

**CUMHURİYET AYDINLANMASI IŞIĞINDA
HUKUK DEVLETİ UYGULAMASINA
ELEŞTİREL BİR BAKIŞ***

Konferans**

* Hayrettin ÖKÇESİZ, Prof.Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Süleyman Demirel Üniversitesi Felsefe Bölümü'nün Atatürk Haftası ve Dünya Felsefe Günü dolayısıyla düzenlemiş olduğu etkinlikte sunulmuştur.

I¹

Bilindiği üzere hukuk devleti biçimsel ve içeriksel özelliklerinde tarihsel bir gelişimi gizlediği gibi bugün bu her iki yanıyla devletin demokratik ve sosyal olabilmesinin 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) İdarenin yasayla bağlılığı
- d) İdareye karşı bağımsız yargı yolu ile
- e) Her türlü idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın giderimi güvencesi ilkesine sahip ise ilk önce bir “biçimsel hukuk devleti”dir.

Buna “yasa devleti” de denebilir. Anayasa yargısı bu tipten en son aşamalarından biridir. Bu kurgu, burjuva toplumunun ya da sivil toplumun bireyinin yaşam, özgürlük ve mülkiyet taleplerine 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 polis devletine karşı savaşımının bir parolası olarak karşımıza çıkar. Devlet ve idaresi yasayla dizginlenir.

Burada öncekilerden 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 milletindir. 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. Devlet ve toplum böyle bir yasanın üstünlüğüne tabidir. Ancak böyle bir yasanın üstünlüğü ilkesi hukuk devleti ilkesine vücut verebilmektedir.

¹ Bu bildiri, HFSA/4’te (2002) yayımlanmış olan “Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları” başlıklı yazımdan yararlanılarak hazırlanmıştır.

II

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

Hukuk devletinin atomu olan "individuum" (özerk birey), sivil toplumun ilerici bir olgusu imiş gibi gösterilen cemaatlerin içinde parçalanarak tüm özerkliğinde yok edilmiş 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 yansımaları zorunludur.

Hukuk devletinin en başta gelen ilkesi "özgürlük"tür. *In dubio pro libertate* (kuşku duvarlarında özgürlüklerden yana olmak), onun denek taşıdır. Bu üstün değer; özgürlüğün gerçekleşebilmesi için devletin uygulamada da demokratik, laik ve sosyal bir kültür devleti olarak yapılandırılmasını ve bu niteliklerin de korunması ve geliştirilmesini zorunlu kılar.

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 engelleyici "bypass" yasalarının yürürlükte kalması ya da konması sonucu ortaya çıkar. Bu durumda resmi alan isabetsiz seçim yasası ve siyasi partiler yasası gibi yasaların kamusal alan içerisinde ortam hazırladığı; denetlenemeyen hiyerarşik ve disiplinli yığımsal insan örgütlenmesi ya da yine denetlenemeyen 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 zeminini oluşturan 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 niteleyebileceğimiz 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 “duyuşsal 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 çürütmesi ile başlar. Şu halde hukuk devleti ilkeleri de, çağdaş toplumun üretim tarzı ve ilişkileri karşısında insan bireyini bu bütünlüklerinde koruyabilmek amacıyla geliştirilmiş ve bu amaca uygun olduklarına inanılan araç ve gereçlerdir. Bir canlı olarak insan bu gerçekliğinde sivil toplumun özerk bireyi, hukuk devletinin yurttaşı 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 toplum da 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 değer 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 yabancılaşmasını engelleyip, 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”nun somut görüngülerini değerlendirici ve yönlendirici ölçütler olarak kullanacaktır.

III

Yukarıda sunduğum hukuk devleti çerçevesi yargıcın işlevinin kendince ve toplumca nasıl anlaşılması gerektiğinin de ip uçlarını 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 bulunmadığı 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, yöntembilimin gelişim sürecinde gittikçe yumuşayan, serbest hukuk ve değerler içtihadı gibi kuramların yardımıyla zenginleşmiş uygulama tarzlarına ulaşıyoruz².

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 yargıçın yalnızca yasasının ağzı, dili olduğu sözüyle formülleşen 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 metodolojileri bu noktadan sonra başlamaktadır.

Hukuk idesinin³ 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 bunu temellendirecektir. Bugün yargıç da özgürlüğe mahkum edilmiştir. Bu özgürlük onu bir karar otomatu olmaktan çıkarıp, başkaları için olağanüstü derecede önem taşıyan bir sorumluluk düzeyine yerleştirmektedir.

