

T. C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

YARGI YETKİSİNİN MEŞRUIYETİ

Gonca EROL

Danışman
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU

2011

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2007800523

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Gonca EROL
Tez Başlığı : Yargı Yetkisinin Meşruiyeti

Savunma Tarihi : 25.08.2011
Danışmanı : Prof.Dr.Meltem Dikmen CANIKLIOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

Üniversitesi

İmza

Prof.Dr.Meltem Dikmen
CANIKLIOĞLU

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Yrd.Doç.Dr.Tijen DÜNDAR SEZER

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Yrd.Doç.Dr.Mehmet Beşir ACABEY

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Oybirliği ☒

Oy Çokluğu ()

Gonca EROL tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Yargı Yetkisinin Meşruiyeti" başlıklı Tezi (X) /
Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum **“Yargı Yetkisinin Meşruiyeti”** adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

16/08/2011

Gonca EROL

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Yargı Yetkisinin Meşruiyeti
Gonca EROL

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Bir toplumsal yapının meşruiyeti iki temel unsurun sağlanması ile tesis edilir. Birincisi maddi unsurdur. Her toplumsal yapı bir ihtiyacın ürünü olarak doğduğuna göre, meşruiyetini sağlayabilmesi için öncelikle bu ihtiyacı karşılayabiliyor olması gerekir. Ancak bu yeterli değildir. Bu ihtiyacı karşılarken aynı zamanda toplumun manevi yaşamında da olumlu bir değer üretmelidir. Bu da meşruiyetin manevi unsurunu oluşturur. Yargı da bir toplumsal yapı olarak, meşruiyetini sağlayabilmek için, işlevlerini yerine getirirken aynı zamanda toplumun manevi dünyasındaki beklentilere de karşılık vermek durumundadır. Bu bakımdan yargının meşruiyetini işlevleri etrafında tartışmak gerekir.

Yargının temel işlevi, uyuşmazlıkların çözümü suretiyle toplumsal barış ve düzenin sağlanmasıdır. Bu işlevini yerine getirirken dayandığı temel değer ise adalettir. Adaletin sağlanması için, verilen kararın adil olması kadar, yargılama sürecinin de adil bir biçimde gerçekleştirilmesi önemlidir. Yargının meşruiyeti sorunsalının birinci halkasını da bu oluşturur.

Yargı uyuşmazlıkları çözümlerken aynı zamanda toplumsal düzenin de sürdürülmesine katkı sunar. Ancak sınıflı toplumlarda adaletin gerekleri ile toplumsal düzenin gerekleri kimi zaman çatışabilir. Çünkü yargı, toplumsal düzeni korurken aynı zamanda toplumda egemen olan kesimlerin çıkarlarının da korunmasına katkı sunmuş olur. Yargının meşruiyeti sorunsalının ikinci halkasını bu çelişki oluşturur. Bu çelişki karşısında, yargının meşruiyeti

bakımından dayandığı temel ilke tarafsızlıktır. Toplum yargının tarafsızlığına inandığı ve güvendiği sürece yargının meşruiyetinden söz edilebilir.

Yargının liberal demokrasilere özgü üçüncü işlevi ise devlet çıkarlarının korunması işlevidir. Yargı bir devlet erki olarak kendi varlık koşullarını sürdürmek adına bu işlevi üstlenmiştir. Ancak kimi durumlarda devlet çıkarları ile toplumsal adaletin gerekleri arasında bir çatışma hali ortaya çıkabilmektedir. Yargı-siyaset ilişkisi yargının meşruiyetinin en çok tartışıldığı konulardan birisidir. Dolayısıyla yargının meşruiyeti sorunsalının üçüncü halkasını da bu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yargı, meşruiyet, yargının işlevleri, yargının meşruiyeti, yargı bağımsızlığı, yargı tarafsızlığı, adil yargılama, adalet.

ABSTRACT
Master's Thesis
The Legitimacy of Judicial Power
Gonca EROL

Dokuz Eylöl University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Program

The legitimacy of a social structure is established via ensuring two basic elements. The first one is the materialistic element. Considering that every social structure arises from a requirement, in order to ensure legitimacy, it must have at the very least the capacity to meet this requirement. Yet, simply fulfilling the requirement remains insufficient. In order to ensure its legitimacy, having the characteristic of a social structure, shall satisfy the moral expectations of society as it carries out its functions. In this regard, the legitimacy of the judiciary shall be discussed, taking its functions into account.

The principal function of the judiciary is to secure peace and justice by bringing solutions to disagreements. The principal value that it takes as a basis while performing this function, however, is justice. In order to ensure justice, not only must the pending decision be fair / equitable, but also the judgment process must be performed in an equitable way. This element forms the very first step of the legitimacy of the judiciary problem.

While resolving disagreements, the judiciary contributes to the protection of social order. Yet, in class societies, there may arise some conflicts between the requirements of justice and those of social order. The main reason for this is as the judiciary intends to protect social order, it also contributes in protecting the interests of the ruling class. This contradiction forms the second step of the legitimacy of the judiciary problem. The basic principal of the judiciary for its legitimacy in the face of this contradiction is impartiality. The

legitimacy of the judiciary can only be considered as long as the society has faith and trust in its impartiality.

The third function of the judiciary in liberal democracies is to protect the interests of the state. The judiciary has undertaken this function in order to maintain its own conditions of existence as a governmental power. Yet, in some cases, a state of conflict between the interests of the state and the requirements of social justice may arise. The judiciary – politics relationship forms the subject on which the legitimacy of the judiciary is discussed the most. Thus, this element forms the third step of the legitimacy of the judiciary problematic.

Key Words: The judiciary, the legitimacy, functions of the judiciary, the legitimacy of the judiciary, judicial independence, judicial impartiality, fair trial, justice.

İÇİNDEKİLER

YARGI YETKİSİNİN MEŞRUIYETİ

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MEŞRUIYETİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE YARGININ

MEŞRUIYETİNE İLİŞKİN TEMEL KONULAR

I. MEŞRUIYET KAVRAMI VE TANIMI.....	7
A. Tanım Sorunu.....	7
B. Tanımlardaki İki Ortak Unsur: “Uygunluk Arayışı” ve “Onaylanma”	10
C. İki Temel Unsur Çerçevesinde Meşruiyet Tanımı	15
1. Meşruiyet Kaynağı Olarak Toplum	17
a. Toplum ve Birey İlişkisi.....	19
b. Toplumsal Değişme ve Meşruiyetin Nisbiliği	27
2. Meşruiyet Kriteri Olarak Toplum	34
a. Toplumun Maddi Yaşamının Meşruiyet Algısına Etkisi	35
b. Toplumsal Değerlerin ve Üstyapı Kurumlarının	
Meşruiyet Algısına Etkisi.....	39
c. Meşruiyetin Olumsuzlanması: Meşrulaştırma.....	43
II. BİR TOPLUMSAL YAPI OLARAK YARGI.....	46
A. Bir Devlet Fonksiyonu Olarak Yargı	46
1. Egemenliğe İçkin Bir Erk Olarak Yargı.....	51
a. Genel Olarak Egemenlik Kavramı	51
i. Ortaçağ’ın Egemeni: Tanrı	54

ii. Yeni Egemen: Ölümlü Tanrı.....	57
iii. Sözleşmeyle Bağlı Egemen: Devlet.....	60
iv. Halk/Ulus Egemenliği.....	63
v. Demokratik Egemenlik	71
b. Egemenlik Kavramına İlişkin Eleştirel Yaklaşımlar ve Değişen Egemenlik Anlayışı	76
c. Değerlendirme	83
2. Egemen Adına Kullanılan Bir Yetki Olarak Yargı Yetkisi	93
III. HUKUK-YARGI İLİŞKİSİ VE MEŞRUIYET	96
A. Genel Olarak	96
B. Hukuk ve Meşruiyet	97
1. Bir Toplumsal Yapı Olarak Hukuk	98
2. Devrim Halindeki Bir Yapı Olarak Hukuk ve Hukukun Kuramsal Evrimi.....	101
3. Hukuku Yargı İle İlişkisi Bağlamında Ele Alan Kuramlar Çerçevesinde Hukuk-Yargı İlişkisine Bakış.....	109
4. Hukukun Meşruiyeti ve Yargı.....	114
5. Yasallık-Hukukilik ve Meşruiyet.....	118

İKİNCİ BÖLÜM

LİBERAL DEMOKRASİ KURAMINDA YARGI VE MEŞRUIYETİ

I. YARGININ İŞLEVLERİNE GENEL BAKIŞ	121
II. TEMEL İŞLEVİ BAKIMINDAN YARGININ MEŞRUIYETİ.....	135
A. Adalet Kavramına Genel Bakış.....	136
1. Özcü Adalet Anlayışı	137
2. Biçimsel Adalet Anlayışları	141
3. Sosyal Adalet	148
4. Değerlendirme	152
B. Yargının Meşruiyeti Sorunsalının Birinci Halkası: Adalet	155
1. Yargılama Süreçlerinde Adalet: Adil Yargılama.....	157
a. Yargıya Ulaşma Hakkı	158
b. Yasalar ve Yargı Yerleri Karşısında Eşitlik.....	161
c. Doğal Hakim İlkesi	162

d. Makul Bir Sürede Yargılamanın Tamamlanması	165
e. Aleniyet	167
f. Hakkaniyete Uygun Yargılama	170
g. Tarafsızlık ve Bağımsızlık	173
2. Yargı Kararlarında Adalet: Adil Karar	173
III. EGEMEN ÇIKARLARININ KORUNMASI İŞLEVİ BAKIMINDAN	
YARGININ MEŞRUIYETİ.....	178
A. Egemen Çıkarlarının Korunması İşlevinin Temel Özellikleri	178
B. Yargının Meşruiyeti Sorunsalında İkinci Halka: Tarafsızlık	181
1. Yargı Bağımsızlığı	182
a. Yargıcın yürütme karşısındaki bağımsızlığı.....	183
b. Yargıcın Yasama Karşısındaki Bağımsızlığı	188
c. Yargıcın Yargı Karşısındaki Bağımsızlığı	190
d. Yargıcın Diğer Kişi ve Kurumlar Karşısındaki Bağımsızlığı.....	193
2. Hakimlerin Belirlenmesi Usulünün Yargı Bağımsızlığına Etkisi.....	195
a. Hakimlerin Seçim Yoluyla Belirlenmesi	196
b. Hakimlerin Hakimler Tarafından Seçilmesi	197
c. Hakimlerin Yasama Organınca Belirlenmesi.....	198
d. Hakimlerin Yürütme Organınca Belirlenmesi	198
e. Hakimlerin Karma Bir Kurul Tarafından Belirlenmesi	199
3. Yargı Bağımsızlığının Sınırı: Yargıcın Denetimi	201
4. Yargı Tarafsızlığı	203
a. Tarafsızlık kavramı.....	205
b. Yargılamanın Karara Kadar Olan Sürecinde Tarafsızlık	208
c. Karar Aşamasında Yargıç Tarafsızlığı.....	211
5. Yargıç Tarafsızlığı ve Egemen Çıkarlarının Korunması İşlevi Bakımından	
Yargının Meşruiyeti Sorunsalı	214
a. Nesnel zorunluluklar	214
b. Etkin belirleyiciler.....	217
IV. DEVLET ÇIKARLARINI KORUMA İŞLEVİ BAKIMINDAN YARGININ	
MEŞRUIYETİ	221
A. Yargının Devlet Çıkarlarını Koruma İşlevi.....	221

B. Liberal Devlet Örgütlenmesinin Meşruiyet İlkeleri ve Yargının Rolü	224
1. Hukuk Devleti İlkesi	225
2. İnsan Haklarına Dayalı Devlet	230
3. Azınlık Haklarına Saygılı Çoğulcu Demokrasi.....	232
4. Değerlendirme	234
C. Yargının Meşruiyeti Sorunsalında Üçüncü Halka: Yargı – Siyaset İlişkisi ve Siyasal Yargı	239
D. Anayasa Yargısının Meşruiyeti	248
1. Genel olarak - Anayasa Yargısının Gelişimi	248
2. Anayasa Yargısının İşlevleri	253
a. Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi.....	259
b. Yargısal Denetimin Meşruiyeti	263
c. Yargısal Denetimin Sınırı ve Yargısal Aktivizm	270
3. Anayasa Yargısının Kurumsal Meşruiyeti	280
SONUÇ	288
KAYNAKLAR	293

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AK	: Avrupa Konseyi
An.	: Anayasa
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Basım
Bkz.	: Bakınız
CÜ.	: Cumhuriyet Üniversitesi
DB	: Dünya Bankası
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
E.	: Esas
EHÇ	: Eleştirel Hukuk Çalışmaları
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
IMF	: International Monetary Fund (Uluslararası Para Fonu)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Mah.	: Mahkeme
Md.	: Madde
s.	: Sayfa
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: ve devamı
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Liberal devlet örgütlenmesinde, meşruiyetinin tartışılması siyasal yapı açısından büyük tehlike oluşturan kurumların başında yargı gelir. Zira liberal devlet örgütlenmesinin kaynağı, siyasal yapının denge unsuru ve hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak siyasal sistem içerisinde hayati bir rol üstlenmiş olan yargının yaşacağı bir meşruiyet sorunu, tüm siyasal yapının meşruiyeti bakımından ciddi sıkıntılara kaynaklık edebilecektir. Öte yandan, siyasal yapı içerisinde kilit bir rol üstlenmiş olması nedeniyle, siyasal sistemin yaşadığı her türden kriz yargıyı da etkilemekte, meşruiyet tartışmalarının ortasında bırakabilmektedir. Özellikle erkler arası yaşanan çatışma hallerinde yargı ya “kurtarıcı-uzlaştırıcı” ya da “statükocu-müdahaleci” payesiyle tartışmaların gündemine oturtulabilmekte, her iki durumda da meşruiyeti tartışılır duruma gelmektedir.

Liberal devlet örgütlenmesinin böylesi önemli bir kurumunu sık sık meşruiyet tartışmalarının içerisine çeken koşulları ve gerek yargıdan gerekse siyasal yapının kendisinden kaynaklanan nedenleri doğru bir şekilde ortaya koyabilmenin, demokratik bir toplumsal yaşamın inşasında ortaya çıkan sorun ve engelleri anlamlandırabilmek bakımından önemli olduğunu düşündüğümüzden liberal demokratik rejimlerde yargının meşruiyeti esaslarını tartışma gereği duyduk.

Ancak daha başlangıçta, bu çalışmanın yaşayacağı en temel sorunun meşruiyet kavramının anlam içeriğinin belirsizliğinden kaynaklanan zorluklar olduğunu gördüğümüzden, çalışmamızın ilk bölümünün ilk başlığını meşruiyet kavramına ayırdık. Meşruiyete ilişkin yazın içerisinde yaptığımız okumalarda, neredeyse her yazarın kendince bir meşruiyet tanımı ortaya koyduğunu gördük. Ancak tanımların ele alınıp ve temel sorunlara uygulanış biçimleri bakımından iki noktada benzeştiklerini ve anlam içerikleri bakımından da yine bu iki noktada ayrıştıklarını gördüğümüzden meşruiyet tanımımızı bu iki unsur etrafında oluşturmaya çalıştık.

Herhangi bir kavram, olgu ya da kurumu meşruiyeti bakımından değerlendirebilmek için öncelikle onun doğasını ve varlık temellerini ortaya koyabilmek gerektiğini, bu temelleri ise toplumsal yaşamın, toplumsal yapının

dışında bir yerde bulma imkanı olmadığını düşündüğümüzden, meşruiyet kavramının toplumla doğrudan ilintili bir kavram olduğu sonucuna vardık. Bu nedenle çalışmamızda ihtiyaç duyacağımız ölçüde toplumbilim alanında, özellikle toplum-birey ilişkisi ve toplumsal değişim kuramlarına ilişkin bir ön çalışma yapmak gereği duyduk. Varolan kuramlar içerisinde diyalektik materyalist yöntemi esas alarak, toplumsal yapının temel işleyiş ilkeleri etrafında bir toplumun meşruiyet algısının nasıl biçimlendiğini, hangi faktörlerin bu algı üzerinde belirleyiciliğinin olduğunu dolayısıyla toplumsal yaşamın bir sonucu olan yargının meşruiyetine toplumun maddi ve manevi yaşamındaki hangi etmenlerin, nasıl tesir ettiğini ortaya koymaya çalıştık.

Günümüz liberal demokrasilerinin düşünsel temellerinin metafizik ve bireyi önceleyen bir bakış açısıyla oluşturulduğu, buna karşın toplum-birey arasında birbirini önceleyen bir ilişkiden öte diyalektik bir ilişki bulunduğu, bir toplum içerisindeki bir yapının meşruiyetinin bu diyalektik ilişki etrafında şekillenen iki unsur tarafından belirlendiği, meşruiyet olgusuna ilişkin ulaştığımız temel tezdır. Buna göre, her toplumsal yapı bir ihtiyacın ürünü olarak ortaya çıkmakta ve bu ihtiyacı karşılayabildiği müddetçe varlığını sürdürmektedir. Bu meşruiyet kavramının maddi yönünü oluşturmaktadır. Ancak meşruiyetin tesisinde bu yeterli değildir, aynı zamanda bu ihtiyacın karşılanması sürecinin ve karşılanma biçiminin de toplumun manevi yaşamında olumlu bir karşılığının olması gerekir. Bu da meşruiyet kavramının manevi yönünü oluşturmaktadır. Bu iki unsurun bir arada gerçekleştiği durumlarda bir toplumsal yapının meşruiyetinden söz etmek imkanı olacaktır.

Meşruiyet kavramının toplumbilim etrafında temel çerçevesini oluşturduğumuz birinci başlığın ardından ikinci başlığımızda yargının bu çerçeve içerisindeki yerini ve rolünü araştırdık. Toplumsal yaşamın bir ürünü, toplumsal bütünün bir parçası olarak yargının varlık temellerini, tarihselliği ile birlikte ele almaya çalıştık. Bu bölümde özellikle yargının toplumun kolektif bir faaliyeti olarak başlayıp bir devlet erki olarak kurumsallaşması ve günümüz demokrasilerinde siyasal yapı içerisinde önemli bir misyon üstlenmesine neden olan düşünsel temelleri ve bu düşünsel gelişim içerisinde büyük önem arz eden “egemenlik” olgusunu tarihsel evrimi ile birlikte irdeledik.

Yargının meşruiyetini irdelerken karşımıza çıkacak temel problemlerden bir diğerinin yargı-hukuk ve meşruiyet ilişkisi olduğunu düşündüğümüzden birinci bölümümüzün son başlığını bu konuya ayırdık. Zira nasıl ki meşruiyetin ne şekilde anlamlandırıldığı, yargının meşruiyetinde ulaşacağımız sonuçları tümüyle etkilemekte ise, hukukun ne şekilde anlamlandırıldığı da sonucu aynı oranda etkileyebilecek niteliktedir. Bu nedenle hukukun toplumsal yapı içerisindeki yeri ve rolü ile yargının hukuk ile olan ilişkisini ve bu ilişki bağlamında meşruiyet kavramını ayrıca tartışma gereği duyduk. Yargının hukukun yorumlayıcısı-uygulayıcısı olarak üstlendiği rolün toplumsal yaşamda nasıl bir karşılığının olduğunu, hukukun meşruiyetinin yargının meşruiyetine etkilerini tartışarak meşruiyet kavramına ve yargının meşruiyetine ilişkin temel konulara ayırdığımız birinci bölümü tamamladık.

Konuyu tartışabilmek için genel çerçeveyi çizdiğimiz birinci bölümün ardından, yargının meşruiyetini ve liberal demokrasilerde yargının meşruiyetine ilişkin temel sorunları tartıştığımız ikinci bölümde, öncelikle yargının işlevlerini ele aldık. Toplum içerisinde hiçbir yapının bir toplumsal ihtiyacı karşılamak anlamında olumlu bir rol üstlenmeksizin varlığını sürdüremeyeceği gerçekliğinden hareketle, yargının hangi toplumsal ihtiyacın ürünü olduğunu, bu ihtiyacı nasıl karşıladığını, toplumsal yaşama nasıl bir katkı sunduğunu dolayısıyla toplumsal yaşamda hangi işlevleri üstlendiğini belirlemeye çalıştık.

İkel topluluklardan günümüz demokrasilerine değin alınan yolda yargının, toplumun kolektif bir faaliyeti olarak doğduğunu, toplumsal yaşamda uzlaştırıcı bir rol üstlendiğini, özellikle sınıflı toplumların ve devlet olgusunun ortaya çıkışı ile gitgide kurumsallaşarak bir devlet erki biçimini aldığını gördük. Günümüz liberal demokrasilerinde yargının işlevlerini sistemli bir bütün olarak anlamlandırmaya çalışırken, yargıyı siyasal ve toplumsal bütün içerisinde diyalektik bir bakış açısıyla ele almamızda Cem Eroğul'un "Devlet Nedir?" isimli kitabının büyük bir katkısı oldu.

Eroğul'un devletin işlevlerini irdelerken kullandığı mantıksal temelleri yargıya uygulamak suretiyle yargının liberal demokratik rejimlerde üstlenmiş olduğu üç işleve ulaştık. Yargının meşruiyetine ilişkin temel sorunları bu üç işlev etrafında irdledik.

Yargının temel işlevi olarak ifade ettiğimiz, uyuşmazlıkların çözümü suretiyle toplumsal barış ve adaletin sağlanması işlevi, yargının meşruiyetini tesis edebilmesinde en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu temel işlevini belli bir düzeyde karşılamadığı müddetçe bırakınız yargının meşruiyetinin, yargının varlık koşullarının bile tartışılır hale geleceğini söyleyebiliriz. Ancak meşruiyetin ikinci unsuru olan manevi unsur bu temel işlevin algılanmasında ve anlamlandırılmasında önemli sorunlara da kaynaklık etmektedir. Çünkü gördük ki, yargının meşruiyeti bakımından temel işlevinin manevi yönünü kolaylıkla “adalet” değerine yaslayabiliyor olsak da, adalet kavramını aynı kolaylıkla tanımlamak mümkün değil.

Bu nedenle yargının temel işlevi çerçevesinde meşruiyetini tartışırken öncelikle adalet kavramı üzerinde durmayı tercih ettik. Adaleti bir erdem olarak ele alan kuramların karşısında adaleti kurumsallaştıran biçimsel anlayışların yer aldığını, liberal demokrasilere özgü sorun ve açmazların bir neticesi olarak ise sosyal adalet kavramının ortaya çıktığını ifade ettik. Buna karşın, adaletin göreceli bir kavram olması nedeniyle, bir toplumsal sistemin adalet değeri üzerinden tanımlanmasının yetersiz ve sakıncalı olduğunu gördüğümüzden adaleti toplumsallığı ve tarihselliği içerisinde somutlamak gerektiği sonucuna vardık. Adaleti, insanların haksızlıklara ilişkin yaşam pratikleri karşısında geliştirdikleri çözümlere karşılık gelen bir kavram olarak ele aldık. Bu anlamda yargıdan beklenen adaletin de verili bir toplumu oluşturan bireylerin haksızlık pratiklerine karşı ortaya koydukları çözümler, talep ve beklentiler olarak ele alınması gerektiğini vurguladık ve yargının adaletin sağlanmasına dönük işlevi bakımından meşruiyetini yargılama süreçlerinde adalet ve yargı kararlarında adalet olarak iki başlık altında ele aldık.

Yargı toplumsal barış ve adaleti gerçekleştirmeye dönük işlevini yerine getirirken aynı zamanda var olan toplumsal düzenin sürdürülmesine de katkı sunar. Bu yargının temel işlevinin doğal bir sonucudur ancak sınıflı toplumlarda bu doğal sonucun aynı zamanda bir çelişkiye de kaynaklık ettiğini bu çelişkinin yargıya başka işlevler de yüklediğini gördük. Yargı toplumsal düzenin sürdürülmesine katkı sunarken aynı zamanda o toplumda egemen olan kesimlerin çıkarlarının da korunması ve sürdürülmesine katkı sunmak durumunda kalmaktadır. Bu çelişki yargının meşruiyetini tartışırken konuyu tutarlı ve anlamlı bir bütün olarak ele

almakta karşılaştığımız en ciddi sorun oldu. Eroğul’un kitabı özellikle bu çelişkiyi anlamlandırabilmekte önümüzü aydınlattı.

Egemen çıkarlarının korunması işlevi olarak ifade ettiğimiz yargının ikinci işlevini bu çelişkinin yarattığı yahut yaratabileceği muhtemel sorunlar etrafında irdelemeye çalıştık ve yargının toplumsal düzenin gerekleri ile adaletin gerekleri arasında bir çelişkiye düştüğü noktada imdadına “tarafsızlık” olgusunun yettiğini fark ettik. Bu nedenle konuyu özellikle yargı tarafsızlığı ve tarafsızlığın temel şartı olan yargı bağımsızlığı kavramları etrafında tartıştık.

Bu noktada yargının kendi özgül koşullarından kaynaklı bir üçüncü işlevi daha üstlenmek zorunda olduğunu gördük. Yargının birbiriyle çelişkili işlevler üstlenmiş olması ve bunun yargı üzerinde yarattığı baskı, yargıyı toplum üzerinde bir konumlanmaya itmekteydi ve yargı çelişkili görevleri karşısında parçalanmamak, işlevsizleşmemek adına yargı kendi çıkarlarını korumak işlevini de üstlenmiş ve bunun içinde toplumun üzerinde görece özerk bir yapı haline gelmişti.

Bu aslında, devlete özgü bir durumdu ve yargı, bir devlet erki olarak, toplumun üzerinde konumlanmış ve kendi varlık koşullarını belirleyen çıkarları yani devletin çıkarlarını korumak işlevini de üstlenmişti. Bu nedenle yargının üçüncü işlevini “devlet çıkarlarını korunması işlevi” olarak niteledik.

Yargının devlet çıkarlarının korunması dönük işlevi, liberal demokrasilere özgü bir işlevdir. Aslında kapitalist toplumun ihtiyaç duyduğu özgürlük ortamının sağlanması ve iktidarın bu özgürlüklere müdahalesini engelleyecek dengeli bir yapının kurulması gerekliliği yargının gerek bağımsızlığını kazanmasında, gerekse devlet çıkarlarını koruma işlevini üstlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle yargının koruduğu liberal toplumsal düzenin meşruiyet ilkelerini ve bu düzen içerisinde yargının hangi rolleri üstlendiğini ortaya koymak gerektiğini düşündük.

Bu ilkeleri ele alırken sıkça karşılaştığımız bizce yanlış olan bir algının yargının meşruiyeti bakımından çeşitli sorunlara kaynaklık ettiğini gördük. Bu yanlış algı, yargı ile siyaset arasındaki ilişkiye dair algıydı ve yargı siyaset üstü bir yapı olarak görülmekte idi. Bu nedenle yargının siyasal toplumun bir parçası olarak siyasal alanın dışında olamayacağını, aksine doğrudan siyasal işlevler gören bir yapı olduğunu vurguladık. Ancak “siyasal yargı” kavramı ile ifade edilen yargının

tarafgirliğine ve ideolojik tutumlar içerisinde olmasına yönelik eleştirileri karşılayan kavramı göz ardı etmedik. Siyasal yargı kavramını, yargının, devlet çıkarlarını koruma adı altında egemen çıkarlarını korumaya dönük ideolojik tutumlar içerisinde bulunması durumu olarak ele aldık ve devlet çıkarlarını koruma işlevi ile siyasal yargı kavramlarını birbirinden ayırtırmaya çalıştık.

Devlet çıkarlarının korunması işlevi bakımından yargının meşruiyeti sorununu daha somut bir zeminde tartışabilmek adına “anayasa yargısının meşruiyeti”ni de ayrıca tartışmanın faydalı olacağını düşündük. Yargı siyaset ilişkisinin en dolaysız biçimi, yargının devlet çıkarlarının korunmasına dönük işlevinin en açık örneği olan anayasa yargısının meşruiyetini tartışarak çalışmamızı tamamladık.

Çalışmamızın bütününde yargının yaşadığı meşruiyet sorunlarının özünde, halkın iradesini yansıtmaktan ve halkın ihtiyaç ve çıkarları etrafında bir toplumsal işleyiş örgütlemekten aciz olan temsil sistemine dayalı liberal demokratik yapının olduğunu gördük. Bu nedenle her ne kadar çelişkili görevler üstlenmiş olsa da, yaşanan sorun ve sıkıntılar karşısında, halkın adalete dair talep ve beklentilerinin sesi ve sözü, hak ve özgürlüklerin koruyucusu olacak “meşru” bir yargı örgütlenmesinin demokratik bir toplumun inşasına dönük verilen mücadelede önemli bir araç olduğu sonucuna vardık.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEŞRUIYETİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE YARGININ

MEŞRUIYETİNE İLİŞKİN TEMEL KONULAR

I. MEŞRUIYET KAVRAMI VE TANIMI

A. Tanım Sorunu

Meşruiyet kavramı sosyal bilimler literatüründe üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olmasına rağmen, içeriği, unsurları ve siyasi sistem üzerindeki etkileri konusunda genel bir uzlaşmanın varlığından söz etmek güçtür¹. Bu güçlüğü'n nedenlerinden biri, hemen her tür sosyal ilişkide meşruiyet kavramına atıf yapılması, bunun da ister istemez kavramın içeriğini belirsizleştirmesidir². Teorik alanda da durum farklı değildir ve meşruiyet kavramı farklı disiplinler tarafından farklı biçimlerde anlaşılmakta ve anlatılmaktadır³.

Kavramın, nispi bir kavram olması, geçmişten bugüne anlam ve içeriği değişerek taşınmış olması ve günümüzde de üzerinde uzlaşılan bir tanımının bulunmaması, konuya başlarken, öncelikle çalışmamızda esas alacağımız bir meşruiyet tanımı “ileri sürmeyi” gerektirmektedir. İleri sürmek diyoruz, çünkü, bu tanım ve anlam karmaşası içerisinde ve meşruiyet kavramının kendi içsel özellikleri nedeniyle esas alacağımız her tanım, ayrıca “sübjektif” olarak izah edilmeyi gerektirmektedir. Bunun en önemli nedeni meşruiyet olgusunun “değer” sistemlerine dayanan bir toplumsal olgu olmasıdır. Bu değerlerin neler olduğu, anlam içerikleri, bu değerleri temsil eden/çağrıştıran toplumsal yapı ve kurumların meşruiyet tanımlarındaki yeri gibi pek çok unsur tanımların ayrışma noktalarıdır.

Yargı yetkisinin meşruiyetini tartışırken “kastettiğimiz meşruiyet kavramı”nın sınırlarını, başlangıçta, en azından asgari ölçüde belirlemek gerekliliği de bundan kaynaklanmaktadır. Zira meşruiyet kavramını hangi ilke ve değerler çerçevesinde ele aldığımız ile orantılı olarak yargı yetkisinin meşruiyetine ilişkin

¹ Levent GÖNENÇ, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, **AÜHFİD**, Cilt:50, Sayı:1, 2001, (Meşruiyet), s.131.

² Rodney Barker, “Political Legitimacy and the State”, Clarendon Pres, Oxford, 1990’dan Aktaran: GÖNENÇ, Meşruiyet, s.133.

³ GÖNENÇ, Meşruiyet, s.133.

değerlendirmelerimiz de farklılıklar göstermek durumunda olacaktır. Bu bakımdan, çalışmamızda esas alacağımız meşruiyet tanımımıza, varolan tanımların kesişme ve ayrışma noktaları üzerinden ulaşmaya çalışacağız. Farklılıkları tümüyle göz ardı etmemek ve konuya çok yönlü bakabilmek adına tanımımıza böylesi çetrefilli bir yoldan ulaşmak daha sağlıklı olacaktır.

“İnsanların yöneten ve yönetilen olarak ayrılmasının, yani bir kişinin bir başkasının kendisine hükmetmesini onaylamasının, meşru görmesinin nedeni nedir?” sorusunun cevabını vermeden hükmetme ya da toplumsal yaşamı düzenleme (nasıl tarif edersek edelim) misyonunu üstlenmiş “devlet”in bir fonksiyonu olan yargı fonksiyonunun ve yargı yetkisinin meşruiyetini tartışamayız. Öncelikle bu yetkinin kaynağı meşru olmalı ki yargı yetkisinin de meşruiyetinden söz açabilelim. Soruyu tersten sorarsak “kaynağı meşru olmayan bir yargı yetkisinin her ne şekilde olursa olsun kullanımı bakımından meşruiyeti ileri sürebilir mi?” veya “kaynağı bakımından meşru bir yargı yetkisinin kullanılması bakımından meşruiyeti tartışılabilir mi?”. Yargı yetkisinin meşruiyetini doğru temeller üzerinden tartışabilmek için öncelikle meşruiyet kavramını incelemenin önemi buradadır.

“Meşru” kavramı, terimsel kökeni itibarıyla; “çoğunlukla onaylanan, Tanrı buyruğuna uygun olan, yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu eylem, tavır ve norm” anlamına geliyor⁴. Arapça kökenli bir sözcük olan meşru, “şer’i” ve “şeriat” sözcükleri ile ilintilidir. Edebi anlamıyla meşru kavramı, bir yakıştırma (sıfat) dır ve “şer’i olan”, “şeriata denk düşen” manasına gelmektedir⁵.

Kelimenin batı dillerindeki karşılığı olan “legitismus”, “legitimitas” kökleri, eski Roma’da “hukuka uygun, hukuksal” anlamlarında kullanılmıştır⁶. Ortaçağ’da geleneklere uygunluğu ifade eden meşruluk kavramına tarihsel süreç içerisinde özellikle modern çağda devlet yönetimine ilişkin bir anlam yüklenmiş ve kavram “siyasal erkin yönetilenlerin inançlarına dayanması, devlet iktidarının kaynağı ve

⁴ Ahmet GÜRBÜZ, **Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)**, 2.b., Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.3.

⁵ Abdullah ÇELİK, Abdulvahap ULUÇ, “Batı Demokrasisinde Meşruiyet Sorunu”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:3, Sayı:8, 2004, <http://www.e-sosder.com/dergi/805CelikAbdr.doc>, (Erişim tarihi:13.06.2011), s.53.

⁶ GÜRBÜZ, s.3.

kullanılış biçimleri bakımından yönetilenlerin inanç ve onayıyla desteklenmesi” biçiminde bir anlamı da içeriğine katmıştır⁷.

Meşruluk kavramının geçmişten bugüne algılanma biçimine baktığımızda, kavramın çoğunlukla yöneten-yönetilen ilişkisi ile ilintili olarak ele alındığını görürüz. Bu bağlamda kavramın “haksız yere yönetime el koyma” kavramının karşıtı olarak anlaşıldığını söyleyebiliriz⁸.

Günümüz anayasal demokrasileri yönetici erkin dayanağı açısından, yönetilenlerin onayı yahut rızası anlamına gelecek bir meşruluk temeline dayanma görünümündedirler⁹. Demokratik siyasetin yöneten-yönetilen ilişkisindeki ve yönetilenler arasındaki çatışma, müzakere, diyalog, bazen uzlaşma bazen ödünleşme vb. biçimde gelişen tüm süreçlerinin kilit kavramı meşruiyet, nihai amacı da meşruiyet sağlamaktır¹⁰. Yani meşruiyet, siyasal iktidarın amaçlarını ve eylemlerinin niteliklerini topluma kabul ettirme sorunudur¹¹. Bir başka şekilde söylersek, insanların nasıl ve niçin bir siyasal iktidara destek verdikleri ve desteklerini çektikleri ile ilgili bir sorundur¹².

İktidarın meşruluğu, onun topluluk üyeleri ya da hiç değilse bunların çoğunluğu tarafından bir iktidar olarak tanınması olgusudur¹³. Bir meşruiyet kaynağı aramayan, düzenleyici ya da uygulayıcı gücünü, o toplumca kabul gören bir takım üstün değer veya ilkelere dayandırmayan bir iktidardan söz edilemez, çünkü hükmettiği toplumun desteği, onayı ve rızası olmayan güç, kaba güçten başka bir şey değildir. Ve ancak baskı ve zor yoluyla kendisine itaati sağlayabildiği sürece varlığını sürdürebilir¹⁴.

Meşruiyet kavramı ortaçağda “dinsel hukuka uygunluk”, modern çağda ise “hukuka uygunluk ya da yasallık” anlamlarına gelecek biçimlerde de kullanılmıştır¹⁵.

⁷ Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, (Anayasal Devlet), s.17.

⁸ International Encyclopedia of The Social Sciences, Vol:8, The Macmillan Company&The Press, 1968, s.244’dan Aktaran: GÜRBÜZ, s.3.

⁹ GÜRBÜZ, s.4.

¹⁰ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.17.

¹¹ Halis ÇETİN, “Demokratik Meşruiyet Versus Karizmatik Meşruiyet”, **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:27, No:1, Mayıs 2003, (Meşruiyet), s.92.

¹² Ronald Cohen “Introduction”, State Formation and Political Legitimacy, Edited by: Ronald Cohen-Judith D. Toland, Transaction Books, New Brunswick (USA)-Oxford (UK), 1988’den Aktaran: ÇETİN, Meşruiyet, s.92.

¹³ Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, 9.b., Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.89.

¹⁴ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.18; TEZİÇ, s.89; ÇETİN, Meşruiyet, s.92.

¹⁵ GÜRBÜZ, s.3.

Ancak, meşruluk kavramının tarih boyunca kullanımına ve evrimine baktığımızda, kavramı ne “dini hükümlere uygunluk” ne de “hukuka ya da yasaya uygunluk” gibi tanımlarla ifade etmemiz mümkün değildir.

En genel ifadeyle meşruluk, “uygun olan, benimsenen” manasında kullanılır¹⁶. Bu en genel tanımının meşruiyet kavramı bakımından tanım sorununu çözmekten uzak olduğu ortadadır. Pek çok yazarın ortaya koyduğu pek çok tanım olduğunu düşündüğümüzde, tek tek tanımları incelemek suretiyle de ilerlemek mümkün olmadığından, tanımların çoğunluğu bakımından ortak olan unsurları ele alarak çalışmamızda esas alacağımız bir meşruiyet tanıma ulaşmanın daha yerinde olacağını düşündük.

B. Tanımlardaki İki Ortak Unsur: “Uygunluk Arayışı” ve “Onaylanma”

Meşruiyet kavramına ilişkin çok sayıda farklı tanıma ulaşmak mümkündür. Dahası bir takım benzer kavramlara yer veren tanımlar bile kendi aralarında anlam karmaşasından kurtulamamaktadır. Öyle ki, kimi tanımlarda aynı kavramlara vurgu yapılsa da vurgu yapılan kavram içeriğinin farklı algılanması nedeniyle meşruiyet kavramının içeriği farklılaşabilmektedir. Örneğin meşruiyeti hukuka uygunluk biçiminde ele alan tanımlar üzerinden yola çıkarsak; pozitivist görüş bakımından hukuk pozitif hukuktan ibaret iken, doğal hukuk anlayışında, pozitif hukuk kurallarının da meşruiyetinin dayanağı olması gereken daha geniş bir kurallar bütünü esas alınmaktadır. Dolayısıyla bir eylem veya işlemin yahut bir siyasi iktidarın pozitif hukuka uygun ancak doğal hukuk ilke ve esaslarına aykırı olabileceği durumlar ortaya çıkabilmekte, aynı tanımda ortaklaşılsa dahi meşruiyet tartışmasının önü alınamamaktadır.

“Meşruiyet, eylemlerin, ilişkilerin ve iddiaların toplumsal kabul görecektir hukuki, rasyonel, zorunlu, makul, doğal gerekçelere dayandırılmasıdır”¹⁷ biçimindeki bir tanımda bile “hangi hukuk?”, “neye göre zorunlu ya da makul?”, “toplumsal kabul nasıl tespit edilecek?”, “birey iradelerinin tek tek toplamı anlamında bir toplumsal kabul mü, yoksa birey iradelerinin üzerinde yer alan bir toplum iradesi çerçevesinde bir kabul mü aranacak?” vb. pek çok soru gündeme gelmekte ve bu

¹⁶ ÇELİK/ULUÇ, s.53.

¹⁷ ÇETİN, Meşruiyet, s.92.

tanımı esas alsak bile meşruiyet algımız sorduğumuz sorulara ve verdiğimiz cevaplara göre farklılaşabilmektedir.

Böylesi bir tanım karmaşasının olduğu meşruiyet kavramının tanımlarını tek tek ele almak imkanımızın da olmadığı ortadadır. Ancak tanımlarda yer aldığını düşündüğümüz iki temel unsur (bu unsurların içerikleri farklılaşmakla birlikte) üzerinden bir değerlendirme yapmak mümkündür. Tanımlarda, bir taraftan, adeta bir ölçü birimi olarak ele alınan ilke, kurum veya değerler ekseninde bir “uygunluk arayışı” söz konusu iken, diğer taraftan bu uygunluğun somutlanması bakımından bir “onaylanma” vurgusuna yer verilmektedir.

Meşruiyeti sorgulanan eylem ya da siyasi iktidar “hangi ilke ve esaslara, neye göre meşru olacaktır?” ve “meşruluğuna kim/ne, nasıl hükmedecektir?”. Ortaçağda uygunluk tanrısal ilke ve esaslarda aranırken, buna karar verecek mercii kilise olarak kabul edilmekteydi. Doğal hukuk anlayışında uygunluk ölçütü doğal hukuk ilkeleri iken buna uygunluğu denetleyecek olan, doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla “halk” ya da “ulus” yanında, özellikle günümüzde, yasama ve yürütmeyi denetleme yetkisine sahip “yargı” da dillendirilmektedir. Liberal görüşlerin bir kısmı bakımından ise uygunluk “irade”de aranmakta ve temsili demokrasi yoluyla ortaya konulan “rıza” meşruiyet bakımından yeterli görülmektedir.

Meşruiyetin belirleyici kriteri olarak karşımıza, dönemsel olarak da farklılıklar gösteren, bir takım ilke, değer ve kurumlar çıkmaktadır. “Tanrının buyruğuna uygun olmak”, “toplum vicdanına yahut geleneklere uygun olmak”, “adalete uygun olmak”, “hukuka ve yasalara uygun olmak”, “temel norma uygun olmak”, “evrensel hukuksal ilkelere uygun olmak”, “evrensel hak ve özgürlüklere uygun olmak” yahut sadece “birey veya toplum iradesinin bir sonucu olmak” gibi pek çok ilke ve değer geçmişten bugüne meşruiyeti sağlayan ölçütler olarak ele alınmıştır ve alınmaktadır. Bu anlamda bir takım ilke ve değerlere uygun olmak biçiminde beliren bir “uygunluk arayışı” hemen tüm tanımlarda ortak bir unsur olarak yer almaktadır.

Ancak bu ilke ve değerlerin neler olduğu, dahası bu ilke ve değerlerin anlam içeriği konusunda bir ortaklaşmadan da söz etmek mümkün değildir. Belki de meşruiyet tanımlarının ortaklaşamamasının da temel noktası burasıdır. Çünkü sağlanması gereken rızanın yahut verilecek onayın ölçü birimi olarak ele alınan bu

ilke ve değerler dönemden döneme, toplumdan topluma farklılıklar gösterebilmektedir. Ayrıca çoğunlukla soyut olan bu ilke ve değerler kişiden kişiye farklı yorumlanıp anlamlandırılabilir. Örneğin “adalete uygunluk” ölçüsü üzerinden değerlendirilecek bir meşruiyet öncelikle adaletin ne olduğu sorusuna cevap vermeyi gerektirir ve günümüzde halen adalet kavramı tartışmalıdır¹⁸.

Bir nevi ölçü birimi olarak ele aldığımız “uygunluk arayışı”nın yanında, ikinci bir ortak unsur olarak, bu ölçü birimini esas alarak tartım yapacak bir “onaylama” merciinden ya da mekanizmasından söz edebiliriz.

Tüm tanımlarda gizli veya açık, doğrudan veya dolaylı olarak toplumu oluşturan bireylerin iradelerinin belirleyici olarak öne çıktığını görürüz. Aslında meşruiyet kriteri olarak ele alınan tüm ilke ve kurumlar bu iradenin bir sonucudur, yahut en azından, bu ilke ve kurumlara değer atfeden son kertede yine bu iradedir¹⁹. Özellikle yöneten-yönetilen ilişkisi açısından meşruiyet kavramı ele alındığında bu daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. “Birey” ya da “toplum”, “halk”, “ulus” iradesi gibi farklı kavramlara dayanan farklı bakış açıları ile konu ele alınabilir ve alınmakta olsa da, yani, yine içeriği ve yöntemi farklılaşsa da, tüm tanımların ikinci ortak ögesi bu “onaylanma” ögesidir.

Meşruiyetin belirlenmesi bakımından, insan iradesinin meşruiyeti belirleyen dışavurumu, farklı formüller ve kavramlarla ifade edilmiştir. “Onay”, “rıza”, “inanç”, “destek” gibi kavramlara dayanılarak yapılan farklı meşruiyet tanımları bulunmaktadır.

Otorite kavramı üzerinden geliştirdiği meşruiyet kuramında Weber, “inanç” unsuruna vurgu yapar. “Tecrübelerimiz bize göstermiştir ki, hiçbir otorite sistemi, sadece maddi, duygusal veya ideal motiflere dayanarak sürekliliğini sağlayamaz. Bütün bunlara ek olarak, her otorite sistemi meşruiyetine ilişkin bir inanç oluşturmak

¹⁸ Habermas meşruiyeti bir siyasal düzenin tanınma değeri olarak ele alır. Tanınmayı ifade eden değerleri ise “doğruluk” ve “adalet” olarak belirlemiştir. Yani, bir siyasal düzen adil ve doğru olarak tanındığı durumda meşru olma özelliği kazanmaktadır. Zühtü ARSLAN, “Anayasalar ve Meşruluk Sorunu”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:30, Yıl:5, 1999, s.565. Burada da “adil ve doğru” olanın ne olduğu sorusunun cevabı tartışmalıdır.

¹⁹ Meşruiyeti tanrı iradesine uygunluk biçiminde ele aldığımızda dahi, bu uygunluğun varlığını/yokluğunu belirleyen, tanrı algısı ve inançlarıyla yine insandır. Herhangi bir eylem veya işlemi, uygun bulduğunda onaylayan ve destek veren, uygun bulmadığında ise reddedip karşı çıkan ve hatta değiştiren yine insandır. Elbette, burada, iradenin ne şekilde yönlendirildiği yahut bağımsız bir iradede söz edilip edilemeyeceği gibi hususlar tartışma konusu edilebilir olmakla birlikte, her ne şekilde yönlendiriliyor yahut bu iradelerin bir sonucu olarak addedilen onay her ne şekilde belirleniyor olursa olsun neticede toplum ya da birey iradesi nihai kararı veren konumundadır.

ve beslemek gayretindedir.”²⁰ diyen Weber’in “inanç” unsuru üzerinden ortaya koyduğu meşruiyet tarifi eleştirilmiş olmakla birlikte günümüz kimi yazarlarının görüşlerinde de etkili olmuştur.

Lipset’e göre meşruiyet, siyasi sistemin, mevcut siyasi kurumların toplum için en uygun kurumlar olduğuna ilişkin bir ‘inancı’ yaratma ve sürdürme kapasitesini ifade eder²¹. Linz de meşruiyeti hemen hemen aynı biçimde tanımlamıştır. Yazara göre meşruiyet, yetersizlik ve başarısızlıklarına rağmen, mevcut siyasi kurumların, inşa edilebilecek başka kurumlardan daha iyi olduğuna ilişkin ‘inanç’tır²². İnanç unsuruna vurgu yapan bir diğer yazar Ferrarotti’ye göre ise, “siyasi itaati alışkanlıklara dayalı bir rutin olmaktan çıkarp etik/normatif bir gerekçeye dayandıran ilkenin adı olan meşruiyet, bireyin ve yöneticilerin otoritenin haklılığına duydukları inanç”²³ tır.

Gönenç “inanç-temelli” meşruiyet tanımlamalarını şöyle formüle etmektedir: “Eğer bir siyasi sistemin mensupları, kendileri için, X kurumlar sisteminin, Y veya Z kurumlar sisteminden daha uygun veya daha iyi olduğuna inanıyorlarsa, X kurumlar sistemi meşrudur.”²⁴

“İnanç-temelli” meşruiyet tanımı eleştirilere konu olmuştur. John Schaar’ın eleştirisi, bu tür tanımların meşruiyeti tümüyle inanç veya kanaate indirgediği noktasında toplanmaktadır. Meşruiyeti inanç eksenli bir kavram olarak ele aldığımızda kamuoyu dışında bir yere bakılamayacağını, bunun ise sınırlı ve yetersiz, dolayısıyla sakıncalı bir yaklaşım olduğunu dile getiren Schaar, siyasal iktidarın halkın inançlarını şekillendirebildiğine vurgu yapmaktadır. Yazara göre, bu tanımlar meşruiyeti, sistemin, mensuplarını kendi uygunluğuna ikna etme kabiliyeti olarak görmektedir. Bu demektir ki, özellikle propaganda ve halkla ilişkilerin bu kadar geliştiği günümüzde, yöneticiler yönetilenlerin inançlarını manipüle edebilir ve

²⁰ Weber’den Aktaran: GÖNENÇ, Meşruiyet, s.135.

²¹ Seymour Martin Lipset, Political Man, The Social Basis of Politics, Doubleday, New York, 1959’dan Aktaran: CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.18.

²² J. Linz, “Introduction,” in: The Breakdown of Democratic Regimes, Juan Linz - Alfred Stepan, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1978’den Aktaran CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.18.

²³ Franco Ferrarotti, “Legitimation, Representation and Power”, *Current Sociology*, vol. 35, no. 2, Summer 1987’den Aktaran: M. Hilmi ÖZEV, “Meşruiyet Kavramının Dönüşümü”, **Bilim ve Sanat Vakfı Bülteni**, Sayı:57, Yıl:14, Ocak-Nisan 2005, http://www.bisav.org.tr/userfiles/yayinlar/bsv_bulten57.pdf (Erişim Tarihi: 05.04.2011), s.87.

²⁴ GÖNENÇ, Meşruiyet, s.136.

Weber'in tanımladığı anlamda bir inanç oluşturabilir. Bu durumda meşruiyet iktidar sahiplerinin eline kalmış olur²⁵.

Günümüz temsili demokrasilerinden kaynaklanan sorunlar ve ülkemiz özelinde düşünersek, seçim barajları, seçim ödenekleri ve medyanın iktidar mensuplarının bir silahı gibi kullanılabilmesi gerçeklerini göz önünde bulundurduğumuzda eleştirilerin haklılık payının olduğunu söylemek gerekir. Yalnızca “inanç” unsuruna yaslanmış bir meşruiyet anlayışı, dışarıdan görüneni tespit edebilirse de; görünenin içyüzünü dolayısıyla neden-sonuç ilişkisi içerisinde bütünsel olarak meseleyi ortaya koymayı ve çözümlemeyi sağlamada doğru bir yöntem olmaktan uzaktır. Ancak “inanç”, ne şekilde yönlendiriliyor olursa olsun, yöneten-yönetilen ilişkisinde belirleyici öneme sahip, görmezden gelemeyeceğimiz bir unsurdur. Bu nedenle doğrudan “inanç” olgusu üzerinden bir tanımı yerinde bulmamakla birlikte, bahsi geçen itirazları gerekçe göstererek, toplumu ve bireylerin iradelerini yadsıyan ve görmezden gelen kimi meşruiyet tanımlarını da aynı derecede hatalı bulmaktayız²⁶.

Easton meşruiyet tanımında “destek” unsurunu esas almaktadır. Easton’a göre meşruiyet, siyasi sistemin herhangi bir unsuruna yöneltilen bir tür destekleyici duyguyu ifade eder²⁷. Easton’un tanımı inanç kavramına yer vermese bile tümüyle ondan ayrı bir tanım ortaya koyduğu da söylenemez, belki tamamlayıcı bir tanım diye de adlandırılabilir. Yani bir siyasi sisteme duyulan inanç ve bu inancın doğal sonucu olarak ortaya çıkan destek meşruiyetin unsurları olarak belirlemektedir²⁸.

Ancak bu tanım da “inanç” unsuruna yönelik yukarıda kısaca değindiğimiz eleştirilerin haklı yönlerini ortadan kaldırmamaktadır. Dahası bir an için o eleştirileri göz ardı etsek bile halen cevaplanması gereken sorular vardır. “Toplumsal iktidarın meşruiyetine ilişkin görüşünün dışavurumu olan “inanç” ya da onun sonucu olarak beliren “destek” nasıl tespit edilecektir?”, “Bir toplum neden ve nasıl bir siyasal

²⁵ John H.Schaar, "Reflections of Authority," New American Review 8, 1970'den Aktaran: GÖNENÇ, Meşruiyet, s.135.

²⁶ Bu noktada kavram olarak “inanç” kelimesinin de farklı tartışmalara yol açabileceği kanaatindeyiz bu nedenle “uygun bulmak” manasında “onay” kelimesinin daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, ne şekilde sağlandığı önemsenmeksizin, yalnızca “onay” a dayanan bir meşruiyet anlayışının da yukarıda yer verdiğimiz itirazlardan kaçınamayacağı ortadadır.

²⁷ CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.63. Easton üç tür destekten söz eder: Siyasi topluluğa yönelen destek, rejime yönelen destek, siyasi otoriteye destek. Bir toplumdaki destek değişik yönlerde olabilir. Örneğin bir kişi, varolan siyasal rejimi desteklemesine karşın, hükümeti desteklemeyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZİÇ, ss.106-107.

²⁸ GÖNENÇ, Meşruiyet, s.137.

sistemi ve onun kurumlarını diğerlerinden daha iyi veya doğru olarak niteleyecektir?” Farklı başlıklar altında ilerleyen bölümlerde cevabını arayacağımız bu sorular, içerisinde barındırdığı çelişkiler ve pratik yaşamdan elde edilen veriler ışığında salt “inanç-destek” unsuru üzerinden kurulan meşruiyet tanımının yeterli olmadığını göstermektedir.

Liberal devlet kuramının öncülerinden olan John Locke meşru yönetimlerin temelinde halkın “rıza”sına dayanmasının şart olduğunu ve otoritenin sadece belirlenmiş amaçlar için hareket etmek üzere verilmiş bir vekaleten yetki olduğu fikrini öne sürmüştür²⁹. Bahsi geçen “rıza” toplumu oluşturan bireylerin seçim yoluyla bazı kişilere iradelerini temsil etme yetkisini vermeleri yoluyla ortaya çıkacaktır. Halkın talepleri ise, devlet organları içerisinde toplumun iradesini temsil etmesi nedeniyle üstün bir rolü olan yasama meclisi tarafından formüle edilecektir. Locke bireylerin iradelerinin meşruiyet açısından önemini vurgulamakta ve bunu “rıza” kavramı ile ortaya koymaktadır. Bu nedenle temsilcilerin eylem ve işlemleri ile yönetilenlerin iradeleri arasında ortaya çıkan bir uyumsuzluk ya da çekişme halinde yine belirleyici olarak halkı işaret etmektedir. “Yurttaş kitlesi ile otorite arasında çıkan böylesi bir çekişmede üçüncü bir taraf hakemlik yapamaz. Halkın son temyiz mahkemesi her zaman kendisi olmuştur”³⁰.

C. İki Temel Unsur Çerçevesinde Meşruiyet Tanımı

Yukarıda yer verdiğimiz tanımlar ve hemen tüm tanımlarda ortak unsur olarak belirlediğimiz “uygunluk arayışı” ve “onaylanma” unsurlarını esas alarak yapılacak bir tanımın oldukça genel, ucu açık bir tanım olacağı ortadadır. Ancak tanımımızın eksik yönlerini “yargı”nın meşruiyeti tartışmasını yürütürken tamamlamanın daha faydalı olacağını düşündüğümüz için, yukarıda işaret ettiğimiz iki unsur üzerinden, olabildiğince geniş bir tanımla yola çıkmak daha yerinde olacaktır.

²⁹ CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.19.

³⁰ John Locke, Second Treaties of Civil Government, Aktaran: Leslie LIPSON, **Siyasetin Temel Sorunları Siyaset Bilimine Giriş**, Çev: Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005, s.247.

Bu anlamda, genel bir meşruiyet tanımı yapacak olursak; “meşruiyet, bir eylem, bir olgu, bir kurum ya da bir siyasi iktidarın toplum tarafından onaylanması”dır diyebiliriz. Tanımımızda, uygunluk arayışımızda kaynağımız toplum, onaylama mercii olarak da, yine, “meşruiyet kriterlerini oluşturan değer sistemlerinin ve toplumsal yapıların bir bütünü olarak” toplumu işaret etmekteyiz. Elbette bu tanım üzerinde tartışılması ve cevaplanması gereken birçok soruyu barındırmakta ve bu haliyle bile pek çok farklı meşruiyet anlayışına imkan vermektedir. Toplumun hangi kriterlere göre onay verdiği/vermesi gerektiği, toplum kavramından ne anladığımız, toplumda bireye nasıl bir rol biçtiğimiz, toplumun onayından ne anlaşılması gerektiği, onayın nasıl tespit edileceği vs. soruları ve sorunları bu tanımın ilk etapta göze çarpan sorunlarıdır. Ve doğal olarak bu sorulara verilecek cevapların çeşitliliği oranında meşruiyet tanımlarının da farklılaşacağı aşikardır.

Her şeye rağmen böyle bir tanımdan yola çıkarak, tanımdaki eksik unsurların adım adım tamamlanması suretiyle bütünlüklü bir tanıma ulaşmayı tercih etmemizin nedeni, üzerinde uzlaşmış ortak bir tanımı bulunmayan meşruiyet kavramının, yapılmış çok sayıdaki tanımları üzerinden yürütülecek bir tartışmanın ortaya çıkaracağı dağınıklığı engellemek çabasıdır.

Tanımımızda eksik pek çok unsur olmakla birlikte, var olan iki önemli unsurun da içeriği oldukça belirsizdir. Bu nedenle öncelikle “uygunluk” ve “onaylanma” unsurları bakımından tanımımızın içeriğini belirginleştirmek gerekecektir.

Meşruiyeti “toplum tarafından onaylanma” biçiminde oldukça genel bir tanımdan hareketle ele aldığımızda, uygunluk arayışımızda, soracağımız “neye göre meşru?” sorusunun cevabı “topluma göre meşru” olmalıdır. Zira topluma rağmen bir meşruiyet iddiası kendinden menkul bir meşruiyetten söz etmek demektir. Bunun gerçek yaşamda bir karşılığı yoktur. İnsanlararası ilişkilerin gerçekleşme alanı olan toplum, bu ilişkilerin ortaya çıkardığı tüm yapı ve kurumların da meşruiyetinin kaynağı olmak durumundadır. Toplum içerisinde hiçbir yapı yoktur ki, toplumun belli bir ihtiyacına karşılık vermeksizin varlığını sürdürebilsin. O halde, toplumun bir parçası ve onun bir ürünü, bir toplumsal yapı olan yargı, içinde bulunduğu toplumun

maddi yaşamına uygun olduğu, belli bir ihtiyaca karşılık verebildiği sürece meşruiyetini sağlayabilecektir.

Onaylama unsuru bakımında soracağımız “Meşruluğa kim hükmedecek?” sorusunun cevabı ise yine “toplum” olmalıdır. Çünkü onay, değerler sistemine ilişkin bir unsurdur, değerler dünyasında olumlu karşılığı olmayan hiçbir şeyin meşruiyetinden söz etme imkanımız yoktur. Hiçbir toplum ya da birey, bir olgu ya da kurumu “zorba”, “ahlaksız”, “yanlış” vb. bulduğu için onaylamaz, aksine değerler dünyasındaki olumlu kavramlar onayın dayanağıdır. Ayrıca meşruiyetten söz edilirken dayanılan tüm değer ve ilkeler toplumun üretimi ve aynı zamanda toplumun bir parçasıdır. O halde, yargının toplumun maddi yaşamına uygun bir yapı olması yetmemekte aynı zamanda bu yapının gördüğü işlevin, ortaya çıkardığı sonuçların da toplumun manevi yaşamında yani değerler sisteminde de olumlu bir karşılığının olması gerekmektedir.

Tanımımızı toplum odaklı bu iki unsur üzerine kurduktan sonra, yargının meşruiyetini tartışabilmek için yargının bir toplumsal yapı olarak yeri ve rolünü irdelemek gerekecektir. Ancak öncelikle, topluma, toplumu oluşturan yapılara/kurumlara, bunlar arasındaki devrimin -en azından çalışmamızda ihtiyaç duyacağımız kadarıyla- temel işleyiş ilkelerine yakından bakmak gerekmektedir.

1. Meşruiyet Kaynağı Olarak Toplum

Meşruiyet tanımımızda nihai belirleyici olarak yer verdiğimiz toplum kavramı, toplumu oluşturan insanların birbirleriyle olan tüm ilişkilerini içine alan bir kavramdır. Toplum, insanların yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamak temelinde kurdukları karşılıklı ilişkilerin bir sonucudur. Bu ilişkiler gelişip karmaşılaştıkça toplumda bu çerçevede değişir ve gelişir.

Toplum, bireylerden, bireyler tarafından kurulmuş ve onlar tarafından yürütülmekte olan yapılardan meydana gelir. Toplum dışında bir birey, bireysiz bir toplum düşünmek imkanı yoktur. “toplum dışındaki yalıtılmış bir bireyin yaptığı

üretim ... dilin birlikte yaşayan ve birbirleriyle konuşan insanlar olmaksızın gelişmesi kadar saçma bir düşüncedir”³¹.

Toplumsal yaşamın temelini, insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan şeyleri üretme çabaları oluşturur. Yaşamak için her şeyden önce yemek, içmek, barınmak gibi birtakım temel gereklilikler vardır. O halde bu ihtiyaçların giderilmesini sağlayacak araçların üretimi, insanın ilk tarihsel eylemidir demek yanlış olmayacaktır³². Üretici güçler ve üretim ilişkileri geliştikçe toplumsal yaşam da gelişir. Üretici güçlerin gelişim düzeyleri, insanların ihtiyaçlarını gidermek için herhangi bir zamanda kullandıkları belli bir teknolojiyi yansıtır³³. Üretim ilişkileri ise üretimin örgütleniş biçimidir. Yeni üretim tekniklerinin bulunmasından, üretimin toplumsal örgütlenmesindeki gelişmelerden kaynaklanan tüm bu gelişme süreci toplumu doğrudan etkiler ve biçimlendirirler. Toplumsal yapıyı biçimlendiren yeni ilişkiler ve bu ilişkilerin gerektirdiği yeni yapılar ortaya çıkar.

Sürekli hareket halindeki bir yapı olan toplumda, pek çok başka toplumsal yapılar karşılıklı etkileşim içerisinde ve en nihayetinde en küçük toplumsal yapı olan birey, eylemleriyle tüm bu ilişkilerde belirleyici bir rol oynamaktadır. Bir başka deyişle, toplumsal devinim, toplumu oluşturan tüm yapıların ve bu yapıların da devindirici gücü olan bireylerin devininin toplamından ibarettir³⁴. Ancak aynı zamanda bir toplum içerisinde doğan ve dolayısıyla onun kurulu ilişkilerinin içerisinde hareket etmek durumunda kalan birey, toplumu etkilediği kadar ondan etkilenir de.

Bu bakımdan topluma tümüyle bağımsız bir şekilde hükmedebilen bir birey iradesinden söz edemeyeceğimiz gibi, bireylerden bağımsız ve onlara hükmeden bir varlığa sahip bir toplumdan da söz edemeyiz. Bireyi, toplumsallığından soyutlayarak ele aldığımızda, yahut, toplumu, bireyleri birer robot misali yönetip yönlendiren bir mekanizma olarak tarif ettiğimizde toplumsal gerçeklikleri anlamlandırma şansımız kalmaz. Tüm toplumsal yaşam ve tarihsel süreç ya belirsizliğin ya da metafizik bir belirlenmişliğin ifadesi haline gelir. Kültürel değerler, ahlak ilkeleri, devlet biçimleri

³¹ Karl F. Marx, Grundrisse, Aktaran: Alex CALLINICOS, **Toplum Kuramı Tarihsel Bir Bakış**, Çev: Yasemin Tezgiden, 4.b., İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s.135.

³² Karl MARX, Friedrich ENGELS, **Alman İdeolojisi**, Çev: Sevim Belli, 3.b., Sol Yayınları, Ankara, 1992, s.36.

³³ CALLINICOS, s.135.

³⁴ Cem EROĞUL, **Devlet Nedir?**, 3.b., İmge Kitabevi, Ankara, 2002, (Devlet), s.25.

ve meşruiyet kavramı da bu belirsizlik yahut metafizik belirlenmişlikten payına düşeni alır.

a. Toplum ve Birey İlişkisi

Toplumu oluşturan tek tek bireylerin bu yapı içerisindeki rolü ve etkisi ile, bireyleri ve bu bireylerin her türden ilişkilerini kapsamına alan toplumun birey üzerindeki rolü ve etkisini, yani, birey-toplum arasındaki ilişkiyi ele alan pek çok farklı kuramın varlığından söz edilebilir. Kimi görüşler, toplumda kurucu unsur olarak bireyi ele alırken, kimi kuramlar ise toplumu, bireyi tümüyle belirleyen kurucu unsur olarak ele alırlar.

Günümüz modern devletinin felsefi ve ekonomik temellerini atmış olan liberal siyaset kuramları, birey kavramı üzerine kurulmuştur. Bireyi kurucu unsur olarak ele alan bu kuramlarda, tarihsel süreçlerin açıklanmasında ve gerekçelendirilmesinde başvurulmuş nihai felsefi temel, soyutlanmış birey kurgusu olarak belirir. Bu görüşten yola çıkarak topluma baktığımızda “Toplumların tarihi birkaç zeki adamın tarihidir” demek yanlış olmayacaktır. Zira bu anlayışta temel alınan “insan doğası” gereği, birey, kendi amaç ve çıkarlarının farkında olan ve bunları hayata geçirmeye yönelik davranan, toplumun kurucu öznesidir. Tüm toplumsal gerçeklik, bireylerin amaçları ve çıkarlarıyla açıklanabilir; çünkü bireyin dışında bir toplumsal gerçeklik yoktur³⁵.

Soyut birey kurgusunun iki önemli özelliği vardır³⁶: Birincisi, bireylerin farklı tarihsel süreçlerde değişmeyen özelliklerinin olduğu kabulüdür³⁷. Örneğin,

³⁵ Nazım GÜVELOĞLU, “‘Birey ve Toplum’ İkiliğine Karşı Tarihsel Materyalizmin Nesnesi Olarak Toplumsal İlişkiler”, **Praksis**, Sayı:1, Kış 2001, ss.171-172.

³⁶ GÜVELOĞLU, s.172.

³⁷ Hemen tüm siyaset kuramları, ileri sürdükleri siyasal sistemi kuracak insanı kurarak yola çıkarlar. Bu yüzden her teori, kendi insanının psikolojik özelliklerini, insan doğası argümanlarıyla aktarmaya çalışır. İnsan doğasını keşfetmek, insanın bilinçaltından yola çıkarak genel kanunlar koymak, insanın doğasının özelliklerinden kaynaklı siyasal sistem ve teori oluşturmak oldukça eski bir gelenektir. İnsan doğasından yola çıkarak kapsamlı bir siyasal sistem kurma geleneği Platon’la başlar. Platon’a göre insanın üç ayrı doğası vardır: İnsan bir yanıyla bilgi edinir, bir yanıyla öfkelenir, bir yanıyla da ister. İşte bu yüzden üç insan tipi vardır: bilgisever, ünsever ve parasever. Aristo’da ise erdemli insan toplumun kurucu unsurudur. Bilgelige sahip olmak, istekleri ve eylemleri arasında dengeli davranmak erdemine ulaşanlar mutluluğa ulaşabilir, bu yüzden her birey toplumdaki rolünü kabullenmeli ona göre davranmalıdır. Efendi ise, emir vermeyi; köle ise, emirlere itaat etmeyi kabullenmelidir. Modern siyasal düşüncenin temellerini atan düşünürler bakımından da durum farklı değildir. Machiavelli’ye göre insan, kötü doğaya sahip, iyiyi kötünden ayırabilecek bilgi ve erdeme sahip olmayan, çaresiz ve

Hobbes’a göre, insanlar bencildir; kendi çıkarlarına yönelik hareket ederler ve diğer bireylerle savaş halindedirler. Öte yandan Locke’a göre ise, insanın doğası iyidir, diğer bireylerle birlikte yaşaması gereği onların haklarını da gözetirler. Lipson’a göre, toplumsal varlıklar olduğumuz kadar evrensel bir diğer gerçek, insan doğasının derinliklerine kök salmış olgulardır. Bu bakımdan, bir taraftan işbirliğine dayanan ilişkiler içerisinde yer alsa da, her birey kendi özelinde tek olduğundan, bencillik insan doğasının bir parçasıdır³⁸. Bu özellikler her ne şekilde tanımlanmış olursa olsunlar, hepsinde ortak olan, toplumsal bir biyolojik tür olarak insanın değişmeyen bir doğasının olduğudur. İkinci önemli varsayım ise, bireyin kendi amaç ve çıkarlarının farkında oluşudur³⁹. Akıl yoluyla, kendi amaç ve çıkarlarının farkında olan birey kendi tercihlerini bağımsız bir şekilde yapabilecek, tümüyle bağımsız iradesiyle toplumu değiştirebilecek durumdadır.

Soyut birey kavramı, liberal ekonomi kuramlarının da temel dayanağıdır. Bu bakımdan liberal görüşlerin en çok atıfta bulunduğu özellik, insan doğasının bencilliğidir. Hatta biraz zorlamayla liberal ekonominin temel ilkelerini sadece bu özellik üzerinden tarif etmek mümkündür. Çoğu zaman, bu benmerkezci, kendi çıkarları etrafında hareket etme doğasına sahip insanın eylemleri olumlu sonuçlar doğurur. Adam Smith’in tezlerinde olduğu gibi, kendi çıkarlarımızı gözetirken, farkında olmadan ya da bilmeden bir “görünmez el tarafından” toplumun çıkarı da kendiliğinden desteklenmiş olur⁴⁰. Kimi durumlarda ise zararlı sonuçlar doğuracak insan doğasının dizginlenmesi ve toplumca bir takım kurallara tabi kılınması gereği

kararsız bir varlıktır. Başlarında bir efendi olmadan kaos ve kargaşa içerisinde yaşarlar. Hobbes’a göre; insanın doğasında rekabet, güvensizlik ve şan-şeref tutkusu vardır. Locke’a göre ise eşitlik, özgürlük ve barış. Bu Locke bakımından insanlar arası uyum kaynağı olarak ele alınırken, Rousseau insan doğasındaki özgürlük ve bağımsızlığı çatışma nedeni olarak ele alır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Halis ÇETİN, “İnsan ve Siyaset: ‘Siyasal İnsan’ın Yol Hikayesi”, **Felsefe Dünyası**, Sayı:38, Yıl:2003/2, ss.72-92.

³⁸ LIPSON, ss.47-50.

³⁹ GÜVELOĞLU, s.172.

⁴⁰ Zenginlerin toplumsal açıdan yararlı bir rol oynadığını savunmak için Smith şunları yazmıştır: “Onlar yoksullardan biraz daha fazla tüketirler ve doğal bencillik ve açgözlülüklerine rağmen, yalnızca kendi rahatlarını düşünüyor da olsalar, çalıştırdıkları binlerce işçinin emeğinden elde etmek istedikleri tek amaç boş ve doymak bilmez arzularının tatmin edilmesi de olsa, geliştirdiklerinden aldıkları bütün ürünleri yoksullarla paylaşıyorlar. Görünmez bir el, onları, dünya, eğer yurttaşlar arasında iki eşit parçaya ayrılseydi, yaşamsal zorunluluklar nasıl dağıtıldıysa hemen hemen öyle bir dağıtım yapmaya yönlendirir, yani böyle bir niyetleri olmasa da, bilmeseler de toplumun çıkarlarına hizmet ederler ve türlerin üremesi için gerekli araçları sunarlar. Tanrı’nın inayeti, dünyayı birkaç soylu arasında dağıttığında, paylaşımın yoksun kaldığı düşünülenleri unutmamış ya da terk etmemiştir. Onlar da ürettiklerinin hepsinden paylarını alırlar.” Adam Smith, *The Theory of the Moral Sentiments*, Indianapolis, 1982’den Aktaran: CALLINICOS, s.37.

doğar. Bu da yine, doğası gereği bencil ama akıllı olan insanın kendi çıkarlarını korumak adına bağımsız iradesiyle belirlediği bir süreçtir. Toplumda iyi ya da kötü sonuçlar doğuran gelişmelerin kaynağı bağımsız birey iradesi ve bu sonuçları değişip dönüştüren de yine, o sonuçlardan da bağımsız birey iradesidir.

Bireylerin farklı tarihsel süreçlerde ve toplum biçimlerinde değişmeyen bir insan doğasına sahip olduğu, dolayısıyla toplumsal yapıdan ve tarihsel süreçlerden bağımsız bir iradesinin olduğu görüşünden hareket ettiğimizde, tüm olgu ve olaylara büyük ölçüde metafizik önkabuller ve varsayımlarla yaklaşmak zorunda kalırız. Toplumun içerisinde bir takım ilişkiler kuran, bu ilişkilere yön veren insanlar, tüm bu ilişkilerden soyut ve bağımsız olarak yalnızca sahip oldukları akıl yoluyla ve doğaları gereği var olan bir takım özelliklerin güdülemesiyle eylemlerine yön verir, toplumu biçimlendirirler. Bireyi kendi eyleminden bile bağımsız ve soyut bir varlık olarak ele alan bu anlayışta keskin bir çelişkinin olduğu ortadadır⁴¹.

Nazım Güveloğlu, bu durumu, Çakırcalı Ahmet Efe'nin öyküsüyle örneklemektedir: Çakırcalı Ahmet Efe⁴² yoldan çıkan ablasını öldürerek namusunu temizlemiş, böylece bir kanun kaçağı olmuş ve sonrasında dağa çıkmıştır. Namus gibi toplumsal bir olgunun sebep olduğu bu olayda vurguyu namus meselesinin

⁴¹ Antropoloji, biyoloji, psikoloji, etnoloji, psikanaliz gibi pek çok alanda, bireyin kişiliğinin oluşumunda etken olan nedenler üzerine yapılan araştırmalardan da anlaşılmaktadır ki, artık, birey-toplum ilişkisi birçok araştırmacı tarafından vurgulanmaktadır. İnsan bilimleri alanında, toplumdan bağımsız, değişmez bir insan doğası olduğu iddiasının gerçekliğe uygun olmadığını gösteren çok sayıda çalışma vardır. Ünlü antropolojist Ralph Linton, II. Dünya Savaşı sonrasında, insan bilimlerinin genel durumunu saptamaya yönelik yazdığı bir dizi makalenin giriş yazısında, etnoloji alanındaki araştırmacıların bireyi salt bir kültür taşıyıcısı, biri ötekinin yerine konabilecek bir dizi özdeş birim olarak görmüş olduklarını; benzer bir eğilimin, psikoloji alanında çalışanlar da ortaya çıktığını, her ne kadar onlar birey üzerinde odaklanmış olsalar da, doğa bilimlerinin etkisi altında kalarak, bütün bireysel benzerlik ve ayrılıkları fizyolojik bir temele oturttuklarını dile getirmiştir. Bu gözlemden yola çıkaran, başta Lincoln olmak üzere, bazı insanbilimciler, her kültürün nasıl bir temel kişilik oluşturduğunu araştırmaya koyulmuşlardır. Bu bakımdan önemli çalışmalar yapmış olan Abram Kardiner inceleme konusu yaptığı toplumların söylencelerinden, geleneklerinden, dinsel inanışlarından, yaygın dünya görüşünden ve bunu ortaya koyan davranış kalıplarından yararlanarak, o toplum için işlevsel olan temel kişilik yapısını belirlemeye çalışmıştır. Dahası, bu temel öz yapının, dünyaya yeni gelen bireylere aktarılması için ne gibi yöntemlere başvurulduğunu araştırmıştır. Erik Erikson, Freud'un kişilik oluşum aşamalarından yola çıkarak temel karakterlerin hangi somut yetiştirme yöntemleriyle sağlandığının araştırılmasının yolunu açmıştır. Bu gelişmeler, farklı bilim alanlarında toplumsal ile bireysel arasında köprüler kurulmasını sağlamaya dönük önemli adımlardır. Bu kuramların da, insanın belirleyici niteliğini veren ögenin biyolojik mi, psikolojik mi yoksa toplumsal mı olduğu sorusuna, bütünlüklü bir yaklaşımla cevap veremediğini, bu üç yönden birine öncelik veren, öteki yönleri koşullandırıcı ya da sınırlayıcı etmenler olarak hesaba katmakla yetinen yaklaşımlar olmaktan kurtulamadıklarını da belirtmek gerekir. Cem EROĞUL, "İnsanın Var Olma Biçimi Olarak Birey", (Birey), <http://marksistarastirmalar.org/pdfs/cemerogultoplumvebirey.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.02.2011), ss.1-3.

⁴² Halil DURAL, **Bize Derler Çakırca 19. ve 20. yüzyılda Ege'de Efeler**, Tarih Vakfı Yayınları, 2005.

toplumsallığına değil de, Çakırcalı'nın sert kişiliğine ya da başka bir takım bireysel özelliklerine dayanarak açıkladığımızda belki bir bakımdan söylediklerimiz doğrudur ancak tarihin bu kesitinde var olan toplumsal ilişkileri ve onların bugüne yansımalarını anlama işine bir faydası yoktur⁴³.

Toplum-birey ilişkisinde kurucu unsurun birey olduğu bu anlayışın karşısına, toplumu kurucu unsur olarak alan anlayış yerleştirilir. Jorge Larrain'in ifadesiyle, *"yapısalcı eylem teorileri, insanları tarihin gerçek aktörleri olarak değil, fakat daha ziyade kontrol edemedikleri güçlerin ve aktivitelerin taşıyıcıları olarak kavrarken, karşı uçtaki teoriler ise, insanları, tarihin özgür aktörleri olarak kavrar ve onların eylemlerinin belirlenmesine gerekli önemi vermezler"*⁴⁴.

Toplumun kendine özgü ve kendisini oluşturan öğelerin üzerinde bir varoluşa sahip olduğunu söyleyen, "...eğer sadece bireyler varsa, toplumlar varolamaz"⁴⁵ diyen Durkheim'e göre, toplumsal bir olgu bireyden türetilemez; bu yapıldığında herhangi bir eyleyiş biçimini, "toplumsal" sıfatıyla kullanmayı imkansız kılacak bir biyolojizme varılır. Durkheim'e göre, eyleyiş, eylemlilik hali, düşünüş, düşünme biçimleri, duyuş, gerçekliğe verilen tepki biçimleri, toplumsal bir olgu olarak bireysel bilincin dışındadır, bireye dışsaldır ve aynı zamanda birey üzerinde bir yaptırım gücüne sahiptir ve onu denetler⁴⁶. Durkheim için toplum adeta "kutsal"dır. Öyle ki din konusunda görüşlerini ifade ederken şöyle der: *"... inananın kendisinin ona dayandığı ve bizzatı en iyi olan her şeyi ondan aldığı ahlaki bir güce inandığında, aldatılmış olmadığını söyleyebiliriz: Bu güç vardır ve o güç de, toplumdur"*⁴⁷.

Bireyi toplumun içinde doğan ve onun tarafından oluşturulan tümüyle edilgen bir olgu olarak ele alan bu ve benzer kuramlarda, bireylerin eylemlerinin ya hiç belirleyiciliği yoktur, ya da bunların etkisi ihmal edilmiştir. Bu yaklaşımın en önemli kuramı olan yapısalcı görüşte, aktörlerin toplumsal eylemlerini kuşatan gerçekliğin, toplumu değişik düzeylere bölen yapılarca belirlenip denetlendiği, dolayısıyla yapıların aktörlere ve eylemlere önceliği vurgulanır. Yapıların rolünü işlevleri

⁴³ GÜVELOĞLU, s.178.

⁴⁴ Jorge LARRAIN, **Tarihsel Materyalizmi Yeniden Yapılandırmak**, Çev: S. Çeviker, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998, s.123.

⁴⁵ Emile DURKHEIM, **İntihar**, Çev: Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul, 2002, s.19-20.

⁴⁶ Ahmet ÇİĞDEM, **Toplum: Kavram ve Gerçeklik**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s.45-46.

⁴⁷ Berch BERBEROĞLU, **Klasik ve Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş Eleştirel Bir Perspektif**, Çev: Can Cemgil, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.32.

üzerinden kurumlara yükleyen işlevselci teori bakımında ise kurumlar için aynı şey geçerlidir. Dolayısıyla, kurum ya da yapı, tarihe ve topluma öncel olmakta ve böylece tarihin ve toplumun ancak kurumların ve yapıların aracılığıyla kavranabileceği sonucuna varılmaktadır⁴⁸.

