

Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları¹

Hayrettin Ökçesiz

En yüksek mahkeme, en yoksul kişinin girişimiyle harekete geçemiyorsa, adalet bir komediye dönüşür ancak...

B. Shaw²

I

Herkes birçok nedene dayanarak "yargıda reform" istemektedir. Bu konuda kamuoyunda bir görüş ayrılığına rastlamıyoruz. Nitekim Sayın Adalet Bakanı da bu yolda yürütme erkinin bir şeyler yapmaya başladığını gösteren demeçler vermektedir. En yeni bir haber olarak Sayın Bakanın "yargı alanında reformların yapılması için projelerin hazır olduğunu, (...) adaletin en kısa zamanda ve en az giderle yerine getirilmesinin gerekli bulunduğunu" belirterek, "Türkiye'de mahkemelerin adaleti sağlayacak derece süratli ve etkin çalışmasını sağlamak görevimizdir" dediğini iki gün önceki basından okuyoruz. Bakan UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) adını verdikleri bir çalışmanın, gerekli ödenek sağlandığı takdirde, 2004 yılında tamamlanacağını da sözleri-

ne ekliyor. Bakanlığın bütçeden yaklaşık % 1 pay aldığı ve bunun tasarruf tedbirleri gereğinden kaynaklandığını vurgulayarak, konuşmasını güzel bir sözle, "adalletten tasarruf edilemeyeceğini" söyleyerek süslüyor³.

Bu görüş birliğinden dolayı burada yalnızca, yargıda reform projesinin dayandığı değerler, ulaşmak istediği hedefler ile bunun yolları ve yöntemleri üzerine konuşmaya ağırlık vermemiz gerekecektir. Hedefler ve yöntemleri hakkında isabetli görüş ve bilgi sahibi olabilmek için ise elbette bu reformu gerektiren nedenlere zaman zaman başvurmamız zorunlu olacaktır.

Ben bu bilinen nedenleri önce "yargıda yozlaşma" diyebileceğimiz geniş bir kapta toplamak istiyorum. Bu deyişi kul-

lanmayı haklı kılacak tüm gözlemleri gerektiğinde uzun uzun sayabileceğiz⁴.

İlk savım, "yargıda reform"un ivediliğini ve önemini derecesinin "yargıda yozlaşma"nın vahamet derecesinden kaynaklanacağını içermektedir. Kongar'a göre, "Yirmibirinci Yüzyıla girerken Türkiye'nin önündeki en önemli sorunlardan biri yargı sisteminin yozlaşmış olmasıdır⁵.

Şu halde ikinci savım, "yargıda yozlaşma"nın bu vahamet derecesinin tüm uzantılarında bilimsel yöntemlerle ortaya konmasının çok yüksek bir düzeyde kamu yararı sağlayacağıdır.

Üçüncü savım, tüm sivil toplum örgütlerinin ve yurttaşların bu bilimsel çalışmaların gerçekleştirilmesi amacıyla uzmanları ve kamu kaynaklarını seferber etmeyi başarmalarının zorunluluğudur.

Dördüncü savım ise, bu aşamalara ulaşabilmek için kamuoyunda bu etkinliklerin ivediliği ve önemi hakkında bir konsensüs yaratılmasının gerektiğidir. Bu çerçevenin stratejisini neredeyse, Mustafa Kemal Atatürk'ün "Kurtuluş Savaşı" stratejisine benzetmek hiç de yanlış olmayacaktır. Çünkü bu mücadele, aynı ruhu ve iradeyi gerektirmektedir.

Son savım ise, yargıda reformun teknik düzeyde yüzeysel, kısa erimli iyileştirmelerle değil, neredeyse devrimsel nitelikte bir zihniyet değişimi ile bir anlam kazanabileceğidir. Bu da hukukun bir kültür olarak algılanmasına, hukuk öğreniminin, hukukçu eğitiminin ve bilimsel araştırmaların en yüksek düzeyde ve uzun soluklu olarak, ısrarla teşvik edilmesi gereğinin kavranmış olmasına dayanır.

II

Bugünkü toplantımızın konusu olan "yargıda reform"un gerekliliğinin temel taşlarına değinmek amacıyla, sözlerime "Hukuk"un ve "Yargı"nın tanımlarına, hedeflerine, toplum ve insan için taşıdıkları anlama ilişkin açıklamalarımıyla devam etmek istiyorum.

Çağdaş hukuk devleti anlayışının kurucularından ünlü filozof Immanuel Kant'ın "hukuk" tanımıyla başlayıp, hukuku günümüzün anlayışına ulaştıran diğer iki ünlü hukuk filozofunun: Gustav Radbruch ve Ralf Dreier'in tanımlarını da ilgi alanımızın temeline yerleştirmek istiyorum: Kant'a göre hukuk, kişilerin keyfiliklerinin evrensel bir özgürlük yasasına göre bir uyum içerisine getirildiği koşulların bütünüdür. Radbruch, hukukun adalet değerine yönelik toplumsal bir düzen olduğunu vurguluyor. Ralf Dreier ise hukuku şöyle tanımlıyor: "Hukuk, devlet olarak örgütlenmiş ya da devletlerarası bir normlar sisteminin anayasasına ait normların tamamıdır. Ancak bu sistem genellikle sosyal etkili olmalı ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülebilme yeteneği taşımalıdır. Hukuk ayrıca bu anayasaya göre konmuş normların da bütünüdür. Ancak bunların da asgari bir sosyal etkililiğinin ya da sosyal etkililik şansının bulunması ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülebilme yeteneğini taşıması gereklidir"⁶. Son bir tanım da Weber'ci çizgiden vererek hukukun toplumsal yapı içerisindeki işlevini somutlaştırabiliriz.

1 ANSIAD'ın 27.02.2001 tarihli toplantısında sunulmuş olan bu bildiri, "Hukuk Devleti" başlıklı derlemdeki "Sunuş", "Hukuk Devleti ve Yargıcı", "Toplum ve Bilim" dergisindeki (Kış 2000 - 2001), "Informal Adalet" ve "Yeni Türkiye" dergisindeki (Cumhuriyet Özel Sayısı 23-24, 1998, s.3816 v.d.) "Türkiye Cumhuriyeti (...) bir Hukuk Devletidir. T.C. Anayasası Md.2" başlıklı yazılarımdan yararlanılarak hazırlanmıştır.

2) Şakir Eczacıbaşı, Bernard Shaw : Gülen Düşünceler, İstanbul 1996, s.109

3) Bkz.Cumhuriyet, 25.02.2001 s.5

4) Bu bağlamda özellikle bkz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması, İstanbul 1999 ve orada sunulan literatür. Aynı yazar, Bir Cassandra Çağrısı : Ülkemizdeki Hukuk Erozyonuna Dur Demeliyiz, b.y.Cumhuriyet Bilim Teknik, 23 Eylül 2000, sayı 705, s.12vd., Çetin Aşçıoğlu, Değeri Bilinmeyen Bir Kavram : Gereke, b.y.Cumhuriyet Bilim Teknik, 17 Şubat 2001, sayı 726, s.4.vd., Emre Kongar, Adalet Reformu Şart, Cumhuriyet, 24.01.2000, s.3.Yazılı medyada ve bilimsel araştırmalar alanında ciddi bir çok yazıya ulaşmak mümkündür.

5) Emre Kongar, Beş Güzel Hukuk İnsanı ve Yargıda Yolsuzluk, b.y.Cumhuriyet, 20.12.1999,s.3

6) Ralf Dreier, Recht - Staat - Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt/M 1991, s.116

Bu tanım Günter Dux'tan: "Hukuk, geçerliliklerinin güvenceye alınmasını toplumun, bunların ihlalden zarar görenlere bırakmadığı, bu amacı gerçekleştirmek için daha çok bizzat örgütsel önlemler aldığı bir normlar grubu demektir. Siyasi sistemin usuli düzenlemeleri de hukuktur"⁷.

