalıdır. Bunun dışında hukuk devletinin içeriği, genellikle anayasada yeralan temel değerlerin yapılanmasını, bireysel temel insan haklarının garanti altına alınmasını, kamu gücünün sınırlanmasını, kamu gücüne karşı koymayı kapsadığında ve kapsadığı ölçüde, materyel hukuk devleti kavramı, bir etik-ahlâki ve ruhsal-kültürel itici güce sahiptir. Bu görüşe

[12] Bu konuda özellikle *Grimm* (Dipnotu 7)

göre bu yüzden hukuk devleti meşruluk yaratan[13] bir niteliğe sahiptir, materyel hukuk devleti kavramı, değişen meşruluk tasavvurlarını ve buna ait koşulları kavram içine alabilmekte ve tam tersine kendi kendine meşruiyeti gerekçelendirebilmektedir.

Yukarıda anlatılanlara kısaca değinmemizin nedeni, Alman kamu ve anayasa hukukçularının[14] hukuk devleti konusunu, eskiden ve hali hazır hangi kavram açısından ele aldıklarını, hukuk devleti tartışmasının realiteden nasıl uzak bir akademik iş ve hukuk bilgiçliğinin saf bir ifadesi olduğunu göstermektedir. Burada açıklığa kavuşturulmak istenen bir diğer husus da; materyel hukuk devleti taraftarlarının da, formel hukuk devleti taraftarlarından farklı olmayarak, hukukun normatifliğine-formel, hukuksal devlet düzeni prensipleri olsun, materyel hukuka ait temel değerler veya temel haklar olsun-saplanıp kalmalarıdır ve saplantıda, hukukun normları içersinden hukuk devletinin gerçeklerini veya malzemesini, özünü veya kısaca hukuk devleti realitesine ulaşma teşebbüsüne girişilmemektedir. Bunun yerine hukuk devletinin normatif olması hali, var olan olarak sunulmakta ve var olan hale sadece kayıtsız kalınmaktadır.

Bazen yazılı anayasa, anayasa gerçekliği-antitez veya sentez olarak anlaşılmaktadır-ayrımı yapılmaktadır, ama böylece, hakim olan doktrin içersinde, var olan hukuk devleti olarak adlandırılan veya hukuk devletinin var olan gerçeklikleri mutlaka keşfedilmemektedir. Bu yüzden şu sorular sorulmamaktadır: Hukukun hakimiyeti, hukuk devletinin ana kriteri olarak realitede nasıl gözükmektedir? veya hukuk ve adalet mi gerçekten devleti idare etmektedir? yoksa daha ziyade çok farklı güçler mi? ve ne ölçüde? Hukuk gerçekten makullüğü ve zorunluluğuna ilişkin genel anlayış ve gönüllü tanıma, otorite nedeniyle veya belki de hukuksal ihlâl halinde kendisine çizilen sınırlar içersinde kalan kamu yaptırımından korku nedeniyle, vatandaşın özgürlüklerini garanti altına almakta, toplumu stabilize etmekte veya bir topluluk içinde barışçı bir birlikte yaşamaya mı sevketmektedir? Ancak bu halde, bir devlet "hukuk devleti" şerefli adını alabilir. Bütün bunlarla genellikle hukuk devleti teorisyenleri ilgilenmezler veya sadece kamu eyleminin veya bir toplumsal durumun, mahkemeler ve özellikle Federal Anayasa Mahkemesi önünde Anayasaya aykırılık itirazında ileri sürülen, olayın oluş biçiminde veya karar gerekçelerinde tespit edilen olayın oluş biçiminde hukuk devleti ilkesine aykırılık eleştirildiğinde, ilgilenirler.

Böylece, yeniden ve bu sefer bütün yakıcılığıyla şu soru ortaya atılır: Olgulara ve somut verilerle hayata ve pratiğe uygun yoğunlaşan ve hukuk bilimini gerçeklik bilimi olmaya yükümlü kılan hukuksal olgular araştırmasının, gerçeklerden uzak, ayağı yere basmayan bir norm biliminin en üst ürünü veya hukuksal-teorik çok özgül bir "suni yapı" olan "hukuk devletiyle" ne ilgisi var veya ne ilgisi olabilir?

3. Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti Arasında Muhtemel İlişkiler

Bu sempozyumda, birbiriyle ilgili ve birbirinden ayırmadan incelenmesi gereken, hukuksal olgular araştırması ve hukuk devleti arasındaki muhtemel ilişkiler aslında iki olanak yaratmaktadır ve bu iki olanak birbiriyle ilişki içindedir. Ya, hukuk devleti hukuksal olgular araştırmasını herhangi bir şekilde belirleyici olarak etkilemekte veya

[13] *Böckenförde* (Dipnotu 7), S.342

[14] Buna karşın çok gerçekçi olarak *Sendler*, 40 Jahre Rechtsstaat des Grundgesetzes: mehr Schatten als Licht? DÖV 1989, S.482, S.482 ff.

tam tersi olmaktadır. İlk ihtimal uzak görülüyor, çünkü burada anlaşıldığı biçimiyle hukuk devletinin bir normatif devlet düzeni veya temel değerler yapısı olarak herhangi bir şekilde, bir bilim dalı olan hukuksal olgular araştırması üzerinde şartlandırıcı, belirleyici ve küçültücü olmasını tasavvur etmek zordur. Aynı şekilde, hukuksal olgular araştırmasını yeni bir dal olarak hukuksal disiplinler arasında kendini bir defa hukuk devletiyle bağdaşma açısından meşrulaştırması gerektiğini de tasavvur etmek kolay değildir. Ama böyle bir meşrulaşma Alman Anayasasının 5. maddesi ile ve orada garanti altına alınmış araştırma ve öğretimde bilim özgürlüğü ile bağdaşırdı. İkinci ihtimal daha yakın gözükmektedir, yani hukuksal olgular araştırmasının, hukuk devleti üzerindeki etkileri. Bu da ancak sadece *Hayrettin Ökçesiz*'in tebliğinde olduğu gibi, hukuk devleti "yaşayan hukuk devleti" olarak anlaşılırsa veya hukuk devleti realitesi ve bu realite görgüsel araştırmanın konusu veya görevi haline getirilirse olur. Bu imkân güçlüdür. Gerçekten sempozyumun başlığı açısından iki tema arasında bir ihtimâli ilişki sözkonusudur. Hukuksal olgular araştırması, bir devlet sisteminin içinde, bazı gerçekleri gün ışığına çıkartır, aydınlatır veya ışık tutar veya bunları yapma gücüne sahiptir. Bu gerçekler hukuk devletine uygun görünürler, ama bazı hallerde hukuk devletine uygun olmada şüpheler yaratan, bazı fiili negatif görüntüler, eksiklikler ve bozukluklardır.

Hukuksal olgular araştırması bunu kendine görev edinirse ve böyle bir eleştirisel gözleme ve hukuk devleti açısından gerçek olgular ve gelişmeleri soruşturmaya cesaret ederse ve gerçek bulguların normatif değerlendirmesi veya hukuksal olgular araştırmasının en eski konusu olmasa bile hukuk politikasına ilişkin düzeltme önerilerini iletirse, hukuksal olgular araştırması bu çabalarında, şüphesiz bütün düşünülebilecek desteği hak etmektedir. Böylece hukuksal olgular araştırması ülkede demokratik ilişkilerin gerçekleştirilmesine, korunmasına veya iyileştirilmesine hiç de küçünsenmeyecek bir katkıda bulunur.

Türk tarafınca bu sempozyumda sunulan tebliğlere bakılınca, bir dizi eleştirisel-politik yönde tebliğin bulunduğu görülür; örneğin Yüksek Türk Mahkemelerinin hakimlerinin kafasındaki hukuk devleti anlayışı gerçekten nasıldır? veya ceza usulünde ve cezai kovuşturmada, mahkeme uygulamaları içinde "hukuk devleti olma koşulları" veya yasa veya tüzük yapma faaliyetleri içinde hukuk devleti nasıl yerine getiriliyor ?

Sempozyumu dışardan gözlemleyen bir yabancı için, sempozyuma yön veren temel sorunun, bilimsel temellere oturtulmuş bir hukuksal olgular araştırmasının, hukuk devletinin gerçekleşmesine veya hukuk devletinin geliştirilmesine katkısı olup olmayacağı, olursa ne ölçüde olacağı şeklinde görünmektedir. Bu soruyu kısaca özetlersek, Türkiye için slogan "hukuk devleti için hukuksal olgular araştırması" dır.

III. Federal Almanya Cumhuriyeti: Hukuk Devleti mi? Adliye Devleti mi?

Böyle bir temaya, Alman misafirlerin ne gibi bir katkısı olabileceği veya Almanya tartışmalarının ne tür yeni fikirleri Türk bilimine getireceği sorusu yöneltilirse, benim şahsi cevabım bu katkının "sadece birazla hiç" arasında değişeceğidir. Çünkü, görebildiğimiz kadarıyla, hukuksal olgular araştırmasının hukuk devleti ile ilişkisi üzerine hiçbir şey yazılmamış, hiç bir şey söylenmemiştir. Hubert Rottleuthner tarafından burada ele alınan tema "hukuk sosyolojisi ve hukuk devleti olma"nın, en azından başlık olarak, ele alınmadığı görülmektedir. Bunun dışında ayrıca, farklı real ve politik, bilimsel ve hukuksal veriler nedeniyle, hukuksal olgular araştırması ile hukuk devleti

arasındaki mümkün ilişkiler, Türkiye'de Almanya'dan farklı bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Burada, hukuksal olgular araştırmasının, örneğin bir devletin hukuk devleti olmasına ne ölçüde katkıda bulunacağına ilişkin soru bu denli yoğun şimdiye kadar hiç sorulmamıştır. Alman literatürüne tam olarak bakıldığında, "hukuk devleti"nin, hukuksal olgular araştırmasının motivasyonu veya görevi olarak "hukuk devleti için hukuksal olgular araştırması" şiarına göre ortaya çıkmadığı görülür, tam tersine hukuk devleti veya kesinlikle hukuk devleti kavramı tamamen fiili bir engel ve sihirli sınırlarla, "hukuksal olgular araştırmasına karşı hukuk devleti" şiarıyla ortaya çıkmaktadır. Bu konu aşağıda kısaca açıklanacaktır.

1. Adliyenin Kibirliliği, İş Sayısı, İktidar, Hacım ve İşin Değişkenliği

Federal Almanya'da fiili gelişmeler nedeniyle, anayasanın yürürlüğü altında "ışıktan daha fazla gölge bulan" (avantajlardan daha fazla dezavantajlar Ç.N.) eleştiriciler olmasına rağmen[15], uluslararası karşılaştırmalarda Federal Almanya, hukuk devletinin bir örnek modeli olarak kabul edilir. Burada, hukuk devletinin krizi üzerine tartışmak[16] tekrar modern görünüyorsa da, Federal Almanya'nın eskiden olduğu gibi şimdi de ve 45 yıllık bir gelişmeden sonra, bugün hukuk devleti onursal unvanını belki de herzamankinden daha fazla hak etmesi üzerine tartışılmayacaktır.

Buna rağmen, Alman hukuk devletinin frenlenemeyen, sel gibi çoğalan yasalar, çok yoğun bir şekilde faaliyet gösteren mahkemeler sanayiinin kitlelere yönelik bir prodüksiyonu olarak mahkeme kararlarından oluşan çığlar ve her türlü hukuksal yayının ve hukuksal enformasyonun durdurulamayan bir seli nedeniyle yavaş yavaş kendini tehdit ettiği söylenmeden geçilemez. Çünkü eskiden olduğu gibi, şimdi bütün yaşam alanlarını kontrol altına alınamayacak bir biçimde hukuksal mevzuata boğma[17] ve buna bağlı olarak hukuk enflasyonu ve mevzuat artışının karmaşık hale gelmesi ve atomlar gibi çok küçük kısımlara bölünmesi, hukukçular topluluğunda sadece "hukuksal düşüncede kesinlik kaybı"[18]na yol açmamakta, aynı zamanda hukukçuların amatör hukukçu olarak adlandırdıkları halk arasında hukuka olan saygıya ve hukuk anlayışında büyük kayıplara sebep olmaktadır. Bu kaybın ölçüsü, hukukun kabul görme yeteneğini, otoritesini, meşruluk gücünü ve düzenleme gücünü yavaş yavaş tamamen kaybetme noktasına gelmektedir ve hukuk devletinin temel kriterlerinden biri olan hukukun üstünlüğünden pek birşey geriye kalmamaktadır. Hukuk kendinden emin, güvenlik ve düzen sağlayan bir faktör olarak hukuk -hukuksal mevzuata boğulma yüzünden hukuksuz kalma olarak formüle edilebilir- artan bir şekilde, hukuk konusunda bitmeyen ve sınırsız görüş ayrılıklarıyla ve tartışmalarla, zirvesini mahkemede görülen davalarda bulan[19] hukuk

---

(15) *Sendler* (Dipnotu 14)

(16) Krş. *Rupp, Müerer, Lüke, Deubner* ve *Ernst Wolf*'un katkılarıyla 29.10.1994'de Marburg Üniversitesinde yapılan "hukuk devletinin krizi" konulu, Ernst Wolf'un 80. doğum günü nedeniyle düzenlenen akademik toplantı.

(17) Bu konuda en son diğerleri ve *Strempel* (hazırlayan), Mehr Recht durch weniger Gesetze?, Beitrage eines Forums des Bundesministers der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, 1987.

(18) Bu konuda *Haverkate*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, 1977

(19) Krş. Bu bağlamda "hukuk aracılığıyla meşruiyetin" "usul vasıtasıyla meşruiyet" tarafından tedrici olarak arka plana itilmesi. Bu konuda son olarak *Machura*, Niklas Luhmanns "Legitimation durch Verfahren" im Spiegel der Kritik, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1993, S.97 ff. "Usul adaleti" (Procedural Justice) konusunda yeni uluslararası tartışma bu bağlamda (son olarak *Röhl*,

üzerine farklı usullerle ve müzakerelerle ve adli istatistiklerin adli mekanizmanın iş sayısı olarak adlandırdıklarıyla geriye gitmektedir.

Yıllık iş sayısı,yani milyonlarca hukuksal işin ve hukuksal çatışmanın, yıl ve yıl devlet resmi mahkemelerine getirildiği ve mahkemelerce herhangi bir şekilde halledildiği gözönüne alındığında, uluslararası bir karşılaştırmada, bu durum, gerçekten yabancılarda, yığınla dava kütlesi nedeniyle, Federal Almanya'ya hukuk ihtilâfları devleti veya dava devleti ifadesinin, hukuk devleti ifadesinden daha çok uyduğu kanaatini uyandırır. Ayrıca buna devletin iktidar potansiyeli, hacmi ve farklılaşması, uluslararası bir karşılaştırmada adalet personelinin gerçekten dev gibi büyüklüğü ile özelliklé hakim sayısı, aşırı derecede farklı kurumlarıyla adalet mekanizması, devletin, hizmet imkânı olarak yargısal hukuksal korumaya yönelik talebe karşı tutumu gözönüne alındığında, Federal Almanya için adliye eskiden beri ve sıkça eleştirisel olmaktan, aşağılayıcı olmaya kadar farklı biçimde kullanılan adliye devleti veya mahkemeler devleti, kanun yolları devleti veya hukuksal imkân veya hukuksal itiraz yolu devleti veya hukukçular devleti veya hakimler devleti ifadesinin hukuk devleti ifadesinden daha isabetli olduğu görülür[20].

Bu etiketlendirmeler, sadece Alman adalet sisteminin sinir merkezlerini hedef almıyor, Alman adaletinin büyük aktüel problemlerine parmak basmakta, aynı zamanda hukuk devleti olarak Almanya'nın zayıf noktalarını göstermektedir. Çünkü Federal Almanya'nın adli devlet seviyesine düşüşünün nedenlerini belli ölçüde, hukuk devletinin çalışmamasının ve zayıflamasının nedenlerinde aramak ve bulmak gerekir. Bu tebliğ Alman hukuk ve adliye gerçekliğinin eleştirisel ve güncel durumu üzerine daha geniş açıklamaların yapılabileceği bir yer değildir. Burada, kısa bir süre önce Türkiye'de yayınlanan, yakın tarihe ait ve konuya ilişkin bir yayınıma [21] atıf yapmak istiyorum ve zorundayım. Bu konuya ilişkin olarak Alman adalet sisteminin bütün kesimlerinin bir kibirlilik hastalığına tutulu olduğu söylenebilir. Alman adliyesi sadece güçlü değildir, ayrıca yasama ve idare, siyaset, ekonomi ve toplum tarafından adliyeye yüklenilen ve büyüyen görevleri nedeniyle şüphesiz devlet güçleri arasında belki de çok uzun süredir

Verfahrensgerechtigkeit (procedural justice). Einführüng in den Themenbereich und Überblick, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1993, S.1 ff.; *R. Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, 1992) ve hukukta ve hukukun genel olarak "usûli hale getirilmesi" (Prozeduralisierung) üzerine yeni hukuk teorisi tartışmaları (örneğin *Wiethölter*, Materialisation and Proceduralization in Modern Law, in: *Teubner* (ed.), Dilemmas of Law in the Wellfare State, 1986, S.21 ff.; aynı yazar, Proceduralization of the Category of Law, in: Joerges/-Trubek (eds.), Critical Legal Thought: An American-German Debate, 1989, S. 501 ff.