Yapıların kurucu, öznelerin kurulan, ya da öznelerin kurucu, yapıların kurulan şeyler gibi kavramsallaştırılması her şeyden önce özne ile nesnenin ontolojik olarak ayrılmasıyla mümkün olur. Bu açıdan bakıldığında her iki yaklaşım da aktör ve yapı kavramları arasında dışsal bir ilişki kurar. Bu yüzden her ne kadar zıt tezlerse de yöntemsel olarak paylaştıkları ortak bir temel vardır; her ikisi de “insan ve maddi dünya” ya da “birey ve toplum” şeklinde bir ayırmsallaştırmaya gider⁴⁹.

Birey ve toplum arasındaki ilişkiyi karşılıklı, geçişli bir ilişki olarak ele alan anlayışlar ise üçüncü cepheyi oluştururlar. Giddens, bireylerin her toplumsal alanda şu ya da bu ölçüde bağlayıcı olan kurallarla karşılaştıklarını ve eylemlerinde bu toplumsal yapıdaki kurum ve kurallar tarafından çevrelendiklerini söyler. Ancak belli alışkanlıklarla yoğrulmuş olan bu bireyler, toplumsal alanlarda kendi bilinçli eylemleriyle birtakım eylemlerde bulunurlar. Bu eylemler toplumdan etkilendiği gibi toplumu da etkilerler. Bu belirsiz karşılıklı ilişki içerisinde birey eylemlerinin hangi yönlerde yoğunlaşacağı rastlantısaldır. Dolayısıyla, toplumun şu veya bu yöne doğru yol alacağını önceden söylemenin olanağı da yoktur⁵⁰. Bu bakımdan toplumsallığın tarihsellik ile olan ilişkisi Giddens’in teorisinde yer bulmaz⁵¹.

Giddens’in kuramında toplum ve birey her ne kadar birbirinden koparılmamaya çalışılsa da, toplum tarafından birtakım alışkanlıklarla yoğrulmuş birey aynı zamanda, her nasılsa, tümüyle bağımsız bir iradeyle davranabilen bir varlık olarak sunulmaktadır.

⁴⁸ ÇİĞDEM, s.43.

⁴⁹ GÜVELOĞLU, s.175.

⁵⁰ EROĞUL, Birey, s.3.

⁵¹ “Giddens, ..., toplumu kurum ya da yapı gibi bir esastan değerlendirmenin, bunların toplumsal özneler marifetiyle kurulduğu ve toplumsal eylemlerin bu kurma faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıktığı olgusunun üzerine örtmemesi gerektiğini düşünür. Önerdiği yapılaşma teorisi, birbirlerine mesafe kazanmasına bağlı yapısal ilkeler, toplumsal sistemin yapısal özelliklerinin belirlenmesine bağlı yapısal kümeler (ya da sadece yapılar) toplumsal öznelerin eylemliliklerini araştıran yapılaşma düzeylerine dayanır. Böylelikle Giddens, toplumu yapısal ilkelerin, toplumsal yapıların ve yapılaşmanın bir dolayımı olarak kavrar. Bu kavrayışta toplumsal eylem ve yapılar, özne ve yapılaşma bir düalizmden çok, etkileşen güçler olarak vardır. Giddens, yapısalcılığın ve işlevselciliğin eleştirisini fenomenolojik özne üzerinden gerçekleştirmesine rağmen, bu öznenin tarihselliğini vurgulamakta çok istekli gözükmemektedir.” ÇİĞDEM, s.43-44.

Benzer bir teori ileri süren Bashkar heykeltıraş örneğinden yola çıkar⁵²: Heykeltıraş, heykeli, elinde bulunan malzemeler ve araçlarla yapar. Malzemelerin ve araçların elde bulunuşu, toplumu, heykeltıraşın çalışması da bireyin yaptığı yeniden üretimi ve dönüştürümü simgeler. Böylece, birey yani heykeltıraş özne olarak, toplum yani malzeme ve araçlar nesne olarak sunulmaktadır.

Ancak heykeltıraşın kendisi ile heykeli yapmakta kullandığı mermer ya da aletleri birbirinden ayırt edebildiğimiz gibi, birey ve toplumu aynı kolaylıkla birbirinden ayırt edemeyiz. Çok daha karmaşık ve iç içe geçmiş bir ilişki söz konusudur. Kimi zaman özne durumunda olan birey, kimi durumlarda nesne olabilmektedir.

Bu görüşlere alternatif olarak ileri sürülen bir diğer yöntem ise diyalektik materyalist yöntemdir. Diyalektik materyalist yöntem, Giddens ve Bashkar'ın kuramlarına yakın gibi gözükse de aralarında ciddi bir ayrılık vardır. Birey ve toplum, toplumsal ilişkiler ağı içerisinde, kimi zaman özne, kimi zaman nesne, ya da diğer bir ifadeyle kimi zaman aktör, kimi zaman yapı olarak karşılıklı roller edinmektedirler. Diyalektik materyalist yöntemin üç ayak üzerinden yükseldiğini söyleyebiliriz⁵³:

Öncelikle, birey toplumdur, toplum da birey. Hiçbir zaman ve hiçbir durumda, toplumu olmayan bir birey ya da bireysiz bir toplum düşünülemez. Her toplum bir bireyler topluluğudur.

İkincisi, toplum bireyin gerçekleşme aracı, birey de toplumun gerçekleşme aracıdır. Birey ancak bir toplum içinde doğmakla var olabilir; toplum ancak bireyleri yenilenirse varlığını sürdürebilir.

⁵² Roy Bhaskar, "The Possibility of Naturalism", Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1979'dan Aktaran: GÜVELOĞLU, s.175.

⁵³ EROĞUL, Birey, ss.4-5. Eroğul makalesinde, birey-toplum ilişkisinin bu üç ayağını tarif ederken, Marx'ın Grundrisse isimli eserinde üretim-tüketim ilişkisini çözümlemek için kullandığı yaklaşımdan yola çıkmış ve üretim-tüketim arasındaki ilişkiyi çözümlerken esas aldığı üç düzeyi birey-toplum ilişkisine uyarlamıştır. Biz de çalışmamızın bu bölümünde büyük ölçüde Eroğul'un makalesinden yararlandık. Grundrisse'de yer alan üretim-tüketim arasındaki ilişkinin üç düzeyi kısaca şöyle özetlenebilir: Birinci düzey, doğrudan özdeşlik düzeyidir: Üretim tüketimdir, tüketim de üretim. Örneğin yemek yiyen insan, tüketim de bulunurken, aynı anda, kendini de yeniden üretir. İkinci düzeyde, iki öge karşılıklı olarak birbirinin aracıdır: Üretim tüketimin nesnesini yaratır. Tüketim üretimin nesnesini belirler. Örneğin çiftçi besin olarak ürün yetiştirir. Hangi ürünü yetiştireceğini ise tüketici belirler. Üçüncü düzeyde, karşılıklı olarak birbirini tam belirleme vardır: üretimle tüketim özdeş olmakla, birbirlerine araçlık etmekle kalmazlar; her biri kendi karşı kutbunda gerçekleşir. Ürün, ancak tüketilmekle gerçek ürün niteliğini kazanır. Tüketim, üretme gereksinimi yaratır. Buna karşılık üretim, tüketime özgül biçimini verir; tüketme gereksinimi ve yeteneğini uyarır.

Üçüncüsü ise, bireyin nasıl olacağını kendi toplumu belirler. Buna karşılık, bireyleri nasılsa toplum da öyledir.

Böylesi iç içe geçmiş bir yapıda, birey ve toplumu birbirinden ayırdığımız anda hataya düşeriz. Her ne kadar aralarındaki ilişkiden söz etsek de, bir kez bir bütünü ikiye ayırıp da incelemeye başlamışız demektir. Toplumdan ayırdığımızda birey, birey olmaktan çıkar. Bireyi yok saydığımızda ise, toplum adına söyleyecek hiçbir şeyimiz yoktur. İnsan doğayı, kendi evrimini, kendi bireysel biçimini yarattığı süreç içinde, kendi toplumsal yaşam biçimini de sürekli olarak dönüştürür. Ama bunu toplumsal yapı içerisindeki ilişkiler çerçevesinde yapar.

Toplumsal yaşam sürecinde ve doğaya karşı hiç bitmeyen uğraşları sırasında, bireyler az çok belirlenmiş hareket kalıpları edinirler. Buna “rol” de denilmektedir. Roller, bireysel devinimi kalıplara dökene, ona toplumsal anlam veren davranış kalıplarıdır. Kendi kendini tekrarlayan ve toplumun yoğurduğu ilişki dizilerini yeniden üretip duran roller, toplumsal yapıları doğururlar. Bu bakımdan yapılar rol demetleridir diyebiliriz. Ama yapılar sadece bundan ibaret değildir. Çünkü, toplumsal rollerini gerçekleştirirken bireyler türlü araçlar, aletler, binalar vs. kullanırlar ve bütün bunlar rollerle birlikte yapıların parçasıdır. Demek ki, yapı, somut roller ve türlü maddi araçlar tarafından ortaya konan bir toplumsal devinim kalıbıdır⁵⁴.

Yapısalcılar için, rollerle yapılar, bireylerden bağımsız olarak vardır. Bireyler bunları doldururlar. Oysa toplumdaki diyalektik ilişkide bireylerin devindirmedeği bir rol ya da yapı var olamaz. Bireyler önceden hazırlanmış birtakım kalıplara girmezler. Bireyler, toplumsal kuralları ve olanakları kullanan etkin öznelerdir. Yapısalcılar bunu göremediklerinden rol ve yapılardaki değişimleri de açıklayamazlar. Davranışçılar ise bireyin toplum içerisinde belli bir koşullanma, öğrenme, yetişme sürecini kabul etmekle birlikte, toplumsal alana kendi bilinciyle katılan bağımsız bir birey tasarlarlar. Ancak toplumsal yapının ilişkiler ağından tümüyle bağımsız bireylerin varlığından da söz etmek mümkün değildir. Bilinçaltımız, heyecanlarımız, bilincimiz hep toplumsaldır, toplumun kendisi de toplumun ürünüdür. Bu bakımdan bir “belirlenmiş” bireyden söz etmek mümkündür⁵⁵. Ama bahsettiğimiz, adeta bir

⁵⁴ EROĞUL, Devlet, ss.26-27.

⁵⁵ EROĞUL, Birey, s.6.

robot gibi önceden belirlenmiş kalıplar içerisinde davranan, tümüyle iradesiz bir birey değildir.

Konuyu daha açıkça ifade edebilmek için “belirleme” kavramına yakından bakalım. Belirleme, bir şeyin olmasına ya da olmamasına yol açma, olacaksa nasıl olacağını etkileme demektir. Belirlemenin biri etkin, diğeri edilgen olmak üzere iki ana türünü ele alalım. Örneğin, bir arkadaşımıza “gezmeye gidelim” dediğimizde ve o da bunu kabul ettiğinde, bizim çağrımız üzerine gerçekleşen gezme eyleminde etkin belirleyici konumundayızdır. Yapacağımız gezintinin ne şekilde olacağını belirlemeye gelince, deniz olmayan bir yerde isek, tekne ile gezme imkanımızın olmayacağı açıktır. Bu durumda koşullar, en azından seçenekleri sınırlar ve tümüyle bağımsız bir iradede söz etme imkanımız ortadan kalkmış olur. Yahut araba ile gezmeye çıktığımızda, arabanın bozulması durumunda gezinti yapılamayacağından, bir anda, edilgin durumda olan araba, etkin belirleyici olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla, bir belirlemenin, etkin ya da edilgen olması, değişmez bir veri değildir. Toplumsal yaşamın her alanında bu ikili belirleme ile karşı karşıya kalırız. Bireylerin karşılıklı ilişkisi içinde yürüyen bir toplumsal yapıda özne, şu ya da bu birey değil, yapının kendisidir. Bu yapının nesnesi de başka bir ya da birçok yapıdır. Ancak karşılıklı bir ilişki söz konusu olduğundan, bir açıdan nesne olarak görünen, bir başka açıdan özne konumundadır⁵⁶.

Meşruiyetin kaynağı ve meşruiyeti sorgulananın onay mercii olan toplumu oluşturan bireyler, toplum içerisindeki tüm yapılarla bir bütün halinde, ondan etkilenen onu etkileyen, kimi zaman baskın öge, kimi zaman edilgen öge olarak belirleyicidirler. Bir siyasi iktidara onay verirken bireyler, toplumsal yapının olanakları (ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel, ahlaki, dinsel vb.) çerçevesinde bir değerlendirme yapar. Ancak bir yandan da bu toplumsal yapının olanaklarını değiştiren ve genişleten bir rol oynamaktadırlar⁵⁷. Dolayısıyla bireylerin meşruiyet

⁵⁶ EROĞUL, Birey, ss.7-8.

⁵⁷ “Politika, hukuk, felsefe, din vb. alanlardaki gelişmeler, hep ekonomik gelişmeye dayanır. Ama bunlar aynı zamanda hem birbirlerini hem de ekonomik temeli etkilerler. Ekonomik durumun “biricik neden” ve “tek başına etkin öge” olup, bunun dışında kalan her şeyin salt edilgen bir rol oynadığı söylenemez. Demek ki, ekonomik durumun otomatik bir etkisi söz konusu olmayıp, insanlar tarihlerini bizzat yapmaktadırlar. Şu var ki, insanlar bunu, kendilerini şartlandıran hazır bir çevrede ve başka politik ve ideolojik ilişkilerce ne denli etkilenirlerse etkilensinler, son toplamda, ekonomik ilişkilerin aralarındaki belirleyici ögeyi, asıl kalın ve sürekli çizgiyi oluşturduğu “hazır fiili ilişkilerin” temeli üzerinde gerçekleştirirler.” Engels’in Walter Borguis’a Mektubu’ndan Aktaran: Rona

kriterleri toplumun olanakları ile sınırlı iken, bir yandan da bireyler bu olanakları değiştiren etkin öğedirler.

Peki bu değişimin temel yasaları nelerdir? Bireyler toplumun sunduğu maddi ve manevi olanakları ile sınırlı iken, nasıl aynı zamanda bu olanakları değiştirebilmektedirler? Sürekli bir değişim ve dönüşüm içerisindeki toplumsal yapıda evrensel, mutlak ve ebedi, toplumsal gerçekliklerden soyutlanmış meşruiyet kriterlerinden söz etmek mümkün müdür? Bu sorunların cevabı toplumsal devrimin temel ilkelerinde yatmaktadır.

b. Toplumsal Değişme ve Meşruiyetin Nisbiliği

Herakleitos'un “değişmeyen tek şey değişimdir”⁵⁸ sözünün de işaret ettiği gibi, sosyologların çoğu toplumsal yapının sürekli bir değişim halinde olduğunda hem fikir olmakla birlikte, bu değişimin niteliği ve temel ilkeleri üzerine pek çok farklı kuram mevcuttur.

Başlıca iki kamp içerisinde değerlendirilen bu kuramların, toplumsal değişme ve gelişmeleri evrimci bir çizgi olarak ele alıp inceleyen pozitivist yaklaşım ve pozitivistizmin mutlak doğrularla toplumsal yaşamı ele alma çabasına bir tepki olarak ortaya çıkan kuramları ifade eden yorumlayıcı yaklaşım biçiminde sınıflandırıldığını görüyoruz⁵⁹.

Aydınlanma döneminin temel bilimsel yöntemi olan pozitivistizmin önde gelen temsilcilerinden olan Comte, toplumsal değişimin yasalarının doğa yasalarından çıkarılabileceğini, bu yöntemle yaklaşıldığında toplumun evrimci bir çizgide gelişme içerisinde olduğunu ileri sürer. Comte, toplumsal değişmeyi insan bilincinin gelişmesi üzerinden çözümlemiş ve üç aşamanın varlığını ileri sürmüştür. Doğaüstü güçlere önem verilen teolojik devre, duyu organlarıyla algılanan gerçekliğin hayal gücü tarafından yaratılan gerçekliklerle sınırlandırıldığı metafizik devre ve doğadaki olayları açıklamak için tanrı fikrinin yerini bilimsel bilginin aldığı pozitif evredir. Bu

SEROZAN, **Marx/Engels Devlet ve Hukuk Üzerine**, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul, 2010, s.11.

⁵⁸ Orhan HANÇERLİOĞLU, **Düşünce Tarihi**, 12.b., Remzi Kitabevi, İstanbul, 2006, s.68.

⁵⁹ Yücel CAN, “Toplumsal Yapı ve Değişme Kuramlarını Paradigma Temelli Bir Sınıflandırma Denemesi”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:29, No:1, Mayıs 2005, ss.2-3.

evreler birbirinin zorunlu sonucu olarak evrimsel bir gelişme çizgisi içerisinde gerçekleşir⁶⁰.

Emile Durkheim'a göre toplumsal yapıdaki değişim, kolektif bilincin değişmesiyle gerçekleşir ve iki aşamalıdır. Bireyler başlangıçta mekanik bir dayanışma içerisinde toplumla bir bütün olarak yaşamlarını üretirler. Bu aşamada herkes aynı işi ortaklaşa yaptığından bireyleri birbirinden ayıran kimlikleri de yoktur. Bireylerin bilinçlerinin benzer olduğu ilk aşamada bireysel kimliklerini kaybeden bireyler kolektif bir varlığın parçasıdır. Bu dönem bir mekanik dayanışma dönemidir. Ancak toplumsal yaşamın gelişmesi ve işbölümü ile ortaya çıkan "uzmanlaşma" ile birlikte bireyler arası farklılıklar ortaya çıkar ve bu farklılaşma başka bir dayanışma biçimini doğurur. Böylece bireyler toplum içerisinde kimliklerini yitiren değil, toplum ile bütünleşen parçalar haline gelir. Bu da organik dayanışmadır⁶¹. Durkheim'ın, toplumsal yaşamının üretiminde esas alınan dayanışma biçimlerini esas alan kuramında da bilinç ve akıl, toplumsal değişimin temelidir, toplumun neden ve nasıl mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya geçtiğinin cevabı yoktur. Politzer'in ifadesiyle, *"Bu durumda, toplumlar tarihi, daha antik çağlardan beri insan bilincinin bir yerinde vıyaklayan manevi özlemlerin derece derece gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkıyor. 'Kolektif bilinç' neden şu şekilde değil de, bu şekilde evrim gösteriyor, bilinmez..."*⁶²

19. yüzyıl pozitivistizminin toplumbilimini, matematik ve fizik gibi mutlak ilke ve kurallar içerisinde sokma ve toplumu bu bakış açısıyla inceleme yaklaşımına bir tepki olarak ortaya çıkan "yorumlayıcı yaklaşım" ise insanlık tarihinin akışını ne bilimsel ne de herhangi başka akli bir metotla tahmin etmenin mümkün olmadığı, doğruların mutlak olmadığı, dönüştürebileceği temel tezlerinden hareket etmiştir⁶³. Bu görüşün temsilcileri Popper, Kuhn, Blumer gibi sosyologların bilinmezci bir anlayışla ele aldıkları toplum, bireylerin bağımsız irade ve akıllarıyla, tekil olaylar karşısındaki aldıkları tutumlarla biçimlenir.

⁶⁰ Emre KONGAR, **Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1985, s.96.

⁶¹ BERBEROĞLU, ss.33-34.

⁶² Georges POLITZER, **Felsefenin Temel İlkeleri**, Çev: Muzaffer Erdost, 13.b., Sol Yayınları, Ankara, 1998, s.247.

⁶³ Y. CAN, s.3.

Çalışmamızda esas aldığımız diyalektik materyalist yöntem ise toplumsal değişimleri, toplumsal yaşamın temel belirleyici etkinliği olan yaşamsal ihtiyaçların üretimi etrafında şekillenen ilişkilerin, bu ilişkileri devrimci bir dönüşüme uğratacak nicel değişimlerin sebep olduğu nitel değişimlerle biçimlenen, sıçramalı bir süreç olarak ele alır.

Toplumsal yapıların kaynağı olan insanlar arası ilişkilerin bir bütünü olan toplum, tarihsel olarak bir süreklilik arz eder, ancak bu süreklilik sadece toplumu kuran öğelerin varlıksal sürekliliğidir. Toplum için biyolojik olarak insana, ihtiyaçların karşılanması için toplumsal kurumlara, kurumlarla bireylerin ilişkilerini düzenleyecek süreçlere ve değerlere ihtiyaç vardır. Ancak bu öğelerin “biçimleri” ve bu biçimlerin taşıdığı “içerikler” tarihsel olarak değişim içerisindedirler. Bu değişim ve dönüşüm içerisinde, toplumsal kurumlar, gördükleri işlevlerin farklılığı ve çeşitliliğiyle ilişkili olarak, örgütlenme ve gelişmelerini toplumsal düzenin mantığına uygun bir biçimde gerçekleştirirler. Bu değişim en rafine toplumsal öğelere kadar uzanan bir örüntü içerisinde gerçekleşir⁶⁴.

Toplumsal değişim, birey ya da toplumun “bağımsız” bir evrimleşme sürecinin ürünü olmadığı gibi, “özgür iradeleriyle” bireylerin, keyfi davranışları sonucu ortaya çıkan tümüyle “belirsiz” bir süreç de değildir.

Öncelikle, doğadaki hiçbir şey, birbirinden kopuk, tek başına ve birbirinden bağımsız ayrı ayrı nesnelerin ve görüngülerin rastgele bir araya toplandığı bir yığın değildir. Doğa, organik olarak birbirlerine bağlı, birbirlerine bağımlı ve karşılıklı olarak birbirlerini koşullandıran nesnelerin ve görüngülerin bir bütünüdür. Ne doğa, ne de toplum, anlaşılmaz bir kaos değildir; gerçeğin bütün görünüşleri zorunlu ve karşılıklı bağlarla birbirine bağlıdır⁶⁵.

Doğa ve toplum sürekli bir hareket halindedir. Ancak bu bir bütünlüktür, yani doğa ve doğanın hareketi, toplum ve toplumun hareketi şeklinde bir ayrışma yoktur. Gerçek, harekettir, süreçtir. Descartes, dinginliğin harekete göreliliğini söylemiştir. “Kıyıda uzaklaşan bir geminin pupasında oturmuşsam, gemiye göre duruyorum, ama karaya göre hareket halindeyim.” Ama ona göre, hareket, yer değiştirmeye sınırlıdır. Bu mekanik harekettir ancak hareket bununla sınırlı değildir. Bir arabanın saatte belli bir hızla ilerlemesi bir mekanik harekettir, ama hepsi bu

⁶⁴ ÇİĞDEM, ss.99-100.

⁶⁵ POLITZER, s.60.

kadar değildir; yer değiştiren otomobil aynı zamanda durum da değiştirir. Lastikleri, motoru, kaportası eskir, aşınır. Güneş, yağmur, çamur otomobil üzerinde etki yapar. Biz ne kadar aynı araba desek de artık bin kilometre yapmış bu otomobil aynı otomobil değildir. Herakleitos “bir nehirde iki kere yıkanılmaz” derken bunu ifade etmiştir⁶⁶. Çünkü ne su aynı sudur, ne de siz aynı kişisinizdir. Maddenin varoluş biçimi harekettir, hiçbir zaman hiçbir yerde, hareketsiz madde ne olmuştur, ne de olabilir⁶⁷.

O halde, değişmez bir toplumdaki söz etme imkanı yoktur. Toplumu mutlak bir takım ilke ve esaslar üzerinden, “üstün akıl”, yahut değişmez bir “insan doğası” gibi kavramlarla anlama şansı yoktur. Her şey birbiriyle bağlantılı bir şekilde ve sürekli bir hareket içinde değişip dönüşmektedir. Bu nedenle, bireyin bilinci, insanın özellikleri toplumun dışında kavranılamaz. Yine bu nedenle, evrimci bir çizgide ilerlemeden de söz etmek mümkün değildir. Bazı koşullarda geri gidişler de yaşanabilmektedir.

Bütün gerçekliğin hareketten ibaret olduğunu, hareketsiz hiçbir maddenin varolmadığını söyledik. Peki hareket niçin vardır? Yani toplumsal yaşamın devindiricisi nedir?

Günümüzün pek çok bilimsel gerçeğini deneysel bilimden yüzyıllarca önce, inanılmaz bir sezikle kavramış olan Herakleitos (M.Ö. 540-480) diyalektiğin temellerini de atmış, evrendeki sonsuz değişmeyi sezmiştir⁶⁸. “*Aynı şeydir yaşayanla ölmüş, uyanıkla uyuyan, gençle yaşlı. Çünkü bunlar değişince ötekilerdir ve ötekiler değişince de bunlardır. Ölümsüzler ölümlüler, ölümlüler ölümsüzlerdir, çünkü bunların hayatı onların ölümü, onların hayatı da bunların ölümüdür. Soğuk ısınır,*

⁶⁶ “Olduğu yerde kalan hiçbir şey yoktur. Aynı ırmaklara girenlerin üstüne hep başka sular akar. Aynı ırmaklara hem giriyoruz hem girmiyoruz, hem biziz hem değiliz”. Herakleitos’un Doğa adlı yapıtından Aktaran: HANÇERLİOĞLU, s.69.

⁶⁷ POLITZER, ss.70-77.

⁶⁸ HANÇERLİOĞLU, s.68. Orhan Hançerlioğlu, Herakleitos’a ilişkin şu bilgileri veriyor: “Çağdaşlarını öylesine aşmıştı ki iyice anlayamadıkları için ona, *karanlık* adını takmışlardı. Çağdaşları bir yana, koca Sokrates bile, kendisine Herakleitos’un yapıtını okuyan Euripides’e şöyle demiş: ‘Anladıklarım çok güzel, öyle sanıyorum ki anlamadıklarım da. Herakleitos’un derinliğine inebilmek için Delos’lu bir dalgıç gerekiyor.’ Herakleitos’un etkileri de pek yaygındır. Stoa okulu, Herakleitos’tan, yola çıkmıştı. Logos öğretisi, stoa aracılığıyla, Hristiyanlığa aktarılmıştır. Goethe, Hölderlin, Nikolaus, ona pek çok şeyler borçludurlar. Hegel, ‘Herakleitos’un lojiğime almadığım tek sözü yoktur’, diyor. Nietzsche ise şöyle demektedir: ‘Dünyaya her zaman gerçek gerekecek, öyleyse her zaman Herakleitos gerekecek’.”

sıcak soğur, yaş kurur, kuru nemlenir.” diyen Herakleitos değişimin ve değişime sebep olan hareketin temel yasasını da ifade etmektedir⁶⁹.

Yaşayan bir bitki, aynı zamanda ölmekte olan bir bitkidir. Bitkiyi hayatta tutan da bu çelişkidir. Bir takım hücreleri ölmekte iken, bir takım hücreler ise sürekli yenilenmektedir. Çelişki, karşıtların varlığını, biraradalığını gerektirir. Bu karşıtların birlikteliği maddenin ve hareketin özüdür. Eğer yaşam olmasa idi ölümden ölüm olmasa idi yaşamdan söz etmezdik. Ölüm bir yanda, yaşam bir yanda birbirlerinden bağımsız bir gerçeklik olarak var olamazlar.

Toplum içinde aynı şey geçerlidir. Toplumsal yaşamdaki olgular, yapılar, kurumlar çelişkilerin varlığının bir sonucudur. Eşitsizlik var olduğu için eşitlikten söz ederiz. Eşitsizliğin olmadığı bir toplumda eşitlik kavramının yeri olmayacaktır. Bu nedenle bugün ileri sürdüğümüz bir takım üstün ilke ve değerler, içinde bulunduğu dönem ve toplumun karşıtlıklarının yarattığı ilke ve değerlerdir, toplumsal değişimlerle birlikte onlar da değişmeye mahkumdurlar.

Hareketin toplumsal yaşamda doğalında sürüp gitmekte olan bir değişimi yansıttığı ortada. Peki bu hareketler tümüyle rastlantısal yeri yönü belirgin olmayan hareketler midir?

Hareketin özü olan çelişki, değişimin de özüdür. Ve değişimin rastgele, yahut düz bir çizgide evrimsel bir süreç izlemesini de bu engeller. Çelişkiyi yaratan karşıtlardan birisi galip gelene dek bu devam eder. Yani bitkide bir yandan hücreler ölmekte bir yandan yenilenmektedir. Eğer ölen hücreler yenilenen hücrelere baskın gelirse bitki ölür. Ancak bitkinin ölümü yeni bir yaşamın da tohumlarının atılmasını sağlar. Artık ölü bitkiden yeni bir yaşam doğana değin baskın öge ölüm olacaktır. İşte bu, evrimsel bir çizgide değil, belirli bir süre devam eden “nicel değişikliğin” – yani ölen hücrelerin sayısının sürekli artmasının- “nitel bir değişikliğe” – yani bitkinin ölümüne- sebep olan sıçramalı, (ancak temel yasaları belirgin olduğu için öngörülebilir) bir şekilde gerçekleşen değişimin temel yasasıdır⁷⁰.

⁶⁹ HANÇERLİOĞLU, s.68.

⁷⁰ Engels niceliğin niteliğe dönüşümünü anlatmak için Napolyon’un Memlûk ordusuyla kendi ordusunu karşılaştırdığı sözlerini örnek verir. Napolyon atları kötü ama disiplinli Fransız süvarisinin, teke tek savaş bakımından o çağın söz götürmez bir biçimde en iyisi ama disiplinsiz Memlûk’lere karşı savaşını şöyle anlatır: “İki Memlûk 3 Fransız’dan kesinkes üstündü; 100 Memlûk ile 100 Fransız birbirine denkti; 300 Fransız 300 Memlûk’ten çoğu kez üstündü; 1.000 Fransız 1500 Memlûk’u her zaman yeniyordu”. Friedrich ENGELS, **Anti-Dühring - Bay Eugen Dühring Bilimi Altüst Ediyor**, Çev: Kenan Somer, 3.b., Sol Yayınları, Ankara, 1995, (Anti-Dühring), s.202.

Toplum bakımından ele alırsak; toplumda savunulan bir değer, o değeri gerekli kılan karşıtının varlığının bir sonucudur. Uzunca bir dönem toplumları dinsel ilkelerle yöneten anlayışın karşısında (birçok nedenin birikmesinin –üretim araçlarının gelişmesi, bilimsel gelişmeler, yapılan savaşların etkileri vb.- yani nicel bir birikimin ardından), bilimin ve rasyonel düşüncenin baskın hale gelmesi liberal dünyevi anlayışın hakimiyetine (yani nitel bir değişime) sebebiyet vermiştir.

Bu değişim yasasının bilinmesi, bize, “bilinmezçilerin” yahut “kadercilerin” iddia ettiği gibi, tarihsel sürecin, tesadüflerin yahut kuralsız bir şekilde, bir kaos içerisinde meydana gelen değişimlerin bir sonucu olarak gerçekleşmediğini, aksine, tarihsel değişim ve ilerlemelerin anlamlandırılabilirliğini de gösterir.

O halde, toplumsal yaşamının devinimi, aslında toplum içerisindeki karşıtlıkların bir sonucudur. Değişimler ise bu karşıtlıklardan birinin diğeri karşısında baskın konuma gelmesi ile gerçekleşir. Böylesi bir işleyişin ortasında “birey”in, “akıl”ın, “irade”nin, “düşünce”nin vb. ne dersek diyelim herhangi bir olgunun bu devinin dışında kalması, ondan bağımsız varolup, gelişip, değişmesi ve hatta değişime sebep olması mümkün müdür?

Toplumsal yaşamın hareket ilkesi olan diyalektik ilişkiyi göz ardı edip, birey eylemlerini, aklı veya toplumu önceleyen bir bakış açısıyla yola çıkarsak, toplumsal değişimleri yalnızca tespit etmekle kalırız. Neden ve nasıl? Sorularını cevaplamakta zorlanırız. Örneğin, düşüncelerin üreticilerini ve üretildikleri çevreyi görmezden gelirsek, o zaman, feodal soyluluğun egemen bulunduğu bir çağda, şan ve sadakat gibi kavramların niçin egemen olduğunu, buna karşılık burjuvazinin egemen bulunduğu bir çağda, özgürlük ve eşitlik gibi kavramların niçin egemen kavramlar durumuna geldiğini açıklayamayız⁷¹. Toplumsal yapı içerisindeki karşılıklı ilişkiyi gören ancak bu karşılıklı ilişkiyi birbirinden ayrı, bağımsız yapıların ilişkileriymiş gibi ele alan yaklaşımlarda ise toplumsal değişme ve gelişmeler tesadüfler ya da belirsizlikler olarak karşılık bulur ve bu değişme ve gelişmeleri anlamlandırmada yetersiz kalır.

Doğal hukuk anlayışı toplumu, aklın bir yansıması olarak ele alır. Evrensel ve sonsuz olan aklın gereklerine uygun bir toplum tasarımına dayanan bu görüşte, toplumun bu tasarıma uygun olması gerektiği fikri savunulur. Bu tez, fikirlerin

⁷¹ MARX/ENGELS, Alman İdeolojisi, s.70 vd.

kökenini araştırıp sormaz, onları, toplumların maddi gerçeğini yaratıp ortaya çıkaran ilk veriler olarak kabul eder. Yine benzer şekilde Hegel tüm toplumu bir yaratıcı fikrin (idea) üzerine kurar, toplumun gelişme ve değişmesi de bu fikrin gelişme ve değişmesidir⁷².

Liberal görüş, bireyi ve düşüncenin “bağımsız” kaynağı olarak gördükleri aklı, toplumun yaratıcısı ve tek yönlendiricisi olarak görür. *“Birey salt aklın gereçleriyle çalışır. Bu gereçleri de akıl tarafından yaratılmış bilir; onları akıldan bağımsız uzak kaynaklarda aramaz. Bu aslında onun için son kertede doğal bir şeydir. Değil mi ki o bütün eylemleri akıl kanalıyla gerçekleştirmektedir, o halde, bu eylemler elbette son toplamda akıldan kaynaklanmış görünecektir”*⁷³. Toplumsal değişmeler de, işte, aklın, bir başka deyişle, bilincin gelişmesinin bir sonucudur. Oysa yukarıda da değindiğimiz gibi, toplumsal yaşam içerisinde tümüyle bağımsız bir birey ve onun bağımsız bir biçimde gelişip biçimlenen “bilinç”inden söz etmek mümkün değildir. Marx’ın ifadesiyle; *“İnsanların düşüncelerinin, görüşlerinin ve kavramlarının, tek sözcükle, insan bilincinin, maddi varoluş koşullarındaki, toplumsal ilişkilerindeki ve toplumsal yaşamındaki her değişimle birlikte değiştiğini kavramak için çok derin bir sezgiye gerek var mıdır?”*⁷⁴.

Fikirler toplumsal ilişkilerin, toplumsal pratiğin bir yansımasıdır. Önce maddi koşullar değişir, sonra fikirler. Fikirler ve bu fikirlerdeki değişimin kaynağı ve temeli eskinin (eski toplumsal ilişkiler ve eski fikirler) içerisinde yatar. Yeni fikirler, toplum içinde gelişmiş olan nesnel bir çelişkinin çözülmesi olarak ortaya çıkarlar, bu çelişkilerin çözülmesi yolundaki çabalar şeklinde belirirler. Toplumsal yaşamın belirli bir gelişmişlik düzeyinde varolan toplumsal ilişkilerin ortaya çıkardığı soru ve sorunlara aranan cevaplar, yine o toplumsal yapının gelişmişlik düzeyinin sunduğu olanaklar çerçevesinde yanıtlanırken, bir yandan yeniliklerin de tohumlarını atarlar. Çünkü sürekli bir değişim ve dönüşüm içerisindeki toplumda, toplumsal yapılar da (birbirlerini etkilemek suretiyle) sürekli bu değişim ve dönüşüme ayak uydurmaya zorlanırlar. Bu süreç eskinin içerisinde yeninin temellerinin atıldığı süreçtir. Eski

⁷² POLITZER, ss.246-247.

⁷³ Engels’in Mehring’e 14.07.1893 tarihli mektubundan Aktaran: SEROZAN, s.2.

⁷⁴ Karl MARX, Friedrich ENGELS, **Komünist Parti Manifestosu**, Çev: Yılmaz Onay, 4.b, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2007, s.70.

toplumsal yaşam ilişkilerinin çözülüp dağılması ile birlikte, eski düşünceler de etkinliklerini yitirirler⁷⁵.

Toplumsal yapının bu deviniminde bireyler etken ve edilgen olarak yani hem yapı hem aktör olarak rol alırlar ve bireylerin düşünceleri (ahlaki değerleri, dine dair görüşleri, hukuk anlayışları vb.) de bu devinimle birlikte değişir. O halde öncelikle diyebiliriz ki; bir toplumun tüm zamanlarında mutlak ve değişmez bir meşruiyet anlayışından söz etmenin imkanı yoktur.

Toplumların değişim ve gelişmeleri de birçok farklı nedenle (coğrafi özellikler, nüfus özellikleri, dini inanışlar, doğal afetler, toplumsal yaşamı etkileyen bir takım olaylar vb.) farklılık gösterebilir. Bu bakımdan aynı zaman diliminde farklı toplumsal yapıların da farklı meşruiyet anlayışlarına sahip olmaları mümkündür.

O halde, meşruiyet kavramı, dönemden döneme, toplumdan topluma farklılık gösterebilen nisbi bir kavramdır. Ancak elbette bu, tüm toplumların evrensel bir takım değerlere sahip olamayacakları anlamına gelmez, aksine toplumların karşılıklı ilişkileri de bu devinimin bir parçasıdır ve geçmişten bugüne birçok ortak ilke ve değer evrensel bir süzgeçten geçerek etkinlik kazandığını görmekteyiz.

2. Meşruiyet Kriteri Olarak Toplum

Meşruiyet kavramının onaylanma unsurunun, nihai belirleyici olarak toplumla sıkı sıkıya ilişkili olduğunu ve bunun temel nedenlerini ortaya koyduktan sonra, toplumun onayının kaynaklarının neler -hangi değer veya kurumlar- olduğuna da değinmek gerekmektedir.

Toplum, tek tek bireyler ve bu bireylerin parçası oldukları yapılar içerisinde birtakım ilke ve değerler süzgecinden geçirerek ve birtakım kurumlar aracılığıyla buna somut gerçeklik kazandırarak meşruiyet tesis eder. Yani meşrulanma bir süreçtir ve ilk adım toplumun manevi yaşamında atılmaktaymış gibi görünse de, toplumun manevi yaşamındaki belirleyici etkisi nedeniyle toplumun maddi yaşamı ile manevi yaşamı arasında böylesi bir öncelikten söz etmek yerinde olmayacaktır.

Toplumun maddi yaşam koşulları manevi yaşamını da meydana getirir. Dolayısıyla meşruiyet adına ileri süreceğimiz tüm değerler aslında toplumun maddi

⁷⁵ POLITZER, s.258.

yaşamındaki karşıtlıkların bir ifadesi olmaktan öteye geçemeyecektir. Adaletsizliğin, eşitsizliğin, özgürlükleri kısıtlayan maddi nedenlerin olduğu bir toplumda adalet, eşitlik ve özgürlük manevi değerleri bireylerin meşruiyet algısında önemli bir yer tutacaktır. Ancak maddi yaşam ile manevi yaşamın ilişkisi bundan ibaret değildir. Öne çıkan değerlerin anlam içerikleri de bu ilişki doğrultusunda biçimlenmek durumunda olacaktır.

Bu nedenle meşruiyeti, “toplumun onayı” biçiminde ifade ederken, yalnızca onay mercii olarak toplumu işaret etmekle yetinmeyip aynı zamanda meşruiyete esas alınan ilke, değer ve kurumların -kriterlerin- de toplumsallık çerçevesinde ele alınması gerektiğini ileri sürdük. Herhangi bir ilke, değer veya kurumu toplumsallığının dışında ele aldığımızda gerçekliği ya ters yüz ederiz ya da tümüyle üzerini örterek yanılığa düşeriz.

a. Toplumun Maddi Yaşamının Meşruiyet Algısına Etkisi

Toplumun maddi yaşamı, insanların iradesinden bağımsız olarak varolan coğrafi ortam, nüfus gibi birtakım doğal koşullar ile insanların yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli olan maddi değerleri elde ediş tarzı olan üretim tarzını kapsar.

Coğrafi ortam, toplumu çevreleyen doğa, iklimiyle, doğal kaynaklarıyla, ulaşım kolaylıklarıyla, toprağıyla kuşkusuz, toplumun maddi yaşamının zorunlu ve sürekli bir koşuludur⁷⁶. Elbette ki, toplumun gelişmesi üzerinde etki yapar, onu kolaylaştırır veya yavaşlatır. Toprağının büyük bölümü çöllerden oluşan bir toplum ile, verimli topraklar üzerine kurulmuş bir toplumun arasında önemli farklar olacağı açıktır. Ancak toplumları coğrafi koşulları üzerinden tarif etmek toplumu anlamak için yeterli olmayacaktır. Tarih boyunca aynı topraklar üzerinde birbirinden tümüyle farklı toplumların kurulmuş olduğunu görüyoruz.

Montesquieu, Kanunların Ruhu’nda “*tinin karakteri ve kalbin tutkuları çeşitli iklimlerde birbirinden tamamen farklıdır, yasalar bu tutkulardaki ve bu karakterlerdeki farklılıklara uygun olmalıdır*” demiştir⁷⁷. İklim üzerinde, en çok despotizmi çözümlerken durur, buna göre “insan, isteyen bir yaratığa boyun eğen bir yaratıktır.” Asya’nın kavurucu iklimi “despotizmin, deyim yerindeyse, orada

⁷⁶ POLITZER, s.309.

⁷⁷ Montesquieu’dan Aktaran: CALLINICOS, s.43.

doğallaştırılması” anlamına gelir. Sıcak hava, insanları gevşeterek onları uysal ve lüks düşkünü haline getirir. Ayrıca arzuları öylesine ateşler ki kadınlar ve erkekler yalnız bırakılmaz, bu durum da haremelerin ortaya çıkmasını zorunlu kılar. Bu koşullar, iktidarın tek bir keyfi yöneticide toplanmasını gerektirir. Daha soğuk kuzey iklimleri ise tersine cumhuriyet ve monarşi gibi devlet biçimlerini sürdürebilmek için gerekli olan cesaret ve kuvveti verir⁷⁸.

Ancak Montesquieu, “*iktidarın uzun süre kötüye kullanılması ya da büyük bir fetih sonucunda despotizm belirli bir süre için yerleşirse ne gelenekler, ne de iklim sabit kalacaktır; dünyanın bu güzel bölgesinde insan doğası, en azından bir süre için, kendisine yöneltilen hakaretlerin acısını çekecektir*” diyerek, aslında, iklimin toplumun maddi ve manevi yaşamında başlı başına bir belirleyiciliğinin olmadığını da kabul etmektedir⁷⁹.

Nüfus artışı ve azalmaları da toplum yaşamını ve örgütlenmesini etkilese de, coğrafi koşullar gibi, onun da tek başına belirleyici olma etkisi yoktur. Asgari bir insan sayısının altında hiçbir toplum maddi yaşamını sağlayamaz ve doğa kuvvetlerine karşı koyamaz. Aynı şekilde toplumun olanaklarını zorlayan bir nüfus artışı da topluma ciddi zararlar verebilir. Ancak nüfus hareketleri kendiliğinden ortaya çıkmadığından nüfusun toplumun maddi yaşamında tek başına belirleyici etken olarak ele alınması gülünç olacaktır.

Üretim de tıpkı nüfus ve coğrafi koşullar gibi maddi yaşamın gerçekleşmesi bakımından belirleyici önemdedir. Yaşamsal ihtiyaçlarını karşılayacak faaliyetleri gerçekleştirmeyen bireylerin yaşama şansı yoktur. Bu ihtiyaçların karşılanması yani üretim faaliyeti toplumsal yaşamın yalnızca varlık koşulu değil, aynı zamanda o toplumun tüm maddi yaşamının işleyiş ilkelerini belirleyen bir faaliyettir ve bu özelliği ile diğer iki unsurdan ayrılır. Üretici güçlerin (yani insanlar, üretim için kullandıkları aletler ve hammadde) gelişmişlik düzeyi toplumsal yaşamın gelişmişlik düzeyini doğrudan etkiler. Yani karasabanla mı yoksa traktörle mi toprağı sürdüğümüz önemlidir.

Üretim, insanın doğaya karşı savaşıdır. Ama insan bu savaşımını hiçbir zaman yalnız başına veremez. Robinson Crouse yalnızca fantastik bir öyküdür. Doğaya karşı savaşımında toplu halde üretim zorunluluktur, toplumun kökleri de bu

⁷⁸ CALLINICOS, ss.43-44.

⁷⁹ CALLINICOS, s.44.

zorunlulukta yatmaktadır. “Üretimde, insanlar, yalnız doğa üzerinde değil, birbirleri üzerinde de etkili olurlar. Üretmek için birbirleriyle belirli bağlantılar ve ilişkiler içine girerler, ve ancak, bu toplumsal bağlantı ve ilişki sınırları içindedir ki, doğa üzerinde etkili olurlar ve üretimde bulunurlar”⁸⁰. Üretim ilişkileri özellikle üretim araçlarının mülkiyeti ve üretilenlerin paylaşımı bakımından tüm toplumsal yaşamı biçimlendirebilecek bir etkinliğe sahiptir. Yani bir tarlayı 10 kişi ortak sürüp, ürünlerini ortak paylaşıyorsa o toplumun yapıları, değerleri, beklentileri ve amaçları bu ilişkilerin aldığı biçimin yansıması olarak şekillenir. 10 kişiden 9’u bir kişinin hesabına çalışıyorsa o zaman bu ilişki biçimine uygun yapılar gerekecektir, değerler ve beklentiler de buna göre biçimlenecektir.

Bugün yalnızca birkaç insanın çalışması ile devasa üretim yapılabilecek insansız fabrikalarla üretim olanakları mevcuttur ancak acaba kapitalist üretim ilişkilerinin olduğu bir toplumda bu teknolojinin yaygın hale gelmesi mümkün müdür? Yahut, örneğin, raylı ulaşımın karayollarının etkinliği ve gerekliliğini büyük ölçüde ortadan kaldıracakları ortadadır. Çevrenin daha az kirlenmesi, enerji kaynaklarının verimli kullanımı, daha güvenli ve ucuz olması gibi pek çok olumlu yönü vardır. Ancak petrol ve otomotiv ve bunlarla ilişkili dev bir sektör ve kâr alanının ortadan kaldırılması günümüz kapitalist devletleri için tercih edilir olacak mıdır?⁸¹

Görüldüğü gibi teknolojik ilerleme, çevresel nedenler vb. ne olursa olsun, üretim ilişkilerinin aldığı biçim toplum yaşamının biçimlenişinde daha baskın bir şekilde belirleyici olmaktadır⁸². O halde, toplumun maddi yaşam koşulları, o toplumun maddi olanaklarını ve olabirliklerini belirlediğinden, meşruiyetin maddi tabanını da oluşturmaktadır. Ancak, üretim ilişkilerinin aldığı biçim, maddi

⁸⁰ POLITZER, s.317.

⁸¹ Elbette doğanın çizdiği bir sınırdan söz edilebilir. Ancak bu olsa olsa, felaketin eşiği olarak bir sınır çizgisi olabilir. Çünkü var olan toplumsal yaşam biçimi kendi varlık koşullarını ortadan kaldırarak mı yoksa doğanın intikamı ile mi yok olacaktır sorusu geçerli olacaktır. Şimdiye kadar doğaya ve insana verdiği zararların düşündüğümüzde, görüyoruz ki, tüm yaşamı yok etmek pahasına, kapitalist toplum kendi varlığını korumayı tercih etmektedir.

⁸² Üretici güçler insanın doğa ile çatışması sonucu gelişir. Özünde doğal bir çatışmadır. Ancak üretim ilişkilerine baktığımızda karşımızda doğal bir yapı görmeyiz. Toplumsal bir yapı vardır. Doğa ile üretim ilişkilerinin çatışması sonucunda, doğa değil toplum dönüşür. İşte bu nedenle, işlevsel olarak, üretim ilişkileri toplumsal yaşam için görece daha önemlidirler. Ancak belirtmek gerekiyor ki, buradaki ayrım kuramsal bir ayrımdır, gerçek yaşamda bu iki öge tamamen birbirinin içine geçmiş durumdadır. Birbirleri üzerinde etkide bulunurlar, birbirlerinden bağımsız değildirler. EROĞUL, Devlet, ss.93-94.

koşulların sunduğu olanakların nasıl değerlendirildiğini ve değerlendirilebileceğini de belirlediğinden daha baskın konumdadır.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus ise; üretim ilişkilerinin toplumsal yaşamın tek ve başlı başına belirleyicisi olduğu, tüm yaşamın tümüyle üretim ilişkilerinin bir yansıması olarak biçimlendiği şeklindeki algının yanlışlığıdır. Oysa üretim ilişkilerinin çerçevesini çizdiği -ki bu çerçeve kırılmaz değildir- insanlararası ilişkileri yönlendiren çelişkilerin ortaya çıkardığı karşıtlıklar ve bunların çatışması, toplumsal yaşamın, üretim ilişkilerinin eksiksiz bir yansıması olarak biçimlenmesini mümkün kılmaz.

Üretim biçiminin -Marx'ın ifadesiyle altyapının- diğer yapılar (üstyapı) üzerinde belirleyiciliği “nihai” bir belirleyiciliktir. Engels bu yanlış algıya ilişkin şunları yazmıştır:

“Politika, hukuk, felsefe, din vb. alanlardaki gelişmeler, hep ekonomik gelişmeye dayanır. Ama bunlar aynı zamanda hem birbirlerini hem de ekonomik temeli etkilerler. Ekonomik durumun “biricik neden” ve “tek başına etkin öge” olup, bunun dışında kalan her şeyin salt edilgen bir rol oynadığı söylenemez. Demek ki, ekonomik durumun otomatik bir etkisi söz konusu olmayıp, insanlar tarihlerini bizzat yapmaktadırlar. Şu var ki, insanlar bunu, kendilerini şartlandıran hazır bir çevrede ve başka politik ve ideolojik ilişkilerce ne denli etkilenirlerse etkilensinler, son toplamda, ekonomik ilişkilerin aralarındaki belirleyici öğeyi, asıl kalın ve sürekli çizgiyi oluşturduğu “hazır fiili ilişkilerin” temeli üzerinde gerçekleştirirler.”⁸³

Ayrıca, altyapının belirleyiciliği basit ve tek yönlü değildir. Pek çok farklı biçimlere bürünebilir. Örneğin: Kapitalist üretim tarzının burjuva devrimine yol açması. Ancak kimi durumlarda burjuvazi egemenliğini korumak adına, siyasal üstünlüğünü feda edebilir; yahut kapitalizm krallıkla olduğu kadar cumhuriyetle de uyuşabilir; sosyalizm tehdidi altında sosyal reformlar yapabilir, bu tehlike gerilediğinde bu reformları ortadan kaldıracak adımlar atabilir; laik bir devlet anlayışı için savaşım verip, şartlar gerektirdiğinde dinsel eğitim ve örgütlenmelerin önünü açabilir. Eroğul'un ifadesiyle “Altyapının üstyapıyı “etkilediği” veya onu “belirlediği” söylendiğinde, hiçbir biçimde, bu ifadeden

⁸³ Engels'in Walter Borguis'a mektubundan Aktaran: SEROZAN, s.11.

altyapının bir dizi ölü yapıyı sağa sola iten bir tür etkin özne olduğu anlamı çıkarılmamalıdır”⁸⁴.

Bu belirlemenin sonucu, belirleyenin değil, belirlenenin niteliğine bağlıdır. Eroğul’un verdiği bir örnek üzerinden ele alırsak:

“Hava sıcaklığında önemli bir artış olduğunu düşünelim ve bunun olası sonuçlarını tahmin etmeye çalışalım: Bitkiler kuruyabilir, kuşlar göçebilir, yaşlılar ve hastalar ölebilir, sinirleri zayıf insanlar ruhsal bunalıma düşebilir, hükümet su kullanımını kısıtlamak üzere tedbirler alabilir vs. Bunlardan başka daha birçok sonuç da düşünülebilir. Bu örnekte apaçık görüldüğü gibi, tüm bu etkilerin varlığını belirleyen etmen –yani ısı artışı- aynı olmakla birlikte, ortaya çıkan sonuçların çeşitliliği ancak etkilenen nesnelerin ayrı nitelikleri ile açıklanabilir...(Bu gerçekliği toplumsal yaşama uyguladığımızda), aynı egemen etmenin yani iktisadi etmenin, nasıl birbirinden çok ayrı toplumsal sonuçlara yol açabileceği kolaylıkla anlaşılabilir... (Yani), iktisadi belirleme sonucunda toplumsal yaşamın yüzeyinde görülenler, bir dizi yapı tarafından süzölmüş ve her seferinde yeni bir dönüşüme uğramış birtakım heterojen etkilerden ibarettir... İşleri karmaşıktır olgu, bir etmenin bir kez herhangi bir yapıyı belirledikten sonra etkilerini artık tanınmaz biçimlerde sürdürmesidir. Yukarıdaki örnekten hareket edersek, bitkilerin kuruması otobur hayvanların ölmesine yol açmışsa, sonuçta ortaya süt vs. sıkıntısı çıkmışsa, sonuçtaki olguları açıklamayı amaçlayan bir inceleme, her kademedede karşısına ayrı bir belirleyici çıkaracak olan tüm belirlemeler zincirini adım adım izlemek zorunda kalacaktır”⁸⁵.

Bu nedenle bir toplum içerisindeki meşruiyet algısını inceleyebilmek için öncelikle toplumsal altyapıya bakmak ve buradan adım adım belirlenen öğelerin, belirleyici olarak rol aldığı belirlemeler zincirini takip etmek gerekmektedir. Aksi halde bütünlüklü ve gerçekçi bir sonucu ulaşma imkanı olmayacaktır. Çalışmamızda toplum kuramına ve inceleme yöntemimiz olan diyalektik yöntemin açıklanmasına bu derece yoğun yer vermemizin nedeni de budur.

b. Toplumsal Değerlerin ve Üstyapı Kurumlarının Meşruiyet Algısına Etkisi

Toplumun altyapı koşulları olarak ifade ettiğimiz coğrafi koşullar, nüfus ve üretim toplumsal yaşamın insan iradesinden bağımsız varolan nesnel gerçekliğidir.

⁸⁴ EROĞUL, Devlet, ss.32-33.

⁸⁵ EROĞUL, Devlet, ss.37-38.

Toplumun manevi yaşamı ise bu gerçekliğin düşünsel alanda bir nevi yeniden kurulduğu, maddi yaşamın düzenlenmesi ve sürdürülmesi araçlarının gerçekleştiği alandır. Devlet, hukuk, ahlak, kültür, sanat, din vb. tüm yapılar bu alan içerisindedir.

Meşruiyet algısı daha çok bu alanın içerisinde şekillenmekte gibi gözükse de temelleri yukarıda da değindiğimiz gibi toplumun maddi yaşamında atılmaktadır. Aslında bu ayrım, madde-bilinç arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. İdealist yaklaşımların aksine biz, maddeyi bilincin öncülü, onu biçimlendiren nesnel veri olarak ele almaktayız. Dünyayı ‘mutlak fikir’in, ‘evrensel tin’in, ‘bilinç’in cisimleşmesi olarak düşünen idealizme karşılık, dünyanın, doğası gereği, maddi olduğu; evrenin sayısız olaylarının hareket halindeki maddenin başka görünümleri oldukları; olayların bağlantılarının ve birbirlerini karşılıklı koşullandırmalarının, hareket halindeki maddenin gelişmesinin zorunlu yasaları oldukları; dünyanın, hareket halindeki maddenin yasalarına göre geliştiği ve hiçbir ‘evrensel tin’i gereksinmediği ilkesinden hareket etmekteyiz⁸⁶. Bu bakımdan değerleri, kendinden menkul olgular olarak ele almayıp, ilişkili olduğu toplumun nesnel gerçeklikleri ile diyalektik bağıntısı içerisinde değerlendirmek gerektiğini düşünmekteyiz. Yani meşruiyet tanımımızda “mutlak” değerlerin, “mutlak” ilkelerin yeri olmayacaktır.

Meşruiyet, öncelikle, toplumun nesnel gerçekliğine uygun olmayı gerektirir. Toplumun nesnel gerçeklikleri, meşruiyetin ilke ve esaslarının aldığı biçim açısından elimizdeki ilk önemli veridir. Nitekim, meşruiyetin tarihsel evrimini incelerken de gördüğümüz gibi, meşruiyet algısı, toplumun adeta bir aynası durumundadır.

Toplumsal yapının birçok çelişkiyi içerisinde barındıran bir yapı olduğunu, maddenin özünün, hareketin ve değişimin temelini bu çelişkiyi oluşturan karşıtların çatışması olduğunu ifade etmiştik. O halde, toplumsal değerleri de biçimlendiren, değiştirip dönüştüren bu çelişkiler yumağıdır. Toplumsal devrimin temel yasalarını da dikkate aldığımızda, diyebiliriz ki; meşruiyet değerlerini biçimlendiren şey, “olan” ile “gelişmekte olan”, yahut başka bir ifadeyle “eski” ile “yeni” arasındaki çelişkidir.

Toplumsal yapının ihtiyaçlarına cevap veremez hale gelmiş “olan”ın yani “eski”nin, “gelişmekte olan” yani “yeni”nin karşısında direnmesi meşruiyet

⁸⁶ POLITZER, s.173.

sorununun doğmasında temel oluşturduğu gibi, meşruiyet algısının içeriğinin farklılaşmasının da başlıca nedenidir.

“Olan” ile “olması gereken” şeklinde bir ayrım yerine “olan” ve “gelişmekte olan” biçiminde bir ayrımı tercih etmemizin nedeni, “mutlak”çı, idealist bir anlayışa meydan vermemektir. Değerler, toplumsal gerçeklik karşısındaki ikincil veriler olarak ele alınmak zorundadır. Bir nesnenin özelliklerini nesnenin kendisinden çıkartarak öğrenmeyi değil de, nesnenin kavramından tümdengelim yoluyla çıkarsamaya dayanan ideolojik yöntemin ayakları yere basmaz. Önce, nesneden hareket edilerek, nesnenin kavramı imal edilir; sonra bütün ters çevrilir ve nesne kopyasına yani kavrama göre değerlendirilir. Kavram nesneyi değil ama nesne kavramı kendine örnek almalıdır⁸⁷. Bu yöntemle ele alındığında elimizde yalnızca şunlar olacaktır:

“yoksul bir gerçek içerik kalıntısı ve ideologun kendi öz bilincinden çıkartarak ortaya soktuğu içerik. Peki ideologumuz kendi bilincinde ne bulur? En büyük bölümü bakımından kendi içinde yaşadığı toplumsal ya da siyasal koşulların bir doğrulama ya da bir saldırı değerine sahip, olumlu ya da olumsuz, azçok upuygun birer dışavurumu olan ahlaksal ve hukuksal sezgiler; ayrıca belki konu üzerindeki yazından alınmış fikirler ve son olarak belki kişisel fanteziler. Bu bakımdan ideologumuz ne yaparsa yapsın, kapıdan attığı toplumsal ve tarihsel gerçeklik pencereden girer, ve bütün toplumlar ve zamanlar için ortaya koyduğunu sandığı öğretisi aslında kendi zamanının tutucu ya da devrimci ama gerçek tabanından koptuğu için bozulmuş “içbükey aynasındaki gibi baş aşağı olmuş” bir imgesinden başka bir şey değildir”⁸⁸.

Bu bakış açısı, toplumsal gerçekliği “olması gereken” olarak dayatmak değildir. Toplumsal gerçeklikler karşıtlarını da içerisinde barındıran gerçekliklerdir. Bir yandan çürüyen bir yandan gelişeni temsil eden sayısız karşıtlığın bir bütünüdürler. Bu bakımdan toplumsal gerçeklik “olan”ı da “olması gereken”i de kendi bünyesinde üretir ve barındırır. Ancak “olması gereken” toplumun dışında yahut üstünde arandığından, bu şekilde anlamlandırıldığından, bunun yerine “gelişmekte olan” demeyi tercih etmekteyiz. Çünkü “gelişmekte olan” verili toplumun bir ürünüdür, toplumsal gerçekliklerden soyutlanmış bir “özgür istenç” değildir. O yüzden “mutlak” anlamda bir “olmasını gerekeni” ifade etme imkanı

⁸⁷ ENGELS, Anti-Dühring, ss.162-163.

⁸⁸ ENGELS, Anti-Dühring, s.163.

yoktur, ancak, o toplumsal koşulların olanakları ve bu olanakların aşılmasına yardımcı olacak, içerisinde barındırdığı çelişkilerin çözümü olacak “gelişmekte olan” vardır. Bu “gelişmekte olan” da kendisini aşacak bir başkası sayesinde ortadan kaldırılacaktır, bu bakımdan “mutlak” değildir.

Bu nedenle, meşruiyet kavramını, tüm toplumlarda ve tüm zamanlarda geçerli olduğunu iddia etmek suretiyle bir takım “üstün” ilke ve değerlere bağitleme niyetinde değiliz. Yargının meşruiyetini değerlendirirken hedefimiz, günümüz toplumsal yapısı içerisindeki eskimiş, çürümüş, tutucu ve gerici değerlerin karşısına, toplumsal gelişmenin ihtiyacı olan ilerici ve devrimci değerleri koyabilmek ve yargının meşruiyetini bu değerler etrafında tartışmaktır.

Örneğin “adil olan meşrudur” dediğimizde “adil olanın ne olduğu” sorusunu cevaplamamız gerekecektir. Adil olan ise feodal bir toplumun maddi ve manevi yaşamında farklıdır, kapitalist bir toplumun yaşamında farklıdır. “Eşit bölüşümdür” diye mutlak bir tanım ortaya koyamayız. Örneğin, bir aile için normal koşullarda her bireyin yarım ekmek yemesi (yeterli olduğu önkabulünden hareketle) oldukça adaletlidir. Ancak eve yalnızca 1 ekmek alabilen dört kişilik bir ailede, her birey çeyrek ekmek yiyecektir, eşit paylaşım söz konusu olduğu için, bu bir bakıma adil görünebilir. Ancak evin çalışabilen ve tek ekmeği eve getiren ferdinin sağlıklı ve yeterince güçlü olup ertesi gün de eve ekmek getirebilmesi için, diyelim ki gidip taş ocağında çalışabilmesi için, diğer fertlerin, paylarından birer miktar fedakarlıkta bulunarak bu kişiye yarım ekmek vermesi tüm bireylerin yaşamlarını sürdürmeleri için şart olduğundan, bu da pekala adil bir dağılım olacaktır. “Herkes eşittir, herkese eşit pay verilmelidir” diyerek bu ailenin karşısına çıktığımızda bu ailenin bireyleri bizi adaletsiz olmakla pekala suçlayabilir. O halde tüm bireylerin karnını doyurabileceği kadar ekmeği elde edebildiği bir toplumdaki adalet ile, evine yalnız bir ekmeği, taş ocağında çalışmak kaydıyla getirebilen bireylerin olduğu bir toplumdaki adalet algısı ister istemez farklı tecelli edecektir. O halde “adil olan nedir?” sorusuna, yanına “hangi toplumsal koşullarda?” sorusunu da ekleyerek cevap vermemiz gerekecektir.

Nesneleri dinginlik durumunda ve cansız, her biri kendi başına, biri ötekinin yanında ve biri ötekinden sonra olarak düşündüğümüz sürece, kuşkusuz onlarda hiçbir çelişki ile karşılaşmayız. Ama nesneleri, hareketleri, değişimleri, yaşamları,

birbirleri üzerindeki karşılıklı etkileri üzerinde düşünmeye başladığımız andan başlayarak durum iyiden iyiye değişir. Burada birden bire çelişkiler içine düşeriz. Hareketin kendisi çelişkidir. Öyleyse yaşam da şeylerin ve süreçlerin kendinde var olan, ara vermeden ortaya çıkan ve çözülen bir çelişkidir. Ve çelişki biter bitmez yaşam da biter, ölüm baş gösterir⁸⁹.

O halde, yukarıdaki sorularımız da, adil olana dair net bir cevaba ulaşmamıza yetmeyecektir. Çünkü toplumsal yaşamın içerdiği çelişkiler adaletin anlam içeriğini farklılaştıracak ve “neye göre?” sorusunun da cevaplanmasını gerektirecektir. İşte bu noktada “olana göre” mi “gelişmekte olana göre” mi ayrımı önem kazanacaktır.

Bu bakımdan ahlak, kültür, din, hukuk gibi toplumsal ilke ve kuralları içeren tüm üstyapı kurumlarının meşruiyet algısında etkin olduğu gerçekliğini, bu üstyapı kurumlarının toplumsal çelişkileri yansıtan ve kendi iç çelişkileri olan kurumlar olduğu gerçekliğini de göz önünde bulundurarak ele almak gerekecektir. Yargı da, uyuşmazlıkları çözme ve adalet sağlama iddiasında bir üstyapı kurumu olarak “adil olan nedir” sorusunu, toplumsal yaşamın koşulları ve çelişkileri etrafında cevaplamak zorunda kalacağından, yargının, görev sınırlarını belirleyen düzenlemelere (mahkemelerin, hakimlerin görev ve yetkilerini belirleyen düzenlemeler, uyuşmazlıklarda esas almak zorunda oldukları hukuk kuralları, içtihatlar vb.) uygunluğundan önce “topluma göre” meşruiyeti sorgulanmak durumunda olacaktır. Bu durumda, yargıyı “olan”a bağlayan sınırlılıkların aşılması ve “gelişmekte olan”ı görebilecek, anlayabilecek ve uygulayabilecek bir biçimde sivil toplumla bağının sağlanması (ki “gelişmekte olan”ı ancak toplum içerisinde bulabiliriz), yargının meşruiyeti tartışılırken göz önünde bulundurmamız gereken bir husus olacaktır.

c. Meşruiyetin Olumsuzlanması: Meşrulaştırma

Hegel’e göre özgürlük zorunluluğun kavranmasıdır. “Zorunluluk ancak kavranılmadığı ölçüde kördür”.

“Özgürlük doğa yasaları karşısında düşünmüş bir bağımsızlıkta değil ama bu yasaların bilinmesinde ve bu bilme aracıyla bu yasaların belirli ereklar için yöntemli bir biçimde kullanılma olanağındadır. Bu

⁸⁹ ENGELS, Anti-Dühring, ss.192-193.

düşünsel alan için de geçerlidir... (Bu bakımdan) istenç özgürlüğü ne yaptığını bile bile karar verme yetisinden başka bir anlama gelmez. Belirli sorun üzerinde yargımız ne denli özgürse, bu yargının içeriğini belirleyen zorunluluk o denli büyüktür; oysa çok sayıda çeşitli ve çelişik karar arasında, görünüşte canımızın istediğini seçiyor olabilmemiz yani bilgisizliğe dayanan kararsızlığımız, özgür olmadığımızı, egemenliğimiz altına alacağımız şeyin egemenliği altında olduğumuzu göstermekten başka bir şey ifade etmez”⁹⁰.

Yani sobaya elimizi dokundurduğumuzda elimizin yanacağını bildiğimiz sürece özgürüz demektir. Çünkü bilgisiz olduğumuzda, ya ne olacağını bilmediğimizden dokunmaktan sakınırsınız yahut elimizi yakacağını bilseydik dokunmayacak olmamıza rağmen dokunur ve elimizi yakarız. Her iki durum da irademizin kısıtlanmasıdır.

Kararlarımızın özgürlüğünün olmazsa olmazlarından birisi budur. Ne hakkında karar verdiğimizizi, sonuçlarının neler olabileceğini bildiğimiz sürece (ve tabi zor yoluyla bir kısıtlama söz konusu değilse) özgür olduğumuzdan söz edebiliriz. Meşruiyetin olumsuzlanması anlamında “meşrulaştırma” kavramını tam da bu noktada öne sürebiliriz diye düşünmekteyiz. Çünkü özellikle siyasi iktidarların, bireylerin iradelerini zorlama ve/veya yanıltma yoluyla çarpıttığı ve kendi eylemlerini ve işlemlerini özellikle alışkanlıklar yaratarak meşrulaştırma çabasına giriştiklerini sıkça görmekteyiz.

Meşrulanma, toplumsal yaşamın gelişim ve değişimi içerisinde yeninin eski karşısındaki zaferi, bir toplumsal konsensüs ifadesi iken, “meşrulaştırma” eskinin (geri olanın, toplumsal çıkara aykırı olanın, statükonun), yeni karşısında (ilerici, devrimci ve dönüştürücü olanın) direnmesinin, zorlama veya yanıltma yoluyla topluma dayatılması ve alışkanlıklar yoluyla içselleştirilmesidir. En nihayetinde, toplum çıkarına olmayan bir şey, ancak “toplumun çıkarına olduğu yanılsaması yaratılarak” meşrulaştırılabilir. Yukarıdaki aile örneğimizde de görüldüğü gibi adil olana dair algı hiç de özgür bir istenç olarak biçimlenmemektedir, toplumsal koşulların sunduğu olanakların bir değerlendirilmesinden ibarettir. Bireyler bu koşullarda yarı-aç kalınan bir adaleti içselleştirmeye zorlanmaktadır. Yoksa ölümü kabullenmek durumunda kalacaklardır.

⁹⁰ ENGELS, Anti-Dühring, ss.183-184.

İşte halk dilinde yer etmiş “ölümü gösterip sıtmaya razı etmek” deyimini meşrulaştırmanın da temel yöntemi haline gelmektedir. Topluma, yanmakta olan sobaya ya bir tek parmağınızla dokunacaksınız, ya da tüm avucunuzla deniliyor. Başka seçenekler yokmuş yanılmasıyla yaratılması ile “en azından tek bir parmağının yanmasını tercih eden” bireyler için bu eylem meşrulaştırılmış oluyor. Hem de seçenekler arasında “özgür”ce yapılmış bir tercih ile, demokratik bir biçimde.

Temsili demokrasinin toplumu temsil etmekten uzak işleyiş biçimi, medyanın iktidarın bir silahı olarak kullanılması, egemen güçlerin tüm kilit toplumsal yapılarda baskın güç olması gibi gerçekler, bireylerin -Weber’in ifadesiyle- “inanç”ının yönlendirilmesinde, yanıltılmasında ve “özgür ve demokratik” bir görünüm altında zor yoluyla kabul ettirilmesinde etkin bir rol oynuyor.

Bu nedenle, toplum tarafından içselleştirilmiş birtakım şeylerin meşruiyet görünümü altında alıştırılmış zorlamalar olduğunu da göz önünde bulundurmak gerektiğini söyleyebiliriz. Toplumsal yaşam içerisinde bu tarz zorlamaları ortadan kaldırmanın yolu ise onu ortaya çıkaran toplumsal koşulları değiştirmektir.

II. BİR TOPLUMSAL YAPI OLARAK YARGI

A. Bir Devlet Fonksiyonu Olarak Yargı

Toplumsal temelini oluşturan insanlararası ilişkiler belirli bir gelişim düzeyine ulaştıktan sonra, insanlar, bir takım yapılar-kurumlar oluşturarak bu gelişmelerin gerekli kıldığı ihtiyaçlara çözümler üretmeye çalışmışlardır. Yargı da, toplum içerisindeki uyumsuzlukların toplumsal düzeni bozmayacak bir biçimde çözülmesi ihtiyacının bir ürünüdür ve kökleri bakımından bir toplumsal eylem olarak doğduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, sınıfsız toplumlarda yargı faaliyetinin, diğer tüm toplumsal eylemler gibi, toplumu oluşturan bireylerce, gelenekler çerçevesinde, kolektif olarak örgütlendiğini görmekteyiz⁹¹.

Toplumsal uyumsuzlukları, uzlaşmaz uyumsuzluklar düzeyine getiren sınıfsal ayrılıkların ortaya çıkması ile toplum, kendiliğinden ve hep birlikte davranma yeteneğini yitirir. Karşıtlıklar üzerinden biçimlenmeye başlayan toplum, ortak gereksinimlerini uyumlu bir biçimde karşılamak bir yana, gereksinimleri tanımlama yeteneğinden dahi yoksun kalır. Bunun içindir ki, ayrı bir küme insan ‘ortak çıkar’ı tanımlama ve bunu gerçekleştirmek için toplumu yönetme-zorlama görevini üstlenmek durumunda kalır⁹². Toplumda egemen konumda olan (üst) sınıf öncülüğünde, devlet ve hukuku ortaya çıkaran bu gelişmeler, yargısal faaliyetin de devletin eylem alanı içerisinde örgütlenmesini sağlamıştır. Bu bakımdan, yargının kurumsallaşmış bir toplumsal yapı olarak ortaya çıkışı aslında devlet ve hukukun ortaya çıkışı ile açıklanabilir.

İlkel toplumun ‘vahşilik’ dönemi diye de adlandırılan ilk dönemlerinde, atalarımızın, avcılık ve toplayıcılıkla geçimlerini sağladıklarını ve günlük besin ihtiyacının sağlanması kolektif faaliyetinin neredeyse tüm zamanlarını ve güçlerini alan bir temel uğraş olduğunu bilmekteyiz. Bu bakımdan toplumsal faaliyetler ve

⁹¹ Toplumsal gelişim tarihine ilişkin bu bölümde yer verdiğimiz bilgiler temel olarak Cem Eroğul’un Devlet Nedir? isimli kitabından alınmış olmakla beraber ayrıca şu kaynaklardan da yararlanılmıştır: Friedrich ENGELS, **Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni**, Çev: Kenan Somer, Sol Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 1974; Alâeddin ŞENEL, **İlkel Topluluktan Uygur Topluma**, 2.b., Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1985, s.41 vd.; SSCB Ekonomi Enstitüsü Bilimler Akademisi, **Politik Ekonomi Ders Kitabı Cilt I**, Çev: İsmail Yarkın, 2.b., İnter Yayınları, İstanbul, 1996, s.25 vd.; Server TANİLLİ, **Yüzyılların Gerçeği ve Mirası İnsanlık Tarihine Giriş Cilt I**, 5.b., Cem Yayınevi, İstanbul, 1994.

⁹² EROĞUL, Devlet, s.52.

bunların gerektirdiği toplumsal yapılar da sınırlı sayıdadır⁹³. Toplumsal eylemler avlanma, toplayıcılık ve doğallığında süren göç eylemleri ile evliliğe ilişkin kuralların düzenlenmesinden ibarettir. Tümüyle geleneklere dayanan toplumsal yaşam, kolektif bir biçimde gerçekleştirilmektedir. İlkel toplumda çoğunlukla yaşlılar yargı faaliyetini yönetiyor olsa da bu faaliyet de diğer tüm faaliyetler gibi kolektif bir nitelik taşımaktadır ve bu faaliyeti yöneten kişilerin bir otoritesi yoktur⁹⁴. Yargı faaliyeti toplumsal geleneklerin uygulanmasını sağlayan ve barışı tesis etmeye hizmet eden bir toplumsal uzlaşma aracıdır.

Tarım ve hayvancılığın bulunması, çömlek yapımı vb. ile yerleşik bir yaşamın kapısının aralandığı ‘barbarlık’ döneminde, bu gelişmeler, nüfus artışına, köklü bir işbölümünün doğuşuna ve gitgide artan bir servet birikimine sebep olur⁹⁵. Zamanla tarım ve hayvancılığın gelişip sistemli bir hal alması, boş zamanların çoğalması, madenlerin keşfi, zanaatkarlığın ortaya çıkışı ile ticaretin doğması, yani üretkenliğin artışı, farklı işleri yapan farklı insan kümelerinin doğmasına yol açar. Barbarlık döneminin getirdiği üretim imkanları ve bolluk, önce savaş esirlerinin ve sonra da aşiretlerin yoksullaşmış üyelerinin köle olarak çalıştırılmalarının önünü açmıştır. Bu keskin bölünme, savaş ve kölelik siyasetini düzenleyecek aynı zamanda iç savaş tehdidini engelleyecek bir yapılanmayı mecbur bırakmış ve kölecî toplum bunu iki yoldan sağlamıştır: Birincisi kaba kuvvet kullanımı, ikincisi ise, adalet dağıtımının örgütlenmesi⁹⁶.

Toplumsal yaşamın tümüyle çıkarları birbirine zıt kesimlerini bir düzen içerisinde tutma ve bu düzenin devamlılığını sağlama çabası, bir takım kurallar

⁹³ Örneğin, yaşam olanaklarının son derece kısıtlı olduğu ve az nüfuslu kümeler halinde ve sürekli göç ederek yaşanan bu dönemde, emeğin üretkenliği oldukça düşük olduğundan köle olarak çalıştırmak üzere savaş esiri avlamaya da gerek yoktu. Ayrıca birikmiş bir servet olmadığından (besinleri saklama imkanı olmadığından) uğruna savaşılacak bir ganimet de yoktu. Savaş yahut takas çok istisnai durumlardı. Bu dönemde erkek avlanmakta, kadın ise diğer tüm işleri yapmaktaydı. Toplumsal yaşamın üretimindeki etkin rolü nedeniyle soy çizgisi anadan geçmekteydi. EROĞUL, ss.69-73.

⁹⁴ Pierre CLASTRES, **Devlete Karşı Toplum**, Çev: Mehmet Sert, Nedim Demirtaş, 2.b., Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2006, ss.175-176.

⁹⁵ En hızlı biriken servet sürülerdi. Evin dışındaki üretim aletlerinin erkeklerce kullanılması geleneğinin sonucu bu yeni servetler erkeğin malı oldu ve böylece adım adım ana soyundan baba soyuna geçildi. Tüm bu gelişmelere karşın, bu dönemde de üstün bir karar alma, bunları uygulatma mekanizmasının varlığından söz edemeyiz. Bu bakımdan yargı da hala bir geleneksel eylem, bir toplumsal uzlaşma aracı olma özelliğini korumaktadır. Ancak servet birikiminin yol açtığı bir kabileler/aşiretler arası parçalanmadan ayrıca servetin korunması gereği ve ganimet elde etme imkanı olması nedeniyle savunma ve saldırı amaçlı askeri bir yapılanmanın gereklilik haline geldiğinden söz edilebilir. EROĞUL, Devlet, s.74.

⁹⁶ EROĞUL, Devlet, s.78.

koymayı ve bu kuralların sistemli bir biçimde uygulanmasını sağlamayı, kurallara uymayanların cezalandırılmasını içeren bir dizi kurumların ve bu kurumları merkezileştiren devlet kurumunun da ortaya çıkmasını sağlamıştır. Aslında bu toplumsal bir zorunluluk olarak doğmuştur. Amaçları, çıkarları, beklentileri tümüyle birbirinden ayrılmış bireylerden oluşan bir toplumun varlığını sürdürebilmesi için zorunlu bir araçtır devlet ve onun kurallarını ifade eden bir hukuk sistemi⁹⁷. Ayrıca güç ilişkilerinin belli bir takım kurallara bağlandığı devletli toplumlarda hukuk olarak ifade edilen ortak norma uyulmaması durumunda ne olacağını belirleyen, öngörülebilirliği sağlayan yapıların da ortaya çıkması gerekmiştir⁹⁸.

Dolayısıyla sınıfsız toplumlardaki yargının bir toplumsal uzlaşma aracı olma özelliğine, bir başka ifadeyle yargının toplumsal adaletin sağlanması işlevine yeni işlevler de eklenmiştir: verili toplumsal düzenin devamını sağlamak için, egemen sınıfların ve bir bütün olarak siyasi örgütlenmenin (devletin) çıkarlarını gözetmek. Yargı, artık, egemenin yürütme faaliyetinin bir parçasıdır. Yargı faaliyeti egemenin koyduğu kurallara uymayanları cezalandırmanın, toplumun diğer kesimlerini bu kurallara uymaya zorlamanın bir aracıdır. Kralın başyargıç olarak bizzat, yahut atadığı kişiler aracılığıyla yürüttüğü bir faaliyettir ve kralın kudretinin bölünmez, mutlak bir parçasıdır⁹⁹.

⁹⁷ MÖ. 2352-2342'de Sümer şehir devletlerinden Lagaş'ın Kralı Urukagina'nın adaleti sağlamak için yazdırdığı metin, adli normların görüldüğü ilk yazılı belge niteliğini taşımaktadır. Bu belge ödemedikleri borçtan, arpadan, hırsızlıktan, öldürmeden dolayı hapis olan Lagaş'lıların affedildiğini anlatmaktadır. Bulunan ilk yazılı yasa ise MÖ. 2111-2094'te Urnammu tarafından yazdırılan üç tablettir. Sümer yasalarını, Asur, Babil ve Hitit yasaları izlemiştir. Bunlardan bazıları ANA ITTIŞU serisi, Lipit-İştur Yasaları (MÖ.1934-1924), Eşnunna Yasaları, Hamurabi Yasaları (MÖ. 1793-1750), Hitit Yasaları (MÖ.1650-1500)'dir. Bu yasalarda günah/suçlar (cinayet, hırsızlık, tecavüz, zina vd.), cezalar(ölüm, sakatlama, tazminat, damgalama, sürgün, kısas, aşağılama vd.), ceza infaz biçimleri (boğmak, asmak, yakmak, kazığa geçirmek, baş kesmek vd.) tanımlanmıştır. Alışveriş, borç, fiyat, kira, mülkiyet, boşanma, miras gibi konularda düzenlemeler de bu yasalarda yer almıştır. Ayrıca bu toplumlarda adalet kavramını anlatan sözcüklere rastlanır. Eski Önasya toplumlarında, yazılı yasaların yanında yargı sistemlerinin geliştiğini gösteren tabletlere işlenmiş mahkeme kararları da ortaya çıkmıştır. Örneğin, İsin Kralı Ur-Ninurta (MÖ. 1923-1896) önüne gelen bir davayı onbir üyeli Nippur kenti kuruluna göndermiştir. Belkıs Dinçol, Eski Önasya Toplumlarda Suç Kavramı ve Ceza, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul 2003'ten Aktaran: Esra ERGÜZELOĞLU KİLİM, "Türkiye'de Adalet Yönetimi", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, ss.14-15.