Hukukun ve bu çerçevede elbette yararının da, toplumsal işlevlerini bu tanımlara göre şöyle sıralayabiliriz⁸:

1. Uzlazmazlıkların giderilmesi (reaksiyon işlevi)
2. Davranışların yönlendirilmesi (düzen işlevi)
3. Toplumsal egemenliğin örgütlenmesi ve meşrulaştırılması (anayasal işlev)
4. Yaşam koşullarının biçimlendirilmesi (planlama işlevi)
5. Hukukun uygulamasında belirli tekniklerin ve becerilerin geliştirilmesi ve uygulanması - hukuksal içtihad alanı (denetim ve gözetim işlevi)

Bu açıklamalara göre reform istediğimiz bir alanın değer, norm ve olgu boyutlarını bu bakış açısıyla işaretlemiş bulunuyoruz. Değer boyutunda özgürlük ve adalete, olgu boyutunda bir alt sistem olarak hukukun toplumsal işlev ve yapı özelliklerine dikkatlerimizi yöneltiyoruz. Bütün bunların taşıyıcısı ise pozitif hukuk dediğimiz normatif düzendir.

Şu halde, reform demekle, toplumsal bir düzen olarak hukukun belirli değerler yönünde, bir "hukuk idesi" yönünde içerik bakımından olgunlaştırılması, yetenek bakımından ileri düzeyde bir yeterlilik ve verimlilik derecesine ulaştırılması düşünülmektedir.

Ülkemizin hukukunun ve yargı sisteminin gözden geçirilmesi, yeniden biçimlendirilmesi, onarılması ve geliştirilmesinin somut nirengi noktaları olarak son yüzyılın son aylarında, 6 - 8 Eylül 2000 tarihinde, devlet ve hükümet başkanlarınca ilan edilen "Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirgesi"nin⁹ içerdiği temel değerleri ve hedeflerini almakta ve başarılarımızı bunlara göre ölçmekte büyük yarar vardır. İlgili belgeye göre bu temel değerler şunlardır: Özgürlük, eşitlik, dayanışma, hoşgörü, doğaya saygı ve ortak sorumluluk. Bu global iradenin bu değerleri hayata geçirmek için özel önem verdiği "kilit hedefler" ise şunlardır:

1. Barış, güvenlik ve silahsızlanma,
2. Kalkınma ve yoksullukla mücadele,
3. Ortak çevrenin korunması,
4. İnsan hakları, demokrasi ve iyi yönetim,
5. Güçsüz kesimlerin korunması,
6. Birleşmiş Milletlerin güçlendirilmesi.

III

Cumhuriyetimizin 80. kuruluş yıldönümüne yaklaştığımız bu yıllarda ülke yönetiminin ve toplumun hukuk yaşamının yoğun bir biçimde hukuk kültürü erozyonuna uğradığını gözlemliyoruz.

Devlet bir bakıma memurundan başka bir şey değildir. Devlet memurunun, meslek ahlakında, ideallerinde ve nihayet asgari yetenek düzeyinde ürktücü düşüş, hukuk devleti toplumunun insan bireyini yurttaşlıktan kopararak, henüz yeterince uzaklaşmadığımız feodal toplum yapısının intisap-iltimas ilişkisine yeniden girmeye ve sonuçlarına katlanmaya zorluyor. Hukuk devletinin atomu "indi-

viduum" (özerk birey), sivil toplum örgütlerinin ilerici bir olgusu imiş gibi gösterilen cemaatlerde parçalanarak tüm özerkliğinde yok edilişin uçurumuna sürükleniyor.

Devlet hukuk devleti olacaksa, bu devletin, her türlü resmi hizmette yer alan her bir memurunun gündelik meslek yaşamına egemen görev ve yetki bilincinde hukuk devleti düşüncesinin temel ilkelerinin tüm açıklığıyla yansması zorunludur.

Hukuk devletinin en başta gelen ilkesi "özgürlük"tür. In dubio pro libertate (kuşku durumunda özgürlüklerden yana olmak) onun denek taşıdır. Bu üstün değer, özgürlüğün gerçekleşebilmesi için devletin demokratik, laik ve sosyal bir kültür devleti olarak yapılandırılması ve bu niteliklerinde korunması ve geliştirilmesi zorunludur.

Devletin kaba güç tekeliyle birlikte doldurduğu "resmi alan" bir hukuk devleti toplumunda "kamusal alan"ın bir ürünü ve aracı olmak anlam ve değerini taşır. Temel hakların ve özgürlüklerin bilinciyle açılmış, billurlaşmış ve yerleşmiş olan bu kamusal alan, kendi içerisinde işlevine uygun biçimde örgütlenmiş bir resmi alana sürekli yönergeler yollayarak onun işlemlerini, denetimini ve değişimini sağlar. Demokratik, çoğulcu ve sivil olarak nitelendirdiğimiz modern endüstri toplumu yapısı bu anlamdaki bir kamusal alanın algılanmasına temel oluşturur. Resmi alanın değişiminin kamusal alanın yönergeleri dışında gerçekleşmesi, kamusal alanın demokratik ve özgürlükçü yapısını engelliyici "bypass" yasalarının yürürlükte kalması ya da konması sonucu ortaya çıkar. Bu durumda resmi alan isabetsiz seçim ve siyasi partiler yasaları gibi yasaların kamusal alan içerisinde ortam hazırladığı, denetimsiz hiyerarşik ve disiplinli yığınsal insan örgütlenmesi ya da yine denetimsiz kapital ve yetki yoğunlaşması ile oluşan

grupların doğrudan ve yoğun etkisine maruz kalır. Onların eline geçer. Bu gruplar kamusal alanı terörize etmeye, ele geçirdikleri ve kendi amaç ve ideolojilerine göre yeniden biçimlendirmeye giriştikleri resmi alan lehine daraltmaya başlarlar. Nihayet devlet otoriter ve totaliter bir yapıya bürünerek kamusal alanı boğar.

Bu yozlaşma tehlikesine karşı devlet ve toplum hukuk devleti kurgusunun bağımsız yargı ve devlet gücünün yargısal denetimi (idari yargı ve anayasa yargısı) ilkeleri ile korunur. Etkili ve bağımsız bir yargının getireceği güvenceden rahatsız olacak oluşumlar, gruplar ve kişiler bu yolla dizginlenir. Kamusal alanın zemini oluşturulan temel haklar ve özgürlüklerin korunması bağımsız yargıya bir ödev olarak yüklenmekle bu güvence içerik ve değer kazanır.

Görülüyor ki, kamusal ve resmi alanların varlık nedeni olan ve işlevlerini kazandıkları kaynak, "özel alan" olarak nitelenebileceğimiz özerk insan bireyidir. Kamusal alan buna göre resmi alanı tümüyle ve özel alanı kısmen kapsayan bir büyük daireye benzetilebilir. Kendi taleplerine uygun işlevsel bir resmi alanı üreten ve kullanan kamusal alanın: insan bireylerinin biyo-sosyal gerçekliğinde gözlemleyebileceğimiz üç bütünlüğünün ("dirimsel bütünlük", "tinsel bütünlük" ve "duyumsal bütünlük") korunup geliştirilebilmesi için duyumsanan yine üç temel gereksinimin ("özgürlük", "güvenlik" ve "eşitlik") tatminine yönelik normatif bir yapıya sahip olduğunu ve bundaki başarısı oranında süreklilik ve verimlilik gösterdiğini söyleyebiliriz. Meşrulukları bu başarılarına olan inanca dayalıdır. Çözümleri de ilk önce bu inancın çürümesi ile başlar. Şu halde hukuk devleti ilkeleri de, çağdaş toplumun üretim tarzı ve ilişkileri karşısında insan bireyini bu bütünlüklerinde koruyabilmek amacıyla geliştirilmiş

7) Günther Dux, Rechtssoziologie, Stuttgart 1978, s.131

8) Manfred Rehinder, Rechtssoziologie, Berlin, Newyork 1977, s.142 vd.