[20] Bu konuda diğer kaynaklar için *Gilles*, Der Prozess als Mittel zur rechtlichen Konfliktslösung. Staatliche Justiz-gerichtlicher Verfahren-gerichtliche Entscheidung, in: *Grimm* (hazırlayan), Einführung in das Recht, 2. Baskı 1991, S.244 ff.; aynı yazar, Streiterledigungssyteme und Rechtskultur-Konfliktsbeilegung innerhalb der staatlichen Ziviljustiz durch Zivilgerichtsverfahren und sog. Alternativen hierzu in der Bundesrepublik Deutschland, in: Waseda Conference Center (ed.), International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization, Session IV, Dispute Resolution Systems and Legal Culture, National report on German Law, Tokyo (Japan), 1992, S. 552, ff.; Comparative Study of Judicial Administration, International Projekt, in: *Hikakuho Zasshi*, Comprerative Law Review (Japan), Cilt 20, Sayı 3 (1986), S. 37 ff.

[21] *Gilles*, Das gegenwärtige Justizssytem in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Überlick über Probleme, Analysen und Reformen (türkçe tercüme: Füsun Uyanış), Marmara Üniversitesi Yayını No: 543, Hukuk Fakültesi yayın No: 6, Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, S.383 ff.

aşırı bir kuvvete sahiptir. Alman adaleti sadece büyük değil, aynı zamanda personel ve makam genişliği ve sayısı bakımından aşırı büyüktür. Alman adaleti sadece bölünmemiş, aynı zamanda dikey ve yatay olarak, alt ve ince bölümlerle, hukuksal yollar ve hukuksal imkânlar (itirazlar, şikâyetler v.b. Ç.N.) mahkemeler ve dairelerde, yetkilerde ve usullerde aşırı bir karmaşıklık arzeder. Sonuç olarak Alman adaleti ve Alman adaletinin esas zayıflığı olarak şikâyet edildiği gibi, iş açısından sadece önemli ölçüde yüklenilmemiştir, bunun dışında açıkça işten başını kaldıramayacak, yükü kaldıramayacak ölçüde yüklenilmiştir. Bu yüzden adliyenin aşırı yükü, bir süreden beri önemli bütün adalet ve usul hukuku politikasına ilişkin reform çabalarının ana motoru olmuştur.

2. Adliyenin Eleştirisi ve Adalet Reformu: Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Politikası

Alman adaletinin bu zayıf noktalarının ve aksayan durumunun yetmişli yıllardan seksenli yılların sonuna kadar, tüm yüksek Alman mahkeme başkanlarınca eleştirilmesi, daha sonra tek tek açıklanması ve analiz edilmesi, bu şekilde hukuk politikasının ve kamu oyunun gündemine girmesini özellikle Alman hukuksal olgular araştırmasına borçluyuz. Alman hukuksal olgular araştırması için adalet mekanizması en önemli araştırma alanlarından birini teşkil etmeye devam etmektedir. Hukuksal olgular araştırması hukuk politikası konularının çok gündemde olduğu bir dönemde, yoğun bir şekilde adliyeye yönelik eleştirilerin yol açtığı reform çabalarına sadece eşlik etmekle kalmadı, aynı zamanda, Fedaral Adalet Bakanlığının 80'li yılların sonunda, adliyenin yapısal analizi ve adliyenin yapısal analizi dışında, yasa koyucunun reform planlarının hazırlık çalışmalarında hukuk devleti araştırmaları için verilen araştırma projeleri vasıtasıyla, reform çabalarını önemli ölçüde kuvvetlendirmiştir. Bu konuda, Dieter Strempel'in tebliğine gönderme yapıyorum.

Burada bütün reform çabalarının amacı, adliyenin yükünün azaltılmasına yönelikti[22]. Burada yükün hafifletilmesi stratejileri olarak kamusal hukuksal korunuma yönelik talebin değiştirilmesi gibi, alternatif yedek imkânlara yönelik adliye talebinin (devlet adliyesine karşı alternatif) tartışıldı. Diğer tartışılan yük hafifletme stratejileri, kamusal adli korumaya ilişkin imkânların başka yönlere kanalize edilmesinde, ya devletin hukuksal kaynaklarının büyümesi veya azamiye ulaştırılması veya bunun asgariye indirilmesi veya sınırlandırılması, sonuç olarak imkânların optimal veya rasyonel kullanılmasıdır. Burada büyük, iri ve karmaşık olarak eleştirilen adalet sisteminin ("Opulenz" (kocaman), "Hypertrophie (hastalıkla organların aşırı büyümesi), labirent, içinden çıkılamayacak kadar dolambaçlı yollu bahçe ("Irrgarten") reformu çabaları, adliyenin basitleştirilmesi, birleştirilmesi veya basit olarak küçültülmesi yönünde başarısız, yani adliye sisteminin hacmının sınırlanması ve karmaşıklığının azaltılması başarılamamıştır. Bu tartışmalarda, aşırı güçlü bir adliyenin ve adliyenin hukuk ve devlet, ekonomi ve toplum, siyaset ve ideoloji üzerinde gitgide artan etkisinin sınırlanmasının sorunlarına nadiren değinilmiştir.

Bu reform tartışması, daha sonra, "boş devlet kasasının dikte etmesi" ve "hukuksal savunmanın ekonomikleştirilmesi", "nadir bir eşya olarak hukuksal savunma", veya

[22] *Gilles*, Deutsche Ziviljustiz als Beispiel für die Überlastung staatlicher Gerichte und Strategien zu ihrer Entlastung (türkçe tercüme: Ejder Yılmaz), Ankara Barosu Dergisi, No.5, 1992, S.749 ff.

"adliyenin kıt kaynakları" olarak adlandırılan temel ifadelerle ve yeni iç ve dış politikaya ait öncelikler (işsizlik, çevre sorunu, iki Almanyanın birleşmesi; Avrupa, Birleşmiş Milletler v.b) nedeniyle adliye sisteminin rasyonalize edilmesi ve / veya sınırlandırılmasına yönelik taleplerle yoğunlaşmıştır. Adli kaynakların tasarrufuna yönelik talepler ilk önce iki Alman devleti arasındaki 1990 tarihli Birleşme Sözleşmesinde düzenlenen hukuk ve adliye birliği ile önemli bir ivme kazandı. Bu hukuk ve adliye birliği sonuç itibariyle batı Alman adliye ve hukuk sisteminin yeni doğu eyaletlerini kapsaması dışında başka bir şey ifade etmemektedir. Böyle bir olay, reform karşıtları tarafından yıkım olarak nitelenen batı Alman adliye sisteminin rasyonalize edilmesi, önce adli kaynakların serbest kalması veya tasarrufu umudunu yarattı. Bu kaynaklar o zamana kadar darda olan doğu adalet sisteminin inşa edilmesi için acil olarak gerekliydi ve basit bir biçimde kaynak bölüştürülmesi yoluyla yaratılan yeni kaynaklar yeni eyalatlerin lehine kullanılmak istendi.

Bu tarihi ve bir defaya mahsus olan şans, batı ve doğu Alman adalet sistemlerinin birleştirilmesi yoluyla, altmışlı yılların sonunda ve yetmişli yılların başından beri çalışılan, tüm adli sistemin temelden yeni düzenlenmesini içeren büyük adalet reformu denilen reformu gerçekleştirme şansı, maalesef bir kez daha "hukuk devleti" temasıyla yakından ilgili olan nedenler yüzünden kaçırıldı.

3. Adalet Reformunun Hukuk Devleti Gerekçesi İle Engellenmesi

Yakın geçmişte, adalet reformcuları, yani adli idarenin problemleriyle ilgilenen yüksek mahkemelerin yönetici bölümleri ve daha sonra Federal Adalet Bakanlığı, Eyalet Adalet Bakanlıkları konuya ilişkin görüşlerini açıkladıklarında ve ilk derece mahkeme yargılamasında, sadece tek yargıcı, mahkeme heyetlerinin teşkilinde sınırlamaları veya en azından heyet mahkemelerinde tek hakimin faaliyetinin artırılmasını, ilk derece mahkemesi olarak, Sulh Mahkemelerinin (Amtsgericht) Asliye Mahkemeleri (Landgericht) karşısında görev kapsamının genişletilmesini, olayı açıklığa kavuşturma usulünün basitleştirilmesini ve kısaltılmasını veya bagatel usulünün geliştirilmesini veya dereceler arası atlamanın azaltılmasını veya kanun yollarının sınırlanmasını- daraltılmasını- veya zorlaştırılmasını, mevcut adli personel sayısının dondurulmasını, veya adli personel sayısının azaltılmasını veya diğer önemli reform tedbirlerini savunduklarında, özellikle hakim ve avukatlık mesleği çevrelerinin "reformcular hukuk devletini parçalara ayırıyorlar, yıkıyorlar" ithamlarına karşı koymak zorunda kaldılar. Buna Federal İdare Mahkemesinin eski Başkanı *Sendler*'in[23] çok önem verilen, 1982 yılına ait bir eserindeki ısrarlı uyarısını örnek verebiliriz. *Sendler*'e göre bazıları sanki "Alman hukuksal koruma sistemi sadece, bütün hantallığı (hypertrophie) ve karmaşıklığı ile mevcut yapısıyla hukuk devleti gerekliliklerini karşılamaktadır" izlenimini uyandırmaktadır. Bu izlenime karşı *Sendler*"in uyarısı: "hukuksal koruma sistemimiz bütün karmaşıklığı ile derecelere olan düşkünlüğü ile hukuk devleti zorunluluğu olarak görülmelidir" anlayışıydı.

Bu ihtar ve uyarının adresi, adalet reformcularına suçlamalar yapanlardı. Alman

[23] *Sendler*, Zum Instanzenzug in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBL 1982, 1757 ff.:, bakınız *Zeidler*, Rechtsstaat 83, DRİZ 1983, 249, ff.; *Pfeiffer*, Knappe Ressource Recht, ZRP 1981, 121 ff.; *Benda*, Richter im Rechtsstaat, DRİZ 1979, 357 ff.

Avukatlar Derneği'nin eski başkanı *Rabe*[24] bu reformcuları "hukuk devleti kurumlarının ve garantilerinin satılması politikasını" yapmakla suçlamış, Alman Yargıçlar Birliğinin eski Başkanı *Leonhardy*[25] reformcuların "adliyeye kırmızı kalemle üstünü çizme zihniyetiyle" yaklaştıklarını, "devletimizin taşıyıcı temel prensiplerinden" birisine saldırdıklarını ifade etmiştir.

Yedi yıl sonra *Sendler*[26] "hukuk devletimizin kontrolsüz büyümesinin" sınırlandırılması için tekrar bir çağrı fırsatı buldu ve 1989'da avukatlar gününde sunduğu tebliğde reform istemeyen hakimlerin genellikle "hareketsizlik eğilimi taşıyan ordusunu" ve bunların lobisini ve aynı şekilde "avukatlar ve avukatların meslek örgütlerinin" çevrelerinden kaynaklanan "direnişçileri" şiddetle eleştirdi. Sendler'e göre bu çevreler "mahkeme organizasyonumuzun biraz daha az karmaşık hale getirilmesiyle veya sadece bir derece mahkemeden tasarruf edilmesi halinde devletimizin yok olduğunu" düşünmektedir.

Hakim ve avukatlar[27], bazen de doktrinden[28] destek alarak doksanlı yılların başında, derinlemesine ve geniş kapsamlı bütün adli reformlara karşı çok sert bir cephe oluşturmuştur. Bu cepheye vesile o zamanlar hazırlık aşamasında bulunan ve daha sonra 1993 yılında yumuşatılmış haliyle yasalaşmış olan Adliyenin Yükünü Azaltma Yasası sebep olmuş, bu çevreler yasanın "hukuk devleti" için tehlikeler yarattığını ısrarla ihtar etmişlerdir. Bu çevrelerin gerisinde çoğu kez aşikâr bir biçimde meslek ve mesleki birlik çıkarları saklanmaktadır. Sonraki gelişmelerin gösterdiği gibi, bu kez de, mücadele kavramı, tayin edici kavram olan "hukuk devleti", hukuk politikası ve yasa koyma, parlamento ve yasama meclisleri üzerindeki çekindirici etkisini göstermekten geri kalmadı. Sadece hukuk devleti için tehlikeler olduğunu iddia etmek, bir büyük veya daha büyük hukuk reformunu engellemeye yeterli oluyordu. Bu arada tek tek reformcularca[29] usulün basitleştirilmesi aracılığıyla daha fazla hukuk devleti sağlanmasına ilişkin çağrılara büyük ölçüde önem verilmiyordu. Federal Almanya'da sadece "hukuk devleti" kavramının mobilize edilmesi, hukuk devleti sihirli formülünün maddi veya usuli, normatif içeriğiyle herhangi bir biçimde muhtevaya ait tartışma yapılmaksızın ve bir

[24] *Rabe*, Herausforderungen an die Anwaltschaft, AnwBl 1982, S.269 ff.; bakınız *Birk*, Verfahrensvereinfachung-Abbau des Rechtsstaats?, AnwBl 1984, S. 169 ff.

[25] *Leonhardy*, Açış konuşması, in: Deutscher Richterbund (hazırlayan), Grenzen der Rechtsgewährung. Die Vortraäge und Referate des Deutschen Richtertages 1983, S.1 ff.; buna karşılık *aynı yazar*, Rechtsstaat und Begrenzung der Rechtsgewährung, DRİZ 1982, 101 ff.

[26] *Sendler*, Der Rechtstaat im Bewusştsein unserer Bürger, AnwBl 1989, 415 ff.

[27] *Asbrock*, Entlastung der Justiz zu Lasten des Rechtsstaats?, ZPR 1992, S.11, ff.; *Boysen/Wesslau*, Entlastung der Justiz., Belastung des Rechtstaats?, DuR 1991, S.381 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer/Deutscher Anwaltsverein, Entlastung der Rechtswege -Verkürzung des Rechtsschutzes, AnwBL 1991, 308 ff.; Bu konuda ayrıca Bundesrat'ın Yasa Taslağına bakınız, Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27.9.1991, BT-Drucksache 12/1217.

[28] *Prütting*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege-eine Gefahr für den Rechtsstaat?, AnwBl 1991, S.606 ff.; *Werire*, Aufbau oder Abbau des Rechtsstaats?, Juristenzeitung 1991, S.787 ff.; ayrıca son zamanlarda *Scheffler*, Kurzer Prozess mit rechtsstaatlichen Grundsätzen?, NJW 1994, 2191.

[29] *Bender*, Mehr Rechsstaat durch Verfahrensvereinfachung, DRİZ 1992, S.19 ff.; *aynı yazar*, Mehr Rechtsstaat durch Verfahrensvereinfachung, in: Festschrift für Wassermann zum 60. Geburtstag 1983, S. 629 ff.

gerçek olay olarak hukuk devleti ile hiç bir tartışma açılmaksızın, acilden de gerekli reform yasalarını engellemeye yetti. Bu da Federal Almanya'da hukuksal olgular araştırması ve hukuk politikası arasındaki yakın bir işbirliğinde, hukuksal olgular araştırması için, hukuk politikasına ilişkin reform sürecine katıldığında ve katıldığı ölçüde, hukuksal olgular araştırmasının can damarını kesmek anlamına gelmektedir.

Böylece bu sempozyumun Almanya için sloganını kısa bir hale getirdik: Türkiye için geçerli slogan hukuk devleti için hukuksal olgular araştırması, Almanya için de tam tersi, hukuksal olgular araştırmasına karşı hukuk devleti.

IV. Sonuç

Bu nedenle sempozyumun konusu, hukuksal olgular araştırması ve hukuk devleti konusunda benim düşüncelerimin sonucu olarak Türkiye ve Almanya için farklı bir bulgu ortaya çıkmaktadır. Türkiye için sözkonusu olan veya benim sübjektif bakış açımdan sözkonusu gibi görünen, hukuksal olgular araştırmasının-en azından bir ölçüde bilimsel olarak temellendirilmiş-hukuk politikası ile beraber hukuk devletinin kurulmasına katkıda bulunup bulunmayacağı ve ne ölçüde bulunacağı iken, Almanya için sözkonusu olan niçin "hukuk devletinin yıkılması" tezi ile hukuk politikası çabalarını ve bu çabalara eşlik eden ampirik araştırmaların engellendiğidir.

Bu bulguya mutlaka Almanya'nın durumunu gözönüne alarak eklememiz gereken bir husus bir titiz analiz olurdu. Bu analiz, tartışılan reform önerilerinin veya gerçekleştirilmiş reform tedbirlerinin adli alanda hukuk devletini, devlet düzeni olarak ve devlet gerçeği olarak, onu bütün normatifliğinde ve/veya realitesinde gerçekten tehlikeye düşürdüğünü veya zarara uğrattığını ele alır. Bu da esas olarak hukuk devleti kavramı altında formel prensipler olarak veya temel değerler ve/veya hukuksal bakımdan önem taşıyan gerçekler olarak neyi görmek istediğimize bağlıdır. Bununla Almanya için özel sorular birbirine bağlanıyor. Burada temas edilen hukuksal ve olaya ilişkin problemleri hukuk devleti sorunları olarak yaldızlamak ve bütünü böylece anayasal seviyeye yükselterek, konuyu yasa koyucunun serbest tercih hakkından uzaklaştırmak bir Alman eğilimine mi uygundur? Bugüne kadar hukuksal ve adli kazanımlar veya Federal Cumhuriyetin kurulmasından bu yana gelişme sonuçlarının bütünü sadece hukuk devleti bakış açısından korunmaya değer midir?, yoksa bunlardan bazılarını kibirli aşırılıkları ("Hypertrophie, aşırı büyüme, yabani büyümeleri") en kısa zamanda, hukuk devletine aykırı oldukları için berteraf etmek gerekli değil midir?