⁹⁸ KİLİM, s.14.

⁹⁹ Atina demokrasinin tarihsel farklılığının da bir yansıması olarak Atina adaleti görece daha farklıdır. Atina adaletinde en karakteristik yargılama M.Ö. V. yy'da gelişmiş bulunan Helie'dir. Burada halktan seçilmiş çok sayıda jüri üyesi bulunuyordu. Arhontlar (yüksek devlet adamları) 30 yaşındaki vatandaşlar arasından kura çekerek heliaları belirliyordu. Bu şekilde en az 500 yargıçlı mahkemeler oluşuyordu. Plukart'ın dediğine göre Perikles, böyle 1500 yargıçlı bir helie tarafından yargılanmıştı. Hakimler (arhontlar ve tesmotesler) mahkemelerde başkanlık ediyorlardı ama hüküm

Gelişen üretim tarzının karşısında köle emeğinin verimsizleşmesi ve köle ayaklanmaları ile değişmeye zorlanan köleci toplum, zincirleme bir kulluk düzeni olan feodal toplumun tohumlarını atmıştır. Toprak beylerinin kendi silahlı güçleri ile kendi nüfuz alanlarını korudukları ve onların da üstünde en güçlü bey olan kralın yer aldığı bir hiyerarşik yapı ortaya çıkmıştır. Bu dönemin en önemli özelliği emeğin üretkenliğini artırmak için kaba kuvvet yerine ideolojik araçlar kullanılmasıdır¹⁰⁰. Özellikle tek tanrılı dinlerin etkisi ile din bu dönemde etkili bir ideolojik silah olmuştur. Var olan zincirleme kulluk sisteminin meşruluk aracı haline gelen din, devlet biçimlenmesinde ve hukukta olduğu kadar yargı örgütlenmesinde de etkin hale gelmiştir. Bu dönem aslında bir “iki başlılık dönemi”dir. Bir yandan toplumsal yaşamın maddi egemeni krallar, diğer yanda ise ideolojik yani manevi egemeni kilise bulunmaktadır. Kilisenin, dağınık toplumsal yapılanma içerisinde maddi yaşamda da etkisini artırması bu durumu daha belirgin hale getirmiştir. Bu iki başlılığın yarattığı çatışmanın da bir sonucu olarak, yargının bu iki iktidar arasında görece daha bağımsız ve sistemli bir yapıya büründüğünü görüyoruz.

Kilisenin kendisi ile ilgili işlerde yargılama yetkisini elde etmesi, daha sonrasında ise bu imtiyazlarını (din ile ilgili olduğu gerekçesini ileri sürerek) aile, evlilik, nişan, miras konularını da içine alacak biçimde genişletmesi bunun bir örneğidir. Bunun dışında, krallığın yargı faaliyetinde de çoğunlukla rahipler yer almaktadır. Ayrıca valiler, derebeyler, asiller ve subaylar da bu görevlere atanıyordu. Yargının bağımsız bir yapıya bürünmesinde diğer bir etken de 16. yüzyıl Fransa’sında da görüldüğü üzere, krallığın yargıçlık görevini, siyasal avantaj ve kazanç sağlamak amacıyla, para ile satın alınan ve hatta bir başkasına da para karşılığı devredilebilen bir görev haline getirmesidir. Kilise ile iktidar çatışmasında, derebeyler aracılığıyla siyasal çıkar elde etme isteği, aynı zamanda ciddi bir gelir aracı olması nedeniyle (çok yüksek ücretlerle satılan bu görevler ancak zengin toprak sahipleri tarafından alınabilir görevlerdir) kralların başvurduğu bu yöntem, yargının krallığın müdahale alanının dışında, kısmen bağımsız bir yapı olarak biçimlenmesine

verme yetkisi heliastlardaydı. Hala toplumsal bir eylem olma özelliğini sürdürüyor gibi görünse de, yalnızca vatandaşların yer alabildiği ve yer alacakların egemen sınıf eliyle belirlendiği bu mekanizmada yargı faaliyetinin yine toplumsal adaletin sağlanması işlevinin egemen sınıfın ve sitenin çıkarlarını gözetmek suretiyle icra edildiği ortadadır. Marcel ROUSSELET, **Adalet Tarihi**, Çev: Adnan Cemgil, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1963, ss.17-18.

¹⁰⁰ EROĞUL, Devlet, ss.79-80.

katkı sağlamıştır. Bir yanda krallığın merkezi yargı örgütlenmesi, diğer yanda ise feodal beylerin taşra örgütlenmesi ortaya çıkmıştır. Ancak ihtilal öncesi krallık yargıçları bu yetkileri adım adım kısıtlayarak yalnızca lafta kalmış yetkiler haline gelmesini sağlamışlardır. Bundan sonra yerellerden merkeze doğru biçimlenen krallık denetiminde bir yargı örgütlenmesi oluşmuştur. Ancak bu dönemde de yargının kimi durumlarda kralın işlerine müdahale edebilecek düzeyde bir bağımsızlık kazandığını görmekteyiz¹⁰¹.

Avrupa'da yargı faaliyetinin baskın olarak kilise egemenliğine bırakıldığı çağda, Osmanlı şer'i ve örfi hukuka dayanan, ilmiye sınıfından atanmış görevlilerce işletilen güçlü merkezi bir yargı mekanizmasına sahiptir. Ancak bu mekanizma adli alanda cemaatlerin ve toplulukların dinsel temellere dayalı kurallara göre oluşturdukları yapılarla işbölümü ya da işbirliği içinde işlemektedir¹⁰². Bu bakımdan benzer bir iki başlılığın Osmanlı'da da geçerli olduğu söylenebilir.

Kapitalist üretim ilişkilerinin doğuşu ve toplumsal yapı içerisinde örgütlenmesi bu iki başlılığı ortadan kaldırmıştır. Merkezi ve güçlü bir devlet yönetimi ile burjuvazi iktidara yürürken, pazar ekonomisinin bir zorunluluğu olarak (özel mülkiyet, malların serbestçe değişimi, emeğin piyasadaki bir meta olarak özgürlüğü ihtiyacı ve rekabet ilkeleri gereği) tüm egemenliğin tek elde toplanması yerine, zamanla, kapitalist toplumsal düzenin çıkarlar dengesini koruyacak bir güçler ayrılığının gelişmesinin yolu açılmıştır. Tüm güçleri elinde toplayan bir iktidarın kapitalist üretim biçiminin gelişiminin önünde engel oluşturması, piyasaya ve özel mülkiyete keyfi olarak müdahale edebilecek güçlü bir iktidar tehlikesinin engellenmesi gerekliliği kapitalist toplumun yaşaması için şart olan dengeyi sağlayacak ve sürdürecektir biçimde bir toplumsal örgütlenmeyi zorunlu kılmıştır. Bu zorunluluk adım adım, devlet erklerinin birbirlerini dengeleyecek-engelleyecek şekilde yasama, yürütme ve yargı şeklinde ayrışması sonucunu doğurmuştur. Başlangıçta bir yürütme faaliyeti olarak ele alınan yargı, yasama ve yürütme arasındaki dengenin ayrılık ilkesine rağmen sağlanmadığının görülmesi nedeniyle üçüncü bir kuvvet ve bir denge unsuru olarak daha belirgin bir biçimde ayrışmış ve

¹⁰¹ Elbette kral da kimi durumda temyiz imkanı olmayan bağımsız mahkemelerin kararlarını düzeltme adı altında değiştirebilmektedir. Aslında kralın bu görece bağımsızlığa göz yumması, kimi durumlarda özellikle derebeyler ve kilise karşısında siyasi çıkarlarını gözetmek istemesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ROUSSELET, ss.25-47.

¹⁰² KİLİM, s.16.

en azından ilkesel olarak bağımsız bir örgütlenmeye kavuşmuştur. Bu yapılanma içerisinde yargının, toplumdan özerk bir yapı haline gelen “devlet”in çıkarlarını koruma işlevi de daha belirgin bir biçime bürünmüştür.

Yargının, toplumun kolektif faaliyeti olarak başlayıp bir devlet fonksiyonu biçimini aldığı bugüne kadarki tarihsel gelişim süreci gösteriyor ki, toplumun üzerinde konumlanmış ve ‘bağımsız’ bir yargı örgütlenmesi modern liberal devletin bir ürünüdür. Bunun kuramsal temelleri ise “egemenlik” anlayışında ve egemenliğin “kuvvetler ayrılığı ilkesi” etrafında kullanılması fikrinde yatmaktadır.

1. Egemenliğe İçkin Bir Erk Olarak Yargı

Yargının tarihsel gelişim süreci, devletin ve siyasal iktidar olgusunun da gelişim sürecine paralel bir seyir gösterir. Yargı, devlet olgusunun ortaya çıkışı ile, uzlaşa ve güvene dayalı bir toplumsal faaliyet olmaktan çıkıp, zorlayıcı bir kurumsal yapıya dönüşmüştür. Günümüz toplumlarında yargı, bireyler arası ilişkilerde, bireyle devlet arasında ilişkilerde olduğu kadar topyekün toplumsal yaşamın yönetiminde de etkin bir role sahiptir.

Bireyleri tüm yaşamlarını altüst edecek kararlara mahkum edebilen, toplumun tümünü etkileyecek kararlar alabilecek bir kudretle donatılmış olan yargının, bir toplumda kabul görmesinin tarihsel-nesnel dayanakları kadar, onun meşruiyetinin kaynağı olacak düşünsel dayanakları da önemlidir.

Yargının toplum üzerinde bir üstün erk olarak kavranılması “egemenlik” kavramının ifade ettiği “üstün hükmetme gücü” ile ilintilidir. Bu bakımdan egemenlik kavramına ve onun tarihsel gelişimine yakından bakmak ve günümüz açısından ele alınış biçimini değerlendirmek yargının hem toplumsal yerini ve rolünü kavrayabilmek hem de meşruiyeti temellerini anlamlandırabilmek bakımından gereklidir.

a. Genel Olarak Egemenlik Kavramı

İnsanlık tarihinin üzerinde en çok söz söylenmiş, en çok tartışılmış ve halen tartışılmaya devam eden kurumu devlettir. “Zorba” devletten “kurtarıcı” devlete

değin geniş bir yelpazede birçok farklı devlet kuramından söz edilebilir. Sosyolojik açıdan, toplumun belirli bir gelişmişlik düzeyinin ortaya çıkardığı bir ihtiyacın ürünü olan devlet, siyaset bilimi ve anayasa hukuku açısından sınırları belirli bir toprak parçası üzerinde örgütlenmiş, bağımsız bir iktidara sahip olan insan topluluğunun temsilcisi olarak tanımlanmaktadır¹⁰³. İşte bu bağımsız iktidarın kaynağı “egemenlik” kavramı ile açıklanmakta ve kendisini oluşturan bireylerin üzerinde bulunan devletin tüm güç ve yetkilerini bu egemenlikten aldığı ifade edilmektedir. “Egemenlik, kendine özgü niteliği olan üstün, bağımsız, buyurucu, diğer iradeleri bağlayan ve kendisi hiçbir iradeye bağlı olmayan, devredilmez, sahibinden ayrılmaz bir irade”¹⁰⁴ olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan egemenlik, “devlete içkin üstün bir gücü, iktidarın kaynağı, aidiyeti (auctoritas) ile iktidarın kullanımının (potestas) birleşmesini”¹⁰⁵ ifade eden bir kavramdır.

Devlet ve egemenlik kavramları, doğusundan batısına bütün dünyada, tarihi gelişim içinde birçok farklı düşünür tarafından ve çeşitli şekillerde ifade edilmeye çalışılmışsa da günümüzdeki egemenlik anlayışının, daha çok 16. Yüzyıl sonrası Avrupa merkezli olduğu bir gerçektir¹⁰⁶.

Ortaçağın sonları, Yeniçağın başlarında uzun bir zaman şeridi içinde, kilise, kral, feodal beyler arasındaki güç mücadelesi Avrupa’da yapısal bir değişikliğe yol açmıştır. Bu değişiklik, güçlü bir merkezi devletin bulunmadığı feodal rejimden güçlü merkezi krallıklara geçilmesine, bir başka ifadeyle “ulus devlet” in doğumuna sebep olmuştur¹⁰⁷. Fransa krallarının feodal güçlere karşı kesin üstünlüklerini kabul ettirdikleri, kilise karşısında da bağımsızlıklarını sağladıkları bu uzun ve çetin

¹⁰³ Münici KAPANİ, **Politika Bilimine Giriş**, 13.b., Bilgi Yayınevi, Ankara, 2001, (Politika), s.34.

¹⁰⁴ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.169.

¹⁰⁵ Fatih TÜRE, “Egemenlik, Temsili Demokrasi ve Ulus-Devlet”, **Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar**, Yıl:45, Sayı:518, Nisan 2008, s.11.

¹⁰⁶ Bahtiyar AKYILMAZ, “Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 1999, (Milli Egemenlik), http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_15.pdf, (Erişim Tarihi: 13.04.2011), s.2. Duguit’e göre, egemenlik sözcüğünü bilmemekle birlikte bu sözcüğün ifade ettiği düşüncüyü, başka bir anlatımla ast iradeler üzerinde hüküm süren bir üstün kudret düşüncesini ilk kez Romalılar ortaya atmıştır. Kullandıkları “imperium” kelimesi Roma cumhuriyet dönemi öncesinde bazı yöneticilerin, daha sonra da Roma imparatorlarının yetkilerini ifade etmek için kullanılmıştır. Leon DUGUIT, **Kamu Hukuku Dersleri**, Çev: Süheyp Derbil, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, (Kamu Hukuku), s.56. Roma İmparatorluğunun yıkılışını takip eden feodal dönemde ortaya çıkan iktidar boşluğunu dolduran kilise de bu doktrini benimsemiş, IV.Innocent gibi papalar tarafından mutlakiyetçi taleplerin haklılaştırılması için kullanılmıştır. Mustafa KOÇAK, **Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.58.

¹⁰⁷ AKYILMAZ, Milli Egemenlik, ss.2-3.

mücadele sırasında egemenlik kavramı, krallar tarafından ülke içinde kendi iktidarına rakip olabilecek bir iktidar, ülke dışında da kendilerinden üstün bir kudret tanımadıklarını ifade eden bir hukuki formül olarak kullanılmıştır¹⁰⁸.

Egemenliğin siyasal pratikler açısından uluslararası düzlemde belirmesi ise 1648’de imzalanan Westphalia Antlaşmaları aracılığıyla olmuştur. Otuz Yıl Savaşları sonrasında Westphalia Antlaşmaları aracılığıyla teritoryal açıdan kendi alanlarında özgürce hareket etmeyi ve birbirlerinin coğrafi sınırlarına saygı göstermeyi kabul eden prenslikler, egemenliğin karşılıklı kabulüne dayanan modern devletler sisteminin temellerini atmışlardır. Westphalia Antlaşmaları’nın modern devletin oluşumu açısından en önemli sonucu, otorite ile toprak arasında bağ kurulması, böylece kendi coğrafyası içerisinde devletin geniş bir özerkliğe sahip olduğunun kabul edilmesidir¹⁰⁹.

Bu bakımdan, egemenlik tek olmakla birlikte, iki görünümünden söz etmek mümkündür. Bir yüzü devletin kendi sınırları içerisindeki hükmetme gücü yani “iç egemenlik”, diğer yüzü ise “dış egemenlik” yani uluslararası planda bağımsızlığı ifade etmektedir. Buna göre geleneksel olarak iç egemenlik, “devletin belirli bir coğrafi alan ve o alanda yaşayan halk üzerinde mutlak hükmetme yetkisi”¹¹⁰ ya da “siyasal toplumda bulunan nihaî ve mutlak otorite”¹¹¹ olarak tanımlanabilir. Devlet iktidarının başka hiçbir güce bağlı olmadığı, bundan dolayı hiçbir otorite tarafından sınırlandırılmayacağı, kısacası kendi sınırları içinde son sözü söyleme yetkisinin devlete ait olduğu düşüncesi, iç egemenliğin temel varsayımdır¹¹². Dış egemenlik ise devletlerin uluslararası sistem içerisinde eşit özneler olarak belirmeleri, birbirlerinin işlerine karışmamaları, böylece fiilî bir özerkliğe sahip olmaları olarak anlaşılabilir¹¹³. Bu nedenle dış egemenliğin anlamını “bağımsızlık” sözcüğünün ifade ettikleri ile özdeşleştirmek yanlış olmayacaktır¹¹⁴.

¹⁰⁸ KAPANİ, Politika, s.55.

¹⁰⁹ Daniel Philpott, *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*, Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2001’den Aktaran: H. Emrah BERİŞ, “Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme”, **A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 63, Sayı:1, 2008, ss.58-59.

¹¹⁰ John Hoffman, *Sovereignty*, Buckingham: Open University Press, 1998’den Aktaran: BERİŞ, s.64.

¹¹¹ F. H. Hinsley, *Sovereignty*, New York: Basic Books, 1966’dan Aktaran: BERİŞ, s.64.

¹¹² BERİŞ, s.64.

¹¹³ Stephen Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press, 2001’den Aktaran: BERİŞ, s.64; KAPANİ, Politika, s.57.

¹¹⁴ Alain De Benoist, “What is Sovereignty,” *Telos*, No. 116, 1999’dan Aktaran: BERİŞ, s.65.

Genel anlamda “üstün hükmetme gücü” olarak tanımlayabileceğimiz egemenliğin kaynağı ve kullanılması tarih boyunca tartışma konusu olmuştur. Tanımın bir doğaüstü odağa gönderme yapar gibi gözüken içeriğinden de anlaşılacağı üzere egemenlik anlayışı “her şeye muktedir olan tanrısal güç” algısının dünyevileştirilmesidir¹¹⁵. İnsanlık tarihinin önemli bir bölümünün bu tanrısal egemenlik anlayışı altında biçimlendiğini (ki günümüzde hala doğrudan ya da dolaylı bu anlayış sürmektedir) düşündüğümüzde böyle olması da doğaldır. Nitekim kavramın bugünkü modern içeriğinin doğmasında, Ortaçağ’ın dünyevi iktidar peşinde olan kilisesi ile krallar arasındaki iktidar mücadelesinin payı büyüktür.

i. Ortaçağ’ın Egemeni: Tanrı

Tanrısal egemenlik anlayışının temelde iki biçimde ele alındığını söyleyebiliriz. Birinci anlayış, iktidarın Tanrıdan geldiği ve tanrısal buyruklara uygun olarak doğrudan Tanrının seçtiği kişiler eliyle kullanıldığıdır. Tanrı’nın siyasi iktidarla donattığı egemen, gücünü nasıl kullandığının hesabını yalnızca Tanrı’ya vermek zorundadır. Uyrukları üzerinde hakları vardır, uyruklarının onun üzerinde hiçbir hakkı yoktur. Ödevleri vardır, ancak yalnızca kendisinden hesap sorabilecek olan Tanrı’ya karşı¹¹⁶.

Bu anlayışının en eski örneklerinden biri Eski Mısır’dır ve neolitik çağda Mısır’da tam bir mutlak monarşi hüküm sürmüştür¹¹⁷. Mısır hukukunda kral ile Tanrı arasında tam bir ayniyet olduğu kabul edilmekte ve ikisi arasında hiçbir farkın olmadığına inanılmaktadır. Firavun’a halkı, Osiris tanrısının oğlu olarak inanılmaktadır ve firavunun kendisi de Horus tanrısıdır. Tahta geçen her yeni firavunla birlikte tanrı Horus’un yeniden doğduğuna inanılmaktadır¹¹⁸. Aynı zamanda bir

¹¹⁵ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.169.

¹¹⁶ Leon DUGUIT, “Egemenlik ve Özgürlük”, **İçinde: Devlet Kuramı**, Der: Cemal Bali Akal, Çev: Didem Köse, Sedef Koç, 2.b., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, (Egemenlik), s.388.

¹¹⁷ KOÇAK, s.32.

¹¹⁸ KAPANİ, Politika, s.68. Eski Sümer sitelerinde ise her sitenin gerçek hükümdarı olarak kabul edilen Tanrılar vardır. Ancak iktidarın kullanımı, tanrı adına hareket eden “Ensi” veya “Patesi” denilen şeflerdedir. Ruhani ve maddi yetkilere sahip bu şefler, sitenin tanrısı ile halk arasında iletişim sağlayan aracı organlar gibidirler. Eski Sümerler gibi Babil’de ve yakın doğu devletlerinde kral kozmik dünya ile gerçek dünya arasında bir aracı olarak kabul edilmektedir. Babil hükümdarı Hammurabi’nin, Tanrının oğlu olduğunu ve halkı yönetme ve adalet dağıtma görevinin kendisine tanrı Marduk tarafından verildiğini söylemesi bunun en güzel örneğidir. Tüm eski Yunan krallarının kaynağı da ilahi kabul edilmiştir. Örneğin Homeros’un eserlerinde adları geçen Agamemnon ve

yeryüzü tanrısı olarak da görülen hükümdara boyun eğmek sadece siyasi bir zorunluluk olmasının ötesinde aynı zamanda dinsel bir görevdir. Bu nedenle fiziki varlığı ile devleti temsil eden kralın meşruiyet kaynağı ilahi olan yetkilerinin sınırlandırılması söz konusu değildir¹¹⁹.

Tek tanrılı dinlerin doğuşu ile zamanla gelişen daha ılımlı öğretide, Tanrı ile kral birbirinden ayrıştırılmıştır. Artık kaynağı Tanrısal olan iktidarın kullanılması tümüyle dünyevidir ancak iktidarı insani olanaklar belirler, tanrısal bir yetkilendirme söz konusu değildir. Egemen, her zaman varolan tanrısal lûtfun değişmeyen yönetimi altında gerçekleşen insani olanaklar aracılığıyla, siyasi iktidarla donatılmıştır¹²⁰. Yani iktidar Tanrıdan gelir ancak bunun nasıl bir şekil alacağı ve nasıl kullanılacağı insan tarafından belirlenecektir. Siyasi iktidar içinde tanrısal olanı barındırır, ona itaat edilmesini gerekli kılan da bu tanrısal niteliklerdir¹²¹.

Ortaçağ'ın temel düşünsel altyapısını oluşturan bu egemenlik algısı, Ortaçağ'ın kilise ve krallıklar arasındaki egemenlik mücadelesinin de dayanağı olmuştur. Ortaçağ düzeni, Roma İmparatorluğunun yıkılışıyla oluşan otoritelerin kendi alanlarında hakim olduğu, kilisece tanımlanmış uhrevi ve dünyevi alanlarda, nüfuzunu rakipsizce gerçekleştirdiği ve kilisenin kutsadığı imparatorun diğer otoritelerce tanındığı bir düzendir. Bu düzen, papa, imparator ve lokal güçlerin karşılıklı bağımlılığına dayanır. Kilise, diğerlerinin otorite ve iktidarlarının meşruiyet kaynağı olarak dinsel ilkeler sunan aşkın güçtür¹²².

Ortaçağ'da tanrısal olmayan bir güç düşünülemediğinden temel sorun, bu gücün Tanrı tarafından kime verildiği konusuna odaklanmıştır. Roma İmparatorluğu'nun yıkılışını takip eden feodal dönemde bu görevi Papalık makamı üstlenmiştir. O dönemde Papalık, en üstün yasa koyucu olma fonksiyonunu yerine getirebilmek için feodal krallıklar ve imparatorluk yüksek mahkemesinin rekabet edemeyeceği oldukça gelişmiş bir idare cihazı kurmuş, bu örgütün desteğiyle yasa

Menelas'ın Tanrı Zeus'un torunları olduklarına inanılmaktadır. Krallıkla yönetilen polislerin kralları, hem siyasal hem de dini liderdir ve tanrının tüm gücünü onların temsil ettiğine inanılmıştır. Recai Galip Okandan, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1951'den Aktaran: KOÇAK, ss.32-34.

¹¹⁹ KOÇAK, s.32; Halil İbrahim AYDINLI, Veyssel AYHAN, "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlandırılması Tartışması", **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, 2004, s.70.

¹²⁰ DUGUIT, Egemenlik, ss.388-391; CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.170.

¹²¹ DUGUIT, Egemenlik, s.391.

¹²² Halis ÇETİN, "Liberalizmin Tarihsel Kökenleri", **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, 2002, s.80.

koyuculuk makamını doldurmayı başarmıştır. Bu anlamda kilise, “hukuk” ve “iktidar” veya “yasa” ve “kılıç” demektir¹²³.

Fakat toplumsal yaşamdaki gelişmeler, üretim ilişkilerinin değişmesi, feodalitenin adım adım güç kaybetmeye başlaması ve burjuvazinin yeni bir sınıf olarak ortaya çıkışı, kilisenin feodal bağlar üzerinden sürdürdüğü dünyevi iktidarını sarsmaya başlamıştır. Krallar dünyevi iktidar üzerinde mutlak hakimiyet istemiş ve bu hakimiyeti mümkün ve meşru kılabilmek için kutsal olanla bağını sınırlamaya çalışmıştır. Bu süreçte dinsel referanslı iktidar ve egemenlik anlayışının yerini yavaş yavaş kutsal olanla bağını koparmış bir egemenlik anlayışı almaya başlamıştır.

Ortaçağın dinsel dünya anlayışını, salt dini inanışın biçimlendirdiği düşünsel bir güç olarak algılamamak gerekir. Çünkü kilise, her şeyden önce feodal ve hiyerarşik biçimde örgütlenmişti ve toprağın yaklaşık üçte birinin sahibi olması sıfatıyla her ülkede çok büyük bir siyasal gücü elinde bulunduruyordu. Feodal toprak sahipliği ile kilise, feodal örgütlenmesi dinsel olmayan feodal devlet sistemini dinsel olarak kutsuyordu. Ayrıca papazlar sınıfı tek eğitilmiş sınıftı. Kilisenin bu baskın konumu düşünce yapısına da tanrıbilimci doğmanın damgasını vuruyordu. Bu bakımdan, her düşüncenin hareket noktasının ve temelinin kilise doğması olması gereği doğal bir şeydi. Hukuk, doğabilimi, felsefe, her bilgiye uygulanan ölçü aynıydı: ‘içeriği kilisenin öğretimine uyuyor mu uymuyor mu?’¹²⁴.

Ancak feodalizmin ölçülerine göre biçilmiş katolik dünya anlayışı, feodalitenin bağrından doğan yeni sınıf burjuvaziye, onun üretim ve değişim koşullarına yeterli gelmemeye, onunla çatışmaya başladığında¹²⁵, bu, düşünsel alanı da etkileyen köklü bir değişimin temellerinin atılmasına, “aydınlanma” diye de adlandırılan dönemin başlamasına neden olmuştur.

Aydınlanmanın en önemli sonucu, insan aklına ve iradesine yapılan vurgunun, 17. Yüzyıldan başlamak üzere, Ortaçağ’ın yerleşik düşünce kodlarına uygun olarak yapılandırılmış siyasal sistemi dönüştürmede oynadığı rol olmuştur. 18. Yüzyıla gelindiğinde egemenliğin ve meşruiyetin tanrısal referansları hükümden düşmüştür¹²⁶.

¹²³ KOÇAK, ss.58-59.

¹²⁴ Friedrich. ENGELS, “Hukukçular Sosyalizmi”, **İçinde: Din Üzerine**, Çev: Kenan Somer, 2.b., Sol Yayınları, Ankara, 1995, s.250.

¹²⁵ ENGELS, Hukukçular Sosyalizmi, s.250.

¹²⁶ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.24.

Ekonomik alanda, toplumsal yaşamın tümünden değişimine sebep olan gelişmeler dinsel alanı da, siyasal alanı da etkilemiş ve bu durum düşünce alanına da yansımıştır. Özellikle sanayi devrimiyle birlikte burjuvazi tek başına söz söyleyebilecek hale gelmiş ve gelişmesinin ve güçlenmesinin önünde engel olan dinsel meşruiyet anlayışı ile ilişkisini tamamen koparmanın yollarını araştırmaya başlamıştır.

Her şeyin kaynağının yeryüzü ve beşeriyet olduğunun söylenilmesi, bireyin ön plana çıkarılması, bireysel ve ekonomik özgürlüklerle birlikte mülkiyet hakkının savunulmaya başlanması, bu yeni dönem düşüncesinin açık özellikleridir¹²⁷.

Bilimsel alanda yaşanan gelişme ve değişimler ise dinsel iktidarın temellerinin sarsılmasını daha da hızlandırmıştır. *“Kopernik’in güneş merkezli kozmolojisinin Galileo tarafından geliştirilmesi ile kutsal kozmoloji büyük bir darbe almış, Descartes’in şüpheci felsefesi -ne kadar Tanrı’ya inandığını söylerse söylesin- Skolastik felsefenin dogmalarını temelinden sarsmış, Newton tarafından mekanik fiziğin geliştirilmesi ve deist Tanrı anlayışının ortaya konulmasıyla dünyevi ve mekanizmacı düşüncenin önü açılmıştır”*¹²⁸.

ii. Yeni Egemen: Ölümlü Tanrı

Üstün hükmetme gücünün beşerileştirilmesi ile, egemenlik, artık, kendi kendini belirleyen bir irade olarak ortaya çıkar¹²⁹. Bu irade, halk iradesi olarak belirmeden önce, devletin veya devleti kendi kişiliğinde temsil eden kralın iradesi olarak kendini ortaya koyacaktır.

Düşünsel alanda bunun önemli adımlarından biri Machiavelli’nin devlet kuramı ile atılmıştır. Laik ve pragmatik bir bakış açısıyla kuramını oluşturan

¹²⁷ Coğrafi keşiflerin gerçekleşmesi ile yeni keşfedilen toprakların paylaşımı konusunda anlaşamayan İspanya ile İngiltere bir yandan savaşırken diğer yandan Kiliselerini ayırma yoluna gitmişlerdir. Bunun sonucu olarak İngiltere kendi milli kilisesi olarak Anglikan Kilisesi’ni ortaya çıkarırken, İspanya’da ve daha sonra Fransa’da Katolik Kilisesi milli kiliseler haline gelmiştir. Bu öncelikle ulusal kiliselerin daha sonra da ulus devletin kurulmasında temel oluşturmuştur. Feodalitenin çözülmesi, kentsoylu sınıfın ortaya çıkması, Fransız Devrimi’yle hem Kilise’nin kamusal ve siyasi alandan dışlanması hem de Katolikliğin ulusal din haline getirilmesi ve İngiltere’de Anglikan Kilisesi’nin dini alanı kontrol altında tutmanın bir aracı olarak kullanılmaya başlanması gibi olguların hepsi ekonominin siyasi ve kutsal alan üzerinde kaçınılmaz belirleyici olarak ortaya çıktığını göstermektedir. ÖZEV, s.94.

¹²⁸ ÖZEV, s.93.

¹²⁹ DUGUIT, Egemenlik, s.384.

Machiavelli'nin amacı kilise karşısında kralın mutlak iktidarını meşrulaştırmaktır. Tanrısal alana hiç dokunmayan Machiavelli, dünyevi iktidara tanrının karışmayacağı düşüncesinden hareket eder. Yeryüzü iktidarının temeli ise siyasal iktidarın birlik ve bütünlüğüdür. Bu öylesine yüce bir amaçtır ki, bu amaç uğrunda korkunun esas olduğu bir güç kullanma aracına indirgenen iktidar bir araçtır. Birey ve toplum ise ister korku ister ikna yoluyla, iktidarın mutlak ve kutsal egemenliğine uyum göstermesi gereken ikincil unsurlardır¹³⁰.

Böylesi mutlak ve sınırsız bir egemenliği, “ortak iyi”liğin bir gerekliliği olarak savunan Machiavelli'nin devletinde bu ortak iyinin bilicisi, uygulayıcısı ve yargıcı “hükümdar”dır. O, her zaman bu ‘ortak iyi’yi kendi özel çıkarı ile özdeşleştirecek ve L’etat C’est moi (devlet, benim) kuralına göre eylemde bulunacaktır¹³¹.

“Machiavelli’nin bireyi ve toplumu siyasal iktidarın aracı kılan, topluma güvensizlik duyan, egemeni; mutlak, sınırsız, bir ve bütün olarak tanımlayan, ahlâki ve kültürel yaşamın evrensel meşruiyet ilkeleri yerine siyasal iktidarın birliği ve bütünlüğünü önceleyen, ortak iyi ilkesini salt egemenin iradesine bırakan, egemeni sınırlandıracak hiçbir gücü kabul etmeyen, amaç-arac ilişkisinde zor, baskı ve gücü önceleyen, itaat olgusunu pasif bir boyun eğmeye dönüştüren devlet anlayışı, Bodin’in “süreklilik” ilkesiyle güçlenerek sürdürülmüştür”¹³². Egemenlik kavramını ilk olarak açık bir şekilde kullanan da Jean Bodin’dir¹³³.

Machiavelli ile adeta gökten yeryüzüne indirilen Tanrı, Bodin ile hukukileşip kurumsallaşmaya devam eder. Kralın egemenliği, kocanın karısı, babanın çocukları üzerindeki hükmetme hakkı kadar tartışmasız bir şekilde mutlaktır. Zira bu hükmetme hakkı Tanrı’dan gelmektedir ve kralın egemenliği de babanın ya da kocanın egemenliğine benzer¹³⁴. Egemenlik “yurttaşlar ve uyruklar üzerindeki en

¹³⁰ Halis ÇETİN, “Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:3, Sayı:2, 2002, (Egemenlik ve Hukuk), s.2. Egemen bunu sağlamak için hiçbir kayıt altında değildir ve “tuzakları tanımak için tilki, kurtları ürkütmek için aslan gibi” olmalıdır. Niccole MACHIAVELLI, **Prens**, Çev: Nazım Gönenç, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1994, s.150.

¹³¹ Ernst CASSIRER, **Devlet Efsanesi**, Çev: Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984, s.148.

¹³² ÇETİN, Egemenlik ve Hukuk, s.3.

¹³³ TÜRE, s.11; Aydın İPEK, “Ulus Egemenliği ve Halk Egemenliği Karşılaştırması ve Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:20, Nisan 2008, s.212.

¹³⁴ İlhan AKIN, **Kamu Hukuku**, 7.b., Beta Yayınları, İstanbul, 1993, ss.94-95. Bodin, “Devletin Altı Kitabı” isimli eserinde devleti, “birçok ailenin ve bu ailelerin ortak çıkarlarının egemen bir güçle, doğruluk üzere yönetilmesidir” diye tanımlar. Jean BODİN, “Devlet Üstüne Altı Kitap’tan Seçme

yüksek, en mutlak ve en sürekli güçtür. Egemenin, egemen güçten yoksun bırakılması düşünülemez, tanrı dışında hiç kimseye hesap vermek durumunda değildir”¹³⁵.

Mutlak, bölünmez, devredilmez ve sürekli olan egemenliğin bölünmesi ve devredilmesi düşüncesine kesinlikle karşı çıkar Bodin. İstenildiği zaman geri alınabilen bir iktidar olsa olsa bir yetkidir, egemenlik değil. Kral, egemenlik hakkını ömrü boyunca kullandıktan sonra tacıyla birlikte aktarır. “Kral öldü, yaşasın kral” ifadesi egemenliğin bir bedensel var oluşunu değil sürekliliğini anlatmak için söylenmiştir¹³⁶. Bodin’e göre egemenlik bölündüğü anda sona ermiş demektir. Bir meclisin, ya da bir memurun egemenliğinden söz açılmaz¹³⁷. Bodin’in kuramında adeta bir ölümlü tanrının egemenliği söz konusudur. Meşruiyet ise hala dışsaldır ve iktidarın kendi dışındaki bir gerçekliğin, dinsel ve mitolojik onamasına muhtaçtır. Meşruiyet hala, dinin kutsal ve mutlak gücünden siyasal iktidarı beslemeye devam etmektedir. Bu sürecin kesilip tüm geleneksel meşruiyet kaynaklarından kurtulmuş bir modern devlet kuramının gerçekleşmesi için Hobbes’u beklemek gerekir¹³⁸.

Hobbes devlet ve egemenlik kuramını, kurguladığı bir doğal yaşam haline dayandırır. Doğal koşulların, ilkel tepkilerin ağır bastığı bu doğal yaşam döneminde insanlar birbirlerine karşı amansız bir savaşa girmişlerdir. Barışı sağlamak, birbirlerini kırmayı bırakıp doğaya karşı elele vermek için kendi aralarında bir sözleşme yaparlar. Devletin kökeni de bu sözleşmedir¹³⁹.

“Yani, kendi kişiliklerini taşıyacak tek bir kişi veya bir heyet tayin etmeleri ve, herkesin, bu kişi veya heyetin ortak barış ve güvenlikle ilgili işlerde yapacağı veya yaptıracığı şeylerin amili olmayı kabul etmesi, ve kendi iradesini o kişi veya heyetin iradesine ve muhakemesini de onun muhakemesine tabi kılmasıdır...Bu, herkesin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir. Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde

Parçalar”, Çev: M. Tunçay, **Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ**, Der: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969, s.93.

¹³⁵ BODİN, s. 98.

¹³⁶ ÇETİN, Egemenlik ve Hukuk, s.4. Kralın egemenliği bir vekil olarak ele aldığı da söylenemez. Söyleniyorsa, bu vekaletin kayıtsız şartsız bir vekalet olduğunu da ayrıca eklemek gerekir. Kimileri egemenliğin hukukla sınırlandırıldığını söylerler ama hukukun kaynağı kralın kendisi olduğuna göre, bu sözün hiçbir değeri yoktur. Kralın iktidarına yazılı hukukta hiçbir sınır çizilemez. Bütün toplum kralın buyruklarına uymaya ant içerken, kralın kendisi sadece tanrı buyruklarını dinleyeceğine and içer. Bu da bir sınırlamadır ancak bu tanrının ve doğanın sınırlamasıdır. AKIN, s.96.

¹³⁷ AKIN, ss.97-98.

¹³⁸ Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Levent KÖKER, Cemal Bali AKAL, **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, İmge Yayınları, Ankara, 1994, s.56.

¹³⁹ AKIN, s.105.

birleşmiş olan topluluk, bir devlet olarak adlandırılır. İşte o, Leviathan'ın (ejderha) veya daha saygılı konuşursak, ölümsüz tanrının altında, barış ve savunmamızı borçlu olduğumuz, o ölümlü tanrının doğuşudur. Çünkü devletteki her bir kimsenin ona verdiği yetkiyle onun elinde o kadar çok kudret ve güç toplanmış olur, işte devletin özü o kişide toplanmış olur...Bu kişiliği taşıyana egemen denir ve onun egemenlik kudretine sahip olduğu söylenir, onun dışında kalan herkes ise, onun uyruğudur”¹⁴⁰.

Hobbes, devleti ne kutsal hukuka, ne soydan gelme haklara ne de kesin olarak zorbalığa dayar. Devleti kuran halktır. Ama buna bakıp Hobbes'un halk egemenliğini savunduğunu söylemek mümkün değildir. Egemenliğini yurttaşların kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeden alan kral, buna karşılık kendi haklarından caymış, herhangi bir sorumluluk yüklenmiş değildir. Halkın boyun eğmeye söz vermesiyle, kralın istekleri toplumun istekleri olur. Şu halde iktidarı elinde tutan, halk iradesinin temsilcisi ya da vekili değil, buyruğu altına girilen bir varlıktır¹⁴¹.

Hobbes'a göre egemenlik “bireysel kudretlerin toplamını egemenin kendi iradesine göre kullanmak yetkisidir”¹⁴². Egemenin iradesi sınırsızdır, mutlak ve kutsal egemenin dışında ya da üstünde hiçbir güç yoktur:

...devlet adlı o büyük Ejderha (Leviathan), doğal insanın korunması ve savunulması için tasarlanmış olup ondan daha büyük bir cesarete ve kudrete sahiptir ve onda, egemenlik bütün gövdeye (organizmaya) canlılık ve hareket veren yapay bir ruhtur; yargıçlar ve diğer yargı ve yürütme görevlileri yapay eklemler; egemenlik makamına bağlı her eklem ve organa kendi görevini yaptıran ödül ve ceza; doğal gövdede aynı işi yapan sinirlerdir; tek tek organların/üyelerin servet ve zenginlikleri ise kuvvettir; salus populi (halkın esenliği) onun görevidir; bilmesi gereken her şeyi ona bildiren hukukçular hafızadır; adalet ve yasalar yapay bir akıl ve iradedir; uyum sağlıktır; nifak hastalıktır; iç savaş ise ölüm”¹⁴³.

iii. Sözleşmeyle Bağlı Egemen: Devlet

Sözleşme kuramları, devletin yani egemenin ortaya çıkmasını sağlayan unsurun bireylerin ortak iradesi olduğunu savunsa da, halk egemenliği fikrine doğrudan doğruya yer vermez. Halkın kolektif kişiliğinin sivil toplumdan devlete

¹⁴⁰ Thomas HOBBS, **Leviathan**, Çev: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993, s.130.

¹⁴¹ AKIN, s.111.

¹⁴² HOBBS, s.68.

¹⁴³ HOBBS, ss.17-18.

geçişten sonra sürüp sürmediği bile tartışmalıdır¹⁴⁴. Mutlak bir iktidarı savunmak için ileri sürülmüş sözleşme fikri aslında bir araçtır. Kaynağı, varlığı ve üstünlüğü sorgulanamaz bir Tanrı'nın sahip olduğu üstün gücü savunmak kolaydır, ancak beşeri bir üstün güçten söz edildiğinde bunu ortaya çıkaracak bir takım mantıksal dayanaklar geliştirmek gerekecektir.

İşte bu nedenle ileri sürülen “toplum sözleşmesi”, siyaset kuramcılarınca, tarihsel bir gerçeklik olarak iş gören bir olgu olmaktan çok mantıksal bir dayanak noktası olarak ele alınır¹⁴⁵. Cassirer bu konuda şöyle der: *“İnsanlık tarihinde devletin ortaya çıktığı belirli bir an saptayamayacağımız açıktır. Ama bu tarihsel bilgi eksikliği toplum sözleşmesi kuramcılarını ilgilendirmez. Onların sorunu tarihsel olmayıp, analitik bir sorundur. ‘Köken’ terimini kronolojik değil, mantıksal bir anlamda anlarlar. Aradıkları şey, bir başlangıç olmayıp, devletin ilkesi, yani varlık nedenidir”*¹⁴⁶.

Bu araçsallık sayesinde, kaynağı bakımından dünyevileştirilen üstün hükmetme gücü, ilahi olmasa da soyutluğu bakımından elverişli başka bir kavram, “devlet” üzerinden ifade edilmiş ve meşrulaştırılmıştır. Artık ebedi ve mutlak egemen, sözleşmecilerin iradesi ile ortaya çıkmış olan devlettir, iktidar ise devlet egemenliğini geçici olarak kullanan kişi/organ olarak devletten ayrıştırılır ve sözleşme ile sınırlanır.

Althusius, Hobbes ve Bodin'in egemenlik anlayışına karşı çıkmış ve devletin sınırlarının vicdan ile belirlenemeyeceğini savunmuştur. Ona göre egemenliğin kaynağı, sözleşmeyle bir araya gelen topluluklara dayandığından egemenin krallıkta yaşayan insanların temel haklarını gözetmesi gerekmektedir. Bodin ve Hobbes'i egemeni yasaların üstüne çıkardığından dolayı eleştiren Althusius, egemenliğin asıl kaynağının toplum olduğunu ve egemenin de toplumu temsil ettiğini dolayısıyla temsil edenin temsil edilenden daha güçlü olamayacağını ileri sürmüştür¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Otto Gierke, *Natural Law and Theory of Society 1500 to 1800*, çev. Ernest Barker, New Jersey: The lawbook Exchange Ltd., 2001'den Aktaran: Gülce TARHAN, “Rousseau ve Sieyès'de Egemenlik Kuramı”, **ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, Sayı:2/4, Nisan 2009, <http://www.ethosfelsefe.com/ethosdiyaloglar/mydocs/GULCE-B.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.05.2011). ss.4-5.

¹⁴⁵ Ekrem EKİCİ, “Hobbes ve Rousseau: Toplum Sözleşmesi”, **Kaygı Dergisi**, Sayı:6, Yıl:2006, s.78.

¹⁴⁶ CASSIRER, s.174.

¹⁴⁷ Johannes Althusius, “Politics Methodically Set Forth, and Illustrated with Sacred and Profane Examples”, 1603, www.constitution.org Aktaran: AYDINLI/AYHAN, s.77.

Bireyin ön planda olduğu ve iktidarın sadece düzenleyici yönünün ön plana çıktığı bir egemenlik anlayışı ileri süren Locke, klasik liberal düşüncenin temel parametrelerini ortaya koyan düşünürdür¹⁴⁸. Locke’a göre siyasal iktidar “mülkiyeti düzenlemek ve korumak için ölüm cezası ve dolayısıyla bundan daha az şiddetli cezalar verebilen yasalar koymak, bu yasaları uygulamak ve devleti yabancıların işleyeceği zararlardan esirgemek için topluluğun gücünü kullanmak, bütün bunları da yalnızca kamunun iyiliği uğruna yapmak hakkı”dır¹⁴⁹.

Locke da egemenlik kuramına kurguladığı bir doğal yaşam hali üzerinden ulaşır. Ancak Locke’un doğal yaşamaya verdiği anlam Hobbes’unkinden oldukça farklıdır. O’na göre, doğal yaşama dönemi, özgürlüğün, insanlararası eşitliğin alabildiğine hüküm sürdüğü bir çağdır. İnsanoğlu, aklından başka, kendisini yönetecek hiçbir üstün kuvvet tanımaz. Doğal yaşamın sağladığı özgürlük başıboşluk demek değildir. Her bakımdan eşit kişiler, birbirlerinin canına, malına, özgürlüğüne saygı göstermeyi öğrenmişlerdir¹⁵⁰.

Fakat bu dönemin sakıncaları da vardır. Birincisi insanın hem davalı, hem de yargıç durumunda olmasıdır. İkincisi de siyasal toplum kurulmadan önce var olan mülkiyet hakkının yeterince güven altına alınmamasıdır. Yani doğal yaşamda kişi hakkını aramak ve korunmak için kendisinden başkasına güvenemeyeceğinden özgürlük, insanlığın ilerisi bakımından tehlikeli olmaya başlamıştır. Güven, ancak, iyi olan doğal yaşama çağından daha iyi olan toplum haline, herkesin uyacağı yasaların, tarafsız yargıçların, polis kuvvetinin bulunduğu bir düzene geçmekle sağlanabilirdi, bu geçiş ise bir sosyal sözleşme ile sağlanmıştır. Doğal yaşamda insanların kimi kötü, kimi çelimsiz olmasaydı, belki de bu çağ günümüze kadar sürebilirdi. Fakat güçlünün güçsüzü, kötünün iyiyi ezmesi karşısında, geleceğe güvenle bakmak ihtiyacı, insanları tek bir yönetim altında birleşmeye zorlamıştır¹⁵¹.

Locke’a göre, devletin amacı “barış, güvenlik ve kamu iyiliğinden başka bir şey değildir”. Doğa durumu tam bir özgürlük durumu ise devlet bireyi ve toplumu bundan daha az bir özgürlüğe mahkum edecek hukuk düzenlemelerine gidemez. “Hiç

¹⁴⁸ AYDINLI/AYHAN, s.79.

¹⁴⁹ John LOCKE, “Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme’den Seçme Parçalar”, Çev: M. Tunçay, **İçinde: Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ**, Der: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969, s.167.

¹⁵⁰ AKIN, s.130.

¹⁵¹ AKIN, s.130 vd.

kimse özgürlük hakkıma aykırı olarak zorla köle yapmaktan başka bir şey için beni mutlak erki altına almak istemez”¹⁵² ifadesiyle Locke mutlak, sınırsız egemenlik anlayışını reddeder. Devletin amacı güvenlikten uzak doğal durumun güvenlik içinde sürdürülmesini sağlamaktır. Devlet de zaten meşruiyetini bu güvenliği, barışı ve özgürlüğü sağlama yetkinliğinden almaktadır¹⁵³.

Locke’un kuramında siyasal toplum ve siyasal güç bir sözleşmenin sonucu olduğu için yönetilenlerin de rızasına sahip olacaktır. Ancak, siyasal otoritenin rızaya dayanması, iktidarın kontrol edilebilmesi için yeterli değildir. Bu nedenle, daha somut olarak siyasal iktidarın sınırlandırılması gerekir ki, bunun yolu kuvvetler ayrılığının gerçekleştirilmesinden geçmektedir. Locke’a göre bir devlette üç kuvvet bulunmaktadır. Bunlar yasama, yürütme ve federatif güçlerdir. Bu yaklaşımı ile Locke, egemenliğin tek elde toplanmasını önlemeye ve egemenliği kuvvetler ayrılığı üzerine oturtmaya çalışmıştır¹⁵⁴. Ancak, Locke da, yargıyı kuvvetlerden biri olarak değil, yürütmenin bir faaliyeti olarak ele aldığından kuvvetler ayrılığı ilkesi içerisinde yargıya özel bir yer vermez.

iv. Halk/Ulus Egemenliği

Liberal hak ve özgürlükler lehine siyasal iktidarın sınırlandırılması düşüncesinin gelişiminde dünyevi egemenlik anlayışının önemli bir yeri vardır. Önce mutlak iktidar yeryüzüne indirilmiş, daha sonra da kralın mutlak iktidarını da elinden alacak bir biçimde topluma mal edilmiştir. Amaç kapitalist toplumun gelişimi için ihtiyaç duyduğu özgürlük ortamını yaratacak bir toplumsal yapının oluşturulması çabasıdır ve bu çabada en önemli adım halk/ulus egemenliği fikrinin geliştirilmesi olacaktır.

Halk egemenliği fikrinin mimarı Rousseau, döneminin diğer düşünürleri gibi, kuramını, doğal yaşam hali ve insan doğasına dair ileri sürdüğü birtakım varsayımlardan hareketle ortaya koyar ve toplum sözleşmesine varır¹⁵⁵. Doğal yaşam

¹⁵² LOCKE, s.172.

¹⁵³ ÇETİN, Egemenlik ve Hukuk, s.7.

¹⁵⁴ AYDINLI/AYHAN, ss.78-79.

¹⁵⁵ Rousseau’un doğal yaşam tasviri, kendisinden önceki düşünürlerin varsayımları ile karşılaştırıldığında daha gerçekçidir. Toplumun oluşumunu dolaylı olarak da olsa üretim ilişkilerine bağlar gibi gözükmektedir. Eşitsizliklerin kaynağı olarak üretim aletlerinin mülkiyetini ve bunun

halini tam bir özgürlük hali olarak tasarlayan Rousseau, siyasal toplumun oluşumunu bu özgürlük ortamına son veren olumsuz bir gelişme ancak bir zorunluluk olarak değerlendirir¹⁵⁶. Eşitsizliğin kaynağı olarak gördüğü bu toplum için “İnsan özgür doğar, oysa her yerde zincire vurulmuştur. Falan kimse kendini başkalarının efendisi sanır ama böyle sanması, onlardan daha da köle olmasına engel değildir” demiştir¹⁵⁷. Doğa durumundan uygar topluma geçişin nedenini şu ünlü cümle ile ifade eder: “Bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip ‘bu, bana aittir’ diyebilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan, uygar toplumun gerçek kurucusu oldu”¹⁵⁸.

Siyasal toplumu ortaya çıkaran, eşitsizliklerin de kaynağı olan teknik ilerleme ve gelişmelerdir. Teknik ilerleme yüzünden o mutlu doğal yaşama çağını aşan insan öyle bir kargaşa dönemine düşer ki, kendini nasıl koruyacağını bilemez. Doğadan uzaklaştığı için, doğal güçler karşısında eski dayanıklılığını yitirmiştir. Yeni bir takım güçler yaratamayacağına göre, benzerleriyle bir araya gelmekten başka çıkar yol kalmadığını anlar. Yaşamayı güçlerin birleşmesine, tek elden yönetilmesine

sebeup olduğu ayrışmayı sınıf ayrışması olarak değilse de, zengin-yoksul ayrışması olarak nitelendirir. Ancak tüm gelişme ve değişimleri ve toplumun kurulmasını aklın ve tesadüflerin bir sonucu olarak ele alır ve idealist bir bakış açısından kurtulamaz. Rousseau, diğer düşünürlerin doğa durumuna ilişkin yaklaşımlarını, var olan sivil toplumdan edinilmiş yanıltıcı izlenimlerden hareket ettikleri gerekçesiyle eleştirir: “Toplumun temellerini incelemiş olan filozoflar hep doğa haline kadar gitmek gereğini duymuş, ama hiçbirini oraya ulaşamamıştır... hepsi de gereksinme, açgözlülük, baskı, istek ve gururdan aralıksız söz ederken toplumdan edinmiş oldukları fikirleri uygarlık öncesi doğa haline aktarmışlardır; vahşi insandan söz açmışlar, fakat uygar insanı anlatmışlardır”. Jean Jacques ROUSSEAU, **İnsanlararası Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma**, Çev: Rasih Nuri İleri, 8.b., Say Yayınları, İstanbul, 2004, (Eşitsizlik), s.84.

¹⁵⁶ Rousseau, insanları doğasında sosyal bir varlık olarak görmez. Bu nedenle bir araya gelip bir toplum kuramamış ve başıboş sürüler halinde yaşamışlardır. Doğal yaşamdaki insan özgür, mutlu ve her türlü baskıdan uzak bir hayat yaşar, herkes, mevcut her şey üzerinde sınırsız haklara sahip bulunur. Böyle bir ortamda, iyi-kötü, haklılık-haksızlık, eşitlik-eşitsizlik ve mülkiyet gibi kavramlar gelişmemiştir, dolayısıyla insanlar her bakımdan birbirleriyle eşit durumdadırlar. AKIN, s.159; Fikri GÜL, “Jean-Jacques Rousseau’nun Egemenlik Anlayışı”, **Felsefe Dünyası**, Sayı: 37, Yıl: 2003/1, s.180. Rousseau, insanı, sosyal olmayan ve duygusuz bir yaratık olarak ele aldığından, toplumsal gelişmeyi birtakım rastlantılara bağlamak zorunda kalır. İlk alet rastgele ortaya çıkmıştır ama ortaya çıkmasıyla beraber insanlar arasında eşitsizliğin de kaynağı olur. Çünkü elele verenler ihtiyaçlarını daha çabuk, daha kolay karşılamayı becerir. Bir de teknik gelişme başlayınca, artık, toprağını kim daha iyi ekerse, ekinin çoğunu o biçecektir ister istemez. Dolayısıyla çekemezlikler, çarpışmalar başlar. Dünya nimetlerinden eşit olarak yararlanma çağından çıkılır böylece. Varlıklı-yoksul ayrımı baş gösterir. Zenginlerin gözü komşusunun servetinde, yoksulunki varlığının ambarındadır. İşte kargaşa çağı bu değişmeden, özel mülkiyet ve eşitsizlikten doğmuştur. Önceleri zenginle yoksulu birbirinden ayıran bu eşitsizlik, varlığını korumak tasasına düşen zenginlerin kendisinden yana çıkacak bir takım yöneticileri iş başına getirmesiyle büsbütün dallanıp budaklanır. Zengin-yoksul eşitsizliğine bir de güçlü-güçsüz eşitsizliği eklenir. Toplumun başına geçenler, kendilerine verilen gücü, yetkiyi diledikleri gibi kullanmaya başlayınca, eşitsizliğin en göze batan biçimi, yani efendi-köle ilişkisiyle karşılaşırız. AKIN, ss.159-160.

¹⁵⁷ Jean Jacques ROUSSEAU, **Toplum Sözleşmesi**, Çev: Vedat Günyol, 8.b., Adam Yayınları, İstanbul, 2001, (Sözleşme), s.14.

¹⁵⁸ ROUSSEAU, Eşitsizlik, s.123.

bağlıdır. Ne var ki, birleşmeden doğacak bu gücün altında ezilmek, doğal özgürlüğünden olmak da istemez. Doğal yaşamdaki özgürlüğü, eşitsizliklerin kaynağı sivil toplumda da sağlamak için yapılabilecek tek şey vardır: “bütün haklarımızı topluma aktarmak”. Herkesin haklarını birer birer devretmesiyle ortaya, toplumu yönetecek olan “genel irade” denen ortak bir güç çıkmaktadır. Bir toplumdaki insanlar, kendi kişisel iradelerinden doğan bu genel iradeye sürekli olarak bağlı kaldıklarından, hem egemen, hem de uyruk durumunda bulunurlar. Özgürlükleri de buradan gelir¹⁵⁹.

Sözleşmeyle kurulan Rousseau’nun toplumu, insanlar arasındaki eşitsizliği politik eşitlik ya da yasalar karşısındaki hukuksal eşitlik biçimine dönüştürür¹⁶⁰: “Temel sözleşme, doğal eşitliği ortadan kaldırmak şöyle dursun, tam tersine, doğanın insanlar arasına koyduğu maddesel eşitsizlik yerine manevi ve haklı bir eşitlik getirir. İnsanlar güç ve zeka bakımından olmasalar da, sözleşme ve hak hukuk yoluyla eşit olurlar”¹⁶¹. Rousseau’ya göre, toplumsal sözleşme ile devleti meydana getiren bireyler, bütün doğal hak ve özgürlüklerinden topluluk lehine feragat etmektedirler. Böylece, bireyler artık devlet içinde, onun garantisi altında hak ve özgürlüklere sahip olmuş olmaktadır. Bireylerin eskiden olduğu gibi özgür kalması toplumsal sözleşme gereğidir. Bu sözleşmenin garantisi, bireylerin haklarını isteyerek devrettiği ve onların korunmasını sağlamakla yükümlü gördüğü devlettir¹⁶².

Sözleşme ile ortaya çıkan devlet ya da egemen varlık, onu oluşturan bireyler üzerinde sarsılmaz bir otorite oluşturur.

“Toplum sözleşmesinin amacı, sözleşmeyi yapanların korunmasıdır. Amacı isteyen araçları da ister; bu araçlarsa birtakım tehlikelerden, hatta birtakım kayıplardan ayrılmaz. Başkalarının zararına kendi yaşamını korumak isteyen, gerektiğinde yaşamını onlar için gözden çıkarmalıdır. Ayrıca, yurttaş yasanın “Atıl!” dediği tehlike üstüne yargı yürütemez artık ve hükümdar da: ‘Devlet için çıkar yol

¹⁵⁹ AKIN, ss.161-162. “Kendini bile bile bir efendiye kul etmek, özgür olmanın ta kendisidir” diyen Rousseau’nun kullandığı “bile bile” ifadesi toplum sözleşmesi kuramının da temel felsefesini ifade eder. Yani isteyerek ve bilerek sahip olduğu haklardan feragat eden ve bunu bir sözleşme dahilinde, eşitlik ve ortaklık temelinde kendisi gibi diğer bireylerin de haklarının korunacağı yeni bir sözleşme ile kayda bağlayan birey, Rousseau açısından özgürdür ve sahip olduğu bütün hakları güvence altına alınmıştır. Bu güvence, her bireyin bilerek ve isteyerek kendi koymuş olduğu kurallara yine kendisinin uyması şeklinde ifade edilen otonomi ilkesinin varlığıyla kendisini gösterir. Yani, bireyin özgürlüğünün garantisi, yine kendisidir. Kuralları kendi koyan ve bu kurallara uygun davranan birey, özgürdür. GÜL, s.187.

¹⁶⁰ EKİCİ, s.87.

¹⁶¹ ROUSSEAU, Sözleşme, s.34.

¹⁶² GÜL, ss.182-183.

senin ölmendir’, dediği zaman, yurttaş ölmek zorundadır. Çünkü o zamana kadar güvenlik içinde yaşıyorsa, bu koşulun gölgesinde yaşamıştır ve artık yaşamı yalnız doğanın bir nimeti değil, devletin koşullu bir armağanıdır. Canilere verilen ölüm cezası da aşağı yukarı aynı açıdan ele alınabilir. Zaten kötülük yapan her insan, toplumun haklarını çiğnerken, işlediği ağır suçlarla yurduna başkaldırmış ve hainlik etmiş olur; yasalarını çiğnemekle yurdun üyesi olmaktan çıkar, hatta ona savaş açmış sayılır... Suçlu öldürülürse artık bir yurttaş olarak değil, bir düşman olarak öldürülür. Yargılama ve karar onun toplum sözleşmesini çiğnediğini ve dolayısıyla devletin üyesi olmaktan çıktığını gösterir”¹⁶³.

Egemenlik deyince, anlamını yasada bulan genel yararlanmayı anlar Rousseau¹⁶⁴. Meşruluğunu genel iradedden alan Rousseau’nun egemenliğinin özellikleri: bırakılmazlığı, bölünmezliği, yanılmazlığı ve mutlak oluşudur. Egemenlik bırakılmazdır çünkü halk kendi iradesini bıraktığı anda halk olmaktan çıkar, bu durumda, egemenliğin üzerine konan bir efendi çıkar ortaya. Bu bakımdan milletvekilleri halkın temsilcileri değil, görevlileridir. Kendi aralarında kesin bir karara varamazlar, görevleri halkın karar verebilmesi için hazırlık yapmaktır. Bütün işlemleri halkın onaylamasına bağlıdır. Kuvvet bir azınlığın elinde olabilir ancak irade halktan koparılamaz¹⁶⁵.

Egemenliğin ikinci özelliği bölünmez oluşudur. Kişisel iradelerin bir araya gelmesiyle oluşan ancak onların toplamından bağımsız, ayrı bir varlığı olan “genel irade” parçaların toplamı olmadığına göre bölünmezdir. Bölündüğünde genelliğini yitirir ve özel irade oluverir. Bu özel iradeleri birbirlerine ekleyerek egemenliğe varmak isteyenler, ancak uydurma bir egemenlik bulurlar karşılarında. Rousseau, egemenliği yasama, yürütme ve yargı gibi kuvvetlere ayırmaya karşı çıkar¹⁶⁶.

Egemenliğin mutlak oluşu genel iradenin üstünlüğü ifade etmektedir. Bu iradeden kaynaklanan gücü kullanan iktidar ise mutlak ve sınırsız değildir. İnsan onurunu koruyan birtakım doğal hakların olduğunu ileri süren Rousseau, egemeni ortaya çıkaran toplum sözleşmesinde, bu doğal hakların değil, bireyin toplumla

¹⁶³ ROUSSEAU, Sözleşme, s.45. Tüm sözleşme kuramlarında olduğu gibi Rousseau’da da, toplumun kurulmasını zorunlu kılan doğal durum (sürekli savaş hali, eşitsizlikler, düzensizlik vb.) toplumun yıkılması ihtimaline karşılık sürekli bir tehdit unsuru oluşturur. Doğal yaşam varsayımları üzerinden yola çıkan kuramların en önemli meşruluk dayanağını da bu oluşturur. EKİCİ, s.88.

¹⁶⁴ AKIN, s.161.

¹⁶⁵ AKIN, s.162.

¹⁶⁶ AKIN, ss.162-163.

ilişisini belirten hakların egemene devredildiğini söyler ve böylece egemenliğin kullanılması bakımından sınırlarını da çizmiş olur¹⁶⁷.

Rousseau'nun kuramında en çok tartışılan kısım, genel iradeye bahsettiği yanılmazlık özelliğidir. Ona göre, özel iradeler yanılabilirse de, genel irade doğrudan şaşmaz, halkın yararına yönelmiştir. Özel iradelerin bir çeşit toplamı olan genel iradelere bağlı özel yararlanmalar birbirlerini karşılıklı olarak yok edince, geriye genel irade ve ortak çıkarlar kalır. Doğru olan, yanılmayan, kamu yararına işleyen de budur işte. Genel iradenin aydınlanması, halkın yanılmaması için, devlet içinde ayrı birliklerin bulunması ve her yurttaşa kendi görüşünü belirtme hakkının verilmesi gerekir¹⁶⁸.

Rousseau'nun toplumu oluşturan bireylerin iradelerinin toplamından farklı bir bütün olarak ifade ettiği “genel irade”ye bahsettiği üstün hükmetme gücü, Sieyes ile birlikte “ulus” kavramına aktarılır ve günümüz liberal demokrasilerine doğru alınan yolda önemli bir adım daha atılmış olur.

Sieyes'in amacı, burjuvazinin yükselen iktidarını, sayıca çok daha fazla olan işçi-köylü kesimlerin etkinliğinden kurtaracak ve iktidarı burjuvaziye verecek “temsili sistem”in meşruiyet dayanaklarını yaratmaktır.

Sieyes siyasal toplumunu üç aşamada kurar. İlk aşamada bireylerin bir araya gelmesi ile ulus ortaya çıkar. Sözleşmenin ikinci aşamasında ise birliğe somut bir varlık kazandırmak için gerekli olan ortak irade oluşturulur ve böylece topluluk, isteyen ve eyleyen bir bütün haline gelir. Üçüncü aşamada ise, yönetsel organ kurulur. Bu aşama, bireylerin yönetim faaliyetini hep bir elden yürütemeyecek kadar nüfusça fazla olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu durumda, bu ortak iradenin bir bölümünü, kamu ihtiyaçlarını karşılamaya ve kollamaya yetecek bir bölümünü, kendi aralarından birkaç temsilciye aktarırlar¹⁶⁹. Böylece iktidarın kullanımından sorumlu olan bir temsili organ oluşturulur¹⁷⁰.

Egemenliğin kaynağı olan ulusun iradesi anayasada ifadesini bulur. Bu bakımdan anayasa temsilcilerin ve egemenlikten kaynaklanan yetkileri kullananların iktidarının sınırını da belirler. Öte yandan her şey kendisine bağlandığına, her şeyin

¹⁶⁷ AKIN, s.164.

¹⁶⁸ AKIN, s.163.

¹⁶⁹ Emmanuel Joseph SIEYES, *Üçüncü Sınıf Nedir?*, Çev: İsmet Birkan, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, ss.68-69.

¹⁷⁰ TARHAN, s.15., AKIN, s.177.

kaynağı kendisi olduğuna göre, ulusu bağlayabilecek herhangi bir kuvvet, bir zorunluluk düşünülemez artık. Ulusun bir şeyi istemesi o şeyin olması için yeter. Hükümet, ancak kendi varlığını borçlu olduğu yasaları saydığı sürece meşrudur, ulus ise, kendi varlığını hiçbir şeye borçlu olmadığı için, hem her zaman meşrudur, hem de meşruluğun tek kaynağıdır¹⁷¹.

Rousseau ve Sieyes'in egemenlik anlayışındaki temel farklılık siyasal birliğin ve kolektif bütünün nasıl oluştuğuna dair olan algılarıdır. İlki kolektif bütünün/halkın yapay bir kuruluş olduğunu kabul ederken, ikincisi doğal olduğunu savunur¹⁷². Bu iki farklı algı bizi farklı egemenlik anlayışlarına götürür.

Halk, siyasal bir iradenin sonucu ortaya çıkan somut insanlar topluluğudur ve devletle birlikte aynı anda kurulur. Fakat devlet kuracak bir siyasi iradenin önceden varolması, belirmesi gerekliliği halkı bir yönüyle devletten önce varolan bir irade bir yanıyla da devletle birlikte kurulan bir siyasi irade biçimine sokan çelişkili bir duruma kapıyı aralar¹⁷³. Ulus kavramı ise kendisini oluşturan bireylerin tarihsel süreç içerisinde oluşturdıkları varsayılan bir ortak iradeyi ifade eden soyut bir kavramdır. Soyut bir olgunun egemenlikten kaynaklanan yetkileri kullanması beklenemeyeceğinden temsili yönetimin kuramsal altyapısı da hazırlanmış olur¹⁷⁴.

Sieyes tarafından temsile atfedilen bu önem, Rousseau'nun genel iradenin asla temsil edilemeyeceği fikriyle çelişir. Egemenliği toplumu oluşturan somut bireylerden değil de, soyut bir varlık üzerinden ifade etmenin en önemli avantajı temsili zorunlu ve meşru kılması aynı zamanda temsilciyi de birey iradelerinin sınırlarından kurtarmasıdır. Temsilci tüm ulusu temsil ettiği için, seçmenlerin temsilci üzerinde emredici bir yetkisi yoktur. Temsilcinin iradesi ulusal irade olarak kabul edilir. Ulusal irade ise daha önce değinildiği gibi hiçbir şekilde sınırlanamaz ve

¹⁷¹ TARHAN, ss.15-16. Anayasa'da ulusun önündeki bağlayıcı bir unsur değildir. Ulus, anayasadan da önce var olan bir irade olduğuna göre anayasayı da değiştirebilir, tamamen kaldırabilir. Sieyes bu durumu şöyle açıklar: "Ulus her türlü biçimden bağımsızdır; ne yolda istemede bulunursa bulunsun, - her türlü pozitif hukukun kaynağı ve en yüce hakimi olarak- önünde her türlü pozitif hukukun geçersizleşmesi için iradesinin ortaya çıkması yeter. ...bir ulus anayasal biçimlerle kendini bağlamamalıdır, bağlayamaz". SIEYES, s.74. Ulusun kendini hiçbir anayasal biçimle bağlamaması, ona anayasayı istediği durumda değiştirme veya yeniden inşa etme şansı tanır. Böylece anayasanın kurucu öğeleri arasında çıkabilecek herhangi bir anlaşmazlıkta, anayasanın ve toplumun devamı garanti altına alınmış olur. TARHAN, s.16.

¹⁷² Margaret Cannovan, *The People, Polity Press*, Manchester, 2005'ten Aktaran: TARHAN, s.17.

¹⁷³ Bernard Yack, "Popular Sovereignty and Nationalism", *Political Theory* içinde, sayı: 29, No: 4, 2001'den Aktaran: TARHAN, s.20.

¹⁷⁴ TARHAN, ss.20-21.

her zaman yasaldır. Bu nedenle temsilcinin iradesi önceden belirlenmiş hiçbir yasal normla bağlanamaz. Sièyes burada bir adım daha ileri gider ve temsilcinin otoritesinin halk tarafından veto veya referandum yoluyla sınırlandırılmayacağını söyler¹⁷⁵. Temsilciler meclisinde oy çokluğu ile alınan her karar yasa hükmünde olup, egemenliğin doğrudan kullanımına işaret eder. Yurttaşlar ile temsilcileri arasında herhangi bir farklılık olmadığı, her ikisi de aynı ortak çıkara ve aynı yasaya bağlı olduğu için egemenlik gene halkta kalmış olur¹⁷⁶.

Sieyes Fransız devriminin adeta sembolü olmuş ve görüşleri 1789 devrimi sonrası siyasal yapının oluşumunda esas alınmıştır. Özellikle temsili yönetim fikri, burjuvazinin iktidarını geniş işçi-köylü kesimleriyle paylaşmasının önünü alan bir yöntem olarak kabul görmüş ve tüm liberal devletlerin temel siyasal yönetim ilkeleri arasına girmiştir.

Burjuvazinin iktidara yürüyüşünde en önemli dayanaklarından biri olan ulus egemenliği kavramı ve özellikle onun öngördüğü temsile dayalı rejim, devrimler sonrasında parlamentonun üstünlüğü fikrinin ateşli bir biçimde savunulduğu bir dönemin kapısını aralamıştır. Ancak çok geçmeden parlamento elinde toplanan gücün de mutlak bir iktidardan farklı olmadığı, gücün bu kez kral yerine parlamentodaki topluluğun eline geçtiği ve merkezileşip ihtiyaç duyulan özgürlük ortamını engellemeye başladığı görülmüştür. Bu durum yasama ve yürütme erklerinin birbirinden ayrıştırılması, böylelikle iktidarın birbirini dengeleyen bir mekanizma içerisinde sınırlanıp denetim altında tutulması fikrinin doğuşuna kaynaklık etmiştir.

Bu fikri siyasal kuramının temeline oturtan düşünür ise Montesquieu'dur. Ona göre iktidarın sağladığı gücün kötüye kullanılmaması ancak ikinci bir iktidarın varlığı ile engellenebilir. Bunu sağlamak için, devleti ortaya çıkaran çeşitli kuvvetleri birbirinden ayırmalı, değişik ellere vermek gerekir. Siyasi özgürlüğü güvenliğe bağlayacak iktidarlar dengesi başka türlü kurulamaz¹⁷⁷. Bir başka deyişle devletin kuvvetleri o şekilde teşkilatlanmalıdır ki karşılıklı olarak birbirlerini frenleyebilsinler, ortada karşılıklı frenlerden mürekkep bir sistem bulunsun. Daha

¹⁷⁵ Murray Forsyth, Reason and Revolution The political Thoughts of the Abbe Sièyes, Holmes & Meier Publishers, .New York, 1987'den Aktaran: TARHAN, s.19.

¹⁷⁶ TARHAN, ss.18-19.

¹⁷⁷ AKIN, s.150.

sonra buna “ağırlık ve denge sistemi” de denmiştir. Montesquieu, devletin üç temel işlevine karşılık üç kuvvetin ayrılması ile bu dengenin kurulabileceğini öne sürmüştür: Yasama, yürütme ve yargı¹⁷⁸.

Yargı, ilkel toplumlarda toplumun ortak yürütme faaliyetinin bir parçası, devletli toplumlarda ise iktidarın yürütme faaliyetinin bir parçası olarak görülmesine karşın, Montesquieu ile birlikte, ayrı bir erk olarak tasavvur edilmeye başlanmıştır. Ancak Montesquieu yargıyı ayrı bir erk olarak ele alsa da, diğer iki erk karşısında zayıf bir konuma oturtmuştur. Ona göre yargıçların faaliyeti, yasaları uyuşmazlıklara mekanik bir şekilde uygulamaktan ibarettir. Yasa genel iradenin bir ürünü olduğuna göre bu yasanın yargı organı tarafından geçersiz kılınması şeklinde bir uygulama kabul edilemez¹⁷⁹.

Montesquieu’nun ortaya koyduğu siyasal sistem bakımından yargı neredeyse önem arz etmeyen bir erk konumundadır. Hatta düşünür, yargı iktidarını, yasanın uygulanmasına ilişkin bir sorun olarak değerlendirir. Düşünüre göre, yargıçlar, yalnızca yasaların sözlerini söyleyen dilden ibarettir¹⁸⁰. Yargılama yetkisi devamlı olarak bir senatoya değil, yılın çeşitli zamanlarında, yasaların buyruğu gereğince, halk tarafından oluşacak mahkemelere, işin gerektirdiği süre etkinlikte bulunacak mahkemelere verilmelidir. Yargılama düzenli ve sürekli bir organın eline bırakılır, aynı bütün içinden seçilen yargıçlarla yargı gücü kullanılacak olursa, güçler bir araya gelmiş olacaktır¹⁸¹. Bu nedenle yargı kuvveti yasama ve yürütme kuvvetinden ayrılmalıdır. Zira, yasama kuvvetiyle birleşirse yargıç yasa koyucu durumuna gelecek, böylece yurttaşların ölüm kalımları keyfi iradeye bağlı tutulacaktır. Yürütme

¹⁷⁸ CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.57.

¹⁷⁹ CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.58. Yasanın genel iradenin ürünü olduğu şeklindeki Rousseaucu yaklaşımın Fransız devrimi ile birlikte Fransız hukuk geleneğinin bir parçası haline gelmesi de genel iradenin ürünü olan bir yasanın yargı organı tarafından geçersiz kılınması şeklindeki bir uygulamanın reddedilmesine yol açmıştır, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları bildirgesiyle kuvvetler ayrılığının teyid edilmesine rağmen 16-24 Ağustos 1790 kararnamesinde yargıçların “arrêts de reglement” çıkarması yasaklanmış, bununla da yetinilmeyerek devrim yasalarında yargıçların yasayı eleştirmesi ve yorumlaması da yasaklanmıştır. 1789 öncesinde yargıçların kullandıkları yetkilerin ortadan kaldırılmasını öngören bu düzenlemelere göre yargıçlar yeterince açık olmadığını düşündükleri bir yasayı yorumlamak yerine yasama organından yasanın anlamı ile ilgili görüş almak zorunda bırakılıyorlardı. Bu tablonun büyük ölçüde değişmesi ve yargı yorumlarının önem kazanmaya başlaması 19. Yüzyılla birlikte, Napolyon’un başlattığı kanunlaşma hareketleri sürecinde gerçekleşmiştir. Bkz. Ozan ERGÜL, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, ss.104-105.

¹⁸⁰ Cemal Bali AKAL, **Yasa ve Kılıç**, 2.b., Engin Yayıncılık, İstanbul, 1995, s.123.

¹⁸¹ AKAL, s.124.

kuvvetiyle birleşirse de, yargıç bir zalim olacak ve her iki durumda da özgürlükten eser kalmayacaktır¹⁸².

Akal'a göre, Montesquieu'nun hiçlikle değerlendirdiği yargıyı, kuramında üç güçten biri olarak değerlendirmesinin altında, soyluları kralın keyfi yargılamalarından ve ulusun sıradan mahkemeleri önünde yargılanmaktan kurtarıp soylular kuruluna vermesi yatmaktadır. Akal, bunu şöyle ifade etmektedir: *“Yasaya bağlı kalması gereken yargının yalnızca işlev olarak soylular lehine özelleştirilmesi. Montesquieu'nun, ünlü yargının bağımsızlığı kuramının özü budur: Krala ya da krallığa, 'ekmeğini yiyen kamu görevlileri bağımsız olamaz, önce soyluları sonra da -tabii soylular sayesinde- halkı sen yargılama' der”*¹⁸³.

v. Demokratik Egemenlik

Klasik egemenlik anlayışı, krallığın mutlak iktidarı karşısında gelişmekte olan kapitalist toplumun ihtiyaçlarının bir ürünüdür. Tüm toplumsal yaşamı belirleyecek bir gücü elinde bulunduran kralın gücünün ulus egemenliği fikrine dayanarak parlamento eliyle sınırlandırıldığı klasik egemenlik anlayışı kapitalist toplumun gelişimi için ihtiyaç duyulan özgürlük ortamının yaratılmasında önemli bir adım olmuştur. Ancak çok geçmeden, parlamento elinde merkezileşen gücün de tıpkı kralın mutlak iktidarına benzeyen bir yapı ortaya çıkardığının görülmesi, klasik egemenlik anlayışının belli başlı argümanlarının revize edilmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Demokratik egemenlik anlayışına giden yolda ilk adım parlamentonun üstünlüğü fikrinin tartışmaya açılmasıdır. Bu dönem mutlak egemenlik anlayışının yerini “hukukla sınırlanmış bir egemenlik” anlayışının aldığı bir dönemdir¹⁸⁴.

Klasik egemenlik anlayışında olduğu gibi demokratik egemenlik anlayışında da egemenlik kaynağı bakımından soyut bir varlık olan ulusa aittir. Ve ulus iradesini kurucu rol oynadığı anayasada somutlar. Rousseau bu iradeyi toplumu oluşturan bireylerin iradelerinin toplamından farklı bir iradeyi temsil eden “genel irade”

¹⁸² Bahtiyar AKYILMAZ, “Tarihi Gelişimi İçinde ve Özellikle Montesquieu'de Kuvvetler Ayrılığı”, **İçinde: Prof. Dr. Halil Cin'e 10. Hizmet Yılı Armağanı**, Konya, 1995, (Montesquieu), s.56.

¹⁸³ AKAL, s.124.

¹⁸⁴ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.170.

kavramı ile açıklarken, Sieyes bir toplumu oluşturan bireylerin belli aşamalardan geçerek oluşturdukları birey iradelerinden bağımsız bir varlığa sahip “ortak irade” kavramı ile açıklamıştır. Görüldüğü üzere her iki düşünür de, ulus/halk iradesini soyut ve birey iradelerinden bağımsız bir varlık olarak ele almıştır. Demokratik egemenlik anlayışı bu temeli korumuştur. Bu bakımdan ulus iradesi bireylerin iradelerinin toplamını değil, bireylerden bağımsız bir varlığa sahip olan bir üstün iradeyi temsil etmektedir.