9) Bkz. BM Enformasyon Merkezi UNIC - Ankara, Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirgesi, b.y. UNIC Turkey, Ankara 11.09.2000, s.1 vd.

ve bu amaca uygun olduklarına inanılan araç ve gereçlerdir. Bir canlı olarak insan bu gerçekliğinde sivil toplumun özerk bireyi, hukuk devletinde yurttaş ve çağdaş hukukun gerçek kişisi olurken ("bir kişi ol ve başkalarına da birer kişi olarak saygı duy", Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, s.36); doğal güç, toplumsal iktidar ilişkilerine dönüşmekte ve sivil toplumda hukuk devleti olarak kamu yararına araçsallaşmakta; bunları kişi ve hukuk devleti olarak kapsayan çağdaş kamusal alan fiziksel anlamda bir evren ve toplum ile çevrili olarak, doğa ve kültür olguları ile temellenen bir çevre ve kültür etiğinde yeni bir "hak" kavramının oluşumuna ev sahipliği yapmaktadır. İnsan onurunun en üstün değeri olduğu hukuk devleti onu belki bir "canlılık onuru" ile temellendirip koruyabilecektir.

Özel alanın kaynaklık ettiği kamusal alan modern toplumda hem kendi yapısını kurup, koruyup, geliştirebilmek, hem de bu amacına ulaşmak için ürettiği resmi alanın yozlaşmasını ve yabancılaştırmayı engelliyor, işlevselliğinde en iyi düzeye çıkarmak için; toplumsal denetim mekanizmaları içerisinde en dinamik ve kısa sürede etkili düzenleme yeteneğine sahip pozitif hukuk düzenine bir ülkü olarak yüklenen adaletin, başka bir deyişle "hukuk idesi"nin üç ögesi; "eşitlik", "amaca uygunluk" ve "hukuk güvenliği"ni baskı, zulüm ve keyfiliği dışlayan bir "hukuk devleti toplumu"nın somut görüngülerini değerlendirici ve yönlendirici ölçütler olarak kullanacaktır.

IV

Pozitif hukuka ve onu uygulayan yargı sistemine eleştirel bakışın bir başka açısı da onun baş rolünü oynayan yargıcı kapsamaktadır.

Yukarıda sunduğum hukuk tanımlarından doğan bir yargıç profili etik ve sosyolojik yanlarıyla kendisini göstermektedir. Aslında normlara, sözü edilen sosyal etkililik olanağını da veren bir etik minimumun bilgisinde ve bilincinde, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi... Yargıcı belki böyle tanımlamak gerekir. Bu düşüncelerin uzantılarında görüleceği gibi tarafsız, bağımsız ve filozof bir üçüncü kişi olarak yargıç daha çok toplumsal bir postüladır. Bu yetenekleri ile çatışmayı, kavgayı, uzlaşmazlığı sona erdiren, bu amaçla tüm taraflardan eşit uzaklıkta ya da tüm taraflara eşit yakınlıkta olmakla, özünde eşitlik olan etik değer; adaleti toplumsal bir konum ve gerçeklik durumuna dönüştürecek olan bir postüla...

Bu postülanın bir ütopya olmaya başlaması ya da bir ütopya olduğunun anlaşılmasına başlaması ile toplum yeniden kıpırdanmaya, devinmeye, bu postülayı hayal olmaktan çıkaracak düşünceleri, ideolojileri üretmeye başlar. Önce hakemsiz bir çekişme gündeme gelir. Yeni bir hukuk, yeni bir asgari ahlak ile meşrulaşırken, bu üçüncü kişi de yeniden gerçeklik olmaya başlar. Yargıç, toplumun önemli bir manivelasıdır. Yargıç imgelemesi insan düşüncesinde ve duygusunda öylesine kök salmıştır ki, onun tüm ve her tarz kutsalında yer alır; Tanrı da "yargıç"tır. Emekli bir Yargıtay üyesi kitabında, elbette aynı deneyimlerden geçmiş bir Fransız meslektaşının sözlerini zikretmekten kendini alamıyor: "İnsan yargılamak tanrısal bir iştir"¹⁰.

Hukuk düzeninin adaleti, yargıcın tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerine kazanılmış bir meşruluk konsensüsü, nereden bakılırsa bakılsın, bir "Klassenjustiz" (sınıfsal yargı, sınıfsal adalet) gerçeğini bilsel bir bakıştan kaçıramayacaktır. Bu

çıplak kralı H. Rottleuthner (K. Liebknecht, E. Frankel, O. Kahn Freund gibi öncellerinden) farklı ve bir değer yargılaması yapmaksızın şöyle tanımlıyor. "Sınıfsal yargı, bir ya da daha fazla sınıfın nesnel çıkarları için çarpıtılmış bir ön anlayışla yönlendirilmiş bir hukuk uygulamasıdır"¹¹.

Bu kavramı Rottleuthner, hukuksal yorum olanaklarının sınıfsal nedenlerle nasıl yer değiştirdiğini, hukuk uygulaması ile siyasi sistemin kimi alanlardaki içiçeliğinin mekanizmasını açıklayabilmek için kullanıyor. Lautmann ise sınıfsal adaletin kendi adliye sistemlerinin ve sosyal kontrolün işleme tarzının yapısal bir sonucu olduğunu söylüyor¹². Ay gibi geceyi aydınlatması arzulanan adliyenin karanlık yüzünde ayrıca bir de "Politische Justiz - siyasi adalet, siyasi yargı" lekesi vardır.

Yukarıdaki bu hukuk-sosyolojik açıklamaya etik bir rota çizebilir miyiz? Bir yargıcın ya da genel olarak bir hukukçunun edimlerinin temelinde yer alması gereken bir etik normlar bütününden, bir "siyasi ahlak - politische Ethik" gibi yine bir "adli ahlak"tan, "yargılama ahlakı"ndan (judizielle Ethik) söz edilebilir mi? Bu nasıl bir rota ve nasıl bir normlar grubudur?

Belirli düzlemlerde yargının sınıfsal ve siyasal olduğunu kanıtlayan sayısız gözlemler vardır. Bugün yargılananlar ve mahkum edilenler sıraları geldiğinde yargılayanlar ve mahkum edenler olarak "siyasal yargı"yı sürdürmektedir.

Şu halde, hangi yoğunlukta ve yapıda olursa olsun siyasal yargı, yargıç eliyle insancillaştırılmak durumundadır. Toplumlarımızda bize aktarılan gelen adalet tasarımlarına baktığımızda, yargıç rolünün türlü kültürel yönergelerle belirlendiğini görürüz. İlk taşı atmanın zorluğunu, gü-

nahkardan değil, günahattan nefret etmek gerektiğini, kul hakkıyla tanrı karşısına çıkılamayacağını, hak deyince akan suların durduğunu, yargıcın peygamber postunda oturduğunu, insanın bir imago dei, tanrının sureti olduğunu ve bunlara benzer başkaca birçok ilkeyi saymak olanaklıdır.

Toplumsal yaşamın çatışmalarla değil uzlaşmalarla süreklilik kazandığını söyleyebilirsek, tarafsız ve bağımsız yargıç postülasının o zaman evrensel nitelikli içeriksel ve süreçsel hukuk ilkeleri ile doldurulması zorunluluğunu da kabul etmiş oluruz. Çağımızda hukuk devletinin hukuk düşüncesi, yargıca bu enginliği verebilecek bir billurlaşmaya ulaşmış bulunmaktadır. Şu halde güncel siyasal yargının yargıç eliyle insancillaştırılabilmesi, hukuk etiğinin 2500 yıllık bilgi ve düşünce b' kiminin yargıcın bireysel meslek ahlakına dönüşerek hukuksal muhakemede somutlaşmasıyla gerçekleşebilir.