Tebliğcinin şansı, burada bugünkü tebliğ konusunun, bu konuyu ele almaması ve bu konuya ilişkin sorulara cevap vermeme hakkının olmasıdır.

IV. Oturum / IV. Sitzung

Oturum Başkanı / Leitung: *Niyazi Öktem*

Genel Tartışma / Allgemeine Diskussion

Niyazi Öktem - Bugün son oturum ve ilk gün tartışmalar da yapılamamıştı, bunu da düşünerek son oturumda sadece hukuk devleti evrensel midir temasını değil; aynı zamanda oturumun birinci bölümünde, ki bu bölüm bir saat sürecektir, bu bir saat içerisinde iki gün zarfında yapılan konuşmalardaki soruları, sorunları tekrar dile getirirseniz memnun oluruz. Tabii sorular görüş bildirisi şeklinde de olacaktır, katkı şeklinde de olacaktır. Kuşkusuz konuşmacılar da kendi aralarında birbirlerine sorular sorabilirler. Teşekkür ederim.

Ahmet Öncel - Sayın *Peter Gilles'e* sormak istediğim şu: Sayın *Gilles* Alman yargısının çok kompleks bir duruma geldiğini, onda herhangi bir reforma gitmenin Alman yargısını çökerteceğini belirtmiştir. 2. Dünya Savaşından önce yürütme, Almanya'da çok güçlü bir hale gelmişti, yürütmenin bu güçlülüğüne karşı, 2. Dünya Savaşından sonra yürütmenin bu gücünü engelleyebilmek için yargıya çok güçlü bir yer verildi. Kanun koyucu kanunları çok soyut olarak belirleyip, kanunların yorumlanmasını ve uygulanmasını adeta yargıya bıraktı. Bugün Alman vatandaşları şahsi problemlerini bile yargı önüne getirebiliyorlar. Şunu sormak istedim: Bu durumu bir değerlendirebilir misiniz, artı, nasıl böyle bir, 2. Dünya Savaşından sonra yüksek bir ivme ile yargı bütün olaylara müdahale edebilir bir hale geldiyse aynı şekilde ters bir ivmeyle de yani, yavaş yavaş da olsa eski haline gelemez mi? İkinci kısımda da, perşembe günü, bizde Anayasa Mahkemesinin siyasal organlara yol gösterici şekilde karar vermesini eleştirdik; yargı dedik, bağımsız bir durumdadır, siyasi alanda yol gösterici olarak karar veremez, dedik. Biz bile Anayasa Mahkemesini bu şekilde eleştirebilirken Alman yargısının soyut kanunları yorumlaması, içini doldurması sizce nasıl? Teşekkür ederim.

Niyazi Öktem - Buyrun efendim:

Peter Gilles - Ich habe in meinem Referat betont, daß aus meiner Sicht der deutschen Situation unter den drei Staatsgewalten -und ich betone ausdrücklich Staatsgewalten, weil es selbstverständlich in einem Gemeinwesen noch ganz andere Mächte als nur die staatlichen gibt - die sogenannte dritte Gewalt resp. die Justiz bzw. die Rechtsprechung die stärkste ist, das heißt, daß sie die meiste Kraft, die meiste Power hat sowohl rechtlich wie faktisch. Wenn Sie fragen, warum dies so ist, dann hat dies eben mit dem zu tun, was Sie selbst gerade angesprochen haben, nämlich mit unserer deutschen geschichtlichen Vergangenheit. Daß wir nämlich schon nach unserer Verfassung selbst eine besonders starke und das heißt auch besonders unabhängige Justiz haben, verdanken wir den Vätern unserer Grundgesetzes, die aus unserer leidvollen Vergangenheit gelernt haben, die in Reaktion hierauf für die neugegründete Bundesrepublik Deutschland weder eine ähnlich schwache Justiz wie in der Weimarer Zeit noch und schon gar nicht eine derart ohnmächtige, wenn nicht willfährige Justiz wie während der Nazizeit wollten und die in einer starken Justiz eine besondere Gewähr für stabile rechtsstaatliche und demokratische Verhältnisse im Land sahen. So kommt es, daß wir in unserem Grundgesetz im internationalen Vergleichen relativ viele und auch relativ detaillierte Regelungen zur dritten Gewalt außerhalb wie innerhalb eines eigenen großen Abschnitts

- überschrieben mit "Rechtsprechung" - finden, die sich mit dem Justizwesen insgesamt, der Gerichtsorganisation, den Rechtswegen, den Gerichtsverfahren und den Juristenberufen befassen, und aus welchen sich bereits eine Vorrzugsstellung wenn nicht Vormachtstellung der Justiz gegenüber den beiden anderen Staatsgewalten ablesen läßt.

Wenn Sie mich jetzt fragen, ob auf dem Hintergrund der Ideen von Gewaltenteilung, Gewaltenbegrenzung und Gewaltenausgleich eine derart starke Justiz gut oder schlecht ist und wie ich die Dinge insoweit rechtsvergleichend sehe, steckt in der Tat schon in Vokabeln wie "Vorzugs"- oder "Vormachtsstellung" ein Stück Kritik, die danach fragen läßt, ob denn nicht die drei Staatsgewalten zugunsten oder auch zu Lasten der Justiz aus der Balance geraten sind, auch wenn die dritte Gewalt noch längst nicht zu einer wirkliche "Übermacht" geworden ist. Hier ist nämlich mitzubedenken, daß die Stellung der dritten Gewalt nicht nur vom Grundgesetz selbst her besonders stark ist, vor allem wenn wir die herausragende - insoweit der des US-amerikanischen Supreme Court vergleichbare - Stellung des deutschen Bundesverfassungsgerichts betrachten. Vielmehr sind hier auch noch die enormen Machtzuwächse zu berücksichtigen, die die Justiz seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland bis heute, ich möchte einmal sagen - innerhalb der "Verfassungswirklichkeit" - erfahren hat, die den von den Grundgesetzgebern einst vorgesehenen Einflußrahmen und Verantwortungsbereich der dritten Gewalt längst gesprengt haben. Wenn Sie fragen, wieso und weshalb, so ist meine Antwort grob gesagt die, daß immer und überall dort, wo in unserem Gemeinwesen die anderen Mächte - die staatlichen ebenso wie die gesellschaftlichen - versagt haben und versagen, es in weiten Bereichen immer wieder die Justiz war und ist, die zur Hilfe, zur Reparatur oder zu Ersatzleistungen aufgerufen wurde und noch immer aufgerufen wird. Da ist zunächst einmal das Versagen des Gesetzgebers, der in einer hochkomplexen schnellebigen Gesellschaft mit ihren immer neuen Rechtsproblemen selbstverständlich mit neuen Gesetzen oder Gesetzesänderungen nicht so schnell und so gekonnt nachziehen kann, wie es nötig wäre, weshalb es der Rechtsprechung überlassen bleibt, in einer gewollten oder auch nicht gewollten Übernahme gesetzgeberischer Funktionen für rechtliche Ordnung zu sorgen und dabei auch mit zu schnell oder zu schlecht gemachten Gesetzen fertig zu werden, sofern der Gesetzgeber nicht ganz gezielt und sehr bewußt im Wege gesetzlicher Generalklauseln und unbestimmter Gesetzesbegriffe der Rechtsprechung die nötigen Konkretisierungen überläßt, was einer Delegation legislatorischer Aufgaben auf die Judikative gleichkommt. Aber auch dort, wo wir es mit einem Politik- oder Verwaltungsversagen, Wirtschafts- oder Gesellschaftsversagen zu tun haben, wo also etwa Verwaltungsbehörden mit den Bürgern, Wirtschaftsunternehmen mit den Konkurrenten, der eine Tarifpartner mit dem anderen, Regierungspolitiker mit der Opposition u.a. nicht mehr zurechtkommen, ist es in Deutschland gang und gäbe, die Gerichte anzurufen und nicht zuletzt oder zuguterletzt auch noch das Bundesverfassungsgericht. Dafür gibt es aus neuerer und neuester Zeit Beispiele genug, die auch Ihnen hier in der Türkei aus den Medien bekannt sein dürften, wie etwa die bei uns ober- und höchstrichterlich entschiedenen Fragen um eine Legalisierung der Abtreibung oder einen Blauhelmeeinsatz deutscher Soldaten im Ausland, um den Ab- oder Ausbau der Atomenergie oder den Schutz der Umwelt, um AIDS-Hilfe oder Drogenfreigabe neben vielen anderen mehr. Bei all diesen Problemen handelt es sich im Kern weit weniger um juristische Fragen als vielmehr um politische, ökonomische oder soziale, weshalb es heutzutage in Deutschland weitgehend die Justiz ist, die über ihre

ureigenen Aufgaben einer Rechts- und Gesetzesanwendung hinaus nicht umhin kann, (auch) zu politisieren und zu verwalten, zu lenken und zu gestalten. Sieht man einmal ganz davon ab, ob denn die nach dem Grundgesetz einzig und allein zur "Rechtsprechung" und zu sonst nichts berufene und auch nur dafür ausgebildete Justiz für all das die nötige rechtliche Kompetenz hat, so finde ich diese ganze Entwicklung schon deshalb eher für schlecht als für gut, weil der Justiz für solche politischen und administrativen, ökonomischen und sozialen Entscheidungen jedenfalls die fachlich-sachliche Kompetenz weitgehend abgeht und sie dann, wenn sie sich die erforderlichen nichtjuristischen Sach-und Fachkenntnisse im konkreten Verfahren anderweit zu verschaffen sucht, ihrerseits in viel zu starke Abhängigkeiten gerät. Hier geht es deshalb darum, jene "nichtjuristischen" Entscheidungen wieder dorthin zurückzuverlagern, wo sie herkommen und hingehören, nämlich zurück in die Politik, die Verwaltung, die Wirtschaft und die Gesellschaft, was freilich ein langwieriger und schwieriger Prozeß sein dürfte und vielleicht auch ein letztlich erfolgloses Unterfangen.

Bei aller Kritik an der Vormacht der Justiz ist jedoch eines nicht zu übersehen, nämlich die Tatsache, daß das deutsche System auch mit einer solchen starken und vielleicht eines Tages sogar übermächtigen Justiz immerhin funktioniert oder jedenfalls insoweit funktioniert, als sie das System stabil hält. Denn wenn die hohen und höchsten Gerichte und insbesondere das Bundesverfassungsgericht entscheiden, heißt dies zwar nicht, daß damit die Konflikte etwa um die Abtreibung, um Europa oder die UN-militäreinsätze aus der Welt geschafft wären und nicht länger mehr andauern würden, aber immerhin, daß die Konfliktsparteien - wenn auch vielleicht zähneknirschend - sich den Entscheidungen unserer höchsten Gerichte beugen, sei es aufgrund der Überzeugungskraft der gerichtlichen Argumente, sei es aufgrund des in die Gerichte gesetzten Vertrauens oder ihrer Autorität oder sei es auch nur aufgrund eines resignativen Sich-Einfindens in die Unabänderlichkeit der Situation. Darüber, daß dies in Deutschland so ist, können wir bei aller Kritik an der Justiz heilfroh sein.

Peter Gilles - Ben tebliğimde, benim bakış açıma göre üç devlet gücü arasında -ve bunu açıkça vurguluyorum ki, kastettiğim devlet güçleridir, zira toplumsal bir birlikte (Verbund) devlet güçlerinden başka güçler de vardır- bunun bizdekilerin en kuvvetlisi olduğunu vurguladım. En kuvvetlisi, yani gerçekten en fazla güce, en fazla kuvvete sahip olanıdır; ve kendimize neden diye sorduğumuzda, bunun sizin değindiğiniz hususla, yani bizim tarihi geçmişimizle ilgisi vardır. Anayasamıza göre, Anayasa'nın mimarları tarafından öyle olması istenilen, özellikle kuvvetli, özellikle bağımsız bir yargıya sahip olmamız, bu durumun geçmişimize bir tepki (reaksiyon) oluşu ile ilgilidir. Sadece sizin sözünü ettiğiniz Weimar Cumhuriyeti döneminde değil - sizin bu değerlendirmeniz hakkında bir şey söyleyemem ama- öyle olsa bile yürütme özellikle kuvvetli olmuş olabilir. Herhalde, hukukçuların bakış açısından Weimar döneminde üçüncü devlet gücü olan yargı erki, nispeten zayıftı ama bu üçüncü devlet gücünün anayasal düzenlenişi kapsamlıdır -bizde kazai içtihatlar, yargı, mahkeme ve adalet teşkilâtı, hukuk meslekleri ve yargının bağımsızlığı konuları ayrıntısına kadar büyük bir fasılda düzenlenmiştir. Bu elbette özellikle Nasyonal sosyalist rejime karşı bir tepki idi. Ve orada yargının sadece zayıf olmakla kalmayıp, geniş alanlarda olağandışı aciz (kudretsiz) hatta güdümlü olduğunu söylemek gerekir. En azından bazı alanlarda bağımsız bir yargı yoktu, aksine bu yargı -yürütmenin değil- fakat hükümetin, iktidar sahiplerinin direktiflerine uygun davranıyordu. Şimdi sizin sorunuza gelince: Bu iyi midir yoksa kötü müdür? Ve

karşılaştırmalı hukuk yönünden hangi sonuca varılmaktadır? Bu konuda ben gerçekten de, bizdeki yargının sadece öncelikli bir konuma sahip olmakla kalmayıp, fakat aslında devlet güçlerinin üzerinde bir üstün güç oluşturduğu fikrindeyim. Neden diye soracak olursanız, bu durum bir yandan sözünü ettiğim hususla, yani yargıya daha Anayasa tarafından son derece kuvvetli bir konum verilmiş olması ile ilgilidir.

Bizde - ki siz buna değindiniz- özellikle olağandışı kuvvetli, ABD modeli Supreme-Court ile kıyaslanabilecek bir Federal Anayasa Mahkemesi vardır. Bunun özellikle de, Federal Alman Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bu yana varolan anayasal gerçekliğin gelişim tarihi boyunca üçüncü devlet gücünün, aslında kendisine Anayasa tarafından tanınan yetkileri aşan ölçüde, muazzam bir otorite/yetki artışına mazhar oluşu ile ilgisi vardır. Hangi nedenle? Kabaca söylenecek olursa, toplumumuzdaki diğer güçlerin başarısız (yetersiz) olmaları ve bunların her başarısızlığında yargının onarım veya ikmâl icraatında bulunmaya çağrılmasıdır. İlk önce yasakoyucu. Yasakoyucu, son derece karmaşık, hızlı yaşam temposuna sahip bir topluma elbette ki koyacağı yasalarla yetişemez. Bir başka deyişle, o ya çok hızlı ve çok kötü yapılan yasalarla iş görür ya da bilerek, genel kurallar ve belirsiz kavramlar koymak suretiyle, gerekenin yapılmasını içtihatlara bırakır. Diğer bir anlatımla, içtihat yasakoyucunun işlevini üstlenmektedir. Ama bizde idarenin başarısızlığı da var. İdari makamlar vatandaşları ile başa çıkamıyorlar / anlaşamıyorlar. Ne oluyor? Mahkemeye gidiliyor. Aynı şey ekonomide de, sosyal yaşamda da var Diğer bir deyişle tek bir paydada toplandığında: Bizdeki yargı ne yapıyor? Sadece kendi görevine göre yargı işlevini görmekle kalmıyor, fakat politik davranıyor, ekonomiyi idare ediyor, sosyal yaşamı düzenliyor ve daha başka bir çok şey. Ve işte sadece bazı örnekler, bunu basından, medyadan da takip etmişinizdir. Evet, bizde en yüksek mahkemeler ve özellikle Anayasa Mahkemesi neler hakkında karar veriyor? AIDS sorunu, uyuşturucu sorunu, atom enerjisi, iç yapının genişletilmesi, kürtaj meseleleri ve daha neler hakkında. Esasen bunların hepsi de temelde hukuki sorunlar olmayıp, politik, ekonomik, sosyal yönden ya da her ne ise karara bağlanmalıdır. Bunun yapılamadığı hallerde yargıya başvuruyoruz. Ve ben bunu iyi bulmuyorum. Aksine, deyim yerindeyse, kararları yeniden yetki bakımından nereye ait iseler oraya iade etmek zorundayız ve bunu bir şekilde kaçırdık. Ama yine de memnun olmalıyız, çünkü belki üstün güce sahip bir yargımız var ama, buna rağmen bu sistem işliyor. Ve şükretmeliyiz ki, Anayasa Mahkemesi karar verdiği zaman - ki, bu, sorunun ortadan kaldırıldığı anlamına gelmez - aksine kürtaj, uyuşturucular, Alman askerlerinin Mavi Bereliler'e katılması ve buna benzer büyük toplumsal sorunlar yine de varolmaya devam etmektedir. Ama buna rağmen ülkede huzur ve barış var, o kadar ki yüksek mahkemelerin görüşüne dişleri gıcırdatarak da olsa uyulmakta ve bu ne de olsa olumlu bir şeydir. Teşekkür ederim.

Niyazi Öktem - Buyrun efendim.