“Bir topluluğun millet olarak var olduğu ya da varlık kazandığı andan itibaren, ülke toprakları üzerinde bulunan tüm bireyler üzerinde doğal ve zorunlu olarak egemenlikle donatıldığı anlamına gelmektedir. Millet in egemen bir güçle donatıldığını söyleyebilmek, her şeyden önce kendisini oluşturan bireylerden farklı bir kişilik olduğunu kabul etmek demektir. Bireysel bilinç ve iradelerin üzerinde ve onlardan farklı bir bilinç ve iradeye sahip, kendine özgü ruhu olan bir ulusal varlık olarak millet, milli egemenlik öğretisinin tüm farklı yorumlarının ortak ve temel kabulüdür.”¹⁸⁵

Ulus soyut ve kendisini oluşturan bireylerden bağımsız bir varlık olarak ele almanın önemli bir sonucu vardır. Soyut bir varlık olan ulus, üstün hükmetme gücünün gerektirdiği görevleri bizzat yerine getiremeyeceğinden bu görevleri somut bireyler aracılığıyla gerçekleştirmek zorundadır. Bu bakımdan ancak temsilciler aracılığıyla egemenlik yetkisinin gerektirdiği görevler yerine getirilir¹⁸⁶. O halde egemenlik kaynağı bakımından ve kullanılması bakımından birbirinden ayrılmak durumundadır.

Ulus ve onun doğal sonucu olarak ortaya çıkan egemenlik, devletin de kurucu ögesidir. Bu bakımdan tanımı itibariyle egemen olan devlettir çünkü devlet egemen ulusun ta kendisidir. Devletin kurucu özü ve meşruiyet temeli olarak ele alınan ulus iradesi demokratik sistemlerde anayasalar aracılığıyla somutlanır. Bu durumda kaynağı ulus olan egemenlik, kullanılması bakımından, teorik olarak, devlette cisimleşen bir üstün hükmetme gücüdür. Devlet bu gücü organları aracılığıyla kullanır. Devlette cisimleşen egemenliğin getirdiği yetkiler seçilmiş temsilciler olan bireyler aracılığıyla yerine getirilir.

Demokratik egemenliği klasik ulus egemenliği anlayışından ayıran en önemli ayırım bu noktada ortaya çıkar. Demokratik egemenlik anlayışında anayasa koyucu

¹⁸⁵ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.180.

¹⁸⁶ Tevfik GÜLSOY, “Milletin Temsili”, **KhukA**, Eylül 2006, (Millet), s.75; AKYILMAZ, s.7.

iktidar ile anayasal iktidar yani yönetsel iktidar birbirinden ayrılır. Sınırsız olan anayasa koyucu iktidar ulusa aitken, sınırlı olan anayasal iktidar ulus tarafından yöneticilere devredilir. Sonuçta iktidarın asıl sahibi ulus olarak belirir, fakat ulus daha önce de belirttiğimiz gibi somut bireylere işaret etmez. Yack’a göre bu durum “halkın iki vücudu” arasında bir ayrıma yol açar. Siyasal kurumlara aktif olarak katılan bir halk tahayyülünün yanı sıra, halk bu kurumlardan önce gelen, bu kurumları kuran ve onların meşruluğu üzerinde son sözü söyleme hakkına sahip olan siyaset-öncesi bir toplum (ulus) şeklinde de tahayyül edilir¹⁸⁷.

Bu ayrımın önemi, siyasal alanın biçimlenmesi bakımından, egemenlikten kaynaklanan ve yasama-yürütme-yargı erkleri biçiminde formüle edilen üstün hükmetme gücünün nasıl ve kim tarafından kullanılacağı sorusunda gizlidir. Çünkü bu erklerin tek bir kişi yahut tek bir organ tarafından kullanılması da, ayrı ayrı organlar tarafından kullanılması da ulus egemenliğine içkindir. Nitekim modern devletlerin ilk dönem uygulaması bakımından erklerin tek bir elde toplandığını görürüz. Ancak bu uygulamanın, kaynağı ulus olan egemenliğin pratikte tek bir kişinin mutlak egemenliğine dönüşmesi, zamanla erklerin ayrı organlar eliyle kullanılması uygulamasını ortaya çıkarmıştır. Çünkü kuvvetlerin tek elde toplanması pratikte egemenliğin devri sonucunu doğurmaktadır. Oysa egemenlik devredilmezdir. Bu nedenle demokratik egemenliğin vazgeçilmez ilkelerinden birisi de kuvvetler ayrılığı ilkesidir.

Yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları, devlet iradesini ortaya koyan eylem ve işlemler bütünüdür. Yasama işlevi ile devlet, toplumsal yaşamın zorunlu kurallarını koyar ve bu kurallar devlet organlarının icraatı bakımından aynı zamanda bir sınır ödevi görürler. Yürütme ve yönetme işlevi, toplumsal amaçların elde edilmesi için devletin bütün somut faaliyetini içerir. Bu faaliyet kanunlara dayanılarak yürütülür. Yargı organının görevi, çekişmeli hallerde gerek bireylere gerek icrai ve idari organlara karşı hukuku tespit etmekten ibarettir¹⁸⁸.

Buna göre, yasama ve yürütme iktidarı bireylerin rızalarına dayanır ve bu rızaya uygun eylem ve işlemlerde bulunur. Yargı iktidarı da bu rızaya uygun olarak kurularak, bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için anayasanın ve

¹⁸⁷ Bernard Yack, a.g.e., Aktaran: TARHAN, ss.6-7.

¹⁸⁸ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.230.

hukuk düzeninin korunmasını sağlar¹⁸⁹. Bu bakımdan klasik anlayışın aksine demokratik egemenlik anlayışı yargıya daha farklı bir yer vermektedir. Yalnızca temel işlevi olan uyuşmazlıkların çözümü değil, aynı zamanda kurucu iktidarın iradesinin ve onun ortaya çıkardığı devlet ve hukuk düzeninin korunması görevleri de yüklenmiştir yargıya. Böylelikle yargı, diğer iki erk ile ilişkisi bakımından hem bir denetleme aracı hem de denge unsuru haline gelir. Bu yüzdendir ki, yargının diğer iki erkten bağımsızlığı yönündeki vurgu önem kazanır. Kaboğlu'na göre; yasama ve yürütme organlarının kendi yetki ve görev alanlarında işleyişi, yargı erkinin ayrı ve bağımsız bir statüde örgütlenmesi ile mümkündür. Aslında erkler ayrılığı yargı organlarının yaptırımına bağlanmış bir ilkeyi ifade eder¹⁹⁰.

Kuvvetler arasındaki ilişkinin bu ele alınış biçimi demokratik egemenlik anlayışının, klasik egemenlik anlayışından ayrıldığı bir başka noktadır. Erkler arasındaki ayrım klasik anlayışın aksine katı bir ayrım değil, daha çok işbirliği ve karşılıklı denetime bağlı bir ayrımdır. Bunun gerçekleşebilmesi için kuvvetlerin birbirinden bağımsızlığının sağlanması gerekir. Bu gerekliliği Hamilton şöyle açıklamıştır:

*“Eğer yürütme ve yargılama uzuvları, yasama uzvuna mutlak bir şekilde bağlı kalacaksa, yürütme ile yargılamayı yasamadan ayırmak neye yarar? Böyle bir ayırma yalnızca sözde kalır ve güdülen amaçları gerçekleştiremez. Kanunlara tabi olmak başka şey, yasama uzvuna tabi olmak başka şey. Birincisi iyi devlet idaresinin temel ilkelerine uygun düştüğü halde, ikincisi bunları ihlâl eder. Anayasadaki şekiller ne olursa olsun bütün iktidarlara aynı ellerde birleştirir. Yasama otoritesinin öbür otoriteleri emmek eğilimi her zaman vardır ve cumhuriyetçi olan devlet idarelerinde bu eğilimin önüne geçmek adeta imkânsızdır. Bir halk meclisindeki halk temsilcileri bazen kendilerinin halk oldukları sanısına kapılırlar ve başka bir taraftan gelecek en küçük muhalefet belirtisi karşısında çok kuvvetli sabırsızlık ve nefret alametleri gösterirler. Yürütme veya yargılama organlarının kendi yetkilerini kullanmasını, yasama organındakiler imtiyazlarına karşı bir saldırı ve asaletlerine karşı bir hakaret sayarlar. ...Normal olarak halk da onlardan yana olduğu için öyle ustaca hareket ederler ki, devlet idaresinin öbür organları, anayasadaki dengeyi muhafaza etmek bakımından büyük güçlüğü uğrarlar.”*¹⁹¹

¹⁸⁹ İPEK, s.216.

¹⁹⁰ İbrahim Özden KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 3.b., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.112.

¹⁹¹ Alexander HAMILTON; “Yürütme Uzu, Yürütme Uzunun Genel Mahiyeti”, **İçinde: Anayasa Üzerine Düşünceler-Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler**, Çev: Mümtaz Soysal, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, İstanbul, 1962, s.72.

Kaynağı ulus olan bu erklerin kullanımı bakımından özelliği, egemenliğin dolaylı bir kullanımı olduğundan sınırsız ve mutlak değildir. Zira bir nevi vekalet ilişkisi söz konusudur. Bu bakımdan vekil edenler ulus iradesine uygun davranmak zorundadırlar. Yasama bakımından bu sınır, kurucu iradeyi ortaya koyan anayasa ile çizilmiştir. Parlamento faaliyetlerini anayasaya uygun olarak yerine getirmek durumundadır. Yürütme de anayasa ve parlamentonun çıkardığı yasalara uygun davranmalıdır. Yargı, yasama ve yürütmenin egemenliğin ortaya koyduğu sınırlara uygun davranıp davranmadığını denetlemek yanında, kendisi de egemenden aldığı yetkinin sınırları içerisinde davranmak durumundadır. Yargı bakımından da bu sınırlar başta anayasa olmak hukuk düzeni ve bu düzende somutlanan ulus iradesidir. Bu bakımdan demokratik egemenlik, egemenliğin klasik algılanışındaki “mutlak” yönü “hukukla sınırlayarak” kısıtlamıştır.

Soyut bir varlık olmasından kaynaklı olarak egemenliği doğrudan kullanamayan ulusun temsilcilerini nasıl belirleyeceği bir başka önemli husustur. “Seçim” yoluyla ortaya çıkan temsili demokrasi, demokratik egemenlik anlayışının bu soruna ilişkin çözümüdür. Çünkü demokrasinin pekiştiği, demokratik egemenliğin var olduğu bir anayasal düzende, bütün siyasal kararlar genel oya dayanan, bu nedenle kararlarından dolayı halka hesap verir ve sorumlu kılınabilen seçilmiş kurumlar ve organlar tarafından alınmalıdır¹⁹². Klasik egemenlik anlayışı ile önemli bir ayrım noktası da burada karşımıza çıkar. Çoğunluk ve çoğulculuk açısından ele alınan bu ayrım temsili demokrasi bakımından önem arz etmektedir.

Çoğunluk, demokrasilerdeki karar alma yöntemlerinin önemli bir aracıdır. Bu bakımdan ulus egemenliği ilkesinin de bir yansıması, bir gereğidir. Çoğunluğun, demokraside yurttaşları karar alma sürecine katan eşitlik ilkesinin somut bir uygulama görünümü olmak bakımından önemi çok büyüktür¹⁹³. Ancak, demokratik egemenlik anlayışında, çoğunluk demokrasinin tek şartı değil, demokratik süreçlerin işleyişinde yer alan unsurlardan bir tanesidir. Salt çoğunluk ilkesine dayanan bir demokratik sistem, çoğunluk karşısında azınlığın kendisini ifade edebilme ve etkin olabilme imkanının kısıtlanması riskini de içinde barındırır. Bu nedenle, çoğunluk

¹⁹² Serap YAZICI, “Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yetki ve Ayrıcalıkları: Sivillesemeye Yönelik Anayasal ve Yasal Reformlar”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:1, Sayı:4, Ekim-Aralık 2004, s.215.

¹⁹³ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.194.

ilkesinin meşruluğu, azınlık görüşünün eşit değerde bir alternatif olarak mevcut olmasına bağlıdır. Bu demektir ki çoğunluk ilkesi, azınlıkta kalanların ayrımcılığa uğramaması ve ilerde çoğunluk haline gelmesini sağlayacak haklara sahip olması konusundaki bir mutabakat temelinde işleyebilir. Böyle olunca çoğunluk ilkesi çoğunluğun sınırsız ve keyfi egemenliği ile özdeş olmaktan çıkar, azınlık haklarına saygılı çoğulcu bir yönetimin formülü haline gelir¹⁹⁴. İşte azınlık haklarına dayalı bir çoğulculuk liberal demokratik egemenlik anlayışının ayırt edici bir başka özelliğidir.

b. Egemenlik Kavramına İlişkin Eleştirel Yaklaşımlar ve Değişen Egemenlik Anlayışı

Egemenlik kavramı 18. yy'dan bu yana modern demokrasilerin meşruiyet temeli olarak ele alınsa da, kavrama pek çok yazar tarafından ciddi eleştiriler de yöneltilmiştir. Kavramın temel olarak reddini içeren en keskin eleştiri Duguit'e aittir. Devleti, bir toplumdaki siyasi farklılaşma vakasından ibaret gören ve ne devletin ne de milletin, kendisini oluşturan fertlerden ayrı bir realiteye, bir bilinç ve iradeye sahip olmadığını ileri süren Duguit, milli egemenlik öğretisinin, siyasi iktidarda tanrısal nitelik görme bakımından tanrısal hak doktrininden farklı olmadığını görüşündedir¹⁹⁵. O'na göre; "kralın tanrısal hakkı" yerine "halkın tanrısal hakkı"nın oturtan bu öğreti, teokratik öğretinin mantığını aynen korur ve yansıtır¹⁹⁶.

Duguit, devletin kişiliği gibi egemenliğinin de metafizik bir kavram olduğu görüşündedir. O'na göre devletin egemenlik denilen bir hakkı yoktur. Çünkü ne sübjektif bir hak ne de bu hakka sadece irade olmak mahiyetiyle sahip olabilecek bir irade vardır. Devlet, hükümet ve idareyi elinde bulunduranlardan oluşan bir topluluktan ibarettir, dolayısıyla egemenlik bu şahıslara ait olamaz. Dahası biri diğerinden üstün bir iradede söz edilemez. Duguit'in egemenlik kavramına karşı çıkış nedeni şu cümlelerinde özetlenmektedir: *"Egemenlik mevcut olsaydı sahibi bulunamayacaktı. Çünkü egemenlik ne prense, ne bir kişi gibi sayılan millete, ne de kişileştirilen devlete izafe edilemez. Millete bile izafe edilemez, çünkü bu fert*

¹⁹⁴ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.194.

¹⁹⁵ DUGUIT, Egemenlik, s. 391.

¹⁹⁶ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.181.

çokluğunun iradesiyle azınlığa hükmetmesi demek olur ve bunun niçin böyle olduğunu anlamak mümkün değildir”¹⁹⁷.

Ulusa bir kişilik ve bu kişiliğin iradesine de üstünlük atfeden fikri de reddeder Duguit: *“Elbette ulus bir gerçekliktir, ... ama bundan ulusun bir kişilik olduğu sonucu çıkarılamaz. Kuşkusuz aynı ulusun üyeleri, aynı anda aynı şeyi düşünür isterler. Milyonlarca kişinin aynı anda aynı şeyi düşünüp istemesinden, aynı amacı izlemesinden, aynı ülkeye özlem duymasından, milyonlarca bireysel iradenin dışında, onlardan ayrı ve onlara üstün, tek ve toplu, genel bir iradenin bulunduğu sonucu çıkmaz ve asla da çıkarılamayacaktır.*”¹⁹⁸

Kavramın metafizik içeriğine karşı çıkan başka yazarlar da vardır. Ulusal irade ve egemenlik tasavvurunun tamamen hayal mahsulü olduğu, hükümet edenlerin arkasında millet diye bir şahıs ve milli irade diye esrarengiz bir kuvvet görmenin soyut bir tasavvurdan ibaret olduğu belirtilmiştir.

*“Olayların ve gerçek varlıkların arkasında bunları sevk ve idare eden görünmez güçler ve iradeler tasavvur etmek yeni bir şey değildir. Eski insanlar hep böyle dini veya metafizik düşünürler ve tabii olayları bile tabiatüstü bir takım kuvvetlerin tezahürü zannederlerdi. Milli egemenlik ve milli irade gibi fikirler efsaneler devrine aittir. Bu fikirler, bunları doğuran tarihi olaylar ile birlikte çoktan tarihe karışmalıydı. ...Fakat böyle olmadı. Milli irade ve egemenlik fikri mabutsuz, kilisesiz ve ayinsiz bir din kutsiyeti aldı ve yeryüzünü sayısız mücahitleri, azizleri ve şehitleri ile doldurdu. ...Bunlara inanılmış fakat doğru olup olmadıkları araştırılmamıştır. ...milli irade ve egemenlik fikirlerinin efsanevi mahiyeti bu fikirlere beklenilmedik bir muvaffakiyet ve devam temin etmiştir.”*¹⁹⁹

Egemenlik anlayışını eleştirel bir yaklaşımla ele alan C. Schmitt ise kavramın metafizik içeriğini eleştirse de egemenlik olgusunu reddetmez. Modern devlet kuramına ait bütün merkezi kavramların dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramları olduğunu söyleyen Schmitt’e göre modern hukuk devleti düşüncesi, ancak akılcı ve hiçbir olumsuzluğa yer bırakmayan bir dünya görüşü içerisinde, kavranabilir bir düzen tasavvuruyla, bu düzeni kuran iradenin artık ona müdahale etmeyeceği garantisini de veren hukuki bir işlemciliğe bel bağlanarak umut edilebilir. Bu düzen içinde

¹⁹⁷ DUGUIT, Kamu Hukuku, s.70.

¹⁹⁸ DUGUIT, Egemenlik, s.392.

¹⁹⁹ Ali Fuat Başgil, Ana Hukuk – Eski Adile Esas Teşkilat Hukuku Dersleri- Birinci Cilt-Fasikül 1, Siyasal Bilgiler Okulu Yayınları: 10, Ankara, 1943’den Aktaran: CANİKLİOĞLU, Anayasal Devlet, s.182.

yargılayanlar ve hukuki kararları verenler, genel hukuki kuralları tikel olgu ve hadiselerle uygulayan pratisyenler konumuna indirgenirler²⁰⁰.

Schmitt, “en üstün ve asli hükmedici güç” biçiminde yapılan egemenlik tanımının geçerli olması veya olmaması arasında teorik ve pratik açıdan büyük bir fark olmadığını, tartışmanın somut uygulamaya yönelmesi gerektiğini ve bunun da “bir anlaşmazlık durumunda kamusal çıkar veya devletin çıkarını, kamu güvenliği ve düzenini neyin oluşturduğuna kimin karar vereceği” noktasında düğümlendiğini belirtir²⁰¹. Bu bakımdan konunun tespiti açısından ele alınacak en uygun olgu “olağanüstü hal”dir²⁰². Ona göre, pratikteki önemi bakımından, “egemen aslında olağanüstü hale karar verendir”.

Olağanüstü halde modern hukuk devleti anlayışının hukuksal düzene dair öngördüğü hiçbir kural işlemez. En fazla anayasanın böylesi bir durumda kimin müdahaleye yetkili olacağını göstermesi mümkün olabilir. Fakat bu durumda da durumun “olağanüstü” olduğuna kim karar verecektir? İşte Schmitt’e göre egemen bu kararı verendir. *“O (egemen), hem durumun acil olup olmadığına hem de bunu bertaraf etmek için ne yapılması gerektiğine karar verendir. O, normal durumda geçerli olan hukuk düzeninin dışında olmakla birlikte, yine de bu düzene aittir, çünkü anayasanın tümünün askıya alınmasına karar vermeye yetkilidir”*²⁰³. Aynı mantıkla yaklaşırsak, hukuk düzeninin bir anlam ifade edebilmesi için belli bir düzenin sağlanmış olması gerekir. Egemen bu düzenin sağlanmış olup olmadığına karar verendir.

Egemenliğin özüne ilişkin temel sorunu tesis etmek ve açıklamak bakımından hukuksal ve olgusal, normatif ve fiilî ya da biçimsel ve operasyonel egemenlik ayırımının yapılması zorunludur. Schmitt de egemenlik sorununun özünün burada yattığını söyler. O’na göre fiilî ve hukukî egemenlik arasındaki ilişki,

²⁰⁰ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, ss.185-186.

²⁰¹ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.186.

²⁰² “Normal durum hiçbir şeyi ispatlamaz, ama istisnalar her şeyi ispatlar; istisna kaideyi haklı çıkarır, hatta diyebiliriz ki kaide sadece istisnanın sayesinde olabilir. İstisnada, gerçek hayatın kuvveti, tekrarların içinde dona kalmış bir mekânının kabuğunu deler”. Carl Schmitt’ten Aktaran: Professor Dr. Dres. H.c.Bernd RÜTHERS, “20’inci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt”, Çev: Hüseyin Özcan, Muaz Şeker, **KhukA**, Eylül 2006, s.137.

²⁰³ Carl SCHMITT, **Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev: Emre Zeybekoğlu, 2.b., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s.14.

egemenlik kavramının temel sorunudur, bütün güçlük burada yatmaktadır²⁰⁴. Hukuk düzeni, olağanüstü hal bakımından yetersiz kalmaktadır. Buna ilişkin yetkiler tanımlanabilirse de, bu durumda, pratikte egemenlik kavramı anlamı yitirmektedir. Bu bakımdan olağan durumlar bakımından değil, esasta “üstün gücü” ortaya çıkaran olağanüstü durumlara bakarak egemeni belirlemek gerekir. Bu durumda olağanüstü hale kim karar veriyorsa egemen de odur²⁰⁵.

Schmitt egemenliğe yaklaşımını, ulus egemenliği kuramı ve temsili demokrasinin Almanya pratiğindeki uygulamasındaki çarpıcı gerçekleri gözler önüne sererek ifade eder. Hitler faşizmi pratiği bir nevi Schmitt’in tezlerini doğrular nitelikte sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Schmitt bu durumu, tarihin bir yol kazası değil, liberal demokrasinin mantığı gereği önlenemez bir sonucu olarak gördüğü için Nazilerin müttefiki olabilmıştır²⁰⁶.

Schmitt’in egemenliğe yaklaşımı ve öngördüğü siyasal yapılanmanın, pratikteki sonuçlarını görmüş bir dünyada kabul edilmesi mümkün değildir belki ama aynı zamanda bazı reddedilemez gerçekleri de tüm açıklığıyla gözler önüne sermiştir. Ulus egemenliği fikrinin metafizik altyapısı ve böylesi bir egemenlik anlayışının, - her ne kadar doğrudan bunları kastetmemiş olsa da- iddia edildiğinin aksine halkı yönetime katmadığı, pratikte belli bir kesimin egemenliğinden başka bir şey olmadığı, hukukun tüm koruyucu ilkelere karşın yine belli bir kesimin fiili müdahalesi sonucu ortadan kaldırılabileceği gerçeklikleri dünya pratiğiyle uyumaktadır. Gladio tarzı örgütlenmeler, 1980’li yıllarda Arjantin, Şili, Yunanistan, Türkiye gibi ülkelerde gördüğümüz cunta yönetimleri, ABD’nin Irak müdahalesi ve 11 Eylül sonrası ABD ve Avrupa ülkelerinde hayat bulan kimi uygulamalar ve daha birçok örnek egemenlik kavramının ele alınış biçiminin ve onun ortaya çıkardığı siyasal sistemin yalnızca olağan (verili sistemin çıkarlar dengesi bakımından tehlike arz etmeyen) durumlarda işlerliğinin tartışılabileceği, ancak çıkarlar dengesinin bozulduğu noktada tüm koruyucu düzenlemelerin işlevsizleşeceği görüşüne

²⁰⁴ Mithat SANCAR; “Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:20, 2003, (Egemenlik), s.163.

²⁰⁵ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.185.

²⁰⁶ Nur VERGİN, **Siyasetin Sosyolojisi Kavramlar Tanımlar Yaklaşımlar**, 6.b., Doğan Kitap, İstanbul, 2008, s.108. Hitler’in emri üzerine, 30. Haziran 1934’te, 90’dan fazla insanın katledilmesi hakkında Schmitt şunları yazmaktadır: “Önder, tehlike anında önderliğine dayanarak, “en yüksek yargıç” olarak hukuku uygular, hukuku en vahim istismlardan korur.(!)...Gerçek önder aynı zamanda yargıçtır”. Aktaran: RÜTHERS, s.138.

katılmaktayız. Ancak bu gerçeklikten yola çıkarak vardığı devlet kuramına katılmanın imkanı yoktur.

Ulus egemenliğine ilişkin tartışma günümüzde de halen sürmektedir. Uluslararası ilişkilerdeki gelişme ve değişmelerden kaynaklı bu tartışmalar ulus egemenliği ve ulus-devlet anlayışını da tartışılır hale getirmektedir. *“Devletler için her alanda yasa yapıcılığı, ulusal sınırlar içinde kendi kaderini kendi belirleme, iç işlerinde bağımsızlık gibi ulus devlet hukukunun üzerinde yükseldiği temeller sarsılmaktadır. Bugün, ulusal yasa yapıcılığı yerine kapitalist merkezlerce üretilen kodların uyarlanması, kendi kaderini belirleme yerine küresel bağımlılıktan söz edilmekte, iç-dış ayrımı belirsizleşmektedir”*²⁰⁷.

Egemenlik kavramında değişimden söz açıldığında akla gelen ilk olgu “küreselleşme” diye tabir edilen, kapitalizmin emperyalizm aşamasına ulaşmasının ortaya çıkardığı uluslararası gelişmelerdir. Mali sermayenin uluslararası ölçekteki belirleyiciliğinin arttığı ve ekonomik ve sosyal politikaları belirleme anlamında ulus-devletlerin etkinliğinin ciddi biçimde azaldığı bir dünyada ulus-devletlerin ve ulus egemenliğinin anlam içeriği kaçınılmaz olarak tartışılır duruma gelmiştir. Küresel sermayenin gereksinimleri için küresel ortak hukuka geçişten söz edilebilmektedir²⁰⁸.

Sancar’a göre, dış egemenlik kavramının hukuksal bakımdan içeriğini 1648’deki haliyle koruduğunu söylemek mümkündür. Her devletin birbirlerine karşı eşit egemenliği ilkesi varlığını sürdürmektedir. Bugün de, uluslararası sistemin ya da uluslararası toplumun anayasası olarak kabul edilen Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın 2’nci maddesi de bu ilkeyi açıkça belirliyor, dolayısıyla, bugün, uluslararası sistemde hukuken geçerli olan temel ilkesi olarak varlığını koruyor. Ancak fiili duruma baktığımızda durum farklı bir hal almaktadır. Bu özellikle Körfez Savaşı ile tartışılır olmuş, Balkanlarda yaşananlar ve son olarak da Irak müdahalesi dış egemenliğe dair temel ilkelerin çiğnendiği uygulamalar olarak tarihe geçmiş ve

²⁰⁷ KİLİM, s.58.

²⁰⁸ Uluslararası anlamda bir yasakoyucudan söz etmek mümkün olmamakla birlikte, kodifikasyon çalışmaları yapan uluslararası örgütler mevcuttur. Örneğin savaş hukuku 1899, 1907 ve 1930 Lahey Konferansları ile kodifiye edilmiştir. Günümüzde ise uluslararası ceza hukuku, açık denizler, karasuları, vatandaşlık, yabancılar hukuku, mülteciler hukuku, diplomasi ve konsolosluk hukuku, devletlerin sorumluluğu ve tahkim konularında kodifikasyon çalışmaları sürmektedir. Uluslararası hukuku kodifiye etme BM Genel Kurulu görevlerinden kabul edilmiş ve bu amaçla Uluslararası Hukuk Komisyonu kurulmuştur. Bu komisyon sözleşme tasarıları hazırlamakta ve var olan kuralları derlediği gibi bu kuralları geliştiren önerileri de göz önüne almaktadır. Aynı şekilde Avrupa Komisyonu da günümüze kadar iki yüze yakın sözleşme hazırlamış ve Türkiye bu sözleşmelerden çoğuna katılmıştır. KİLİM, s.71.

egemenlik kavramı tartışmaya açmışlardır. Bu durum yukarıda da değindiğimiz Carl Schmitt'in olağanüstü duruma kim karar verirse o egemendir fikrini yeniden hatıra getirmektedir. Zira ABD'nin dünya üzerindeki emperyalist hegemonyasını başka türlü açıklamak imkanı yoktur. Bu bakımdan dış egemenliğin hukuksal boyutunda bir değişiklik yoktur ancak fiili boyutunda geriye dönüş anlamında bir değişim söz konusudur²⁰⁹.

Uluslararası düzlemdeki gelişmelerin iç egemenlik bakımından etkileri ise daha fazladır. En önemlisi ekonomik ve sosyal politikaların dünya ölçeğinde bazı güç odaklarınca (borsalar, uluslararası piyasa, belli başlı tekeller, IMF, DB gibi kurumlar vb.) belirlendiği bir dünyada ulus egemenliğini temsil eden parlamentolar çoğu zaman buralarda üretilen politikaların uygulayıcısı, onaylama mercii durumuna düşmektedir. Tüm durumlarda değil ama bazı nesnel zorunluluklar karşısında bu kaçınılmaz bir durumdur. Uluslararası sözleşmelerin anayasal statüde kabul edilmesi, üyesi oldukları uluslararası örgütlerin ortaya koyduğu iradeye uyulması gerekliliği, uluslararası yargı kuruluşları karşısında üye devletlerin sorumlulukları vb. durumlar iç egemenlik bakımından ulus iradesinin üstünde hiçbir güç olmadığı fikrini içeren ulus egemenliği kavramının yeniden ele alınmasına neden olan gelişmelerden bazılarıdır.

Uluslararası ölçekteki ekonomik ve siyasal gelişmeler, egemenliğin olumsuz anlamda sınırlanması olarak yorumlanabildiği gibi olumlu anlamda sınırlanması olarak da ele alınmaktadır. Çok taraflı anlaşmaların çoğalması ve uluslararası örgütlerin ortaya çıkışı, özellikle insan hakları alanında, devletlerin görmezden gelemeyeceği bir hukuk yaratmıştır²¹⁰. Örneğin uluslararası ilişkilerdeki gelişmelerin bir sonucu olarak, hak mücadelelerinin ortaklaşması ve özellikle insan hakları gibi evrensel hak ve özgürlüklerin ileri sürülmesi ülkelerin egemenlik alanlarının hak ve özgürlükler lehine de sınırlanması sonuçlarını doğurmaktadır. Devletlerin çoğu hukuki açıdan yalnızca imza attıkları için bağlansalar bile, birçok anlaşmaya katılmaya neredeyse zorlanabilmektedirler. Bu özellikle askeri alanda (nükleer denemeler) ve uluslararası ticaret alanında geçerlidir; sivil nükleer etkinlik, uyuşturucu ya da tehlikeli madde kaçakçılığı hatta çevre korunmasına özgü

²⁰⁹ SANCAR, Egemenlik, s.163.

²¹⁰ KİLİM, s.59.

sorunlarda bu zorlama görülür²¹¹. Ancak belirtmek gerekir ki, bu gelişmeler kimi zaman insan hakları gerekçesiyle yapılan uluslararası müdahalelere de meşruiyet dayanağı olmaktadır²¹². Yani aslında ulusal sınırların sermaye dolaşımındaki etkinliğinin azaldığı bir dünya yapılanması ihtiyacındaki sermayenin çıkarlarının da bir yansımasıdır bu gelişmeler. Bu bakımdan gelişmeleri olumlu ve olumsuz iki yönüyle birlikte ele almak gerekmektedir²¹³.

Yargı bakımından da çarpıcı sonuçlar doğurmaktadır bu gelişmeler. Özellikle uluslararası sözleşmelerin ulus-devletlerin anayasaları bakımından konumu tartışması ve uluslararası ölçekte işlev gören yargı organlarının ortaya çıkışı önemlidir. Küresel çapta işlev gören mahkemelerin yaygınlaşması ve yetkilerini genişletmesi, devletlerin adli alandaki tekeli kırma yolunda önemli işlev görmektedir²¹⁴.

²¹¹ Philippe BRAUD, “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, Çev:Gülçin Balamir Coşkun, **İçinde: Devlet Kuramı**, Der: Cemal Bali Akal, 2.b., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s.371.

²¹² Bu yalnızca askeri anlamda değil, ekonomik, siyasal, sosyal alanlarda da söz konusudur. Örneğin, Birleşmiş Milletlerin bir sözleşmesinin eki niteliğindeki Kyoto protokolünün imzalanması için küresel çapta bir kamuoyu oluşturulmuş, ancak bu protokolün hava kirliliğini önlemek için imzalandığı gibi bir yanılsama üzerinden tartışmalar yürütülmüştür. Oysa protokol karbon ticaretini onaylayarak, havanın alınıp ve satılır bir meta olarak işlem görmesinin önünü açan maddeler de içermektedir. KİLİM, s.60.

²¹³ Tony Blair’in 28 Eylül 1999’da Bournemouth’da toplanan İşçi Partisi kurultayında söylediği şu sözler, biçimlenmekte olan yeni egemenlik anlayışının habercisi: “Not power to the people but power to each person to make the most of what is within them.” (Halka değil, her kişiye egemenlik ki herkes, içindekilerini sonuna dek geliştirebilsin.) www.newsunlimited.co.uk/lab99 (31 Mart 2003) Aktaran: Cem EROĞUL, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:20, 2003, s.197.

²¹⁴ KİLİM, s.62. Uluslararası yargı organları arasında “Uluslararası Adalet Divanı” önemli bir yere sahiptir. Birleşmiş Milletlerin yargı organı olan bu mahkeme dünya mahkemesi olarak bilinir. Üye ülkeler istedikleri davayı Divan’a götürebilmektedir. BM anlaşmaları ya da uluslararası anlaşmalar konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar Divan’da çözülmektedir. Yine, Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önemlidir. AK üyesi ülkeler tarafından imzalanan ve 1953 yılında yürürlüğe giren “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi”yle üye ülkelerde insan hakları ihlallerinin sürekli olarak izlenmesi, böylece ihlallerin önlenmesi için hızla harekete geçilmesi öngörülmüş; Konsey üyesi ülkelerin girişecekleri hak ihlalleri karşısında bireyleri koruyacak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. İç hukuk yolları tüketildikten sonra başvuru ve kişinin haksız devlet edimi veya kararı nedeniyle uğradığı zararın tazminini hedefleyen AİHM, her ne kadar ilke olarak “bağımsız” hareket etseler de son tahlilde, devlet organı olan mahkemelerin bireyin korunması açısından yeterince tarafsız olamayabilecekleri öncülünden hareket eder. Bu açıdan AİHM, bireylerin evrensel hukuksal standartlara uygun ve adilane bir şekilde yargılanmalarını güvence altına almayı hedefleyen uluslararası bir mekanizmadır. Devletlerin uygulamaları ile iç yargılama usul veya süreçlerinin evrensel hukukun gereklerine uygun olup olmadığı AİHM aracılığıyla denetlenmekte; devletler, aleyhlerine verilen kararlara uyarak bir anlamda egemenlik haklarının belirli ölçülerde sınırlandırılmasına izin vermektedirler. Gerek AİHM gerekse 1998 tarihli Roma Antlaşması ile temelleri atılan ve 2002’den itibaren süreklilik kazanan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda ulusal yargının ötesine geçilebileceğini, yine aynı ilkeler dolayısıyla siyasal

Uluslararası hukukun, iç hukukun önüne geçmesi, anayasaların uluslararası anlaşma ve sözleşmelere öncelik veren düzenlemeleriyle yerleşmektedir. Uluslararası hukuk böylece ulusal yargı organlarınca, ulusal normların bütünlüğüne aykırı olmasına bakılmadan uygulanmak durumunda kalmaktadır. Ulusal yargı organlarının kararları, uluslararası yargı organlarının denetimine bağlanmakta, bu durum yargı örgütlenmesinde, üst mahkemelerin üstünde yeni bir kademenin ortaya çıkışını haber vermektedir. Ayrıca bazı durumlarda yargılama yetkisi doğrudan uluslararası yargı yerlerine geçmektedir²¹⁵.

Bu durumda, ortadadır ki, ulus adına yargı yetkisini kullanan mahkemeleri de bağlayan bir takım uluslararası mahkemeler olduğuna göre, ulusun yargı egemenliği de sınırlanmaktadır. Ulus egemenliğinin “üstün” hükmetme gücü, gerek iç egemenlik, gerekse dış egemenlik anlamında, uluslararası hukuk ile sınırlanmış bir görünüm almaktadır. Fakat yine hukuki ve fiili durum ayrımını elden bırakmamak gerekeceği kanaatindeyiz. Yukarıda da değindiğimiz gibi verili düzenin dengesini tehlikeye sokacak olağan dışı durumlar karşısında hukukun ikinci plana atıldığı ve güç politikasının uygulandığı tarihin defalarca kez ortaya koyduğu bir gerçektir.

c. Değerlendirme

Mithat Sancar, “üstün hükmetme gücü” olarak ifade edilen egemenlik kavramının, devlet ile toplumun birbirinden ayrıldığı bir toplumsal yapılanmada, anlam içeriği bakımından daha çok “tahakküm” kavramına yaklaştığı, “kendi kendini belirleme” anlamında bir egemenlik kavramını çağrıştırmaktan uzak olduğunu söylüyor²¹⁶. Bizce de “üstün hükmetme gücü” yerine “kendi kendini belirleme” anlamında ve halkın kendi kendini aracısız ifade etmesi temeli üzerine kurulu bir halk egemenliği hem daha demokratik bir toplumsal yapı ortaya çıkaracak hem de uluslararası gelişmeler karşısında uluslararası sermayeye teslimiyet yerine uluslararası toplumla buluşma anlamında değişime her daim elverişli bir siyasal yapılanmayı mümkün kılacaktır.

iktidarın kendi yurttaşlarına davranışları bakımından bile uluslararası hukukla bağlı olacağını göstermektedir. BERİŞ, ss.66-67.

²¹⁵ KİLİM, s.222.

²¹⁶ SANCAR, Egemenlik, s.159.

Tahakküm kavramı gücü önceleyen bir kavramdır. Egemenlik kavramında öne çıkan tahakküm algısının altyapısını, devleti meşrulaştırma kaygısı ile ileri sürülen doğal yaşam hali ve toplum sözleşmesi kurguları oluşturmakla birlikte “ulus” kavramının ele alınış biçiminin de katkısı büyüktür. Ulusun soyut varlığının, bireylerden bağımsız ve üstün olduğu kabulünün Duguit’in de vurguladığı gibi hiçbir açıklaması yoktur. Egemen bir ilahi gücün yerini, ilahileştirilmiş bir “ulus” kavramı aldığı anda “tahakküm”den kurtulmanın imkanı yoktur.

Halk muayyen bir zaman ve yerde yaşayan insan topluluğu olarak tanımlanmaktadır. Ulus ise Renan’ın tarifiyle müşterek maziye sahip olan ve bu maziye koruyarak gelecekte birlikte yaşama arzu ve şuuru içinde olan insan topluluğudur. Renan’ın bu tanımlamalar sonucunda ulaştığı nokta halkın geçmişi ve geleceği olmayan bir kalabalık olduğu, ulusun ise manevi ve kültürel şahsiyet olduğudur. Ona göre; *“Fransa, Almanya, İngiltere gibi milletler belli bir karakteri, bir ruhu olan kişiler gibi hareket ederler. Kişiler hakkında nasıl akıl yürütülüyorsa, onlar hakkında da öyle akıl yürütülebilir. Millet, kilise, kent, bireylerden daha çok gerçektir; çünkü birey, kaba bir gerçekçiliğin saf soyutlamalar olarak baktığı bu bütünler için kendini feda eder”*²¹⁷. Ulus gerçekliğini reddetmemekle birlikte, böylesi metafizik bir bakış açısıyla kişileştirilmiş, bireylerden tümüyle yalıtılmış bir ulus olgusunu kabullenme imkanı yoktur.

Ulus egemenliği anlayışını öne çıkaran pek çok benzer tanım mevcuttur. Aslında böylesi kavramlaştırmalara amaçları yönünden yaklaşmak daha faydalı olacaktır. Özellikle temsili demokrasilerin meşrulaştırılmasının tek yolu bu yönlü bir “ulus” kavramıdır. Zira egemenliğin sahipliği rolünü oynama açısından bakıldığında soyut olan ulus kavramı somut olan halk kavramına göre daha elverişlidir. Bu sayede devletin somutta kullandığı yetkilerin ulusun isteklerine uygun olduğu da varsayılabilmiştir²¹⁸. 1789 kurucular meclisi seçim hakkını daraltmak için ulus egemenliği prensibini ileri sürmüştür²¹⁹. 1789’la birlikte siyaset sahnesinde etkin durumda olan burjuvazi, halk egemenliği kendi çıkarlarına çok fazla hizmet etmediğinden dolayı kendi çıkarları için daha uygun olan ulus egemenliğini getirmek

²¹⁷ E. Renan, Discours et conferences, s. 89’dan Aktaran: DUGUIT, Egemenlik ve Hukuk, s. 392.

²¹⁸ Cem EROĞUL, **Anatüze Giriş**, 6.b., İmaj Yayınevi, Ankara, 2000, s.8.

²¹⁹ DUGUIT, Kamu Hukuku, s.66.

istemiştir²²⁰. Aşağı tabaka olarak gördükleri halkın korkusu altındaki burjuvazi, halk egemenliğinin somut yapısını kendisi için tehlike olmaktan uzaklaştırmak amacıyla ulus kavramını getirerek bu kavramın soyutluğunda kendisini düzlüğe çıkarmıştır²²¹. Burjuvazi, ulus egemenliği kavramının arkasına sığınarak ve adeta bu kavramı bir silah gibi kullanarak halkın büyük bir kısmının, egemenliğin kullanımına katılımını engelleyebilmiştir. Bu tür demokrasi aslında burjuvanın hükümetini ve devletini kurma ve koruma süreci olmuştur. Ekonomik ve sosyal yönden zayıf halkın devletten uzak kalmasına hizmet etmiştir²²².

Kuramsal açıdan da ele alındığında, bireyi, kendi bağımsız akıl ve iradesinin ürünü sayan, toplumun birey üzerindeki belirleyiciliği ve etkisini kabullenmekten kaçınan liberal tezlerin, kendi kuramları ile çelişen ve bireyi belirleyen yönlendiren, bireyin iradesinden daha üstün bir iradeyi işaret eden ulus egemenliği kavramına bu denli sarılmalarının nedenini ideolojik nedenler dışında aramanın gereği yoktur. Bir sosyolojik gerçeklik olduğunu reddedemeyeceğimiz ulusun, kendisini oluşturan bireylerden ayrı ve bağımsız bir kişilik olduğu yolundaki görüş ve ona bağlanan sonuçlar, somut kişilerden oluşan toplumun, gücü ve yetkileri kendinden menkul soyut bir iradenin hakimiyetine terk edilmesi çelişkisinin yarattığı sorunlarla doludur. Bunun başında temsil ilişkisinin yarattığı sorunlar gelir.

Temsil, ulus egemenliği anlayışının zorunlu bir sonucudur. Soyut bir varlık kendisi egemenliği kullanamayacağına göre temsilcileri aracılığıyla kullanmak zorundadır. Ancak tam da bu noktada bir sürü soru ortaya çıkar. Bu soyut varlığın iradesini kimler, nasıl temsil edebilir? Soyut varlık temsilcilerini kendisi seçemeyeceğine göre, bu seçimi somut bireyler yapacaktır. Ancak somut bireylerin toplamı olmayan ulusun iradesini temsil edecek kişileri, somut bireylerin çoğunluğunun belirlemesi bir çelişki değil midir? Seçilenler ulus iradesini gerçekten yansıtabilirler mi? Bunu kim nasıl belirleyecektir? Erkler arasında bir çatışma ortaya çıktığında hepsi ulus adına davranan erklerden hangisinin ulusun iradesine uygun

²²⁰ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.67.

²²¹ G. Burdeau, *Demokrasi (Sentetik Deneme)*, Çev: Bülent Nuri ESEN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 188, Ankara, 1964'ten Aktaran: İPEK, s.226.

²²² Bahri SAVCI, "Bir Çağcıl Demokrasiyi Arayış", **AÜSBF Dergisi**, Cilt:29, Sayı:3, Ankara, 1974, s.64.

davrandığı nasıl belirlenecektir? Bu sorulara ulus egemenliği kuramcılarının verdikleri cevaplar sürekli yeni sorular ortaya çıkarmaktadır.

Bu soruları ve verilen cevapları tek tek ele alma imkanımız olmadığından, özellikle temsili demokrasinin pratiği üzerinden bir değerlendirme yapmak daha sağlıklı olacaktır. Bu bakımdan, en başta diyebiliriz ki; bizce, temsili demokrasi, toplumu oluşturan bireylerin gerçek iradelerini, eğilimlerini yansıtabilme kabiliyetine sahip değildir. Ulus iradesine uygun olup olmadığını ise tartışma gereği duymuyoruz, çünkü toplum-birey ilişkilerine değindiğimiz bölümlerde yeterince bahsettiğimiz diyalektik materyalist bakış açısı gereği, bireylerin üzerinde soyut bir varlığın iradesinden söz etmek mümkün değildir. Ulus bir toplumsal gerçeklik olmakla birlikte²²³, ulus iradesi, verili bir zamanda ulusu oluşturan somut bireylerin iradesinden başka bir şey değildir. Bu bakımdan, kendi kendini belirleme bakımından ele aldığımız egemenlik, somut bireylerin verili bir toplumdaki verili zamandaki nesnel durumlarına karşılık gelir. Bu bakımdan halkın kendi geleceğini, kendi yaşam kurallarını ve ilkelerini belirlemesi, bizzat uygulamasına katılması ve denetlemesi ile ancak gerçek anlamda bir demokrasiden söz etmek mümkündür.

Demokrasi Latince bir deyimdir. “Halk” anlamına gelen “demos” ile “egemenlik–iktidar ve otorite” anlamına gelen, “kratos” veya “kratein” sözcüklerinden oluşur. Sözcük anlamında demokrasi, halkın kendi kendini yönetmesi, halka ait olan ve kaynağı halkta bulunan egemenliğin halk tarafından ve halk için kullanılması, halk iktidarı, halkın yönetimi olarak tanımlanabilir²²⁴. Halkın kendi adına karar vermesi ile seçtiklerinin halk adına karar vermesinin hangisinin mantıklı olduğu tartışılmayacak kadar açıktır²²⁵. Bu bakımdan doğrudan demokrasinin demokratik bir toplum için daha gerçekçi bir çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

²²³ Ulus, “tarihsel süreç içerisinde oluşmuş, dil, toprak, iktisadi yaşam ve ulusal kültürün özgül birliği içerisinde şekillenmiş ruhsal bir bütün” şeklinde tanımlanabilir. Bu bakımdan soyut bir kavram olmakla birlikte somut bireylerin eylemlerinin ürünü olan bir toplumsal gerçekliktir. Bireylere buyurma, hükmetme yetkisi olduğunu söylemek zorlama bir varsayımdan başka bir şey olamaz. Bunun hiçbir dayanağı yoktur. Ulusun bireylerden bağımsız bir varlığı ve geleceği yoktur.

²²⁴ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Anayasa Hukuku**, 9.b., Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s.22. Ancak liberal kesimler, temsili demokrasinin kuramsal temelini oluşturmak için demokrasinin anlamının halkın doğrudan yönetimi anlamına gelmediğini ifade edip, çeşitli demokrasi tanımları ortaya atarak çelişkiyi gidermeye çalışmışlardır. Bu tanımları şimdilik göz ardı edeceğiz.

²²⁵ İPEK, s.227.

Ancak doğrudan demokrasinin yani halkın egemenliğini kendisinin kullanmasının nüfus açısından büyük sayılara ulaşmış geniş devletlerde uygulanmasının pratikteki güçlükler nedeniyle olanak dışı olduğu sıkça dillendirilmektedir. Milyonlarca insanı bir araya toplayacak meydanların olmadığı söylenmekte, doğrudan demokrasinin ancak az nüfuslu topluluklar açısından uygulanabilir olduğu ileri sürülmektedir²²⁶. Doğrudan demokrasinin, sadece, toplum adına atılacak her adımın referandum gibi kitlesel oylama işlemleriyle hayata geçirilmesi gibi dar bir mantıkla ele alınması durumunda bu eleştiriler dikkate alınabilir. Ancak doğrudan demokrasinin anayasal değişiklikler için bu yöntemi esas alan bunun dışındaki yasama faaliyetlerinin yerellerden doğru adım adım ortaya konulan görüşler etrafından gerçekleştirildiği bir siyasal yapılanma ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Parlamentonun tek bir merkezi seçim ile değil, yerel meclislerden doğru biçimlenmesi ve yasama faaliyetlerinin de bu şekilde aşağıdan yukarıya toplumun iradesini tam olarak yansıtabilecek bir biçimde gerçekleştirilmesinin yol ve yöntemleri pekala vardır. Ancak en önemlisi bu şekilde biçimlenen bir toplumda temsilin gerçek anlamda işlev görebilmesi seçilen kişinin aynı zamanda seçmenler tarafından geri çağırılabilmesini de içeriyor olması gerekir. Ancak bu şekilde tüm bireyler örneğin, mahallelerinden başlayarak birlikte ihtiyaçlarını belirler, sorunlarını tartışır, çözüm önerilerini iletir, çözebileceklerini bizzat çözer, çözemediklerini bir üst yapılanmaya iletir. Bir üst meclise gönderdikleri temsilcilerinden ne istediklerini, niye istediklerini bilirler ve iradelerine aykırı davranan temsilcilerini geri çağırabilirler ve bu sayede temsil ilişkisinin ortaya çıkarabileceği sakıncalar da engellenmiş olur. Oysa temsili sistemde, seçilen temsilciler seçildikleri bölgenin bilgisine sahip değildirler, orada bulunmazlar, seçmenleri ile iletişimleri çoğunlukla seçildikten sonra biter. Bireyler oy verdikten sonra siyasal alanın dışına itilirler. Kendi sorunlarına bile yabancılaşırlar. Bu da oy kullanırken bilinçli bir seçim yapma imkanını ortadan kaldırır. Böylesi bir ortamda seçimler yoluyla ortaya çıkan parlamento, toplumun gerçek anlamda iradesini ifade edebilecek durumda değildir.

Seçimler yoluyla oluşturulan parlamento ve hükümet, en azından, toplum içerisindeki görüşlerin ve fikirlerin orantılı bir aynası olması gerekir. Ancak temsili

²²⁶ Yılmaz ALİFENDİOĞLU, “Temsili Demokrasinin ‘Seçim’ Ayağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 60, Eylül/Ekim 2005, s.71; GÜLSOY, Millet, ss.81-82.

sistem pratikte de görüldüğü üzere, bunu sağlamaktan çok uzaktır. Küçük bir azınlığın iradesinin, toplumun tümü üzerindeki tahakkümü sonucunu doğurmaktadır. Doğrudan demokrasinin çoğunluğun tahakkümünü doğuracağı yönündeki varsayımlara karşın, temsili demokrasinin pratiği, bırakınız genel çoğunluğu, oy çoğunluğunun yani azınlığın tahakkümünü ortaya çıkarmaktadır²²⁷. Böylesi bir gerçek karşısında ileri sürülen tek argüman seçim sistemlerinin çarpıklığı olsa da, temsili demokrasinin kendi iç mantığından kaynaklı sorunlar kanımızca daha önemlidir, seçim sistemlerinden kaynaklı sorunlar temsili demokrasiye içkin sorunlar karşısında ikincil bir önem arz etmektedir.

Temsili sistemin anti-demokratik içeriği nedeniyle parlamento, yansıtma imkanı olan sınırlı halk iradesini dahi tam anlamıyla yansıtamamaktadır. Bu durum yasama faaliyetlerinin halk adına olmaktan çok, halka rağmen bir yasama faaliyetine dönüşmesine sebep olmaktadır. Toplumun iradesini yansıtamayan parlamentonun çıkardığı yasalar ise halka dayatılan kurallar biçimine dönüşmektedir. Bu durum yargının meşruiyeti bakımından da sakıncalı bir durumdur. Çünkü toplumu yansıtmaktan uzak yasama faaliyetinin bir sonucu olarak hayata geçirilen kuralların uyuşmazlıklara uygulanması işlevini üstlenmiş yargı, yasama faaliyetinin meşruiyeti probleminin ister istemez bir parçası haline gelebilmektedir. Bu durumda yargı iki bakımdan sorun yaşayabilmektedir. Bir yandan, vatandaşın adaleti tesis etmesini beklediği yargı, toplumu yansıtmayan bir parlamentonun çıkardığı toplumu yansıtmayan (dolayısıyla toplumun adalet anlayışına karşılık gelmeyen) yasaların uygulayıcısı olmakla suçlanmakta, halkın yargıya olan güveni azalmaktadır. Diğer yandan (anayasa yargısı bakımından özellikle ele alırsak) yasama faaliyetine, parlamento iradesine dolayısıyla halkın iradesine müdahale etmekle, siyasallaşmakla suçlanmaktadır.

²²⁷ Örneğin; Türkiye’de, 1957 seçimlerinde DP %48 oy oranıyla 424, %52 oy alan muhalefet partileri ise toplam 186 milletvekili çıkarmış. Yahut 2002 yılı genel seçimlerinde TBMM’de temsil edilemeyen seçmenlerin toplam seçmen içindeki payı %45,3’tür. Açık ve net bir biçimde görüldüğü üzere, ortaya çıkan bir azınlık tahakkümünden başka bir şey değildir. Bkz. Erol TUNCER, “Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 23, 2006, s.168. (2007 seçimlerinde de 14.446.242 oy meclis dışında kalmış, yani seçmenlerin %46’sı temsil edilememiştir.) İngiltere’de 1983 seçimlerinde İşçi Partisi 8.5 milyon oy ile 209 üyelik kazanırken, Sosyal Demokrat-Liberal Parti ittifakı 7,8 milyon oy ile yalnızca 23 avam kamarası üyeliği kazanabilmiştir. Bkz. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU, “Seçim Sistemlerinin Siyasi İstikrarın Sağlanmasındaki Rolü”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 16, 1999, ss.25-26.

Temsili demokrasi toplumu oluşturan bireylerin küçük bir azınlığının yönetimde etkin olmasını, geri kalan devasa kalabalığın ise tümüyle siyasal alandan uzaklaştırıldığı, anti-demokratik bir siyasal yapı, adeta oligarşik bir yapı, ortaya çıkarmaktadır. Halkın siyasete ilgisizliğinden yakınmaların bu noktada hiçbir haklı yanı yoktur. Çünkü temsili demokrasi bu ilgi kaybının bizzat müsebbibidir²²⁸. Oysa oturduğu mahallesinin sorunlarından başlayarak sorunlarını dile getiren, farklı bakış açıları ile bizzat buluşma imkanı elde eden, diğer mahallelilerle sorunlarına çözüm üretmenin verdiği bilinç ve deneyimi yaşayan bir bireyin devlet yönetimine katılmanın yaşama hakkı kadar elzem bir ihtiyaç olduğunu kavramaması mümkün değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tam da bu yüzden temsili demokrasi burjuvazinin tercihi olmuştur. Dahası böylesi bir diyalogun toplumun en alt birimlerinden başlayıp örgütlenmesi sorunların çözümü için gereken uzlaş ve konsensüs ortamını da yaratmaya imkan verecektir²²⁹. Ancak siyasal alanın dışındaki geniş halk yığınları kendi görebildikleri kadarının dışında ne sorunları görebilmekte, ne anlamlandırabilmekte ne de çok yönlü tartıp değerlendirip çözümler üretebilmektedir. Temsili demokrasinin elverdiği siyasal faaliyet alanı çok dar bir alandır. Bu da siyasal alanın toplumun gelişip ilerletildiği bir alan olarak toplumun tümüne yayılması yerine, çıkar gruplarının kendi politikalarını dayattıkları toplumun tümüne zarar veren dar bir savaş alanına dönüşmesine sebep olmaktadır.

Temsili demokraside çoğunluk iradesinin ulus iradesi ile eş tutulması, tahakküm ilişkisini daha sakıncalı bir boyuta taşımakta ve çoğunluk tahakkümünü ortaya çıkarmaktadır. Sistem içi çözüm arayışlarında en çok eleştiri konusu edilen durumlardan birisi budur. Ancak durum bundan daha da vahimdir. Çünkü temsili demokrasi halkın sayısal çoğunluğunun iradesini dahi ortaya çıkaramamaktadır. Bu durumda ortaya çıkan çoğunluk aslında toplum içinde bir azınlığa karşılık gelmektedir. Yani temsili sistemde çoğunluk ilkesi, çoğunluğun bile değil azınlığın tahakkümünü doğurmaktadır. Geriye kalan geniş kesimlerin ise, seçimler dışında, yönetime katılma yahut müdahale etme imkanları zaten olmadığından; halkın büyük bölümünün duygu ve beklentileri tümüyle parlamentonun dışında kalmaktadır. Buna

²²⁸ Bkz. Zafer ÜSKÜL, “Yeni Bir Demokrasi Arayışı: Yerel Demokrasi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:10, 1993, ss.335-336.

²²⁹ Üskül, “Demokratik yönetim anlayışı tabandan yukarıya doğru düşünülmeli ve geliştirilmelidir” diyerek yerellerde doğrudan demokrasinin işletilmesi suretiyle demokratik bir yapılanmanın sağlanabileceğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSKÜL, s.337 vd.

karşın doğrudan demokrasi eleştirilerinin çoğunluk tahakkümüne yol açacağı “varsayımı” üzerinde yoğunlaşması ironiktir. Azınlık tahakkümünü ifade eden bir sistem olan temsili demokrasinin “azınlık haklarına saygılı bir çoğulculuk” ilkesi etrafında gerçekleşmesi gerektiği yönündeki öneriler ise hukuk yoluyla bir takım önlemler alınmasını vurgulamakta ve yasama ve yürütmenin azınlık görüşlerine saygılı davranmasını istemekten öteye geçememektedir. Yargıya bu noktada biçilen rol ise başka tehlike ve sorunlara kapıyı aralamaktadır. Toplumun ihtiyaç ve iradesine aykırı işlem yapan yasama ve yürütmeyi denetlerken yargı, siyasal tartışmaların arasında meşruiyeti sorgulanan bir kurum durumuna düşmekte, diğer yandan ise kimi yargı mensupları bu görevi toplumun yeniden inşası, bir toplum mühendisliği gibi ele alabildiğinden ortaya halka rağmen işlem yapan bir üçüncü iktidar çıkmaktadır. Temsili sistem yasama ve yürütmeyi halka yabancılaştırdığı gibi, yargının da aynı duruma düşmesine sebep olmaktadır.

Temsili sistem, yolsuzlukların, rüşvetle işgörmelerin, kayırmacılığın kol gezdiği bir yapı yaratmaktadır²³⁰ ve bunu önlemenin pratikte hiçbir yolu yoktur. Oysa, toplumsal sorunları doğrudan yönetime katılmak suretiyle daha ileriden görebilen ve kavrayabilen bireyler aynı zamanda idari faaliyetlerin denetiminde de daha etkin rol alabilecektir. Bu da çok özel ve üstün bir çaba gerektirmeden idarenin şeffaflığı ilkesinin hayat bulmasını, kağıt üzerinde bir ilke olmak yerine doğasında gerçekleşen hatta kaçınılmaz olan bir ilke olmasını sağlayacaktır. Uyacağı kuralların oluşumuna, uygulanmasına katılan bireyler denetiminde de etkin olacaktır. Ayrıca yanlışlar, toplumun ortak yanlışları olarak belirecek ve ortak çözüm de kendisini doğallığında dayatacaktır. Herkesin yanlış dediğine, yıllarca herkesin katlanmak zorunda kaldığı bir sistemdir temsili demokrasi.

Temsili sistemin içerdiği demokrasi bir birey için seçimlerde oy verirken kullandığı 1'er dakikaların toplamından ibaret bir demokrasidir. Ancak daha kötüsü,

²³⁰ Bu yapı karşısında liberal demokrasiler, çeşitli biçimlerde mücadele araçları geliştirmeye çalışmışlardır. Bu konuda çeşitli uluslararası kurum ve sözleşmeler oluşturulmuştur. Örneğin 1998'de Avrupa Konseyi bünyesinde Yolsuzluğa Karşı Ülkeler Grubu (GRECO) oluşturulmuştur. 1999'da Avrupa Komisyonu bünyesinde Yolsuzlukla Mücadele Ofisi oluşturuldu. IMF 1998 yılında, Mali Şeffaflık Alanında İyi Uygulamalar Tüzüğü yayınladı. 1989 yılında OECD bünyesinde Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Çalışma Grubu (FAFT) kuruldu. OECD aracılığıyla, 1997 yılında Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi imzaya açıldı. 2003 yılında Yolsuzluğa Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi imzaya açıldı. Bu listeyi daha da uzatmak mümkün. Bkz. Emin DEDEOĞLU, Emre DEMİR, “Yolsuzlukla Mücadele ve Sivil Toplum İlişkisi”, **TEPAV Politika Notu**, TEPAV Yayınları, Ocak 2011, s.5 vd.

seçilenlerin geri çağırma imkanının olmadığı temsili demokraside uygulamada ortaya çıkan sonuç, mutlakiyetçi rejimleri anımsatmaktadır. Temsili demokrasinin bir gereği seçilen vekillerin oy verenleri değil, tüm ulusu temsil ettikleri kabulüdür. Bu bakımdan vekillerin kendi iradeleri ile çalışma yapmaları gerektiği, semenlerinden bağımsız oldukları ileri sürölmektedir²³¹. Bunun vekillerin seçmenlerce yönlendirilmemeleri, oy aldığı kişilerin değil tüm ulusun çıkarlarına uygun olacak şekilde özgür iradeleriyle davranmaları bakımından olumlu bir şey olduğu iddia edilmektedir. Bu iddianın da gerçek yaşamda haklılığını gösterecek bir veri yoktur, aksine tersi ile sıkça karşılaşılmaktadır. Örneğin, A partisine/adayına “alışma koşullarını iyileştireceği, asgari ücreti falanca miktara yükselteceği, taşeron uygulamasını kaldıracaağı vb. vaatleri nedeniyle oy veren bir kişi, bu vekilin/partinin seçildikten sonra, tam aksine, esnek çalışmayı getiren, emeklilik yaşını yükselten, sağlıkta prim uygulaması yoluyla sağlığı özelleştiren vb. bir yasaya onay vermesi karşısında oy verdiği kişiyi geri çağırma hakkına sahip değildir. Bu durumda, bu kişinin, temsili demokrasinin özgür vekilleri tarafından kandırılmışlığı yetmezmiş gibi, kendi oyuyla kendi aleyhine bir yasanın çıkmasını sağlamış olmanın verdiği çelişkiyi içselleştirmesi ve demokrasi aşkına şükretmesi gerekmektedir, çünkü yapabileceği başka hiçbir şey yoktur. Ülkemiz meclisinde neredeyse her dönem benzer durumların yaşandığı düşünöldüğünde, temsili demokrasinin, parlamentonun ve en iyi ihtimalle, yasama faaliyetinin denetimi suretiyle yasa yapım sürecine katılan anayasa mahkemesinin iradesinden başka bir iradeyi temsil etmediği görölecektir. Bu iradenin ise, toplumu oluşturan bireylerin iradelerinin ne sayısal ne manevi bütününü ifade edebilecek kabiliyette olmadığı, olamayacağı açıktır.

Böylesi bir toplumda hukuk, toplumun tümünün konsensüsünü ifade etmekten uzak olduğundan, anayasa yargısı parlamentoyla çatıştığı noktada, genel olarak yargı ise uyuşmazlıkların çözümünde dayandığı kuralların meşruiyeti tartışmalı olduğu için her daim meşruiyet sorununu yaşayacaktır. Bütönlöklö olarak ele aldığımızda ise, yargı mensuplarının belirlenmesinden, faaliyetlerinin denetimine değin tüm yargı işleyişi, temsili sistemin ortaya çıkardığı siyasal yapıyla ilişkisi nedeniyle meşruiyet sorununun muhatabı olmak durumunda kalacaktır. Buna karşın bireylerin yasama ve yürötmeye doğrudan katılımının sağlandığı bir siyasal

²³¹ GÜLSOY, Millet, s.78 vd.

yapılanma, kendiliğinden, yargının faaliyetlerinin de meşruiyet temelini oluşturacaktır. Meşruiyetinin sürekliliği ve somut olaylar bakımından sağlanması ise hakimlerin belirlenmesinden, kararların alınmasında jüri vb. uygulamalara değin bir dizi doğrudan katılım yöntemiyle kolaylıkla temin edilebilecektir.

Uzlaşmaz karşıtlıklar üzerine kurulmuş bir sınıflı toplumda elbette doğrudan demokrasinin ortaya çıkaracağı sorunlar olacaktır. Ancak uyacağı kuralları kendisi belirleyen, bu kuralların uygulanmasına katılan ve uyulmadığı takdirde toplum için en uygun yaptırımların belirlenmesine katkı sunan bireyler verdikleri yanlış kararların sonuçlarıyla bizzat yüzleşme imkanı bulacaklardır²³². Örneğin sağlıkta özelleştirme anlamına gelen bir yasayı çıkarına uygun olduğunu düşünerek destekleyen bir birey, primlerini yatıramadığı için hastane kapısından döndüğünde kendi sebep olduğu hatanın telafisi için çabalama ihtiyacı duyacak, daha da önemlisi bu olanağa da sahip olacaktır. Oysa temsili demokraside, halkın büyük çoğunluğunun haberdar olmadığı yahut içeriğini bilmediği, sonuçlarını öngöremediği ve anlamlandıramadığı onlarca yasa bir gecede çıkıvermektedir. Ne karar aşamasında, ne uygulanmasında ne de denetiminde söz sahibi olan bireyler, neyin kendileri için iyi, neyin kötü olduğunu bilememektedirler. Bu bakımdan oy verme faaliyeti bile bilinçli bir faaliyet olmaktan çok uzaktır. Bu nedenledir ki, doğrudan demokrasinin yaratacağı sorunlar, temsili demokrasinin yarattığı sorunlarla karşılaştırıldığında, hem daha tercih edilir hem de telafi edilebilir sorunlar olacaktır. Hepsi bir yana, “benim adıma yapıldığı söylenen bir hatanın sonuçlarına katlanmaktansa kendi yaptığım hatanın sonuçlarına katlanmayı tercih ederim.” Zira böylesi hem daha öğretici ve ilerletici, hem de daha demokratik, eşitlikçi ve özgürlükçüdür.

Üzerine söylenebilecek çok daha fazla söz olan temsili demokrasinin yarattığı sorun ve çelişkileri vurgulamamızın nedeni, yargının meşruiyetini irdelerken ele alacağımız her hususta siyasal alanın etkinliğini gözler önüne serebilmektir. Meşruiyeti “topluma uygun olmak” biçiminde ele aldığımıza göre, yargının meşruiyetini (en azından çıkış noktası olarak) topluma uygunluğunda aramamız gerekecektir. Günümüz toplumları açısından temsili demokrasinin artık ihtiyaçlara cevap vermediği, toplumsal yaşamda yeniyi, gelişmekte olanı, ileri olanı değil,

²³² İPEK, s.227.

eskimiş ve çürümekte olanı temsil ettiği, toplumsal yaşama zarar verir bir durumda olduğu ortadadır. Yargı da bu meşruiyet yitiminden payına düşeni almaktadır. Bunun için de işlevleri kimi zaman doğrudan kimi zaman dolaylı olarak siyasal alan tarafından biçimlendirilen yargının, meşruiyetini tesis edebilmesi için, öncelikle, topluma uygun bir siyasal yapılanmanın oluşması gerekmektedir.

Bu zorunluluk, günümüzde, pek çok demokrasinin saf bir temsili demokrasi yerine, doğrudan demokrasiye yaklaşan uygulamaları (referandum, halkın vetosu, geri çağırma yetkisi gibi) da içeren siyasal sistemleri tercih etmelerine sebep olmuştur²³³. Bu uygulamalar ihtiyaca cevap vermekten elbette ki uzaktır, meşruiyetini yitiren sistemin meşruiyetini tesis etmesi çabasını ifade etmektedir ancak aynı zamanda geleceğe dair bir yönelimi de işaret etmektedir. Her ne kadar, temsili demokrasi içerisinde aranan çözümlerin geçici ve kısmi çözümler olabileceğini düşünüyor olsak da, hala temsili demokrasinin yaygın olarak uygulandığı bir dünyada yaşadığımız gerçekliğini de reddetmeden yargının meşruiyetini tartışmayı sürdüreceğiz.

2. Egemen Adına Kullanılan Bir Yetki Olarak Yargı Yetkisi

Liberal demokratik rejimlerin temelini oluşturan ulus egemenliği anlayışı, bu egemenliğe içkin her bir erkin, soyut ulus tarafından kullanılması imkanı olmadığı gerekçesiyle, somut bireyler tarafından hareket ettirilen devlet organları eliyle kullanılması gerekliliğini doğurur. Devlet organlarının meşruiyeti ve bu organlar aracılığıyla kullanılan yetkilerin kaynağı bakımından meşruiyeti bu temel gereklilikle sağlanmaya çalışılmaktadır. O halde egemenliğe içkin bir erk olan yargının meşruiyeti de kaynağı bakımından egemen olan ulusa dayanıyor olmasındadır. Egemenlik yetkisinin kullanılması bakımından meşruiyetini ise demokratik yapının gereklilikleri belirleyecektir.

Temsile dayalı liberal demokratik rejimlerde yasama ve yürütme erklerinin kullanımında meşruiyetin en önemli araçlarından birisi seçimdir fakat seçim başlı başına meşruiyet bakımından yeterli değildir. Demokratik bir seçim ile belirlenen yasama ve yürütme organları aynı zamanda görevlerini yerine getirdikleri süre

²³³ İPEK, ss.226-227.

boyunca eylem ve işlemleri bakımından meşruiyetlerini sağlamak ve korumak durumunda olacaklardır. Bunun temelini ise başta ulus iradesinin ifadesi olan anayasaya ve bütün bir hukuk düzenine uygunluk oluşturur. Ayrıca görevleri ve amaçları bakımından toplumsal beklentileri karşılayabildikleri sürece meşruiyetlerini sürdürebileceklerdir.

Buna karşılık yargı erkinin durumu biraz daha farklıdır. Yargı yetkisi ulus adına bağımsız mahkemelerce kullanılan bir yetkidir. Bu bakımdan doğrudan ulusa bağlıdır, ondan kaynaklanmaktadır. Ancak bu yetkiyi kullanacak kişilerin belirlenmesi bakımından ulus ile ilişkisi yasama ve yürütme erkinde olduğu kadar dolaysız bir ilişki değildir. Yargıçlar belli mesleki usul ve esasları sağlayarak göreve gelirler; bu işlemlerde yargısal alan dışında, diğer devlet organlarının katılımı da görülür²³⁴. Çoğunlukla yürütme organı tarafından atanan yargıçların kullandıkları yetki teorik olarak ulusa dayanıyor olsa da, yürütme organı tarafından belirleniyor olmaları çok kez tartışma konusu olmuştur. Günümüzde ABD ve İsviçre dışında yargıçların seçim usulüyle belirlendiği örnekler mevcut değildir.

Bu konu yeri geldiğinde tartışılacağından şimdilik yalnızca, AYM üyelerinin atama usulüyle belirlenmesine dönük meşruiyet tartışmalarına cevap veren Çağlar'ın görüşlerine yer vermekle yetinelim. Çağlar'a göre;

*“Seçilmişler-atanmışlar ikilemi... Yanlış konulmuş bir ikilem. Eğer sorunu demokrasi-hukuk ikilemi olarak almazsanız; yani, hukuku demokrasiyle tanımlayıp, demokrasiyi de hukukla tanımlarsanız böyle bir ikilem ortaya çıkmaz. Çünkü sandık demokrasiyi tüketmez, tüketemez. Bu, demokrasinin dar tanımıdır; çünkü, sandığı tanımlayan hukuktur. Atanmışları, atanmış kişiler haline sokan da hukuktur. Onun için, bu ikilem, yanlış bir ikilem. İlkönce bunun ortadan kaldırılması gerekir. Hukuku üreten kim? Sandık. Peki atanmışları atayan kim? sandığın ürettiği hukuk kuralları değil mi? İkilem nerede? Böyle bir ikilem yok. Bu, sahte bir ikilem.”*²³⁵

Yargı yetkisinin meşruiyetinin seçim yoluyla sağlanacağı şeklinde bir iddia elbette ki yersizdir. Temsili sistemin yukarıda yer verdiğimiz sıkıntıları ile birlikte ele alındığında, aynı mantıkla yapılacak seçimlerin hiçbir fayda sağlamayacağı açıktır. Dahası yargı gibi toplumda önemli bir görev üstlenmiş bir erk açısından daha

²³⁴ Mustafa KUTLU, **Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s.163.

²³⁵ Bakır Çağlar, “Yargıçlar Zamanında Sendikalaşmak”, Anayasa Yargısı, Cilt:15, 1998, s. 72'den Aktaran: CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.258.

da sakıncalı sonuçların doğmasına neden olabilir. Ancak yargı yetkisinin kullanımının halkla olan ilişkisinin koparıldığı her uygulamanın da meşruiyeti açısından sıkıntılı durumlar yaşanmasına kaynaklık edebileceği yahut, var olan sıkıntılı durumları daha da derinleştirebileceği de bir gerçektir.

Yargı yetkisinin kullanımı bakımından meşruiyetini ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak inceleyeceğimizden, bu bölümdeki temel gayemiz yargının meşruiyetinin çok yönlü olarak tartışılması gerektiği, bir devlet fonksiyonu olarak yargı fonksiyonunun meşruiyeti ile, yargı erkinin kullanılması anlamında yargı yetkisinin meşruiyetinin ayrı anlamlara geldiğini bu nedenle ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktan ibarettir.

III. HUKUK-YARGI İLİŞKİSİ VE MEŞRUIYET

A. Genel Olarak

Liberal demokratik egemenlik anlayışında, egemenliğe içkin bir erk ve egemen adına mahkemelerce kullanılan bir yetki olan yargı; bir yandan egemenliğin tahakküm boyutuna karşı hak ve özgürlüklerin korunması adına uygulanan kuvvetler ayrılığı ilkesinin (yani siyasal sistemin) denge unsuru, bir yandan da “adalete yönelmiş kurallar sistemi” biçiminde ifade edilen “hukuk”un uygulayıcısı/yorumlayıcısı olarak toplumsal düzenin denge unsurudur.

Yargının toplumsal yapı içerisinde hem siyasal alan hem de toplumsal düzen açısından bir denge unsuru olarak ele alınması, onun hukuk ile olan ilişkisinden kaynaklanır. Birçok karşıt çıkarın bir denge içerisinde tutulmasını gerektiren modern kapitalist devlet, hukukla kurulmuş devlettir ve toplum yaşamının tüm alanları hukuk ile düzenlenir. Bir yandan ekonomik yapının gerektirdiği hak ve özgürlüklerin korunması, diğer yandan da siyasal iktidarın buna uygun bir biçimde sınırlandırılması gerekmektedir. Hukuk bu korunmanın temel aracıdır. Gerek bireylerin gerekse devlet kurumlarının bu düzene uygun davranması liberal demokratik devletin meşruiyet temelidir.

Hukuka biçilen bu rol, tüm toplumsal yapıların meşruiyeti bakımından hukuku kilit bir noktaya konumlandırmaktadır. Ancak böylesi bir bakış açısı, meşruiyet kavramına ilişkin öne sürdüğümüz tanımla çelişen kimi anlayışlara da imkan verebilmektedir. Bunun nedeni hukukun ele alınış biçimidir. Hukuk nedir? Toplumdaki yeri ve rolü nedir? sorularına verdiğimiz cevaplara göre meşruiyeti, “topluma uygun olmak” ile “topluma rağmen hukuka uygun olmak” arasında bir yerlere yerleştirmek mümkündür.

Bu nedenle hukuk ile meşruiyet arasındaki ilişkiye de değinmek ve bu çerçevede yargı ile hukuk arasındaki ilişkiyi meşruiyet kavramı çerçevesinde ele almak gerekmektedir.

B. Hukuk ve Meşruiyet

Hukuk, özellikle günümüz demokrasilerinde, toplumsal yaşamın toplumsal yapıyla uyum içerisinde gerçekleşmesinde başvurulan en etkin yollardan birisi olarak karşımıza çıkar. Tarih boyunca her dönemde, insanların birbirleriyle olan ilişkilerinin birtakım kurallar etrafında biçimlendiğini söylemek mümkündür belki ama, yaşamın neredeyse tüm alanlarını düzenleyen bir hukuk düzeninin ortaya çıkışını, devlet olgusunun ortaya çıkışı ile açıklamak gerekecektir. Örf-adetler, gelenekler, ahlak, din ve kültür gibi toplumsal yaşamın düzenlenmesinde etkin olan bir takım kurallar getiren yapılar ile hukuk arasındaki tarihsel bakımdan en belirleyici ayrım bu olsa gerek.

Toplum içerisindeki tüm yapılar, toplumsal yaşamın temelini oluşturan insanlararası ilişkilerin dönemsel olarak beliren birtakım ihtiyaçlarına cevap vermek adına kurulurlar. Hukuk da bir ihtiyaca karşılık olarak geliştirilmiş bir yapıdır. Genellikle hukuk tanımlarının bu ihtiyacın nasıl algılandığı ile paralel olarak çeşitlenmesinin nedeni de budur. Toplumsal yaşamdaki düzen ve güvenlik ihtiyacı, bireyler arası ve bireyle devlet arasındaki çıkar çatışmalarının düzen sınırları içerisinde çözümlenmesi yani barış ihtiyacı, adalet idealini gerçekleştirmek ihtiyacı gibi.

Toplumun ihtiyaçlarına cevap veren bir kurum olarak öngörülen hukuk, bu ihtiyaçlara karşılık verebildiği ya da karşılık verdiğine dair inancı sağladığı oranda; öncelikle kendi meşruiyetini tesis etmekte, daha sonrasında ise toplumsal yaşamdaki etkin rolünün de bir sonucu olarak bir meşruiyet kriteri olarak algılanmakta yahut öne sürülebilmektedir. Bu durum, hukuka ve yasaya uygun olan her şeyin aynı zamanda “meşru” olup olmadığı sorusunu gündeme getirmekte; hukukun kökeni ve kaynaklarından başlayan, yasama, yürütme ve yargıyı da içine alan meşruiyet tartışmalarına sebebiyet verebilmektedir. Kimi durumlarda, siyasi iktidarların, eylem ve işlemlerinin meşruiyetini tesis edebilmek adına art niyetli bir biçimde bu algıyı (hukuka uygun olan meşrudur) desteklediği, icraatlarını hukuka uyduramadıkları durumlarda, hukuku icraatlarına uygun bir biçime sokmak yoluna gidebildikleri de görülmektedir. Kimi durumlarda ise, siyasi iktidarın eylem ve icraatlarının hukuka aykırılık gerekçesiyle yüksek mahkemeler aracılığıyla engellendiği görülmekte ve bu

nedenle “toplumsal ihtiyaçlara cevap vermek adına faaliyette bulunan siyasi iktidarın seçilmiş ve meşru olmasına karşın, hukuk ve özellikle yargı aracılığıyla engellendiği” iddiaları gündeme gelmektedir.

Öncelikle kendi meşruiyetini tesis etmesi gereken bir yapı olarak hukukun, tek başına bir meşruiyet kriteri olarak ele alınmasının, meşruiyet tartışmalarının bu derece odağında yer almasının nedenlerini, hukuk kavramını, hukukun toplumdaki yeri ve amacını ve özellikle hukukun kökenini ve kaynaklarını inceleyerek anlamlandırabiliriz.

1. Bir Toplumsal Yapı Olarak Hukuk

Sürekli devinim halindeki bir yapı olan toplumun, başta -en küçük toplumsal yapı olan- birey olmak üzere birçok yapıdan meydana geldiğini söylemiştik. Toplumsal yaşam içerisinde varlık kazanan ve ondan bağımsız bir varlığı olmayan tüm bu yapılar, aslında, toplumsal yaşamın devinimi içerisinde birtakım ihtiyaçların sonucu olarak ortaya çıkmış ve tarihsel süreçte toplumsal devinime eşlik etmişlerdir. Bir başka ifadeyle söylersek, toplumsal yapının bir parçası olan, toplumsal yaşamı düzenleyen kuralları içeren yapılar (ahlak, din, hukuk, kültür gb.), toplumdan önce yahut doğada verili olarak bulunan yapılar değil, toplumun bizzat ürettiği yapılardır ve tıpkı toplum gibi sürekli bir değişim ve dönüşüm içerisindedirler. Hukuk da toplumun belirli bir gelişme düzeyinin ortaya çıkardığı birtakım ihtiyaçlara karşılık insan eliyle yaratılmış bir toplumsal yapıdır.