Bu düşünceler ve sorular bizi hukuk devletinde yargıcın gerçekliğine bakışa yöneltmektedir. Bilindiği üzere hukuk devleti biçimsel ve içeriksel özelliklerinden tarihsel bir gelişimi gizlediği gibi bugün bu her iki yanıla 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;

- Güçler ayrılığı
- Mahkemelerin bağımsızlığı
- İdarenin yasayla bağlılığı
- İdareye karşı bağımsız yargı yolu ile
- Her türlü idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın giderimi güvencesi ilkesine sahip ise ilk önce bir "biçimsel hukuk devleti"dir. Buna "ya-

11) Rüdiger Lautmann, Klassenjustiz, b.y. Handlexikon zur Rechtswissenschaft, haz. Axel Görlitz, 1.cilt, Hamburg 1974, s.249

12) A.g.y. s.252

sa devleti" de denebilir. Anayasa yargısı bu tipten en son aşamalarından biridir. Bu kurgu, burjuva toplumunun ya da sivil toplumun bireyinin yaşam, özgürlük ve mülkiyet taleplerinden en yüksek doyumu verebilecek ve bütün gerekleriyle devinen bir yeni çağın sürekli yolunu açabilecek başarılı bir devlet tasarımıdır. "Hukuk devleti" kavramı yeni sınıflar ve toplumun devlete karşı savaşımının bir parolası olarak karşımıza çıkar. Devlet ve idaresi yasayla dizginlenir. Burada önceliklerden çok farklı bir yasa kavramı söz konusudur. Genel ve sürekli olmasının yanında devletin hukuk devleti olmasını sağlayan önemli bir özelliği daha vardır. Egemenlik kayıtsız şartsız millettir. İhtilalin nedeni ve meyveleri olan temel haklar ve özgürlükler asla yok edilemezler. 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 tabidir. Böyle bir yasanın üstünlüğü ilkesi de öteki adıyla hukuk devleti olmaktadır. Bu konum hem başlangıcı, hem de önemli bir kesimiyle bugünü deyimlemektedir.

Yukarıda sunduğum bu hukuk devleti çerçevesi yargıcın işlevinin kendince ve toplumca nasıl anlaşılması gerektiğinin ipuçlarını vermektedir. Bu gereklilik hukuk-metodolojik, mesleki yorum yöntemleri ile ilişkili olarak teknik bir düzeyde anlaşılacağı gibi, doğrudan yargıcın kişiliğine ilişkin pür etik bir durum olarak da görülebilir.

Etik sorumluluğu yaratan tipik soru şudur: Yargıç doğru yani adil bulmadığı bir

hukuk normunu, salt pozitif karakterinden dolayı uygulamalı mıdır?

"Yasa yasadır" ve "her türlü içerik bir yasa hükmü olabilir" tarzındaki ve formel hukuk devleti anlayışının ürünü katı pozitivist yaklaşımdan çıkarak, yontembili-min gelişim sürecinde gittikçe yumuşayan, serbest hukuk ve değerler içtihadı gibi kuramların yardımıyla zenginleşmiş uygulama tarzlarına ulaşıyoruz¹³.

Hukuk devletinin gelişim çizgisine koşut olduğunu gördüğümüz bu hukuk-metodolojik gelişim ilk etabını bir yandan, toplum gerçekliğinden soyutlanmış, büyük kodifikasyonların sarhoşluğunda kanunda boşluk olmaz inancıyla bir kavramlar piramidi kurarak hukuk anlaşmazlıklarını çözmeye çalışan "kavramlar içtihadı" okulunda, diğer yandan Montesquieu'nün yargıcın yalnızca yasanın ağız, dili olduğu sözüyle formüleşen yorum yasağı akımında, ikinci dünya savaşı öncelerine kadar sübjektif teleolojik yani tarihi yasa koruyucunun iradesini arayarak ve yeniden kurgulayarak boşluk doldurmaya çalışan ve giderek yasada amaç unsurunun objektif teleolojik yani bugünkü soyut yasa koyucunun iradesinin tasarlanmasıyla belirlediği "menfaatler içtihadı" okulunda bulur. Çağdaş hukuk devleti felsefesinin hukuk metodolojisi bu noktadan sonra başlamaktadır.

Hukuk idesinin¹⁴ üç temel değeri olan: "adalet", "amaca uygunluk" ve "hukuk güvenliği" arasında olası bir çekişme ya da yarışmada yargıç, bu yorum olanaklarından birini seçmek durumundadır. Yani ne zaman genişletici ne zaman daraltıcı bir yorumu hangi nedenlerle seçmesi gerektiğini kendisi bilecektir ve bu

nu temellendirecektir. Bugün yargıç da özgürlüğe mahkum edilmiştir. Bu özgürlük onu bir karar otomati olmaktan çıkarıp, başkaları için olağanüstü derecede önem taşıyan bir sorumluluk düzeyine yerleştirmektedir.

Yargıcı gerektiğinde güncel yasa koyucunun iradesinin de ötesine götürecek olan yorum anlayışı nedir? Önceki ve mevcut yasakoyucunun yerine yeni bir yasakoyucu gibi hukuk yaratabilmesine çağdaş hukuk devleti anlayışı cevaz vermekte midir? Önceki sorumuzu değişik bir ilişkide yeniden ifade edersek, örneğin, hukuk devletinin önemli bir kazanımı olan kanunsuz suç ve ceza olmaz - nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege - ilkesine uygun fakat adaletsiz bir ceza ya da suç ihdasını yargıç hukuk güvenliği düşüncesiyle geçerli sayacak mıdır?

Anayasamızın 138. maddesi, hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğunu, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini söylüyor. Bu maddenin, dikkatlice bakıldığında, sorumuzu yanıtlamakta pek yardımcı olamayacağı anlaşılıyor. Eğer buradaki "hukuk" kavramını evrensel hukuk düşüncesi ve kültürü olarak değil de, ülkenin hukuk düzeni olarak anlamamız gerekiyorsa, yargılamanın, yaratıcılığında epeyce kısıtlandığını söyleyebiliriz. Çünkü yargıçların vicdani kanaatleri-

nin de bu çerçeveye uygun düşmesi emredilmektedir¹⁵. Demek ki yargıç, Austinci bir anlayışla¹⁶, hala egemenin memurudur.

Alman Yüksek Mahkemeleri yargıçlara, yukarıdaki ilk sorumuzun içerdiği bu haksızlık argümanı (das Unrechtsargument)¹⁷ karşısında Radbruch'un ünlü formülünü benimseyerek önemli bir etik destek vermiştir¹⁸. Bu formül şöyledir. "Adalet ile hukuk güvenliği arasındaki çatışma, yasa-ma ve iktidar ile güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca aykırı dahi olsa, öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi, yasanın 'yanlış bir hukuk' olarak adalet önünde geri adım atmasını gerektirecek derecede katlanılmaz bir ölçüye ulaşmış olsun"¹⁹.

Tarafların bağımsız ve tarafsız yargıç postülasında olduğu gibi bu ölçüte göre de - Tefik Fikret'in deyişiyle - "fikri hür, vicdani hür, irfanı hür", filozof yargıçlar²⁰ gereklidir. "memur yargıç", "memur bilimci" gibi çok yanlış bir yerde durmaktadır. Hakikat ve adalet değerlerine yönelmek hikmet-i hükümete hizmet ile hiç bağdaşmaz. Adalet gerçekten mülkün temeli ise -iustitia est fundamentum regnum- bu önermeyi tersyüz ederek yani adaletin temeline, temelini oluşturduğu değerleri koyduktan sonra aynı savı yeniden ileri sürmek tam bir çelişkidir. Adalet

15) 1961 Anayasası 132. maddesinde "Hakimler ... Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" demektedir. Bu hüküm yargıcın yaratıcılığına daha çok olanak veriyor görünmektedir.

16) Bkz. Adnan Cüriz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s.313 vd. John Austin, Lectures on Jurisprudence II. 4.Baskı (ed.Campbell, London) 1873

17) Haksızlık argümanı hakkında bkz. Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg / Br.Münih 1992, s.52 vd. Dreier, a.g.y. s.99 vd. Türkçe çevirisi : Ralf Dreier, Hukuk Kavramı, çev. Altan Heper, HFSA/2 (Haz.H.Ökçesiz), İstanbul 1995, s.11 vd.

18) BverfGE 3, 58 (119) ; 3, 225 (233) ; 6, 132 (198) ; 6, 309 (332) ; 6, 389 (414 f.) ; 54, 53 (67 f.) ; BGHZ 3, 94 (107) ; 23, 175 (181) ; BGHSt 2, 173 (177) ; 2, 234 (238 f.) ; 3,357 (362 f.), Alexy, a.g.y. s.53, dn.32

19) Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, b.y.Gustav Radbruch, Rechts philosophie, hazırlayanlar, Erik Wolf, Hans - Peter Schneider, 8.baskı, Stuttgart 1973, s.343 vd. Ayrıca bkz. Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, s.131 vd.