Dieter Strempel - Ja, ich wollte gerne auf ihre Frage noch ergänzen zu dem was Herr *Gilles* gesagt hat: das Bundesjustizministerium in Bonn hat diese Gefahren natürlich auch gesehen und diese übermächtige Justiz hat die Folge, daß sie wie ein Magnet alle Verfahren an sich zieht und damit überlastet ist. Ich will hier nur ein Beispiel sagen, wir haben nach dem Kriege mit 10.000 - 12.000 Richtern angefangen, und haben jetzt über 20.000 Richter. Das ist die höchste Richterdichte der Welt. Und die Sache ist so entstanden, daß je mehr Verfahren angefallen sind, die Justizminister zu ihren

Finanzministern gegangen sind und die Budgetierung bekommen haben für weitere Richterstellen. Das kann nicht so weitergehen. Und wird sind froh, seit Anfang der 80'er Jahre ist diese Sache gestoppt, weil wir kein Geld mehr hatten. Wir haben eine andere Bewegung angestossen, die aus Amerika, aus Japan und aus anderen Ländern kommt: Außergerichtliche Streitbeilegung; daß wir unseren Bürgerinnen und Bürgern sagen, bevor ihr zum Gericht geht, versucht es zunächst woanders. Jeder kann natürlich auch zum Gericht gehen; wir haben übrigens auch die Hürden noch gesenkt; wir haben Prozeßkostenhilfe erteilt für Leute, die den Prozeß nicht bezahlen können; Beratungshilfe für Leute die zum Rechtsanwalt gehen; wir haben die Hürden sehr niedrig gemacht - haben aber dem Bürger nicht gesagt: ihr braucht nicht mit jedem Rechtsstreit vor die Justiz zu gehen, es gibt auch noch andere Möglichkeiten in der Gesellschaft, Konflikte zu lösen, zum Beispel Nachbarschaftskonflikte. Wenn zwei Hauseigentümer sehr eng beieinander wohnen, und sie sich streiten über Laub, das über den Zaun fällt oder Obst oder irgend etwas; den streit braucht man nicht vor einem Gericht zu lösen, da haben wir in Deutschland die Institution des Schiedsmannes, eines angesehenen Bürgers aus der Gemeinde, der sich hinsetzen kann mit den beiden Parteien und versucht, den Konflikt zunächst außergerichtlich zu lösen in aller Ruhe, er hat Zeit. Der Richter hat keine Zeit, der hat in den Sitzungen zwanzig bis fünfzig Termine, Sachen zu entscheiden, also er ist völlig überlastet. Also haben wir uns angeschaut in anderen Ländern diese Bewegung außergerichtlicher Streitbeilegung und wir versuchen nun dem Bürger und Bürgerinnen klarzumachen, zunächst mal diesen Weg zu gehen, und wenn sie da nicht klarkommen dann die Justiz anzurufen. Wir erhoffen uns dadurch, daß die Richter und Richterinnen etwas mehr Ruhe und Zeit gewinnen um diese wichtigen Fragen, die Herr *Gilles* angesprochen hat, mehr besonnen zu entscheiden. Die Richter sind nämlich auch unzufrieden mit dieser Überlast. Danke.

Dieter Strempel - Evet, Prof. *Gilles*'in sizin sorunuza verdiği yanıta ilâve etmek istediğim şu: Bonn'daki Federal Adalet Bakanlığı da, bu tehlikeleri elbette gördü ve bu üsten güce sahip yargının bir sonucu da, bir mıknatıs gibi bütün davaları kendisine çekmesi ve böylece fazlaca iş yüküne maruz kalmasıdır. Burada yalnızca bir örnek vermek isiyorum, biz savaştan sonra 10.000 - 12.000 yargıç ile başladık ve şimdi 17.000-18.000 yargıcımız var. Sadece Batı'da, bu istatistik şu anda yalnızca eski Federal Amanya, yani birleşme öncesi dönem için verilen rakam. 17.000 ile 18.000 arasında yargıç, dünyadaki en yüksek yargıç yoğunluğudur. Bu durum, dava sayısı arttıkça, adalet bakanlarının maliye bakanlarına gidip daha fazla yargıç için bütçe almaları sonucu ortaya çıkmıştır. Bu böyle devam edemez. Seksenli yılların başından bu yana, para kalmaması nedeniyle bu uygulama durdurulduğu için çok memnunuz. Biz, Amerika, Japonya ve diğer ülkelerde varolan başka bir hareketi teşvik ettik: Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü. Herkes mahkemeye başvurabilir, üstelik biz sınırları da çok indirdik, yargılama giderlerini ödeyemeyen kimseler için yargılama giderleri yardımı; avukata giden kişiler için hukuki danışmanlık yardımı verdik. Ama biz vatandaşlarımıza şunu söylemedik: Her hukuki uyuşmazlık için yargıya başvurmanız gerekli değildir, toplumda sorunları çözmek için başka imkânlar da vardır, örneğin komşuluk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda. Eğer birbirine çok yakın oturan iki ev sahibi bahçe çitinin üzerinden diğer bahçeye düşen yapraklar veya meyveler ya da herhangi birşey nedeniyle kavga ediyorlarsa, bunu bir mahkeme önünde çözümlemeye gerek yoktur, bunun için Almanya'da,. "hakem kişi" (Schiedsmann) kurumu vardır. Toplumun itibar ettiği şahıslardan seçilen bir hakem kişi,

uyuşmazlık içindeki taraflarla oturup sakin bir biçimde ve aceleye getirmeden uyuşmazlığı öncelikle mahkeme dışı yoldan çözmeye çalışır, onun zamanı boldur. Yargının zamanı yoktur, yargıç oturumlarda yirmi ila kırk-elli duruşma, dava hakkında karar vermek zorundadır, yani o tümüyle iş yükünün verdiği baskı altındadır. Böyle olunca biz, diğer ülkelerdeki bu mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü hareketini izledik ve şimdi vatandaşlara ilk önce bu yola gitmelerini, bu yolla anlaşamadıkları takdirde, o zaman elbette ki yargıya başvurabileceklerini anlatmaya çalışıyoruz. Bu şekilde yargıçların, Bay Gilles'in değindiği önemli sorunlar hakkında daha sağlıklı kararlar vermeleri için biraz daha sükûnet ve zaman kazanmalarını ümit ediyoruz. Çünkü, yargıçlar da bizdeki bu fazla iş yükünden şikâyet ediyorlar Teşekkür ederim.

Feridun Yenisey - Bugün bütün dünyada ceza adaleti sisteminin büyük bir zorluk içinde olduğu görülmektedir. Bu zorluk, 19. Yüzyılda hazırlanan kanunlarla çalışmamızdan kaynaklanmaktadır. 19. Yüzyıl sözlülük, doğrudan doğruyalık prensipleri ve insan haklarının doğmaya başladığı bir çağ; o çağda hazırlanan çeşitli kanunlar var. Fakat 20. Yüzyıla girdiğimizde bütün bu kanunların yeni suçluluk biçimi karşısında yeterli olmadığını görüyoruz. Yani bu sorun, sırf Türkiye'nin değil, Almanya'nın değil, Amerika'nın değil, dünyanın sorunu olarak ortaya çıkıyor. Olgu şu: bir defa 19. Yüzyılda, ceza hukuku açısından konuşuyorum, az sayıda ağır suç varken 20. Yüzyılda *bagatel suç* patlaması oldu. Sayın profesör *Gilles*'in tebliğinde çok isabetle belirttiği gibi kanun koyucularımız bütün dünyada ceza hukukunu bir can simidi olarak gördü ve en basit davranışları dahi suç alanına soktu. Bunun neticesinde bütün ceza adaleti sistemleri önünde bir yığılma meydana geldi ve çamurda ilerlemeye çalışan bir otomobilin patinaj yapması gibi sistem bunu çözemez hale geldi. Buna ilâve olarak bir de suçluluğun biçim değiştirmesi olgusu var. O da, medyanın etkisi ve organize suçluluğun katkısı ile bugün apayrı bir suçluluk biçimi ortaya çıktı. Bunu nasıl halledelim? Yepyeni bir sistem mi arayalım? Belli prensipler var, bu prensiplerden sapma yapamıyoruz. Ceza adaletini hızlandıralım diyoruz, fakat çok fazla hızlılık kötü. Yani biz mutlaka bir makul süre bulmak zorundayız. Bugün Türkiye'de fazla hızlılığa doğru adım attığımız takdirde sanık haklarından ve insan haklarından fedakârlık etmek durumuna düşüyoruz. Bütün dünyada bu böyle. Ama basit suç var, bir de önemli suç var. Çok önemli olmayan suçların muhakemesinde daha üstünkörü bir yaklaşımla ilk defa meseleye yaklaşılabilir. Bunu 19. Yüzyılda *Beling*'ın verdiği bir örnekle açıklamak istiyorum. Profesör *Beling* bir İsviçreli saatçi örneği vermiştir, istinaf konusunu açıklarken. Demiştir ki, bir saatçiden 100 tane tam doğru çalışan saat teslim etmesini istemişler ve her bir saatin tam hassas çalışmasını sağlamak için de saatçinin 3 gün çalışması gerekiyor. Bu saatçi 100 saati tek tek ayarlamış fakat epey vakit kaybetmiş. Diğer ikinci bir saatçi ise saatleri gelişigüzel ayarlayıp teslim etmiş ve demiş ki, bozuk çalışıyorsa getirin yeniden yapayım. Bu şekilde geri gelen saat sayısı az olduğu için onun teslim süresi kısalmış, yani basit suçlarda ilk başta onu bütün garantilere uymadan daha üstünkörü bir muhakeme yapılarak ama önemli suçlara vakit ayırmak şartıyla sistem yeniden gözden geçirilebilir. Müeyyideler sistemi de çok önemli. Klasik cezalar yeterli mi değil mi meselesi ortaya çıkıyor. Fail ile mağdurun uzlaşması gündeme geliyor ve deniyor ki, fail ile mağduru karşı karşıya getirelim.Fail mağdurun zararını ödesin ve bu şekilde iş ceza adaleti sistemine girmesin. Çok iyi bir sistem mi bilmiyorum. Böylece acaba gene İslâm Hukukunun diyet sistemine mi dönmüş oluyoruz? Yani ceza hukukundaki ve hukuktaki bütün gelişmeye baktığımızda en basitten karmaşığa doğru bir gidiş var ve şimdi de basiti arayış var. Fakat bu

basitleştirme ne kadar yapılabilir, bugünkü toplumun karmaşık sisteminin gerektirdiği hukuk mekanizmalarının ne kadarından fedakârlık edilebilir, onu bilemiyorum. Teşekkür ederim, bu aşamada.

Yasemin Işıktaç - Efendim benim sorum, sayın *Hubert Rottleuthner*'e olacak. Kendileri adli personelin konformitesi üzerinde durmuşlardı. Burada benim aklıma bir başka kavram daha geliyor. Bu da bizim 82 Anayasasıyla Almanya'dan ödünç aldığımız bir kavramı çağrıştırıyor bana, anayasaya sadakat borcu ... Bu kavramla adli personelin konformitesi arasında acaba bir bağlantı kurulabilir mi? Bir de, bu konformiteden kasdedilen devlet midir iktidar mıdır? Onu öğrenmek istiyorum, teşekkür ederim.

Niyazi Öktem - Buyrun Sayın Profesör.

Hubert Rotthleuthner - Ich habe in meinem Vortag unterschieden zwischen einer Normkonformität des Rechtsstabes -das ist nichts weiter als die klassische Gesetzesbindung oder auch Verfassungstreue auf die ein Richter, ein Staatsanwalt verpflichtet werden, ohne die sie überhaupt nicht Mitglied des Rechtsstabes werden könnten-, davon habe ich unterschieden, und dann wird es eigentlich erst rechtssoziologisch interessant, eine allgemeine Korformität des Rechtsstabes im Sinne einer Loyalität zu den jeweiligen politischen Machthabern. Das geht weit über das hinaus, was man unter Gesetzesbindung verstehen könnte. Ich halte die Unterscheidung deshalb für wichtig, weil sich nur so einige spezielle Erfahrungen in Deutschland in diesem Jahrhundert angemessen beschreiben und erklären lassen. Wir hatten in Deutschland in diesem Jahrhundert mehrere gravierende politische Umbrüche, also Umbrüche im jeweiligen politischen Regime. 1918-19, dann 1933, dann wieder in der Zeit 1945-49 und dann wieder 1990 etwa, den Osten Deutschlands betreffend. Es ist jetzt rechtssoziologisch sehr interessant zu untersuchen, was die jeweils neuen politischen Machthaber mit dem alten Rechtsstab gemacht haben. Nach 1918-19 haben die politischen Machthaber den gesamten alten Rechtsstab aus dem Kaiserreich übernommen.....

Das Problem, das dann auftauchte in der Weimarer Republik, war, daß ein sehr starker Konflikt zwischen der Justiz und dem parlamentarischen Gesetzgeber auftauchte, der nicht gelöst werden konnte in der ganzen Zeit bis 1933. Man sieht daran, daß die neuen politischen Machthaber sich nicht darauf verlassen können, daß die Richter gesetzesgebunden handeln, sondern es gehört noch mehr dazu, nämlich eine bestimmte Loyalität gegenüber dem neuen politischen System. Die Nazis waren 1933 viel klüger, indem sie nämlich die politisch missliebigen Richter, Staatsanwälte oder Rechtsanwälte entlassen haben. Dazu genügt anscheinend ein Anteil von 10% - 15% der Richterschaft, die man entlassen muß; mit dem Rest kann man als politischer Machthaber sehr gut arbeiten, wenn ich das einmal aus einer machiavellistischen Perspektive sagen kann. Wer nur an der Technik der Macht interessiert ist, dem sei empfohlen: man braucht nicht mehr als 10% - 15% der Richter zu entlassen; den Rand, den extremen Rand, den möglicherweise politisch missliebigen Rand, den sollte man entlassen, mit dem Rest kann man üblicherweise sehr gut arbeiten. 1945 war die Situation etwas anders, in den verschiedenen Besatzungszonen Deutschlands, in Ost- und Westdeutschland. In den Westzonen, also unter amerikanischer, britischer und französischer Besatzung, war man zunächts sehr radikal und hat einen Grossteil der Richter entlassen, aber dann sehr

schnell die Richter wieder aufgenommen in den Justizdienst, so daß die Bundesrepublik zum großen Teil mit alten Richtern aus der Nazizeit arbeiten konnte und auch relativ erfolgreich gearbeitet hat. In der Ostzone, also in der sowjetisch besetzten Zone, hat man ca. 80% der gesamten Richterschaft entlassen, nämlich alle diejenigen Richter, die formelles Mitglied der Nazipartei gewesen sind. Die sind auch nicht wieder zugelassen worden, was zu dem bekannten Problem des Stillstandes der Rechtspflege führte. Wie kann eine Justiz überhaupt funktionieren, wenn nur noch 20% der Richter da sind? Das Problem hat man versucht, in der sowjetisch besetzten Zone durch sogenannte "Volksrichter" zu lösen; durch Richter, die in Acht-Monats-Kursen schnell ausgebildet wurden. 1990-91 sieht die Situation wieder anders aus. Anscheinend hat die Bundesrepublik sehr wenig politisches Vertrauen in die alten DDR-Richter gehabt, jedenfalls in Berlin nicht. In Berlin wurden nur ungefähr 10%-15% der ehemaligen Richter aus der DDR, aus Ost-Berlin übernommen. In anderen neuen Bundesländern ist die Quote wesentlich höher. In manchen Ländern, in Brandenburg, Mecklenburg sind etwa 50% der alten Richter übernommen worden. Ich gehe davon aus, daß die Geschichte zeigt, dass auch diese jetzt übernommenen Richter sehr lernfähig, sehr anpassungsfähig sein werden und sich sehr rasch auf die neuen Gesetze und darüber hinaus auf die politischen Erwartungen einstellen werden. Ich rede nicht unbedingt von Opportunismus, ich drücke nicht da etwas höflicher aus und würde von einer besonders hohen Lernfähigkeit von Richtern sprechen. Gut also, wichtig ist, daß immer ein Surplus dazukommen muss, zur Gesetzesbindung kommt immer noch ein bestimmter Surplus hinzu, was die jeweiligen politischen Erwartungen angeht. Insofern ist eine legalistische Perspektive nicht hinreichend, sondern man muß sehen, welche informellen Mechanismen noch wirken, daß sich die Richterschaft so verhält, wie es im großen und ganzen von ihr erwartet wird.

Hubert Rottleuthner - Tebliğimde, yargı mensuplarının norm konformitesi ile -ki, bu bir yargıcın, bir savcının onsuz yargı mensubu olamayacakları, geleneksel yasa ile bağlılık veya anayasaya sadakat yükümlülüğünden başka bir şey değildir- hukuk sosyolojisi yönünden asıl ilginç olan ve yargı mensuplarının, dönemin politik iktidar sahiplerine genel olarak bağlılığını/sadakatini ifade eden konformiteyi birbirinden ayırdım. Ve işte bu, yasa ile bağlılıktan anlaşılanın çok daha ötesine varmaktadır. Bu ayrımı önemli buluyorum, çünkü bu yüzyılda Almanya'da yaşanılan bazı özel deneyimleri anlatmak ve açıklamak ancak bu şekilde mümkündür.