Toplumsal yaşam kaçınılmaz olarak beraberinde bir takım kurallar da getirir. İnsanlararası ilişkilerin nasıl şekillendiğine dair her veri, toplumsal yaşamın işleyişine dair bir kuralı işaret eder. Duguit’in ifadesiyle, davranış kuralı en ilkel topluluktan en gelişmiş topluma kadar tüm insan toplulukları içinde, basit ya da karmaşık bir yapı olarak daima var olmuştur²³⁶. Başlangıçta daha çok gündelik yaşamı kolaylaştıran kurallar olan bu kuralların bir kısmı alışkanlıklar biçiminde süreklilik kazanırken, bir kısmı toplumsal yapının temel işleyiş kuralları biçiminde kalıcılaştığı ve düzeni sürdürmeye dönük ihtiyaçlarıyla örtüştüğü oranda örf-adet,

²³⁶ Leon Duguit, *l’ Etat*, Librairie Thorin et Fils, Paris, 1901’den Aktaran: Bahir Güneş TÜRKÖZER, “Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:62, Ocak-Şubat 2006, s.91.

gelenek biçimini alarak toplumsal doğal yaptırım mekanizmalarına sahip olmuşlardır. Bu bakımdan, yargının yasamadan daha eski bir geçmişi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yöneten-yönetilen ayrımının olmadığı toplumlarda kabile şeflerini ortaya çıkaran en önemli ihtiyaçlardan birinin, insanlararası ilişkilerden doğan anlaşmazlıkların çözümlenmesine yardımcı olmak olduğu bilinmektedir. Toplumun kolektif olarak gerçekleştirdiği bu yargı faaliyetinde örf-adet ve gelenekler çerçevesinde kararlar alınmıştır²³⁷.

Servet birikimi ve dolayısıyla siyasi ve askeri üstünlük getiren belirgin bir yöneten-yönetilen ayrımının oluşması, toplum içerisindeki bu ayrışmanın yarattığı çıkar karşıtlıkları nedeniyle, gücü elinde bulunduran lehine, verili durumun devamlılığını sürdürmeyi amaçlayan bir takım sistemli kuralların varlığını gerektirmiştir. İşte gücü elinde bulunduranın toplumsal yaşamın düzenlenmesine dönük, silahlı gücün de desteğiyle yaptırıma bağlanmış kurallar koyması hukukun bir toplumsal yapı olarak biçimlenmesinde ve diğer toplumsal kurallardan ayrışmasında öncü olmuştur.

Bu nedenle yöneten-yönetilen ayrımı hukukun bir toplumsal yapı olarak ortaya çıkıp, biçimlenmesinde belirleyici olan faktördür diyebiliriz. Peki, hukuk, gücü elinde bulunduranın tek taraflı olarak yaptığı ve yalnızca onun çıkarlarını ifade eden ve ancak zor yoluyla uygulanabilirlik kazanan bir kurallar sistemi midir?

Tarihin en zorba yönetim biçimlerinde dahi hukuk kuralları hiçbir zaman yalnızca yönetenin tekil iradesinin bir sonucu olarak hayat bulmamışlardır. Bu, hukukun bir yapı olarak ortaya çıkışının gereklerine de aykırıdır. Toplumun bir parçası olan hiçbir yapı ya da kurum toplumdan yani toplumun diğer yapı ve kurumlarının etkisinden ayrı, bağımsız bir oluşum ve gelişim gösteremez. Zira, bir siyasi erk tek taraflı “bağımsız” iradesi ile toplumsal düzenin sürekliliğini sağlayabilecek bir şekilde toplumu biçimlendirebilecek olsaydı, yönetenin kendisini birtakım kurallar ile sınırlaması mantık dışı olurdu. Tek taraflı olarak özgürce hiçbir kural olmaksızın tüm yaşama hükmetmeyi tercih ederdi. Toplum içerisindeki karşılıklı ilişkiler yumağı böylesi özgür bir tasarrufa izin vermediğinden ve toplum

²³⁷ Tarihsel gelişim içerisinde, yargı gücünün yasama gücünden önce geldiği bilinmektedir. Yargı işlevini yerine getirenler öncelikle kararlarını örf ve adete göre vermişlerdir. Yasemin IŞIKTAÇ, “Örf ve Adet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırt Edici Özellikleri”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı:27, Ekim 1992, s.436.

içerisindeki çıkar ayrılıklarının yarattığı çekişme ve çatışmaların kurulu düzen lehine bir dengesini kurma gereği olduğundan, tabiri caizse, oyunun kurallarını belirleyecek bir yapıya ihtiyaç doğmuştur. Bu ilişkiler ve onun yarattığı çatışmalar gelişip karmaşılaştıkça, bu yapı, daha sistemli ve güç dengelerinin durumuna göre karşılıklı tavizleri de içerecek bir hukuk düzenine doğru, toplumsal devinime de eşlik ederek gelişimini sürdürmüştür.

Toplumsal yaşamın hareketliliği ve sürekli devinim halinde olması nedeniyle, hukuku soyut aklın tasarımı bir “ideal” topluma ulaşmanın aracı olarak ele almak nafi bir çabadır. Elbette hukuk, toplumsal yaşamı, topluma rağmen düzenlemek adına kullanılabilir. Ancak bunun önündeki en önemli engel, aynı zamanda toplumun onayına yani meşruiyet sağlamaya ihtiyaç duymasıdır. Aksi halde en iyi hukuk bile, toplumsal bir konsensüsün ürünü olmadıkça ancak zor yoluyla uygulanabilir ve toplumla çatıştığı her noktada ya kendini revize edecektir ya da toplum tarafından geçersiz hale getirilecektir. Bir süreliğine de olsa zor yoluyla kendini uygulattırma imkanı bulsa da eninde sonunda sadece zora dayanan bir hukukun yok olacağını tarih defalarca göstermiştir.

Hukukun, yöneten erkin “keyfi” iradesinin bir sonucu olmadığını söylediğimize göre, temellerini toplumsal yaşamdaki gelişmenin yarattığı bir takım ihtiyaçlar olarak belirlediğimiz hukukun, bir normlar sistemi olarak kökeninin ne olduğu sorusunun cevabını da vermiş oluyoruz: Toplumsal yaşamın işleyiş kuralları hukukun da kökeni ve kaynağını oluşturmaktadır. İnsanlararası ilişkilerin kaynağı insanların yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması için kurdukları karşılıklı ilişkiler olduğuna göre, toplumsal yapının işleyiş kurallarını da bu ilişkilerin nasıl biçimlendiği belirler. Zaten hukuk da, bu ilişkilerin biçimlenişinin belli bir aşamasında ortaya çıkmıştır. Hukuk, yaşamdaki bu gerçekliğin yeniden kurulduğu bir alandır. Marx’ın ifadesiyle “*Toplum hukuk üzerine kurulmaz, bu bir hukuksal yapıdır. Tersine, hukuk, topluma dayanmalı; kişisel kaprislerinden farklı olarak, toplumun, belirli bir zamanda egemen olan maddi üretim biçiminden doğan ortak çıkarlarını ve gereksinimlerini ifade etmelidir*”²³⁸.

²³⁸ Karl Marx , The Trial of the Rhenish Disfranchisement Committee of Democrats, 1849, <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1849/02/07.htm>. (8.7.2002.)’den Aktaran: Onur KARAHANOGULLARI, “Marksizm ve Hukuk”, *AÜSBF Dergisi*, Cilt:57, Sayı:2, Ankara, 2002, s.77. Meclisi ve vergi yasalarını eleştirdiği için yargılandığı, Ren Bölgesi Demokratlar Komitesi Davası’ndaki savunmasında Marx, Kod Napolyon’u (Fransız Medeni Kanunu’nu) örnek vermektedir:

Kimi hukuk kuramlarda ileri sürüldüğünün aksine, bu kurallar, toplumsal yaşama öncül kurallar olarak ele alınamaz. Örneğin iki kişi arasındaki borç ilişkisi, bu ilişkiyi düzenleyen hukuk kuralının varlığının bir sonucu olarak ortaya çıkmaz, aksine böylesi bir ilişkinin varlığı, bu ilişkiyi düzenleyen kuralların oluşmasına sebep olmuştur. Yani, öncelikle ilişkiler ortaya çıkar sonrasında bunların yürürlüğünü sağlayan kurallar. Bu, örf-adet, gelenekler ve ahlak kuralları gibi tüm toplumsal kurallar için geçerlidir. Toplumun maddi yaşamının manevi karşılığı olan tüm ilke ve kurallar toplumun üretimidir ve elbette aralarındaki diyalektik ilişkinin bir sonucu olarak, aynı zamanda toplumun yeninden üretiminde “üreten” olarak da rol alırlar. Toplumsal yaşam değişip gelişirken hukukun da değişip gelişmesi, toplumsal koşullara ayak uydurması gerekir. Bu bakımdan toplumun bir parçası olan hukukun katı ve değişmez değil, esnek ve değişimlere ayak uydurabilir bir yapıda olması, meşruiyetini sürdürebilmesi bakımından da gereklidir.

2. Devinim Halindeki Bir Yapı Olarak Hukuk ve Hukukun Kuramsal Evrimi

Toplumsal yaşamı düzenleyen bir takım normların olduğu fikri, antik çağdan itibaren dillendirilmiş, hukuk, felsefi temellerini bu fikirler etrafında biçimlendirmiştir. Hukukun tarihsel evrimi içerisinde bu görüşleri ele aldığımızda, aslında bu görüşlerin de, toplumsal yaşamdaki değişim ve dönüşüm ile paralel ve toplumsal ihtiyaçlar etrafında biçimlenip etkinlik kazanan görüşler olduğunu görüyoruz. Bu, hukuk kuramlarına yaklaşımımızda esas alacağımız bir veridir. Kimi hukuk kuramları hukuku, toplumun üstünde, toplumdan bağımsız salt aklın ürünü olarak ele alırken, kimi hukuk kuramları ise hukuku yasakoyucu iradenin adeta “keyfi” bir ürünü olarak ele alır. Neticede her iki anlayış da hukuk ile toplumu birbirinden ayrı ve bağımsız süreçler olarak gördüklerinden, gerçeklikle bağıyı koparmış bir “olan” - “olması gereken” tartışmasına sıkışıp kalırlar. Toplum ile hukuk arasındaki diyalektik ilişkiyi görmezden geldikleri gibi, “olan” ile “olması

“Elimde tutmakta olduğum bu Kod Napolyon, modern burjuva toplumunu yaratmamıştır. Tersine, 18. yüzyılda doğan ve 19. yüzyılda gelişen burjuva toplumu, hukuksal ifadesini bu Kodda bulmaktadır yalnızca. Bu toplumsal koşullara uygunluğu sona erer ermez bu Kod basit bir kağıt parçasına dönüşür.”

gereken” arasındaki diyalektik ilişkiyi de görmezden gelerek, ya metafizik varsayımlar üzerine kurdukları “olması gereken”i “olan”a dayatır, ya da “olması gereken”i tümüyle göz ardı edip “olan”ı kutsallaştırmayı tercih ederler.

Hukukun kuramsal evrimini toplumsal yaşamın tarihsel evrimi ile ilişkisi içerisinde ele aldığımızda, tüm hukuk kuramlarının, toplumsal yaşamın gelişimi sürecinde, birtakım sorun ve ihtiyaçlara cevap bulmak adına ortaya atılmış, toplumun verili kaynakları (geçmişin birikimleri ile birlikte) ile sınırlı kuramlar olduğunu ve her yeni kuramın eskinin içerisinde temellenerek ortaya çıkıp etkinlik kazandığı görmekteyiz.

Örneğin, ilkel toplumlarda yaşam hakkı savaşta esir düşenlerin öldürülmesini de kapsarken, üretim araçlarının gelişmesi sayesinde insan emeğinin etkinlik kazanması sonucu esirlerin öldürülmek yerine köle olarak çalıştırılmasının daha faydalı olduğu gerçekliği karşısında bu hakkın maddi ve düşünsel kapsamı genişlemiştir. Günümüz kapitalist devletlerinde ise, “herkes”e tanınmış olan yaşam hakkı, sigorta primlerini yatırmamış olan bir kişinin hastane kapısında ölüme terk edilmesini²³⁹ de, terörist olduğu şüphesiyle polis kurşunu ile sivil insanların öldürülmesini²⁴⁰ de içermektedir. Yani toplumun maddi yaşamının temel ilke ve esasları ne ise manevi yaşamı (yani düşünsel alan) da öyledir. Ancak daha önce de değindiğimiz gibi bu tek taraflı bir ilişki değildir. Köleci bir toplumun temellerinin atılması ile, bu toplumsal yapının yarattığı çelişki ve çatışmalar ve bunun üzerinden gelişen düşünsel alan toplumu değiştirmeye de zorlar. Toplumsal yaşamın çelişkileri köle ayaklanmalarını doğuran düşünsel gelişimde, köle ayaklanmaları ise bu toplumsal düzenin ortadan kaldırılmasında etkin bir rol oynamıştır.

Bu diyalektik ilişki içerisinde hukuk da toplum tarafından kurulan ama aynı zamanda kurucu bir rol de üstlenen pozisyonundadır. Ancak hiçbir şekilde toplumun

²³⁹ Ülkemizde, sosyal güvencesi olmadığı gerekçesiyle tedavisi yapılmayan, hastanede rehin kalan yahut hastane kapısında ölen vatandaşlarımızla ilgili haberlere yazık ki sıkça rastlanmakta. Bkz. Evrensel Gazetesi, 14.05.2008, http://www.evrensel.net/v2/haber.php?haber_id=30841, (Erişim Tarihi: 10.08.2011).

²⁴⁰ Londra’da 22 Temmuz 2005’te Brezilyalı Jean Charles de Menezes, İngiliz özel güvenlik timlerinin Menezes’i intihar bombacısı olduğunu düşündükleri kişi sanmaları nedeniyle başına 7 kurşun sıkılarak öldürüldü. Savcılık olayla ilgili, bireylerin yargılanmasına yer olmadığına, emniyet makamının “adam öldürmekten” değil, kamu güvenliğini tehlikeye atmaktan yargılanmasına karar verdi ve yargılama sonucunda ise kuruma para cezası verildi. http://www.bbc.co.uk/turkish/europe/story/2007/11/071101_menezes_verdict.shtml, (Erişim Tarihi: 13.03.2011).

üstünde, toplumdan bağımsız bir rolü olmamıştır. Hukuk kuramlarını da bu gerçeklik etrafında ele almak gerekmektedir.

Hukuka dair en köklü ve en eski kuram, günümüze kadar varlığını -dönem dönem etkinliğini yitirerek de olsa- sürdürmüş olan doğal hukuk kuramıdır. Bu kuram, ilkçağdan bugüne toplumsal değişmelere uygun bir biçimde değişmeler geçirerek gelmiş ve liberal demokratik rejimlere kaynaklık eden ilke ve esasların oluşumunda önemli bir rol oynamıştır.

Köklerini Antik Yunan'da atan ve Roma Hukuku ile uygulamaya konulan İlkçağ doğal hukuk öğretisi Stoacı Okul ile anılır²⁴¹. Stoacı Okul, toplumsal yaşamı düzenleyen kuralları, keşfetmekte oldukları doğanın içerisinde aramış, birçok bilinmezi barındıran doğanın, pek çok şey gibi henüz keşfedilmemiş ve insan aklı ile keşfedilecek olan bir takım verili kurallarının olduğunu düşünmüşlerdir. Stoacı düşünürler, doğal hukuku akıl yoluyla bulunan ve insanlığın ortak değerlerini belirten bir esaslar topluluğu olarak görmüşlerdir²⁴². Doğal Hukuk düşüncesinin kökleri de burada yatmaktadır. Stoacı Okulun bu görüşleri Roma'da da kabul görmüş ve önde gelen düşünürlerin felsefi kuramlarında yer etmiştir. Örneğin Çiçero, hukukun kaynağının doğada olduğunu belirtmiş ve Tanrının insana yansıttığı temel bir güç olan aklın, yasayı bulabileceğini vurgulamıştır²⁴³.

Dini tahakkümden beslenen feodal toplumun insan aklını dini ilke ve esasların boyunduruğu altına aldığı Ortaçağ Avrupa'sında ise hukuk ilahi hukukla eş anlamlı sayılmış ve bu yaklaşım kilise hukukunun, diğer bir deyimle kanonik hukukun oluşumunda önemli bir rol oynamıştır. Bu anlayışa göre hukuk, tüm varlıklar gibi tanrı tarafından yaratılmıştır ve onun bir armağanıdır²⁴⁴.

Doğal hukuk anlayışının en etkili olduğu dönem ise burjuvazinin yükselişi ve kapitalist toplumun inşası yönündeki ilk adımların atıldığı aydınlanma dönemidir. Toplumsal yaşamdaki önemli değişme ve gelişmelerin önünde bir engel teşkil eden dinsel referanslı tüm toplumsal yapıların reddedildiği bu dönem, kilisenin tahakkümü

²⁴¹ Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Levent KÖKER, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 2.b., İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s.21.

²⁴² Adnan GÜRİZ, **Hukuk Felsefesi**, 6.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003, ss.176-177.

²⁴³ Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Levent KÖKER, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, 4.b., İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001, s.51 vd.

²⁴⁴ Bu çağda doğal hukuk anlayışı, hiyerarşik bir düzen içerisinde yasa türlerine varır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Faruk ALTINTAŞ, "Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:8, Samsun, 1996, s.232.

karşısında bireysel özgürlük ve eşitlik taleplerinin yükseldiği bir dönemdir. Doğal hukuk öğretisi de bu dönemin söylemlerinin en etkin aracı olmuştur.

Bilim alanında insanlığın tüm maddi ve düşünsel dünyasını altüst eden gelişmelerin yaşanması, matematik ve fizik gibi bilimlerin ilke ve esaslarının sosyal bilimlere uygulanma çabalarını beraberinde getirmiştir²⁴⁵. Ancak sosyal bilimlerin en etkin yöntemlerinden biri olan “gözlem” yöntemi pek fazla dikkate alınmamış, bunun yerine “analiz” tercih edilmiştir. Maddenin en küçük birimi olan “atom”un incelenmesi gibi, toplumun en küçük birimi olarak “birey” ele alınmış ve soyut bir birey analizi üzerinden toplumsal çıkarımlarda bulunulmaya çalışılmıştır. Bunu yapabilmek için tıpkı atom gibi bireyin de değişmez mutlak bir takım özelliklerinin olduğu iddia edilmiş ve bu “insan doğası” olarak adlandırılmıştır. İnsan doğasının ilke ve esaslarının, toplumsal yaşamın “insan aklı” ile keşfedilebilecek temel ilkelerini oluşturduğu; bu bakımdan toplumun, devletin, hukukun vb. bu doğal ilke ve esasları belirleyen doğal yasaya göre düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır²⁴⁶.

Bu bakımdan, doğal hukuk anlayışına göre hukukun kökeni insan doğasıdır diyebiliriz. Bu kurama göre, insan doğası her yerde aynı olduğundan doğal hukuk, evrensel ve değişmez niteliklidir. İnsan için zorunlu olan sosyal yaşam, hukukun ilkelerini hem yönetenlere hem de yönetilenlere dayatır; çünkü bu ilkeler, tüm kurallara üstündür. Doğal hukuku teokratik elbisesinden çıkarıp, laiklik prensibinin felsefi temelini atan hukukçu ve felsefeci Hugo Grotius’tur²⁴⁷. Grotius’a göre, doğal hukuk evrenseldir ve hukukun gerçek kaynağı insan aklıdır; doğal hukukun ilkeleri, matematik ilkeler kadar mutlak gerçekliği ifade eder. Akıl yoluyla algılanan matematik ilkeler nasıl ki değişmez ve mutlak nitelikli ise, insan aklının algıladığı

²⁴⁵ “Özellikle 17. yy da Dekartçılık olarak ifadesini bulan “Kartezyenizm”, bilimsel gelişim için matematiğin geniş bir etki alanına sahip olması gerektiği düşüncesini öne sürmüş ve bu katkı sayesinde, hem bilim hem de hukuk alanında teolojik çağ kapanmıştır. Bu çağda hukuk düşüncesinin bir yandan matematikle diğer yandan deneysel bilimlerin kullanıldığı analitik yöntemle ilişki kurmaya yöneldiği görülür. Kartezyen yöntem, felsefe de dahil olmak üzere bütün bilgi alanlarında, matematik yöntemin uygulanmasını içeren evrensel matematik anlayışına ulaşmıştır (çünkü evrensel matematik tüm bilgi alanlarında uygulanabilir kurallara sahiptir). Matematik yöntem gösterir ki, her hüküm (yargı), ondan önce varolan doğru bilgiye dayanmalıdır. Önce (doğruluk içeren) basit ilkelere ve sonra karmaşık önermelere (ilkelere) ulaşmak gerekir. Öncül önermeler ne denli doğru ise büyük önerme de o denli doğru olacaktır.” Bahir Güneş TÜRKÖZER, “Sosyolojik Hukuk Düşüncesinin Oluşumu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:1, Sayı:3, Kasım 2006, (Sosyolojik Hukuk), ss.70-71.

²⁴⁶ TÜRKÖZER, Sosyolojik Hukuk, ss.70-72.

²⁴⁷ Recai Galip OKANDAN, **Umumi Amme Hukuku**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1968, s.95 vd.

doğal hukuk ilkeleri de mutlak bir nitelik gösterir. Tanrı bu ilkelerin yaratıcısı olmakla birlikte, (matematik ilkelerde olduğu gibi) artık istese de o ilkeleri değiştiremez²⁴⁸.

“Akıl”a yaptığı vurguya rağmen, toplumsal yaşama ve onun bir ürünü olan hukuka bakışında dinsel anlayışın aynı metafizik yöntemlerine başvuran doğal hukuk, toplum ile birey, madde ile bilinç arasındaki ilişkiyi ayakları havada ters bir ilişki olarak ele almış ve kurguları gerçekliğe dayatan bir yöntem olmaktan sakınamamıştır. Bu yaklaşımda toplum, farzolunan bir rasyonel toplumdur. Her bir akıllı insanın doğal hakları zedelenmeksizin içinde yaşayabileceği farzedilen toplumun, toplumsal gerçekliğin kendisinin yerine yerleştirilmesidir. Bu tasarım, siyasal tutumun ve bununla bağlantılı hukuk algılamasının meşrulaştırılmasını temin etmek amacına yönelmiştir²⁴⁹.

Burjuvazinin özellikle sanayi devrimi ile birlikte toplumsal yapıda tümüyle etkin bir hale gelmesinin ardından, yani yeni bir toplumsal sistemin inşasının büyük ölçüde tamamlanmasının ardından, artık hukuku kurulu toplumsal düzene müdahale imkanı geniş olan esnek bir yapı olmaktan çıkarmak gereği doğmuştur. Niyazi Öktem’in ifadesiyle, burjuva devrimleri tamamlanmış, burjuvazi siyasal ve ekonomik iktidarını yasalarla sağlamlaştırabilmek için bunların tartışılmasını sakıncalı görmüştür²⁵⁰. Artık, burjuvazinin iktidardan talep ettiklerini almasından sonra, sıra aklın zaferine gelmiştir; bu dönem, hukukçular yönünden toplumu rasyonel surette düzenleyen pozitif hukuka rağbet edilmesi dönemidir. Bir nevi, hukuksal pozitivizmin zaferidir diyebiliriz. Austin’in İngiliz analitik pozitivizmi, Beentham’ın faydacılığından da beslenmiş şekilde güçlü bir kuramsal kurgu ile karşımızdadır²⁵¹. Bu yeni dönemin etkin olan hukuksal kuramları, kurulu düzenin (statükonun) korunması, devlet otoritesinin sağlamlaştırılmasını amaçlayan kuramlar olmuştur. Buna göre hukuk, devletin yaptırımla desteklediği pozitif hukuktur, yasakoyucunun iradesinden kaynaklanır.

Hukuku egemen gücün buyurduğu akıl yoluyla üretilmiş kurallar olarak ele alan analitik pozitivizmin kurucularından Austin’e göre hukuk, akıl sahibi bir

²⁴⁸ TÜRKOZER, *Sosyolojik Hukuk*, s.3.

²⁴⁹ Mehmet Tefik ÖZCAN, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 3.b., Kavim Yayıncılık, İstanbul, 2007, (Sosyoloji), s.26.

²⁵⁰ Niyazi ÖKTEM, “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, **İÜHF**, Cilt:43, Sayı:1-4, İstanbul, 1977, s.283.

²⁵¹ ÖZCAN, *Sosyoloji*, s.5.

kimsenin yönetilmesi için gerekli kurallar bütünüdür. Bu kurallar, güçlü olan bir akıl sahibince yürütülür. Hukuk temelini etkinlik kavramında bulur. Etkinlik kavramının aktif unsuru egemen gücün eylemi, pasif unsuru ise süjenin uymaya yönelik tutumudur. Bu bir tür alışkanlık olup süjeyi, yükümlülüğü kabule götürür²⁵².

Aynı dönem Fransız Yorumcu Okuluna göre ise, hukuk yasanın kendisidir. Yasadan ayrı bir hukuk olamaz. Yorumcu Okul mensupları, 1789 Fransız Devrimi'nin, devrimci sosyal felsefesinden etkilenecek toplumun yeni bir kalıba dökülmesinde hukuk normlarından medet ummuşlardır. Bu nedenle hukukun düzenleyici ve rehberlik edici rolü üzerinde ısrarla durarak hukuku topluma yeni bir yön vermek azminde olan siyasi iktidarın iradesini yansıtacak yasalardan ibaret saymışlardır²⁵³.

Pozitivizmin günümüz demokrasileri bakımından da en etkili olmuş ismi ise Hans Kelsen'dir. Hans Kelsen, olması gereken hukuk vurgusu yapmaksızın, olan hukuku analitik olarak incelenebilir bir bütün şeklinde düşünerek algılamıştır²⁵⁴. Kelsen'e göre, hukukun yaratılması bir süreç içinde gerçekleşir. Bu süreç aynı zamanda hukuk düzeninin hiyerarşik yapısını oluşturur. Hukuk düzenin en üst kademesinde “temel norm” bulunur. İşte hukukun kökeni budur. Hukuk düzeninin birliğini sağlamak için kabul edilmiş temel norm, pozitif bir hukuk kuralı değil, ona tabi normların hukuk ötesi, nihai, mantıksal bir geçerlilik nedeni olduğu için sadece bir hipotezden ibarettir. Bu temel normdan sonra, sadece devletle ilgili bir hukuk düzeni göz önüne alınca, pozitif hukuk bakımından en yüksek kademeyi oluşturan anayasa gelir. Geçerliliğini temel normdan alan anayasa, genel karakterdeki hukuk normlarını, yasaları koyacak organları gösterir. Hiyerarşik normlar piramidinin tepesinde bulunan temel norm, üstün iktidarcı belirlenen ve toplumda genel geçerliliğe sahip bulunan ilke veya ilkeler topluluğudur²⁵⁵.

Kelsen'in yaklaşımının doğal sonucu, hukukun rasyoneli ve düzeni temsil eden olarak, hukuksuz olduğunda kendi başına bir kaos olacak olan toplumu düzenlemesidir. Toplumun mahiyetinin bilgisi sorunu bir kenara itildiğinde, hukukun

²⁵² ÖKTEM, ss.288-289; GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s.313 vd.

²⁵³ Hamide TOPÇUOĞLU, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk) Cilt 1**, 3.b., AÜHF Yayınları, İstanbul, 1969, ss.16-17.

²⁵⁴ ÖZCAN, Sosyoloji, s.29.

²⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vecdi ARAL, “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, **İÜHF**, Cilt:34, Sayı:1-4, İstanbul, 1969, (Kelsen), ss.513-552.

meşruluğu sorununun da üzeri kolayca örtülmektedir. Burada meşruluk, sadece alttaki normun üsttekine veya tümünün temel norma uymaması durumunda söz konusu edilebilir. Bu hiyerarşiyi de bulgulayabilecek ve bozulmuşsa düzeltebilecek olan, sadece ve sadece hukukçunun kendisidir²⁵⁶.

Ekonomik buhranlar, sınıfsal çatışmalar, dünya savaşları ve sosyalist devrimlerin de etkisiyle hukukun statükocu, bireyci ve soyut dar pozitivist kalıplarının yeniden zorlandığı 19. Yüzyıl sonu ve özellikle 20. Yüzyılda, doğal hukuk öğretisinin reforme edilerek yeniden gündeme gelmesi, pozitif hukukun da bu gelişmelerden payına düşeni alması ile birlikte, hukuku toplumsal bir olgu olarak ele alan ve yüzünü topluma dönen sosyolojik hukuk kuramları da doğmuştur.

Nitekim, liberalizmin evrenselleştirilmiş değerlerinin, “ideler dünyası”ndaki çekicilikleri bir yana, liberal bir hukuk anlayışının toplumun mensuplarının tamamının sorunlarını çözmekte başarılı olmadığı görülmüştür. Emekçi sınıfların sorunlarına hukuk yoluyla çözüm bulamamaları yeni bir toplumsal çatışmaya kaynaklık etmiştir. Hukukun, ideal bir toplumun akıl adına düzenlenişinin taslağını çizdiği düşüncesi inandırıcılığını yitirirken, toplumsal çatışmayı önlemek için hukuksal araçları kullanarak alınan tedbirler onun giderek pragmatik araçlar kümesine dönüşmesine yol açmıştır. Bunun sonucunda, kavramsal veya analitik hukukçuluk yerine, ya Jhering gibi hukuka sosyal fayda ile yaklaşmak, ya menfaatler içtihadındaki gibi toplumsal çıkarları değerlendirmeye almak, ya Amerikan sosyolojik hukuk biliminin hukukun sosyal mühendislik yönünde araçsal kullanımı yaklaşımı ya da sorunu fazla büyütmeden Fransız serbest hukuk okulunun savunduğu gibi, yargıcın karar almadaki özgürlüğünü arttırarak soruna çözüm bulmak çabası ifade edilmeye başlanmıştır²⁵⁷.

Sosyal faydacı görüş temsilcisi Jhering, her ne kadar hukuku yaratan devlet olsa da, devlet kudretinin mutlak olmadığını hukukla bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Devletin kendi yarattığı hukukla ve kendi isteği ile bağlı olduğunu iddia eden Jhering’e göre devlet kendi oluşturduğu hukuk düzenine bireylerin uymasını sağlamak böylelikle varlığını sürdürmek için öncelikle kendisi oluşturduğu düzene uymak zorundadır. Bu nedenle devlet kendi faydası için, kendini kendi yaptığı hukukla isteyerek sınırlar. Birey bakımından ise hukuk düzenine uyulmasını

²⁵⁶ ÖZCAN, Sosyoloji, s.30.

²⁵⁷ ÖZCAN, Sosyoloji, s.6.

sağlayan iki manivela “ödül” ve “zorlama”dır. Ödül iş ve ticaret hayatına, zorlama ise devlete aittir. Jhering’e göre hukuk, toplumun yaşama koşullarının, devletin zorlayıcı gücüne dayanan garantisiyle büründüğü şekildir²⁵⁸. Hukukun içeriği sosyal yaşamın koşullarının güvenceye alınmasıdır ancak bu içerik zamana ve sosyal şartlara göre de değişir. Hukukun amacı, bireyleri hukuka uymaya yöneltecek ödül ve zorlama dengesini kurarak, sosyal yaşamı güvenceye almaktır²⁵⁹.

Tarihçi hukuk okuluna göre ise hukuk, bir gecenin içinde doğmaz; bilakis hukuk, nesiller boyunca ulusal ruhun derinliklerinden doğan bir şeydir. Bu şu demektir: hukuk, ilk önce örflerden ve teamüllerden sonra da hukuk ilminden doğar. Alman tarihçi hukuk okulu, doğal hukuk akımına karşı hukukun evrensel olmadığını buna karşın ulusal, sosyal ve tarihsel bir nitelik taşıdığını ileri sürmüştür²⁶⁰.

Duguit, Durkheim ve G. Scelle gibi düşünürlerce temsil edilen dayanışmacı okul, hukukun sosyal ilişkilerden doğduğunu vurgulamıştır²⁶¹. İnsan toplum içinde yaşar ve toplum olan her yerde hukuk vardır. Ubi societas ibi ius (nerede toplum varsa orada hukuk vardır). Birlikte yaşama gereği, hatta içgüdüsel toplumsal yaşamın gerekliliği bilincini verir. Dayanışmanın kurulması, devamı ve bozulmaması için bir takım kurallar olmalıdır. Ters durumda insanlık yok olur. Böylece hukuk kuralları “toplumsal dayanışma” olgusuna bağlı olarak oluşurlar²⁶². İşte bu kurallardan oluşan örf, ahlak ve hukuk, salt insanların bir arada yaşamları olayından çıkar. Bunların kökü bizzat sosyal olandır²⁶³.

Bu akımın en önemli temsilcisi Duguit’e göre bir kuralın hukuk kuralı niteliğini kazanması için onun devlet tarafından formüle edilmiş veya tanınmış olması gerekli değildir. Hukukun devletin kendi kendini sınırlamasının bir aracı olarak kabul edilmesini tümüyle gerçek dışı bulur Duguit. Hukuku yaratan ve onu dilediği zaman dilediği gibi değiştirebilen devlet, bu hukukla bağlı sayılamaz. Bu bakımdan Jhering’in devletin kendi kendini sınırlaması tezini alaycı bir biçimde

²⁵⁸ Adnan GÜRİZ, **Hukuk Başlangıcı**, 8.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s.230.

²⁵⁹ ÖZCAN, *Sosyoloji*, s.38. Faydacı görüşün diğer bir temsilcisi olan John Dewey’e göre de hukuk, somut olaydan, reel olgudan çıkmaktadır. O, tüm, önsel (a priorik) kavramları yadsıyarak toplumsal realite, sosyo-ekonomik ilişkiler, psikolojik insan davranışları, yasa koyucunun tutum ve irade görünümünün boyutları içinde hukuku anlamlandırmıştır. ÖKTEM, s.289.

²⁶⁰ GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, ss.226-227.

²⁶¹ Vecdi ARAL, “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi İle Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı”, **İÜHF**, Cilt:39, Sayı:1-4, İstanbul, 1974, (Hukuka İlişkin), s.311; ÖKTEM, s.276.

²⁶² ÖKTEM, s.276.

²⁶³ ARAL, *Hukuka İlişkin*, s.311.

reddeder. Duguit'e göre hukuk devletin çıkardığı kural değildir, sosyal dayanışmaya ve toplumu meydana getiren bireylerin vicdanlarında yatan adalet duygusuna uygun olan her kural hukuk kuralıdır. Hukuk kuralını diğer sosyal kurallardan ayıran fark, ihlal edilmesi halinde uyanan tepkinin şiddetinde kendisini gösterir. Bireyler hukuk kuralını o derece önemli saymışlar ve ona aykırı davranışları sosyal dayanışma bakımından o derece zararlı ve tehlikeli bulmuşlardır ki, buna karşı uyanan tepkiyi sosyal alanda kurumlaştırmak yani bir yaptırıma bağlama gereğini duymuşlardır²⁶⁴.

3. Hukuku Yargı İle İlişkisi Bağlamında Ele Alan Kuramlar Çerçevesinde Hukuk-Yargı İlişkisine Bakış

Hukuksal pozitivizmin hukuku kanun koyucunun iradesinden ibaret gören anlayışı, kanun koyucuyu yücelten formalist mantık, hukuku bir tür aritmetik hesap sanatı olarak görmüştür. "Hukuk kuralları eşittir hukuki sonuç" anlayışı esas alınmıştır²⁶⁵. Buna göre hukuk, *"kesin ve açık kavramlara dayanmalı, hakime geniş takdir yetkisi bırakılmamalı, kuşku ve duraksamaya yer vermemeli, hile ile anlamı değiştirmeye elverişli olmamalı ve keza meydana gelebilecek her olay için açık bir çözüm ihtiva etmelidir."*²⁶⁶ Oysa bu aritmetik hesap, değişken ve sürekli hareket halindeki toplumsal yaşam pratiği karşısında tutmamaktadır, tutmamıştır.

Bu formalist bakış açısına karşı ileri sürülen temel tezler ise hukukun "belirsizliği" iddiası üzerinden şekillenmiş ve hukukun yargısal süreçlerden bağımsız bir şekilde anlamlandırılmayacağı fikri üzerine kurulmuştur. Hukukun belirsizliği ilk olarak hukuk metninin belirsiz olmasına dayanırken, ikinci olarak hukuk normunun somut davalara uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkabilmektedir²⁶⁷.

Temel soru şudur: "Somut hukukî uyumsuzlukların sonucunu hukuk mu belirler?" Lawrence Solum'a göre bu soruya verilebilecek üç cevap vardır²⁶⁸: İlk

²⁶⁴ Münci KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, 7.b., Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, (Kamu), ss.254-255.

²⁶⁵ Orhan Münir ÇAĞIL, **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1971, ss.448-452.

²⁶⁶ Vecdi ARAL, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 6.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, (Bilim), s.24.

²⁶⁷ Gülriz ÖZKÖK, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **AÜHFD**, Sayı:2, Cilt:51, Ankara, 2002, s.1.

²⁶⁸ Lawrence B. Solum, "Indeterminacy", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (Ed. Dennis Patterson), Blackwell, Oxford 2000'den Aktaran: ÖZKÖK, s.1.

cevap yargıç kararlarını hukuk kurallarının belirlediğine ilişkin formalist yaklaşımın cevabıdır²⁶⁹. İkinci cevap hukuk kurallarının önemli bir rol oynadığını kabul etmekle beraber, yargıçların kararlarında başka etkenlerin de (tercihler, politika gibi) rol oynayabileceğini kabul etmektedir. Üçüncü cevap ise, hukuk kurallarının hiçbir etkiye sahip olmayıp, yargıçların istedikleri her karar haklı gösterebileceğini ileri sürmektedir. Bu son cevap, hukukun belirsiz olduğu iddiasının bir versiyonudur.

Günümüzde klasik formalist yaklaşım daha az kabul görmektedir. Hukukun uygulanması ile ilgili yaşanan problemler hukuki belirsizlik tezini güçlendirir yöndedir. Yüksek mahkeme kararlarının oyçokluğuyla verdiği kararlar, hukukun belirsizliğinin en somut örneği olarak sunulmaktadır²⁷⁰. Realistlere göre, bir temyiz makamının varlığı dahi, hukuksal sonuçların sadece önsel hukuk kurallarına dayalı olarak öngörülemediğini kanıtlamaktadır²⁷¹.

Hukukun belirsizliğine ilişkin temel tezler Amerikan realizmi ile anılmaktadır. Bir yargıç ve aynı zamanda hukuk felsefecisi olan O. W. Holmes'a göre hukuk, *"hukuk bilginlerinin gökten indirip somut davalara uygulayabilecekleri 'gökte sonsuza dek kuluçkaya yatmış gibi duran bir şey' değil, gerçek anlamda mahkemelerin uygulayacakları şeydir, doğrudan doğruya yargıçların düşüncelerinin ve duygularının bir ürünüdür."*²⁷²

Frank'e göre *"Hukukçu olmayan herhangi bir kişi için hukuk bir mahkemenin belli bir olay hakkında bu olayın olguları ile ilgili olarak verdiği karardır. Bir mahkeme bu olgularla ilgili bir karara varmadan o konuda herhangi bir yasanın*

²⁶⁹ Blackstone formalist yaklaşımı net bir şekilde şöyle özetler: "Yargıçlar tarafından dile getirilen ya da ulaşılan hüküm, yargıçların kendi belirlemeleri veya cümleleri değil, yasanın belirlemesi ya da cümlesidir. Hüküm, yasa ve gerçek öncüllerini doğal ve düzenli olarak takip eden bir sonuçtur. .. Böylece, hüküm ya da sonuç, yargıcın keyfi kaprislerine bağlı değildir. Yerleşmiş ve değişmez adalet ilkelerine bağlıdır." Blackstone'dan aktaran Wilfrid E. Rumble, "Rule-Scepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism", Journal of Public Law, 15, 1966'dan Aktaran: Kasım AKBAŞ, **Hukukun Büyübozumu Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, ss.98-99.

²⁷⁰ Mark V. Tushnet, "Defending the Indeterminacy Thesis", *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, (Ed. Brian Bix), Clarendon Press, Oxford 1998'den Aktaran: ÖZKÖK, s.2.

²⁷¹ AKBAŞ, s.155.

²⁷² Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston 1881'den Aktaran: Edward McNall BURNS, **Çağdaş Siyasal Düşünceler 1850-1950**, Çev: Alâeddin Şenel, 2.b., Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1984, s. 128.

varlığından söz etmek erken olur.”²⁷³ Üstelik, eğer gerçekten hukuk değişmez ve öngörülebilir ise, davayı kaybeden avukatın ne gibi bir özrü olabilir?²⁷⁴

"Aklı başında hiçbir hukukçu mahkemelerin kararlarının yasalara eklemelerde bulunmadığını, onları değiştirmedğini ileri sürmeye kalkamaz" diyen İngiliz hukukçu F. Pollock'un yaklaşımı da buna benzer. Dicey de *"yargıçların yaptığı yasa, gerçek yasadır"* demiştir. Amerikalı filozof M. Cohen ise yargıçları, yalnızca çağlar boyunca kuşaktan kuşağa geçirilerek gelen katı, mekanik yasa metinlerinin sözcüleri olarak gören anlayışı “hukukun plak kuramı” diye alaya almıştır²⁷⁵.

Realistlerin yargısal kararı kuralların belirlediğinden kuşku duymaları için beş gerekçeleri vardır. Birincisi, davaya uygulanacak kuralın belirlenmesinde, birbiriyle çatışa da bilen çok fazla teknik kullanılabilmesidir. İkincisi, hiçbir özel önerme (davada verilen hüküm), bir genel önermeyi (genel kural) tam olarak ifade edemez. Üçüncüsü, hukuk dili birden fazla anlama gelebilen bir yapıya sahiptir; sözleşme hürriyeti, iyiniyet gibi kavramların ne anlamlara geldiği, tam olarak tespit edilemez. Dördüncüsü, toplumsal ve ekonomik değişiklikler, bir hukuk kuralına verilen anlamın da değişmesini gerektirebilir. Son olarak, beşincisi, somut olaylar birbirleriyle tam olarak aynı değildir²⁷⁶.

Böylece, realistler, hukukun, bilimsel olması bir tarafa, siyaset, kültür ve ekonomiden ayrıştırılamayacağını iddia etmişlerdir. Bu hukukun “siyaset ve ekonomi üstü” olduğu iddiasının da yadsınması demektir²⁷⁷.

Realistler hukuku yargısal süreçlerde üretilen bir olgu olarak ele alırken hukuksal gerçeklik ile toplumsal gerçekliğin birbirinden farklı olduğu saptamasını yapmakla birlikte sorunu bir yöntem sorunu olarak görmekten ileri gidememişlerdir. Eleştirilerini, genel olarak siyasal-hukuksal ve toplumsal düzene yöneltmektense, mevcut hukuk kuramlarına yöneltmekle sınırlandırmışlardır²⁷⁸. Çözüm bakımından mahkemelerin ne yapması gerektiği konusunda klasik söylemden farklı bir söylem

²⁷³ Jerome Frank; *Law and the Modern Mind*, Brentano's, New York, 1930'dan Aktaran: Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU, “Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:10, Sayı:1, İzmir, 2008, (Yargı) s.46.

²⁷⁴ Frank'den aktaran Rumble, a.g.e, Aktaran: AKBAŞ, s.155.

²⁷⁵ CANİKLİOĞLU, Yargı, s.46.

²⁷⁶ Rumble, a.g.e, Aktaran: AKBAŞ, ss.154-155.

²⁷⁷ AKBAŞ, ss.152-153.

²⁷⁸ Ülker GÜRKAN, **Hukuki Realizm Akımı**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1967, s.28.

geliştirememişlerdir. Aksine hukukçuları toplumun karşısına yerleştiren bir “sosyal mühendisliği” savunur pozisyona düşmüşlerdir. Bu bakımdan geleneksel kuramlar karşısında köklü bir duruş, bir devrim niteliği taşıdığını söylemek pek de mümkün değildir²⁷⁹.

Hukuk kuramlarına, bilginin toplumsal-tarihsel belirleyicileri olduğu, hukukun bunlardan bağımsız olamayacağı, hukukun yorumunun dahi diğer sosyal bilim alanlarının müdahalesine muhtaç olduğunu ifade ederek karşı çıkan bir diğer akım ise “Eleştirel Hukuk Çalışmaları” (EHÇ) ismiyle anılan akımdır. Frankfurt Okulu diye de adlandırılan toplumbilimcilerin de görüşlerini paylaştıkları bu görüş, pozitivistimin toplumsal hayatın doğru bir şekilde kavramsallaştırılması ve anlaşılmasını sağlamayan ve sağlayamayan, yetersiz ve yanlış yönlendirici bir yaklaşım olduğunu ileri sürer. Pozitivistimin yalnızca var olan siyasal düzeni kutsallaştırdığını, radikal herhangi bir değişikliği engelleyip statükoculuğa sürüklendiğini, ayrıca teknokratik bir egemenlik anlayışına bağımlı olduğunu ifade eden Frankfurt Okulu’nun yöntem önerisi “diyalektik”tir²⁸⁰.

EHÇ de, Amerikan realistlerinin, hukukun belirsizliğine ve bir toplumdaki hukukun anlaşılabilmesi için yargılama fonksiyonunun önemli olduğuna ilişkin tezlerini desteklemiştir. Bu görüşün temsilcilerinden Kairys’e göre, hukuksal usa vurma (muhakeme) herhangi hukuksal ya da toplumsal bir soruna, somut ve gerçek bir çözüm sunmaz. Hukuksal usa vurma, makul, yetkin ve adil insanları, belirli uyumsuzluklarda belirli sonuçlara götüren bir yöntem ya da süreç değildir. Hukuk bir kültür, dil ve bilgiler toplamıdır. Böylece yargıca, aralarında tercihte bulunabileceği akılcılaştırılmış seçenekler sunar. Ancak bu akılcılaştırma herhangi bir seçenek için aynı derecede geçerlidir. Yargıcın belirli bir tercihte bulunmasını sağlayacak belirli bir hukuksal unsur ise söz konusu değildir²⁸¹.

EHÇ’nin belirsizlik konusundaki tezleri iki sonuca bağlanır. Bunlardan birincisi “hukuk siyasettir” önermesidir. Buna göre, “*siyasal söyleme zıt bir hukuksal muhakeme tarzı söz konusu olamayacaktır. Hukuk, farklı bir kıyafetle karşımıza*

²⁷⁹ “Realist devrim, aslında bir saray devriminden başka bir şey değildi. Amerikan hukuk düşüncesinde önemli ama sadece evrimci bir aşama idi.” Alian C. Hutchinson ve Patrick J. Monahan “Law, Politics and The Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”, Standart Law Review, 36, 1984’ten Aktaran: AKBAŞ, s.152.

²⁸⁰ AKBAŞ, ss.77-83.

²⁸¹ David Kairys, “Law and Politics”, The George Washington Law Review, 52, 1983-1984’ten Aktaran:AKBAŞ, ss.97-98.

*çıkan siyasettir; ne tarihsel bir boşlukta işlev görür ne de toplumdaki ideolojik çatışmalardan bağımsızdır. Hukuk öğretisi sadece, belirli bir davada belirli bir sonucu gerektirmiyor değildir, aynı zamanda gerektiremiyordur da.”*²⁸² Bizim de katıldığımız bu görüş gereğince, herhangi bir hukuk normunun nesnel anlamda bir “doğru” sonucu işaret edebilmesi mümkün değildir. Yargıç gerek ele aldığı hukuk kuralına içkin değerler arasından, gerekse somut olayın barındırdığı değerler arasından tercihler yapmak durumunda kalır. Sadece uygulayıcı değil, yasa koyucu için de aynı şey geçerlidir. Bu seçenekleri de tercihleri de belirleyen toplumsal-siyasal yapıdan başka bir şey değildir. Hukukun belirsizliği olgusunu, aynı zamanda bu belirsizliğin kaçınılmaz olduğu görüşü ile ele almak gerekir, aksi halde bir nihilizme kayma riski bulunmaktadır ki EHÇ’nin böyle bir anlayışı yoktur. Hukuk belirsizdir çünkü tercihler yapmayı zorunlu kılar. Hiçbir somut olay birbiriyle birebir uyuşamayacağına ve her somut durum pek çok farklı değer ve çıkar içerisinden tercihlerde bulunmayı zorunlu kılacağına göre, hukukun belirsizliği kaçınılmaz olacaktır.

Hukukun belirsizliği, hukukun ve yargının meşruiyeti bakımından ele alındığında meşruiyet sorununu farklı bir boyuta taşımaktadır. Zira hukuk belirsiz ise, uygulanan hukukun nesnel, bağımsız ve tarafsız olduğundan da söz etmek güçleşecektir. EHÇ de zaten bu noktada belirsizlik tezinin ikinci sonucu olan hukukun tarafsızlığı önermesini ileri sürer.

Tarafsızlık vurgusu, hukukun toplumu biçimlendiren sınıfsal ilişkilerden, yani siyasal süreçlerden bağımsız olamayacağı düşüncesinin vurgulanmasıdır. Bu gerçeklik yargısal kararların meşruiyeti bakımından önem arz etmektedir. Yargısal kararların meşruluğu, (özellikle hukuk toplumsal bağlarından koparılarak ele alındığında) yargıcın kendi kurallarını yaratmayıp, mevcut kuralları uygulaması olarak anlaşılmaktadır. Oysa yargıcın karar verirken birçok değer arasından birtakım tercihlerde bulunarak karara varması gerekir bu da gerçek anlamda bir tarafsızlığı imkansız hale getirir. Bu durumda yargı tarafsızlığı toplumsal yapının ve onun biçimlendirdiği hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde bir tarafsızlık olabilecektir. Kapitalist toplumun temel özelliklerini düşünerek konuyu ele aldığımızda “tarafsızlık bireylerin kendi düşüncelerinde serbest bırakılmaları

²⁸² Hutchinson ve Monahan, a.g.e, Aktaran: AKBAŞ, s.100.

demektir” demek yanlış olmayacaktır, aksi halde piyasanın işlemesi mümkün değildir. “Bırakınız yapsınlar” fikrinin hukuktaki yansıması tarafsızlık vurgusudur. Bağımsızlık ise liberal toplumun zayıf karnı olan bürokrasinin zararlarının azaltılması amacıyla ortaya atılmış kuvvetler ayrılığı fikrinin bir yansımasıdır²⁸³.

Kairys hukukun kapitalist toplumdaki rolünü “fabrikaların kapatılması” örneği üzerinden açıklamaktadır: Ona göre, liberal hukuk düzeni, fabrikaların kapatılmasını bir hukuksal mülkiyet meselesi olarak ele alır. Böylece, güya, güncel siyasetten uzak, bağımsız ve tarafsız hukuksal kavramlar, toplumsal bir meseleyi adilane bir şekilde halletmiş sayılırlar. Ancak mülkiyet de hukuksal mülkiyetle sınırlandırılmıştır. O fabrikalarda çalışanların, fabrikanın üretiminden yararlananların, kısacası toplumun, fabrika sahibinin hukuksal mülkiyetine karışma hakkı söz konusu değildir. Böylece tarafsız olduğu iddia edilen hukuk, toplumsal hiyerarşiyi yeniden yaratan ve koruyan önemli bir mekanizma haline gelmektedir²⁸⁴. Dolayısıyla yargıç her türlü öznel değerden bağımsız bir hukuk kuralını uygularken aslında, söz konusu hukuk kuralına içkin olan değeri de tercih etmektedir. Liberal yargılama modeli, herhangi bir değerın tercih edilmesini, hukuk kuralının uygulanmasının içerisine saklamıştır²⁸⁵.

4. Hukukun Meşruiyeti ve Yargı

Hukukun meşruiyeti sorunu bir bakıma onun değerler sistemi ile ilişkisiyle ilgilidir. Toplumsal bir yapının meşruiyetini tesis edebilmesi için yalnızca toplumsal bir ihtiyacı karşılaması yetmez aynı zamanda bunun toplumsal değerler sisteminde olumlu bir karşılığının da olması gerekir. Bu nedenle hukukun etik değerler ile ilişkisi meşruiyetinin tesisinde önem arz eder.

Hukukun etik değerler ile ilişkisi doğal hukukçular ile pozitivistlerin ayrıştığı en önemli noktadır. Pozitivistler etik değerleri hukukun dışında bırakırken, doğal hukukçular pozitif hukuku sarmalayan ve ona meşruiyet kazandıran şeyin etik değerler özellikle de “adalet idesi” olduğunu ileri sürerler. Bu noktada tartışma bir “olan” hukuk ile “olması gereken” hukuk tartışmasına dönüşmektedir. Pozitivist

²⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKBAŞ, ss.103-105.

²⁸⁴ Kairys, a.g.e, Aktaran:AKBAŞ, s.108.

²⁸⁵ Hutchinson ve Monahan, a.g.e, Aktaran: AKBAŞ, ss.108-109.

görüşün olması gerekeni tümüyle reddeden yaklaşımı ile, doğal hukukun olması gerekeni somut toplumun dışında, üzerinde arayan metafizik yaklaşımının karşı karşıya geldiği bu tartışmada, en önemli unsur bir kenarda bırakılarak çözüm üretilmeye çalışılmaktadır: Toplumsal gerçeklik.

Doğal hukuk kuramına göre, doğal hukuk “olması gereken”i ifade ederken pozitif hukuk “olan” hukuktur. Doğal hukuk, doğada verili bulunan, mutlak, üstün ve evrensel kuralları ifade eder. Bu kuralların akıl yoluyla bulunup normatifleştirilmesi ile oluşan kurallar bütünü ise pozitif hukuktur. Dolayısıyla pozitif hukuk, doğal hukuka uygun olduğu sürece meşru olabilir. Kısaca bu şekilde özetlenebilecek doğal hukuk anlayışında doğal hukukun içeriği belirsiz olmakla birlikte, adalete yönelmiş etik değerlerle doldurulur.

Pozitif hukukun meşruiyet şartı olarak ileri sürülen doğal hukuk kuramı, hukukun geçerliliği sorununu ortaya çıkarır. Zira, pozitif hukuk içerisinde yer alan bir kuralın doğal hukuka aykırı olması durumunda ne olacaktır? Pozitif hukuka uygun ancak gayri ahlaki bir yasanın, yasa olarak kabul edilemeyeceği bu bakımdan geçerliliğinin olamayacağını ileri süren doğal hukukçu görüşe pozitivist görüş itiraz eder: Blackstone (1723-80), Commentaries’de, şu düşüncüyü ileri sürer: “(doğa yasasına) karşıt ise, hiçbir beşeri yasa geçerli değildir”²⁸⁶. Pozitivist Austin ise, Blackstone’a uç bir örnek ile karşılık verir: “*Zararsız, hatta faydalı bir eylemin, egemen tarafından ölüm cezasıyla yasaklanmış olduğunu düşünün; eğer bu eylemi işlersem, yargılanır ve suçlu bulunurum. Bu cezaya, ... (doğal hukuka) karşıt olması nedeniyle itiraz edersem, Mahkeme yapmış olduğum muhakemenin etkisizliğini, geçerliliğini inkar ettiğim yasanın gereğini yerine getirerek, beni asmak suretiyle ortaya koyacaktır*”²⁸⁷.

Doğal hukukun “olan” ve “olması gereken” arasındaki ilişkiyi ele alış biçiminin gerçeklik karşısındaki etkisizliğini vurgulayan bu itirazın bir yönüyle haklı olduğu ortadadır. Gayri ahlaki yasaların bağlayıcı olduğu ve uygulandığı pek çok toplumun bulunduğu aşıkardır. Buna, bu gayri ahlaki yasaların gerçekte hukuken

²⁸⁶ William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, I.41 1765-9’dan Aktaran: Brian H. BIX, “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çev: Ertuğrul Uzun, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:2, 2004, s.306.

²⁸⁷ John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, ed. W. E. Rumble, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995) (1832), lecture V, s. 158’den Aktaran: BIX, s.306. Parantez içindekiler bizim tarafımızdan eklenmiştir.

geçerli olmadığı ve devlet görevlilerinin bu yasaları hukuken geçerliymişler gibi uygulamalarının bir hata olduğu cevabı verilebilir. Ancak bu “olan”ı ve onun etkisini değiştirmeye tek başına yeterli değildir. Bu iddianın sahibi, gayrı ahlaki kuralların bağlayıcı kabul edilmemesi gerektiğini söylemektedir; ancak bu, sadece, bir toplumun hukuk uygulamaları için bir reform önerisi ya da, ortaya çıkarttığı hukuksal yükümlülükler ne olursa olsun, gayrı ahlaki yasaların ahlaki yükümlülükler yaratmayacağını söyleyen geleneksel doğal hukuk düşüncesini yeniden dile getirmek anlamına gelir²⁸⁸.

Yine de hukukun meşruiyeti konusunda doğal hukukun yaklaşımından yola çıkmak mümkündür. Yani pozitif hukukun değerler dünyasında olumlu bir karşılığı olmadığı sürece meşruiyetinden söz edilemeyeceğini ileri sürmek mümkündür. Ancak doğal hukuk, “olmaması gereken”i göstermekte elverişli olduğu kadar, “olması gereken”in ne olduğunu göstermekte elverişli değildir. Doğal hukukun anlam içeriğinin belirsizliği, dayandığı ilke ve değerlerin (adalet, eşitlik, özgürlük gibi) anlam içeriklerinin belirsiz ve nisbi olması, dahası bu değerlerin toplumsal yaşamın ürettiği nispi ve sürekli değişim halinde olan değerler değil de, doğada verili ezeli ve ebedi değerler olarak ele alınması “olması gereken”in ne olduğu sorusunun cevabını bulmayı zorlaştırmaktadır. Üstüne üstlük, bu yaklaşım, pozitif hukukun topluma “olan”ı dayatması gibi, metafizik bir “olması gereken”i topluma dayatmaktadır.

Öte yandan, pozitif hukukun yasal prosedürlere uygun bir biçimde çıkarılmış tüm yasaları meşru kabul eden bakış açısının da meşruiyet sorununu çözmediği ortadadır. Pozitivist görüş açısından “olması gereken” özellikle hukukçu için tartışma dışıdır. Hukukun “olması gereken”i yasakoyucunun iradesi ile somutlanan ve zaten pozitif hukuk haline gelmiş olan “olan”dır. Yasakoyucunun hukuki prosedüre uymak suretiyle yaptığı hukuki düzenlemelerin meşruiyet tartışmasında yeri yoktur. Egemen olan halkın meşru temsilcisi yasakoyucu zaten olması gerekene karar vermekte ve onu pozitif hukuk haline getirmektedir. Bu bakımdan ayrıca bir meşruiyet tartışması yürütmenin gereği yoktur.

Pozitivist yaklaşımda “olması gereken”i tartışma dışında bırakarak meşruiyet sorunu da tartışma dışında bırakılmak istense de, yasakoyucu iradede kaynağını

²⁸⁸ BIX, s.307.

bulan pozitif hukuku toplum yaşamına, toplumsal gerçekliğe dayatan bu anlayış eninde sonunda “olması gereken”le yüzleşmektedir. Bunun birinci sebebi pozitif hukukun oluşum süreci bakımından yaşanan meşruiyet sorunlarıdır. Liberal temsili demokrasiler toplumun ihtiyaç ve taleplerini karşılayabilmekten uzaktır. Yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkan hukuk çoğu zaman toplumsal gerçeklikle çatışmakta, halkın ihtiyaçlarını karşılayamadığı için de meşruiyet sorunu yaşamaktadır. Öte yandan pozitif hukuk doğası gereği hiçbir zaman toplumsal gerçeklikle birebir örtüşebilecek mahiyette değildir. Çünkü yazılı bir metinden ibaret olan ve büyük ölçüde içeriği ve sınırları belirli statik bir yapı olan pozitif hukuk, toplumsal gerçekliğin dinamik yapısı karşısında her daim onun bir adım gerisinde kalmak gibi önemli bir problemle karşı karşıyadır. Sürekli bir değişim ve dönüşüm içerisinde olan toplumsal yaşam hukuku da sürekli değişime zorlamaktadır. Olan hukukun gerçekten toplumun ihtiyaç ve taleplerini yansıtan bir içerikte olduğunu farzetsek bile, bu kurallar yasalaştıkları anda toplumun gerisine düşmekte ve toplumsal gerçekliğin gerisinde kalmaya başlamaktadırlar. Bu bakımdan pozitif hukuk ne kadar reddederse etsin, her daim toplumun dayattığı “olması gereken” ile karşı karşıya gelmekte ve değişimin gerisinde kaldığı müddetçe meşruiyeti tartışılır olmaktadır.

Görüldüğü gibi, her iki kuram da, bir noktadan sonra, “hukuki gerçeklik” - “toplumsal gerçeklik” çatışması ile karşı karşıya kalmakta ve meşruiyet tartışmalarına sebebiyet verebilmektedir. Bunun nedeni her iki kuramın da toplum ile hukuk arasındaki ilişkiyi ayakları yere değmeyen ters yüz edilmiş bir ilişki olarak ele almasından kaynaklıdır. Bu durum hukukun yorumlayıcısı-uygulayıcısı yargının da meşruiyetini tartışılır duruma getirmektedir.

Günümüz demokrasilerinde, pozitif hukukun yaşamda bulduğu karşılık itibarıyla gerçekliği ortadadır, hangi ideal ilke ve değere dayanırsak dayanalım, bunun pozitif hukuka ve yargı uygulamasına yansıdığı kadarı ile yetinmek zorunda kalırız. Ancak bu gerçekliğin toplumsal gerçeklik karşısında tuzla buz olduğu sayısız tarihsel gerçeklik de ortadadır ve pozitif hukuk da meşruiyetini sağlamak için toplumun ona izin verdiği ile yetinmek zorunda kalmaktadır. Bu, hukukun üstünlüğünden, hukuk devletinden ödün verilmesi değil; aksine toplumun, hukuku, gerçek işlevini yerine getiren bir yapıya zor yoluyla büründürmesidir. Doğal hukukun “varsaydığı” bir toplumun yerinde gerçek toplum, pozitivistlerin dayattığı

mekanik bir işleyiş yerine, (etik değerleri ile) toplumsal bir işleyişe sahip bir hukuk anlayışı ve toplumcu bir yargı uygulaması ancak hukukun meşruiyetini tesis edebilir.

Bu bakımdan doğal hukukun gönderme yaptığı ilke ve değerleri görmezden gelmeden, ancak bunları toplumun gerçekliğinde anlamlandırarak ve nisbiliğini de göz önünde bulundurarak, bu değerleri “bir bilen” ya da “elit-aydın” bir kesimin yanlı terazisinde değil de, toplumun tüm kesimlerinin konsensüsünü sağlayan bir mekanizmanın oluşturduğu bir terazide tartacak bir siyasal sistem aracılığıyla hukukun ve dolayısıyla yargının meşruiyeti sorunu aşılabileceğini düşünmekteyiz.

5. Yasallık-Hukukilik ve Meşruiyet

Hukukun meşruiyeti bakımından yargıyı da içine alan bir başka tartışmalı konu da, meşruiyet kavramının yasallık yahut hukukilik kavramlarına indirgenmesidir. Özellikle siyasi iktidarın, toplumda yahut toplumun belli kesimlerinde huzursuzluk ve memnuniyetsizlik yaratan eylem ve icraatlarını meşrulaştırmak adına pozitif hukuka dayandığı durumlarda ortaya çıkan meşruiyet sorunu yargı ile siyasal alanı karşı karşıya getirmektedir.

Sorunun birinci boyutu yasallık ile meşruiyetin aynı anlamda ele almasından kaynaklanmaktadır. Bir yazılı kural, yetkili organ tarafından, anayasada öngörülen prosedüre uyularak ve bir yasanın taşınması gereken maddi içeriğe uygun olmak koşuluyla yapılırsa “yasa” değeri kazanır. Buna doktrinde “biçimsel yasa” da denilmektedir. Biçimsel yasa (şeklî kanun) anlayışında yasa, içeriği ve kapsamı ile değil; onu yapan organa göre nitelendirilir. Bu yasa anlayışı, pozitif hukukun verilerine dayandırılmak suretiyle Fransa’da Carre de Malberg tarafından savunulmuştur. Yazara göre yasama organınca yasa yapma usulüne göre alınan her karar yasadır.²⁸⁹

Hukuku, adalet de dahil olmak üzere tüm değerlerden bağımsız bir yapı olarak ele alan Kelsen için hukuk bir yasallık sorunudur ve yasallık ile meşruiyet Kelsenci hukuk düşüncesinde adeta üst üste binmiştir. Bir yasanın geçerli olabilmesi için yetkili bir kurum ya da bir kişi tarafından çıkarılmış olması gerekir. Ancak arkasında insanları kendisine uymaya zorlayacak ne türlü bir güç bulunursa bulunsun

²⁸⁹ Carre De Malberg, Contribution a La Theorie Generale de L’Etat, Sirey, Cilt II, Paris, 1922’den Aktaran: TEZİÇ, s. 13.

her buyruk bir yasa sayılmaz. Bu bakımdan, salt kaba güç ya da tehditle bir ülkeyi keyfi bir biçimde yöneten tiranın ya da diktatörün buyruklarının da yasa arkasındaki otoritenin gücü ne olursa olsun yasa niteliğinde olamayacağını belirtmiştir. Bir kuralın yasa niteliği kazanabilmesi için meşru bir düzenin ürünü olması gerektiğini vurgulayan Kelsen'e göre hukuk düzeni bir normlar hiyerarşisidir. Her bir kural geçerliliğini yasaya uygunluğundan, yasa da geçerliğini anayasaya uygunluktan alır. Ve anayasa da hukuk düzeninin en tepesinde bulunan temel norma uygun olmalıdır²⁹⁰.

Yasanın şekli içeriği-maddi içeriği arasındaki ayrımın ele alınış biçimine göre yasallık ve meşruiyet arasındaki ilişkinin anlamlandırılması da farklılaşmaktadır. Pozitivist görüşün yasanın meşruiyetini şekli şartlara uygunluktan, hukuku ise pozitif hukuktan ibaret gören yaklaşımı tartışmalara kaynaklık etmektedir. Buna karşın ileri sürülen görüşler ise yasanın yalnızca şekli bakımdan değil aynı zamanda içerik bakımından da anayasaya uygun olması gerektiği yönündedir. Caniklioğlu bu durumu şöyle ifade etmektedir:

*“Yasallık, bir yasanın anayasaya uygun olarak ve uygun olmak koşuluyla yapılması, anayasaya uygunluk denetiminin, yasanın hem şekli hem de içeriği yönünden geçerli olması gibi konuları da kapsar. Aslında böyle tanımladığımız bir yasallığın, meşruiyetle ilişkisini kurmak veya bu anlamda bir yasallığı meşru saymak için, sözü ve ruhu ile demokratik anayasa anlayışını yansıtan bir anayasanın varlığı gerekli ve yeterlidir.”*²⁹¹

Meşruiyeti topluma uygunluk olarak ele aldığımızda yasallığın meşruiyetle iç içe geçmesi ancak -yukarıda değindiğimiz anlamıyla- hukukun toplumla örtüşür bir uyumluluk içerisinde olması ile mümkün olabilir. Toplumun çıkarlarına ve ihtiyaçlarına uygun olmayan bir anayasanın sözüne ve ruhuna uygun bir yasanın meşruiyetinin hala tartışmalı olacağı aşîkardır. Yasa, toplumun iradesinin ifadesi olduğu takdirde yasallık meşruiyetin önemli bir dayanağı olacaktır, ancak kanımızca yasallık ve meşruiyetin hiçbir koşulda birbirinin yerine ikame edilmesi mümkün olmayacaktır. Toplumsal yaşamın sürekli bir değişim ve dönüşüm içerisinde olduğu gerçekliği karşısında pozitif hukuk ister istemez her daim gelişmekte olan karşısında statükoyu temsil etmek durumunda kalacaktır. Bu bakımdan dönemsel olarak

²⁹⁰ Hans Kelsen, “Centralisation and Decentralisation”, in: Authority and Individual, Harvard University Press, Cambridge, 1937'den Aktaran: CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.33.

²⁹¹ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.33.

toplumda gelişmekte olanın gerisinde kalmaya mahkum yasaların meşruiyetin yerine ikame edilmesi gerçekçi değildir. Yasa toplum iradesine uygun olduğu müddetçe yasallık ancak meşruiyeti destekleyen bir unsur olabilecektir.

Bu şekilde ele alındığında, yasallık kavramında dar anlamda meşruiyet görmek mümkündür. Ancak sorun gerek temsili sistemin sorunlarından, gerekse siyasal iktidarların art niyetli yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. Sürece yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi yoluyla katılan yargı ise, kimi dönemlerde sorunun kaynağı olarak yansıtılabilmekte/algılanabilmekte, yahut yargı gerçekten böylesi bir tutum içerisinde olabilmektedir. Bu da meşruiyet tartışmalarının ekseninin yargı odaklı gelişmesine kaynaklık etmektedir.

Hukukilik kavramı bakımından da benzer şeyler söylenebilir. Hukukilik esas olarak, hukuka veya kanunlara uygunluğu anlatır. Tıpkı yasallıkta olduğu gibi, hukuka uygun olanın meşru olduğu yönündeki bir anlayışın toplumsal gerçeklik karşısında bir şansı yoktur. Yöneticilerin anayasa ve kanunlara uymaları, o yöneticilerin yönetilenler gözünde meşru olduğu anlamına gelmez. Bir başka deyişle, yöneticiler karar alırken, emir verirken pozitif hukuka uygun davranabilirler, ancak buna rağmen yönetilenlerin çoğunluğu veya bir kısmı yöneticilerin yönetme hakkını tanımayabilirler veya meşru olduğuna inanmayabilirler. Carl J.Friedrich, buna örnek olarak 18. Yüzyıl Fransası'ndaki XVI. Louis yönetimini göstermektedir²⁹².

Yahut iktidarı bir halk devrimi ile hukuka aykırı bir biçimde ele geçiren bir iktidar, hukuki olmasa da meşru olabilmektedir. Bu bakımdan toplumsal gerçeklikler karşısında hukukilik ve meşruiyetin aynı anlama gelmediği ortadadır²⁹³. Gerek yasallık gerekse hukukilik kavramını meşruiyet ile aynılaştıran yaklaşımın pozitivist hukuk anlayışından kaynaklı olduğu söylenebilirse de, hukuku toplumun üzerinde, verili ve mutlak kurallar biçiminde alan, meşruiyeti toplumun dışında arayan, doğal hukuka uygunluk anlamında hukukilik ile meşruiyeti aynılaştıran yaklaşımların da soruna bir çözüm olmaları mümkün değildir.

²⁹² Carl J. Friedrich, "Legitimacy and Constitutionalism", in: Limited Government: A Comparison, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1974'ten Aktaran: GÖNENÇ, Meşruiyet, s.135.

²⁹³ Yasallığın ve hukukiliğin meşruiyet kavramıyla eş anlamlı olarak ele alınmasının bir diğer nedeni, yasallığı meşru kılan koşullardır. Yasallığın meşruiyet dayanaklarının, temeli hukuk olan modern devletler bakımından önemi, kavramın meşruiyet ile aynı anlamda ele alınmasına neden olmaktadır. En kötü yasanın bile yasasızlıktan iyi olduğu anlayışı, ve yasaların toplumsal yaşamda birey açısından öngörülebilirlik sağlaması zorbalığın dahi yasalar etrafında (yani bireylerin hangi durumlarda başına neler gelebileceğini bilerek) uygulanmasının kurnasız ve öngörülemez bir zorbalıktan daha iyi olarak algılanması yasallığı meşrulaştırmakta ve meşruiyet kavramına yaklaştırmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

LİBERAL DEMOKRASİ KURAMINDA YARGI VE MEŞRUIYETİ

I. YARGININ İŞLEVLERİNE GENEL BAKIŞ

Bir toplumsal nesnenin doğasını belirleyen şey, onun ‘yaptığı iş’, ‘yerine getirdiği görev’, ‘oynadığı rol’, ‘doldurduğu yer’... kısaca onun işlevidir²⁹⁴. O halde yargının doğasını ortaya koyabilmek, onun toplumsal temellerini ve dolayısıyla işlevini tespit edebilmek için sorulacak ilk soru “ne ile uğraşır?” sorusudur. Bu soruya verilecek en basit ve yalın cevap ise “yargı uyuşmazlıkları çözümlemekte uğraşır” cevabıdır.

Uyuşmazlık kavramı, farklı çıkarlara sahip en az iki tarafın karşı karşıya gelmesini, çatışmasını ifade eder. Aslında her birey, günlük yaşantısı içerisinde pek çok uyuşmazlıkla yüzyüze kalır ancak bu uyuşmazlıkların büyük bölümü bireyler arası diyalog yoluyla çözülür. Toplumsal bir varlık olan insanı diğer canlılardan ayıran en önemli faaliyetlerinden olan düşünme ve iletişim kurma faaliyetleri, karşı karşıya kalınan uyuşmazlıkların toplumsal yaşam içerisinde üretilen değerler ve kültürel davranış biçimleri etrafında üçüncü bir kişinin hakemliğine ihtiyaç duymadan çözülmesini sağlar.

Ancak kimi uyuşmazlıklar pek çok farklı nedenlerle diyalog yoluyla çözümlenemez. Bu durum, tarafların çatışan amaçlarını bağdaştıracak bir formülün bulunamaması, etkin bir görüşme yapma konusundaki bilgi ve beceri eksikliği, taraflar arası ilişkinin zedelenmiş olması, görüşmeye ilişkin iyi niyetin bulunmaması, uyuşmazlığın çeşitli nedenlerle tırmanarak taraflar arasındaki iletişimi tamamen koparması, eksik iletişim ya da iletişim kalitesizliği gibi pek çok farklı nedenden kaynaklanabilir. Bunların dışında, özellikle uzun bir tarihsel geçmişe sahip derin-köklü uyuşmazlıklarda, bazen taraflar arasında herhangi bir görüşme bile söz konusu

²⁹⁴ EROĞUL, Devlet, s.41. Bu başlık altında, yargıya işlevleri penceresinden bakarken yararlandığımız temel kaynak Cem Eroğul’un “Devlet Nedir?” adlı kitabıdır. Eroğul, kitabında, devleti işlevleri bakımından ele almakta ve devletin doğasına ilişkin çıkarımlarda bulunmaktadır. Aynı tarz ile bir devlet erki olan yargının da ele alınabileceğini düşündüğümüzden bu kitaptaki temel tezleri yargı açısından ele alıp yorumlaya çalıştık. Bu bakımdan tek tek atıflarda eksiklik olabileceği kaygısıyla tüm başlığa atfen Cem Eroğul’un “Devlet Nedir?” isimli kitabını belirtmek gereği duyuyoruz.

olmayabilir. Öfke, kin, nefret gibi negatif duyguların yoğunluğu, böyle bir sürecin başlatılmasını ve tarafların bu amaçla bir araya gelmelerini engelleyebilir²⁹⁵.

Bu durumlarda uyuşmazlığın çözümünde taraflar ya kendi adalet ilkelerini hayata geçirecek, adaleti karşı tarafa rağmen kendi elleriyle tesis etmek yoluna gidecek ya da hareketsiz kalıp, uyuşmazlığın geleceğe taşınmasına ve çözümsüz kalmasına göz yumacaklardır. Her iki durum da, toplumsal yaşam açısından, yalnızca taraflar için değil, tüm toplum için sorun ve huzursuzluk kaynağı olmaya gebe olacaktır. İnsanoğlu, toplumsal düzenin²⁹⁶ devamlılığının yaşamsal önemi karşısında, tarihsel deneyimlerinin sonucu olarak, böylesi uyuşmazlık durumlarında güvenilir bir üçüncü tarafın aracılığıyla uyuşmazlığı çözümü yöntemi geliştirmiştir. Ancak bu çözüm de bir üstün erk, bir otoritenin çözümü olmaktan çok, aracıya ilişkin karşılıklı güvenin, taraflar arası bir uzlaşının sonucu olarak kabullenilen bir çözümdür. İlk toplumlardaki yargı uygulamalarından anlaşıldığı kadarıyla, toplumsal yapının sürekliliği bilinci böylesi bir uzlaşının temel nedenidir. Zira, uyuşmazlığın tarafları, toplumun en güvenilir kişi ya da kişilerinin gözetiminde toplumun üyelerinin ve o toplumun temel değerleri ve ilkelerini kıstas alarak karar vermeleri yöntemini seçmişlerdir²⁹⁷. Uyuşmazlıkların bir üstün erk, bir otorite eliyle çözümü ise aslında uzlaşmaz karşıtlıklar üzerine kurulu bir toplumsal yapının doğması yani sınıfsal farklılıkların ve dolayısıyla yöneten-yönetilen ayrımının ve onun meydana getirdiği kurumsal yapı olan devletin ortaya çıkması ile gündeme gelmiş ve en nihayetinde yargı bir devlet fonksiyonu olarak kurumsallaşmıştır.

Bu durumun en önemli sonuçlarından birisi, kimi uyuşmazlıkların bireyler arasında çözümlenmesi imkanının ortadan kalkmasıdır. Zaman içerisinde yargı faaliyetinin belli kural ve ilkelere bağlanması onun kurumsallaşırken, görev alanının

²⁹⁵ Muzaffer Ercan YILMAZ, “Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı:21-22, Eylül 2006, s.96.

²⁹⁶ İnsanların asli ihtiyaçlarının karşılanmasına dönük kurulmuş insanlar arası ilişkilerin ve bu ilişkileri biçimlendiren maddi ve manevi tüm yapıların bütünü anlamında düzen.

²⁹⁷ İlk toplumlarda kolektif dayanışma toplum için yaşamsal önemde olduğundan, güven duyulan ve yetenekli olduğu düşünülen kişilerin uyuşmazlıklarda aldığı rol, gelenekler etrafında, tarafları akliselim davranmaya çağırmaktan ibarettir. Şefin hiçbir otoritesi yoktur ve topluluğun ortak değerlerinin gerçekleşmesi için çabalamaktan başka bir şey yapmaz. Clastres, Arjantin’in Chaco yöresinde yaşayan bir Abipon kabilesinin şefi Aleykin’i kabilesinin istemediği bir savaşa girmesi için ikna etmeye çalışan bir İspanyol komutana verdiği cevabı aktarır: “Abiponlar, atalarından kalma bir alışkanlıkla şeflerinin istediği gibi değil, kendi istedikleri gibi hareket ederler. Evet ben onların yöneticisiyim ama onların aleyhine bir şey yapmam her şeyden önce bana zarar verir; kardeşlerime emir vermeye ya da onları zorlamaya kalkışırsam, o an bana sırtlarını dönerler. Oysa ben onların nefretini değil, sevgisini kazanmak isterim”. CLASTRES, s.177.

da sınırlarının çizilmesini sağlamıştır. Yargının görev alanının belirlenmesinde, uyuşmazlıkların toplumsallığı belirleyici olmuştur. Bunun başlıca nedeni yine toplumsal düzeninin sürdürülmesi ihtiyacıdır. Bireyler arası bir ilişkiden kaynaklı bile olsa, uzak ya da yakın, doğrudan ya da dolaylı sonuçları itibariyle var olan toplumsal yapının işleyişini etkileyebilecek nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde yargı organları aracılığıyla çözüm, kimi durumlarda zorunlu kimi durumlarda ihtiyari olmak kaydıyla, temel kural haline gelmiştir. O halde yargının uğraş alanını biraz daha belirginleştirip “toplumsal uyuşmazlıklar”dır diyebiliriz.

Başka bir şekilde ifade edersek; bir toplum içerisindeki uyuşmazlıkların temelini, yapısal uyuşmazlıklar ve bunların sebep olduğu çıkar uyuşmazlıkları oluşturmakla birlikte, bilgi, değer ve ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da söz konusu olabilmektedir. Ancak yargının uyuşmazlıklarda çözümleyici taraf olarak rol alabilmesi için bazı koşulların da gerçekleşmesi aranır. Yani her türden uyuşmazlık yargının uğraş alanı içerisine girmemektedir. Toplumsal bir yapı olan yargının özellikle bireyler arasındaki uyuşmazlıklarda rol alabilmesi için, bu uyuşmazlıkların toplumsal düzeni ilgilendiren, etkileyen türden uyuşmazlıklar olması gerekmektedir²⁹⁸. Bu kapsamda, bireyler arasındaki, bireyle devlet arasındaki hatta devlet organları arasındaki uyuşmazlıklar yargının uğraş alanının konusu olabilmektedir.

Bu bakımdan, tüm toplumlarda uğraş alanı birebir örtüşen bir yargı örgütlenmesinden söz etmek mümkün değildir. Bireyler arasındaki bir uyuşmazlık konusu bir toplumda toplumsal düzeni ilgilendiren bir uyuşmazlık olarak ele alınabilirken, bir başkasında bu kapsamda görülmeyip yargının uğraş alanı dışında bırakılabilir. O toplumu şekillendiren üretim tarzının ortaya çıkardığı ilişkiler, toplumun siyasal yapılanması, kültürel, ahlaki değerleri, dini inanışları gibi pek çok farklı olgu bu uğraşın kapsamı ve içeriğini belirleyebilmektedir.