20) Hayrettin Ökçesiz, Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi, b.y. Bilim ve Ütopya, Ocak 1996, s.41 ; Krş. Mecelle, md.1792, b.y.Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, s.764

13) Örneğin, "Nesnel değerler içtihadı", 'yeni' - hukuk yaratan - kararlar için ölçüt arayışında hukukçuyu yalnızca yasaya yollamayıp daha çok bireysel yargısına bırakmakla önerilmeye değer olduğunu göstermektedir. 'Nesnel tin'e yollama yargılayanın kişiliğinden bağımsız bir dizi ölçütü dile getirmektedir.', Hans - Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg, Karlsruhe 1981, s.74

14) Hukuk İdesinin burada kastedilen Radbruch / Kaufmann şeması için bkz. Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, 2. baskı, İstanbul 1996, s.102

mülkün temeli ise, mülk, (yani hikmet-i hükümet, kamu yararı, milli egemenlik, demokrasi vs.) adaletin temeli olamaz.

İnsanların canları ve malları üzerinde - herhangi bir geçerli ve yeterli hukuksal argümanla - tasarruf olanağına sahip bir başka insan olarak yargıcın yukarıdaki "hürriyet"i kişiler için bir tehlike kaynağı olmayıp, aksine bir korunma aracıdır. Hukuk toplumda, adalet değerine yönelmiş bir gerçeklik²¹, ve insan bireyinde, adaleti istemek ise²², adalet, neminem laedere²³ -Kimseye zarar vermemek; başkalarına zarar vermeyen şeyleri yapmak da "özgürlük"²⁴ ise, o zaman yargıç kendi yargılama etkinliğini bu çerçeveye yerleştirebilecek, Hukuk Devleti düşüncesini anlamlı kılan temel ilke, in dubio pro libertate'yi yani kuşku durumlarda özgürlüklerden yana olmak ilkesini bütün ayrıntılarında yansıtabilecek bir bilme - yargılama yeterliliği taşımalıdır. Bu olanağın ilk koşulu yargıca, keyfilikten korkarak, bu özgürlük sorumluluğunu yüklemekten kaçınmaktır. Yargıç da kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez (nemo dat, quod non habet). Ayrıca, keyfilik özgürlüğün değil, sorumsuzluğun, denetimsizliğin, bilgisizliğin, korkunun, baskı ve şiddetin sonucudur. Yasayı körü körüne, onun kölesi imiş gibi uygulamaya çalışmak; "kanunun lafzı", "Kazai ve ilmi içtihatlar hakim görüş", konformitenin yazılı olmayan olgusal genel ölçütleri gibi modellere eleştirisiz ve edilgen bir tarzda katılım, aslında bir anonimliğin ardına sığınarak sorumsuz kalmanın aldatıcı rahatlığına yönelmektir.

Ancak hukuku bilmek sorumluluğundan ve bunun zorunlu kıldığı arama-bilme özgürlüğünden yargıç kaçınmaz. Hukukun yapılmasında, yaratılmasında, geliştirilmesinde -jus est ars boni et aequae (hukuk hakkaniyet ve adaletin sanatıdır. Digesta, 1,1, 2 pr.)- yargıç kendi başta gelen rolünü küçümsemez. Yasayı Meclis ama hukuku yargıç yapar. Burada "yargıç" önce tekildir. Summum ius summa in iuria (yasaları uygulamakta ifrata kaçmak büyük bir haksızlık olabilir. Cicero, De Officiis 1 paragraf 33) kimi zaman konformiteden doğan bu keyfiliğe karşı uyarının başka bir ifadesidir.

"Yargıda ve hukukta reform" deyimini teknik bir takım değişiklikler düzeyinde kalmaktan kurtaracak yaklaşım tarzı, bu kurumların aktörlerinin kurumsal durum ve tutumlarını yukarıda vermeye çalıştığım felsefi ve sosyolojik çerçevede ciddi biçimde büyüteç altına almayı gerektirmektedir. Gerçek bir reforma bu tür gerçek ve ciddi kaygılarla ulaşılır.

Günümüzde hukuk devleti yargıcının üç somut sınavı vardır. Bunlar siyasal yargının alanında en doğrudan biçimde yer almaktadır. Yasakoyucu önlem almak ve belirli hedeflere ulaşmak için, belirli koşullarda düşüncelerin ifade edilmesini yasaklamakta, belirli suçlara ölüm cezasını uygun görmektedir. Toplumlar da terör ve anarşi eylemlerinden çok farklı bir özellikte ve amaçta sivil itaatsizlik eylemleri de gerçekleşmektedir. Doğası gereği yasaya aykırı olan bu sivil itaatsizlik edimlerinin etik meşruluk sorunu, düşünce suçlarının ve ölüm cezalarının tartışıl-

dığı düzlemde; insan onuru düzleminde karışımında bulunmaktadır.

"Düşünce suçları", "ölüm cezası" ve "sivil itaatsizlik" üzerine düşünmek ve işlevi gereği yargılama etkinliğinde, vardığı sonuçlara göre tutum takınmak, her insan bireyi gibi yargıcın da göstereceği bir davranış tarzıdır.

Ancak, düşünce suçunu ve ölüm cezasını insan onuru ve dolayısıyla hukuk devleti düşüncesine aykırı bulan ve yine aynı gerekçe ile sivil itaatsizliği diğer adi suçlardan ayırmak gerektiğine inanan bir yargıç bizim hukuk düzenimizde de zor durumdadır.

V

Pozitif hukukta ve yargıda reformlar tasarlarlarken dikkatimizden kaçmaması gereken ve "hukuk devletinin sınır alanları"ndan sayılan "informal hukuk devleti" olgusunun ve onun tekil görüngülerinin gösterdiği reform gereklerinin kesin, bilimsel bilgisine de ulaşmak zorundayız.

Bir "informal hukuk devleti" görüngüsünün bulunup bulunmadığını bilebilmek için, yasal uygulama aşamasında hukuksal biçimli bir devlet ediminin hukuken düzenlenmemiş alternatif edim tarzlarıyla ikame edilip edilmediğini, tamamlanıp tamamlanmadığını, ya da bunun ne ölçüde gerçekleştiğini ve bu alternatif edim tarzlarının demokratik sosyal hukuk devleti ilkeleri bakımından nasıl değerlendirildiğini sormamız gerekmektedir²⁵. Informal edim ilişkileri anayasa açısından - hukuken bir bağlayıcılığının bulunmaması, bir biçime bağlı olmaması, karşılıklılık (pazarlık) ilkesi ve karar alanının değiştirilmesi nedeniyle- demokratik sosyal hukuk devleti ilkeleriyle birçok alanda çatı-

şacaktır. Buna göre anayasa ilkeleri, tüm yasa icra sistemlerinin biçimsel hedef yapılarının varlık unsuru olan bir dizi gereklilikler içermektedir. Bunlar 'özgürlük-sellik' ve 'yasa karşısında eşitlik', 'yasaya uygunluk' ve 'hukuk güvenliği', 'idarenin ödevini yerine getirmekte birimsel sorumluluğu ve ödevin ifasının denetlenilebilirliği', 'tekil hukuksal korunma' ve 'ölçüyü aşma yasağı'dır. Demokrasi ilkesinden 'yurttaşların süreçlere katılım hedefi' ve sosyal devlet ilkesinden de 'toplumsal bakımından zayıf olan kişilere menfaattelerini korumak olanağını sağlamak hedefi' doğmaktadır. 'Etkililik' yasanın uygulanmasında bir anayasal hedef değildir. Bunun yerine anayasal ölçülülük ilkesi yasal hedeflerin uygun ve temsil edilebilir bir biçimde ulaşılmasını gerektirmektedir. Tüm bu anayasal çerçeve bakımından informal edim tarzları yasanın icrası sırasında: -karşılıklılık, değiş tokuş özelliği bakımından- yasadışılığa, temel hakların ihlaline, sosyal eşitsizliğe ve ölçülülük, gereklilik ilkelerinin çiğnenmesine; -karar alanının kaydırılması bakımından- meşruluk özürlerine ve kişilerin dikkate alınmamasına, hor görülmesine; -hukuk bağlayıcı olmamasına ve herhangi bir biçime bağlı bulunmaması bakımından ise- hukuk güvensizliğine, denetim imkansızlığına ve hukuksal korunmanın kısılmasına yol açmaktadır.