Yargıç 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 sorumluyu değişik bir ilişkide yeniden ifade ederse; 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?

² 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 ün'e yollama yargılayanın kişiliğinden bağımsız bir dizi ölçütü dile getirmektedir.” , Hans - Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg, Karlsruhe 1981, s.74

³ Hukuk İdesinin burada kastedilen Radbruch / Kaufmann şeması için bkz. Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, 2. baskı, İstanbul 1996, s.102

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 kanaatlerinin de bu çerçeveye uygun düşmesi emredilmektedir⁴. Demek ki yargıç, Austinci bir anlayışla⁵, hala egemenin memurudur.

Alman Yüksek Mahkemeleri yargıçlara, yukarıdaki ilk sorumuzun içerdiği bu haksızlık argümanı (das Unrechtsargument)⁶ karşısında Radbruch'un ünlü formülünü benimseyerek önemli bir etik destek vermiştir⁷. Bu formül şöyledir. "Adalet ile hukuk güvenliği arasındaki çatışma, yasama 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"⁸.

Tarafların bağımsız ve tarafsız yargıç postülasında olduğu gibi bu ölçüte göre de - Tevfik Fikret'in deyişiyle - "fikri hür, vicdani hür, irfanı hür", filozof yargıçlar⁹ 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 fundamentum regnorum - bu önermeyi tersyüz ederek yani adaletin temeline, temelini oluşturduğu değerleri koyduktan sonra aynı savı yeniden ileri sürmek tam bir çelişkidir. Adalet mülkün temeli ise, mülk, (yani hikmet-i hükümet, kamu yararı, milli egemenlik, demokrasi vs.) adaletin temeli olamaz.

⁴ 1961 Anayasası 132.maddesinde "Hakimler ... Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" demektedir. Bu hüküm yargıcın yaratıcılığına daha çok olanak veriyor görünmektedir.

⁵ Bkz. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s.313 vd. John Austin, Lectures on Jurisprudence II. 4.Baskı (ed.Campbell, London) 1873

⁶ 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.

⁷ 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

⁸ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, b.y.Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, hazırlayanlar ; Erik Wolf, Hans - Peter Schneider, 8.baskı, Stuttgart 1973, s.343 vd. Ayrıca bkz. Ökçesiz, Sivil İttisizlik, s.131 vd.

⁹ 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

İnsanların canları ve malları üzerinde - herhangi bir geçerli ve yeterli hukuksal argümanla - tasarruf ya da zor kullandırma olanağına sahip bir başka insan olarak yargıçın yukarıdaki "hürriyet"i kişiler için bir tehlike kaynağı olmayıp, aksine bir korunma aracıdır. Hukuk toplumunda, adalet değerine yönelmiş bir gerçeklik¹⁰; ve insan bireyinde, adaleti istemek ise¹¹; adalet, neminem laedere¹² -Kimseye zarar vermemek; başkalarına zarar vermeyen şeyleri yapmak da "özgürlük"¹³ ise, o zaman yargıç kendi yargılama etkinliğini bu çerçeveye yerleştirebilecek; Hukuk Devleti düşüncesini anlamlı kılan temel ilke; in dubio pro libertate'yi yani kuşkulu 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. 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 içtihatlarda 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 küçümseyemez. Yasayı Meclis ama hukuku yargıç yapar. Burada "yargıç" önce tekildir. Summum ius summa iniuria (yasaları uygulamakta ifrata kaçmak büyük bir haksızlık olabilir. Cicero, De Officiis I 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.

¹⁰ Radbruch, a.g.y. s.119

¹¹ Radbruch, a.g.y. s.327

¹² 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

¹³ "Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir." 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, md.4)