Günümüz demokrasileri bakımından yargı, hukuk tarafından işlevi ve uğraş alanı belirlenen bir erk olarak biçimlenmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi yargı, devlet ve hukuktan kökleri bakımından daha eski olsa da, devletin ve

²⁹⁸ Örneğin bir çocuğun müzisyen olmak isterken, babasının avukat olması konusunda baskı kurması nedeniyle baba-oğul arasında çıkan uyuşmazlık yargının uğraş alanı içerisine girmezken; babanın yetişkin oğlunu kararlarına karşı çıktığı gerekçesiyle darp etmesi yahut mirasından mahrum bırakacak bir takım işlemler yapması yargının uğraş alanı içerisine girebilmektedir.

neredeyse yaşamın tüm alanlarının hukukla biçimlendirildiği toplumlarda, bir devlet erki olarak kurumsallaşmış yargının uğraş alanının da hukukla düzenlenmesi doğaldır. Bu durum yargının görev alanının belirlenmesinde ikinci bir noktaya ulaşmamızı sağlamaktadır. Demokratik bir hukuk devletinde yargının uğraş alanı her türden toplumsal uyuşmazlığın değil, hukukça sınırları belirlenmiş türden uyuşmazlıkların yani hukuki uyuşmazlıkların çözümüdür.

Demokratik bir hukuk devletinde yargı hukuki uyuşmazlıkların çözüm aracı olduğuna göre hukukun gerçekleşmesi araçlarından da birisidir. O halde, soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanması suretiyle gerçeklik kazanmasının aracı olan yargının işlevleri hukukun işlevleri ile örtüşmek durumundadır. Hukukun toplumsal yaşamın temel kurallarını içeren bir normlar sistemi olarak toplumsal düzeni sağlama amacına yönelmiş bir yapı olduğunu ifade etmiştik. Bu durumda hukukun gerçekleşme aracı olan yargı da, toplumsal düzenin sağlanması ve sürdürülmesi işlevini üstlenmiş bir toplumsal yapı olmak durumundadır.

Peki toplumsal düzen nedir? Toplumsal düzenin sağlanması denilince akla gelen ilk şey, var olan toplumsal yapıyı belirleyen temel ilke ve esasların sürerliğini sağlamaktır. Bireylerin ve devletin bu ilke ve esaslara uyması verili toplumsal sistemin yaşamasının temel koşuludur. Aksi halde bir toplumsal altüst oluş kaçınılmaz olacaktır. O halde “toplumsal düzen” verili toplumsal sistemin gerektirdiği ilke ve esaslara uygun bir toplumsal yaşam demektir.

Sınıflı toplumlarda, toplumsal yaşam, uzlaşmaz pek çok çıkarın belirli bir denge içerisinde sürdürülmesini gerektirir. Böylesi keskin bir çelişkinin biçimlendirdiği bir toplumda altüst oluşun önüne geçebilmenin en önemli şartların birisi, öncelikle varolan toplumsal dengenin sürdürülebilmesini sağlamaktır. İşte bu denge “toplumsal düzen” diye adlandırılan şeydir. Bu denge bir tarafın daha fazla çıkar elde ederken, bir başka tarafın daha az çıkar elde etmesi gerçekliğini de içermektedir. Böylesi hassas bir denge içerisinde varlığını sürdürebilen bir toplumun bu “görece barış hali”nin korunması yaşamsal önemdedir. Bu bakımdan toplumsal düzende ifadesini bulan toplumsal barış hali aslında gizli bir savaş halini de içermektedir. Bu dengenin korunması bu nedenle hayati önem arz eder. Çünkü dengenin bozulması demek savaş halinin baskın hale gelmesi demektir. Bu nedenle

toplumsal yapının işleyiş esaslarını belirleyen kurallar, hukuk kuralları içerisinde düzenlenir ve yargı yoluyla bu kuralların işleyişinin denetimi sağlanmış olur.

O halde yargının uğraş alanı nedir? sorusuna vereceğimiz cevabı “toplumsal düzenin (yahut görece barış halinin) sağlanması ve sürdürülmesi için hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesidir” şeklinde genişletmemiz gerekecektir. Bu şekilde yargının meşruiyeti sorunsalındaki birinci halkaya da ulaşılmış olur. Yargı uyuşmazlıkları çözerken, toplumsal düzeni de sağlamak ve korumak zorundadır. Bu, yargının varlık ve sürerliğini sağlayabilmesi için ihtiyaç duyduğu “meşruiyet zemini”dir. Gerçekten de, yargı uyuşmazlıkları çözümlerken, çatışmaları, huzursuzluğu ve çelişkileri artırır, bir düzensizlik kaynağı olursa; tüm zorlayıcı faktörlere (devletin zor yetkisi, hukuk kuralları ve yaptırımlara) karşın ne bireyler, ne de devlet kurumları yargıyı uyuşmazlıkların çözümünde tercih edecektir.

Ancak düzen kavramını daha yakından ve çok yönlü olarak ele aldığımızda vurgulanması gereken bir şey daha karşımıza çıkar: Verili bir toplumsal durumu, toplumu oluşturan bireylerin yahut en azından çoğunluğunun bir “düzenlilik” hali olarak kabul etmesi gerekir ve bu, bireylerin değerler sisteminin süzgecinden geçirilip varılan bir yargıdır. Bu değerler içerisinde yargı ile ilişkilendirilen en önemli değer “adalet”tir. İnsanlar uyuşmazlıkların içeriğini “adaletsizlik” yahut “haksızlık” kavramlarında somutlamışlardır. Uyuşmazlıkların çözümü ise adaletin tesisi yahut haksızlığın ortadan kaldırılması olarak algılanmaktadır. Bu bakımdan yargı uyuşmazlıkları her ne şekilde olursa olsun bir hüküm tesis etmek suretiyle sonlandıran değil, çözümleyen (yani adalet duygusunu da tatmin eden) kurumdur. En azından amacı budur. Zira uyuşmazlığın tarafları yargıya başvururken bir güvence ararlar. Yoksa vereceği karara güvenmedikleri bir kuruma başvurmaktan kaçınırlar. İşte bu güvence “adalet”tir. Yargıdan beklenen (kavram içeriğine ilişkin tartışmayı bir kenara bırakırsak) adaletin tesisidir. Bu durumda yargının meşruiyet sorunsalının birinci halkasını bu çerçevede genişletmemiz gerekecektir: Yargı uyuşmazlıkları toplumsal düzeni sağlamak üzere çözümlerken toplumsal barışa olduğu kadar adalet de katkı sunmak yahut buna ilişkin bir inancı sağlamak zorundadır. Aksi halde meşruiyetini tesis edemez.

O halde “yargı ne ile uğraşır?” sorusunun cevabını şu şekilde özetleyebiliriz: Yargı, çözmekle yetkili olduğu uyuşmazlıkları, verili toplumsal sistemin gerektirdiği

toplumsal düzenin sağlanması ve sürdürülmesi amacına uygun olarak ve toplumsal barışın ve adaletin gerçekleşmesine katkı sunacak bir biçimde çözüme kavuşturmak ile uğraşır.

Bu sorunun cevabını biraz daha yakından incelediğimizde ise yargının genel olarak işlevlerine ulaşırız:

Yargının temel işlevi; uyumsuzlukları, verili toplumsal sistemin gerektirdiği toplumsal düzenin sağlanması ve sürdürülmesi amacına uygun olarak ve toplumsal barışın ve adaletin gerçekleşmesine katkı sunacak bir biçimde çözümlemektir. Bu bakımdan toplumun tümüne yönelen, toplumun tümünün çıkarına hizmet eden bir temel işlev üstlenmiştir.

Yargının temel işlevinin aynı zamanda toplumun tümünün çıkarlarına yönelik bir işlev olduğu vurgusu burada önem arz etmektedir. Zira sınıflı toplumlarda, birinin daha az diğerinin daha fazla çıkar elde etmesi pahasına sağlanan toplumsal düzende, toplumu oluşturan tüm yapılarda bu temel eşitsizliğin geçerli olacağı söylenebilir. Bu durumda, adaleti sağlamak iddiasındaki bir kurum olarak yargının temel işlevinin toplumun tümünün çıkarına olduğunu ileri sürmek çelişkili gözükcektir. Bunu izah edebilmek için “düzen” kavramını yeniden ele almak ve biraz daha yakından bakmak gerekecektir.

Toplumsal düzen kavramı, aynı zamanda toplumsal yapıyı meydana getiren sınıfların karşılıklı mücadelelerinin biçimlendirdiği toplumsal ilişkiler ağını da ifade eder. Bu haliyle, diyalektiğin temel kuralları etrafında yaklaşırsak, karşıtların güç dengelerine göre biçimlenen bir yapıdan söz ediyoruz demektir. Bu bakımdan toplumsal yapının verili bir zamandaki durumu, aslında sınıfların mücadelesinin ortaya çıkardığı bir durumdur. Bu bakımdan her iki sınıfın da kazanımlarını ve kayıplarını içermektedir. Bu da bir “düzenlilik” halidir. Ve bu düzenliliğin tarafların çarpışması sonucu karşılıklı tavizlerle, birlikte belirledikleri (toplumsal düzeni niteleyen) ilke ve esaslara bağlı olarak sürdürülmesi aslında her iki kesim açısından da yararlıdır. Örneğin burjuvazi, işçilerden mahkemeler yoluyla yani düzen sınırları içerisinde haklarını aramasını ister ve bunu sağlayabilmek için belli tavizler verir. Bu durum burjuvazinin aleyhine bile gözükse aslında işçilerin devrimci bir tutum almalarını engellediğinden yararınadır. Benzer şekilde işçiler, toplumsal yapıyı tümünden değiştirecek bir örgütlülüğe ve bilince sahip olamadıkları dönemlerde,

verdikleri mücadeleler sonucunda kazandıkları çalışma süreleri, ücretleri, iş güvenceleri gibi birtakım haklarının hukuk yoluyla korunmasını isterler. Bu bir bakıma varolan adaletsiz mülkiyet ilişkilerinin devamını onaylamak anlamında işçilerin aleyhinedir ancak hukukun işlemediği, tümüyle güvencesiz ve belirsizliğe terk edilmiş bir ortamda, işçi eylemlerinin hukuksuz ve kanlı bir şekilde bastırıldığı, işçi örgütlenmelerinin pervasızca dağıtıldığı bir dikta yahut bir cunta rejiminden daha iyi olduğu tartışmasızdır. İşte bu bakımdan yargının toplumsal uyumsuzlukları tarafların mücadelesinin sonucu olarak, geçici olarak da olsa, üzerinde uzlaştıkları sınırlar içerisinde çözümlemesi her iki tarafın da lehine bir durumdur. Bu uzlaşma sınırlarını belirleyen ise en genel ifadeyle toplumun adalet algısıdır.

Aslında bu tartışma yargının ikinci işlevini içerisinde barındırır. Yargı temel işlevi bakımından toplumun tüm kesimlerinin çıkarına hizmet ediyor olmakla birlikte; toplumun bir parçası olan yargının, toplumu meydana getiren çelişki ve çatışmaların dışında yer aldığını yahut yer alabileceğini düşünmek büyük bir yanılgı olacaktır. Toplumsal yapıların diyalektik bir ilişki içerisinde, belirleyici ve belirlenen konumunda etkin ve edilgin olarak toplumsal devrimin bir parçası olduklarını söylemiştik. Hiçbir yapı bu karşılıklı ilişkinin dışında bir devrim gerçekleştirilmeyeceğine göre, yargı da bu ilişkiler etrafında şekillenmek durumundadır. İşte bu bakımdan yargı, toplumsal uyumsuzlukları “sistem içinde” çözmek ve varolan toplumsal düzenin korunmasını sağlamak suretiyle, aynı zamanda o toplumsal yapıya egemen olan kesimlerin çıkarlarının da korunmasına katkı sunmuş olur. Bu bakımdan yargının verili toplumsal sistemin (düzenin) korunmasına dönük ikinci işlevini “egemen çıkarlarının korunması” başlığı altında ifade etmenin çok da yanlış olmayacağını düşünmekteyiz.

Sınıfsız toplumlarda adaletin ve barışın görünümü uzlaşmaz karşıtlıklar tarafından belirlenmediğinden, adalet ve barışın gerçekleştirilmesine dönük yargının birinci işlevi aynı zamanda kendiliğinden egemenin çıkarlarının korunmasına hizmet eder. Çünkü egemen olan toplum içerisindeki bir kesim, bir sınıf değil, toplumun tümüdür. Bu durumda, yargının temel işlevi olarak ifade ettiğimiz birinci işlev kendiliğinden ikinci işlevi de gerçekleştirecektir. Buna karşın sınıflı toplumlarda, yani uzlaşmaz çelişkilerle örülmüş toplumlarda, düzen aynı zamanda adaletsizlik ve sürekli bir çatışma ve mücadele halini de içerisinde barındırmaktadır. Yargı

toplumsal düzenin sağlanmasına katkı sunarken sürekli bu dengeyi gözetmek durumundadır. Aksi halde denge bozulacak, toplum altüst oluğa sürüklenecektir. Bu durum, her an patlamaya hazır bir bombanın sürekli belli bir sıcaklığın altında kalmasını sağlamaya çalışmak gibi, toplumun belli bir düzen sınırları içerisinde tutulabilmesi için, topyekün bir savaşa meydana vermeyecek bir oranda çatışma halinin devamlılığına göz yummak demektir. Yargının sınıflı toplumlardaki en önemli işlevi de budur. Toplum içerisindeki çatışmaları, çelişkileri ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları “sistem” içerisinde çözümlemek, böylece verili toplumsal sistemi korumaktır. Bunun için ise egemen sınıf ile diğer sınıflar arasındaki eşitsiz ilişkinin korunması gerekecektir. Aksi bir tutum sistemin sonunu getirecektir. İşte bu bakımdan yargının ikinci işlevi olan “toplumsal düzenin korunması” işlevi “egemen çıkarlarının korunması” anlamına da gelmektedir.

Bu ikinci işlev aslında bir zorunluluk olarak kendini dayatır. Aksi halde devlet dolayısıyla yargı da varlık koşullarını kendi elleriyle ortadan kaldırmış olacaktır. Yargının diğer toplumsal yapılar ile karşılıklı ilişkisi, bunları belirleyen her türden ilişkinin yargı üzerinde de belirleyici olmasını kaçınılmaz olarak sağlayacaktır. Çok sayıda etkin ve edilgen belirlemenin bir sonucudur bu durum. Yargının devlet örgütlenmesinin bir parçası olarak örgütlenmesi, üyelerinin belirlenmesinde egemen kesimin ve onun ideolojisinin etkinliği, uygulamakla yükümlü olduğu hukuk kurallarının egemen ideolojiyi yansıtan kurallar olması gibi birçok etkenin bir arada belirleyiciliği söz konusudur. Ayrıca yargının görevlerini yerine getirirken maruz kaldığı müdahale ve baskılar da bu süreci etkiler.

Bu ikinci işlevi aynı zamanda meşruiyet sorunsalının ikinci halkası olarak ele almak mümkündür. Elbette bu daha çok siyasal sistemin kendi çelişkilerinin sebep olduğu ekonomik-siyasal sisteme dair bir meşruiyet sorunudur. Bu sorun toplumun tüm alanlarına yayılır. Bu bakımdan siyasal sistemin yaşadığı her meşruiyet krizi az ya da çok kendisini yargı bakımından da hissettirir.

Yargının bu ikinci işlevinin bir başka özelliği daha vardır. Yargı bir yandan farklı sınıflar arasındaki çıkar çatışmaları ile uğraşırken bir yandan da egemen sınıfın kendi içerisindeki çıkar çatışmaları ile de yüzyüze gelir. Yani yargı bir yandan karşıt sınıfların çatışması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları “sistem” sınırları içerisinde çözmeye çalışırken bir yandan da egemen sınıfın kendi içindeki rekabet ve

çıkar çatışmalarını “sistemi koruyacak sınırlar içinde tutacak” bir biçimde çözümlemeye çalışmak zorundadır. Bu da yargı üzerindeki ikinci bir baskının varlığı demektir.

Yargının birbiriyle çelişen böylesi görevlerle karşı karşıya kalması, onu toplumun üzerinde bir konumlanmaya mecbur bırakır. Tarihsel süreçte yargıyı görece bağımsız bir erk haline getiren de işte bu zorunluluktur. Aksi halde çatışan görevleri karşısında binbir parçaya bölünüp, meşruiyetini ve işlerliğini yitirme tehlikesi ile yüzyüze kalacaktır.

Burada önemli bir soru ile karşı karşıya kalırız: Yargı bir nevi özerkliğe sahip bağımsız bir yapı ise neden egemen çıkarlarını korumak işlevine zorlanmaktadır? Bunu sağlayan mekanizmalar nelerdir?

Bu soruya çok farklı bakış açıları ile cevaplar verilmektedir²⁹⁹. Bunlar içerisinde en basit mantıkla ileri sürüleni araççı yaklaşımın görüşüdür. Buna göre, egemen sınıf, ya doğrudan doğruya yargı içerisinde yer almaktadır, yahut bu amaçla kuklalar kullanır. Yani hakim ve savcılar, devlet tarafından görevlendirilir, atanır, görevden alınabilir, görevleri devlet tarafından saptanır, zaten uyguladıkları hukuk kuralları da egemen iradenin hukukudur vb. Bu nedenle özerk bir yapı olmasına rağmen egemen çıkarlarını korumak işlevini yerini getirir.

Bu görüşün temelinde yatan zorunlu varsayımlar şunlardır: 1. alt sınıfların yargı üzerinde etkileri yoktur. 2. üst sınıflar sanki aralarında bir çelişki yokmuş gibi, tutarlı buyruklar vermeye yetenekli tek bir kümenin egemenliğinde birleşirler 3. egemen sınıf yargı organlarını istediği gibi biçimlendirir 4. yargı organları aralarında çatışmayı olanaksız kılacak bir türdeşlik içerisinde 5. egemen sınıf, yargı mensuplarını serbestçe belirler. 6. yargının siyaseti ile egemenin çıkarları arasında tam bir türdeşlik vardır.

Elbette bu araççı görüşün doğrulandığı tarihsel örnekler pek çoktur. Ancak çoğu zaman veriler, bu varsayımlarla açıkça çatışır.

Yapısalcı görüş ise bireylerin yapılar içerisinde önceden belirlenmiş rolleri oynadıkları varsayımından yola çıkar. Buna göre, her üretim biçimi, yönetim personelinin nitelikleri ne olursa olsun onu egemen sınıfa uygun siyasetler izlemek zorunda bırakan, özgül bir devlet yapısı yaratır. Yargı örgütlenmesi de buna uygun

²⁹⁹ Eroğul, bu yaklaşımları devleti ele alırken değerlendirmiştir, biz ise yargı bakımından aynı değerlendirmeyi yaptık. EROĞUL, Devlet, ss.104-114.

bir şekilde egemen çıkarlarını yerine getirecek bir biçimdedir, dolayısıyla yargı yetkisini kullanan bireyler bu yapı tarafından belirlenmiş rolleri oynar, bunun dışına çıkamazlar.

Ancak daha önce de değindiğimiz gibi birey-toplum ilişkisi bu tek düzelikten oldukça uzaktır. Yapısalcı görüş bireylerin etkin rollerini göz ardı etmektedir. Birey olmadan yapıların hiçbir hareket kabiliyetinin olmadığı ortadadır. Örneğin, özünde egemen sınıfın temsilcileri olsalar da Bush ile Obama arasında fark vardır.

Bu görüşe karşılık olarak “özelci” görüş ise tüm ağırlığını bireye verir, toplumu ve üretim ilişkilerini tümüyle görmezden gelir. Yargı organlarındaki kişilerin özellikleri üzerinden sorunu açıklamaya çalışır. Yargı personeli devlet tarafından atandığına göre, ona hizmet etmesinde şaşılacak bir şey yoktur. Araççılar tüm yargıyı bir bütün olarak egemenin kuklası olarak görürken, özelciler yapıyı savunup kişileri suçlar durumdadırlar. Ancak yargı erkinin, yargı personeline yüklediği kaçınılmaz yapısal zorunlulukları görmezden gelirler, bu bakımdan doyurucu bir çözüm değildir.

Bir diğer görüş ise dış baskıyı vurgular. Toplumda çoğunluğu arkasına alan egemen güçlerin sivil toplum aracılığıyla yarattığı baskının personel üzerindeki baskısının bir sonucu olarak bu durumu açıklarlar. Ancak devlet nasıl bir yapıya ve personele sahiptir ki, dış baskı karşısında böylesi çaresiz kalabilmektedir? Ayrıca bu görüş sivil toplumdan kaynaklanan görüşlerin çoğu zaman çelişkili olduğunu da gözden geçirir. Nitekim yargı da çoğu zaman tek bir ses biçiminde karar vermez; mahkemelerin benzer uyuşmazlıklarda farklı kararlar verdiğine tanık olmaktadır.

O halde gerçek nerededir?

*“İnsanlar kendi tarihlerini yaparlar, ama kendi keyiflerine göre, kendi seçtikleri koşullar içinde yapamazlar; dolaysız olarak karşılarına dikilen, veri olan ve geçmişten aktarılmış bulunan koşullar içinde yaparlar”*³⁰⁰. Marx’ın ortaya koyduğu bu gerçeklikten yola çıkarsak;

Öncelikle gözden kaçırılmaması gereken birinci nokta yapılar ve kurumların daima bireyler tarafından inşa edildiği ve onlar tarafından devindirildiğidir. Ama bu inşa belli bir amaca yöneliktir, bir diğer deyişle, bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkarlar ve ona uymak zorundadırlar. Bu amaçlar sivil toplumdan kaynaklanır. Yani

³⁰⁰ Karl MARX, **Louis Bonaparte’ın 18 Brumaire’i**, Çev: Sevim Belli, 2.b., Sol Yayınları, Ankara, 1990, s.13.

yargı, sivil toplumun yargıdan gereksinmelerinden ve sivil toplumun nesnel durumundan kaynaklı bir ihtiyacın ürünüdür. Sivil toplumun gereksinimleri ve içinde bulunduğu nesnel durumu ise, insan iradesinden bağımsız birtakım nesnel zorunluluklar oluşturur. Bunlar, topluma egemen üretim biçiminin önlenmesi olanaksız sonuçlarıdır. Başka bir ifadeyle, insanların toplumsal yapıları dilediğinde oluşturmalarının önünde, öncelikle verili toplumsal sistemin nesnel koşulları bir engel oluşturur. Yargının egemen kesimler ile kaçınılmaz ilişkisinin temeli de bu nesnel zorunluluklarda yatar³⁰¹.

Ancak tüm bu nesnel zorunluluklara karşın insanlar kendi tarihlerini yazdıklarına göre, bu nesnel zorunluluklar birey eylemlerini büsbütün belirleyen değil, yalnızca seçenekleri daraltan zorunluluklardır ve verili toplumsal yapının sunduğu seçenekler içerisinden insanlar dilediklerince tercih yaparlar.

İnsanların devlet kurumlarının inşasında, personelle donatılmasında ve harekete geçirilmesinde sahip oldukları özgürlüğün, sivil toplumdan ve daha önce kurulmuş devlet yapılarından ve geleneklerinden kaynaklanan sınırlamalarla kuşatıldığı açıktır. Bu kuşatma bireylerin eylem alanını ve seçeneklerini sınırlayan edilgin belirlemeler ile bireyleri belli bir yöne iten veya belli bir seçeneği dayatan etkin belirlemeler aracılığıyla biçimlenir.

Bu belirlemeler yargı erkini devindiren bireylerin somut eylemleri üzerinde de etkili olurlar. Bir yandan bireylerin eylem alanını sınırlandıran etmenler vardır (yargı işlevinin temel özelliklerinden kaynaklı gereklilikler, hukuk sisteminin çizdiği sınırlamalar, siyasal yapının özelliklerinden kaynaklı sınırlamalar vb.). Öte yandan bireyleri belli bir biçimde davranmaya iten etmenler vardır (yargı üyelerinin çoğunlukla belli tür kişilerden oluşmasına neden olan sınıfsal durum, egemen ideolojinin sağladığı güç, mevki, korumanın yargı mensuplarına çekici gelmesi ve elbette ki yargı mensuplarını belli bir biçimde davranmaya iten toplumun farklı kesimlerinden gelen aralıksız baskı).

³⁰¹ Yargının toplumun kolektif bir faaliyeti, bir uzlaşma aracı olarak başlayıp hukuka dayalı modern devlet ile birlikte, hukuki uyumsuzlukları çözümleyen bir devlet erki haline gelmesine değin geçirdiği süreç bu nesnel zorunlulukların etkisini açıkça göstermektedir.

Tüm bu belirlemeler, yargının ikinci işlevinin, neden toplumun tümünün çıkarlarına yönelik olan birinci işlevini büsbütün ortadan kaldıramadığı ancak pek çok kez ona üstün geldiğini açıklar niteliktedir³⁰².

İşte tüm bu belirlemelerin bir sonucu olarak yargı özerk bir yapılanmaya sahip olsa da egemen çıkarlarını korumak işlevini de üstlenmek durumunda kalır. Yargıyı özerk bir yapılanmaya iten nedenler yargının üçüncü bir işlevinin de doğmasına sebep olmuştur. Bu bakımdan yargının üçüncü işlevi sivil toplumun gereklerinden değil, tümüyle kendi özel durumundan kaynaklanır.

Yargının, bir yandan meşruiyetini tesis edebilmek ve varlık koşullarını sürdürebilmek için zorunlu olarak üstlendiği birinci işleviyle toplumun tümünün çıkarını gözetirken, bir yandan da kaçınılmaz olarak egemen kesimlerin çıkarlarını gözetmek gibi çözümsüz bir çelişki ile karşı karşıya gelmesi, onu toplumun üzerinde konumlanmaya zorlamıştır. Bu, kendi varlık koşullarını korumak, çelişkili görevleri karşısında bölünüp parçalanmamak için tüm kesimlere karşı sürekli bir savaşım içerisinde bulunmasına yol açar. İşte bu bakımdan bir devlet fonksiyonu olarak yargı aynı zamanda kendi çıkarlarını korumak işlevini de üstlenmek zorunda kalır. Devletin bir kurumu ve devlet erkinin bir parçası olan yargı için bu aynı zamanda “devlet çıkarlarının korunması” anlamına gelmektedir.

Peki bu nasıl olacaktır? Yani yargının toplumun bir parçası olarak ortaya çıkıp onun üzerinde örgütlenmesi nasıl mümkündür? Salt kaba kuvvetle, devlet zoruyla mı? Engels’in verdiği cevapla yetinelim: *“Yönetilenlerle sömürülenlerin daima yöneticilerle sömürenlerden çok daha kalabalık olmaları, dolayısıyla da gerçek gücün birincilerin elinde bulunması, tüm kaba kuvvet kuramının saçmalığını kanıtlamaya yeter.”*³⁰³ Peki kaba kuvvet değilse nedir? Alışkanlık mı? Bunun da materyalist açıdan kabul edilemeyeceği ortadadır.

O halde burada yapılacak olan şey yargının toplumsal işbölümündeki yerini hala koruduğunu (yani toplumun gelişmişlik düzeyi itibarıyla hala ona ihtiyaç duyduğunu) kabul etmektir. Yani birinci işlevin varlığını tanımak demektir. Bir

³⁰² O halde yargı, birinci işlevini yerine getirmeye itilmekten çok bu işlevin nesnel gereklerince sınırlanmış durumdadır. Kurulu toplumsal düzeni kargaşaya, güvensizliğe ve başkaldırıya itecek zararlı birtakım eylemlerden kaçınmak durumundadır, bu bakımdan toplumsal barış ve adaletin sağlanmasına dönük işlevini yani temel varlık nedenini yerine getirmek zorundadır. Bunda alt sınıflardan gelen baskıların da etkisi vardır, ancak bu etki egemen sınıfla karşılaştırıldığında elbette daha azdır. İkinci işlev ise yalnızca edilgin değil, görüldüğü gibi çok etkin bir belirlemenin sonucudur.

³⁰³ ENGELS, Anti-Dühring, s.266.

başka ifadeyle, yargı, toplumsal uyumsuzlukların çözümünde, toplumun en adil ve en etkin yöntem olarak gördüğü ve hala ihtiyaç duyduğu bir yapıdır. Bu nedenledir ki toplumun üstünde bir konumlanma toplum bakımından kabul görebilmekte, benimsenebilmektedir.

Aslında yargının bu konumlanması devletin toplum üzerinde konumlanmasının bir sonucudur. Yargı devletin bir fonksiyonu olarak toplum üzerinde yer alır. Bu yapısal zorunluluk yargının üçüncü işlevini yani devlet çıkarlarını koruma işlevini ortaya çıkarır. Bu işlev yüzündendir ki, yargı sürekli tüm toplum kesimlerinden bağımsızlığını kazanmak için durmadan yorulmadan çalışmak zorundadır. Yargının bu yöndeki çabası hem etkin hem de edilgin belirlemelerin sonucudur.

Edilgin belirleme, kaynağını, sivil toplumun nesnel gereksinmelerinde, ülkenin geleneksel, kültürel, ahlaki vb. değerlerinde ve siyasal sistemin gelişmişlik düzeyinde bulur. Bir toplum, ne denli bölünmüşse, ne denli dağılmışsa, o denli güçlü bir devlete gereksinme duyacağı, dolayısıyla o denli baskın bir yargı örgütlenmesine ihtiyaç olacağı açıktır. Toplum içerisinde uyum arttıkça devlet ile toplumun dolayısıyla yargının birleşme ve bütünleşme imkanı da o derece artar. Dolayısıyla bu özerk yapılanmayı doğuran yapısal zorunluluklar da o derece azalır. Bunlar edilgin belirlemelerdir.

Ancak bir dizi etkin belirleme de vardır. Çok zaman, üst sınıflar, toplum düzeninin istikrarını güvenceye bağlamak için, devlete daha büyük yetkiler vermeye çalışırlar. Yargı yaşamın tüm alanlarına müdahale edecek bir etkinlik kazanır. Egemen sınıfın daha fazla otoriteye duyduğu eğilim, toplumsal durumlarının zaafı ile düz orantılıdır. Yine çok zaman, alt sınıflar kendilerini sömürücülerin haracından koruyacak güçlü bir devlet için gürültü koparırlar. Sömürülen bir sınıfın siyasal bilinç düzeyi ne kadar düşükse, devletin kanadı altına sığınmaya o ölçüde can atar. Kendi sınıfsal mücadeleleri yoluyla kazanabileceklerine güvenemediklerinden, devlete ve haklarının koruyucusu olarak yargıya sığınır. Bu da yargıyı toplumun ve sınıfların üzerinde bir örgütlenmeye zorlayan etkin belirlemelerden biridir.

Toplumsal sınıflar dışında, güçlü bir devlet için savaşım veren, demet demet özel çıkarlar da vardır. Her sınıflı toplumda, din yetkililerinden devletçi aydınlara dek uzanan ve başlıca geçim kaynakları devlet ayrıcalıkları olan yığınla özel çıkar

bulunur. Bunlar da çıkarlarını korumak için devlet otoritesinin artırılması çabası içine girerler. Topluma rağmen devlet çıkarlarının korunması inancı, yargının, devletin koruyucu meleği olması savunusunu da beraberinde getirir.

Nihayet her devlette yönetici personel devlet gücünün en etkin belirleyicisidir. Yargı mensupları için de aynı şey geçerlidir. Bu dayanılmaz bir iktidar hırsı yaratır. Elbette, bunun devlet adamlarındaki yahut yargı mensuplarındaki yapısal bir bozuklukla ilgisi yoktur. Kaynağı, siyaseti devletin görevi haline getiren nesnel durumdur. Yargıya bunun yansıması ise yargıyı devletin koruyucusu haline getiren nesnel durumlar tarafından belirlenir. Yargı mensupları, toplumun üzerindeki konumlanışını, toplum adına en iyiyi en doğruyu bilen devletin sesi olmak düzeyine kadar çıkarabilecek bir hırsın içerisine sürüklenebilir. Ancak, böylece yaratılan, yenilenen ve geliştirilen bu öznel hırs, yargıya toplumun (tüm sınıfların, hatta yasama ve yürütmenin de) üzerinde söz sahibi olacağı bir mevki sağlama ereğinde, en etkin belirleyici rolünü oynar.

Bu bakımdan yargının üçüncü işlevi olan devletin çıkarlarının korunması işlevi kimi siyasal-toplumsal kriz durumlarında öne çıkarılan işlevlerden biridir. Günümüzde yargının siyasallaştığı iddiaları eşliğinde “yargıçlar hükümeti” kavramı üzerinden yürütülen meşruiyet tartışmaları da bu nedenden kaynaklanmaktadır. Yargının üçüncü meşruiyet halkası da bununla çizilmiş olur. Yargının bağımsızlığı, diğer erklerle olan ilişkisi ve özellikle yasama sürecine katılımı yargının meşruiyetinin liberal demokrasiler bakımından en can alıcı noktalarını oluşturur.

Yargının işlevlerine ilişkin çizmeye çalıştığımız bu temel çerçeve, yargının meşruiyetine ilişkin yürütülecek bir tartışmanın da ana çerçevesini oluşturur. Zira, bir toplumsal yapının varlık koşulu, toplumun ihtiyaç duyduğu işlevleri yerine getirmesidir. Bu işlevleri yerine getiremez yahut toplum için bir ihtiyaç olmaktan çıkarsa o yapı ortadan kalkacak/kaldırılacaktır. Bu bakımdan diyebiliriz ki, yargının işlevleri aynı zamanda yargının meşruiyeti esaslarını da içerisinde barındırır. Bu nedenle liberal demokratik rejimlerde yargının meşruiyetini “işlevleri” etrafında incelemek daha doğru olacaktır.

II. TEMEL İŞLEVİ BAKIMINDAN YARGININ MEŞRUIYETİ

Yargının temel işlevi olarak da ifade edebileceğimiz birinci işlevi, toplum içerisindeki uyuşmazlıkları çözümlmek ve bu yolla toplumsal barışın ve buna bağlı olarak da düzenin sağlanmasına ve sürdürülmesine katkı sunmaktır. Yargıyı ortaya çıkaran toplumsal gereklilik özünde budur. Her toplumsal yapı bir ihtiyacın ürünü olarak doğduğuna ve bu ihtiyacı karşılayabildiği sürece varlığını sürdürebildiğine göre, yargının meşruiyeti sorununun bir yönü, bu temel ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ile ilgilidir.

Uyuşmazlık hali, barış ve düzen halinin bozulması durumudur. Bir toplum, en azından asgari bir uyum ve ahenk içerisinde devinmeye mecburdur. Aksi halde bu toplumu oluşturan bireyler en temel ihtiyaçlarını dahi karşılayamaz duruma gelir. Bu bakımdan düzen her şeyden önce toplumu oluşturan bireylerin ve kurumların o toplumun sürerliği için gerekli olan uyumu göstermeleri ile sağlanır. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümü ile düzenin sağlanması arasında dolaysız bir ilişki vardır. Bu nedendir ki, bireylerin gözünde yargı, yaşamın olağan akışının bozulduğu durumlarda karşı karşıya gelinen ve buna çare üretecek bir karar vermesi beklenen mercidir³⁰⁴.

Yargı, uyuşmazlıkları kesin bir hüküm tesis etmek suretiyle çözümlerken bir bakıma “hak” dağıtır. Çünkü uyuşmazlık aslında bir hak iddiasına dayanır. Yargı uyuşmazlığı çözümlerken kimin haklı kimin haksız olduğuna karar veren ve bu suretle bozulan dengeyi yeniden kuran bir üstün otorite rolünde sahneye çıkar. Toplum içerisinde kimin haklı kimin haksız olduğuna karar veren böylesi bir üstün otoritenin, kararları bakımından etkileri de düşünüldüğünde, bireyler tarafından neden kabul gördüğünü anlamlandırabilmek meşruiyeti temellerini anlayabilmek bakımından önemlidir. Bunun için bakılacak yer ise toplumun manevi yaşamıdır.

Yargı, yerine getirdiği görevler ile, toplumda “adalet”in sağlanmasına katkı sunan bir yapı olarak algılanmaktadır ve bu algı sayesinde bireylerin ve toplumun tüm yaşantısını etkileyebilecek kararlar alma kudretine sahip bir otoriteyi tesis edebilmektedir. Bu otoriteyi sürdürebilmesi için uyuşmazlıkları “adil” bir biçimde çözdüğüne ilişkin bir inancı da sağlaması gerekir. Adaletin sağlanacağına ilişkin

³⁰⁴ Mithat SANCAR, Eylem Ümit ATILGAN, “‘Adalet Biraz Es Geçiliyor...’: Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar”, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009, s.15.

inancı sağlayamamış bir kurumu bireylerin zor yoluyla dahi tercih etmeyeceği, her fırsatta kendi elleriyle ya da alternatif mekanizmalar yaratarak adaleti tesis etme yoluna gidecekleri büyük bir sır değildir. Bu bakımdan “adaletin sağlanmasına katkı sunmayan yahut en azından böyle bir inancı sağlayamamış” yargının meşruiyetinden söz etmek imkanı da olmayacaktır.

Yazık ki, yargının meşruiyeti bakımından ele alındığında kolayca yaslanılan bir değer olan adaleti, kavram olarak tanımlamak o kadar da kolay değildir. Adalet büyüklüğü ve etkili olduğu kadar, görece ve belirsiz bir kavramdır da. Her birey farklı bir adalet tanımını yapabilir. Her somut durum karşısında adaletin tecellisi, kavramın içeriği kadar farklı sonuçlar verebilir.

Kavrama ilişkin bu zorluk yargının meşruiyetini sağlayabilmesi bakımından bir yandan olumlu bir yandan olumsuz bir yön taşır. Olumludur çünkü verilen her kararın adil olduğunu savunacak argümanları adalet kavramı içerisinde barındırır. Olumsuzdur çünkü verilen her kararın adaletsiz olduğunu ileri sürebilecek argümanlara da sahiptir adalet kavramı.

A. Adalet Kavramına Genel Bakış

Adalet kavramı çoğunlukla dünya üzerindeki kaynakların bölüşülmesiyle ilgili bir fenomen olarak ele alınmış ve bu nedenle “herkesin hak ettiği şeyi elde etmesi” şeklinde tanımlanmıştır³⁰⁵. Ancak hakkın neyi ifade ettiği, nasıl elde edildiği ve hak edilenlerin neye göre paylaştırılacağı gibi temel sorunlar üzerinde bir anlaşmaya da varılamamıştır. Buna rağmen adalet kavramı, yalnızca iktisadi alana değil, yaşamın tüm alanlarına dair düşünce ve inanç sistemlerine de nüfuz etmiş etkin bir kavramdır. Bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinde zorunlu bir erdem olarak kabul edilen adâlet, toplumsal ve siyasal kurumların da, biricik olmamasına karşın, ilk ya da temel bir erdemi şeklinde değerlendirilmektedir³⁰⁶. Günümüz demokratik toplumları devlet ve hukuk sistemlerini, nihai amacı adaletle yönelmiş sistemler olarak tarif etmektedir. Amacı adalet olan devletin bir erki ve hukukun nihai

³⁰⁵ Robert Audi, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 456'dan Aktaran: Nevzat CAN, “Çağdaş Siyaset Felsefesinde Adalet Kavramının Yeri ve Önemi”, *Felsefe Dünyası*, Sayı:45, 2007/1, s.1.

³⁰⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 3'den Aktaran: N. CAN, s.1.

yorumlayıcısı, uygulayıcısı, denetçisi olarak yargıya ise adalet adına çok büyük roller bahşedilmektedir. Bireylerin algısı da bu yöndedir. Bu yüzdendir ki, adalet denildiğinde akla ilk gelen kurum yargıdır.

Bir erdem, ahlaki ve sosyal bir değer olarak ele alınan adalet kavramının anlam içeriği geçmişten bugüne eşitlik, özgürlük, hak gibi başka bir takım değerlerle ölçütlerle doldurulmuştur. Bu değerlerin de en az adalet kavramı kadar belirsiz anlam içeriklerinin olması adalet kavramının tanımını daha da güç bir hale getirmektedir. Sancar'ın ifadesiyle:

“Kimine göre adil olmak herkese hakkını vermek demektir. Herkesin hakkını saptamak için belirleyici bir ölçüt sunulur: Herkes katkıda bulunduğu kadar karşılık almalıdır. Peki “katkı”yı nasıl ölçmeli? Bu soruya cevap vermek için de bir ölçüt bulunur ve sonra bulunmuş bu ölçüt de sorgulanmaya başlanır. Adalet kavramının büyüünün geldiği yerlerden biri de budur: Tanımlamak, anlamını belirlemek için kullanılan her ölçü başka ölçütlerle tanımlanmaya muhtaçtır. Bu “ölçü-ölçüt” zinciri, kavramın anlamının neden muğlak olduğunun cevabını verebilir”³⁰⁷.

Adalet kavramı bir taraftan bireylere ya da toplumun/devletin özüne dair bir erdem olarak ele alınırken, diğer yandan toplumsal yaşamın kurgulanmasında bir ideal ölçüt olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan adalet kuramlarını iki başlığa ayırabiliriz³⁰⁸: Adaleti bir erdem olarak ele alan öznelci görüşler ve adaleti bir ölçüt olarak ele alan biçimci görüşler.

1. Özcü Adalet Anlayışı

Özcü adalet anlayışı adaleti bireye ait kişisel ve kolektif bir duygu, belli bir tür sorumluluk hissi olarak ele alır. Bu görüş bakımından adalet gerçekliğin soyut ideallerle birleşmesi değil, bireylerin kendi iç dünyasında daha iyiye daha doğruya ulaşmak için yaşadığı bir kavgadır. Solomon'a göre bu kavga, adaletin, dünyanın ne olduğu üzerine bir soruşturma ile değil, bizim ne yaptığımız üzerine bir kaygı ile elde

³⁰⁷ Mithat SANCAR, “Modern Adalet Kavramının Gelişimi”, **İçinde: Adalet Söyleşileri**, Der: Kevser Güler, Gamze Hızlı, Anadolu Kültür Yayınları, İstanbul, 2007, (Modern Adalet), s.10.

³⁰⁸ Kavramın bu ayrım üzerinden tartışılmasında Armağan Öztürk'ün tez çalışmasından yararlanılmıştır. Armağan ÖZTÜRK, “Çağdaş Liberal Siyaset Felsefesinde Adalet Sorunu: Rawls, Hayek, Nozick Örneği”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2007.

edilebileceğini ifade eder³⁰⁹. Bu bakımdan dünyaya karşı bir sorumluluk duygusunu da içerisinde barındırır³¹⁰. Adaletle ulaşmak için kişisel duygulardan yola çıkılır ve adaleti betimleyen duyguların toplumsallaşması ile toplumsal yaşamdaki adaletle ulaşılır. Toplumun devamı için adil olmak, dayanışmayı kurucu ilke olarak onamak gerekir³¹¹. Bu anlamda adalet duygusu toplumsal dengeyi korumanın mantıksal bir gereğidir³¹².

Bir erdem olarak adalet doğaya uygunlukla özdeşleştirilir. Doğaya uygunluğu akıl belirler. Akla uygunluğun kavramsal adı ise erdemdir. İşte adalet o erdemlerden biridir. Adil olmak diğer tüm erdemlerde olduğu gibi belli bir anda karakterinde uyumu yakalamaktır. Tabii bireysel uyum beraberinde toplumsal uyumu da getirecektir. Bu anlamda adalet doğruluk, orta yolu bulma, makul olanın peşinden koşma yeteneğidir³¹³.

Adaletin bireylerin duygularına ve insan doğasına dayandırılması ve buradan doğru toplumsal yaşamı biçimlendiren bir erdem olarak ele alınması, adaletin, düzen ile birlikte anılması sonucunu da doğurur. Doğal olan ile doğaya uygun olan adalette kesişir. Evrende uyum tanrıya, toplumda uyum adaletle, bireyde-bende uyum huzura (mutluluğa) karşılık gelir. Bu bağlamda adalet diğer insanlara karşı borcumuz (bütünde uyumu sağlamak her bir parçanın görevi olduğu için), adil davranış ise bu borcun sonucunda ortaya çıkan doğal edimdir. Bir tür genel davranış kodudur adalet. İnsanlara birbirlerine karşı borçlu olduklarını hatırlatır. Adalet duygusu olmadan cemaat olmaz, cemaat olmadan da adalet duygusu elde edilemez³¹⁴. Adalet ile

³⁰⁹ Robert C. SOLOMON, **Adalet Tutkusu**, Çev: Ertuğ Altınay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 32.

³¹⁰ Adalet yalnızca kendi payına düşüne razı olmak değil, aynı zamanda başkalarını da düşünmektir. Anıl ÇEÇEN, **Adalet Kavramı**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, (Adalet), s. 102. Adalet başkasının acısını yüreğinde hissedebilme yeteneğidir. SOLOMON, s. 273. Duyarlılık olmadan adalet olmaz. Ancak bu sayede başkalarına zarar vermekten kendimizi kısmen de olsa alıkoyabiliriz. Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Londra: George Bell & Sons, 1980'den Aktaran: A. ÖZTÜRK, s.23.

³¹¹ David Miller, *Social Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1976, ss. 270-1'den Aktaran: A. ÖZTÜRK, s.24.

³¹² ÇEÇEN, Adalet, s. 22.

³¹³ Ahmet MUMCU, "Günümüzdeki Türk Hukuk Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri", **İçinde: Adalet Kavramı Bildirileri**, Der:Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, s.146.

³¹⁴ SOLOMON, s.125.

toplumsal uyum arasındaki anlamsal ilişki siyasi tarihin seyri açısından adaleti devletçi bir erdem haline getirir³¹⁵.

Eski Yunan düşünürleri adaleti tüm toplumun temelini oluşturan bireysel bir erdem olarak tasavvur etmişlerdir³¹⁶. Adaletin insani erdemler içerisinde en önemli erdem olduğunu³¹⁷, insan ruhunun her parçasının kendine göre işlevleri bulunduğunu düşünen Platon'a göre adalet, bireysel ve toplumsal düzeyde bir uyum ve denge halidir. Bu uyum, site düzeyinde, sosyal sınıflar arasındaki uyum; birey düzeyinde ise ruhun kısımları arasındaki uyumdur ve bu suretle adalet hem ahlakın hem de siyasetin konusu olarak ortaya çıkar³¹⁸.

Adaletin toplumsallığı ile birlikte bir duygudaşlık temelinde formüle edilmesi Levinas'ın ifadesiyle “öteki”ne karşı üst bir sorumluluk bilincini beraberinde getirir. Adalet, Levinas'ın kuramında ortaya konulduğu biçimiyle, kişinin kendinden başladığı düşün serüvenine ötekini de dahil etmesi ile mümkün olabilir ancak³¹⁹.

³¹⁵ A. ÖZTÜRK, s.25.

³¹⁶ Yıldız KARAGÖZ, “Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük”, C.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:26, Aralık 2002, (Liberal), s.268.

³¹⁷ Platon, ruhu üç kısma ayırarak her birinin kendine özgü bir işlevinin olduğunu ifade etmiştir. Bu üç işlevden her birinin yerine getirilmesi ise, tikel bir erdeme karşılık gelir. Bedensel iştahların, aklın ortaya koyduğu sınırı kabul etmesiyle *sôphrosunê*, yani itidal erdemi ortaya çıkar. Aklın buyurduğu şekilde tehlikelere cevap vermekle *andreia*, yani cesaret erdemi ortaya çıkar. Akıl, matematik ve diyalektik bir araştırma ile adaletin, güzelliğin, diğer tüm ideaların ve en önemlisi de iyi ideasının ne olduğunu ayıracabilecek şekilde eğitildiğinde *sophia*, yani bilgelik erdemi ortaya çıkar. Ancak Platon'a göre, sözü edilen bu üç erdem, ancak adalet erdeminin sergilenmesiyle ortaya çıkacaktır. Çünkü adalet erdemi, ruhun her kısmının kendine ait olan işlevi yerine getirmesini sağlayan erdemdir. Solmaz Zelyut HÜNLER, **Adalet**, Felsefe Ansiklopedisi, Der: Ahmet Cevizci, Etik Yayınları, İstanbul, 2003, s. 30

³¹⁸ N. CAN, s.2.

³¹⁹ Kişinin ötekine karşı sorumluluğu zamanla onu kuşatır ve adaletle sonuçlanacak yeni bilincin gelişmesine olanak sağlar. Kişinin ötekine karşı duyguları ilk başlarda olumsuz hatta vahşicedir. Öteki nesneleştirilir, geçici olarak baskı altında tutulur. Ama tümüyle ne yok sayılabilir, ne de ortadan kaldırılabilir. Elif ÇIRAKMAN, “Levinas'da Öteki ve Adalet: Eleştirel Bir Not”, **Doğu Batı**, Yıl:4, Sayı: 13, 2005, s. 190. Sonuçta bilinç ötekiyle hesaplaşmak ve dolayısıyla kendi varlığını onun varlığına açmak zorunda hisseder kendini. Bu bahsi geçen süreç vazgeçme, var etme, yok olma arasında gidip gelen sancılı bir dönüşümü tetikler. Ötekine yönelik dışlayıcı ilk pratikler yerini zamanla duygudaşlık temelinde bir feragat edimine bırakır. Kendi bencilliğinden öteki için vazgeçen kişi tinsel dönüşümünde ilk önemli eşiği aşmış sayılmalıdır. Kendinden başka hiç kimseyi düşünmeyen karanlık ruh, ruhun kör bencilliği geride bırakıldığında kişiyi adil davranışa doğru yönlendirecek uygun koşullar da kendiliğinden sağlanmış olur. Ötekine yaklaşma adaletin bilincini talep etmektir. Ama aslında en genel anlamda adalet sorunu ben ile öteki arasına üçüncü bir kişi dahil olduğunda ortaya çıkar. Kendi ile öteki arasındaki ilişkide belli bir kıvama gelmiş etik duyarlılık üçüncü kişinin sürece dahil olması ile özel-işsel bir mesele olmaktan çıkarak kamusal-genel bir mesele haline gelir. Adaletin evrensel bir sorumluluk duygusu olarak doğumu ile o ana kadar geçerli olan ben-öteki, içerisi-dışarısı ayrımı anlamını yitirir. Çünkü adalet ile birlikte herkes ve herşey ortak bir usun ölçüsüne göre değerlendirilir. Emmanuel Levinas, *Otherwise than Being or Beyond Essence*, Çev: A. Lingis, Kluwer Academic Publishers, 1991, s. 59'dan Aktaran: A. ÖZTÜRK, s.26.

Levinas’a göre adalet, önce bireyin kendi içinde, sonra bireyler arasında yaşanan bir ruhsal dönüşüm sürecidir ve adalet duygusu, ötekine karşı duyulan sorumluluğun genelleşmesini de sağlayabiliyorsa o zaman toplumsal bir etik yaratabilir. Aksi takdirde devletin kendini meşrulaştırmasından başka bir anlama gelmez³²⁰.

Adalet yalnızca iyiliği vaaz eden bir barış çağrısı değil, aynı zamanda kötülüğü yok etmeye dair sınır tanımaz bir kararlılıktır³²¹. Bu bakımdan “öç alma-intikam” duygusuna atıfta bulunmaksızın adaleti duygu temelinde düşünmek olanaksızdır. Zaten adaleti anılmaya değer kılan da önemli ölçüde adaletsizlik karşısında duyduğumuz öfkedir³²². Adaleti bir intikam duygusu olarak ele alan görüşlere göre adalet, merhametten farklı olarak içinde şiddet ve öfkeyi de barındırır. Bu bakımdan adalet iki yönlüdür, çünkü herkese aynı şekilde davranmak adalet bilincini ölümcül şekilde sakatlar. Adaletin olabilmesi için edimleri karşısında insana bazen sevgi-ödülle, bazen de nefret-cezayla yaklaşmamız gerekir. Adaletin bilgisi yapmayı olduğu kadar yıkmayı da içerir³²³.

Adaletin öznelci değerlendirilişi günümüz dünyasında gözden düşmüş ve adalet kişisel bir erdem olarak ele alınmak yerine kurumsallaştırılmış bir kavram haline gelmiştir. Buna göre, adalet, kişisel sorumlulukların yerine getirilmesiyle değil, adil bir düzenin ve bu düzeni sağlayabilecek kurumsal altyapıların sağlanması ile ulaşılabilir bir ideal olarak tasavvur edilmeye başlanmıştır. Bireylerin büyüyen ve karmaşıklaşan sorunlar karşısında tekil eylemlerinin adaleti tesis etmede yetersiz kalması bu kanının yaygınlaşmasında etkin bir rolü olmuştur. Bu algının gelişmesinde bir diğer etken ise liberal demokrasinin toplumun büyük bölümünü

³²⁰ Emmanuel Levinas, “Ethics and Politics”, *The Levinas Reader*, Der: Sean Hand, London: Blackwell, 1989, s. 159’dan Aktaran: A. ÖZTÜRK, s.26.

³²¹ SOLOMON, s.27.

³²² SOLOMON, s.66.

³²³ Merhametçi görüş buna karşı çıkar: “Adaleti var etmek için mutlaka bir şeyleri yok etmek zorunda olduğumuzu iddia eden realist anlayışın adaletsizliği tümüyle ortadan kaldırma olanağından bizi alıkoyduğunu düşünür. Kötüye kötü davranmaya dair ahlak kendisinden beklenen sonuçları vermeyecektir. Her şeyden önce kimin ne kadar kötü olduğunu veya ne ölçüde kötülüğe layık olduğunu asla tam olarak bilemeyiz. Kötülük başkasına zarar vermek demektir. Ölçüsünü bilemeyeceğimiz bir konuda, sonuçta ötekine hak ettiğinden fazla zarar verme ihtimali varken eylemde bulunmak kibirli bir şekilde bencilce hareket etmekten başka bir anlama gelmez. Merhametçi anlayış merhamet olmaksızın sadece adaleti oldukça kaba ve bir o kadar da sonuççu bulur. Sadece eylemlerin sonuçları üzerinden değerlendirme yapar. Tarihsel bakıştan yoksundur. Kötülerin neden kötü olduğu sorunu üzerinde durmaz. Merhametçi yaklaşım ise kötünün kötü olmasından biraz da onu sonuçta yargılayan iyilerin sorumlu olduğunu bilir. Hiç kimse diğer hiç kimseyi yargılayabilecek kadar iyi değildir.” A. ÖZTÜRK, ss.27-28.

siyasal alanın dışında bırakan “sözde” demokrasisinin de payı büyüktür. İki anlayış arasındaki çatışma, yoksulluğu, aç komşumuza yardım ederek mi yoksa yoksulluğun nedeni olan sorunları çözecek adımları atarak mı ortadan kaldırırız sorusu etrafında anlaşılabilir. Bu noktada biçimsel anlayışlar açısından adalet, kişilerin değil, örneğin Rawls’ta devletin, Hayek/Nozick gibi düşünürler bakımından ise piyasanın gerçekleştireceği bir olgudur.

2. Biçimsel Adalet Anlayışları

Adaleti biçimsel olarak ele aldığımızda akla gelen ilk soru adaletin ölçütünün ne olduğudur. Platon ve Aristoteles için adaletin içeriği erdem biçimine girmiş eşitlikten ibarettir.

Platon’da adaletin iki yüzü vardır. Bunlardan ilki adaletin devletteki yansıması, ikincisi ise tek tek bireylerdeki yansımasıdır³²⁴. Ancak devletin kuruluş temelindeki erdem olarak gördüğü adaleti, özellikle devlet merkezli ele alır. Platon, adaletin, insanları ahlaki, etik ve sosyal-siyasal yapan iyi ideasının bir niteliği olduğunu söyler. Bu yolla o, özel olanı kamusal olana bağlayarak “polis”teki adaletle bireydeki adalet arasında bağlantı kurar. Sadece adil bir devlette bireyler, hem iyi insanlar hem de iyi yurttaşlar olarak doğalarını gerçekleştirip dengeli bir duruma ulaşabilirler³²⁵.

Devletin ortaya çıkmasının nedeni olarak, insanın tek başına yaşayamaması, kendi kendine yetmemesi ve başkalarına ihtiyaç duymasını gören Platon’a göre, bir devlet içerisinde ortaklık içinde yaşayan insanların birbirlerine yardımları ve dayanışmasıyla adalet sağlanabilir³²⁶. Adaleti ancak örgütlü bir toplumda mümkün gören ve sosyal sınıflar arasındaki uyumu da, her sınıfın kendi görevini yapması ve başkasının işine karışmamasında bulan Platon’un sınıflı toplumunda adalet, her sınıfa hakkı ne ise onu vermeyi gerektirir³²⁷.

³²⁴ Arslan TOPAKKAYA, “Adalet Kavramı Bağlamında Aristoteles-Platon Karşılaştırması”, **FLSF SDÜ Felsefe Bölümü Dergisi**, Sayı:6, Güz 2008, s.32.

³²⁵ N. CAN, s.2

³²⁶ KARAGÖZ, Liberal, ss.269-270.

³²⁷ Ali Osman GÜNDOĞAN, “Hak ve Adalet”, 9-11 Ekim 2003 tarihlerinde Muğla Üniversitesi’nde düzenlenen “Adalet” konulu sempozyuma sunulan bildiri, <http://www.aliosmangundogan.com/PDF/Bildiri/Ali-Osman-Gundogan-Hak-ve-Adalet.pdf>, (Erişim tarihi: 04.05.2011), ss.1-2.

Platon devletin temeline adalet kavramını yerleştiriyor olsa da toplumu eşitsizlik temeline oturtur. Toplum yeteneklerine ve erdemlerine göre belirlenmiş birtakım sınıflardan oluşur ve her sınıfın bir görevi vardır. Herkes kendi üzerine düşeni yaparsa toplum gelişir. Ancak sınıflar birbirlerinin işlerine karışırsa ortaya çıkacak kargaşa devleti yıkabilir. O zaman adaletsizlik hakim olur³²⁸. Platon devlet düzeni içindeki adaleti, insanların kendi yeteneklerine ve yetiştirilmelerine uygun davranması, toplumsal sınıflar arasındaki ayırımların gereklerine uyması, kendilerine verilen görevleri yerine getirmesi bunların da ötesinde en önemlisi yönetici sınıfın işlerine karışmaması ve yönetici sınıfı eleştirmemesi şeklinde ortaya koyar³²⁹.

Aristoteles'in eşitlik kavramı üzerinden kurduğu adalet anlayışı da iki temel bakış açısına sahiptir: Bunlardan biri niceliksel anlamda bireysel ya da özel eşitlik anlayışı, diğeri kamusal ve hukuksal eşitlik anlayışıdır. Bir yandan bireylerdeki bir erdem olarak adalete gönderme yaparken, diğeri yandan yasalarla temin edilmiş kamusal bir adaleti anlatır. Aristo da Platon gibi adaleti devletin temeline oturtur ancak bunu yasalarla sağlanan bir adalet olarak ele alır. Ancak insanlar arasındaki eşitlik ilkesi olan özel eşitlik anlayışına daha çok önem verir³³⁰.

Bu bakımdan adaleti dağıtıcı ve denkleştirici adalet olarak ikiye ayırır. Adaletin dağıtıcı ve denkleştirici çeşitlerinin amacı toplumda eşitliği gerçekleştirmektir. Ona göre şeref veya malların dağıtılmasında bir toplum içindeki bireylerin durumlarına ve yeteneğine göre, eşit pay verilmesini gerekli kılan dağıtıcı adalet, bir orantıdır. Adaletsizlik ise bir orantısızlıktır. Adalet bir orta olduğuna göre "hak" da bir orta olacaktır. Herkes yeteneğine ve değerine uygun olarak hak sahibi olacaktır. Eğer kişiler eşit değilse, eşit şeylere de sahip olamayacaklar, bu sayede eşitlik de sağlanacaktır. Aksi halde, yetenek, şeref ve toplum içindeki yer bakımından eşit olmayan kimselere eşit davranıldığı zaman eşitlik ilkesi çiğnenmiş olur³³¹.

Dağıtıcı adaletten farklı olan denkleştirici adalet Aristoteles'e göre alışverişlerdeki eşitliğe ilişkindir. Bu adalet, bir hukuk ilişkisinde taraf olanların eşit

³²⁸ Anıl ÇEÇEN, "Hukukta Norm ve Adalet", **AÜHF Dergisi**, Cilt:32, Sayı:1-4, 1975, (Norm ve Adalet), s.104.

³²⁹ KARAGÖZ, Liberal, ss.269-270.

³³⁰ Arslan TOPAKKAYA, "Aristoteles'te Adalet Kavramı", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt:II/6, Şubat 2009, s.629.

³³¹ ÇEÇEN, Norm ve Adalet, s.105.

işlem görmesini gerektirir. Burada söz konusu olan tarafların kişisel özellikleri eşit sayılarak yalnızca zarar veya kazancın eşya veya hizmetlerin ölçülmesidir. Taraflara en küçük bir ayrıcalık gösterilmez. Denkleştiriri adalete bir anlamda düzeltici adalet de denilebilir. Zarar verenin tazminat ödemesi, haksız alınanın geri verilmesi, suç işleyenin cezasını çekmesi hep bu adaletin gereğidir³³². Bu anlamda haksızlık bir adaletsizliktir. Aristoteles, haksızlığın olduğu bir ortamda yargıcın sağladığı adaleti düzeltici adalet olarak görür. O'na göre yargıç eşitsizlik olan bu adaletsizliği denkleştirmeye çalışır; çünkü biri dövülüp-öteki dövünce ya da biri öldürüp-öteki öldürülünce yapılan ile maruz kalınan eşit olmayan bir bölümlenme olacaktır. Buna karşılık yargıç, ceza ile kazancı azaltarak bunları düzeltmeye çalışır. Bu anlamda düzeltici adalet kâr ile zararın ortasıdır. Yargıç durumları eşitleştirerek adaleti gerçekleştirir³³³.

Görüldüğü gibi Platon'un adalet ölçütü sınıflar arası uyum, ya da daha doğru bir ifadeyle sınıfsal hiyerarşik işbölümün katı bir görev ahlakı olarak sürdürülmesi durumu iken, Aristoteles'te dağıtıcı ve düzeltici adalet kavramları bağlamında hem kaynakları insanlara paylaştırmanın akılcı yolu, hem de objektif hukuku çağrıştıran bir karşılıklılıktır. Benzer şekilde pek çok düşünür, farklı farklı ölçütleri adalet tanımlarında esas alırlar. Grotius bakımından söze bağlılık, Thomas Aquinas için ortak amaçta birleşme, Hobbes'da sözleşmecî güvenlik, Kant'da onurlu yaşam, Spencer'da kendiliğinden düzen, Mill-Bentham gibi düşünürlerde ise fayda adalet çözümlemesinin merkezine yerleştirilir³³⁴.

İçeriği bilinmeyen bir şeyi, adaleti, sözleşme, özgürlük, onur gibi başka kavramlar aracılığıyla daha somut hale getirme girişimleri adalet ölçüsünde ölçümün neye göre yapıldığı konusunda bizi bir ölçüde aydınlatır. Ama adalet aynı zamanda kaynakların insanlarla uyumunu ifade ettiğinden adaletin “ne” olduğuna dair tartışmanın, adaletin “neye göre” dağıtılacağı sorusuyla tamamlanması gerekir. Cevaplar ise ölçütler kadar çeşitlidir. Adalet, “herkese ihtiyacına”, “herkese

³³² ÇEÇEN, Norm ve Adalet, ss.105-106.

³³³ KARAGÖZ, Liberal, ss.270-271.

³³⁴ Adnan GÜRİZ, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, **İçinde: Adalet Kavramı**, Der:Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, ss. 9-13.

değerine”, “herkese hak ettiğine”, “herkese çalışmasına” veya “herkese yaptığı anlaşmaya” vb. göre dağıtılabılır³³⁵.

Biçimsel adalet anlayışı günümüz kapitalist devletlerinin düşünsel ve ekonomik temellerini oluşturan liberalizm etrafında çeşitlenir. Liberal adalet düşüncesi önemli ölçüde bireysel haklar üzerinden siyasete ve adalete bakışı karakterize eder. Liberal adalet “bireyci”, “biçimci” ve “hakçı”dır³³⁶. Her türlü liberal adalet çözümlemesi insanları yalıtılmış bireylerden oluşmuş çarpık bir toplumsal kozmoloji içinde ele alır. Ayrıca bireyler arası ilişkileri sürekli olarak yeni hak listeleri yaratarak özgürlüğün sınırları üzerinden denetlemeye çalışır. Standartları önceden belli, bireye mümkün olan en yüksek düzeyde hareket alanı veren bir siyaset toplumsal örgütlenme üzerinde hakim kılınabilirse, bireyin özgürlüğü ve bireyler arası ilişkilerde adalet sorun olmaktan çıkar³³⁷.

Liberal adalet anlayışı liberalizmin klasik varsayımını içtenlikle paylaşır, Smith’in “görünmez el”inin, adaleti de kendiliğinden sağlayacağını iddia eder. Ancak bu dengenin oluşumu ve öncesinde herkesin kendi çıkarını gözetebilmesinin ön koşulu ekonomik-siyasal özgürlüklerdir. Bireylerin kendi iyilerini takip etmelerinin en az engellediği toplumlar en adil toplumlardır. Doğal hukuk ve toplum sözleşmesi tasarımları insanların insan olmak bakımından eşit oldukları ve bu eşit bireylerin aralarında anlaşarak ortak akla ulaşabileceklerini var sayar. Bu aklın tasarımı olarak ileri sürdükleri devlete, adaleti kendiliğinden sağlayacak mekanizmaya karışmamasını yalnızca onu koruması görevini yüklerler. Devlet liberal özgürlükleri ve piyasada belirlenen hakları koruma görevini ise hukuk aracılığıyla gerçekleştirir.

Kuramın önemli temsilcilerinden Nozick’in “haklara dayalı-minimal devlet” kuramı, “zora, hırsızlığa ve hileye karşı ve sözleşmelerin uygulanması gibi kısıtlı koruma işlevleriyle tahdit edilmiş bir minimal devletin meşru” olduğu bir savla sonuçlanır. O halde “daha kapsamlı bir devlet, insanların belli şeyleri yapmaya

³³⁵ Gregory Xlastos, “Justice and Equality”, *Theories of Rights*, Der: Jeremy Waldron, Oxford: Oxford University Press, 1992, s. 44’den Aktaran: A. ÖZTÜRK, s.35.

³³⁶ Alan Ryan, “Justice in General”, *Justice*, Der: Alan Ryan, Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 2-3’den Aktaran: A. ÖZTÜRK, s.39.

³³⁷ A. ÖZTÜRK, s.39.

zorlanmama haklarını ihlal edecektir ve meşru değildir. Ve minimal devlet, ilham edici olduğu kadar haklıdır da”³³⁸.

Minimal devlet, her şeyden evvel -ne tür koşullar altında olursa olsun ve ne olursa olsun- herhangi bir iktisadi dağıtıma angaje olması yasaklanmış bir devlettir³³⁹. Nozick minimal devletin yönetilenlerin rızasına ihtiyaç duymayan kendinden meşru bir devlet olduğu savından yola çıkar ve daha kapsamlı bir devletin ise yönetilenlerin rızasına muhtaç olduğunu ve hiçbir biçimde meşrulaştırılamayacağı sonucuna varır. Bu bakımdan dağıtımcı bir adalet yerine “hak edişe dayalı” bir adalet kuramı ileri sürer. Çünkü hak edişe dayalı bir adalet minimal meşru devletin gereklerine de uygundur³⁴⁰.

Nozick, âdil bir dağıtımın, basitçe, insanların gönüllü değiş tokuşlarının sonucunun dağıtımı olduğunu iddia etmektedir. Ona göre, temel ilke, 'herkesten tercih ettiklerine göre, herkese tercih edildiklerine göre şeklindedir’³⁴¹.

Nozick, adaleti, kişisel kazanımların haklılığıyla ilgili bir mesele olarak görür³⁴². Bundan dolayıdır ki, Nozick’in adalet teorisi, aslında bir ‘hak etme teorisi’dir³⁴³. Buna göre: 1. Kazanımda adalet ilkesine uygun olarak bir edinci kazanan kişi, o edinci hak eder. 2. Transferde adalet ilkesine uygun olarak bir edinci hak etmiş başka birinden kazanan kişi, o edinci hak eder. 3. Hiç kimse, 1 ve 2’nin (tekrar eden) uygulamaları dışında bir edinci hak etmez³⁴⁴.

Verili dağılım durumunda (yani geçmiş hak edişlerde) bir adaletsizliğin olması durumunda ise bir düzeltici mekanizmayı kabul eder Nozick:

“Bütün gerçek durumlar, edinçlerde iki adalet ilkesine uygun olarak üretilmez. Bazı insanlar, başkalarından çalarlar veya onları dolandırırılar veya onların ürününü müsadere edip seçtikleri gibi yaşamaktan alıkoyarak onları köleleştirirler veya diğerlerini zorla mübadele yarışının dışında tutarlar. Bunlardan hiçbirisi, bir durumdan diğerine geçişin müsaade edilebilir modları değildir. Ve bazı kişiler, kazanımda adalet ilkesince onaylanmamış araçlarla edinçleri

³³⁸ Robert Nozick, “Anarchy, State and Utopia”, Basic Books, New York, 1974’den Aktaran: Taha TANRIKULU, “Robert Nozick’in Devlet ve Adalet Teorisi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.10.

³³⁹ Michael N. Lesnoff, “Political Philosophers of the Twentieth Century”, Blackwell Publishers, Oxford, 1999’dan Aktaran: TANRIKULU, s.10.

³⁴⁰ TANRIKULU, s.57.

³⁴¹ N. CAN, s.5.

³⁴² Mustafa ERDOĞAN, **Liberal Toplum Liberal Siyaset**, 2.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 1998, s.77.

³⁴³ Yıldız KARAGÖZ, “Robert Nozick’in Siyaset Felsefesinde Adalet ve Devlet”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 297.

³⁴⁴ TANRIKULU, s.68.

kazanırlar. Geçmiş adaletsizliğin varlığı (edinçlerde ilk iki adalet ilkesinin sabık ihlalleri), edinç adaleti altında üçüncü büyük konuyu doğurur: Edinçlerde adaletsizliğin düzeltimi. Eğer geçmişteki adaletsizlik, şimdiki edinçleri muhtelif yollarla, bazıları tanımlanabilir bazıları tanımlanamaz yollarla, biçimlendirmişse, bu adaletsizlikleri düzeltmek için şimdi ne yapılmalıdır?”³⁴⁵.

Nozick’in bu soruya cevabı devletin adaleti koruma görevini yerine getirmesinde ifadesini bulur. Nozick’in piyasanın görünmez eline ilişmesini yasakladığı devlet, görünmez eli devindirenlerin verdiği zararlar karşısında bir anda etkinleşir. Bireylerin “kutsallaştırılmış” özgürlüğü Nozick’in ahlak kriterlerine uymadığı noktada bir anda yok olur ve devletin “koruyucu” ellerine bırakılır. Örneğin bir işçinin sözde “özgür” iradesiyle yaptığı sözleşme sonucu kölelik koşullarında sefalet ücreti karşılığı çalışması Nozick’in ahlak anlayışına uygun iken, piyasadaki değiş-tokuş ilkeleri dışındaki bir el değiştirmeyi adaletsiz bulur Nozick. Kendi ahlak ilkeleri tüm insanlığın ahlak ilkeleri oluverir bir anda. Ve bireyleri bir şeyleri yapmamaya zorlayacağı için “tehdit” olan devlet, bir anda bir şeyleri yapmamaya zorlayan “koruyucu” olarak sahneye çıkar. Bu noktada kendisiyle çelişmekte bir sakınca görmez Nozick. Zira önemli olan “görünmez el”in asr-ı saadetidir ne de olsa³⁴⁶.

Nozick için adalet, piyasanın belirlediği ve hukukun koruma altına aldığı “haklar” temeli üzerine inşa edilen bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve “hak ediş ilkesine uygun bir biçimde” hakların elde edilmesinin doğal bir sonucu olarak anlaşılmaktadır³⁴⁷.

Hayek ise, adaleti bireylerin eylemlerine atfedilebilecek bir değer olarak görür. Bir eylemin adil olup olmadığının tespitinde kullanılacak referans, bilinçli insan eylemi olup olmadığıdır. İnsanın bilinçli eylemlerinin sonucu olmayan durumlar adalet açısından bir teste tabi tutulamaz. Durum ve sonuçların adalet testine tabi tutulabilmesi için, bir kimsenin bunları gerçekleştirmekten ve gerçekleştirilmelerine izin vermekten sorumlu olması gerekir. Oysa piyasa, bireylerin bilinçli eylemleri ile değil, kendiliğinden işleyen bir düzendir. Hiç kimsenin bilinçli olarak yaratmadığı bir kendiliğinden düzenin sonuçları adalet açısından

³⁴⁵ Nozick, a.g.e., Aktaran: TANRIKULU, s.69.

³⁴⁶ Nozick’in adalet kuramına ilişkin farklı açılardan eleştiriler için bkz. TANRIKULU, s.99 vd.

³⁴⁷ GÜNDOĞAN, s.4.

değerlendirilemez³⁴⁸. Bireylerin özne olarak kabul edildiği görüşten hareket eden Hayek, toplumun adaletli ya da adaletsiz olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürer.

Hayek, soyut kuralların egemenliğine dayanan piyasa mekanizmasını ilkeleri önceden belli olan bir oyuna benzetir. Ancak bu oyunun sonucu önceden kestirilemez. Herkes için önceden kestirilemeyen sonuçlar, şans ve beceri gibi kural sistemi dışındaki diğer olgulara bağlı olduğu için Hayek açısından adalet sorunu yaratmamaktadır. Hayek'e göre önemli olan bu oyunun oynanış tarzının adil olması, hileye dayanmamasıdır; sonucun şu ya da bu şekilde gerçekleşmesi önemli değildir³⁴⁹.

Hayek, adâlet kavramına, kurallarla ilgili olmanın ötesine geçerek, maddi şeylerin, özellikle gelirlerin dağılımıyla bağlantı kazandırılmasına şiddetle karşıdır. Ona göre, 'âdil fiyat', 'âdil gelir dağılımı' gibi kavramlar, geride kalan iki bin yıl boyunca ne anlama geldikleri bilinemeyen, bu gün de aynı durumda olan, anlamsız kavramlardır³⁵⁰. Dağıtım kelimesinden de büyük rahatsızlık duyan Hayek'e göre 'dağıtım' terimi yanlış yönlendiricidir, çünkü gerçekte kendiliğinden ortaya çıkan düzenin bir sonucu olan bu durumun, bilinçli ve amaçlı eylemin bir sonucu olduğu izlenimini uyandırır. Oysa bir piyasa ekonomisinde, hiç kimse gelir dağıtım görevini üstlenemez³⁵¹.

Hayek'e göre toplum içerisindeki eşitsizliklerin üç kaynağı vardır: Şans, yetenek ve çalışma. Eşitsizliğin üç olası kaynağından iki tanesi için kontrol edici ve yeniden dağıtıcı önlemler almak olanaksızdır. “Şans” ve “yetenek” sonuca etkiyen, ama değiştirilemez bağlamlardır. Diğer kaynak olan “çalışma” ise zaten liyakat için ana ölçüttür. Kaynakların kıt olduğu bir dünyada tembellere çalışanlar ile aynı olanaklar verilemez³⁵². Bu şekilde kendiliğinden oluşan bir adalet hem aşılamaz, hem de aşılmamalıdır³⁵³.

³⁴⁸ Friedrich A. HAYEK, **Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük**, Cilt 2, Çev.: Mustafa. Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1995, s.57.

³⁴⁹ HAYEK, s.105.

³⁵⁰ N. CAN, s.6; A. ÖZTÜRK, s.91.

³⁵¹ N. CAN, s.6.

³⁵² A. ÖZTÜRK, s.97

³⁵³ Piyasaya başarılı bir şekilde müdahale edilemeyeceğini, çünkü herkese ait bilginin ancak herkesçe kullanımının en ideal yol olduğunu, dolayısıyla etkinlik açısından kapitalist sistemin alternatifinin olmadığını vurgulayan Hayek, piyasaya alternatif olarak gösterilen sosyal devlet-karma ekonomi düzenini, “devletin tarafsızlığına zarar verdiği”, “yanlış kaynak tahsisine yol açtığı” ve “üretim değil, tüketim odaklı bir algılamaya yarattığı” gerekçesiyle yerer. Piyasa başarısızlığı olarak gösterilen

Hayek, kendinden önceki pek çok düşünür gibi adaleti, adaletsizlik kavramı üzerinden tarif etmek gerektiğini, adaletsizliğin adalete öncül bir kavram olduğunu ileri sürer. Adil davranış kurallarının amacı, adil olmayan eylemleri önlemektir. Hayek kuralların negatif karakterli olduğunu söyleyerek adaletin belirli sonuçları garanti etmeyeceğini ifade etmektedir³⁵⁴. Adil kural, birey haklarını ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına alan ve kişiler arasında güç kullanımını yasaklayan genel ve soyut kuraldır. Bu bakımdan müdahaleci değil, kendiliğine bırakıcıdır. Dolayısıyla Hayek'in adalet teorisi, önceden belirli sonuçları hiç kimseye garanti etmediği için negatiftir. Adalet sonuçlarla ilgili olmadığı için mutlulukla da ilgili değildir. Yani adalet bireysel faydaların tatminine yönelmez. Çünkü, adil bir hukuksal işlemde taraflardan birinin zarar görme olasılığı vardır. Böyle bir olasılığın gerçekleşmesi halinde, sonucun zarar eden tarafa fayda getireceği söylenemez. Dolayısıyla adalet bireysel fayda ve mutluluk için yeterli değildir³⁵⁵.

3. Sosyal Adalet

Klasik liberal adalet anlayışlarına alternatif olarak yine liberal cepheden doğru ileri sürülen diğer görüşler “sosyal adalet” kavramı ile anılır. Sosyolojik açıdan bu kavram, üretim sürecinde ve üretim sonrasında paylaşımın mümkün olduğu kadar topluma yayılması ve toplum sağlığı açısından sosyal tabakalar arasında aşırı farklılaşmanın önüne geçmek için gerekli önlemlerin alınması olarak değerlendirilebilir³⁵⁶.

Kavram sol liberal bir kavram olsa da ortaya çıkışı, işçi eylemliliklerinin, sosyalist fikirlerin ve sosyalist devrimlerin etkisi ve baskısının bir sonucudur.

Piyananın görünmez elinin serbest rekabet koşullarında adaleti sağlayacağı temel varsayımı üzerine kurulu klasik liberal söylem, kapitalizmin ve onun ideolojisi olan liberalizmin vaatlerinin hayalkırıklığı ile sonuçlanması ve kapitalizmin yarattığı yoğun sömürü, açlık ve yoksulluk nedeniyle toplumsal yaşamda çatışmalara neden

tekellerden devlet, aşırı kar, aşırı fiyatlama ile arz-talep dengesizliğine bitişik krizlerden devlet ile birlikte sendikalar sorumludur. A. ÖZTÜRK, s.99.

³⁵⁴ Senem KURT, “Hayek’in Özgürlük ve Adalet Teorisi”, **ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:2, Sayı:3, 2006, s.208.

³⁵⁵ Sururi AKTAŞ, **Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi**, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.211.

³⁵⁶ Arslan TOPAKKAYA, “Sosyal Adalet Kavramı Sadece Bir İdeal Midir?”, (Sosyal Adalet) s.2, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi21.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.04.2011).

olması, sosyalist fikirlerin etkinlik kazanması vb. nedenler kapitalist sistemin mağdurlarının da kısmen korunup kollandığı devletçi (özellikle belli bir dönem itibarıyla ulus-devletçi) bir ekonomi ve bu çerçevede biçimlenen bir “sosyal adalet” anlayışının doğmasına neden olmuştur³⁵⁷.

19. yüzyılın ekonomik-siyasal koşullarının ortaya çıkardığı bir kavram olan “sosyal adalet” kavramı geçmişten bugüne pek çok farklı düşünür tarafından formüle edilmeye çalışılmıştır. J. Stuart Mill, (1806-1873) üretim sürecinde açığa çıkan verim ve karlılığın sadece sermaye sahiplerine değil, onları çalışarak ortaya çıkaran işçi sınıfına da dağıtılması gerektiğini savunur. Ona göre paylaşım adil olmalıdır ve burada ortaya çıkan pürüzler tamamen insanidir. Yani adil olmayan paylaşım sisteminden insanlar sorumludur. Mill, sınıflar arasındaki çatışmanın zenginliğin eşit dağılımını sağlayacak yeni kurallarla çözüleceğine inanır³⁵⁸.