Bohne, yukarıdaki açıklamaları karşısında yine de informal edim yapılarının kaçınılmazlığını ve böylece yasa uygulamasında informal yaklaşım tarzlarının tamamen bertaraf edilmesinin imkansız olduğunu belirtmektedir²⁶. Informal yaklaşım tarzları -sistem kuramı bakımından- yasa uygulama sisteminin hedef gerçekleştirmeye ve varlığını koruma sorunlarına

21) Radbruch, a.g.y. s.119

22) Radbruch, a.g.y. s.327

23) Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere - hukukun üç yönergesi vardır: şerefli yaşamak, başkalarını rencide etmemek (başkalarına zarar vermemek) ve herkese payına düşeni vermek, Digesta 1,1,2,10 S 1 (Pseude - Ulpian), b.y. Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, derleyen, çeviren ve açıklayan: Detlef Liebs, Darmstadt 1982, s.104

24) "Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir." 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, md.4)

25) Eberhard Bohne, Der Informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Inmissionschutzes, Berlin 1981, s.289

26) A.g.y. s.295

bir reaksiyon ve kısmen de bu sorunların çözümüne bir katkı getirmek çabası olarak yorumlanabilir²⁷.

Bohne informal edim tarzları için şu hipotezleri kurmaktadır.

1. Yasal hedef açıklamaları ne denli belirsiz ve çatışmaya müsait iseler ve enformasyon talepleri ne denli yüksek ise informal yaklaşım tarzları da o denli sık görülmektedir²⁸.
2. Hukuksal biçimselleştirmelere uyuma maliyeti ne denli yüksek ise, informal edimler de o denli sık ortaya çıkmaktadır²⁹.
3. İçsel çatışmaların nedenleri ne denli çok ve sistem üyeleri için yenilginin "maliyeti" ne denli yüksek ise, informal davranış modelleri o denli erken ortaya çıkmaktadır³⁰.
4. Hızlı teknolojik, ekonomik, politik vs. değişimlere maruz kalan yasa alanlarında informal davranış tarzları daha sık görülmektedir³¹.

Püttner informal hukuk devletin pozitif ve negatif olmak üzere iki yüzünün bulunduğunu söylüyor: "iyi ama bu iki yüzü birbirinden nasıl ayıracağız? Biçimsel yasadan ve biçimsel edimden sapsak

ne zaman hayırlı bir iş, ne zaman bir felaketir?"³².

Informal hukuk devleti uygulaması daha başlangıçta kendisini kötü zanlara sürüklemekte, nüfuzun, zenginliğin, ilişkilerin ve işgüzarlıkların haksız bir onurlandırılmasına kapı açabilmektedir³³. Informal hukuk devletin tüm iyi kullanım olarak ve olasılıklarına rağmen özünde "hukuk devleti"nin bir yadsınması olduğunu, "polis devleti"ne³⁴ doğru bir geriye gidiş tehlikesini içerdiğini görmeliyiz. Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Devleti son yirmi yılında son üç cumhurbaşkanının ağzından üç ürpertici kısa cümleyle bu tehlikenin sınırına getirilmiştir: İlki, "Anayasayı bir kez delmekle bir şey olmayacağını", ikincisi "Devletin rutinden çıkabileceğini", sonuncusu "Anayasaya aykırı olmasına rağmen ekonomik gereklerle kamu bankalarının özelleştirilmesine ilişkin yasayı onayladığını"³⁵ söyleyerek hukuk devleti felsefesinin dışında kalan hedeflere yönelik informal davranış modellerine ve yaklaşım tarzlarına geç vermişlerdir.

"Informal hukuk devleti"nin, ancak yanlış kavranan bir "hukuk devleti"nin "tashihi" olarak anlaşılması onu, hem içerdiği tehlikelerden korunmak, hem de

meşru görebilmek bakımından anlamlı kılacaktır. Bu bilgi doğaldır ki, devlet organlarında ve toplumda yüksek bir hukuk devleti bilincinin varlığını ön koşturur. Bunun dışında bu olguya hukuksal ve etik bakımlarından bir değer ve görev yüklemek gereksiz, hatta sakıncalıdır.

"Hukuk devletin sınır alanları" dediğim aşırı hukuklaşma (Verrechtlichung), çok hukukluluk (Rechtspluralismus), sivil itaatsizlik (ziviler Ungehorsam) ve yolsuzluk (Korruption) olguları karşısında "yaşayan" hukuk devleti bir siyaset ve hukuk alt sistemi olarak buradaki sorunlara çözüm bulabilmek amacıyla iç karmaşıklığını (interne Komplexität)³⁶ belki "informal" araçları da kullanarak geliştirmeye yönelebilir. Hukuk devletin "informal" tezahürleri elbette yargı erkinde de gözlemlenebilecek ve bunların yukarıda sözünü ettiğim sınır alanların uzantıları olarak ortaya çıktığı saptanabilecektir. Bu bağlamda anlayacağımız bir "informal adalet" in ülkemizde doğrudan görgüt sosyolojik araştırılması pek az yapılmış olup, problem tanımları bu bilinç üzerine kurulmamıştır. Bu tür çalışmalar yapılırken informal adaletin pozitif yüzü yanında negatif yüzünün de araştırılması gerektiği elbette bu bilincin bir ön şartı olarak görülecektir. Şu halde önce Bohne'nin

yukarıda saydığım hipotezlerinde yer alan nedenlerin her birinin hukuk devletin sınır alanlarında görülebilecek informal adalet ilişkilerinin nedenleri demek olduğunu düşünebileceğiz ve bunların hangi somut informal adalet ilişkisini ürettiğinin peşine düşebileceğiz.

Hukuk devletin söz konusu sınır alanlarından sivil itaatsizlik ve yolsuzluk olgularının her biri "informal adalet" bakımından kendi oluşum koşullarında farklı özellikler ve etkiler göstermektedir. İlkinde bir beklenti (erdem) olarak "informal adalet", yargı erkinde bir "informal adalet" davranışına yol açabilmekte, bu davranış belki bir sivil itaatsiz yargıç davranışını doğurabilmekte, ya da bir sivil itaatsizlik eyleminin yargıç tarafından informal olarak tanınmasına götürebilmektedir. Sivil itaatsizlik kavramının tanımı anımsandığında³⁷ buradaki informal adalet, informal hukuk devletin pozitif yüzü olarak değerlendirilebilir.

"Yolsuzluk" sınır alanı ise hukuk devletin artık kendisi olabilme gücünü yitirdiği ve haksızlık devletine dönüşmeye başladığı sınır geçişini ifade etmektedir. Bir hukuk devleti bu değişimini toptan yapabileceği gibi, sınır geçişlerini bir mekik hareketine de dönüştürebilir. Bu bakımdan hiçbir ülkede mutlak bir hukuk

27) A.g.y. s.120

28) A.g.y. s.121

29) A.g.y. s.122

30) A.g.y. s.124

31) A.g.y. s.125

32) Günter Püttner, Der Informale Rechtsstaat, b.y. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 1991, Heft 1, s.70

33) A.g.y. s. 68

34) "Polizeistaat – polis devleti, 17. ve özellikle 18 yüzyılın "aydınlanmış" mutlakiyet rejimleri (mutlak monarşileri) için kullanılan küçümseyici niteleme. Bu devletler kentsoylu özgürlüklerini önemsemeyip, yalnızca toplumsal refaha, kamusal güvenliğe ve düzenin korunmasına öncelik vermişlerdi. Bugün de polis gücüyle, yurttaşların temel haklarını ve özgürlüklerini çiğneyerek, kendi hedeflerini gerçekleştirmeye çalışan devletlere bu ad verilmektedir. Diktatörlükler ve özellikle totaliter diktatörlükler "polis devleti"ne örnektir. Karşıt kavramı, "Rechtsstaat"-hukuk devleti'dir. Bkz.Reinhardt Beck, Sachwörterbuch der Politik, 2.baskı, Stuttgart 1986

35) İlgili yasanın Cumhurbaşkanınca bir yandan Anayasaya aykırılığının temellendirilmesi öte yandan hukuk dışı bir argümanla onaylanması bu anlamda ilginç bir gösterge olmak özelliği taşımaktadır. Bkz. Cumhuriyet, 25.11.2000 s.1 ve 17. Özellikle son yirmi yılda, siyasi liderler tarafından kullanılan informal hukuk devleti retoriği çok ilginçtir. Bunların basından taranarak yurttaşların zihninde yeniden tazelenmesinde yarar vardır.