Bu Yüzyılda Almanya'da birçok ağır politik devrim oldu, yani her bir politik rejimde devrimler yaşandı. 1918-1919'da, sonra 1933'de, sonra tekrar 1945-1949 döneminde ve daha sonra, örneğin Almanya'nın doğusuna ilişkin olarak 1990'da. Şimdi, her bir dönemin politik iktidar sahiplerinin eski yargı mensupları ile ne yaptıklarını incelemek hukuk sosyolojisi bakımından çok ilginçtir. 1918-1919 döneminden sonra, politik iktidar sahipleri imparatorluktan kalan bütün yargı mensuplarını devraldılar. O zaman Weimar Cumhuriyetinde ortaya çıkan sorun, yargı ile parlamenter yasakoyucu arasında 1933'e kadar olan bütün bu süre boyunca çözümlenemeyen bir uyuşmazlığın ortaya çıkması idi. Burada, yeni politik iktidar sahiplerinin, yargıçların yasa ile bağlılık yükümlülüklerine uygun davranacaklarına tek başına güvenemeyecekleri, fakat bunun yanında yeni politik sisteme karşı belli bir sadakatin/bağlılığın da gerekli olduğu görülmektedir. 1933'de Naziler, politik olarak gözden düşen yargıç, savcı veya avukatları görevden almakla çok daha akıllılık ettiler.

Görünen o ki, bunun için görevden alınması gereken oran yargıçların %10 - %15'idir; makyavelist bir yaklaşımla söyleyecek olursak, geriye kalanla politik iktidar sahibi olarak gayet iyi çalışmak mümkündür. Yani, sadece iktidar tekniği ile ilgilenen için, tavsiyemiz, yargıçların %10-%15'inden fazlasının görevden alınmasının yeterli olduğudur. Sadece uç noktada olanları, politik açıdan gözden düşen, hoş karşılanmayacak olanları görevden almak gerekir, geri kalanı ile alışılageldiği gibi gayet iyi çalışılabilir. 1945'de durum biraz farklıydı; Almanya'nın değişik işgal bölgelerinde, Doğu ve Batı Almanya'nın batı bölgelerinde, önce çok radikal davranılarak yargıçların büyük bir kısmı görevden alındığı halde, kısa zamanda yargıçlar tekrar yargı hizmetine iade edilerek Federal Almanya büyük ölçüde Nazi döneminden kalma eski yargıçlar ile çalışabildi ve nispeten başarıyla çalıştı. Doğu bölgesinde, yani Sovyetlerce işgal edilen bölgede, Nazi partisinin formel üyesi olan yargıçların yaklaşık %80'i görevden alınarak bunların tekrar görev başına dönmelerine izin verilmedi. Bu ise bilindiği gibi yargının durmasına (Stillstand der Justiz) yol açtı. Zaten, yargıçlarının sadece %20'si kalan bir yargı nasıl işleyebilir ki? İşte Sovyetlerce işgal edilen bölgede bu sorun, "halk yargıçları" (Volksrichter) denilen, sekiz aylık kurslarla çabucak yetiştirilen kişilerle çözülmek istendi. 1990-91'de ise durum yine tümüyle farklıdır. Anlaşılan, Federal Almanya'nın eski DDR yargıçlarına, herhalde Berlin'dekilere, pek az politik güveni vardı. Berlin'de - Doğu ve Batı Berlin'de değil, fakat Doğu Berlin'deki eski yargıçların sadece yaklaşık %10-%15'i devralındı. Diğer yeni eyaletlerde bu oran çok daha yüksektir. Bazı eyaletlerde, Brandenburg ve Mecklenburg'da eski yargıçların yaklaşık %50'si devralındı ve sanıyorum ki, tarih, şimdi devralınan bu yargıçların da öğrenme yeteneğinin çok yüksek, çok uyumlu olacağını ve yeni yasalara, bunların da ötesinde politik beklentilere çok çabuk uyum sağlayacaklarını gösterecektir.

Burada mutlaka bir oportünizmden söz etmiyorum, ben biraz daha saygılı bir ifade kullanarak yargıçların özel bir öğrenme yeteneğini dile getirmek istiyorum. Pekalâ, önemli olan herzaman bir artı değerin eklenmesidir, politik beklentiler bakımından her zaman yasaya bağlılığın yanında belirli bir artı değer gelmek zorundadır. Bu bakımdan böyle bir yasacı perspektif yeterli olmayıp, yargıçların genel olarak kendilerinden beklenen şekilde davranmalarında hangi biçimsel olmayan mekanizmaların etki ettiğini de görmek gerekir.

Yılmaz Aliefendioğlu - Sayın Profesör konformite ile ilgili çok önemli bilgi sundu. Tabii konunun iki yönü var, bir, yasalara ve anayasaya uygunluğu sağlamak. Ama daha çok sosyolojik olgu olarak ikinci yönü, ile yani Hakimlerin ve mahkemelerin politikacıların amacına yönelmesi konusu üzerinde durdular. Türkiye açısından düşünüldüğünde bizde zaman zaman askeri müdahaleler dönemi olduğu, 1960 askeri darbesini takiben, yüksek yargı yerlerinde, özellikle Danıştay'da, bir gecede bütün hakimler emekli edildi, sonra bunların büyük bir kesimi tekrar göreve alındılar. Sonuçta eski üyelerin bir bölümü dışarıda bırakıldı. 12 Eylül sonrasında da, gene Danıştay'da bazı hakimler bölge hakimliklerine atanarak istifaya zorlandılar. Ayrıca, bir de 1971 askeri müdahelesi var. Askeri müdahalelerin ve demokratik yönetimin dışındaki uygulamaların Yüksek Mahkemeleri etkilediği kuşkusuz. Ancak askeri müdahaleleri takiben mahkemelerin politik amaca ne derece uyum sağlayacak kararlar verdikleri incelenmeye değer bir konu. Benim gözlemim, bizde hükümetlerin değişmesine bağlı olarak mahkemelerde ve yargıçlarda siyasetçilerin anlayışına uyum sağlama çabasının

olduğu söylenemez. Ancak askeri müdahalelerden sonra, hiç değilse bir süre için, bu tür uyum sorunu olmadığını söyleyebilmekte kanımca zorluk vardır.

Ahmet Halûk Atalay - Sorumu, öncelikle Profesör *Rottleuthner*'e yöneltmek istiyorum. Ama doğal olarak, diğer değerli bilimci konukların ilgisine de açık bir soru olacaksa bu, onların katkıları için de şimdiden teşekkür ederim. Dünkü sunuşunda *Gilles*, Almanya'da hukuki olgular araştırmasının genelde, tekil bir metodolojiyle çalışmadığını; yüzlerce farklı teknikten yararlandığını vurgulamıştı. Öyleyse, Almanya'daki hukuki olgular araştırmasının belirli bir geçmişinin ve bu geçmişe bağlı olarak bir derinliğinin olduğu da varsayılırsa, standart sosyolojik ya da sosyometrik araştırma ve ölçme tekniklerinin dışında, örneğin sosyal psikolojik tekniklerden de yararlanmış olmaları beklenebilir. Bu anlamda sormak istediğim soru şu:

Şimdiye kadar, örneğin olasılıksal karar almak modeli ya da oyun kuramı modelleriyle ilgili araştırmaları oldu mu; eğer oldu ise bunun kuramsal ve uygulayımsal sorunları hangi noktalarda belirdi ve buna bağlı olarak, genel sosyolojik araştırma tekniklerini hukuki olguya uyarlarken ne tür modifikasyonlara gereksinim duyuyorlar; hangi alanlarda çıkıyor --eğer varsa-- bir uyumsuzluk ya da uygunsuzluk?

Hubert Rottleuthner - In der "Rechtssoziologie" von *Manfred Rehbinder* finden Sie einen Abschnitt über die "Methoden der Rechtsstatsachenforschung". Das klingt so, als ob es besondere Methoden der Rechtstatsachenforschung gäbe. Wenn man aber dieses Kapitel liest, ist es nichts weiter als eine Aufzählung der Methoden, die in der empirischen Forschung allgemein angewendet werden. Wir haben z.B. Befragungen, schriftliche, mündliche, wir haben Beobachtungen, teilnehmende, nicht-teilnehmende. Wir haben Inhaltsanalysen, wir haben speziell Aktenanalysen. Wir verwenden das ganze Inventar von Methoden, die in der empirischen Sozialforschung üblich sind. Vielleicht gibt es gewisse Schwerpunkte in dem Sinne, daß wir uns speziell sogenannten prozeßproduzierten Daten zuwenden. Das sind Daten, die innerhalb juristischer Prozesse, innerhalb juristischer Verfahren erst produziert werden, also etwa und vor allem Akten von Gerichtsverfahren. Damit beschäftigen sich andere Sozialwissenschaftler kaum, da sie anscheinend eine große Berührungsangst gegenüber dieser juristischen Sphäre haben. Jedenfalls kenne ich nur sehr wenige allgemeine Soziologen oder auch Psychologen, die sich einmal mit Gerichtsakten beschäftigt haben. Aber, noch einmal, was die Erhebungsmethoden angeht, gibt es keinen Unterschied zwischen Rechtstatsachenforchung und anderen Zweigen der Sozialforschung.

Was die Spieltheorie angeht, so liegt sie auf einer anderen Ebene. Sie ist ja keine Erhebungsmethode, sondern stellt einen speziellen theoretischen Ansatz dar. Dazu wäre zunächst zu sagen, daß die Rechtstatsachenforschung überhaupt wenig theoretisch ist. Ein Kennzeichen der Rechtstatsachenforschung im Unterschied zur Rechtssoziologie wäre für mich, daß die Rechtstatsachenforschung zunächst einmal beschreibend ist. Rechtstatsachenforschung ist für mich eine beschreibende Disziplin, die bestimmte Häufigkeiten, bestimmte Ausprägungen in ihrer Quantität versucht festzustellen. In der Rechtstatsachenforschung werden sehr wenig Theorien verwendet. Mir ist kein Beispiel bekannt, daß in der deutschen Rechtstatsachenforschung die Spieltheorie angewendet worden wäre. Es gab in der amerikanischen Justizforschung einige Veröffentlichungen, in denen spieltheoretische Ansätze für die Erklärung des Verhaltens der Richter am Supreme Court werwendet wurden, aber das ist sonst wohl nicht weiter behandelt worden.

Auf Theorien wird also in der Rechtstatsachenforschung weitgehend verzichtet. Ich würde das gerne noch näher ausführen am Beispiel einer Untersuchung, die ich durchgeführt habe über einen Vergleich von Einzelrichter und Kollegium, d.h. eines Vergleichs hinsichtlich der Qualität zwischen Entscheidungen eines Einzelrichters und eines Kollegiums von drei Richtern. Der Vergleich kann zunächst rein deskriptiv erfolgen, indem man z.B. erfaßt, welche Unterschiede es hinsichtlich der Dauer der Verfahren beim Einzelrichter und beim Kollegium gibt, hinsichtlich der Berufungshäufigkeit oder hinsichtlich des Ausgangs von Berufungsverfahren. Das läßt sich alles deskriptiv machen. Der einzige Punkt, wo ich versucht habe, etwas Theorie hereinzubringen, ist dann die Erklärung dafür, warum es keinen wesentlichen Unterschied zwischen Einzelrichterentscheidungen und Kollegialentscheidungen gibt. Dafür existieren einige relevante Theorien aus dem Bereich der Sozialpsychologie, speziell zu Interaktionen in Gruppen. Es gibt z.B. eine sozialpsychologische Theorie, die besagt, daß die Effektivität von Gruppenarbeit nur dann hoch ist, wenn alle Gruppenmitglieder etwa das gleiche Wissensniveau haben. Sonst bringt eine Gruppendiskussion nicht unbedingt bessere Resultate - das kennt man ja aus jeder Seminardiskussion, wenn ein, zwei Leute sehr gut sind, die anderen aber wenig wissen. Erst wenn die Kompetenz möglichst gleich verteilt ist in der Gruppe, gibt es auch einen Gruppeneffekt in dem Sinne, daß die Gruppe wirklich besser wird. Das ist eine sehr gute Erklärung dafür, warum in Deutschland die Kollegialentscheidungen in den meisten Fällen nicht besser sind als die Entscheidungen von Einzelrichtern. Diese Gruppe hat nämlich sehr häufig kein gleichmäßig hohes Niveau an Kenntnissen über den jeweiligen Fall. Das liegt vor allem am System des Berichterstatters, d.h. es gibt im Kollegium einen Richter, der sich speziell auf dieses Verfahren vorbereitet hat, der die Akten kennt, während die anderen beiden nicht sehr viel Ahnung über diesen Fall haben müssen. Es gibt also eine Person, die gut informiert ist, der Rest weiß wenig und muß im Laufe des Verfahrens lernen. Das wäre also ein Versuch einer Erklärung mit Hilfe einer sozialpsychologischen Theorie, die man hier auf den Fall eines Gerichtskollegiums anwenden kann. Es gibt noch eine weitere Theorie über die Neigung zu extremen Entscheidungen innerhalb von Gruppen. Die Frage wäre, ob Gruppen zu extremeren Entscheidungen als Einzelpersonen neigen. Auch zu dieser Frage liefert die Einzelrichter-Studie einige deskriptive Befunde, die sich im Lichte allgemeinerer Theorien beleuchten lassen.

Ich bin kein Freund von großen Theorien à la *Habermas*, *Luhmann* u.a. Ich würde nicht versuchen, solche großen Theorien in die empirische Forschung einzubringen. Meist funktioniert das nicht. Meist stehen dann Bekenntnisse zu diesen großen Theorien völlig unverbunden der empirischen Arbeit gegenüber. Ich würde es vorziehen, anders herum vorzugehen, d.h. eine bestimmte konkrete Fragestellung empirisch zu klären zu versuchen und dann zu sehen, ob es vielleicht einschlägige Theorien in diesem Bereich gibt, die unser Wissen noch weiter vertiefen können. Aber die meisten Modetheorien sind nicht verwendbar für die Lösung ganz konkreter Fragestellungen.

Hubert Rottleuthner - Manfred Rehbinder'in "Hukuk Sosyolojsi" isimli eserinde "Hukuksal Olguları Araştırma Yöntemleri" hakkında bir bölüm bulacaksınız. Bu başlık, sanki hukuksal olguların araştırılmasında özel yöntemler olduğu izlenimini uyandırıyor. Ama bu bölüm okunduğunda, bunların deneysel araştırmada kullanılan genel yöntemlerin sayımından öte bir şey olmadığı anlaşılıyor. Örneğin, yazılı ve sözlü sorgulama (Befragung), katılımlı ve katılımsız gözlemler; içerik analizleri, özellikle dosya analizleri sözkonusu. Deneysel sosyal araştırmada alışılmış olan yöntemlerin tümünü kullanıyoruz. Belki davalar neticesinde ortaya çıkan verilere özellikle eğilmemiz bakımından belirli bazı ağırlık noktaları vardır. Bu veriler hukuksal prosedürler, yargılamalar esnasında üretilen verilerdir, özellikle dava dosyaları ve duruşmalar gibi diğer sosyal bilimler bunlarla hemen hiç ilgilenmezler, çünkü anlaşılan bu hukuksal alan ile temas etmekten çok korkmaktadırlar. Her ne ise, ben bir kez olsun dava dosyaları ile ilgilenmiş olan pek az sosyolog veya psikolog tanıyorum. Ancak, yineliyorum, verilerin toplanması (Erhebungsmethode) bakımından hukuksal olgular araştırması ile sosyal araştırmanın diğer dalları arasında bir fark yoktur.

Oyun teorisine (Spieltheorie) gelince, bu teori başka bir düzlemdedir. Oyun teorisi bir veri toplama yöntemi (Erhebungsmethode) olmayıp, özel bir çıkış noktası oluşturmaktadır. Bu konuda söylenecek ilk şey, hukuksal olgular araştırmasının genelde fazla teorik olmadığıdır. Buna göre, hukuk sosyolojisinden farklı olarak hukuksal olgular araştırmasının karakteristiği, öncelikle betimsel oluşudur. Hukuksal olgu araştırması bence, belirli sıklıkları, bunların niceliklerine ilişkin belirli gelişmeleri tespit etmeye çalışan betimsel bir disiplindir. Hukuksal olgular araştırmasında pek az teori kullanılmaktadır. Oyun teorisinin Almanya'daki hukuksal olgular araştırmasında uygulandığına ilişkin herhangi bir örnek, bilgim dahilinde değil. Amerikan yargı araştırmalarında, Supreme Court yargıçlarının davranışlarını açıklamaya yönelik oyun teorisinin öngördüğü çıkış noktalarının kullanıldığı bazı yayınlar vardı, ancak bu konu ile daha fazla ilgilenilmedi.