Hegel de, sosyal farklılıklara duyarsız klasik liberal anlayışa karşı sosyal eşitsizlik kavramına duyarlıdır. Fakirliğin ortadan kaldırılmasını modern devletin en önemli amacı olarak görmüştür. Hegel aynı zamanda -İngiltere örneğinde olduğu gibi- zenginliğin tek taraflı artması ile işçi sınıfının fakirlik ve bağımlılığı arasında diyalektik ilişkiyi fark etmiş ancak bunu metafizik bir bakış açısıyla ele almıştır. Von Stein ise, Hegel’in bakış açısını temel alıp “hukuk devleti” kavramının “sosyal devlet ilkesi” ile tamamlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Hukuk devleti, devlet gücünü sınırlayan ve hukuk karşısında bütün bireylerin mutlak eşitliğini sağlayan devlettir. Böyle bir devlet aynı zamanda üyelerinin ekonomik ve toplumsal ilerlemelerini de garanti altına almalıdır. Bu şartları sağlayan devlet Stein’a göre “sosyal devlet”tir³⁵⁹.

³⁵⁷ 1929 yılında Amerika’da başlayıp bütün dünyaya yayılan ekonomik kriz büyük bir işsizliği de beraberinde getirmiştir. Bu dönemde Katolik kilisesi yeni bir toplumsal yapılanma çağrısı yapmış ve 1931 yılında yayınlanan resmi yayın organında Papa XI. Pius tarafından sosyalizm karşıtı bir kavram olarak en az altı kez tekrarlanmıştır. Bu kavramının gelişim sürecinde II. Dünya savaşı ve sonrasında ortaya çıkan geniş çaplı sosyal, ekonomik ve siyasi gelişmelerin büyük etkisi olmuştur. Nazi Rejimi sonrası Almanya Anayasası ve daha birçok Avrupa devleti anayasaları “sosyal hukuk devleti” kavramına anayasalarında ilk kez yer vermişlerdir. TOPAKKAYA, Sosyal Adalet, ss.3-4.

³⁵⁸ TOPAKKAYA, Sosyal Adalet, s.3.

³⁵⁹ Stein’in bu görüşleri Almanya’da karşılık görmüş Bismarck zamanında ilk defa işçilerin sosyal durumlarını iyileştirmek üzere emeklilik, hastalık (1883) ve iş kazası sigortası (1884) kanunlarıyla, bunları takiben yaşlılık ve işgörememezlik (1891) sigortaları çıkarılmıştır. Özellikle sosyal sigorta, sosyal devletin en önemli kurumsal bulgusu olarak değerlendirilmiştir. Bu amaç bağlamında fakir ve muhtaç insanlara yardım, her insanın varoluşunu devam ettirmek için asgari şartların sağlanması, ekonomik eşitsizliğin mümkün olduğunca giderilip asgari refahın sağlanması ve ekonomik büyümenin desteklenerek bu refahın toplumun bütün kesimlerine dağıtılması ve yayılması da sosyal devletin amaçları arasında kabul edilmiştir. TOPAKKAYA, Sosyal Adalet, s.4.

Yakın dönem adalet kuramcıları içerisinde akla gelen ilk isimlerden olan Rawls da gelir eşitsizliğinin zenginden fakire aktarımlar sonucu önemsizleşeceğini ileri sürer. Kapitalizmi içinde hem potansiyel olarak iyi olanı barındıran bir işbirliği toplumu, hem de eşitsizlik nedeniyle amoral sonuçlar üretmeye gebe bir yapı olarak gören Rawls, aslında gelir eşitsizliğine karşı değildir. Bu tür bir eşitsizliği herkesin menfaatine görür. Hatta eşitsizliği farklılık adı altında onar. Rawls hem eşit dağıtımın eşit olmayan dağıtımdan iyi olduğunu, hem de en kötü durumda olanları daha iyi hale getirecek şekilde eşit olmayan dağıtımın eşit dağıtımdan daha iyi olduğunu söyler. Böylelikle eşitlik ve eşitsizliğin ikisi içinde korunaklı zeminler hazırlar. Liberal ideolojinin eşitlik ile eşitsizlik arasındaki tarihsel bölünmüşlüğüne kuramına taşır³⁶⁰.

Rawls, adaleti, eşitliği ve özgürlüğü toplumsal istikrar temelinde sentezleyen birlik sağlayıcı kurucu ruh olarak kurgular. Rawls'a göre adalet toplumsal kurumların ilk hedefi, pazarlık ve çıkar hesaplarının üstündeki temel siyaset erdemi, yokluğuna ancak daha büyük bir adaletsizlikten kaçınmak için katlanabileceğimiz kapsayıcı yaşam reçetemizdir³⁶¹.

Rawls'un savunduğu adalet ilkeleri, 'orijinal pozisyon' ya da 'ilk durum' olarak bilinen sözleşmeye dayalı yapıdan türemektedir³⁶². İki temel ilkedен söz eder Rawls: İlk ilke siyasal yararlarla, özellikle temel hak ve özgürlüklerin bölüşümüyle ilgilidir. Buna göre, Her bir kişinin, diğerlerinin sahip olduğuna benzer bir özgürlük ile uyumlu, en yaygın kabul görmüş temel özgürlüğe sahip olması gerekir. İkinci ilke ise, toplumsal ve ekonomik yararlarla, özellikle gelir, refah ve fırsatların bölüşümüyle ilgilidir. Bu ilke de şöyle dile getirilmektedir: “Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler öyle düzenlenmelidir ki, bu eşitsizlikler hem (a) akla uygun bir şekilde

³⁶⁰ A. ÖZTÜRK, ss.56-58.

³⁶¹ A. ÖZTÜRK, s.65.

³⁶² Ancak onun 'ilk durum' diye adlandırdığı şey, geleneksel toplum sözleşmesinden çok daha genel ve soyut bir düşüncedir. Bu ilk durumda insanlar bilgi bakımından kısıtlıdır. Rawls'un 'cehalet perdesi' olarak adlandırdığı konumda hiç kimse, başkasının özel yeteneklerinden, arzularından, ahlâki tercihlerinden ya da toplumsal konumundan haberdar değildir. Bu ortamda insanlardan adalet ilkelerini seçmeleri istenir. Bu cehalet perdesi sayesinde ki insanlar kendi dar çıkarlarını savunma kapasitesine sahip olmadıklarından hakkaniyet ve tarafsızlığın ahlaki koşullarını üretebilme kapasitesine de sahiptirler. İlk durumda insanlar karşılıklı olarak birbirlerinin çıkarlarına karşı da ilgisizdirler. İşte bu tarafsızlık ortamında adaletle ilişkin temel ilkeler geliştirilmiştir. N. CAN, s.7.

herkesin çıkarına olacağı şeklinde bir beklenti oluşturmali hem de (b) herkese açık olan konum ve görevlerle ilişkilendirilmelidir”³⁶³.

Bu iki ilke çerçevesinde demokratik düzenin de temel ilkelerine ulaşılır. Birincisi, adalet, herhangi bir demokratik düzenin ayırıcı özelliği olan temel özgürlükler ve eşit hakların korunması olarak görünür. Adalet, demokratik olarak seçilmiş olan çoğunluğun, azınlıkları kendi siyasal haklarından yoksun bırakma iktidarına sahip olmadığı hususunda demokrasinin özü durumundadır. Rawls'un temel özgürlükler listesinin, herhangi bir liberal demokrasi tarafından sağlanmış olan, düşünce, inanç, ifade, basın, dernek kurma özgürlüğü, kişisel mülkiyet hakkı; seçme, seçilme özgürlüğü; keyfi olarak yakalanma, tutuklanma ve cezalandırmadan masun olma özgürlüğü gibi anayasal teminatlara denk düşmesi bir rastlantı değildir. İkinci yaklaşım ise, demokratik idealin özerklik ve makul kamusal müzakereyle bağlantısıyla ilgilidir. Buradaki vurgu, bir demokrasideki tüm bireylerin kendi kurum ya da birliklerinin koşullarını belirlemede özgür ve eşit olmaları gerektiği konusundadır. Bireyler, kendi otonomilerini tanımlamada özgür ve eşit haklara sahiptirler. Kaynakların dağılımı ise, bireylerin özerkliklerinin belirlenme derecesinde yaşamsal bir rol oynar. Bir toplumda kaynakların âdil bir şekilde dağılımıyla bireylerin özgür ve eşit olmaları arasında önemli bir ilişki vardır. Eğer maddi anlamda yoksul olmayış, özgürlüğün, sınırlanmamış bir müzakerenin ve siyasal bir eylem için gerekli kapasitenin önkoşulu ise herkes için maddi refahta ulaşılan temel seviye, olgunlaşmış bir demokrasi için gerekli olur³⁶⁴.

Sol liberalizm diye de ifade edilen sosyal adaletçi görüşler adaleti, özgürlük ve eşitlik kavramları arasında kurulan ilişkinin kendiliğinden bir sonucu olarak görürler. Adalet insanların kendini gerçekleştirecek olanaklara kavuşması, özgürlük bu olanakların hayata geçirilmesi sonucunda ortaya çıkan moral durum, eşitlik ise kaynakları kişilere dağıtarak herkesin hak ettiği kadar özgür olmasını sağlayan mantıksal koşuldur. Sol liberal adalet ancak daha çok eşitlik ile daha çok özgürlük, daha çok özgürlük ile de daha adil bir sonucunun elde edileceğini savlar³⁶⁵.

Sosyal adalet, aslında, liberalizmin meşruiyet temeli olarak ileri sürdüğü toplumsal sözleşmede, sözleşenlerin gerçekten eşit olmadıklarını kabul etmek

³⁶³ N. CAN, ss.7-8.

³⁶⁴ N. CAN, ss.8-9.

³⁶⁵ A. ÖZTÜRK, s.41.

anlamına da gelir. Bu bakımdan aynı zamanda kapitalizmin devamlılığı noktasında yedek bir ideolojiyi karakterize eder³⁶⁶. Kapitalist sanayileşmenin yarattığı buhrana tepki ile sosyalizm tehdidine karşı liberal düzenin kendini savunma refleksi birleşerek sosyal adaletçi sosyal devlet düzenini yaratmıştır³⁶⁷. Eşitliği sağlamaktan çok eşitsizliği daha çok da onun görünür etkilerini önlemek gibi bir temel üzerine oturtulmuştur sol liberal adalet³⁶⁸. Böylelikle kendisinin varlık temellerini ortadan kaldıracak bir adalet anlayışının önünü kesmiştir.

Sosyal adalet anlayışı ve sosyal adalet uygulamaları pratikte eşitsizlikçi düzenin ortak akıl şemsiyesi altında devamından başka bir işe yaramamıştır. Eşitsizlik sosyal adaletçi dönemde, eşitsizliğin tarafları arasında uzlaşmalar ile sürekli olarak kendini yenilemiştir. Ayrıca demokratik siyaset görüntüsü altında ilke olarak zorlayıcı uzlaşmaya dayanan bir tür korporatist düzen inşa edilmiştir. Bu siyaseti meşru olmaktan çıkaracak bir genel ekonomik çöküş yaşanana ve sosyalizm tehlikesi atlatılana değin sosyal adaletçi politikalar devam etmiştir. Ancak kapitalizmin yarattığı eşitsizliği kapitalizmi yok etmeden yok etmeye kalkan gelir denkleştirici programlar kapitalist ekonomi bakımından oldukça ağır bir mali faturayı beraberinde getirmiştir. Özellikle ulus-devletçi ekonomileri aşan kapitalizmin emperyalist aşamaya ulaşması başka bir ifadeyle mali sermayenin küresel ölçekteki genişleme eğilimi sosyal adaletçi politikaların da yeniden tasfiyesi sürecini başlatmıştır³⁶⁹. Bugün gerek ülkemizde gerekse Avrupa ülkelerinde sosyal hakların tasfiyesi süreci devam etmektedir. Eğitim ve sağlık başta olmak üzere tüm kamusal hizmetler özelleştirmeler yoluyla piyasa koşullarına terk edilmektedir.

4. Değerlendirme

Liberal kuramların duygudaşıktan yola çıkarak ahlaki bir erdem olarak devletin temeline yerleştirdiği, bu sayede verili toplumsal koşullara içkin eşitsizlikleri meşrulaştırdığı ideolojik “sihirli” bir söylem olan adalet kavramının

³⁶⁶ A. ÖZTÜRK, s.41.

³⁶⁷ Doğan ÖZLEM, “Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek”, **Doğu Batı**, Sayı:13, 2000-1, ss.18-20.

³⁶⁸ Ülker GÜRKAN, “Sosyal Adalet”, **İçinde: Adalet Kavramı**, Der: Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, s. 121.

³⁶⁹ A. ÖZTÜRK, ss.43-44.

evrensel bir tanımının yapılması çabasının bitmek bilmeden devam etmesi, sürekli değişen toplumsal koşulların kavramın yeniden ve yeniden ele alınmasını zorunlu kılmasından kaynaklıdır.

Oysa adalet kavramını çetrefilli kılan şey maddi koşulların elverişsizliği yahut karmaşıklığı değildir. Çünkü iyi tanımlanmış bir adalet anlayışının evrensel yani tarih ve sistem aşırı olarak uygulanabilirliğini savunmak kadar, adalet ve hak anlayışlarının tarihsel ve bir anlamda görece olduklarını, dolayısıyla her sosyo-ekonomik sistemin kendi adalet anlayışını ürettiğini ve kendi adalet anlayışının gereklerini yerine getirdiği sürece, her sistemin adil olduğunu savunmak da mümkündür³⁷⁰. Bu durumda temel soru aslında şudur: Her sistemi kendi içinde mi değerlendirmek gerekir yoksa evrensel bir adalet kavramına ulaşmak mümkündür? Bizce her iki seçeneğin de belli nedenlerle tercih edilebilirliği vardır.

Modern öncesi dünyada, egemen toplumsal-ekonomik-siyasal yapı olan feodalitenin belirlediği düzende hiyerarşik ya da aristokratik imtiyazlar adaletsizlik oluşturur mu? Eğer kurulu sistemin adalet tanımı çerçevesinde düşünürsek, cevap hayır olacaktır. Aksine, feodal düzende, soylu olmayan bir insanın, bir soylunun imkanlarını talep etmesi adaletsizlik olacaktır. Yine, köleci toplumlarda kölelerin belli haklara sahip olması söz konusu değildir ve onların haklardan yoksun olması da adaletsizlik değildir. Onların hakkı köle olarak çalışmaktır. Bu açıdan bakıldığında söylenebilir ki, sistemlerin adalet anlayışı, kendi adalet tanımları içinde değerlendirilir, sorgulanırsa, hiçbir sistem adalet ölçütüne göre yargılanamaz. Bu nedenle ikinci seçenek ağır basar: “bütün sistemleri, bütün düzenleri ölçmeye, değerlendirmeye, yargılamaya imkan verecek evrensel bir adalet ölçütünü düşünmek, her sistemde, her düzende sağlanabilecek 'adalet'in imkanını tartışmak gerekir” diyebiliriz³⁷¹.

Ancak bilinç, verili toplumun sunduklarının ve geçmişten devralınanların bir bütünü, harmanlanması olduğuna göre adalet dair edindiğimiz bilinç yine içinde bulunduğumuz toplumsal sistemin elverdiği kadar olacaktır. Bu nedenle geleceği de bağlayacak bir “evrensel ve mutlak” adalet tanımına ulaşma çabası nafile bir çabadan

³⁷⁰ Ferda KESKİN, “Hep Güncel Bir Sorun Olarak Adalet”, **İçinde: Adalet Söyleşileri**, Der: Kevser Güler, Gamze Hızlı, Anadolu Kültür Yayınları, İstanbul, 2007, s.7.

³⁷¹ SANCAR, Modern Adalet, ss.11-12.

başka bir anlama gelmemektedir. Bu gerçeklik karşısında ise birinci seçeneği yeniden değerlendirmek gereği doğar.

O halde sorun ve çözüm aslında “bir toplumsal sistemin adalet kavramı üzerinden değerlendirilip değerlendirilemeyeceği” sorusunda gizlidir. Adalet kavramı bir sistemi değerlendirmek için başvurulabilecek yeterlilikte bir kavram değildir. Marx, “kapitalizm kendi mantığı içerisinde adil bir sistemdir” der. “Kendi mantığında” hemen tüm toplumsal sistemlerin adil olma koşullarını elbette tartışmak mümkündür. Belki de adalet kavramını ele alırken yapılabilecek en iyi şey de budur. Ancak bir sistemi değerlendirmek için adalet kavramına başvurmak da yapılabilecek belli başlı yanlışlardan birisidir.

“Kapitalizmin kendi mantığında adalet, işçinin kendi yükünü sırtlıyor olması ve karşılığında ücret alması gibi bir hukuk içinde tanımlanır ve sağlanır. Adaletin, tanımlandığı hukuk içinde anlam kazandığı düşünüldüğünde, adalet talebinin kısmi düzeltme talebi demek olduğu anlaşılacaktır. Bu kavramla, bir devrimci talebi dile getiremezsiniz. Adalet kavramı, sistemi bütünüyle değerlendirme, yargılama imkanını vermez. Belli bir alandaki haksızlığı gidermeye yönelik bir talebe cevap verebilir ancak. İnsan hakları için de aynı çıkarım geçerlidir. Ancak sistem içinde belli haksızlıkları düzeltme imkanı yaratabilir. Düşünce özgürlüğünüzün kısıtlanmış olması, belli konuda söz söyleme hakkınızın olmaması bir hak ihlalidir ve soruna ilişkin düzenlemeyi adalet sağlayabilir. Aynı kanalda, adil ücretin talep edilmesi, haksızlığa müdahale etme olanağı yaratabilir. Ne demektir adil ücret? Bir işçinin emeğini yeniden üretmesi ve hayatını idame etmesini sağlayacak miktarda talep etmeye hakkının olduğu para miktarıdır sistemin mantığı çerçevesinde düşündüğünüzde. Bize bu tanımları veren sistem içinde düzeltmeler yapma gücü vardır adalet kavramının. Ancak adalet talebiyle bir sistemin bütünü yargılanamaz, değiştirilemez.”³⁷²

Bu bakımdan adaleti, adaletsizlik olarak nitelendirilen somut durumların sistem içi düzeltmelerle iyileştirilmesi talebinde somutlanan bir kavram olarak ele almak daha gerçekçi ve pratik bir tutum olacaktır. Zira bu şekilde bir bakış kavramın yaşamda daha gerçekçi sonuçlarla karşılanması ve işlevsellik kazanmasını da sağlayacaktır. Diğer durumda, etik anlamda çok şey söyleme çabasında olan ancak somut yaşamda bir karşılığı olmayan mistik bir temenni olmaktan öteye geçmeyecektir. Bu nedenle ne “her toplum kendi mantığına göre adildir bu nedenle adalet kavramı toplumsal adaletsizlikler karşısında çözüm olmaya yetkin bir kavram

³⁷² SANCAR, Modern Adalet, s.12.

değildir” diyerek kavramı tümden reddetmek, ne de kavrama dışarıdan zorlamalarla üstün değerler atfetip, mutlaklaştırmak (yani ne birinci ne ikinci seçenek tek başına) doğru olmayacaktır.

Adaleti bu çerçevede ele aldığımızda, toplumun “adaletin gerçekleşmesi” yönünde beklentisi yahut talebi, aslında, (verili toplumsal düzenden kaynaklanan) haksızlık pratiklerinden elde edilmiş (verili toplumsal sistem çerçevesinde çözüm üretmeye dönük) deneyimlerin ifadesidir diyebiliriz. Bu talebin karşılığı olarak ortaya çıkan çözüm ise hukuk üzerine kurulu bir sistem olarak kapitalist sistemde “hak” biçiminde somutlanır. Bu bakımdan adaletin gerçekleşmesi süreci çok yönlü bir süreçtir. Temeli haksızlık pratiklerine karşı verilen mücadelelerde yatar ve bu mücadelelerin kazanımla sonuçlanması halinin “hak” biçiminde hukuki koruma altına alınması ile devam eder. Fakat adaletin tesisi için tek başına bu da yeterli değildir. Hakkın korunmasının, uygulanmasının ve hakkın ihlaline karşı etkin bir denetimin sağlanması gerekir.

Adaleti böyle si bir süreç olarak ele almanın iki önemi vardır: Birincisi yalnızca pozitifleştirilmiş hakları karşılayan anlamda bir adaletin, “adaletin gereklerini” karşılamakta yetersizliğini vurgulamak; ikincisi ise, hakkın hukuki koruma altına alınmasının yetmediğini bunun aynı zamanda yaşam pratiklerine de yansıması için diğer unsurların da işletilmesi gerektiğine dikkat çekmek.

şimdi sorulacak soru şudur: Adalet ile  zdeleştirilmiş bir toplumsal yapı olarak yargı bu sürecin neresinde yer alır, hangi rolleri üstlenir?

B. Yargının Meşruiyeti Sorunsalının Birinci Halkası: Adalet

Yargıya biçilen en önemli rol toplumsal barışın sağlanması rolüdür. Uyuşmazlıkların ortaya çıkması ile bozulan barışın tesisinde yargı, devletin “ihkak-ı hak” karşısında elinde tuttuğu şiddet tekeli ni koruma aracıdır. Başka bir ifadeyle, devlet, şiddet tekeli ni elinde tuttuğuna göre, toplum içerisindeki ihtilafların bireylerin şiddetine imkan vermeyecek bir biçimde çözümlenmesi için gerekli mekanizmaları

yaratması gerekir. Bireylerin kendi adaletlerini kendilerinin tesis etme yoluna gitmesi, devleti kaos ve karmaşaya, sonuçta da yıkıma sürükler³⁷³.

Yargı, uyuşmazlıkların çözümü suretiyle adaletin sağlanması rolünü yerine getirirken toplumsal barışı da tesis etmiş olur. Özellikle toplumsal bakımından hassasiyetin yüksek olduğu konularda yahut dönemlerde bireylerin duygusal tepkilerle kendi adaletlerini sağlamak, intikam almak yahut misilleme yapmak arzularına kapıldıkları görülür. Bu gibi durumlarda yargının toplumsal barış ve adalet bakımından oynadığı rolün hassasiyeti daha da görülür olur. Yargının temel işlevini yerine getirebildiğine ilişkin inancın toplum içerisinde sağlanmış olması yani meşruiyetini tesis etmiş bir yargı, böylesi süreçlerin kargaşa, şiddet ve kaos yerine hukuk yoluyla çözümlenmesini sağlar. Ancak bunun için toplumun yargı aracılığıyla adaletin sağlanacağına inanması gerekir. Bu bakımdan adaletin sağlanması aynı zamanda toplumsal barışın da tesisi anlamına gelir.

Verdiği kararlar ile yahut karar verilmesi sürecinde, adil olmadığı düşünülen yargı, barış yerine kargaşa ve çatışmaların kaynağı haline gelir. Yargı adaletle ilişkin toplumsal tatmini sağlayamazsa meşruiyetini tesis edemediği gibi işlevselliğini de yitirir. Bunun için önüne gelen uyuşmazlıkları nesnel ve adil bir biçimde çözümlemeli yahut en azından yeterli oranda bu inancı sağlayabilmiş olmalıdır.

Yargının, toplum nezdinde adaletin sağlandığına ilişkin inancı sağlayabilmesi için hem yargılama süreçlerinin adil bir şekilde gerçekleştiği hem de verilen kararın adil olduğu konusunda toplumu ikna etmesi gerekir. Verilen kararın adil olup olmadığına ilişkin inanç yargılama süreçlerinin adil bir biçimde gerçekleştiği yönünde bir kanaatin oluşmasına bağlıdır. Bu nedenle yargının temel işlevi bakımından meşruiyetini tesis edebilmesi için gerekli koşulları iki açıdan ele almak gerekir:

³⁷³ Sınıflı toplumlar bakımından barış hali, aslında, birbirine zıt çıkarlara sahip kesimlerin karşılıklı mücadeleleri sonucu üzerinde “geçici” olarak uzlaştıkları “görece” bir barış halidir. Bu bakımdan toplumsal barış aynı zamanda düşük yoğunluklu bir savaş halidir de. Güç dengesine göre tarafların karşılıklı tavizleri ile sürüp gider. Bu bakımdan sınıflı toplumlarda toplumsal düzen “görece” barış halinin baskın olduğu zamanlarda sağlanabilen bir düzendir. Sıkıyönetim, OHAL uygulamaları, darbeler ve devrimler ise bu görece barış halinin taraflardan biri lehine bozulduğu dönemleri ifade eder.

1. Yargılama Süreçlerinde Adalet: Adil Yargılama

Uyuşmazlığın yargı eliyle çözümü bir süreçtir. Somut olayın, tarafların hak iddialarının değerlendirilip gerekli delillerle birlikte haklı ile haksızın tespitine yönelik bir dizi işlemin sonucunda mahkeme karar verir. Verilen kararın adil olması kadar, bu karara temel oluşturan yargılama sürecine ilişkin tüm aşamaların da adil olması gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin tesisi için önem arz eder³⁷⁴.

Hemen her ülkede verilen yargı kararlarından çok yargılama süreçlerindeki adaletsizliklerin tartışma konusu edilmesi, karar ile adil yargılama arasındaki dolaysız ilişkiden kaynaklıdır. Adil yargılama, uyuşmazlık konusu hak ve yükümlülüklerin veya bir kimseye yönelmiş bir suç isnadının adil bir biçimde karara bağlanmasını ifade eder. Bu bakımdan yargılamanın adil olması verilen kararın da adil olmasının ilk şartıdır. Bir başka ifadeyle, adil yargılama, yargılamanın, ilgili usul kurallarına, mevzu hukuka, hukukun genel ilkelerine (yargılama ile ilgili insanlığın ortak değerlerine) uygun olarak başlatılmış, yürütülmüş ve bitirilmiş olmasıdır ki, bunun sonucunda, bu yargılama ile ilgili taraflarda ve toplumda “adaletin tecelli ettiği”, onun gereklerine uygun bir karar verildiği yolunda bir değer hükmünün oluşmasına yardım edilmiş, olanak sağlanmış olsun³⁷⁵.

Bu öneminden dolayıdır ki, evrensel anlamda yargı alanındaki gelişmelerin temel eksenini adil yargılama oluşturur. Yargılama süreçlerinde adaletin sağlanmasına dönük çalışmalar ve bu anlamda evrensel anlamda atılmış önemli adımlar vardır. İHEB'nin 10. maddesindeki, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 16. maddesi ve AİHS'nin 6.maddesi bu konuda hükümler içerir. Ayrıca, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı da adil yargılanma hakkını terimsel olarak düzenlememiş olsalar da hakkın unsurlarını güvence altına almışlardır.

³⁷⁴ Zira yargılama süreçlerini bir zulme ve zorbalığa dönüştürerek de maddi gerçeğe ulaşılabilir ancak bu kararın adil olduğu anlamına gelmez. İnsanlık uzunca bir dönem adalete ulaşmada işkenceyi yargılamanın bir parçası olarak ele almıştır. Ancak elde edilen sonuç toplum vicdanında adalete karşılık gelmediği içindir ki, işkence en büyük insanlık suçlarından biri olarak yasaklanmıştır.

³⁷⁵ Yahya K. ZABUNOĞLU, "Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi", **Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı II**, Sayı:22, Temmuz-Ağustos 1998, s.939.

a. Yargıya Ulaşma Hakkı

Yargının toplumsal adaletin sağlanmasındaki rolünün ilk ayağını, bireylerin yargıya ulaşma özgürlükleri ve olanakları oluşturur. Bu, demokratik rejimlerde “yargıya ulaşma hakkı” olarak formüle edilmiş ve ulusal ve uluslararası düzenlemelerde doğrudan ya da dolaylı olarak yer almıştır.

Yargıya ulaşma hakkı, hiç kimsenin, gerek idari prosedürler, gerekse olgusal nedenlerle, hakkını elde etmek amacıyla, yargı yeri önünde kendisini ifade etmekten alıkonulamayacağı anlamına gelir. Yargı yeri önünde hak arama hakkından söz edilebilmesi için kişinin hak aramasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve bu yolu tıkayan engellerin kaldırılması ve hak aramak için yargı yeri önüne gidebilme olanağının gerçekten, fiilen ve etkili bir biçimde mevcut olması gerekmektedir³⁷⁶.

Temeli hak arama özgürlüğüne dayanan bu hak, devletin bir yükümlülüğü olarak ele alınır. Gerçekten de, bireylerin hak aramak için yargıya başvurma haklarının kısıtlı olduğu bir toplumda, ihkak-ı hak kaçınılmaz olduğu kadar “adil”dir de. Böyle yaklaşıldığında, yargıya ulaşma hakkı toplumsal düzenin devamlılığı için bir zorunluluk biçimini alır. Zira, ihkak-ı hak liberal demokrasilerin yaşam temellerini ortadan kaldıracak bir durumdur.

Yargıya ulaşma hakkının bir yanı, hukuk devletinin de bir gereği olarak, özellikle idarenin her türlü eylem işleminin yargı denetime tabi olabilmesidir. Devletin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulmadığı bir toplumda adaletten söz etmek imkanı yoktur. Buna karşın, hemen her ülkede özellikle idarenin kimi eylem ve işlemleri yahut devlet adına yetki kullanan kimi kişi ve kurumların bazı eylem ve işlemlerinin yargısal denetim dışında tutulduğu görülmektedir³⁷⁷. Bu durum liberal demokrasilerin, toplumsal adaleti hukuk ve yargı yoluyla tesis etme iddiasının, daha başlangıçta çürük temeller üzerine kurulduğunun göstergesidir. Demokratik bir hukuk devleti öncelikle, üstün hükmetme gücünü elinde bulunduran

³⁷⁶ Başar BAŞARAN, “Adil Yargılanma Hakkı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s.57.

³⁷⁷ Ülkemizde de kimi kurum ve kişilerin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulmadığı görülmektedir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bu bir nebze değişmiş olsa da hala, Yüksek Askeri Şura’nın “terfi işlemleri ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri”, HSYK’nın “meslekten çıkarmaya ilişkin kararları dışındaki kararları”, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı denetimine ayrıca olağanüstü kanun hükmünde kararnamelere karşı anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM’ye başvurulamamaktadır. 2010 Anayasa değişikliklerinin demokratikleşme adına bu anlamda pek de bir “değişiklik” yaratmadığı görülmektedir.

kişi ve organların yargısal denetime tabi tutulmasını gerektirir. Hiçbir neden, hiçbir gerekçe bu alanda yargı yolunu kapatan düzenleme ve uygulamaları haklı çıkaramaz. Bu sivil alandaki yargısal denetimden çok daha elzemdir. Günümüz liberal kuramlarının devlet kudretinin sınırlanması üzerine kurulu olduğu dikkate alındığında, kuramların samimiyeti böylesi bir yaklaşımı gerektirecektir.

Yargı yerlerine başvuru hakkının bir diğer yüzü, başka deyişle, hak arama özgürlüğünün kağıt üzerinde kalmamasının ve bireylerin bu haklarını serbestçe ve herhangi bir engelle karşılaşmadan kullanabilmesinin bir koşulu da, yargılama harç ve giderlerinin bir engel teşkil etmeyecek tarzda tespit edilmesidir. Adaletin para karşılığı alınan bir piyasa malı olduğu izlenimini yaratacak tüm koşulların ortadan kaldırılması gerekir.

Ekonomik eşitsizlikler üzerine kurulu kapitalist sistem, bireylerin adalet taleplerinin de adeta eşitsizliğe dayanan bir adalet piyasasında işlem görmesine sebebiyet verebilmektedir. Yaşam koşulları, eğitim olanakları, gelir düzeyleri farklı bireyler ve sınıfsal katmanlardan oluşan toplumda yargıdan faydalanma imkanı da bu katmanlar arasında yukarıdan aşağıya doğru inildikçe azalmaktadır. Yargı harç ve giderlerinin kimi davalar bakımından ciddi boyutlara ulaşması, bireylerin yargıya başvurma hakkını, dolayısıyla yargı işlevini kişilerin imkanlarına göre tabiri caizse “satın alabilecekleri” bir piyasa malına dönüştürmektedir. Bir hukuk davasında avukat ile temsil edilmek isteyen asgari ücretli bir ülkemiz vatandaşının eline geçen 600 TL ile (evinin kirasını ve temel ihtiyaçlarını görmezden geldiğimizde dahi) bunu yapabilme imkanı yoktur. Ya hakkını aramaktan vazgeçecek ya da daha “masrafsız” yolları tercih edecektir³⁷⁸.

Adaletle ulaşma imkanının da piyasa koşullarına endekslediği bir toplumda yargının işlevlerini yerine getirme, güven sağlama imkanı olmayacağı açıktır. Bu nedenle, adli yardım uygulamaları, ceza davalarında devlet tarafından ücretsiz avukat tayin edilmesi gibi bir takım önlemler geliştirilmiştir. Ancak uygulamada sorunun

³⁷⁸ Bu anlamda olumlu örnek teşkil eden uygulamaların olduğu ülkeler vardır. Örneğin Fransa’daki adli yardım uygulaması bir yönüyle daha sağlıklı ve “adil” görünmektedir. Fransa’da özel bir yasa çıkarılmak suretiyle, aylık geliri 763 Avro’nun altında bulunan kişilerin tutacağı avukatın ücretinin tamamının devletçe ödenmesi esası kabul edilmiştir. Bu bağlamda, her yıl yaklaşık 700.000 kişi hukuk ve ceza davalarında adli yardım hizmeti almakta; devlete adli yardımın yıllık maliyeti 24.4 milyon Avro’ya ulaşmaktadır. Alain SAGLIO, *French Justice Statistics An Overview*, Courrier des Statisques, English series. No.7, 2001, Aktaran: T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı 9. Kalkınma Raporu (2007-2013), **Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, DPT Yayını, Ankara, 2007, s.25.

tam anlamıyla çözülebildiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin adli yardımdan yararlanmada kimi ülkelerde davanın dayanaklarının iyi olması yani makul bir başarı şansının olması, görünüşte haklılık gibi şartların olduğu görülmektedir. Hatta bu uygulamalar AIHM tarafından da meşru görülmektedir³⁷⁹.

Yargı yerine başvuran bir kişinin davayı kazanacağından emin olmasını isteyen böylesi bir bakış açısı, yargılamaya ilişkin temel ilke ve esaslara da ters düşmektedir. Ayrıca kazanıp kazanamayacağı konusunda şüphesi olan bir kişinin yargı masraflarından çekinerek hakkını aramaktan vazgeçmesine sebep olabilecek böylesi bir yaklaşımın adalete bir katkı sağlayamayacağı, var olan eşitsizliği gidermeyeceği ortadadır. “Param olmadığı için başvuramadığım” bir yargı kurumunun benim hayatımda bir yeri, saygı duyacağım bir rolü ve meşruiyetinin olmayacağı açıktır.

O halde yargıya başvurma hakkının devletin aktif müdahalesi ile sağlanan ve korunan bir hak olarak güvence altına alınması sağlanmalı, ama özellikle de, bireylerin düşünsel dünyasında dahi olsa “adaletin piyasada para karşılığı alınabilen bir mal” olarak şekillenmesine hiçbir biçimde meydan verilmemelidir. Zira bu değerler dünyasına ilişkin bir durumdur ve meşruiyet ile doğrudan ilintilidir. Liberal demokrasilerin değerler dünyası her ne kadar piyasada karşılığı olan değerlerin ağır bastığı bir dünya olsa da, sistemin varlık koşullarının, piyasada karşılığı olmayan değerler tarafından da yerle bir edilebileceğini tarih defalarca kanıtlamıştır.

³⁷⁹ Başvuru No. 8158/78, X v. U.K., 10.07.1980. Ayrıca bkz. Başvuru no. 9353/81, Webb v. U.K., Başvuru no. 27435/95, Thaw v. U.K., 26.06.1996. Sibel İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2.b., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005, s.12. “Türk hukukunda, yoksulluk belgesi alan kişilerin, mahkemece ilk bakışta haklı gibi görülmeleri halinde, adli yardım müessesinden yararlanmaları öngörülmüştür. Ancak, burada yapılacak olan yardım, başlangıçta yatırılması gereken harç ve giderlerden geçici olarak bağışık tutulmaktan ibarettir. Adli yardımdan yararlananların, davayı kaybetmeleri halinde, başlangıçta alınmayan harç ve giderler kendilerinden alınmaktadır. Bu uygulamanın yargı yerlerine başvuru hakkını örtülü bir şekilde engellediği açıktır. Bir kere yargı yerine başvuran kişinin davayı kazanacağından emin olabilmesi mümkün değildir. Davanın kaybedilmesi durumunda üzerine yüklenecek dava harç ve giderleri riskini üzerinde taşıması hiç bir bireyden beklenemez. Bunun yanında, bazı bireylerin yalnızca emin oldukları meseleleri yargı yerleri önüne götürebilmesi de, ayrıca eşitlik ilkesine aykırıdır. İsveç’te uygulanan bir sisteme göre, davada ödenecek olan harçlar, dava konusunun miktarına göre değil, davacının yıllık kazancına göre tespit edilmekte ve yıllık kazancı düşük olanlardan cüzi miktarda harç alınırken, yıllık gelir düzeyi yüksek olanlardan çok daha fazla harç alınmaktadır.” Ejder YILMAZ, “Aksak Adaletten İşleyen Adalet”, **Yeni Türkiye Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı**, Sayı:10, Temmuz-Ağustos 1996, s.476.

b. Yasalar ve Yargı Yerleri Karşısında Eşitlik

Yargıya güvenin ve verilen kararın adil olacağı/olduğu inancını sağlamanın temel şartlarından birisi tarafların gerek yasalar gerekse yargı mercileri önünde eşit muamele görmeleridir. Bu anlamda oluşacak bir şüphe yahut güvensizlik verilen karara duyulacak itimatı sakatlayacak, devlet eliyle sağlanan adalete ilişkin toplumsal inancı olumsuz yönde etkileyecektir.

Liberal demokratik rejimlerde, yasalar ve yargı yerleri önünde eşitlik, insanların, ırk, renk, cinsiyet, dil, din siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum yahut başka statü gibi herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin, yasalar ve yargı yerleri önünde eşit muameleye tabi tutulmaları anlamında ele alınır³⁸⁰. Aslında eşitlik kavramının liberal demokrasilerdeki tüm içeriği bundan ibarettir. Ancak bu dar haliyle bile önemli bir ilke olduğunu belirtmek gerekir.

Aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde bir üçüncü kişinin hakemliğine başvuracak taraflar için olmazsa olmaz şart, hakemlik yapacak kişinin iki tarafa da eşit mesafede duracağına inanmalarıdır. Yoksa bilgisi, görgüsü, yetenekleri ne olursa olsun taraflara eşit mesafede duramayacak bir kişinin hakemliğini kimse kabul etmez. Yargının meşruiyeti için, yargı yetkisini kullanan mahkemelerin ve yargılamada ve uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak kuralların taraflara eşit muamele gösterebilecek kabiliyete haiz olması gerekir.

Liberal demokrasiler “ayrımcılık yasağı” kavramsallaştırması altında bu ilkeyi pozitifleştirmişlerdir³⁸¹. Özellikle ırk, din, renk ve cinsiyet ayrımcılığına dayanan zorbalıkların bir listesi yapılmak istense başı sonu olmayan bir liste elde

³⁸⁰ BAŞARAN, s.65.

³⁸¹ BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin 7 nci maddesinde yasalar önünde eşitlik açıkça zikredilerek düzenlenmiştir; “Herkes kanun önünde eşittir ve herhangi bir ayrımcılık olmaksızın kanun tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Herkes, bu bildiriye ihlal eden herhangi bir ayrımcılığa ve bu tür ayrımcılığa yönelik herhangi bir kışkırtmaya karşı eşit biçimde korunma hakkına sahiptir.” Mehmet Semih GEMALMAZ, **İnsan Hakları Belgeleri Cilt:IV**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, s.8. Avrupa Sözleşmesi, yasalar önünde eşitlik deyimini açıkça zikretmemiş olsa da, haklar ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılığı önlemek, eşitliği güvence altına almak üzere “Ayrımcılık yasağı” başlıklı düzenlemeyi getirmiştir: “Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır.” Avrupa Sözleşmesinin 14 üncü maddesi. Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, **İnsan Hakları Belgeleri Cilt:1**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s.43.

edilebileceği acı gerçeği düşünüldüğünde, bu ilke aynı zamanda ayrımcılığa karşı verilmiş kanlı mücadelelerin değerli bir mirasıdır diyebiliriz.

Ancak günümüzde halen bazı ülkelerde, kanuni düzenlemelerle veya hukuki yardım almalarının veya tazminat talep etmelerinin sınırlandırılmasıyla, kadınların dava açma haklarının kısıtlandığı bilinmektedir. Diğer bazılarında, kadının tanıklığına veya gösterdiği delillere erkeğinkilere nazaran daha az dikkat ve önem atfedilmektedir. Bu tür düzenlemeler ya da örf-adetler; kadınların eşit mülkiyet paylaşımını elinde tutmasını ve sürdürmesini etkin bir biçimde sınırlandırmakta ve yaşadığı toplumun bağımsız, sorumlu ve değerli bir üyesi olarak saygınlığını azaltmaktadır³⁸². Benzer şekilde ulusal sorunların yaşandığı ülkelerde azınlıklara, dini baskının ağır olduğu ülkelerde farklı inançlara karşı ayrımcılık açık biçimde görülmektedir. Liberal demokratik rejimlerde de benzer durumlar daha üstü örtülü biçimlerde yaşanabiliyor olmakla birlikte daha çok fikirleri nedeniyle bireylerin ayrımcılıkla karşı karşıya geldiğini söylemek mümkün. Özellikle yargı organları karşısında devlete karşı suçlardan yargılanan kişilere karşı yargıçların devletin avukatı rolünü oynayabildiklerini söylemek yanlış olmayacaktır.

Konu yargının tarafsızlığı ile de yakından ilgili olduğu için bu başlık altında, yalnızca mevzu hukuk ve yargılamaya ilişkin düzenlemeler kapsamında eşitliğe değinmiş olmakla yetinelim.

c. Doğal Hakim İlkesi

Yargı işlevini yerine getiren, yargı yetkisini kullanan mercilerin görev ve yetki alanları ile işleyişine ilişkin temel ilke ve esasların önceden ve kanunla belirlenmiş olmasını ifade eden bu ilkenin temel amacı, duruma ve kişiye göre yargı yerlerinin kurulmasına, yargı uygulamasında ayrımcılık, eşitsizlik ve keyfiyete meydan vermemektir.

İlkenin kökleri aydınlanma döneminde keyfi uygulamalara karşı verilen mücadelelerde yatmaktadır. Herhangi bir olayı yargılayacak mahkemenin, olay meydana geldikten sonra değil, önceden ve genel olarak yasayla kurulmuş olması

³⁸² General Recommendation No. 21 (13th session, 1994) Article 15 para.8'den Aktaran: BAŞARAN, s.69.

biçiminde ifade edilen³⁸³ ilkenin “engizisyon” benzeri mahkemelere engel olmak gibi bir kaygıyla ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Liberal demokrasinin egemenlik anlayışı içerisinde düşündüğümüzde, egemen adına kullanılan bir yetki olarak yargının yalnızca egemenin iradesinin bir yansıması olan kanundan sadır olması gerekir. Örneğin yürütme eliyle yargı yerlerinin kurulması, egemen iradesinin sakatlanması dolayısıyla kaynağı bakımından meşruiyetini yitirmiş bir yetkinin söz konusu olması demektir. Bu bakımdan ulus adına yargı yetkisini kullanan mahkemeler ulusal iradenin ifadesi olan anayasa ve buna uygun olarak yasalar eliyle kurulabilmelidir³⁸⁴.

Burada meşruiyet kapsamında tartışma konusu edilebilecek husus, “uzmanlık mahkemesi” adı altında meşrulaştırılan birtakım özel yetkili mahkemelerin bu temel ilke ile uyuşup uyuşmadığı ve yargı yetkisi bakımından meşruiyetleri sorunudur. Ülkemizin DGM deneyimleri de düşünüldüğünde ne kadar can yakıcı bir konu olduğu anlaşılmaktadır. Liberal demokratik rejimlerin uygulamalarına ve uluslararası yargı makamlarının içtihatlarına bakıldığında bu uygulamaların genel anlamda kabul gördüğünü söyleyebiliriz.

Daha doğrusu genel görüş şu şekilde özetlenebilir: “*doğal hakim ilkesi ile yasaklanan; olağanüstü, ad hoc (bir defaya muayyen bir hadiseye münhasır), mutad dışı, ex post facto (makabiline şamil) ve özel bir maksada mahsus mahkemelerdir ve bunlar, “uzmanlık yargılama yetkisi” ile karıştırılmamalıdır.*”³⁸⁵ Bu kısmen anlaşılabilir bir konudur. Özellikle daha etkin, daha etkili bir yargılama için belli alanlarda uzmanlaşmış mahkemelerin kurulması daha adil sonuçların elde edilmesi bakımından da olumlu sonuçlar doğurabilir. Ancak bu uzmanlık yargı yerlerinin,

³⁸³ Nur CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s.32.

³⁸⁴ “Kanunla kurulmuş” yargı yeri ilkesini çok geniş algılamanın yersiz olacağı düşünülmektedir. AİHM’e göre, sadece belli bir kategorideki yargı yerlerinin yargı yetkisi içinde yer alacak konuların belirlenmesini değil, her bir yargı yerinin kuruluşu -buna yer bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi de dahildir- olmak üzere yargı yerlerinin organizasyonlarına ilişkin kuruluşu ifade etmekle beraber, yasanın, yargı teşkilatına ilişkin bütün ayrıntıları kapsamaması anlamına gelmez. Teşkilata ve yargı yetkisine ilişkin temel kuralların düzenlenmesi yeterlidir. Bazı konularda bir yasal düzenleme ile yürütmeye yetki devredilmesi mümkündür. Ancak, bu durumda da, yasallık ilkesine aykırılık olmaması için, yürütme işleminin hukuka aykırı ve keyfi olup olmadığının yargı denetimine tabi olması zorunludur. Aynı şekilde, kuruluş şekli ve görevleri yasayla belirlenmiş bir yargı yerinin nerede kurulacağına ilişkin yetki, “ihtiyaçlar gözetilmek şartıyla” yürütmeye bırakılabilir. (Case of Primnecv Zand v. Austria) İNCEOĞLU, ss.163-164.

³⁸⁵ José Zeitune, International Commission of Jurists, International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors, A Practitioners’ Guide, Practitioners Guide Series No.1, Geneva Switzerland 2004, s. 7’den Aktaran: BAŞARAN, s.73.

yargılamada adalete ilişkin temel ilke ve esaslara aykırı herhangi bir ayrıcalığı sahip olmamaları gerekir. Ancak yaygın liberal görüşün aynı bakış açısıyla vardığı nokta düşündürücüdür: *“Bu kapsamda, terör suçları veya devlete karşı işlenmiş suçlar gibi bazı suç kategorilerine ilişkin özel mahkemeler kurulması da, yasaya dayandığı ve maddenin diğer şartlarını yerine getirdiği müddetçe olanaklı”*³⁸⁶ sayılmaktadır.

Bu görüşe katılmamaktayız. Her şey bir yana, taraflardan birinin adına faaliyette bulunduğu imajını yaratan “devlet” vurgusunun olduğu ve sanığı devlete karşı suç işlemekten yargılayan mahkemelerin diğer şartları yerine getiriyor olsa da adil ve tarafsız olacağına ilişkin bir şüpheyi her daim uyandıracaklarını düşünmek pek de yanlış olmasa gerek. Böylesi bir uygulama ile hakimi devletin avukatı rolünü oynamasına iten şartları hazırlayan bir ortama izin verilmiş olmaktadır.

Kanımızca burada devleti önceleyen bir bakış açısı vardır. Daha doğrusu şöyle bir mantıkla hareket edilmektedir. Mahkemeler tarafsızdır, bu bir önkabüldür. Dolayısıyla mahkemenin tarafsızlığı ancak buna ilişkin haklı şüpheler olduğu takdirde tartışma konusu edilen ayırık bir durumdur. Ancak bizce mantığın tersten kurulması gerekir. Çünkü mahkemeler bireylerin üstünde, devasa bir gücü elinde bulunduran “devlet” kurumlarıdır. Dolayısıyla birey ve devlet arasındaki eşitsiz ilişkinin ağır basan kefesinde yer alırlar. Bu bakımdan terazinin kefesini getirilen düzenlemeler ve esaslar yoluyla dengelemek gerekir. Bu yapıldıktan sonra tarafsızlıktan söz etmek mümkün olabilir. Neticede adalet kraliçesinin de tarafsızlığını sağlamak için teraziyi eline vermeden önce gözlerini bağlamak gerekmiştir. Yani tarafsızlık öncel bir durum değil, sonradan sağlanan bir şeydir.

Hakimler fikirsiz duygusuz birer robot, yasalar da rakamları yerleştirdiğinizde sonucu veren matematik formülleri olmadığına göre, tarafsızlık, özel bir çaba sonucu sağlanabilecek bir şeydir. Eğer “devlet” adına yetki kullanan kişiye, “devlete karşı” işlenen suçları yargılaması için özel yetkilerle donatılmış artı bir yetki vererseniz, adalet kraliçesinin eline gözlerini bağlamadan teraziyi vermiş olursunuz. Bu durumda sonradan gözlerini bağlamanız bir şey ifade etmeyecektir. Gerçekten tarafsız davranırsa bile taraflılığına dair şüphe her daim mevcut olacaktır. Bu bakımdan, yargı yetkisinin meşruiyeti bakımından özellikle devlete karşı suçlarda

³⁸⁶ BAŞARAN, s.74. AİHM İncal Türkiye kararında DGM’lerin bu noktada meşruiyet problemi olmadığını ancak askeri hakimın tarafsızlık ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. İNCEOĞLU, s.180 vd.

tarafsızlığa ilişkin çabanın daha fazla olması gerekir. Bunun için de doğal hakim ilkesine, yasallık şartını sağlamış olsa bile tarafsızlık şartını hiçbir zaman tam anlamıyla sağlayamayacak olduğu için aykırı olan DGM yahut şimdiki adıyla Özel Yetkili Mahkeme tarzı “devlet” vurgusu ağır basan mahkemelerin meşruiyeti tartışmalıdır.

Uygulamalarla birlikte ele alındığında konunun daha açıkça görüleceğini düşünmekteyiz ancak bu konuya tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin başlıklar altında değineceğiz. Sonuç olarak, her ne kadar özel bir amaca mahsus yargı yeri tarafından yapılan yargılama, tek başına, tarafsız ve bağımsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edilmiş olmasını gerektirmemekteyse de, doğal yargılama yetkisinin kaldırılmış olması ile adil yargılamanın yokluğu arasında kaçınılmaz bir bağlantı olduğu söylenebilir³⁸⁷.

d. Makul Bir Sürede Yargılamanın Tamamlanması

Yargı yoluyla ile adaletin sağlanmasında, yargılama süreçlerinin güvenilirliği kadar yargılamaların makul sürede tamamlanması da önemlidir. Yargılama sonucunda verilen karar adil olsa da, eğer -tabiri caizse- yargılama tamamlanana kadar “iş işten geçmişse” yargıya başvuru, kimse için mantıklı ve tercih edilir bir çözüm olmayacaktır. Gerçekten de, yargılamaların makul sürelerde tamamlanmaması halinde dava sonunda hakkını elde eden taraf, gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir. Bu da bireylerin yargı yolundan kaçmasına ve yine “ihkak-ı hak” durumuyla karşılaşılmasına sebebiyet verebilecektir.

Makul süre kavramını iki yönlü olarak ele almak gerekir. Bir yönü yargılamanın adaletin tecellisine engel olacak kadar uzun olmaması; bir diğer yönü ise tarafların kendilerini eksiksiz bir biçimde ifade edebilmelerine, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli usul işlemlerinin yapılmasına imkan vermeyecek bir biçimde adalet duygusunu zedeleyen bir hızla yapılmamasıdır.

Yargılamaların uzaması birçok ülkede yaşanan ve “gecikmiş adalet, adalet değildir” yakınması ile sıkça dillendirilen bir sorundur. Davaların makul süre içinde

³⁸⁷ Zeitune, a.g.e., s.14’ten Aktaran: BAŞARAN, s.77.

bitirilmemesi veya bitirilememesi, tarafların ve toplumun yargıya olan güvenini sarsacağı gibi davaların gecikmesinden yararı olanlara cesaret vermekte³⁸⁸; adalet mekanizması belli kesimlerin adaletsizliği sürdürmek için kullandıkları, toplumsal meşruiyetini yitirmiş bir yapıya dönüşebilmektedir.

Özellikle ceza davaları bakımından yargılama sürelerinin uzaması geri dönüşü olmayan, telafisi imkansız zararlara sebebiyet verebilmektedir. Hem mağdur hem de sanık açısından yargılama sürecinin kendisi bile yeterince can yakıcı olduğundan, bir de bu sürecin yıllarla ifade edilen uzunluklarda olması, bireylerin adaletsizlik karşısında haklarını alabilmek için güvenle sırtlarını yaslayabilecekleri yerler olması gereken yargı yerlerinin, toplum hafızasında “Allah kimseyi düşürmesin” diyerek anımsanan yerler olmasına sebep olmaktadır. Özellikle zamanaşımının adeta adaletsizliği meşrulaştırmanın bir aracı haline getirilmesine sebebiyet veren gecikmeler, toplumun adalet duygusunu zedelemektedir.

Yargılamadaki gecikmeler iş yükü fazlalığından, teknik altyapı eksikliklerinden kaynaklı olduğu kadar, maddi ve mali yetersizliklerden de kaynaklanmaktadır. Bu yetersizliklerin adaletsizlikten çıkar sağlayan kesimlerce art niyetli bir biçimde kullanılması bu yangını daha da körüklemektedir. Devletin temelini adalet değeri üzerine oturtan liberal demokrasiler, devlet bütçesinden yargıya ayırdıkları düşük paylar ile bu konudaki samimiyetsizliklerini bir kez daha ortaya koyuyorlar. Devletin temeli adalet olduğuna göre çok açıktır ki öncelikli kaynak ayrılacak alanlardan birisi de yargıdır.

Yargılamaların uzaması kadar toplum vicdanını yaralayacak biçimlerde üstün körü ve çabucak bitirilmesi de adalete aykırıdır. Ancak böylesi durumlar daha istisnai ve yine yargı tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusu ile birlikte ele alınması gereken nedenlerden kaynaklanan durumlardır. Bu tarz uygulamaların çoğunlukla devlete karşı suçlara bakan özel yetkili mahkemelerde, yahut bu tarz davalarda yaşanması da manidar. Bu tarz yargılamalar savunma hakkının ayaklar altına alındığı adeta kararın yargılama başlamadan önce verilmiş olduğu izlenimini uyandırır ve yargının meşruiyetine en ağır darbeleri vuran tutumlar bunlardır. Çoğunlukla darbe, sıkıyönetim yahut önemli siyasal dönüşüm dönemlerinde karşılaşılan bu uygulamalarla, kişilerin iddianame dahi olmadan yıllarca hapsedildiğini, buna karşın

³⁸⁸ Hakan PEKCANITEZ, **Medeni Usul Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, ss.208-209.

bir çırpıda mahkum edilerek cezalandırıldığını Şili, Yunanistan, Türkiye, Arjantin, İspanya gibi ülkelerde yaşananlardan biliyoruz. Bu ülkelerin büyük bölümünde bu uygulamalar sonradan mahkum edilmiş, toplumun incinen adalet duygusu onarılmaya çalışılmıştır ancak yazık ki Türkiye’de bu henüz gerçekleşmemiştir.

e. Aleniyet

Yargılama süreçlerinde adaletin sağlanması bu süreçlerin etkin bir şekilde denetime açık olmasını gerektirir. Toplumsal meşruiyeti bakımından bir yapının etkin denetimi halkın denetimi olduğundan yargının aleniyeti halkın denetimine olanak sağlaması açısından önemlidir. Aleni yargılama, adalet dağıtımında kamu denetimini sağlar, keyfiliğe müsait gizli yargılamayı önlemeyi amaçlar. Yargılamada gizliliğin sebep olabileceği güvensizlik ancak aleniyet ile aşılabılır³⁸⁹.

Yargılamanın (küçüklerin korunması ve belli özel gereklilikler dışında) kamuya açık bir biçimde cereyan etmesi, toplumun adaletin tecellisine tanık olabilmesi ve bu sayede yargı ile kurduğu karşılıklı ilişkinin bir güven ilişkisine dönüşebilmesinde önemlidir. Yargılamanın adil görünmesi ancak aleniyetin sağlanması ile mümkün olabilir. Kapalı kapılar ardında dağıtılan adaletin “adil” olduğunu ispat etmek kadar, iddia etmek de zordur. Bu bakımdan adil bir yargılamanın sağlanması için geliştirilmiş tüm güvencelerin güvencesi aleniyettir³⁹⁰.

Aleni duruşma hakkı, Avrupa Sözleşmesi düzenlemesinde davanın tarafları için iki hak ve devletler için iki yükümlülük getirmektedir. Bunlardan birincisi, davanın aleni duruşma ile görülmesi, ikincisi ise duruşma sonucu kararın aleni olarak açıklanmasıdır³⁹¹.

Duruşmaların aleni olması, yargıya olan güven açısından önemli olduğu kadar, özellikle ceza davalarında yargılananların savunma hakkı açısından hayati

³⁸⁹ PEKCANITEZ, s.210.

³⁹⁰ BAŞARAN, s.115. Böylesi bir uygulamada ilk akla gelen “yüzü olmayan hakimler” diye de anılan Peru ve Kolombiya gibi ülkelerde hayat bulmuş kamuya kapalı duruşmalardır. Peru’da halk, etrafı çevrili alanlarda ve sanıklardan kimliğini gizlemek için paravanların arkasında oturan yargıçlar önünde görülen davalara ve müteakip temyiz duruşmalarına alınmamıştır. Bütün mahkeme belgeleri üzerine isimleri yerine numaralarını kullanan hakimler “yüzü olmayan hakimler” olarak adlandırılmıştır. BAŞARAN, s.116.

³⁹¹ İNCEOĞLU, s.342.

önem taşır. Yargılamaların kendisinin, yargılananlar için bir zulüm aracına dönüşme ihtimaline karşı bir güvencedir duruşmaların aleni yapılması³⁹².

Ancak evrensel kabul görmüş kimi istisnai durumlarda duruşmaların aleni yapılması ilkesinden vazgeçilebileceği, duruşmaların kısmen ya da tamamen kamuya ve basına kapalı olabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu durumun bir gizlilik biçimini almaması ve demokratik toplum ve adaletin gerekleri ile sınırlanması gereklidir. Oysa “kamu düzeni, güvenlik, genel ahlak” gibi (liberal demokrasilerin her derde deva sınırlama nedenleri olan) ucu açık kavramlarla istisnai durumları tanımlayan düzenlemelerin bu sınırı aşmaya imkan verdiğini düşünmekteyiz. Bu bakımdan duruşmalar, elbette ki somut duruma göre değerlendirilmek suretiyle, toplumsal adalet duygusunu zedelememek şartıyla daha sınırları belirgin düzenlemelerle ve çok kısıtlı hallerde (örneğin çocukların korunması bakımından)³⁹³, mahkeme kararı ile ve amacına uygun belirlenecek bir süre ile sınırlı olmak kaydıyla kapalı olarak yapılabilmesi ve aleniyete ilişkin istisnalar dar ve hassasiyetle yorumlanmalıdır³⁹⁴.

Yargılamanın adil olması için duruşmaların aleniliği kadar, hiçbir istisnası olamayacak kadar önemli bir diğer husus da kararların aleniliğidir. Yargılama sonucunda varılan hükmün tüm kamuoyunca haberdar olunabilecek bir biçimde aleni olarak açıklanması gerekir. Kararların kamu denetimine açık olabilmesi ayrıca tarafların itiraz haklarının etkin bir biçimde sağlanabilmesi için kararın aleni olması gerekir. Duruşmalar kapalı yapılmış olsa bile karar tüm kamuoyuna açık olmak zorundadır ki toplumsal adalet görünür kılınsın.

Kararların kamuya açık olması, mahkemelerin denetiminde kamunun da etkin bir rol almasını sağlar; bu sayede kimi durumlarda kapalı yapılabilen duruşmaların

³⁹² U.S. Government Printing Office, Sixth Amendment, Rights of Accused in Criminal Prosecutions, s. 1404'ten Aktaran: BAŞARAN, s.115.

³⁹³ Bu bakımdan en ilginç örneklerden birisi AİHM'in T./Birleşik Krallık kararıdır. T, Birleşik Krallık davasında, 11 yaşındaki başvuru 10 yaşında iken 10 yaşındaki diğer arkadaşı ile 2 yaşındaki bir çocuğu kaçırmak, öldürmeye dövmek, ve tren yoluna atmak suçlarından, suçlarının ağırlığı nedeniyle yetişkinlerin yargılandığı bir mahkemede aleni olarak yargılanmışlardır. Çocukları mahkemeye taşıyan araçlara saldırılmış, Başvurucunun avukatının medyanın müdahalesi ile yargılamanın adil olmadığına ilişkin iddiasına karşı hakim, jüriyi mahkeme dışında gördükleri ve duyduklarını kafalarından atmaları konusunda uyarmakla yetinmiştir. Avrupa Komisyonu, toplumun davaya yoğun ilgisinin Başvurucunun yargılamaya anlamlı bir şekilde katılması kudretine ciddi zarar verdiği görülmüştür. Avrupa Mahkemesi de, Komisyon görüşüne paralel bir biçimde, Başvurucunun, halkın kendisini incelemesi altında ve mahkeme salonunun gerilimi içinde, duruşma sırasında müdafilerine danışmak için çekingenlik göstermemesini muhtemel görmemiştir. T. v. U.K. 16.12.1999. Karar için bkz. İNCEOĞLU, ss.358-361.

³⁹⁴ Jelena Pesic/ Vanessa Lesnie, What is a Fair Trial, A Basic Guide to Legal Standards and Practice, Lawyers Committee for Human Rights, March 2000, Aktaran: BAŞARAN, ss.119-120.

da aleniyeti sağlanmış ve yargılama faaliyetinin kamu denetimine tabi tutulmasına imkan verilmiş olur.

Kararların kamu denetime açık olabilmesi için karardan kamunun haberdar edilmesi yetmez. Verilen kararın içeriğinin de bu denetime imkan verebilecek açıklıkta ve yeterlikte olması gerekir. Aksi halde kamu yalnızca verilen karardan kısmen haberdar edilmiş olacaktır; adalet duygusu tatmin edilmemiş, adeta uyulması zorunlu bir saltanat buyruğu duyurulmuş olacaktır. Bunun demokratik rejimler bakımından kabul edilir bir yanının olmayacağı açıktır. Kamusal denetimi engelleyecek mekanizmalar yaratılabilirse de kamu vicdanının yargılama faaliyeti durmaksızın sürer, hiçbir yöntem yoktur ki buna engel olsun.

Aleniyet, yargı faaliyetinin kamu vicdanında sağlıklı bir biçimde yargılanabilmesine imkan veren bir ilkedir. Bu bakımdan yargının meşruiyeti bakımından büyük önem taşır. Kararların kamusal denetime imkan verecek açıklık ve yeterlikte olmaması, yargının meşruiyetini tesis edeceği önemli araçlardan birinden mahrum olması anlamına gelir. Toplum vicdanında yargılanan yargının savunmasız kalması demektir. Bu bakımdan, yargılama sürecinin adil işlediğinin ve verilen hükmün gerekçeleri ile birlikte adalete uygun olduğunun en önemli delillerinden biri karardır. Tarafların hakları ve adaletin tecellisi için olduğu kadar yargının meşruiyeti için de aleniyetin önemli olması bu yüzdendir.

Tıpkı yargının tarafsızlığında olduğu gibi, verilen kararın adalete uygun olup olmadığı konusunda da yargı lehine bir önkabulden yola çıkılması doğru değildir. Verilen kararın adil olduğuna bireyleri inandırmak yargının görevidir.

Gerçek ve doğru olduğu kabul edilen bir düşünce ve yargının nedenlerinin açıklanması, aynı zamanda, “ahlaki açıdan bilgi verme yükümlülüğünün” de gereğidir. Çağdaş liberal demokrasiler, bu düşüncelerle, kararların gerekçeli olması gerektiği şeklinde formüle edilen bu ilkeyi, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir güvencesi olarak kabul eder³⁹⁵.

Kararların, kamu vicdanındaki denetimi bakımından olduğu kadar yargısal denetimi bakımından da “gerekçeli” olması önemlidir. Eğer kararın gerekçesi yoksa, kanun yolu sadece şekli, sağlıklı uygulanma imkanı olmayan bir güvence haline gelir. Gerekçeli karar, öncelikle, yüksek mahkemelerde yapılacak denetimde, kararın

³⁹⁵ Çetin AŞÇIOĞLU, **Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995, s.217.

ilgililerine savunma yapma kolaylığını sağlar. Çünkü, yargı kararının yanlışlığını ortaya koyabilmek ve bu konuda savunma yapabilmek için, verilen kararın nedenlerinin duraksamaya meydan vermeyecek biçimde bilinmesi gerekir. Diğer yandan, eksiksiz bir gerekçe, kararın denetiminin gecikmeden ve sağlıklı yapılmasına da önemli katkılarda bulunacaktır. Gerekçeli karar, kaybedenin bile bir takım kuşkulardan uzak, gönül rahatlığı içinde, kararın sosyal doğruluğunu kabul etmesinin ortamını yaratır³⁹⁶.

f. Hakkaniyete Uygun Yargılama

Hakkaniyet, taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunmasını ve bu eşitliğin tüm yargılama boyunca devam etmesini gerektirir. Bu eşitlik silahların eşitliği olarak ifade edilmektedir. Silahların eşitliği, hukuk devleti ve genel eşitlik ilkesinin bir sonucudur³⁹⁷.

Etkin ve adil bir yargılama, öncelikle, tarafların eşit koşullarda karşı karşıya gelebilmelerini gerektirir. Bu eşitliğin yargılama süresince de devam etmesi gerekir. Tarafların eşit bir şekilde kendilerini ifade edebilmelerine, yargılamanın gidişatını etkileyebilmelerine ve verilen karara etkin bir şekilde katılabilmelerine olanak sağlanmalıdır. Maddi gerçek ancak bu koşullar sağlandığı takdirde ortaya çıkarılabilir.

Ancak bu eşitliğin sağlanamadığı gerek maddi olanaksızlıklardan gerekse ilkeye aykırı tutumlardan kaynaklı durumlar yaşanabilmektedir. Örneğin taraflardan birinin diğerine göre iddialarını yahut cevaplarını/savunmalarını kanıtlayabileceği delillere ulaşma imkanı daha fazla olabilir. Mahkeme eliyle delillerin toplanması kural olmakla birlikte bu eşitsizliği giderme bakımından yargı yerlerinin yetersiz kalabildiği ortadadır. Bu durumda silahların eşitliği usuli bir eşitliğe dönüşebilmekte, pratikte daha nüfuzlu olanın bir adım önde olduğu bir yargılama ortaya çıkabilmektedir.

Ceza davaları bakımından, elbette ki sonuçları bakımından geri dönülmez zararlara sebebiyet verebileceğinden, bu eşitsizlik tahammül sınırlarının üstündedir. Özellikle ülkemiz gibi, savcılık makamının yargılamadaki konumu savunma aleyhine

³⁹⁶ AŞÇIOĞLU, ss.218-219.

³⁹⁷ PEKCANITEZ, s.211.

tartışmalı olan ülkelerde, bu eşitsizlik, savunma hakkı ve tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri bakımından ciddi tehlikeler barındırmaktadır. Konuyu uzun uzadıya ele alma imkanımız olmamakla birlikte kısaca şöyle özetleyebiliriz:

Savcılık makamı bağımsız bir makam değildir, böyle olması beklenmez, aksine yürütme adına görev yapan devlet görevlisidir, iddia makamıdır ve yargılamanın taraflarından birini oluşturur. Bu bakımdan savcının ceza yargılamasında bir taraf olduğu, iddia görevini yaptığı, süjelik yönünden de makam olarak süje olduğu kabul edilmelidir³⁹⁸.

Karşıt görüşe göre, ceza muhakemesinde savcılar yürütme erki içinde yer alsalar bile taraf değildir. Olsa olsa bir “görünüşte taraflılık” söz konusu olabilir. Çünkü onlar, şüpheli veya sanığın hem lehine hem de aleyhine olarak soruşturma işlemleri yapmak durumundadırlar (CMK m 160/2). Savcı şüpheli veya sanığın haklarının koruyucusudur³⁹⁹. Ancak bizce “görünüşte tarafsızlık” söz konusudur ve bu, savcılık makamının yargılamadaki taraflı konumu karşısında, hukuki düzenlemelerden ve yargı örgütlenmesi bakımından yüklendiği bu konumıyla çelişen görevlerinden kaynaklıdır⁴⁰⁰.

Savcı iddia makamı olarak bir nevi kamunun (bir bakıma da yürütmenin) avukatı rolündedir. Bu bakımdan yargılamaya neden olan iddiaların sahibi, dolayısıyla sanığın suçlu olduğu kanaatine sahip kişidir (ki iddianameyi hazırlayan makamdır). Bu bakımdan hiçbir kanaatin baskısı ve etkisi altında olmadan görevini yapması gereken hakim ile savcının (savunma bakımından) ayrıcalıklı hiçbir temasının olmaması gerekir. Savcı kendi emrindeki adli kolluk eliyle kamu adına soruşturmayı yürüten ve yargılamada, yürüttüğü soruşturma sonucunda ortaya

³⁹⁸ Erdener YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 9.b., Alfa Basım Yayın, İstanbul, 2002, s.250 vd.

³⁹⁹ Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, ss.270-276.

⁴⁰⁰ Nitekim bir görüşe göre, savcının sanığın lehine olan hususları da incelemesi ve talep etmesi onun tarafsızlığına engel teşkil etmez, zira savcılığın amacı adaletin gerçekleşmesidir ve ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğuna göre, savcı bu amaç doğrultusunda hareket eder. Ayrıca CMUK da savcılığı taraf kabul etmiştir. Zira hakimin ve zabıt katibinin reddine ve yasaklılığına ilişkin hükümler koyan kanun, savcı için böyle bir hüküm sevk etmemiştir. Savcının sanığın lehine olan hususları da incelemesi ve talep etmesi onun tarafsızlığına engel teşkil etmez, zira savcılığın amacı adaletin gerçekleşmesidir ve ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğuna göre, savcı bu amaç doğrultusunda hareket eder. Ayrıca CMUK da savcılığı taraf kabul etmiştir. Zira hakimin ve zabıt katibinin reddine ve yasaklılığına ilişkin hükümler koyan kanun, savcı için böyle bir hüküm sevk etmemiştir. Murat AYDIN, **Kamu Davasının Açılması ve İddianame**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.60.

koyduğu iddiasını savunan makam olarak yer almalıdır. Bunun dışında hiçbir rolü ve ayrıcalığının olmaması ve yargılamanın fiziksel şartlarının da buna uygun yapılması gerekir.

Savcının soruşturma aşamasındaki rolü bakımından bu durumun sakıncalı olacağı düşünülebilir. Zira hem sanık lehine hem de aleyhine olan delillerin toplanması suretiyle yargılama faaliyetinin hazırlık aşamasını gerçekleştiren savcının taraflardan yalnızca birinin temsilcisi olarak ele alınması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenledir ki uluslararası belgelerde de savcının bağımsızlığından değil, yalnızca tarafsız davranması sorumluluğundan söz edilir. Bizim savcılık makamının tarafsızlığına ilişkin vurgumuz savcının hazırlık aşamasını tamamlayıp, şüphelinin yargılanması gerektiği kanaatine vardıktan sonra artık tarafsızlığından söz edilemeyeceği, bu bakımdan yargılamadaki yeri ve rolünün buna uygun olarak ele alınması gerektiğidir.

Oysa ülkemiz uygulamasında savcılar mahkeme heyetinin yanında oturur. Sorun savcının yargılama esnasında nerede oturduğundan daha kapsamlı olmakla birlikte, yargılamanın görüntü itibariyle de adil olduğu izlenimini uyandırması gerektiğinden; tarafların görünüş itibariyle de eşitliğinin sağlanabilmesi için savcının iddia makamı olarak savunma makamı ile gerek yargılamanın fiziksel koşulları, gerek usuli koşulları bakımından eşit duruma getirilmesi gerekir⁴⁰¹. Bunun için öncelikle savcının kürsüdeki koltuğunu kaldırmak, savcıyı yargılama salonunda savunmanın karşısına yerleştirmek ve savunma avukatının oturduğu sandalyenin aynısından kendisine de tahsis etmek gerekmektedir. Her ne gerekçeyle olursa olsun ülkemizde bugün süren uygulama, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri ile eşitlik ilkesine aykırıdır. Yargı sistemimizin yapısından kaynaklı nedenler ileri sürülebilir, ancak bu durumda yapılacak olan sistemin yapısını değiştirip olması gerektiği hale getirmektir.

⁴⁰¹ Karar aşamasında mahkeme salonunda kalan, duruşma esnasında hakimle fikir alış-verişinde bulunan, hatta kimi zaman hakimin savcı adına mütalaa yazdırdığı görülen ülkemiz uygulamasının bu görüntüden uzak olduğu, bu durumun da yargılamanın adil olduğu inancına gölge düşüreceği açıktır.

g. Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Yargının adalet değeri ile olan yakın ilişkisi, meşruiyetinin temel sütunlarının da bu değer üzerinden kurulmasını sağlar. Bu açıdan yargının meşruiyeti iki temel sütun üzerinde yükselir. Bunlardan ilki, yargısal karar süreçlerinin nesnel bir şekilde yapılandırılmasıdır. Yani, yargıya başvurulması, davaların mahkemelerde görülmesi ve hukukun uygulanması gibi aşamalarda, bu sürecin eşitlik ilkesine uygun olarak işlenmesini sağlayacak koşulların yaratılmış olması gerekir. Yani yargısal süreçlerin “adil” bir biçimde gerçekleşmesi gerekir. İkincisi ise, yargının nesnel ve öznel tarafsızlığıdır. Öznel tarafsızlık, yargı mensuplarının içsel tarafsızlığını ifade ederken, nesnel tarafsızlık, başta yargı mensupları olmak üzere, toplumun yargının tarafsızlığına inanması ve güvenmesidir⁴⁰². Bu da yargı kararlarında adaletin temel şartıdır. En azından iki tarafın, iki farklı çıkarın olduğu bir uyuşmazlıkta netice ne olursa olsun verilen kararın adil olup olmadığının temel kıstası, karar veren merciin taraflara eşit mesafede olup olmadığı, karar verirken adaletin gerekleri dışında başka bir kaygı taşıyıp taşımadığı, toplumsal “adaletin gerekleri” dışında başka bir kişi, kurum, değer veya fikrin etkisi ya da baskısı altında olup olmadığıdır. Yargının bu baskı ve etkilemelerin dışında kalabilmesi için ise “bağımsız” olması gerekir.

Bu bakımdan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı genel anlamda “adil” bir yargılama ve “adil” bir kararın temel şartıdır. Yargılamanın adaletine ilişkin diğer ilke ve esaslar ancak bu temel şartın sağlandığı koşullarda adalet katkısı sunabilir⁴⁰³.

2. Yargı Kararlarında Adalet: Adil Karar

Adalet, toplumsal yaşamın somut koşullarınca biçimlendirilen bir değerdir. Özellikle haksızlık pratiklerinden elde edilmiş deneyimlerin somutlandığı talep ve beklentilerin ifadesidir. Toplumun adalet algısını bu talep ve beklentiler biçimlendirir. Evrensel anlamda insanlık toplumunun tarihsel süreçteki deneyimler sonucunda geliştirdiği pek çok ilke ve değer adalet kavramının yaşamda

⁴⁰² Vahap COŞKUN, **Yargının Çıkmazı: Devlet Mi, Adalet Mi?**, SETA Analiz, Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayını, Sayı:19, Nisan 2010, s.9.

⁴⁰³ Bu konuyu ileriki bölümlerde daha ayrıntılı inceleyeceğimiz için kısaca değinmekle yetindik. Ayrıntılı bilgi için bkz. s.174 vd.

somutlanmasına aracılık etmiştir/etmektedir. Yukarıda değindiğimiz ilke ve değerler bunların yalnızca bir bölümüdür.

Ancak toplumsal devinim sürdükçe adaletin gerekleri de değişip gelişmeye devam etmektedir. Bu bakımdan yargılama sonunda verilen hükmün adil olup olmadığı salt belli başlı ilkelere ve hukuksal düzenlemelere uygunluk olarak ele alınamaz. Çünkü ilkeler hukuksal düzenlemeler haline geldikleri andan itibaren donuk ve soyut kavramlar halini alırlar ve statik yapıları nedeniyle toplumsal değişim ve gelişimin gerisine düşmeye mahkumdurlar. Bu bakımdan yargısal süreçlerde esas alınan ilke ve esaslar adaletin sağlanmasına katkı sunabilirse de neticede verilen kararın adil olması için yeterli değildirler. Yargı mercileri hüküm tesis ederken toplumsal yaşamın dinamizmini yakalamak zorundadırlar. Hukuk kuralları tek başına bunu sağlayabiliyor olsa idi, yargı faaliyeti bir bilgisayar programı ile de yerine getirilebilecek bir faaliyet olabilirdi. Somut olayın verilerini girerdik, bilgisayar hukuk kurallarını uygulayıp neticeyi verirdi, ne yıllar süren yargılamalar, ne de kararın tarafsız olup olmadığına ilişkin tartışmalar yaşanırdı. Ancak toplumsal yaşamın dinamizmi ve hukuk kurallarının yoruma muhtaç, statik yapısı yargının daha dinamik bir işlev üstlenmesini gerekli kılmıştır. Bu işlevin temelini adaletin gerekleri belirler. En azından yargının meşruiyetini tesis edebilmesi için böyle olmak zorundadır.

O halde yargıdan beklenen adalet, toplumsal barışa katkı sunacak, toplumsal sistemdeki haksızlık pratiklerinin bir yansıması olan ve bunların ortadan kaldırılması yönünde gösterilen çabalarla biçimlenen toplumsal adalet algısına uygun bir adalettir. Başka bir deyişle, hukuk kuralları adaletin formülünü içermez, adaletin sağlanmasında yürünülecek yolda yalnızca birer rehberdirler. Adalet her somut durumun kendi özgül koşullarına göre değerlendirilmesi suretiyle sağlanabilir. Bu nedenledir ki, liberal demokrasilerin tümünde hakimlerin yalnızca hukuka ve yasalara göre değil aynı zamanda vicdani kanaatlerine yani toplumsal adaletin gereklerine göre karar verecekleri temel prensibi esas alınır. Körü körüne pozitif hukukun uygulanması, toplumun adalet algısının tümüyle göz ardı edilerek karar verilmesi toplum vicdanını yaraladığı oranda kaos ve huzursuzluğa, yargıya güvenin azalmasına neden olur.

Yargı erkinin huzur ve sükûnu sağlaması, esas itibariyle, yargıdan çıkan kararların, özel olarak bu kararların muhatapları, genel olarak da kamu nezdinde yaygın kabul görmesine, daha doğrusu, bu kararların adil olduğuna dair geniş ve kuvvetli bir inancın bulunmasına bağlıdır. Bu kabulün ve/veya inancın derecesi düş-tükçe, yargının tartışmaları yatıştırma ve huzuru koruma ya da tesis etme işlevi de zayıflar⁴⁰⁴.

Fakat burada sorulması gereken bir soru vardır: Yargı, öncelikle toplumsal düzenin sağlanması ve sürdürülmesi adına uyuşmazlıkların çözümünde rol alır, ancak meşruiyetini tesis edebilmesi için bu rolünü toplumsal adaletin gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirmek zorundadır dedik. Pek çok farklı çıkarın ve uzlaşmaz çelişkilerin üzerine kurulu sınıflı toplumlarda adaletin gerekleri ile toplumsal düzenin gereklerinin açık bir biçimde çatıştığı durumlarda yargı ne yapacaktır? Eğer toplumsal adalet beklentisine uygun ancak hukuk kuralları ile çizilmiş düzenin ihtiyaçlarına ters düşen bir karar verirse kendi varlık temelleri de olan sistemin ağır bir yara almasına sebep olabilecektir. Öte yandan toplumsal düzenin gereklerine öncelik verirse, bu durumda toplum vicdanında açtığı yara toplumsal kalkışmalara ve kaosa sebep olabilecek bir rahatsızlık ve güvensizlik yaratabilecek, bu da meşruiyetini ciddi anlamda etkileyecektir.

Bir yanda hukuk düzeninin öngördüğü ve verili toplumsal sistemin devamı için gerekenler, diğer yanda toplumun adaletle dair talep ve beklentileri... Böylesi bir çarpışmada tarihin deneyimleri, her daim, er ya da geç toplumun talep ve beklentilerinin galip geldiğini göstermiştir. Ancak yine tarihsel deneyimlerden edindiğimiz bir şey vardır ki, o da, toplumsal düzenin (statükonun) her daim etkin bir direnç gösterdiği, bu nedenle böylesi dönemlerin yazık ki sancılı ve hatta kimi zamanlar da kanlı dönemler olduğudur. Yargı ise böylesi durumlarda kendi yapısal özellikleri nedeniyle çoğu zaman statükonun yanında yer almış olsa da kimi durumlarda toplumsal sürecin devrimci bir karakter taşımasına da bağlı olarak egemen güçlerin karşısında bir tutum sergileyebilmiştir.