36) Bu kavram özellikle N.Luhmann'ın "fonksiyonel-yapısal" sistem kuramında, bizim için hukuk alt sisteminin sorunlarının anlaşılabilmesi bakımından merkezi bir rol oynamaktadır. Hatta O, adaleti "Hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı" olarak tanımlarken çok farklı bir bakış açısına yönlendirmektedir. Bkz. Niklas Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beitrage zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt/M 1981, s. 374 vd., 388, 405 ve Hayrettin Ökçesiz, Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı, b.y.: Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (haz.: H.Ökçesiz), HFSA – Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:1, İstanbul 1997, s. 420 vd.

37) "Sivil itaatsizlik hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen, barışçıl bir protesto edimidir." Bkz. Hayrettin Ökçesiz, Sivil Itaatsizlik, 2.baskı, İstanbul 1996, s.130. Sivil itaatsizliğin hukuk devleti hukuku içerisinde anayasal düzlemde tanınabilecek bir hak olarak görülebilmesi, böyle bir edimi oluşturan yargıç davranışının informal hukuk devleti kavramı çerçevesinde anlaşılabilmesine götürebilir. Çünkü informallik doğrudan bir hukuka aykırılığı içermemektedir. Bu bağlamda bkz. H. Ökçesiz, Sivil Itaatsizlik Hakkı, b.y.: Sivil Itaatsizlik (haz.:H.Ökçesiz), İstanbul 1999, s.58 vd.; H. Ökçesiz, Düşünce Özgürlüğünün Sivil Itaatsizlik Alanları, b.y.: Yeni Türkiye, Liberalizm Özel Sayısı 25, 1999, s. 285 vd.; H. Ökçesiz, Hukuk Devleti ve Yargıcı, b.y.: Hukuk Devleti (haz.:H. Ökçesiz), İstanbul 1998, s. 242 vd.,

devleti gerçekliğinden söz edemeyiz. Daha gerçekçi bakışla, bir "yaşayan hukuk devleti" olgusundan hareketle, devletlerin yer, zaman ve konuya göre hukuk devleti kalitesini ölçen bir skalaya gereksinim duyabileceğimizi söyleyebiliriz³⁸. Bunun için de uluslararası görgül-sosyolojik hukuk devleti araştırma projeleri tasarlama yarar vardır³⁹.

Hukuk devletinin bu olumsuz dönüşümünün ya da sınır geçişlerinin önemli araçları olarak devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken özel çıkar amacıyla kurdukları "informal" ilişki ve yöntemleri düşünebiliriz. Bu sakınca "informal hukuk devleti"nin negatif yüzünü oluşturmaktadır. "Yolsuzluk" "informal"liği sevmektedir. Bu yüzden "informal" devlet edimlerinin mümkün olduğunca hukuk içerisine alınarak, bu konumundan kısa sürede çıkarılmaları zorunludur. Kısa sürede formal edimlere dönüştürülecek düzenlemeleri doğurmaları onları bu yönleriyle de işlevsel kılabilir.

Informalliğin yolsuzluğun kuluçka makinesi olabileceğini, Bohné'nin saydığı nedenlerin informalliğe yol açarken yolsuzluğa da zemin hazırlayabileceğini, yolsuzluk konusunda yapılan görgül-sosyolojik araştırmaların tarzından ve sonuçlarından çıkarsayabiliriz.

Hukuk devletinin diğer sınır alanları olan "aşırı hukuklaşma"⁴⁰ ve "çok hukukluluk"⁴¹ da informal devlet edimlerine ve dolayısıyla "informal adalet" uygulamasına yol açabilecektir. Adliyelerde kimi iş-

ler usul hukuku normlarından sapan birçok rutin uygulama ile görülmektedir. Yargı içtihadında türülük ve farklılık aşırı düzeye ulaşmaktadır. İslam hukukuna dayanabilen ilişkiler karşısında adliye laik normlarını görmezlikten gelmekte ya da modifiye edebilmektedir. Araştırıldığı devletin hukuku karşısında toplum içerisinde varolan başkaca hukukların adliye dikkate alınma ve alınmama durumları ve koşulları ile adli çözümleri "informal adalet" in toplumsal gerçekliği hakkında önemli bilgi kaynağı olacaktır. Bu uygulamalar somut örneklerinde informal bir adalet buluşu, kamu yararına bir başarı olmak niteliğini taşıyabileceği gibi, siyasi hedefler bakımından bir maske olarak da kullanılabilir.

VI

Yukarıda tüm söylenenlerin ışığında hukukun gerçekliğine ilişkin görgül bilimsel bilgi üretiminin zorunluluğuna da değinmek yerinde olacaktır. Özellikle yargı reformunun yoğunlukla gündeme gelmekte olduğu bu zamanda bu tür çalışmalara zemin ve imkan sağlamanın, hedeflerin gerçekleştirilmesi bakımından önemi büyüktür. Aşağıda bu bağlamda "hukuksal olgular araştırması", "hukuksal etkililik araştırması" gibi yöntemlere ve araştırma çerçevelerine değinmek istiyorum.

Hukuksal Olgular Araştırması (Rechtstatsachenforschung), bu disiplinin kurucuları arasında yer alan Nussba-

um'un tanımıyla, kendilerinden hukuk kurallarının kaynaklandığı sosyal, siyasi ve diğer toplumsal koşulların sistematik bir biçimde incelenmesi ve bu normların sosyal, siyasi ve başka diğer etkilerinin araştırılıp denetlenmesi olmaktadır. Llewellyn'e göre ise "legal research", kuralların, hukuk normlarının gerçekten ne anlama geldiklerini, neyi ifade etmekte olduklarını ortaya çıkarmak, onlardan yararlanmak ve kullanımlarını planlamak, bu kuralları eleştirerek hukuk reformu için yol ve imkan hazırlamak amacıyla hukukun yaşamdaki etkilerini araştırmak ve denetlemek demektir.

Stempel ise Hukuksal Etkililik Araştırması (Rechtswirkungsforschung) olarak adlandırdığı empirik-sosyolojik çalışma alanını şu üç soruyla belirlemektedir:

- 1) Yasalar hangi sonuçları doğurmak-tadır?
- 2) Yasalar niçin başarısız olmaktadır?
- 3) Hangi koşullarda yasalar amaçlarına ulaşabilmektedir?

Bu tür araştırmalar bizi hukuk devleti dogmatizminden ve onun felsefi temellendirilmesinden başka, ayrıca "yaşayan hukuk devleti"nin gerçekliğini özellikle görgül olarak araştırmaya da yöneltmektedir. Böyle bir araştırma bir devletin hangi alanlarda, hangi zamanlarda ne kadar hukuk devleti olabildiğini gösterebileceği gibi, devletler arasında da böyle bir karşılaştırmaya imkan verecektir. Hukuk devleti gerçekliğinin ölçülmesinin kurumlaşması ve bu amaçla araştırmacılara kamu kaynaklarının kullandırılması "daha çok hukuk devleti" için zorunlu görünmektedir.