IV

Bu çerçevede "Hukuk Devleti" olgusunun bir başka önemli yanına: "İnformal Hukuk Devleti" olgusuna dikkatimizi yöneltmemiz gerekiyor. 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 gerekmektedir¹⁴. İnfomal 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 çatışacaktır. Buna göre anayasa ilkeleri, tüm yasa icra sistemlerinin biçimsel hedef yapılarının varlık unsuru olan bir dizi gereklilikler içermektedir. Bunlar 'özgürlüksellik' ve 'yasa karşısında eşitlik', 'yasaya uygunluk' ve 'hukuk güvenliği', 'idarenin ödevini yerine getirmekte birimsel sorumluluğu ve ödevin ifasının denetlenebilirliği', 'tekil hukuksal korunma' ve 'ölçüyü aşma yasağı'dır. Demokrasi ilkesinden 'yurttaşların süreçlere katılım hedefi' ve sosyal devlet ilkesinden de 'toplumsal bakımından zayıf olan kişilere menfaatlerini 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- yasa dışılığa, temel hakların ihlaline, sosyal eşitsizliğe ve ölçülülük, gereklilik ilkelerinin çiğnenmesine; -karar alanının kaydırılması bakımından- meşruluk özürlerine ve kişilerin dikkate alınmamasına, hor görülmesine; -hukuken 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 uygulamada informal yaklaşım tarzlarının tamamen bertaraf edilmesinin imkansız olduğunu belirtmektedir¹⁵. Yasa uygulamada informal yaklaşım tarzları -sistem kuramı bakımından- yasa uygulama sisteminin hedef gerçekleştirme ve varlığını koruma sorunlarına bir reaksiyonu ve kısmen de bu sorunların çözümüne bir katkı getirmek çabası olarak yorumlanabilir¹⁶.

Bohne informal edim tarzları için şu hipotezleri kurmaktadır.

¹⁴ Eberhard Bohne, Der Informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzes, Berlin 1981, s.289

¹⁵ A.g.y. s.295

¹⁶ A.g.y. s.120

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 görülmektedir¹⁷.

2. Hukuksal biçimselleştirmelere uyma maliyeti ne denli yüksek ise, informal edimler de o denli sık ortaya çıkmaktadır¹⁸.

3. İçsel çatışmaların nedenleri ne denli çok ve sistem üyeleri için yenilginin "maliyeti" ne denli yüksek ise, informal davranış modelleri o denli erken ortaya çıkmaktadır¹⁹.

4. Hızlı teknolojik, ekonomik, politik vs. değişimlere maruz kalan yasa alanlarında informal davranış tarzları daha sık görülmektedir²⁰.

Püttner informal hukuk devletinin pozitif ve negatif olmak üzere iki yüzünün bulunduğunu söylüyor: "iyi ama bu iki yüzü birbirinden nasıl ayıracağız? Biçimsel yasadan ve biçimsel edimden sapmak ne zaman hayırlı bir iş, ne zaman bir felakettir?"²¹.

İnformal hukuk devleti uygulaması daha başlangıçta kendisini kötü zanlara sürüklemekte, nüfuzun, zenginliğin, ilişkilerin ve işgüzarlıkların haksız bir onurlandırılmasına kapı açabilmektedir²². İnfomal hukuk devletinin tüm iyi kullanım olanak ve olasılıklarına rağmen özünde "hukuk devleti"nin bir yadsınması olduğunu, "polis devleti"ne²³ doğru bir geriye gidiş tehlikesini içerdiğini görmeliyiz. Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Devleti son yirmi yılında son üç cumhurbaşkanının ağızından 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"²⁴ söyleyerek hukuk devleti felsefesinin dışında kalan

¹⁷ A.g.y. s.121

¹⁸ A.g.y. s.122

¹⁹ A.g.y. s.122

²⁰ A.g.y. s.124

²¹ A.g.y. s.125

²² A.g.y. s. 68

²³ "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

²⁴ İlgili yasanın Cumhurbaşkanınca bir yandan Anayasaya aykırılığın 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.

hedeflere yönelik informal davranış modellerine ve yaklaşım tarzlarına geçit vermişlerdir.

“İnformal 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 koşmaktadır. Bunun dışında bu olguya hukuksal ve etik bakımlarından bir değer ve görev yüklemek gereksiz, hatta sakıncalıdır.

“Hukuk devletinin sınır alanları” dediğim aşırı hukuklaşma (Verrechtlichung), çok hukukluluk (Rechtsppluralismus), sivil itaatsizlik (zivil Ungehorsam) ve yolsuzluk (Korruption) olguları karşısında “yaşayan” hukuk devleti bir siyaset ve hukuk alt sistemi olarak buradaki sorunlara çözüm bulabilmek amacıyla iç karmaşıklığını (interne Komplexitaet)²⁵ belki “informal” araçları da kullanarak geliştirmeye yönelebilir. Hukuk devletinin “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 görgül 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 gereği elbette bu bilincin bir ön şartı olarak görülecektir. Şu halde önce Bohne’nin yukarıda saydığım hipotezlerinde yer alan nedenlerin her birinin hukuk devletinin sınır alanlarında görülebilecek informal adalet ilişkilerinin nedenleri demek olduğunu düşünebileceğiz ve bunların hangi somut informal adalet ilişkisini ürettiğinin peşine düşebileceğiz.