Hukuksal olgular araştırmasında teorilerden büyük ölçüde vazgeçilmektedir. Ben bu konuyu tek yargıçlı mahkeme ile toplu mahkeme arasındaki karşılaştırma, yani tek yargıcın verdiği hükmün kalitesiyle üç yargıçtan oluşan mahkemece verilen hükümlerin kalitesi konusunda yaptığım bir inceleme örneğinde daha yakından açıklamak isterim. Karşılaştırma önce tümüyle betimsel yapılabilir, örneğin davaların süresi yönünden tek yargıç ile toplu mahkemeler arasında hangi farklar bulunduğunun veya istinaf mahkemesine başvuru sıklığı ya da istinaf incelemesinin sonuçlarında hangi farkların bulunduğunun betimsel olarak belirlenmesi suretiyle. Bunların hepsi betimsel olarak yapılabilir. İçine biraz teori katmaya çalıştığım yegâne nokta, tek yargıçlı mahkeme ile toplu mahkemelerin kararları arasında neden esaslı farkların bulunmadığının açıklanmasıdır. Bunun için sosyoloji alanında bazı önemli teoriler mevcuttur, özellikle grup içindeki etkileşimlerle (Interaktion) ilgili. Örneğin sosyal-psikolojinin bir teorisine göre, ancak tüm grup üyeleri az çok aynı bilgi seviyesine sahip oldukları taktirde grup çalışmasının etkinliği yüksek olabilmektedir. Aksi taktirde grup tartışması her zaman daha iyi sonuç getirmeyebilir- bu, her seminer tartışmasından bilinir; bir-iki kişi çok iyidir diğerleri ise konu hakkında çok az bilgiye sahiptirler. Grup içindeki kompetanlık mümkün olduğunca eşit olarak dağılmış ise, ancak o zaman grup çalışmasının gerçekten daha iyi olacağı anlamında bir grup etkisi görülmektedir. Bu, Almanya'da toplu

mahkemelerce verilen kararların olayların çoğunda tek yargıçlı mahkeme kararından neden daha iyi olmadığını çok iyi açıklar. Zira grup sıkça olay hakkında eşit derecede bilgi düzeyine sahip değildir. Bu durum ise herşeyden önce raportör sisteminden ileri gelmektedir; yani mahkemede özellikle o davaya hazırlanmış olan, dosya hakkında bilgi sahibi olan bir yargıç olduğu halde, diğer iki yargıç sözkonusu olay hakkında fazla bilgi sahibi olmak zorunda değildir. Böyle olunca, çok iyi bilgilenmiş bir kişi mevcut olduğu halde, geriye kalanlar az şey bilmekteler ve ancak yargılama esnasında öğrenmek durumundadırlar. İşte bu, toplu mahkeme olayına uygulanabilen bir sosyalpsikoloji teorisi yardımıyla açıklama bulma deneyidir. Grup içerisinde extrem kararlar verme eğilimi hakkında bir başka teori var. Soru, grupların tek kişiden daha extrem kararlar vermeye eğilimli olup olmadığı şeklindedir. Bu soruya ilişkin olarak da tek yargıçlı mahkeme incelemesi, daha genel teorilerin ışığında aydınlatılabilen bazı betimsel bulgular vermektedir.

Ben, *Habermas, Luhmann* vb. gibi, büyük teorilerin dostu değilim. Bu tarz büyük teorileri deneysel araştırmaya katmaya çalışmazdım. Bu, çoğunlukla işlev görmüyor. Çoğunlukla bu büyük teorilere olan inançlar ile deneysel çalışma tamamen bağlantısız olarak karşı karşıya durmaktadır. Ben, tersinden gitmeyi yeğlerdim, yani belirli ve somut bir sorunu deneysel olarak açıklamaya çalışmak ve bundan sonra bilgimizi daha da derinleştirebilecek olan, konuyla ilgili teorilerin var olup olmadığına bakmak. Ama moda teorilerin çoğu gayet somut sorunların çözümünde uygulanabilir değildir.

Ülker Gürkan - Bu sorun, yani görgül (ampirik) araştırmalar ülkemiz bakımından da çok önemli. Zira dogmatik hukukçuların çoğu, bir kural konduktan sonra herkesin buna uygun biçimde davranacağını varsayar. Bu nedenle çeşitli hukuk kitaplarına baktığınızda, ülkemizde işbirliği olmayan hükümlerin de uzunboylu incelendiğini görürsünüz. Tabii bunun zararı yok; ama sosyolojik açıdan önemli olan husus başka. Ülkemizde yasama faaliyetinde başarı, hukuk ile toplumsal yaşam arasında uyum sağlanmasına bağlıdır. Yasakoyuculuk zor iştir. Parlamentomuzda her zaman çok sayıda hukukçu olduğu halde, yasalar iyi yapılmaz. Bunun bir nedeni yasalar hazırlanırken ilgililere gereğince başvurulmaması, ikincisi de görgül araştırmaların azlığı ve olanlara da itibar edilmemesi. Bu nedenle kanunlar yürürlüğe girdikten sonra sorunlar çıkıyor.

Asıl sorun da resepsiyon, dolayısıyla hukuk devrimi yapmış olan bir ülke olduğumuz halde hâlâ "kanunlarımız dışarıdan alınmıştır, yapımıza uymuyor, örf-âdetimize uymuyor" diyenlerin varlığında. Bunu söyleyenler 'yapı'nın örf-âdetin ne olduğunu bilmez. Kanunlarımız da örf âdetten söz eder, oysa bu deyimin içinde teamül, âdet ve örfler yer alır, bunlar aralarında farklılık gösterirler. Kanunlarımızın bize uymadığını söyleyenler var demiştik. Acaba hangi alanlarda? Bunu söyleyenler araştırma yapmışlar mı? Bu şikâyetler genellikle aile hukukunda, karı-koca ve bunlarla çocuklar arasındaki ilişkilerde sözkonusu; çünkü aile duygusal yönden bizi sımsıkı sarıyor. Yeni kurallara uyum sağlamış onca ailenin yanında, Medeni Kanundan bihaber, ortaçağ karanlıklarında yaşayan aileler var. Bunları araştıran, ortaya koyan görgül (ampirik) araştırmaları çoğaltmalıyız ki, yaşam ile hukuk arasında hangi noktalarda uyumsuzluk var bilelim. Görgül araştırmalar, Alman meslektaşımın da belirttiği gibi, para ve personel gerektiriyor, ama gerekli. Umarız ki, bundan böyle genç hukukçularımız bu çalışmalara ilgi duyarlar. Öte yandan hukuk sosyolojisi Türkiye'de hızla yaygınlaşıyor; hukuk fakültelerinde ve sosyoloji bölümlerinde zorunlu hale getiriliyor. Şimdiki halde, görgül

araştırmalarımızı daha çok mahkeme kararlarına dayandırıyoruz. Ancak, ben de dahil birçok kişi, sayısı giderek artan soyologların yöntemlerinin ve toplum aile yapısını araştıran çalışmaların sonuçlarından yararlanıyoruz.

Teşekkür ederim.

Dieter Strempel - Ich wollte eine kurze Ergänzung machen zu den Methodenfragen, das Thema wird dann ja hier verlassen. Wir merken in Deutschland, daß diese Methoden, die Herr *Rotthleuthner* eben geschildert hat, bei den Juristen auf Schwierigkeiten stoßen, weil sie vorgeblich andere Methoden haben, zu ihrem Urteil oder Beschluß zu kommen.Und ich mache das meinen Studenten schon immer auf recht einfache Weise klar, daß ich sage, so weit liegen die Methoden zwischen Juristen und Soziologen gar nicht auseinander. Zum Beispiel die Interviewmethode der Soziologen; das lernt ein Jurist am ersten Tag, wenn er in die Praxis kommt als Referendar, wenn er einen Zeugen vernehmen muß oder einen Angeklagten - das ist praktisch ein Interview. Nur, der Jurist macht das in diesem einen Fall - der Angeklagten- und Zeugenvernehmung -, der Soziologe macht es in einer Vielzahl von Fällen und wendet dann statistische Methoden an, um eine repräsentative Aussage zu gewinnen. Aber der Ansatz der Tatsachenerhebung, ist bei Juristen völlig derselbe wie bei Soziologen, das sind keine verschiedenen Welten. Wir stellen oft auch Berührungsänste gegenüber der Soziologie bei unseren Rechtsdogmatikern fest. Das ist aber kein Geheimwissenschaft, die Soziologie: Es sind ähnliche Methoden wie bei den Juristen. Oder nehmen wir die Augenscheinseinnahme, wie es bei uns heißt, sie entspricht der Beobachtung. Wenn also ein Gericht an einen Ort geht, einen Verkehrsunfall rekonstruiert. Das macht auch der Soziologe, indem er ein Geschehen z.B. eine Gerichtsverhandlung beobachtet. Das gleiche gilt für den Urkundenbeweis: Er entspricht etwa der Aktenanalyse. Und das ist das Schwergewicht der rechtstatsächlichen Untersuchung, die Aktenanalyse. Davon profitieren die Soziologen wiederum, daß nach einem Grundsatz der Deutschen alles schwarz auf weiß niedergelegt werden muß und in den Akten nachgelesen werden kann. Also ich will sagen: Diese juristischen Methoden liegen ganz nahe bei den soziologischen Methoden, und man braucht keine Angst vor ihnen zu haben. Die statistischen Schlüsse, die sie dann ziehen, darauf kann man gut vertrauen. Das macht heute schon der Computer.

Dieter Strempel - Konu burada terk edileceğine göre, yöntem sorunlarına ilişkin kısa bir ekleme yapmak istiyordum. Almanya'da hukukçuların, karar veya hüküm vermede başka yöntemleri olduğunu iddia ederek, Bay *Rottleuthner*'in az önce bahsettiği yöntemlere karşı çıktıklarını görüyoruz. Ben kendi öğrencilerime bu durumu oldukça basit bir şekilde açıklıyorum, diyorum ki, hukukçular ile sosyologların yöntemleri birbirlerinden çok farklı değildir. Sosyologların görüşmesi (interventiv) yöntemleri örneğin; bu yöntemi bir hukukçu stajyer olarak uygulamaya girdiği ilk gün veya bir şahit ya da sanığın ifadesini almak zorunda olduğunda öğrenmektedir, sonuçta bu bir röportajdır. Ancak, hukukçu bunu bu tek halde- sanık veya şahidin ifadesinin alınmasında yapmaktadır, sosyolog ise bunu birçok durumda yapar ve temsili bir ifade elde etmek için istatistik yöntemler uygular. Ne var ki, olguların ortaya çıkarılmasında çıkış noktası hukukçularda da sosyologların aynıdır, bunlar ayrı dünyalar değildir.

Dogmatik hukukçulardâ sıklıkla tesbit ettiğimiz bir husus da sosyoloji ile temas etme korkularıdır. Halbuki sosyoloji gizli bir bilim değildir. Orada da hukukçularınkine benzer

yöntemler sözkonusudur. Örneğin, bizim deyimimizle keşif ve muayeneyi ele alalım, bu sosyolojideki gözlemi karşılamaktadır. Örneğin, mahkemelerin mahalline giderek bir trafik kazasının yeniden canlandırılması halinde. Bunu herhangi bir olayı, örneğin bir duruşmayı izleyen sosyolog da yapıyor. Aynı şey yazılı delil ile ispat bakımından da geçerlidir. Bu aşağı yukarı dosya analizlerini karşılamaktadır ve dosya analizi hukuksal olgulara ilişkin araştırmanın ağırlığını oluşturur. Diğer yandan, Almanların herşeyin yazılı olması zorunluluğu ve dosyaların incelemeye açık olması prensibinden sosyologlar istifade etmektedir.

Şunu söylemek istiyorum: Bu hukuksal yöntemler sosyolojik yöntemlere çok yakındır ve bunlardan korkmaya gerek yoktur. Sosyologların bu yöntemlerle elde ettikleri istatistik sonuçlar da güvenilirdir. Günümüzde bu iş bilgisayarlarla yapılıyor.

Feridun Yenisey - Bugün Türkiye'de istinaf yok, olmamasının sebebi de şu: 19. Yüzyıla geçerken Türkiye'de çift hukuk sistemi uygulandı bir ara; şer'i hukukla birlikte nizamiye mahkemeleri uygulandı. Bu nizamiye mahkemelerine hakim temin edilemedi. Yapılan şey şu oldu: kadıları temyiz mahkemesinde görevlendirdiler, Osmanlı Devletinde... Ve neticede nizamiye mahkemelerinin verdiği bütün kararlar bozulma yoluna gitti. Çünkü kadı laik hukuku bilmiyordu. Ve 1924 yılında *Atatürk* Hukuk Devrimini gerçekleştirirken şer'iye mahkemeleriyle birlikte istinaf mahkemelerini de kaldırdı. Bugün Türkiye'de o yüzden istinaf yok ve halen de tasarılar var; istinaf kurulsun mu kurulmasın mı diye. Deniyor ki istinaf davaları uzatır, acaba uzatır mı? Bugünkü temyiz oranlarına baktığımızda %15'lik bir temyiz olayı olduğunu görüyoruz.

Şimdi yeni bir nokta... O da, bir hukuk araştırmasında teorinin yeri var mı yok mu? Biz bu en son yaptığımız araştırmada çeşitli süjelerin yaptıkları işlemlerin hükme etkisini araştırdık. Yani bir bilirkişi raporu acaba esas mahkemesindeki hakimi nasıl etkiliyor? Bundan bazı bilimsel sonuçlar da çıkardık.

Hayrettin Ökçesiz - Çok kısa bir soru yöneltmek istiyorum. Hukuksal Olgular Araştırmasının çerçevesini aşağı yukarı detaylı bir şekilde öğrendik. Fakat bu hukuksal olgular araştırmasının Almanya'da devlet kararlarına nasıl yansıdığını bilmek istiyorum. Yani hukuk sosyologları bunu çok güzel yapıyorlar; Almanya'da yüzlerce çalışma yapılmış durumda, fakat idari kararlara, adli kararlara ve yasakoyucunun kararlarına Hukuksal Olgular Araştırmasının sonuçları nasıl yansıyor? Buralardan doğrudan etkili sonuçlar elde edilebiliyor mu? Bu karar organları bunu doğrudan kullanabiliyorlar mı? Yoksa, benim de edindiğim genel bir izlenim var, örneğin hakimlerde, hakimler kendi yaşam deneyimlerini önplana geçiriyorlar ve bu tür bilimsel verilere sıcak bakmıyorlar. Bizim adi bilgi dediğimiz daha çok, yani günlük deneyimlerden, insanın kendi yaşamında yöntemsel olmayan bilgilerden yararlanarak kararlarını verdiği bilgi alanında kalıyorlar. Ama yargıçların ya da idarenin ya da yasakoyucunun bu tür disiplinsiz, sistemsiz bilgiler kullanarak karar vermede ısrar etmeleri Hukuksal Olgular Araştırmasının sağladığı bilgileri bir kenarda bırakıyor mu? Yani bu nasıl bir gelişme, bunu bilmek istiyorum. Ve etkileme yöntemi nasıl olmalıdır?

Dieter Strempel - Ich nehme an, daß auch die türkischen Kollegen etwas dazu sagen wollen, denn Herr *Ökçesiz* hat die Frage eher an meinen Kollegen im türkischen Justizministerium gerichtet. Ich will sagen, wie es bei uns ist. Was ich eben geschildert habe, das war ein schwieriger Prozeß der Annäherung in den 70er Jahren. Die

Rechtstatsachenforschung ist in der Bundesrepublik Deutschland aufgenommen in einem gesellschaftlichen Umbruch, den Herr *Rottleuthner* vorhin unterschlagen hat, den ich aber für sehr wichtig halte. Das war 1968 bei der Studentenrevolution, das Aufbegehren der Studenten in der Bundesrepublik gegen den autoritären Obrigkeitsstaat. Wenn wir den Umbruch nicht gehabt hätten, wenn die Adenauerzeit also weiter fortgeschrieben worden wäre, möchte ich nicht wissen, wie unser Staat heute aussähe. Das war eine ganz wichtige Zeit. Da haben die Sozialwissenschaften unter großen Schwierigkeiten Eingang in die juristischen Fakultäten und auch in die Ministerien gefunden. Meine Arbeitseinheit im Justizministerium ist seinerzeit gegründet worden, 1973. Es war am Anfang eine sehr schwierige Phase, dies den Juristen klarzumachen. Heute ist es aber akzeptiert. Und wir würden in wesentlichen Gebieten eine neue Gesetzgebung, wie Herr *Rottleuthner* sie geschildert hat, wie in dem schwierigen Bereich, ob wir einen Einzelrichter oder eine Kammer im Zivilprozeß beauftragen, heute nicht mehr ohne eine rechtstatsächliche Untersuchung machen. Das ist völlig selbstverständlich. Ein Zweites kommt hinzu: Wir evaluieren auch im nachhinein, wenn wir uns anschauen, wie sich die Norm in der Justizpraxis auswirkt, ob die Richter sie anwenden. Also für mein Ministerium kann ich sagen, daß wichtige Gesetzesänderungen auf solchen Untersuchungen basieren. Mich würde auch interessieren, wie es hier in der Türkei ist.

Dieter Strempel - Sanırım bu konuda Türk meslekdaşlarım birşeyler söylemek isterler, zira sayın *Ökçesiz* soruyu daha çok Türk Adalet Bakanlığı'ndaki meslekdaşıma yöneltti. Durumun bizde nasıl olduğunu açıklamak istiyorum. Az önce anlattığım gibi, 70'li yıllarda yaşanan zor bir yakınlaşma süreciydi. Almanya'da hukuksal olgular araştırması, benim çok önemli bulduğum, ancak sayın *Rottleuthner*'in değinmediği bir sosyal devrim içersinde kabul görmüştür. Bu olay 1968'de Federal Almanya'daki üniversite öğrencilerinin otoriter devlete başkaldırmaları sonucu gerçekleşen öğrenci ihtilâlidir. Şayet bu devrimi yaşamış olmasaydık, yani *Adenauer* devrinin tarihi yazılmaya devam etseydi, devletimizin bugün nasıl bir görünümde olacağını düşünmek bile istemiyorum. O dönemde hukuk fakültelerinde ve Bakanlıklarda sosyal bilimler ancak büyük güçlüklerle kabul gördü. Benim Adalet Bakanlığı'ndaki çalışma birimim de o tarihlerde, 1973'de kuruldu. Bunu hukukçulara anlatmak başlangıçta çok zor bir evreydi. Ama günümüzde artık kabul edildi ve bugün için bir hukuksal olgu araştırması yapmadan, sayın *Rottleuthner*'in açıkladığı gibi, esaslı alanlarda, örneğin medeni yargılamada tek yargıç mı yoksa mahkeme heyeti mi görevlendirileceği gibi zor bir alanda yeni bir yasa yapmazdık. Bu gayet tabiidir. İkinci bir husus: Bir hukuk normu yargıçlar tarafından olaya uygulandığında, hukuk tatbikatında nasıl bir etki gösterdiğine bakmak suretiyle sonradan da bir değerlendirme yapmaktayız. Kendi Bakanlığım için diyebilirim ki, önemli yasa değişiklikleri bu tür araştırmalara dayanmaktadır. Türkiye'de durumun nasıl olduğunu merak ediyorum.