"Yaşayan hukuk devleti"nin görgül ola-

rak araştırılması önemli oranda "Hukuksal Olgular Araştırması" (Rechtstatsachenforschung, legal research, experimental jurisprudence) denilen hukuk-sosyolojik disiplin çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu tür çalışmalara pozitif hukukumuzun kaynağı olan ülkeler bütçelerinden büyük miktarda mali kaynak ayırmaktadır. Örneğin, Almanya Federal Cumhuriyeti, Adalet Bakanlığının planladığı "yargının yapısal analizi" programı çerçevesinde, 1988-1994 yılları arasında 4.228.000 DM harcamıştır. Başkaca kapsamlı araştırma programları da buna koşut olarak yürütülmektedir⁴². Ülkemizde, münferit ve arzi çalışmalar yerine Adalet Bakanlığımız ve üniversitelerimiz nezdinde bu amaçla kurumlaşmış programların tasarlanması ve başarıya ulaştırılması yaşamsal değer taşımaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, "Hukuk Devleti" niteliyesi karşısında durduğu yerin zaman, konu ve yer bakımından sürekli saptanabilmesi için onun -bir örnekleme yapmak amacıyla- özellikle aşağıdaki açılardan görgül olarak incelenmesi gerekmektedir⁴³:

Genel Olarak

- 1) İnsan hakları ihlalleri (düşünce özgürlüğü, işkence, iltica hakkı vb.)
- 2) Ceza infaz gerçekliği
- 3) Adliyenin yasayla bağlılığı, eşit muamele problemi (yargıçlar sosyolojisi)
- 4) Yargının bağımsızlığı anlamında erkler ayrılığı fenomeni,
- 5) Anayasa yargısı ve idari yargı
- 6) Hukuksal korunmanın etkililiği sorunları
- 7) Mahkemelere ve avukatlara başvuru engelleri

38) Bkz. Hubert Rottleuthner, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, b.y.: Hukuk Devleti (haz.: H.Ökçesiz), İstanbul 1998, s. 180 vd., H. Ökçesiz, "Türkiye Cumhuriyeti (...) bir Hukuk Devletidir" T.C. Anayasası Md.2, b.y.: Yeni Türkiye Cumhuriyet Özel Sayısı 23-24, 1998, s. 3816 vd.

39) Bu çerçevede "İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması" (İstanbul 1999) adlı çalışmada ve orada değindiğim öteki araştırmalarda yolsuzluğun önce informal devlet edimleri geliştirdiği ve çoğunlukla bunları kullandığı savı destek bulabilir. Bu savın görgül olarak araştırılması elbette çok ilginç bir çalışma olur.

40) Bkz. Rüdiger Voigt (haz.), Verrechtlichung, Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, Königstein/Ts 1980

41) Bkz. Ernst-Joachim Lampe (haz.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, Baden-Baden 1995

42) Dieter Stempel, Federal Almanya'da Yargının Analizi Çerçevesinde Yapılan Araştırmalar Örneğinde Görgül Hukuk Araştırmasının Hukuk Devletindeki Hukuk Politikası ve Hukuk Dogmatik Açısından Önemi, b.y.: Hukuk Devleti, haz.: Hayrettin Ökçesiz, AFA yayınları, İstanbul 1998, s. 199

43) Bu taslak Berlin Özgür Üniversite, Hukuksal Olgular Araştırması Enstitüsü Başkanı Sayın Prof. Dr. Hubert Rottleuthner ile birlikte, her iki ülkeyi kapsayan bir araştırmanın ön çalışması olarak oluşturulmuştur.

- 8) Adli organizasyon, çalışma araçları donanımı, yargısal işyükü, dava süreçleri

Adliyenin Temel İlkeleri bakımından özelliklerle

- 1) Yargıçların bağımsızlığı

a) Adliyenin yönlendirilmesi ve özerkliği (hukuk fakültelerine giriş, hukuk eğitimi ve eğitimi, Özel ve resmi üniversiteler -hukuk fakülteleri-, sınavlara devlet etkisi; Hukuk öğretim üyelerinin atanmalarında devlet etkisi, hukuksal yayınlara devlet etkisi)

b) Personel politikası (adliye hukukçularının seçimi, seçim mekanizması; adaylık süresi, nihai atama ve koşulları; "üçüncü sınav"-yargıçların terfi notlaması, başkanlıklara atanma; avukatlığa başvuru koşulları; adliyede kadınlar)

c) Yargı mercileri arasında ilişki (üst yargı mercilerinin kararlarının bağlayıcılığı; yargıtay içtihadı birleştirme kararları dışında "yönlendirici materyal"ler; yargı mercileri arasında kişisel temaslar; terfi sistemi olarak yargı mercileri)

d) Disiplin hukuku ve uygulaması (disiplin cezaları, ihraç ve başka yere atama koşulları, karar organları)

e) Yargıçlar ile savcılar arasındaki ilişki (savcının iddianamesi ile mahkeme kararı arasındaki fiili uygunluk derecesi; yargıçlıktan ve savcılıktan karşılıklı geçiş durumları; savcının ceza hukuku dışında da muhakemeye katıldığı durumlar)

f) Savcının konumu (yürütmeye, siyasi zirveye bağımlılık derecesi, direktif yetkisinin sınırları)

g) Mahkeme başkanının yetkileri ve davaların dağıtımı

h) Yargıçların kamuya açık düşünce beyanları (medyada yargıçlar)

2) Doğal yargıç (dava dosyalarının yargıçlara dağıtımı, savcılığın yetkili mahkemeye dağıtımında etkisi, dava dosyası dağıtımında rastlantısallık mekanizması, mani-

pülasyon olanakları, başkanın rolü)

3) Aleniliğin kaldırılması koşulları, medyanın duruşmayı izleme koşulları

4) Özellikle ceza hukukunda şifahilik ve doğrudanlık

5) Dava ve savunma hakkı, gıyabi yargılama

6) Habeas corpus ve uygulaması

7) Kanun yolları güvencesi (Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonuna başvurular: hangi insan haklarından dolayı, kimler, sonuçları ve etkisi)

8) Hukuk devletini adli alanda tehlikeye sokan olgular (Devletin mali krizi, fundamentalistler, askeriyenin adliyedeki rolü)

Yasamanın hukuk anlayışı bakımından

1) Hukuk normu, siyasi iktidarın sınırı ve ölçütü olmaktan daha çok, belirli yasama hedeflerine ulaşılmasının bir aracı olarak mı anlaşıyor?

2) Değiştirilebilirliğin anayasal sınırları: Hangi koşullarda yasa koyucu her türlü temel hakkı sınırlamaya hazır bulunmaktadır? Bu hangi argumentasyon örneği (topoi) ile gerçekleşmektedir? (Ceza usul hukuku alanında organize suçlar, terörle mücadele gibi nedenlerle yapılan değişiklikler, ya da mahkemelerin yoğun iş yükü nedeniyle zamanaşımı sürelerinin uzatılması gibi, yahut iltica hukukundaki değişikliklerde olduğu gibi görülen sınırlamalar. Türkiye açısından ise, temel hakları fiili olarak sınırlayabilen kanun kuvvetinde kararnamelerin en çok hangi temel haklar alanına, hangi nedenlerle müdahale ettiği...)

3) "Üzerinde tasarruf edilemez olan"ın alanı ve "normatif olanın özerkliği".

Tüm bu yukarıdaki konularda ve alanlarda yalnızca normların çözümlenmesi değil, aksine normlar ile, gerçekte olan bitenin karşılaştırılması, informal yolların bulunarak vurgulanması amaçlanmalıdır. Öteki ülkelerin de katılmasıyla yapılabile-

cek böyle bir araştırma tarihsel ve uluslararası bir "hukuk devleti skalası" geliştirilmesine yardımcı olacaktır. Bu deneme tekil normları ve onların etkilerini araştırmak yanında, genel ve temel prensiplerden hareket eden yeni bir hukuk-sosyolojik araştırma yöntemi ve alanı da kurmaktadır.

Ülkemizde hukukun üstünlüğünü sağlamak ve demokratik hukuk devleti toplumu olmak yolunda, görgül-sosyolojik bilgi birikimine duyulan acil gereksinimi karşılamak amacıyla bir "hukuksal Olgular Araştırma Merkezi"nin kurulmasını desteklemeli, bu kurumların üreteceği bi-

limsel bilgileri ülkemizin her alandaki hukuk yaratma ve uygulama etkinliğinde kullanabilmeliyiz.

Sonuç olarak, "Yargıda Reform" konusuna engin ve derin bir bilinçle yaklaşmak zorunda olduğumuzu görüyoruz. Bu bilinci kazanmak ve geliştirmek yolunda, hukuka ilişkin gerçeklik bilimlerinin tüm bilgi ve yöntem birikiminden en yüksek verimle yararlanmayı bu bakışın önemli bir açısı olduğunu kabul etmeliyiz. Maddi kaynaklarımızı gerçek bir yurtseverlikle bu çalışmalara ve onların gösterdiği reform projelerine özgülemeyi isteyebilmeliyiz.