Hukuk devletinin 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 anımsandığında²⁶ buradaki informal adalet, informal hukuk devletinin pozitif yüzü olarak değerlendirilebilir.

²⁵ Bu kavram özellikle N.Luhmann’ın “fonksiyonel-yapısal” sistem kuramında, bizim için hukuk alt sisteminin sorunlarının anlaşılabilirliği 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 Rechtsstheorie, 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.

²⁶ “Sivil itaatsizlik hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını

“Yolsuzluk” sınır alanı ise hukuk devletinin 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 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 söyleyebiliriz²⁷. Bunun için de uluslararası görgül-sosyolojik hukuk devleti araştırma projeleri tasarlamakta yarar vardır²⁸.

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”lığı 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 kılacaktır.

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

Hukuk devletinin diğer sınır alanları olan “aşırı hukuklaşma”²⁹ ve “çok hukukluluk”³⁰ da informal devlet edimlerine ve dolayısıyla “informal adalet” uygulamasına yol açabilecektir. Adliyelerde kimi işler usul hukuku

çığnemeyen, barışçıl bir protesto edimidir.” Bkz. Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, 2.baskı, İstanbul 1996, s.130. Sivil İtaatsizliğin hukuk devleti hukuku içerisinde anayasal düzlemde tanınabilecek bir hak olarak görülebilmesi, böyle bir edimi oluşturan yargıç davranışının informal hukuk devleti kavramı çerçevesinde anlaşılabilmesine götürülebilir. Çünkü informallik doğrudan bir hukuka aykırılığı içermemektedir. Bu bağlamda bkz. H. Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik Hakkı*, b.y.: *Sivil İtaatsizlik* (haz.:H.Ökçesiz), İstanbul 1999, s.58 vd.; H. Ökçesiz, *Düşünce Özgürlüğünün Sivil İtaatsizlik Alanları*, b.y.: *Yeni Türkiye, Liberalizm Özel Sayısı 25*, 1999, s. 285 vd.; H. Ökçesiz, *Hukuk Devleti ve Yargıca*, b.y.: *Hukuk Devleti* (haz.:H. Ökçesiz), İstanbul 1998, s. 242 vd.;

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ Bkz.Rüdiger Voigt (haz.), *Verrechtlichung, Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, köngstein/Ts 1980

³⁰ Bkz.Ernst-Joachim Lampe (haz.), *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, Baden-Baden 1995

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. Araştırıldığında devlet hukuku karşısında toplum içerisinde varolan başkaca hukukların adliyede 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.

V

Cumhuriyetle gelen Aydınlanma'nın kamusal yaşamımıza kazandırdığı demokratik, laik, sosyal hukuk devleti'nin biçimsel rasyonelliği yanında içeriksel diyebileceğimiz bir diğer rasyonelliğinden de söz ederek Max Weber'in Ortaçağ'dan Yeniçağ'a geçişi açıklarken kullandığı bu kalıpları, yine bir başka geçiş için, yani bir "insan hakları çağı"na geçişte yeniden kullanmakta bir sakınca olmadığını düşünüyorum.

Yukarıda özetlediğim yapısı ve sorunlarıyla karşımıza çıkan hukuk devleti, bu gelişim çizgisinde kazandığı kendine özgü olanaklarını, özellikle insan haklarının gündelik pratiğe dönüşmesi bakımından, bize tüm perspektifi ile sunmaktadır. Birçok haklı ve haksız suçlamaya maruz kalmış Aydınlanma, postmodernizm sonrası bir bilinçlenme ile kamusal yaşama ve en başta insana yeni ve daha yoğun özgürlükler alanı ve olanakları bahşedecektir. Aydınlanma sona ermektedir. Onun akılcılığını ve akılsallığını burgusal döngünün ileriye doğru hareketinde eksen olarak görmek, değişimi ve gelişimi kavrayabilmek için önemli bir yöntem olsa gerektir.