Peter Gilles - Nur eine winzige Anmerkung noch zu den gerade gehörten deutschen Stellungnahmen hinsichtlich der Methoden der Rechtstatsachenforschung. Hier möchte ich lediglich davor warnen, daß jene Methoden der Rechtstatsachenforschung, die insbesondere im Feld der sog. Justizforschung zum Einsatz kommen, dort besonders geeignet erscheinen und dort aus welchen Gründen auch immer favorisiert werden, gleichermaßen auch in anderen Feldern der Rechtstatsachenforschung taugen und ergriffen werden sollten. Wenn deshalb als Methode der Rechtstatsachenforschung von den hier anwesenden zwei deutschen Vertretern dieser Forschungsrichtung besonders der

Aktenanalyse ein hoher Stellenwert eingeräumt wird, so hängt dies eben damit zusammen, daß beide Herren im Bereich der Justizforschung arbeiten und sich für die Erhebung bestimmter (aber längst nicht aller) Prozeß- oder Justizdaten eine solche Analyse vornehmlich anbietet. Wer hingegen Rechtstatsachenforschung in anderen Bereichen betreibt wie etwa in Bereichen des Familienrechts, des Jugendrechts oder Strafrechts, wird je nach Fragestellung mit Aktenanalysen vielleicht nicht allzu weit kommen. Und wer - wie wir hier - versucht, sich dem Thema des "Rechtsstaats", und im Sinne von *Ökçesiz*: der Realität des Rechtsstaats mit Methoden der Rechtstatsachenforschung zu nähern, könnte mit Aktenanalysen wenig oder gar nichts anfangen, weil es wohl kaum irgendwelche Akten gibt, in die es verlohnen würde hineinzusehen, um spezielle Phänomene der rechtsstaatlichen Gesamtwirklichkeit zu ergründen. Die Aktenanalyse ist deshalb vielleicht "die" Methode der Justizforschung, im Hinblick auf die Rechtstatsachenforschung insgesamt aber nur eine Methode unter vielen.

Peter Gilles - Hukuksal olguları araştırma yöntemi hakkında az önce duyduğumuz Alman görüşlerine küçük bir şey eklemek istiyorum. Burada sadece, hukuksal olgular araştırmasının sözügeçen yöntemlerinin özellikle de yargı araştırması alanında kullanılanların, o alanda özellikle çok uygun gözüken ve hangi nedenle olursa olsun daima gözde olan yöntemlerin, hukuksal olgu araştırmasının başka alanlarında da işe yaradığı ve uygulanması gerektiği konusunda uyarıda bulunmak istiyorum. Bu araştırma alanının iki Alman temsilcisi olarak burada hazır bulunanlar tarafından hukuksal araştırma yöntemleri arasında özellikle dosya analizlerine çok yüksek bir değer verilmesi, her iki bayın da yargı araştırması alanında çalışıyor olmaları ve (tümü olmasa da) belirli dava-ve yargı verilerinin elde edilmesinde böyle bir yöntemin çok uygun oluşundandır. Buna karşılık hukuksal olgular araştırmasını başka alanlarda, örneğin aile hukuku, gençlik hukuku (Jugendrecht) veya ceza hukuku alanlarında sürdüren bir kişi, sorunun soruluş şekline göre dosya analizleri ile pek yol alamayacaktır. Ve - bizim burada yaptığımız gibi- "hukuk devleti" konusuna ve sayın *Ökçesiz*'in anladığı anlamda, Hukuk devletinin realitesine hukuksal araştırma yöntemleri ile yaklaşmak isteyen bir kimse, dosya analizleri ile çok az veya hiçbir şey elde edemeyecektir, çünkü hukuk devletine ilişkin tümel gerçekliğe ait özel fenomenlerin bulunması için, içine bakılmaya değer herhangi bir dosya olmasa gerek. Bu nedenle, dosya analizi yargı araştırması için en uygun yöntem olabilir. Ancak hukuksal olgular araştırmasının tümü dikkate alındığında, sadece birçok yöntemden biridir.

Sami Selçuk - Ben birşeyi söylemek istiyorum. Türkiye'de sosyolojik araştırmalar biraz geç kalmadı mı sayın *Gürkan*? Şimdi Türkiye bir devrim yaptı, bu bir gerçek. Ben devrimi yörüngesine oturturken şöyle düşünüyorum, yaptığımız devrim zaten *Atatürk*'ün 1925'te Ankara Hukuk Fakültesini açarken belirttiği gibi eskiyi tamamen kazımak ve yepyeni bir hukuku oturtmak.... Kolay değil bu iş ve onun için yapılmış devrim sonucu getirilen yasalar toplumun çok ilerisindedir. Evvelâ birinci saptamamız bu olmak gerekir. Ben bu açıdan bu yasalara, *genotip yasa* diyorum. Ama batılı ülkelerde yapılmış olan yasa yapıldığı anda eskimeye başlar, niçin? *Fenotip* bir yasadır. Ertesi günü eskimeye başlar; toplum yürüyor, yasa duruyor. Ama biz toplumun çok ilerisinde bir yasa yaptık, toplumu oraya doğru yürütüyoruz. Yasaya yetişip yetişmediğimiz de devrim yapan, *réception* yoluyla yasayı kabul eden bir ülkede çok önemli bir olgu. Farklıyız, bu bir. Sözgelimi, yargıçlık yapan arkadaşlarımız bilirler, diyelim ki usulünüzde bir ant formülü

vardır, şimdi ant formülünün içerisine ustalık şudur bence, işte bu bir deneyimin sonucu ortaya çıkıyor. Eğer evrensel bir değer yerleştirecekseniz... Nedir o değer? İnsanın onuru... Onuru üzerine yemin ettireceksiniz, bir. Onun yanısıra inandığı kutsal değerler üzerine yemin ettireceksiniz. Onur değişmez, "sabite" yani... Bir de değişken unsur var, o bireysel kutsallıktır. Adam diyelim ki İsa'ya inanıyorsa onun üzerine ettirirsiniz. Kur'an'a inanıyorsa onun üzerine ettirirsiniz. Bunu da doğal karşılamak gerekir. Bunların hiç birisi yoksa, adam bal gibi yalan söylüyor. Doğuda yaşayanlar özellikle bunu görürler. Ve yargıçlar bazen o yemin formülünün dışına çıkarak o pratik yollara sapmışlardır. Toplumdaki titreşimleri yasakoyucu, öyle sanıyorum ki bir laboratuvar olan sosyolojiden öğrenecek. Bu konuda Türkiye geç kaldıysa, biraz bilim adamlarımızın çok kabahatli olduğunu sanıyorum. Bunun dışında bir de şu söyleniyor, yargıda askeri dönemlerde, dikta dönemlerinde farklı uygulama oluyor mu, diye. Eh, olacak tabii... Bu bir toplumun etki tepki meselesidir. O insanın içinden çıkarıyorsunuz yargıcı. Almanya'da olmadı mı, Almanya'da neler oldu? Fizik bilimini bile, Naziler nazileştirmeye kalktılar. Bu bir gerçektir. Gerçekçi olmak zorundayız; kahraman insanlar için yasa yapılmıyor, orta boy insanlar için yasa yapılıyor. Dün Can *Yücel*'in şiiriyle örnekledim. Başka bir örnek şimdi aklıma geldi: 1962'deydi sanıyorum, Kruşçev Amerika'ya gitti. Bir basın toplantısı yapılıyordu... Komünist Partisinin 20. Kongresinde *Stalin*'e veryansın etti *Kruşçev* ve basın toplantısında bir gazeteci kalktı, niye dedi bunları *Stalin* zamanında sormadınız? *Kruşçev* kürsüyü yumrukladı, "kim o", "kim o" diye öfkeyle bağırmaya başladı... Gazeteci sindi, kayboldu... İstediği buydu *Kruşçev*'in ... Şöyle bir rahatladı ve gazeteciye dönüp "ben de" dedi, "o zaman senin gibi yapıyordum"... Benim şimdilik söyleyeceklerim bu kadar.

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 başlığına 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 kaygılardı. Şimdiye kadar öğrendiklerimden çıkarttığım çok önemli bir sonuç, normatif olan ile sosyal ve olgusal olanın birbirinden farlılığının vurgulanması. Bu biraz da kürsümüzün 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 oluşundan doğan şeylerdi. Çünkü, biz hukuku "adalete yönelmiş bir toplumsal yaşama biçimi" olarak tanımlıyoruz. Bu tanımın içerisinde pratik yarar, adalet ve düzen forksiyonları var. Bu fonksiyonların da birbiriyle çeliştiklerini 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 konferanstaki metninde işaret ettiği gibi, hukuk devleti acaba ideolojik bir yaklaşım mı, sorusu da beni çok ilgilendiriyor. Çünkü burada karşımıza çıkan, olan ve olması gereken ayrımı. Bu ayrım da burada tek başına bitmiyor. Bir de olan olması gereken var. Örnek almış 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 hukukçuların 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 uluşamamışlar. Bu aynı zamanda çok da güzel bir şey. Neden? Daha üstte ulaşılması gereken yerler var. İlk günkü 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 gerekir. Arada hukuk sistemleri içerisinde sapmalar 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. Mükemmele doğru bir gitme yolunda bir arayış sözkonusu. Ne kadar yakınız, bunu bilemiyorum. Çünkü tıpkı hukuktaki adalet kavramı gibi, pozitif yasaların gerçekleştirdiği 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 üniversal; yani akıl hastalığı nasıl üniversalse negatif açıdan, hukuk devleti öyle üniversal. Adalet ne kadar üniversalse hukuk devleti de o kadar üniversal. Şimdi önemli olan bu üniversalliğin rölatif olarak gördüğü işlev. Bir ihtiyaca hizmet ediyor mu, etmiyor mu? Eğer öyle bir ihtiyaç yoksa o memlekette, demek ki öyle bir bilinç oluşmamış. Şimdi arkadan şu soru geliyor, böyle bir bilinç oluşmamışsa, kabahat kimlerde? Yani, *Yasemin Işıktaç* çocuk suçluluğu sorusunu irdelediği zaman uzun yıllar bu konuda emek vermiş, düşünce ve araştırma yapmış bir kişi olarak, çocukları cezaevine bile atmak taraftarı değilim, çünkü kabahati toplumda görüyorum. Üstelik yetişkinler açısından da öyle bir olay var. Sayın *Nurullah Kunter* Hoca bir zaman söyledi "adamları niye ıslah 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 üniversal bir kavram. Nasıl üniversal bir kavram? Çünkü ben tersten alıyorum, adaletsizlik duygusu diye... Adam adaleti tükettiği zaman ihtiyaç duymuyor ki adalete... Ama ne zaman ihtiyaç duyuyor? Aç adam 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 olmayışı açısının 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 iğneler batmaya başlıyor bireysel ve toplumsal düzeyde, ha işte o zaman referans *rule of law* diyorsun. O açıdan bu müsbet fonksiyonu nedeniyle hukuk devleti var sayın 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 deyimi yeralmamıştır? 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 konuşmamda 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 gerektiğinin vurgulandığını söyledim. Sami Bey'i doğru anladıysam,

doğal yargıcı, yargılama öncesi yargıç şeklinde tanımladılar. Bu görüşe katılmıyorum; doğal yargıcın 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, sırf sözcükle bağlı kalırsak biraz daha farklı bir anlayış veriyor. Siz olay olduktan sonra yasayla yetkili bir mahkeme yaratırsanız, o mahkemenin üyelerine de yasal yargıç diyebilirsiniz. Ancak, yasal yargıcın doğal yargıç olarak anlaşılması gerekir. 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 gerekir dediler. Doğrudur ama sosyolojik olgu için de normlar gerekir, yani evvelâ hukukun içeriğini normlarla doldurmak, ondan sonra da sosyolojik olgulara gitmek gerekir. Bunun tersi de yapılabilir kuşkusuz. Önce sosyolojik olgu araştırılır, daha sonra sosyolojik gereksinmelere uygun yasalar yapılabilir. Bu yöntem daha doğrudur da. Ancak, gelişen ülkelerde, özellikle yeni kurallarla topluma yön vermek istenildiğinde bu uygulamanın başarılı olacağını sanmam. Çünkü toplumun eğilimleri ve yeğlemeleri ile topluma çağdaş bir yön vermek isteyen politikalar arasında uyumsuzluk olabilir. Dolayısıyla toplumu yönlendirici politikaların öncelik alması durumlarında 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 yansıması hukuk devleti olmuştur. Almanya'da, başlangıçta yasallık ilkesi olarak anlaşılan hukuk devleti, daha sonra Alman öğretisinin de etkisiyle içerik ve çağdaş bir görünüm kazandı. Hukuk devleti kavramı belirli bir kalıpla dondurulmamalıdır. 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 yargısal denetimin güçlendirilişinin de etkisi olmuştur. Bir de normlar arası hiyerarşik düzenle 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 çök önemli; hukuk devletini yaşayanlarla yaşayamayanlar arasındaki fark yadsınamaz. Ancak yaşam ayrılığı da olsa hukuk devleti mekânındaysanız eğer, herkes için güvence sağlama ve giderek hukuk devletinin estetiğini yaşama şansı tanımış olursunuz. Çünkü hukuk devletinin en önemli özelliği, güvence getirmesidir. Bu güvenceyi hukuk devletinin estetiğini henüz yaşayamayanlar için de getirebildiğiniz oranda, hukuk devletinin güvenli mekânını kurabilirsiniz. Bu açıdan, hukuk devletinin tanımını, belirli unsurlarla sınırlamak yerine gelişen bir dinamizm içinde düşünmek gerekir. Sanırım ilk defa, Conseille d'Etat, yasalar ve Anayasa yanında genel hukuk ilkelerinin de gözönüne alınması gerektiğini ortaya koyarak, hukuk devleti kavramına

evrensel 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 açılmalarına, 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 konfuser. 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 interessierter 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 Einzelelemente 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 olmadığımı vurgulamam herhalde gerekmiyordur. Ben yalnızca tek başına göreceli olarak içeriksiz olan ve aynı zamanda veya salt bu nedenle kendilerine en farklı anlamlar yüklenebilen 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 anlama geliyor? Bu sıfatı belki de "bütünsel" , "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 müşterek olan bir hukuk devleti kavramı olarak anlaşılabilir. Farklı ülkelerde, kendi ülkemizde 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 düzlemde neyin belirlediği - ki buna "hukuk devletinin normatifliği" denilmektedir- ve şimdi de çok somut olarak olgusal-fiili, deneysel - sosyal bilimsel düzlemde 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 şeyleri kastetmelerini sağlayacak bir "karşılaştırmalı hukuk dili"nin (comperative legal language) bulunmayışı ile başlayan pekçok sorun da eklenmektedir.

Özellikle de "hukuk devleti" gibi içeriği belirsiz bir kelimenin karşılaştırmalı hukukta kullanılmasının, karşılıklı yanlış anlamalara veya gerçek olmayan uzlaşma veya anlaşmazlıklara 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 hakikatin, norm ile olgunun veya maddi olaya ve hukuksal çözümüne ilişkin soruların birbirlerinin antitezi olmayıp, aksine

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

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 hukûk devletinin olgusal yanından çok daha fazla normatif yanı ile ilgilenen kanıya göre bir hukuk devletini belirleyen münferit özellikleri bir kez daha sayalım. Burada alışılageldiği 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. Bunlara, 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 Konvansiyonu (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 yeralan "kesintisiz ve eksiksiz hukuki himaye hakkı" (Alman Anayasası md. 19 IV), hukuk ve sosyal devletsel dava hakkı (Alman Anayasası md.20), kanuni hakim hakkı (Almanya Anayasası md. 101), yargı önünde dinlenme hakkı (Anspruch auf rechtliches Gehör) (Alman Anayasası md. 103) vs. ya da Federal Anayasa Mahkemesi 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 yargısal işlemlerin kanun yolları ile ve diğer hukuki başvuru imkânları ile denetimi gibi özel "yargısal temel haklar" da sayılmaktadır.

Evrensel bir hukuk devleti sözkonusu olunca, o zaman - bugün ve burada değil, ama belki bir başka toplantıda- sayılan 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 hayata geçirildiği veya buna etkilerinin nasıl olduğu da tartışılmalıdır.

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

Hubert Rottleuthner - Zunächt 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 gradualisieren, 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 Rottleuthner - 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 gerçekleştirilmesini 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 ayrım yapma eğilimdeyiz, ama böyle ikili bir ayrım 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 karşılaştırmalı 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 nasyonal sosyalist hukuk devletini bile gördük. Demokratik Alman Cumhuriyeti'nde de, sosyalist hukuk devletinden sözedildiği 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 saydığı 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 sorabiliriz. Ve nihayet hangi ilkeler 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 açıklıkla 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 çıkıyor. Anayasalara bakıyoruz, 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 olmazsak, hukukun ne olduğunun 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, anayasanın 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 yararlanmaları ve yararlandırılmalarının mutlaka sağlanması için varolduğu 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 müessese '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 yani '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 gerçekleşemediğini 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 her toplumda, ister istemez hukuk devleti sorunu da bir olgu olarak karşımıza çıkıyor. Hukuk Devleti evrensel değil. Zaten devletin kendisi öteden beri evrensel değil, ancak çağımızda 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 değindim. Sorun pek çok alanda erkekler için de söz konusu. Türkiye'de marjinal insanlar var; Devletin sağlaması gereken güvenceden hem fiilen hem hukuken 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, olması 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 rechtsstaatlichen 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 meslekdaşımın evvelce değindiği 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 olduğudur. Sayın *Gürkan*, kadın sorunlarına ilişkin öneriler verdi burada ve hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde Türkiye'de açıklar bulunduğunu gösterdi. Ama tam tersi bir fenomen de mevcut ve biz, hukuk devletinin çok fazla gerçekleştirilmesinin, sonuçta hukuk devleti düşüncesi için tehlike oloşturabildiğini Almanya'da yaşadık. Sanırım, bu iki fenomeni birbirinden ayırmalıyız. Gerçekte çok az hukuk devleti bir yanda, çok fazla hukuk devleti diğer yanda. Her ikisi de zararlı. Orta yolu bulmalıyız. İznizle iki Almanya'nın birleşmesinden bir örnek vermek istiyorum. Vatandaş hakları hareketi (Bürgerrechtsbewegung) bizdeki hukuk sisteminin karmaşıklığını eleştiriyordu. Federal Almanya'da dogmatik hukukçuların duymaktan pek hoşlanmadıkları ve *Bärbel Boley*'e ait ünlü 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 seyelanı. 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 gayrimenkûl 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 anlaşılabilir değildi. Konu belki daha yumuşak çözümlenebilir ve bir uzlaşma yolu bulunabilirdi. Bu olay adaletten kuşku duyulmasına 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 esaslı bir öğesi olmalıydı.

Eklemek istediğim, gerçekte çok az hukuk devleti olabileceği gibi, gerçekte çok fazla hukuk devleti de olabileceğidir. 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 lâiklik konusunu, hukuk devleti evrensel midir meselesiyle birlikte ele alarak irdelemek istiyorum. Nedir? Normlar hiyerarşisi içerisinde *Grundnorm* üzerinde durduk ve *Grundnorm*da sosyal realiteyle kültür, adalet kavramlarını bulduk. işte, 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 baktığımızda Amerika'ya, Amerika'da protestan geleneğe bağlı 200 tane alt mezhep görürüz. Bunlar cemaatler şeklinde örgütlenmiştir. Ve açıktır, 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 görünümdedir. Batı kültürü de evrenselliğin şu anki en ileri aşaması olduğuna göre, bunu gözönünde tutmak lâzım gibi geliyor bana. Yani vicdan özgürlüğünün özünde bu evrensellik olgusu da yatar. Teorik olarak *John Locke*'a bağladık, sosyal açıdan da sayın konuşmacılar belirtti, temellendirmemiz lâzım. Bir tek otoriter ve totaliter devletler bunun dışında. Şimdi bunu fiilen görmemek bana çok ters geliyor. Şunu da belirteyim: Atatürk ile birlikte tabii ki tekkeler ve zaviyeler kapatılacaktı, hiç bir itirazım yok, çünkü Atatürk bir devrim yapmıştı, yeni bir devlet kuruyordu; buna karşı tekke ve zaviyeler padişahın, hanedanın yanında yer almışlardı. Bu her devrimin kanunudur. Ama sayın *Sami Selçuk*'un belirttiği gibi, 1920'lerin metoduyla, 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 -sırf İstanbul'da 30 tane tekke vardır- dernek adı altında biraraya gelmişlerdir. Burada zikr yapılır; ramazan ayında hergün zikr yapılır. Bu durum devletin itibarını sarsar; devlet, eğer yasaksa yasağı uygulasın. Uygulayabiliyor mu? 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. Özgürlükçü bir sistem olduğu takdirde, özgürlükçü yorumlara da olanak sağlar. Özgürlükçü 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

ortaya çıkan değişiklik. İkincisi tarihi-sosyal mekânda ortaya çıkan değişiklik. Üçüncüsü pozitif hukuk mekânında 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 tanıktan birincisi yıkılan duvarların tanığı, işte o zaman evrensellik düşüncesi gündeme geldi. Şimdi ikinci bir tanık daha var. Yeni baştan inşa edilen duvarların tanığı; yeni örtünme, kapanma arayışları, yeni entegrizmler 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 düşüncem 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 bütünleşmeler çerçevesinde nasıl yorumlanacaktır? Sanırım sorgulanması gereken bu. O nedenle burada da evrensellik meselesi yeniden gündeme geliyor. Bölgesellik mi evrensellik mi? Vurgulanması gereken bu. Avrupa mı, Avrupa-dışı mı? Evrensellikten 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; Strazburg'da ya da Lüksemburg'da... Bunun adı evrenselleşme mi, yoksa ulus devletin bittiği yerde bölgeselleşme ve bu bölgeselliğin yeni ad koyduğu farklı bir hukuk devleti anlayışı mı var? Üçüncü, son bir konu: Hukuk mekânında ciddi bir gelişme var; bunun da kimse altını 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 çıkartabilirseniz, hukuk devletinin sert çekirdeği, belki tek evrensel yanı burada ortaya çıkar. Benim söylemek istediklerimin hepsi bu kadar. Teşekkür ederim.

Sami Selçuk - Ben şu konuşmalardan sonra şöyle 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; şehre taşınsınlar, kibarlara özensinler ve onlar gibi yaşasınlar. En sonunda da çok güzel bir şey söyler. Der ki, "Lâğımcının hamam rüyasıdır rüyaların en güzeli/Uzanır yatar göbek taşına/Biri sabunlar, biri keseler/Elinde kese sıra bekler biri/Yeni müşteriler girerken içeri/Lâğımcı pamuklar gibi çıkar dışarı". Şimdi devletsiniz, lâğımcıya evine döndüğü

zaman insanca yıkanacak bir yer sağlamıyorsanız, lâğımcı 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 çağcıl bir hanımsanız, dersiniz ki hukuk devletinin eşitlik boyutu yoktur. Almanya'daysanız, Alman konuklar için söylüyorum, ırkçısınız, orada da hukuk devleti yok diyeceksiniz, çünkü ırkçı düşüncelerinizi açıklayıp eyleme sokamıyorsunuz. Ben sorunun yanıtını o zaman şöyle 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 sorularıma aldığım cevaplar açısından konuya yaklaştığımda şuraya varmak istiyorum: şimdi, 1930'ların anahtar deliğinden Atatürk Devrimlerine bakarak bugün artık yorum yapamazsınız; çok dar olur o... Zaten Atatürk, o dönemin de ötesindeydi. 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 kardeşçesine; bir ağaç gibi tek ve hür"... Şimdi benim varmak istediğim sonuç bu. Hepimiz için söylüyorum. biz 1990'ların Türkiye'sinde çoğulculuğu iyi algılamak durumundayız. Çünkü çoğulculuk yeni sentezler yaratan dinamizmin ta kendisidir. Eğer buna inanmazsanız toplumu geriye doğru götürürsünüz ve ikiyüzlü yaparsınız. Alevileri ikiyüzlülüğe zorladınız; çünkü sindirdiniz, tarikatçıları ikiyüzlü yaptınız; çünkü sindirdiniz. İnsanlara diyorsunuz ki, zorla şu şekle gir. Bırakın adam olduğu gibi görünsün. Ama buna olanak vermezseniz adamı ahlaksızlığa itiyorsunuz; ikiyüzlülük ahlâksızlıktır. Ve, 1920'lerde Türkiye'de lâisizm vardı; olmak zorundaydı, çünkü konjonktür buna zorluyordu. Ama 1990'larda bunu yapamazsınız, 1990'larda lâisizm değil lâisite olacaktır. Ben sözgelimi, açıklıkla söylüyorum, "türban kararı"nda lâisizmi gördüm; lâisiteyi değil... Cumhuriyetçi olarak bu kararı savunabilirsiniz, ama çoğulcu demokrat olarak savunamazsınız: fark budur. Türkiye kararını vermek zorunda, cumhuriyetçi mi kalacak; çoğulcu demokrasiye mi geçecek? Teşekkür ederim.

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

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 söyleyeceklerim bunlar.

Hayrettin Ökçesiz - Efendim şimdi bu hukuk devleti kavramı, hukuk kavramı gibi üç boyutlu; olgusal, değersel ve normatif boyutları olan bir kavram. Hukuk devleti evrensel midir diye sorduğumuzda, 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 kaldırmıyor. 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 kavramlar da 300 sene öncesine taşınamaz. Ve herşey 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 anlaşılıyor, 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 belirlli özlemlerle; belirli bilinç içerikleriyle bir yolda gidiyor. Bu da gözlemsel olarak ortaya konabilir. Bu bağlamda hukuk devletini bir yerden başlatmamız lâzım. Hukuk devleti belirli bir yasa kavramı karşısındaki eşitlik kavramından doğuyor. *Luhmann* sosyolojisi çerçevesinde buna işaret etmek isterim: Hukukun pozitifleşmesiyle hukuk devleti ilk adımını 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 deyimiyle farklılaşmış toplumlardır, yani hiyerarşik bütünsel yapıdan yatay yapıya geçmiş toplumlardır. Yatay yapıda genel sistem içerisinde alt sistemler birbirleri karşısında bağımsızlık kazanmışlardır ve karşılıklı bağlılıklarını kurmuşlardır. Yani otonom 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 oluşumlardan kendisini çözmüş, "yasa yasadır" kavramına ulaşmış olması ve yasanın meşruluğunu ancak böyle bir önermeden aldığı toplumlardır. Yani yasanın meşruluğunu ilâhi bir doğal hukukdan kaynaklandıramıyorsunuz 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 ışığını 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 sürtünmeyle üretimi sağlayabilmesidir. Feodal ilişkilerle bir endüstriyel üretimi

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

Ahmet Halûk Atalay - Benim şimdiye 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 kullansınlar. 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 görevlendirilmiştim, seçimlik bir dersti. Gelen öğrencilerimize 1967 Konvansiyonu'ndan bu yana Birleşmiş Milletler Teşkilâtı bünyesinde yapılan uluslararası andlaşmaları anlatıyorduk. Öğrencilerimden birisi dedi ki, "hocam biz uzay faaliyetlerini ve gök cisimlerinin hukuki statüsünü burada tesbit ediyoruz; ya oralara gittiğimiz zaman başka yaratıkların hukuklarıyla karşılaşırsak ne olacak?" Orada devlet de olabilirdi, olmayabilirdi de... Nitekim büyük bir doktrinal görüş, devletin tarihsel bir olgu olduğunu, yok olabileceğini de söylüyor. Onun için, evrensellik kavramını ne devlete ne hukuka 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 bölgesellik; empoze edilen hukuk ilkeleri konusu beni son derece ilgilendiriyor. Avrupa devletleri bakımından empoze edilen ilkelere çok klinik bir örnek vermek istiyorum. Geçen yüzyılın sonunda Berlin Konferansı'nda şöyle bir karar alınıyor: 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 Teşkilâtı bünyesinde tartışılan konu şudur: Yeni devletler, kendilerinin katılmadıkları uluslararası hukuk kurallarını kabul etmeyecekleri tezini ileri sürüyorlar. Eğer maksat, geçen yüzyılın sonunda yapıldığı gibi şimdi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi örneğinde olduğu gibi bir takım ilkelerin empoze edilmesi ise bu, evrensellikten başka bir şeydir. Söyleyeceklerim bu kadar.

Niyazi Öktem - Efendim, oturumu kapatıyorum. Gerçekten bir bilim şöleni oldu. Tüm konuşmacılara, katılımcılara ve izleyicilere sonsuz şükranlarımı ve saygılarımı sunarım.

Konuşmacılar / Referenten

Doç.Dr. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesi Üyesi, Ankara - Verfassungsrichter, Ankara

Arş. Gör. Ahmet Halûk Atalay, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, 81014 Haydarpaşa, İstanbul - Marmara Universität, Juristisches Seminar, Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und - soziologie

Prof. Dr. Bakır Çağlar, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Beyazıt, İstanbul-Istanbul Universität, Fakultät für politische Wissenschaften, Direktor der Lehrstuhls für Verfassungsrecht

Yrd. Doç. Dr. Abdullah Dinçkol, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, 81014 Haydarpaşa, İstanbul-Marmara Universität, Juristisches Seminer, Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und - soziologie

Prof. Dr. Peter Gilles, Johann Wolfgang Goethe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Öğretim Üyesi - Professur für Privatrecht, Verfahrensrecht u. Rechtsvergleichung, Institut für Rechtsvergleichung, Fachbereich Rechtswissenschaft, Johann Wolfgang Goethe - Universität, Senckenberganlage 31, 60054 Frankfurt/M

Prof. Dr. Ülker Gürkan, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Cebeci, Ankara - Ankara Universität, Juristisches Seminar, Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und - soziologie

Dr. Altan Heper, Hukukçu - Jurist, Marienstr. 5, 7000 Stuttgart 1

Yrd. Doç. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Beyazıt, İstanbul - İstanbul Universität, Juristisches Seminar, Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und - soziologie

Doç. Dr. Hayrettin Ökçesiz, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı, HFSA Editörü, 81014 Haydarpaşa, İstanbul - Marmara Universität, Juristisches Seminar, Direktor des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und - soziologie und Herausgeber des HFSA

Prof. Dr. Niyazi Öktem, Galatasaray Üniversitesi, İletişim Fakültesi Dekanı, Ortaköy, İstanbul - Galatasaray Universität, Dekan der Fakultät für Kommunikationswissenschaften

Prof. Dr. Hubert Rottleuthner, Berlin Özgür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuksal Olgular Araştırması Enstitüsü - Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Kurt Scharf, Alman Kültür Merkezi Müdürü, İstiklal Cad. 286/3, Beyoğlu, İstanbul - Direktor des Goethe - Instituts İstanbul

Doç. Dr. Sami Selçuk, Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı, Ankara - Präsident des 4. Strafsenats des Kassationshofs

Prof. Dr. Dieter Strempel, Federal Almanya Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Hukuksal Olgular Araştırması Dairesi Direktörü - Ministerialrat, Leiter des Referates Rechtstatschenforschung im Bundesministerium der Justiz, Heinemann Str. 53178 Bonn

Dr. Mustafa Tören Yücel, Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürü, Ankara - Justizministerium, Leiter der Abteilung für Justizstatistik und Strafregister

HFSA/1 İçindekiler

Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmatiği
Arthur Kaufmann (Çev. Hayrettin Ökçesiz) 7

Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin ilişkileri
Michel Villey (Çev. Tuğba Ballıgil) 27

Norm ve Yasa
Paul Amselek (Çev. Tuğba Ballıgil) 33

Matematik ve Hukuk
Gérard Timsit (Çev. Zeynep Özlem Üskül) 53

Yeniden Soruşturulan Adalet
Chaim Perelman (Çev. Murat Önderman) 61

Adalet ve Kurallar : Bir Eleştiri
Kennet I. Winston (Çev. Murat Önderman) 69

Adaletin Özü Olarak Eşitlik
Lyndall Lorna Tammelo (Çev. Murat Önderman) 75

İzonomi ve Adalet
Roberto Mangabeira Unger (Çev. Murat Önderman) 83

Cezalandırmacılık ve Adalet
Thomas H. Morawetz (Çev. Abdullah Dinçkol) 89

Kuramsal Hukuk Sosoyolojisinin Temel Varsayımları
Jean Carbonnier (Çev. Ahmet Haluk Atalay) 121

Toplumsal Yapı
A.R. Radcliffe-Brown (Çev. Mehmet Tevfik Özcan) 135

Toplumsal Yaptırımlar
A.R. Radcliffe-Brown (Çev. Mehmet Tevfik Özcan) 141

İlkel Hukuk
A.R. Radcliffe-Brown (Çev. Mehmet Tevfik Özcan)

HFSA/2 İçindekiler

Beş Dakika Hukuk Felsefesi
Gustav Radbruch (Çev. Hayrettin Ökçesiz) 7

Hukuk Kavramı
Ralf Dreier (Çev. Altan Heper) 9

Hukukun Kavram ve Gelişmesi
Ernst Joachim Lampe (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ) 26

Kuramlar ve Adalet
Vehbi Hacıkadiroğlu 48

Nesnenin Doğası
Ralf Dreier (Çev. Hayrettin Ökçesiz) 63

Marx, Hukuk, Etik
Hilmi Yavuz 67

Immaunuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet
Ahmet Ulvi Türkbağ 71

Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları Kavramına Etkisi
Yasemin Işıktaç 81

Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı
Hayrettin Ökçesiz 96

Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı
Mehmet Turhan 106

Uluslararası Hukuku Vareden Tarihsel Dönüşüm Kesiti: 1492-1648
Ahmet Haluk Atalay 114

Normların Oluşumu ve Gelişimi
Hans Haferkamp (Çev. Korkut Kanadoğlu) 130

Hukuk Güvencesi ve Toplumsal Dinamizm
Roland Maspetiol (Çev. Tuğba Ballıgil) 142

Etik Değerlendirme ve Sosyo-Etik Grup Yargısı
Mehmet Tevfik Özcan 148

Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler
Abdullah Dinçkol 159

İdeoloji Olarak İlerleme 188
Branimir Luksic (Çev. Engin Şimşek)

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bibliyografyası 200
Zeynep Özlem Üskül