Yargının böylesi bir çelişki karşısında kalması toplumsal yapı içerisindeki rolünden ve üstlendiği işlevlerden kaynaklıdır. Fakat çelişkinin kaynağı toplumun sınıflar arasında bölünmüş olmasıdır. Sınıfsız toplumlarda yargı, bozulan toplumsal

⁴⁰⁴ SANCAR/ATILGAN, s.20.

barışı yeniden tesis etmek adına yürütülen bir faaliyettir. Bu faaliyet toplum içerisinde farklı çıkar grupları bulunmadığından toplumun tümünün çıkarıdır. Korunan toplumsal düzen herhangi bir kişi ya da gruba diğerlerine nazaran üstün bir çıkar sağlamadığından toplumsal düzenin gerekleri ile toplumsal adaletin gerekleri arasında bir ayrışmadan da söz etmek mümkün değildir.

Fakat sınıflı toplumlar, uzlaşmaz çıkarların durmaksızın süren çatışması üzerinde biçimlenirler. Bu bakımdan sürekli bir savaş hali söz konusudur. Ancak baskın olan sınıf lehine kurulan toplumsal düzen, bu savaş halinin üzerini örten bir “görece barış hali” ortaya çıkarır. Yani sınıflı toplumlar da toplumsal düzen, egemen sınıf çıkarına kurulmuş ancak farklı çıkarların karşılıklı kazanımlarını ve tavizlerini de resmeden bir “görece barış hali”dir. Örneğin, kapitalist toplum egemen sınıf olan burjuvazinin lehine, sosyalist toplum ise işçi sınıfının lehine bir toplumsal düzene karşılık gelir. Ama neticede her iki toplumda da bir sınıfın diğer sınıf aleyhine olan çıkarlarının egemenliği söz konusudur. Bu bakımdan verili toplumsal düzenin korunması ve sürdürülmesi en nihayetinde egemen sınıfın çıkarıdır. Bu nedenle yargı toplumsal düzenin sağlanması ve sürdürülmesinde aldığı rol ile kaçınılmaz olarak egemen kesimin çıkarlarını da koruyan bir yapı durumuna gelir.

Yargının egemen çıkarlarını koruma işlevi olarak adlandırdığımız bu ikinci işlevi, aslında, birinci işlevinin bir parçasıdır. Çünkü toplumsal düzenin sürdürülmesi demek, verili toplumsal sistemin korunması ve sürerliği demektir. Sınıfsız toplumlar da bu bir çelişkiye yol açmaz çünkü egemen olan tüm toplumdur. Toplumsal düzeni devam ettirmek bu bakımdan herkesin çıkarıdır. Ancak sınıflı toplumlar da verili toplumsal düzen, toplumun bir kesiminin, diğerlerinden daha fazla avantaj sağladığı bir düzendir. Bu bakımdan eşitsizlik üzerine kuruludur. Bu, yargının kendi işlevlerinin birbiriyle çelişmesine neden olur. Bir yandan toplumsal adalet duygusunu tatmin etmek durumundadır, çünkü görece barış hali bu duygu tatmin edildiği ölçüde sürmektedir. Diğer yandan ise, egemen lehine, toplumun diğer kesimlerinin çıkarlarına aykırı olan toplumsal düzeni sağlamak ve sürdürülmesine katkı sunmak zorundadır.

Toplumsal düzen, egemen sınıfın tek taraflı olarak belirleyip biçimlendirdiği bir düzen olmadığından, toplumun tüm kesimlerinin belli ölçülerde üzerinde uzlaştığı bir düzene de karşılık geldiğinden, adaletin gerekleri ile toplumsal düzenin gerekleri

her zaman açık bir biçimde çatışmaz, ancak kimi durumlarda açık bir çatışma hali ortaya çıkar. Bu durumda yargının tutumu meşruiyeti bakımından belirleyici bir önem arz eder.

Liberal demokratik rejimlerde düzenin belkemiği, denge unsuru ve en önemli meşruiyet araçlarından biri olan yargının böylesi bir çelişki karşısında yıpranmaması için geliştirilmiş en önemli güvence yargının tarafsızlığını tesis etmeye yönelik ilke ve kurumlardır. Yargının tarafsızlığı yalnızca sistemin kendini korumasına dönük bir önlem değil, aynı zamanda toplumun tüm kesimlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir güvencedir. Bu bakımdan toplumsal düzenin gerekleri ile adaletin gereklerinin çatıştığı zamanlar aynı zamanda yargının tarafsızlığına ilişkin temel meşruiyet ilkesinin de sınandığı zamanlardır.

O halde, yargının, egemen çıkarlarının korunmasına dönük üstlendiği işlevi bakımından meşruiyeti sorununu, tarafsızlığına ilişkin inancı sağladığı ve sürdürebildiği ölçüde aşabileceğini söyleyebiliriz.

III. EGEMEN ÇIKARLARININ KORUNMASI İŞLEVİ BAKIMINDAN YARGININ MEŞRUIYETİ

A. Egemen Çıkarlarının Korunması İşlevinin Temel Özellikleri

Yargının, bir yandan toplumsal düzenin sürdürülebilmesi için adaletin sağlanması işlevini yerine getirirken, diğer yandan adaletsizlik ve eşitsizlikler üzerine kurulu, toplumun bir kesiminin diğerinin aleyhine daha fazla çıkar elde ettiği sınıflı toplum düzenini korumak ve sürdürmek işlevini de yerine getirdiğini ifade ettik.

Bu gerçeklik karşısında, sınıflı bir toplumda yargının hiçbir zaman meşruiyetinin olmayacağı ileri sürülebilmektedir. Zira, adalet dağıtma iddiasındaki bir toplumsal yapının adaletsizliğin sürdürülmesine aracılık etmesi, o yapının meşru bir yapı olmadığı iddiasını ileri sürmek bakımından oldukça güçlü bir argümandır. Fakat bu bakış açısı, neden toplumun hemen tüm kesimlerinin haklarını aramak için yaygın olarak yargıya başvurduğu, uyuşmazlıkların çözümünde diğer alternatifler karşısında en güvenilir ve en etkin yol olarak yargıyı gördüklerini açıklayabilecek yeterlikte değildir.

Bu konuda sağlıklı bir sonuca varabilmek için öncelikle şunu kabul etmek gerekir: Bir toplumdaki hiçbir yapı o toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek anlamında olumlu bir rol üstlenmeksizin varlığını sürdüremez⁴⁰⁵. Yargı da, temel işlevleri bakımından toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek, insanlığın geliştirdiği (içinde bulunduğu koşullar bakımından) en etkin yoldur ve bu işlevini ne kadar iyi bir biçimde yerine getirirse o derece meşruiyetini tesis edebilir. Egemen çıkarlarını korumak işlevini de üstlenmiş olması meşruiyet koşullarını tümüyle ortadan kaldırmaz. Ancak, egemen çıkarlarını koruma işlevi, temel işlevlerini gerçekleştirmesini ciddi anlamda engeller duruma gelirse o zaman işlevsizleşip ihtiyaçları karşılayamaz duruma gelir, güvenilirliğini ve toplumsal onayını yitirir. Bu

⁴⁰⁵ EROĞUL, Devlet, s.86.

durumda bireyler için ihtiyaçlarına cevap veren bir kurum değil, sorunları daha da büyüten bir kurum haline gelir ve meşruiyet yitimine uğrar⁴⁰⁶.

Yukarıdaki iddianın yetersizliğine ilişkin ikinci önemli veri ise, diyalektiğin temel ilkesidir. Toplum karşıtlar üzerine kurulu ise, toplumsal yapının biçimlenmesinde hiçbir zaman tek taraflı bir belirleyicilikten söz etmek mümkün olmayacaktır. Yani egemen sınıf tüm toplumu tek başına biçimlendirmez. Karşıtların mücadelesinin bir sonucudur ortaya çıkan düzen. Dolayısıyla iki tarafın da kazanımlarını ve tavizlerini içerir. Bu bakımdan geçici de olsa bir uzlaşmayı temsil eder⁴⁰⁷. Yani, örneğin liberal demokrasi burjuvazinin çıkarlarının olduğu kadar tavizlerinin de ifadesidir. Aynı şekilde sosyal haklar çalışan sınıfların mücadelelerinin sonucu olan kazanımları ifade ettiği kadar, tavizlerini de ifade eder. Bu bakımdan sınıflı toplumun ürünü olan yapı ve kurumlar uzlaşının bir ifadesi oldukları (ve uzlaşma ortamı sürdüğü) ölçüde meşruiyetlerini sağlarlar.

İşte yargı, hem toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek anlamında olumlu bir rol üstlenmiş olduğundan, hem de adaletin sağlanması bakımından üzerinde uzlaşmış temel ilke ve esaslar etrafında işlevlerini yerine getirdiği sürece egemen kesimlerin çıkarlarının korunması işlevini üstlenmiş olsa da meşru bir toplumsal yapı olabilmektedir.

Ancak yargının birbiriyle çelişen işlevler üstlenmiş olması bu sürecin sancılı ve sıkıntılı bir süreç olarak işlemesine sebep olmaktadır. Özellikle adaletin gerekleri ile toplumsal düzenin gereklerinin çatıştığı bir durumda hüküm tesis edilmesi gerektiğinde verilen kararın adil olup olmadığı pek çok farklı kesim tarafından farklı biçimlerde tartışma konusu edilmektedir. Böylesi bir durumda toplumun tümünün beklentilerinin karşılanması imkanı da olmadığından bir meşruiyet sorunu kaçınılmaz olarak yaşanmaktadır.

Bu süreçte kararın adil olup olmadığı kadar tarafsız olup olmadığı da tartışılmakta, tarafsızlık, kararın toplumca sindirilmesi ve kabullenilmesinde

⁴⁰⁶ Elbette, yargının yerine getirdiği işlevler, toplum bakımından bir ihtiyaç olmaktan çıkarsa, yahut bu işlevi yerine getirecek daha iyi bir yöntem bulunursa da yargının meşruiyet temelleri kalmamış olacaktır.

⁴⁰⁷ Geçicidir çünkü taraflar ilk fırsatta kazanımlarını artırmak, verdikleri tavizleri geri almak peşine düşerler. Örneğin sosyalizm tehlikesi karşısında burjuvazinin sosyal devlet adı altında verdiği tavizler, günümüzde tek tek geri alınmaktadır. Aynı şekilde 19. yüzyılda çalışma koşulları ve ücretlerine ilişkin önemli kazanımlar elde eden işçiler çalışma sürelerini 12 saate indirmiştir. Fakat örgütlülükleri arttığı oranda kazanımları da artmış ve sonuçta bugün yasal çalışma süreleri pek çok ülkede en fazla 8 saattir.

belirleyici rol oynamaktadır. Yargı bakımından tarafsızlığın adillik ile aynı anlamda algılanması uyumsuzluğun doğasından kaynaklanmaktadır. Neticede iki farklı taraf, iki farklı adalet iddiası karşı karşıya gelmekte olduğundan, kararın tarafları tatmin edebilmesi yargılamanın tarafsız olduğu konusunda tatmin olmalarına bağlıdır. Elbette sonuçta iki adalet iddiasından birisi haklı bulunacaktır, ancak zaten hakeme başvuran taraflar bunu baştan kabullenmişlerdir. Sonucu kabul edilmez kılacak şey, hakemin oyunun kurallarına uymamasıdır.

Bu nedenle, yargının adaletin gerekleri ile toplumsal düzenin gerekleri arasındaki çelişkinin ortasında kaldığı noktada imdadına “tarafsızlık” olgusu yetişmektedir. Bu bakımdan yargının meşruiyeti sorunsalındaki ikinci önemli olgu yargının tarafsızlığıdır.

Yargı eliyle uyumsuzlukların çözümünde tarafsızlık, hem kurumsal anlamda hem de yargı işlevini yerine getiren yargıçlar bakımından tarafsızlığa imkan verecek güvencelerin sağlanması suretiyle gerçekleştirilmeye çalışılır. Yargıcın karar verirken hukuk ve vicdanı dışında hiçbir etkiye ve baskıya maruz kalmaması anlamında ele alınan “tarafsızlık”ın sağlanabilmesi için en önemli güvence, yargıcı baskı ve etkilerden koruyacak “bağımsızlık”ın gerek kurumsal gerekse yargıç özelinde tesis edilmesidir⁴⁰⁸. Bağımsızlık mekanizmaları ile yargı-ıçi ve yargı-dışı, bireysel ve kurumsal etki ve müdahalelerden yalıtılan yargıç, somut olayı içeren dava dosyasını önüne alır, hukuk kurallarıyla ve vicdanıyla baş başa kalarak karar verir⁴⁰⁹.

Tam da bu noktada yeniden aynı soruna dönmek gerekecektir: Bağımsızlık ilkesi ile bir arada düşünüldüğünde, bu ilke ile yargının egemen çıkarlarını koruma işlevini üstlenmiş olması nasıl bağdaştırılabilir? Zira tüm etki ve baskılardan bağımsız olacak bir yargı mekanizması yaratma iddiasının karşısına yargının egemen kesimlerle bağımlılık ilişkisini ifade eden bu işlevini öne sürerek çıkmak için haklı nedenlerin olması gerekecektir. Yahut soruyu tersten sorarsak, egemen kesimler toplumun tüm yapıları üzerinde etkili olsa da yargının bu etkiden bağımsız kılınması mümkün müdür?

Yargının tarafsızlığına ilişkin temel ilke ve esasları incelerken bu soruya da bir yanıt bulmaya çalışalım.

⁴⁰⁸ Rıza TÜRMEK, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, **Milliyet**, 10.09.2009.

⁴⁰⁹ Levent GÖNENÇ, **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Tepav Anayasa Çalışma Metinleri-3, Tepav Yayınları, 2011, (Yargı), s.8.

B. Yargının Meşruiyeti Sorunsalında İkinci Halka: Tarafsızlık

Uyuşmazlıkların çözümü yoluyla toplumsal barışın sürdürülmesini sağlamak, aslında, tarafların ve taraflar nezdinde de toplumun yargılama faaliyetinden beklediğini alması, alabildiği/alabileceği inancının sağlanması sayesinde gerçekleşmektedir. Bu inanç “adalet” değeri üzerine kurulmuştur. Adalet kavramının kendine özgü niteliklerinden dolayıdır ki, sınıflı toplumun eşitsizlik üzerine kurulması adaletin “eşitlik” kavramı ile yakın bir ilişki içerisinde algılanmasına sebep olmaktadır. Eşitliğin yargı faaliyetindeki en dolaysız karşılığı ise “tarafsızlık”tır.

Yargıcın önüne gelen bir uyuşmazlığı ele alırken tarafsız olabilmesi için öncelikle vereceği karar nedeniyle birtakım zararlar görebileceği konusunda korku duymaması gerekir. Hakimlerin görevlerini huzur ve sükun içinde, her türlü endişe, maddi ve manevi tazyik ve dış tesirden uzak bir şekilde yapabilmelerini temin edecek güvencelerin sağlanması gerekir⁴¹⁰. Örneğin vereceği karar nedeniyle, görevden alınabileceğini, mali yükümlülüklerle maruz kalabileceğini, idari yaptırımlarla karşılaşabileceğini düşünen bir yargıcın tarafsızca karar verebilmesi çok zordur. Bu nedenle yargıcın görevini yaparken hukuk ve iradesi dışında kendisini baskılayan ve etkileyen hiçbir bağımlılığının olmaması gerekir. Bağımsız olmayan bir hakimden tarafsız bir hüküm beklenemez⁴¹¹. Bu bakımdan tarafsızlığın güvencesi “bağımsızlık”tır.

Yargı bağımsızlığı ile tarafsızlığı ayrı kavramlar olmakla birlikte, birbiriyle iç içe geçmiş kavramlardır. Bu nedenle yargı tarafsızlığını ele almak için öncelikle yargı bağımsızlığına değinmek gerekecektir. Yargı bağımsızlığı, yargı tarafsızlığını gerçekleştirebilmek için sağlanması gereken ortamı, önkoşulları, başka bir deyişle güvenceleri ifade eder.

⁴¹⁰ Baki KURU, **Hakim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı**, AÜHF Yayınları, No:214, Ankara, 1966, s.1.

⁴¹¹ CENTEL, ss.5-6.

1. Yargı Bağımsızlığı

Kararın adil olabilmesi için öncelikle, adil bir karar verilebilmesini sağlayacak koşulların yaratılması gerekir. Bu koşulları sağlamaya dönük güvenceler yargı bağımsızlığı ilkesi ile gerçekleştirilir. Bağımsızlık, iki organ arasındaki ilişkinin niteliğini açıklayan bir kavramdır ve bununla, bir organın fonksiyonel açıdan diğer organ ve organ gruplarının etki ve müdahalesi olmaksızın faaliyet gösterebilmesi imkanı anlaşılır⁴¹².

Yargıcın bağımsız olması ise, onun görevini yaparken hiçbir etki ve baskı altında kalmaması ve hiçbir kişi veya merciden emir almaması, kısacası özgür olması demektir⁴¹³. Baskı yapılması kadar, baskı yapılabilmesi ihtimali de yargıç bağımsızlığını zedeler⁴¹⁴. Bu nedenle yargıcın, yürütme ve yasama ile birlikte yargı erkinin de karşısında bağımsız olması, aynı şekilde medya ve diğer kişi ve kuruluşlar karşısında da bağımsızlığının sağlanması gerekir. Bu bağımsızlığın temel şartı ise hakimlerin görevlerini her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak bir biçimde yapabilmeleridir. Bunun için hakimlere bir takım güvencelerin sağlanması gerekir⁴¹⁵.

Yargının bağımsız olması gerektiği, günümüzde siyasal sistem ve uygulamadaki durum ne olursa olsun liberal demokratik rejimlerin tümünde ilke ve söz düzeyinde neredeyse tartışmasız kabul görmektedir⁴¹⁶. Birleşmiş Milletler de, yargı bağımsızlığı ilkesinin tanınmasını, üye devletlerin bir ödevi olarak ilan etmiştir⁴¹⁷.

⁴¹² Şeref ÜNAL, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Basım Evi, Ankara, 1994, s.6.

⁴¹³ CENTEL, s.6.

⁴¹⁴ Nurullah KUNTER, Feridun YENİSEY, **Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.b., Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.315.

⁴¹⁵ SANCAR/ATILGAN, s.78.

⁴¹⁶ SANCAR/ATILGAN, s.62. Uluslar arası metinler yanında devletlerin anayasalarında da yargı bağımsızlığına ilişkin ilkelere yer verilmiştir. Alman Anayasası 97. madde, İtalyan Anayasası 104. madde, Fransız Anayasası 64. madde, Demokratik Kongo Cumhuriyeti Anayasası 122. madde, Nijerya Anayasası 59. madde, Malta Anayasası 40. maddesinde yargının bağımsızlığına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ferman DEMİRKOL, **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991, (Yargı Bağımsızlığı), s.49. Ayrıca bu konuda yapılan bir araştırmada günümüzde yürürlükte olan anayasaların %65’inde yargı bağımsızlığının açıkça tanındığı ifade edilmektedir. constitutionmaking.org’dan Aktaran: GÖNENÇ, Yargı, s.12.

⁴¹⁷ Yargı bağımsızlığıyla ilgili temel uluslararası belgelerin başında gelen 1985 tarihli “BM Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”in 1, 2, 3 ve 4 üncü maddeleri ile yargının bağımsızlığının çerçevesi çizilmiş olup, bunlar; “(1) Yargı bağımsızlığı, devlet tarafından güvence altına alınacaktır ve ülkenin anayasasında ya da kanununda yer alacaktır. Yargı bağımsızlığına saygı göstermek ve riayet etmek bütün resmi ve diğer kurumların görevidir. (2) Yargı organları, önlerinde bulunan meseleler

a. Yargıcın yürütme karşısındaki bağımsızlığı

Bağımsızlığın gereklerinin başında yargıcın hiçbir kişi veya merciden emir almaması gelir. Özellikle yürütme ile ilişkileri bakımından bu ilke büyük önem taşır. Çünkü yargı bağımsızlığına karşı en büyük tehlike, devamlı surette yürütme organından gelmiştir⁴¹⁸. İdare ile ilişkilerinde herhangi bir türden bağımlılık ilişkisinin varlığı, yargıcın baskı ve etkilemelere karşı savunmasız bırakılması anlamına gelir.

Yürütme erki karşısındaki bağımsızlığın bir yönü, idarenin doğrudan yargıçlara müdahale edebilmesini yasaklayan kuralların hukuki güvence altına alınmasıdır. Ülkemiz uygulamasında bu güvence, anayasada yer alan “*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*” (An.md.138/2) hükmü ile sağlanmaya çalışılmıştır⁴¹⁹.

hakkında, herhangi bir çevreden gelebilecek ya da herhangi bir nedenle yapılabilecek doğrudan ya da dolaylı hiçbir kısıtlama, usulsüz etkilme, teşvik (ayartma) baskı, tehdit, yahut müdahale olmaksızın, olgular temelinde ve hukuka uygun olarak tarafsız şekilde karar verecektir. (3) Yargı organı, yargısal bir nitelik taşıyan bütün konularda yargılama yetkisine sahip olacaktır ve karar vermesi için sunulmuş bir konunun kanunla tanımlanmış yetkisi içinde olup olmadığını karara bağlamaya tek başına/münhasıran yetkili olacaktır. (4) Yargılama sürecinde usulsüz ve yetkisiz herhangi bir müdahalede bulunulmayacağı gibi, mahkemeler tarafından verilen yargısal kararlar değişikliğe tabi de olmayacaktır. Bu ilke, yargı organı tarafından verilen cezaların, hukuka uygun olarak, yetkili makamlarca denetime tabi tutulmasına ya da hafifletilmesine yahut başka bir cezaya dönüştürülmesine hâlel getirmez.” hükümleriyle ilkeleştirilmiştir. Mehmet Semih GEMALMAZ, **İnsan Hakları Belgeleri Cilt:VI**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, ss.406-407.

⁴¹⁸ Münci KAPANI, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, AÜHF Yayınları, No:93, Ankara, 1956, (Hakimlerin İstiklali), s.4.

⁴¹⁹ Ülkemiz uygulaması bakımından sıkça tartışılan hususlardan birisi budur. An. Md.140/6’da yer alan “hakimler ... idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır” düzenlemesi ile yargıçların “idari” (yani yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olmayan) kabul edilen kalem işleri ve personelinin yönetimine dair görevleri bu kapsam dışında tutulmuştur. Buna göre yargıcın idari nitelikli işlemleri bakımından yürütmeden emir ve talimat alması mümkündür. Nitekim AYM de kararlarında bu düzenlemeyi desteklemiştir. Mahkemenin 13.05.1964 gün ve 1963/99E., 1964/38K. Sayılı kararında “*hâkimler ve mahkemeler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde, hâkim sıfatıyla değil, idari bir makam olarak hareket ederler. Bunlar, Adalet Bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur. Nitekim, bu ve benzeri işlemler, Devletin diğer teşkilatında hâkim sıfatını taşımayan idarî makamlar tarafından yapılır. Anayasa Komisyonu raporunun 132. maddesine ilişkin gerekçesinde mahkemelerin idarî işlemleri de söz konusu edilmiş ve hâkimlere ve mahkemelere müdahale edilmemesi ilkesinin, yargı yetkisinin kullanılması halinde göz önünde tutulmak gerektiği ve mahkemelerin idarî işlerinin düzenlenmesinde Adalet Bakanlığının genelge gönderme ve tedbir alma yetkisinin mevcut olduğu açıklanmıştır*” görüşüne yer verilmiştir. AYMKD, Sayı:2, ss.117-118. . Doktrin de çoğunlukla bu görüşü destekler durumdadır. Bkz. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 8.b, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, (Anayasa Hukuku), s.370; Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, (Türk Anayasa Hukuku), s.848; GÖZÜBÜYÜK, s.435. Aksi görüş için bkz. Mustafa ERDOĞAN, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, 4.b., Liberte Yayınları, Ankara,

Ancak böylesi bir düzenlemenin tek başına bir koruma sağlayamayacağı açıktır. Fiili olarak da yürütmenin yargıçlara müdahalesini önleyecek birtakım güvencelerin geliştirilmesi gereklidir. Yargı bağımsızlığına ilişkin olarak anayasalarda yer verilen ilkesel düzenlemeler eğer kurumsal güvencelerle pekiştirilmemişse hiçbir değeri yoktur. Bu bağlamda bağımsız yargı, öncelikle mali ve idari bağımsızlığı güvence edilmiş bir yargıdır⁴²⁰.

İdarenin yargı üzerinde baskı kurabilmesinin en etkin yolu, hakimlerin özlük işlerinde etkili ve yetkili olmasıdır. Bu sayede hakimler her daim, sürülme, soruşturulma, mali yaptırımlara maruz kalma, mesleğini kaybetme gibi korkular altında idareye bağımlı tutulabilir.

Bu tehlike karşısında “hakimlik teminatı” diye de ifade edilen güvenceler geliştirilmiş ve bunlar uluslararası sözleşmeler ve yargı yerleri aracılığıyla evrensel anlamda koruma altına alınmıştır.

Hakimlik teminatı ile sağlanan en temel güvence “azledilememe”dir. Azledilememe, hakimın istisnai olarak belirlenmiş nedenler dışında görevinden alınamamasıdır. İlkenin bu şekilde belirlenmesinde sorun olmamakla birlikte pratikte, istisnai durumların belirlenmesine ilişkin sorunlar yaşanabilmektedir. Nitekim meslekten çıkarma sonucunu doğuracak fiillerin belirlenmesi noktasında idareye çok geniş takdir yetkisi tanınarak teorik olarak tanınan yargıçlık güvencesinin uygulamada farklı yollarla işlevsiz kılınması mümkündür. Bu nedenle azil sebeplerinin kanunlarda açık seçik ve tahdidi olarak sayılması ve idarenin farklı şekilde yorum yapabilmesine olanak tanıyacak bir düzenlemeye yer verilmemesi yargıçlık güvencesinin de bir gereğidir.

Azledilememe tek başına koruma sağlamaz, eğer yürütme organı, azil dışındaki çeşitli yollardan da bir hakimın mesleki hayatı ve özlük hakları üzerinde etkili olabiliyorsa, hakimlik teminatı etkinliğini kaybeder⁴²¹. Hakimlik teminatı geniş anlamda, hakimlerin azledilememesinin yanı sıra, yasada gösterilen hal ve usuller dışında görevlerinden geçici de olsa alınamamalarını, rızaları olmaksızın yerlerinin

2003, s.218. AB Komisyonunun 2004 yılı İstisari Ziyaret Raporu’nda da bu düzenlemenin yargı bağımsızlığı bakımından olumsuz olduğu görüşü vurgulanmıştır. Bkz. Kjell BJORNBERG, Paul RICHMOND, **Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi**, Avrupa Birliği Komisyonu İstisari Ziyaret Raporu 11-19 Temmuz 2004, Çev: Ömer Serdar Atabey vd., Ankara Barosu Yayınları, 2004, s. 15.

⁴²⁰ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.239.

⁴²¹ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s.359.

değiştirilememesini, emekliye ayırlamamalarını ve maaşlarından yoksun bırakılamamalarını, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak kendi isteklerinin dışında değiştirilememesini de kapsar. Hakim, yürütme organına karşı, kendisini ancak bu güvenceler yoluyla güçlü ve bağımsız hissedebilir⁴²².

Hakimlik teminatı kapsamında yer alan en önemli güvencelerden birisi de “yer güvencesi”dir. “Yer bakımından teminat” veya “coğrafi teminat” adı da verilen bu güvenceye göre, bir hâkim, rızası hilafına, terfi suretiyle dahi olsa, bulunduğu yerden başka bir yere nakledilemez, başka bir yargısal göreve atanamaz⁴²³.

Pratikteki uygulamaya da bakıldığında görülen o ki, ülkemiz açısından, yargı bağımsızlığına ilişkin en önemli sıkıntılardan biri, tayin ve nakil konularına ilişkin yer güvencesini temin etmekten uzak düzenleme ve uygulamalardır⁴²⁴. Özellikle bölgeler arası ciddi farklılıkların olduğu da düşünüldüğünde, tayin ve nakilden öte, sürekli bir “sürgün” korkusuyla hakimler görevlerini yapmak zorundadırlar. Bu durum yargı bağımsızlığı bakımından kabul edilebilir bir şey değildir⁴²⁵.

Yer güvencesinin olmayışı hakimler üzerinde bir baskı unsuru olmakla birlikte, toplumsal adaletin gerçekleşmesi bakımından da ciddi tehlikeler barındırmaktadır. Örneğin önemli davalarda hakimlerin görev yerlerinin değiştirilmesi ile davadan uzaklaştırma ve yerine kendi düşünce sistemine uygun

⁴²² KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, ss.84-85.

⁴²³ KURU, s.40. Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, bu ilkeye ancak şu hallerde istisna getirilebileceğini belirtmektedir: - Yer değiştirmenin bir disiplin cezası olarak öngörülmesi ve uygulanması, - Mahkeme sisteminin hukuka uygun olarak değiştirilmesi, - Yasayla belli bir sınırlı süre öngörülme şartıyla, yakın bir mahkemeyi takviye etmek amacıyla geçici görevlendirme yapılması. İNCEOĞLU, s.21.

⁴²⁴ 1982 Anayasası 139. maddesinde hakimlik teminatına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş ancak yer güvencesine yer verilmemiştir: “Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz.”. Dahası 140. maddede “hakim(lerin)... görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi... mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.” hükmüne yer vermiştir. Böylece hakimlerin görev yerleri ile uygulamanın belirlenmesinde yetki yasama organına verilmiştir. Yasama ise, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu md.35/1’de yer alan “hâkim ve savcılar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliğine uygun olarak, aynı veya başka yerlerdeki eşit veya daha üst görevlere kazanılmış hak aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanırlar” hükmü ve 35/5’te yer alan atamaların hangi sebeplerle yapılacağına ilişkin genel ve muğlak ifadelerle topu yönetmeliğe yani yürütmeye atmıştır. Böylece yer güvencesinin pratikte işlemez hale getirilmesinin önü açılmıştır. Buna göre, “bölgeelerde başarısızlığı ve görev gereklerine uyumsuzluğu belgelerle saptananların, o bölgedeki görev süresini doldurup doldurmadığına ve meslek kademine bakılmaksızın, hizmetinden yararlanılabilecek diğer bir bölgeye veya bulunduğu bölge seviyesinde bir yere naklen ataması yapılabilir”.

⁴²⁵ Tanör yer güvencesinin olmayışının hakim bağımsızlığını zedelediğini ifade etmektedir. Bkz. Bülent TANÖR, **Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1990, s.393.

birilerinin atanarak yargısal sürece etki etme her zaman için mümkün hale gelmektedir. Bu durum yargıya olduğu kadar, toplum iradesine ve beklentilerine de ciddi bir müdahale anlamı taşıyabilmektedir. Ülkemizde önemli toplumsal davalarda kimi kesimlerin rahatsızlığına yol açan hakimlerin görev yerlerinin değiştirilmesi durumlarıyla sıkça karşılaşılıyor olmamız da bunun bir göstergesidir⁴²⁶.

Böylesi durumlara meydan vermemek için yer güvencesinin sağlanması gerekir. Liberal demokratik rejimlerin çoğunda yer güvencesi belli bir süreye bağlanmaksızın ömür boyu tanınan bir güvence niteliğindedir⁴²⁷.

Tüm teminatların yanında mali güvencenin de yargıcın bağımsızlığı bakımından önemli olduğu bilinmektedir. “Hakimin vicdanı ile cüzdanı arasında sıkıştığı” söyleminin yargının en üst mercilerinin ağzından dillendirildiği ülkemiz gerçeği adeta bunun bir kanıtıdır. Mali güvencenin bir boyutu hakimlerin refah bir yaşam sürmelerine imkan sağlayacak gelir elde etmelerinin sağlanmasıdır. Çözüm olmamakla birlikte gayri ahlaki teklifler karşısında hakim onurlu bir duruş sergileyebilmesinin koşulları yaratılmış olacaktır. Aksi halde yargıçlardan görevlerinin kutsallığı gerekçe gösterilerek fedakarlık beklenmesi⁴²⁸ gerçekçi olmadığı gibi doğru da değildir.

Öte yandan hakimlerin aylık ve ödeneklerinin belirlenmesi yasama ve yürütmenin yargı üzerinde etkinlik kurmasının bir aracı haline getirilebilmektedir. Ayrıca maaş ve ödeneklerden kesinti yapılması gibi yaptırımların uygulanması yahut bu sonucu doğuracak yetkilerin yürütmenin elinde olması durumları da hakimi baskı altına almak amacıyla kullanılabilir. Bu nedenle mali güvencelerin de kapsamlı bir biçimde düşünülüp düzenlenmesi gerekir⁴²⁹.

Yürütmenin yargıya müdahalesi aktif olabildiği gibi, dava dolayısıyla gerekli olan bilgi ve belgelerin verilmemesi, yargı kararlarının yerine getirilmemesi gibi yollarla yani pasif müdahale biçiminde de olabilir⁴³⁰. Bu durumda da, yargının

⁴²⁶ Öğretide, önceden belli olmak ve bağımsız kurullarca karar verilmek koşuluyla, hakimlerin belirli sürelerle görev yerlerinin değiştirilmesinin yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracı bir unsur olmayacağı görüşü savunulmaktadır. Örneğin bkz. DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.126.

⁴²⁷ Saim ÜSTÜNDAĞ, “Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 48, Sayı: 4-8, 1977, s.278.

⁴²⁸ KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, s.4.

⁴²⁹ Örneğin İngiltere’de hakimlerin aylıkları parlamentoda yıllık bütçe müzakerelerine konu olmaktan çıkılarak, aylıkların her zaman için geçerli olan konsolide fonlardan karşılanması öngörülmüştür. ÜNAL, s.40.

⁴³⁰ ÜNAL, s.13.

etkinliği ve işlevselliği doğrudan etkilenecek olduğundan, yargı bağımsızlığına müdahale anlamına gelecektir.

Yargının yürütme karşısındaki bağımsızlığı her şeyden önce, yürütme kararlarının yargı denetimine tabi olması ile sağlanır. Ancak bunun işe yaraması için idarenin yargı kararlarını geciktirmeden uygulaması gereklidir. Bu bakımdan yargı kararlarının yürütme ve idare tarafından yerine getirilmesi ve bağlayıcılığı bağımsız yargının temelidir⁴³¹. Çünkü yargı kararlarına rağmen, bu kararların uygulanmaması ya da eksik uygulanması halinde mahkeme kararlarının hiçbir anlamı kalmayacak ve toplumun yargıya olan güveni sarsılacaktır⁴³².

Yürütmenin yargı üzerindeki etkinliğinin bir diğeri yanı yargı örgütünün mali özerkliğinin olmaması, bu bakımdan yürütmeye (kimi durumlarda yasamaya) bağılı olması halidir. Bu durum da, yargıyı yürütme karşısında eli kolu bağılı bir duruma düşürebilmektedir. Öncelikle bütçeden yargıya yeterli oranda bir pay ayrılması gerekir. Ülkemizde yazık ki bu pay %1 oranında dahi değildir. Ayrıca bütçenin hazırlanmasında yargının söz hakkının olması, görüşünün alınması çok daha faydalı olacaktır. Nitekim ABD, Japonya gibi ülkelerde yargı örgütü bütçesini kendisi hazırlamakta ve parlamentoya sunmaktadır⁴³³. Kimi ülkelerde ise yargı faaliyetinin bir kamu hizmeti olduğundan hareketle bu görev yürütmeye verilmektedir.

Bizce yargının kendi ihtiyaç ve gereklerini kendisinin daha iyi bileceğinden ve yargı bağımsızlığı bakımından yargı eliyle bütçenin hazırlanması yahut yargıyı da sürece dahil edecek bir usulün esas alınması daha doğrudur. Ancak ülkemizde yargı bütçesinin hazırlanması ve yönetimi, yargıçların maaşlarının ödenmesi de dahil olmak üzere, yürütmenin elindedir. Bu konuda mahkemelerin yahut HSYK'nin bir yetkisi bulunmamaktadır. Yüksek mahkemeler dışında mahkemelerin kendilerine ait bir bütçeleri de yoktur. Bu durum yargının mali bakımdan da yürütmenin iradesine bağlanmasına sebebiyet vermektedir⁴³⁴.

⁴³¹ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.69.

⁴³² Yazık ki, ülkemizde bu konuda da ciddi sıkıntılar vardır. Yargı kararlarını etkisiz hale getirmek için idarenin pek çok farklı yola başvurduğu hatta açık hükme karşın hükmün gereklerini yerine getirmediği vb. durumlar çokça yaşanmaktadır. Bu bakımdan, Bergama'da siyanürle altın aranmasına karşı alınmış yargı kararlarına rağmen, yargı kararlarının idare tarafından uygulanmadığını yahut bakanlık kararnameleri ile uygulanamaz hale getirildiğini örnek olarak gösterebiliriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özer AKDEMİR, **Anadolu'nun "Altın"daki Tehlike Kışladağ'a Ağıt**, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2011.

⁴³³ GÖNENÇ, Yargı, s.25.

⁴³⁴ BJORNBERG/RICHMOND, s.18 vd.

b. Yargıcın Yasama Karşısındaki Bağımsızlığı

Yargıç yalnızca yürütme eliyle değil, yasama eliyle de baskı altına alınabilir. Bağımsızlık, salt emir almamayı değil, aynı zamanda yargılama faaliyetini yürütürken ve karar verirken hiçbir etki ve baskı altında kalmamayı da gerektirmektedir. Bu bakımdan yalnızca yürütme değil, yasama karşısında da bağımsızlığın sağlanması gereklidir.

Parlamentonun vekillere sağladığı koruma, güç ve olanakların kötüye kullanılması pekala mümkündür. Bunun en etkin yolu, yasama ile doğrudan ya da dolaylı bir bağımlılık ilişkisi bulunan kişi ve kurumlara karşı parlamentonun sağladığı nüfuzun kullanılmasıdır. Bu nedenle öncelikle yapısal olarak yargıyı böylesi bir duruma düşürecek türden bağımlılık ilişkilerine izin verilmemelidir⁴³⁵. Öte yandan yasama gücünün yargıçlar üzerinde bir baskı ve etkileme unsuru olarak kullanılmasını engelleyecek güvencelerin de sağlanması gerekir. Bu bakımdan tıpkı yürütme gibi yasamanın da yargıya emir ve talimat vermesi, tavsiye ve telkinde bulunması yasaklanmıştır.

Yasama organı karşısında yargı bağımsızlığının korunması, kanunlarla ve yasama faaliyeti ile yargıya emir verilememesi, fonksiyonlarını görmekte bağlayıcı ve hürriyetini kısıtlayıcı, etkileyici sonuçlara varılamaması ile mümkündür⁴³⁶. Yasama organının hakimlerin kararlarına hiçbir surette müdahale etmemesi, bu kararları değiştirememesi, bozamaması ve hükümlerinin infazına mani olamaması

⁴³⁵ Yasama faaliyetiyle yargıya müdahale hallerinden söz etmek mümkündür. Özellikle yürütmenin baskın olduğu devlet biçimlerinde bu yola başvurulduğundan söz edilebilir. Kimi durumlarda siyasal organlar yargı kurumlarını oluşturma, çalışma koşullarını belirleme ve yapılarında değişiklik yapma yetkilerini yargı üzerinde bir baskı aracı olarak kullanabilmektedir. ABD başkanı Franklin Roosevelt'in "mahkemeyi doldurma planı" olarak anılan müdahalesi örnek olarak verilebilir. Roosevelt 1937 yılında bir yasayla Yüksek Mahkeme'nin yeniden yapılandırılmasını önermiştir. Burada dikkat çeken nokta, bu yasa önerisi öncesinde Yüksek Mahkeme'nin, 1929 Ekonomik Bunalımından kurtulmak için hazırlanan "New Deal" yasalarını anayasaya aykırı bulmuş olmasıdır. "Mahkemeyi doldurma planı" olarak bilinen söz konusu yasayla, Yüksek Mahkeme'nin üye sayısı artırılmış ve böylece Roosevelt'in politikalarını destekleyecek bir Mahkeme kompozisyonu oluşturulması amaçlanmıştır. Gelen tepkiler üzerine yasa tasarısı geri çekilmiştir. M.C. McKenna, "Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court-Packing Crises of 1937", Fordham University Press, New York, 2002'den Aktaran: GÖNENÇ, Yargı, ss.4-5. Türkiye'de 2010 anayasa değişiklikleriyle yapılan Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin yapısal düzenlemelerin, yukarıda aktardığımız örneğe benzerliği nedeniyle, "mahkemeyi doldurma planı" olarak nitelendirildiği ve eleştirildiğini belirtmekte fayda vardır.

⁴³⁶ Çetin ÖZEK, "Yargının İdari Denetimi", **İÜHFEM**, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e armağan, Cilt:45, Sayı:1-4, s.920.

lazımdır⁴³⁷. Ayrıca Demirkol’a göre, yasama organının yargı denetimine tabi olması, yargının yasama karşısındaki bağımsızlığı bakımından önemlidir⁴³⁸.

Yargının yasamadan bağımsızlığına ilişkin bu temel ilkelerin ülkemiz uygulamasında bizce katı ve amacı aşabilecek tutumlara imkan veren bir düzenlemeye yer verilmiştir. “*Görölmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.*” (An.Md.138/3) düzenlemesi ile yasamanın yargılama sürecinde herhangi bir beyanda bulunmasının bağımsızlığa aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

Bizce böylesi bir düzenleme yargı bağımsızlığı ilkesinin uygulamasında ciddi sıkıntılar olan bir ülke açısından anlaşılır olabilirse de, yargı bağımsızlığına ilişkin temel güvencelerin olduğu bir ülkede anlamsız ve gereğinden fazla kısıtlayıcıdır. Hakimlik teminatlarının sağlandığı ve erkler arasındaki ilişkinin bağımsızlık ilkesine uygun bir biçimde yapılandırıldığı bir toplumda, vekillerin asli görevlerinin kısıtlanması anlamına gelebilecek böyle bir düzenleme sadece gereksiz değil, aynı zamanda sakıncalı olarak da değerlendirilebilir.

Vekiller, toplumun talep, beklenti ve iradelerini yansıtmak ve dillendirmek görevini üstlenmişlerdir. Toplumun yargı kurumlarından da beklentileri olabilir, bunların ilk elden ifade edileceği yerler parlamentolardır. Ünal’a göre, egemenliğin temsilciliğini yapan bir organın iradesini sınırlandırmanın bir anlam taşımadığı ve görölmekte olan bir dava hakkında meclislerde olayın ele alınıp görüşölmesinin de bir sakıncası bulunmamaktadır⁴³⁹. Ayrıca Tosun da bu konuda çoğu batılı devletlerde bu şekilde bir düzenlemenin yer almadığı ve yasağın hakim in aldığı nihai ve ara kararlarla sınırlı tutulması gerektiğini savunmaktadır⁴⁴⁰.

Yargı kararları dokunulmaz, eleştirilmez değildir. Kararların toplumda demokratik bir biçimde eleştirilebilmesi gerekir, bu sayede hem yasakoyucu kendisine buradan görev çıkarabilir, hem de statik yapısı nedeniyle toplumun bir adım gerisinden gelen hukuk kurallarının yargıç eliyle uygulanmasında hukuk ile toplum arasındaki açığı, toplumun talep ve beklentilerine kulak tıkamayan yargıç,

⁴³⁷ KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, s.4.

⁴³⁸ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.66.

⁴³⁹ ÜNAL, s.15.

⁴⁴⁰ Öztekin TOSUN, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt:I**, 4.b., İÜHF Yayınları, İstanbul, 1984, s.431.

yargı kararı yoluyla kapatabilir. Ancak elbette öncelikle yargıcın ne karar verirse versin güvende olduğunu hissetmesini sağlayacak güvencelerin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bunun dışında zaten toplumun bir parçası olan hakimin hiçbir şeyden etkilenmemesini beklemek gerçek dışı olduğu kadar, gereksiz ve yanlış da. Hakim toplumu tanıdığı, anladığı, algılayabildiği ve toplumsal değişimleri kavrayıp anlamlandırabildiği ölçüde toplumsal adaletin gerçekleşmesine katkı sunabilir, aksi halde yalnızca hüküm tesis eden bir memur olmaktan öteye gidemeyecek; zamanla da yargı, statükocu olmakla yaftalanmış meşruiyeti tartışılan bir kurum durumuna gelebilecektir.

Elbette bu konuda belli bir ölçüden söz edilebilir. Yargıcın tarafsızlığını zedelemeyecek, masumiyet karinesine aykırılık oluşturacak biçimde kişiler zan altında bırakılmayacak ve yargılamanın sıhhatine zarar gelmeyecek biçimde bu özgürlük kullanılmalıdır. Ancak görüş bildirmeyi tümüyle yasaklamaya varan bir bakış açısının gereğinden fazla kısıtlayıcı olduğu açıktır. Hakimlik güvencelerine sahip bir hakimin halkın vekillerinin düşüncelerinden haberdar olmasının hiçbir sakıncasının olmayacağını aksine yararlı olacağını düşünmekteyiz.

c. Yargıcın Yargı Karşısındaki Bağımsızlığı

Yargıcın yalnız dış etkilere değil, aynı zamanda yargı organından ve diğer yargıçlardan gelebilecek olası baskı ve etkilere karşı da korunması gerekir⁴⁴¹. Bunun içindir ki, hakimler birbirlerine emir ve talimat veremezler, birbirlerinin paylaşmadıkları görüşleri ile bağlı değildirler⁴⁴². Yargı içerisindeki alt-üst ilişkisi ancak görevin gerektiği sınırlar içerisinde⁴⁴³, muhakeme usulünün gerektirdiği ölçüde⁴⁴⁴ haklı görülebilir. Bu bakımdan kanun yolunda hakim kararlarının bozulması

⁴⁴¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.849; DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.78.

⁴⁴² Bu ilke, Venedik Komisyonu, Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonunun 2010 tarihli “Yargı Bağımsızlığı, 1. Bölüm: Yargıçların Bağımsızlığı” konulu raporunda şu şekilde ifade edilmiştir: “Yargı içi bağımsızlık ilkesi, her bir yargıcın bağımsızlığının yargısal karar verme faaliyetleri kapsamında karşılaşılabilecek yargıçlar arası bir tabiiyet ilişkisiyle uyumlaması anlamına gelir.”

⁴⁴³ CENTEL, s.26.

⁴⁴⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.849.

bağımsızlığın önünde bir engel olarak görülmez. Çünkü bu uygulama adil karara ulaşma uğraşının bir gereğidir⁴⁴⁵.

Bir mahkeme, önüne gelen uyuşmazlığa emsal teşkil edebilecek başka bir uyuşmazlık hakkında diğer mahkemelerce verilen kararlara uymak zorunda değildir. Ancak önceki olaylar için hakimlerin verdiği kararların daha sonraki benzer olayların muhakemesinde hakimlere ışık tutucu olduğu kabul edilebilir⁴⁴⁶. Bununla birlikte, mahkemeler, aynı konuda aynı dava sebebine dayanılarak aynı taraflar hakkında verilmiş bir mahkeme kararı ile bağlı olup, aynı davayı yeniden inceleyemezler⁴⁴⁷.

Yargı kararlarının denetiminde, bir hakimın kararını inceleyen üst mahkeme hakiminin faaliyeti de, emir yahut talimat vermek anlamına gelmemektedir⁴⁴⁸. AYM'ye göre buradaki denetimin amacı, yargı yerlerinin verdikleri kararlarda, gerek yanılma gerekse başka biçimde yorumlama sonucu olarak doğan ve olağan sayılması gereken kanuna ve hukuka aykırılıkların zamanında giderilmesini sağlamak, aynı olaylar hakkında farklı kararlar verilmesi sonucu oluşabilecek eşitsizlik ve adaletsizliklerin önüne geçebilmek, böylelikle kişi haklarına ve topluma güvence sağlamaktır⁴⁴⁹.

Buna karşılık, içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda bağlayıcı olmasının hakimlerin bağımsızlığıyla çeliştiği çünkü içtihadı birleştirme kararlarının hukuken hakimleri bağladığı ve onların özgürce karar vermesinin önünde engel olduğu yönünde görüşler vardır⁴⁵⁰. Gerçekten de, yüksek mahkemeye belli bir uyuşmazlığın üstüne çıkarak, bütün uyuşmazlıklarda uygulanacak normu belirleme yani bir tür yasama faaliyeti sayılabilecek şekilde düzenleme yapma yetkisinin tanınması yargı bağımsızlığına, dolayısıyla anayasaya aykırılık taşımaktadır⁴⁵¹. Öte yandan Centel, içtihadı birleştirme kararlarının, ülkede hukuk güvenliğini sağlamak üzere içtihat birliğine ve yasakoyucuya esin kaynağı olmaya ilişkin katkılarının da göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁵².

⁴⁴⁵ CENTEL, s.26.

⁴⁴⁶ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.78.

⁴⁴⁷ KURU, s.11.

⁴⁴⁸ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.78.

⁴⁴⁹ AYM'nin, 18.02.1971 tarih ve 1970/31E., 1971/2 K. sayılı kararı.

⁴⁵⁰ YURTCAN, s.62. Ferman DEMİRKOL, **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, (Yargının Fonksiyonları), s.58 vd.

⁴⁵¹ ÖZEK, s.922.

⁴⁵² CENTEL, s.27. AYM ise, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada verdiği kararda, bu hükmün anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Yargı kararlarının, hak ve özgürlüklerin korunmasına dönük önlemler ve muhakeme usulünün gerektirdiği ölçüde denetimi dışında, yargı içerisinde herhangi türden bir hiyerarşik yapılanma yargı bağımsızlığının gerçekleşmesinin önünde bir engel olacaktır. Yargı içerisindeki hiyerarşik, Hakim Kemal Şahin’in tabiriyle “oligarşik” bir yapılanma⁴⁵³, yargı bağımsızlığının diğer unsurları sağlansa dahi gerçekleştirilememesine sebep olabilir. Karar verirken üst mahkemenin ne diyeceği korkusuyla davranan bir hakimin toplumsal adaletin gereklerine göre davranabilmesi mümkün değildir. Böylesi bir yargılama faaliyeti topluma direktifler veren bir otoritenin daha halkın başına çöreklenmesine sebebiyet verebilir.

Örneğin ülkemizdeki Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre hüküm tesis edip puan almak çabasını doğuran terfi sistemi, hakimleri somut olay karşısında bağımsız bir değerlendirme yapabilmekten alıkoymaktadır⁴⁵⁴. Elbette kanunyolları hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yargı içi denetimin en etkin yoludur, ancak hakimleri yorum faaliyetinden alıkoyan, puan almak gayesiyle hüküm tesis etmek biçimindeki kısır bir faaliyete sevk eden bir mekanizmaya da sebebiyet verilmemesi gerekir. Yargının yargıya karşı korunması, hukukun, statik yapısının yargı eliyle

Gerekçesinde, anayasada yer alan bağımsızlığa ilişkin hükümlerin amacının, davayı yalnızca bu davanın esasını gören hâkim veya mahkemenin kanısına göre hükme bağlatmak olmadığını, amacın, dışarıdan gelecek etkilere uzak ve yalnız hukukî ölçülere göre değerlendirilip hükme bağlanmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Buna göre bir hâkim kararının başka bir hâkim tarafından da denetlenmesinin, ayrıca bir hâkim kararının Yargıtay’ın görüşüne uygun olarak verilmesi ödevinin hâkimlere yükletilmesinin bağımsızlık ilkesi kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. AYM’nin 12.06.1969 tarih ve 1968/38 E., 1969/34 K. sayılı kararı.

⁴⁵³ “Yargıdaki oligarşik ve hiyerarşik yapılanma ortadan kaldırılmadığı sürece Althusser’in söylemiyle Montesquieu’nun güçlerin ayrılığı efsanesinin bir anda gerçekleştiğini varsaysak bile yargıç bağımsızlığını olanaklı kılmak mümkün değildir. Yargıç bağımsızlığının önündeki engelleri sadece yasama ve yürütme olarak görmek ya da yargıç bağımsızlığının sadece kuvvetlerin ayrılığı ilkesiyle gerçekleşebileceği algılamasıyla yetinmek bizleri Jose Saramago’nun *Körlük* isimli eserindeki araba kullanmakta olan bir adamın yeşil ışığın yanmasını beklerken ansızın körleşmesi, körlüğüne çözüm bulmak için gittiği doktora da körlüğü bulaştırması, bu körlüğün bir hastalık gibi tüm kente yayılması gibi bir tehlikeyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu körlükten kurtulmak ya da körlük tehlikesiyle karşılaşmak istemiyorsak özellikle yüksek yargı oligarşisi devrim taşıyıcı misyonunu taşımaktan vazgeçmeli, Jacques Verges’nin *Savunma Saldırıyor* isimli eserinde vurguladığı gibi ‘kimsiniz?’, ‘neyi temsil ediyorsunuz?’, ‘nedir tarihsel olarak varlık nedeniniz?’ sorularını yargıçların ve özellikle yüksek yargı oligarşisinin her davanın eşliğinde kendilerine sormaları ve yanıtların üzerine düşünceleri gerekiyor.” Kemal Şahin, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı: Tartışmalar ve Sorunlar”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Haz: Hayrettin Ökçesiz, Sayı:16, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 237.

⁴⁵⁴ Sami SELÇUK, “Hukukun Her Kesime Yönelik Söylemi: Esenliğin için Yargı Bağımsızlığı Değerine Sahip Çık”, **Star Gazetesi**, 19 Şubat 2009, s.8.

aşılmasında önemli olan “yorum” yoluyla, toplumsal ihtiyaçlara göre geliştirilebilmesi bakımından önemlidir⁴⁵⁵.

d. Yargıcın Diğer Kişi ve Kurumlar Karşısındaki Bağımsızlığı

Toplum içerisindeki farklı kişi ve grupların da yargıç üzerinde baskı kurma girişimleri olabilmektedir. Özellikle “dördüncü kuvvet” ifadesiyle anılan medyanın toplum üzerinde çok etkin bir rolünün olduğu ortadadır. Liberal demokrasilerde medya özellikle siyasal iktidarlar için önemli bir silah aynı zamanda ciddi bir tehdit olarak algılanmaktadır. Bireylerin siyasal alanın dışında bırakıldığı liberal demokrasilerde bu alandan bilgi alabilmenin yazık ki en etkin ve hızlı yolu medyadır. Bu bakımından bireylerin siyasal alana müdahale edebilme olanaklarını arttırması bakımından önemli bir araçtır. Bundan dolayıdır ki, siyasal iktidarlar medyayı bir tehdit olarak algılıyor ve bu tehdidi kendilerinin elinde bir silaha dönüştürecek müdahalelere başvuruyorlar. Medyadaki tekelleşme ve siyasal iktidarların bu alanlarda etkinlik sağlamaları bu etkili yolun toplumun denetim aracı olmaktan çok, topluma çevrilmiş silah olması sonucunu doğurmaktadır. Yalan ve yanıltıcı haberler yoluyla toplum yönlendirilebilmektedir.

Bu durum kimi zaman yargıdan beklentilerini alamayan kesimlerin aynı silahı yargıya da doğrultmalarına sebep olabilmektedir. Fakat yargı bağımsızlığına ilişkin güvencelerin sağlandığı bir toplumda medyanın yargılama faaliyetine ilişkin geniş kapsamlı yasaklarla sarmalanmasının da demokrasiyle bağdaşır bir yanı yoktur. Yargılama faaliyetinde usulsüzlükler, tarafsızlığa gölge düşüren gerçekler ve uygulamalardan toplumun haberdar edilmesi, hak ve özgürlüklerin korunması bakımından hayati önem arz etmektedir. Zira hak ve özgürlüklerin korunmasında hukuk ve yargı önemli olsa da, en nihayetinde esas koruyucu toplumdur. Ayrıca basının yargılamaya ilişkin görüş ve beyanlara yer vermesi doğaldır, yasamaya ilişkin bölümde yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Hakimin bu görüş ve beyanlarla yüzyüze kalması hakim güvenceleri sağlanmış bir toplumda bağımsızlığa neden engel teşkil etsin ki? Kunter’e göre, ancak hakimler üzerinde baskı yapıp yargılamanın gereğince yapılmasına engel olabilecek yayınlar suç sayılmalı, bu

⁴⁵⁵ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.85.

nitelikte olmayan yayınlar ise, örneğin bir mahkeme kararının ilmi bir dergide ilmi bakımından tahlili ve tenkidi serbest olmalıdır⁴⁵⁶. Bizce de basın yalnızca yargılamanın sıhhatini engelleyecek (delillerin karartılmasına sebep olabilecek, suçluların yakalanmasına, delillerin toplanmasına engel olabilecek vb.) durumlarda ve kişi hak ve özgürlüklerini ihlal etmemek suretiyle sınırlanmalıdır.

Bunlar dışında, diğer toplum kesimlerinin de yargıya ilişkin görüş ve temennilerini ifade edebilmelerinin sakıncası olmadığını düşünmekteyiz. “Ancak ve ancak yargıç güvencesinin tam anlamıyla sağlanması ile birlikte” demeyi ihmal etmeden. “Yargı kararları bilimsel eleştiriler dışında tartışılmaz, uygulanır”⁴⁵⁷ biçimindeki bir görüşün kabul edilir bir yanı olmadığını düşünmekteyiz. Yargı kararları toplumun tüm kesimlerince tartışılabilir, bu tartışmanın sınırları yargılamanın sıhhati ve genel anlamda düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlarıdır.

Yargı bağımsızlığı hakimleri hedef alan saldırı nitelikli suç kapsamındaki eylemler yoluyla da engellenebilir. Bu baskı ve etkileme girişimleri toplumun tüm kesimlerinden gelebileceği gibi devlet adına şiddet tekeli elinde bulunduran kesimler aracılığıyla da gerçekleşebilir. Bu durumlar karşısında ceza kanunları kapsamında koruma sağlanması, bu durumlara ilişkin soruşturmaların etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekir.

Nitekim kimi durumlarda, yargıçlar üzerinde kaba güç kullanıldığı, yargıçların kaba güç tehdidiyle sindirildiği veya yönlendirildiği, kaba gücün devreye girmediği noktalarda yargıçlara ekonomik çıkar teklif edilerek bağımsızlıklarının satın alınmaya çalışıldığı gözlenmektedir⁴⁵⁸. Böylesi bir durum yalnızca yargıya

⁴⁵⁶ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.86.

⁴⁵⁷ Nuri ALAN, “Yargı, İktidar ve Siyasi Partilerin Kapatılması”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 20.03.2008.

⁴⁵⁸ Zimbabve’de, hükümetin hayata geçirmek istediği toprak reformuna karşı çıkan veya destek vermeyen yargıçlar ciddi şiddet tehdidiyle karşılaşmıştır. Bu yüzden bazı yargıçlar görevlerini bırakmak veya ülkeyi terk etmek zorunda kalırken, kalanlara, hükümetin lehinde karar vermelerini sağlamak amacıyla, toprak reformu sürecinde kamulaştırma yoluyla el koyulan topraklar dağıtılmıştır Gugulethu Moyo, “Corrupt Judges and Land Rights in Zimbabwe”, Global Corruption Report 2007’den Aktaran: GÖNENÇ, Yargı, s.4. Bir başka örnek Meksika’dan verilebilir. Bu ülkede, uyuşturucu kaçakçılığıyla ilgili davalara bakan yargıçlar, rüşvet-şiddet kışkıracıya girmiş görünmektedir. İspanyolca “plata o plomo”, yani “gümüş veya kurşun” ibaresi, bu davalara bakan yargıçların karşı karşıya bırakıldıkları birbirinden kötü iki seçeneği, yani rüşveti veya şiddeti ifade etmektedir Jorge Fernandez Menéndez “Mexico: the Traffickers' Judges”, Global Corruption Report 2007’den Aktaran: GÖNENÇ, Yargı, s.4.

güvenin değil, toplumsal huzur ve barışın da tümüyle yok olduğu bir topluma sebebiyet verecektir⁴⁵⁹.

2. Hakimlerin Belirlenmesi Usulünün Yargı Bağımsızlığına Etkisi

Yargı bağımsızlığı, hakimin görevini yaparken hukuka ve vicdanına göre karar verebilmesini engelleyecek zincirlerden kurtarılmasını amaçlar. Ancak yargıç yalnızca görevini yaparken değil, daha mesleğe başlamadan birtakım zincirlerle bağlanabilmektedir⁴⁶⁰. Kimler hakim olabilir? Hangi şartlar gereklidir? Ve bu şartların sağlanıp sağlanmadığına kim karar verecektir? Bu sorular tek başlarına ele alındığında, hakimleri belli türden bağımlılık ilişkisinin içerisine sokabilecek, yargıç tarafsızlığına daha yolun başında aşılması zor engeller koyabilecek içeriktedir.

Hakim olmak isteyen birey öncelikle belirlenen şartları karşılayacak kalıbın içerisine girmek zorunda olacaktır. Dahası bu şartları sağlaması yetmeyecek, şartların sağlanıp sağlanmadığına karar verenlerin aradığı kalıba da uyması gerekecektir. Bu şartlar altında, fırsat eşitliği ve liyakat ilkelerinin esas alınmadığı bir sistemde hakim adayları, sistemin istediği ve egemen sınıfın ideolojisine uygun bireyler olacaklardır. Aksi durumdakiler kalıba uymayacağından yarışın dışında kalacaklardır.

Hakim olabilmek için nasıl olması gerektiğini buyuranlara biat eden birey için minnet duygusunun da getirdiği bir bağımlılık halinin ortaya çıkmaması için

⁴⁵⁹ Ülkemiz de bu konuda çarpıcı örneklerle doludur. Emekli Korgeneral Altay Tokat, Yeni Aktüel'den Semin Gümüşel'in kendisiyle yaptığı röportajda, Şemdinli'deki bombalama olayıyla ilgili soru üzerine, daha sonra çok tartışılan açıklamalar yapmıştı. Röportajın bu bölümünü aktarıyoruz:

Şemdinli olayındaki bomba "Arkadaş, dikkat et, onu yapma" demek için, ikaz için de atılmış olabilir. Ama istihbaratçılar bunu beceriksizce yaptılar. Olayı dışarıdan kontrol etmek yerine hata yaptılar. Suikasta götürdüler. Benim zamanımda ben de bomba attırdım.

- Nereye?

Bir, iki kritik noktaya.

- Siviller de var mıydı orada?

*Boş yerlerdi. Batıdan gelen memurlar, hâkimler için ciddiyetini anlamıyor. Şunlar hizaya gelsin diye evlerine yakın iki yere attırdım. Ondan sonra anladılar ki çok dikkatli olmalılar. Bir musibet bin nasihatten iyidir. Öylece onları eğittim ben. Bunu hemen aman "Bomba atmak yasaktır" diye yorumlayamazsın. (Yeni Aktüel, 27 Temmuz 2006) Bu sözleri söyleyen kişi hakkında hiçbir soruşturma açılmazken, bu durumu eleştiren Hakim Kemal Şahin hakkında soruşturma başlatılması yargı bağımsızlığının ülkemizdeki içler acısı algılanışını gözler önüne sermektedir. Kemal Şahin'in ilgili yazısı için bkz. Kemal ŞAHİN, "Hizayaaaaa geeelllll!", **Radikal İki**, 6 Ağustos 2006.*

⁴⁶⁰ AİHM, Morris v. UK davasında (Başvuru no: 38784/97, 26.02.2002 tarihli karar) "*Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığını belirlemek için üyelerinin atanma şekline, kuruluş şartlarına, dış baskılara karşı teminatlarının varlığına bakılmalı ve kurumun bağımsız bir görüntü sergileyip sergilemediği sorgulanmalıdır*" diyerek teminatlar yanında hakimlerin belirlenmesi usulünün de bağımsızlık bakımından önemli olduğunu vurgulamıştır.

hiçbir neden yoktur. Öte yandan hakimlerin belirlenmesinde etkin olan görüşün kadrolaşmasına da imkan verdiğinden bir bütün olarak yargının da tarafsızlığına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. İşte bu yüzden hakimlerin belirlenmesi usulü yargı bağımsızlığı bakımından büyük önem taşır⁴⁶¹.

Hakimlerin belirlenmesi bakımından, günümüz liberal demokratik rejimlerinin üzerinde ortaklaştığı bir usulden söz etmek mümkün değildir. Her devletin kendi özgül koşullarına göre geliştirdiği farklı usuller vardır. Ancak hakimlerin atanmasında belirleyici olan organ esas alındığında karşımıza belli başlı beş farklı usul çıkar:

a. Hakimlerin Seçim Yoluyla Belirlenmesi

Bu yöntemin dayandığı görüşe göre, yargı yetkisi halk adına kullanılan bir yetki olduğuna göre, bu yetkiyi kullanacak kişilerin belirlenmesinde de halkın birinci elden söz sahibi olması gerekir. Zira egemenliğin gereği de budur ve bütün iktidarlar gibi yargının da halk/ulus iradesine dayanması gerekir⁴⁶².

Buna göre, yürütme ve yasama karşısında yargının bağımsızlığının sağlanmasının tek yolu yargıçların da seçim yoluyla belirlenmesidir. Ayrıca yargıcın uygulayacağı yasaları çıkaran parlamentoyu belirleyen halkın, bu yasaları uygulayacak kişileri seçmesinde de bir sakınca yoktur⁴⁶³.

Karşıt görüşler ise, yargıçların seçim yoluyla belirlenmesinde siyasal tercihlerin etkin olacağını, bunun da bağımsızlığı etkileyeceğini ileri sürmektedirler. Ayrıca halkın mesleki açıdan yeterliğe sahip yargıçların belirlenmesinde yetkin olamayacağını ve nüfus nedeniyle seçim usulünün ancak federatif yapılanmalarda uygulanabilir olduğu ifade edilmektedir⁴⁶⁴.

Günümüzde ABD'nin bazı eyaletleri ve İsviçre'nin bazı kantonlarında bu yöntem uygulanmaktadır. Ancak yöntemin liberal demokrasi ile çelişkili bir içeriğe sahip olması, özellikle temsili demokrasinin ortaya çıkardığı halkı temsil etmekten uzak siyasal yapılanma nedeniyle bu yöntemin temsili sistemin esas alındığı

⁴⁶¹ Ali Rıza ÇINAR, "Erkler Ayrılığı İlkesi Açısından Yargı Bağımsızlığı ile Yargıcılık ve Savcılık Güvencesi", **Suç ve Ceza**, Sayı:1, Mart 2008, s.24.

⁴⁶² KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, s.25.

⁴⁶³ KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, s.25.

⁴⁶⁴ KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, s.30.

toplumsal yapılarda istenen sonucu elde edemeyeceğini düşünmekteyiz. Bunun göstergesi ile günümüz uygulamalarıdır. Örneğin doğrudan demokrasinin uygulandığı İsviçre kantonlarında bu yöntem çok başarılı sonuçlar vermektedir⁴⁶⁵. Ancak temsili demokrasinin esas alındığı ABD’de sonuç tam bir felakettir⁴⁶⁶. Temsili demokrasinin belli kesimler için yarattığı saltanat yargı alanında da bir saltanata dönüşmektedir.

Var olan yöntemler içerisinde en gerçekçi, toplumsal adaletin sağlanması bakımından en elverişli yöntemin seçim yöntemi olduğunu düşünüyor olsak da, temsili demokrasinin esas alındığı bir toplumda bu usul daha büyük adaletsizliklerin yaşanmasına ve yargının meşruiyetinin ciddi anlamda sarsılmasına sebebiyet vereceğinden zararlı olacaktır.

b. Hakimlerin Hakimler Tarafından Seçilmesi

Hakimlerin yine hakimler tarafından belirlenmesi, mesleki yeterliliklere sahip kişilerin tespit edilebilmesi konusunda ve yürütme karşısında tam bir bağımsızlık sağlaması açısından olumlu gözüküyor olmakla birlikte kimi tehlikeleri de bünyesinde barındırır. Özellikle hukuk ve devletin topluma yabancılaştırıldığı bir yapıda, yargının da toplumdan büsbütün ayrışması sonucunu doğuracak bir zümre anlayışının ortaya çıkması gerek demokrasi gerekse yargının meşruiyeti bakımından olumsuz neticelere sebebiyet verebilecektir⁴⁶⁷.

Postacıoğlu’na göre bu sistemde hakimler ayrı bir sınıf haline gelmekte ve yargı toplumun taleplerine karşı duyarsız ve sorumluluktan uzak bir yapıya bürünebilmektedir⁴⁶⁸. Özbudun’a göre de kooptasyon sistemi yargının bir kastlaşma içerisine girmesine sebep olabilecektir: *“Şüphesiz böyle bir sistem, hakimlerin yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığını en yüksek noktaya ulaştırır. Ancak öte yandan, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin gene hakimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen bu “kooptasyon” sisteminin bir çeşit kast zihniyetine sahip bir “yargı teknokrasisi”nin oluşmasına, yargı*

⁴⁶⁵ İlhan POSTACIOĞLU, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.b., İÜHF Yayınları, İstanbul, 1975, s.33-34.

⁴⁶⁶ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.100; KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, s.41-42.

⁴⁶⁷ TOSUN, s.466.

⁴⁶⁸ POSTACIOĞLU, s.34.

*organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalmasına yol açabileceği de ileri sürülebilir*⁴⁶⁹. Bu nedenledir ki, zamanımızda kooptasyon sistemi, saf şekliyle çok dar bir uygulama alanı bulmaktadır⁴⁷⁰.

Ayrıca erklerin karşılıklı denge üzerine kurulu sistemini de olumsuz yönde etkileyecek böylesi geniş bir bağımsızlık hali, temsili demokrasinin ağır aksak işleyen biçimini de ciddi biçimde etkileyecektir. Yargının zamanla diğer erkler karşısında üstün bir hale gelmesi yalnızca erkler ayrılığı ilkesinin işleyişine zarar vermekle kalmayacak, kendi kendilerini seçen (hatta kendi kendisini yargılayan) bir zümrenin toplum üzerinde kuracağı gayri meşru bir iktidara da kapıyı aralayabilecektir.

c. Hakimlerin Yasama Organınca Belirlenmesi

Bu yöntem daha çok ve yaygın olarak yüksek mahkeme üyelerinin seçiminde başvurulmuş bir yöntemdir. Bu sistemin uygulamadaki bir farklı yansıması yargıçların seçiminde yürütme ile yasamanın birlikte rol almasıdır. Filipinler, Nijer ve ABD gibi ülkelerde yasamanın onay veya görüşü alındıktan sonra devlet başkanı tarafından seçimin yapılacağı öngörülmektedir⁴⁷¹.

Ancak bu yöntem de siyasal alanın müdahalesine imkan sağlayacağı, tercihlerin siyasal saiklerle yapılacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir.

d. Hakimlerin Yürütme Organınca Belirlenmesi

Yargının bağımsızlığı fikri özellikle yürütmenin keyfi uygulamalarına karşı ileri sürülmüş olsa da tam anlamıyla yargı ile yürütmenin birbirinden ayrıştırılabilmesi de mümkün olmamıştır. Diğer sistemlerin içerdığı sıkıntı ve zorluklar karşısında, hakimlerin belirlenmesi usulünün keyfiyete meydan vermeyecek bir biçimde kurallara bağlanmak suretiyle yürütme eliyle uygulanmasının daha kolay ve faydalı bir yöntem olacağı düşünüldüğünden kimi devletler bu usulü tercih etmiştir.

⁴⁶⁹ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s.361.

⁴⁷⁰ KAPANİ, Hakimlerin İstiklali, ss.51-59.

⁴⁷¹ DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.103.

Bunun en iyi örneği İngiltere’dir. Hakimlerin belirlenmesinde yürütmenin çok geniş yetkilere sahip olduğu İngiltere’de hakimler, yürütme organı tarafından belirli bir müddet (10-15 yıl) avukat olarak görev yapmış kimseler arasından seçilir. Norveç, Kanada, Polonya ve Finlandiya gibi ülkelerde de yargıçların seçiminde yürütme organına geniş yetkiler verilmiştir⁴⁷².

Hakimlerin doğrudan halk tarafından belirlenmesi nasıl temsili demokrasilerden kaynaklı olarak toplum için bir tehlike oluştuyorsa, tamamıyla yürütme tarafından belirlenmesi de aynı oranda tehlikelidir. Bu durumda yürütmenin diğer erkler karşısındaki etkinliği ciddi ölçüde artacak ve hak ve özgürlükleri ancak erkler arasında kurulacak denge içerisinde belli bir ölçüde koruyabilen temsili demokrasi bu durumda da işlemez hale gelecektir. Benzer sorunlar Fransa’da yaşandığı için Fransa bu usulden vazgeçmiştir⁴⁷³.

e. Hakimlerin Karma Bir Kurul Tarafından Belirlenmesi

Erklerin belli bir denge içerisinde karşılıklı olarak birbirlerini denetlediği ve sınırladığı bir yapı içerisinde hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi ve korunması esasına dayanan liberal demokrasilerde, hakimlerin belirlenmesi bakımından da, çoğunlukla, böylesi bir dengeyi koruyacak bir yapının esas alınması usulü tercih edilmiştir.

İçerikleri ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, temeli, erklerin belirli bir denge içerisinde belirleyici olacağı fikrine dayanan bu usulün diğerlerine göre daha verimli olacağını düşünmekteyiz. Bu sayede yargı örgütünün tümüyle toplumun dışında biçimlenmesinin önüne geçilmiş olacak ve aynı zamanda yargı, toplumun talep ve eğilimlerini de makul bir ölçüde yansıtabilecektir. Bu ölçünün makul olması, erkler arasındaki dengenin uygun bir biçimde kurulması ile sağlanabilecektir.

Ülkemizde, hakimlerin belirlenmesinde yürütmenin açık bir biçimde baskın olduğu görülmektedir. Özellikle Adalet Bakanlığı eliyle gerçekleştirilen mülakat uygulaması bu hususta en çok dillendirilen güvensizlik kaynağıdır⁴⁷⁴. Eleştiriler daha

⁴⁷² DEMİRKOL, Yargı Bağımsızlığı, s.106.

⁴⁷³ POSTACIOĞLU, s.35.

⁴⁷⁴ “Yargıçlık mesleğine alınacakların Adalet Bakanlığı’nca belirlenmesi yönteminin, uygulamada tercihlerin siyasi ağırlıklı olmasına olanak sağladığı ve daha başlangıçta yargının siyasallaşmasına

çok yapılan mülakat ve staj sürecinin HSYK tarafından yapılması gerekliliği vurgusu üzerinden yapılırsa da bizce sözlü sınavın da etraflıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hakim adaylarını mesleki yeterlik bakımından bir yazılı sınava soktuktan sonra en başarılı olanları tercih etmek yerine başarılı olanları sözlü sınava tabi tutmak için nasıl bir gerekçe gösterilebilir? Ya yapılan yazılı sınav güvenilir değildir bu nedenle sözlü sınav da yapılmaktadır, ya da ilan edilmemiş bazı yeterlilikler aranmaktadır. Ancak her iki seçenek de yürütme eliyle yapılan bir mülakat ile hakimlerin belirlenmesini haklı çıkarabilecek yeterlikte değildir.

İktidarda kimin olduğuna bağlı olarak, adayların “Alevi-Sünni”, “Kürt-Türk”, “Kemalist-dinci-komünist” gibi ayrımlar üzerinden elendiği inancı toplumumuzda yaygındır ve bunun bir kuruntu olduğunu düşünmek kolaya kaçmak olacaktır. Hiçbir kuruntu ortada bir neden yokken bu kadar yaygın bir inanış biçimini almaz.

Bu bakımdan mülakata dayalı hiçbir seçim usulünün gereken güveni sağlayamayacağını düşünmekteyiz. Bireyin hakimlik mesleği bakımından yeterliği üç-beş kişinin karşısında verdiği cevaplarla tespit edilebilir bir şey değildir. Açıktır ki bu yöntem seçme değil, eleme mantığına dayanmaktadır. Ve eleme kriterleri belirsiz olduğu gibi, belirlense bile denetlenebilir değildir. Bir de buna ek olarak elemelerde siyasal iktidarın doğrudan belirleyici olması, eleminin tümüyle siyasal bir eleme olması sonucunu doğuracaktır. Seçici kurulun iyiniyetine güvenmekle yapılabilecek haksızlıkların önünü almak mümkün olmadığı gibi, bu beklenti demokrasinin gereklerine de uygun değildir⁴⁷⁵.

Ayrıca mesleğe adım atmadan yürütmenin hakimiyetini hissetmeye başlayan hakim adayının üzerindeki baskı ve etki, atama sonucu oluşan minnet duygusu ile de birleşince hakimın bağımsızlığı daha yolun başında sekteye uğramış olacaktır. Bu nedenle erklerin dengeli bir biçimde etkin olduğu bir kurul tarafından hakimlerin belirlenmesi ve seçim usulünün fırsat eşitliğine ve liyakat ilkelerine uygun olarak

zemin hazırladığı kuşkusunu uyandırmaktadır.” Mahir Ersin GERMEÇ, “Ülkemizde Yargı Bağımsız Mı? Yargıçlar Güvenceli Mi?”, **Bursa Barosu Dergisi**, Yıl:30, Sayı:80, 2006, s.65.

⁴⁷⁵ AB İstişari Ziyaret Raporlarında da yürütmenin hakimlerin belirlenmesindeki etkinliği sıkça eleştirilmiştir: Türkiye’de yürürlükte bulunan yargı mesleği ile ilgili sistem temel prensiplere uygun olmadığına, bu sistemin, kimin hâkim adayı olacağı, kimin olamayacağı hususunda verilecek karar üzerinde, siyasal bir birim olan Adalet Bakanlığına önemli derecede etkin olma imkânı sağlandığına vurgu yapılan raporlarda hakimlerin belirlenmesi usulünde yürütmenin etkinliğine dikkat çekilmiştir. Bkz. BJONBERG/RICHMOND, ss.21-23.

belirlendiği bir sistem yargıç bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından hayati önem taşımaktadır.

3. Yargı Bağımsızlığının Sınırı: Yargıcın Denetimi

Bağımsızlık, hakimlere sağlanmış bir ayrıcalık değil, aksine, tarafsızlığın sağlanması amacıyla alınan bir önlem, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin bir güvencedir⁴⁷⁶. Bu bakımdan yargıç bağımsızlığı bir amaç değil, adil karara ulaşmak için bir araçtır. Dolayısıyla amaca ilişkin bir sapma yalnızca yargının meşruiyeti bakımından değil, liberal demokrasinin üzerinde yükseldiği hukuk devleti ilkesi açısından da olumsuz neticelere sebebiyet verecektir.

O halde yargı bağımsızlığının sınırı bağımsızlık ile ulaşılmak istenen amaçtır. Yani adil karara ulaşabilmenin gereklerinden olan tarafsızlığın sağlanabilmesi için gereken güvencelerin sağlanmasıdır. Bağımsızlığın bu amacı aştığı noktada, kuvvetler ayrılığı ilkesinin dengesinin bozulacağı ve yargı otoritesinin gereğinden fazla artıp demokrasiye zarar vereceği kabul edilmelidir.

Bağımsızlık, yargıçların görevlerini gereği gibi yapmaları için geliştirilmiş bir ilke olmakla birlikte⁴⁷⁷, keyfiyetin önlenmesi bakımından yargıçların ayrıca denetimi de gereklidir⁴⁷⁸. Hukuk devleti olmanın bir gereğidir bu. Yargıcın keyfi ve bağımsızlığı kötüye kullanacak tutum ve davranışlar içerisinde bulunması da olasıdır. Bağımsızlığı denetim dışı bir ilke olarak ele almak, gerek demokratik yapı gerekse yargının bağımsızlığı bakımından geri dönüşü olmayan zararlara sebebiyet verebilir. Bu bakımdan hakimin kararlarının yargısal denetimi yanında, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin amacına aykırı olmayacak biçimde, tutum ve davranışlarının da denetimi gereklidir.

⁴⁷⁶ ÜNAL, s.22; Yavuz SABUNCU, **Anayasaya Giriş**, 11.b., İmaj Yayınevi, Ankara, 2005, s.102.

⁴⁷⁷ ÜNAL, s.7.

⁴⁷⁸ Günümüzde yargıçların sorumluluğu üç başlık altında toplanmaktadır: “Ceza hukuku bağlamında sorumluluk”, “özel hukuk bağlamında sorumluluk” ve “disiplin sorumluluğu”. Ceza hukuku bağlamında yargıcın sorumluluğu, yargıcın göreviyle ilgili bir suç işlemesi sonucunda ortaya çıkar. Örneğin, bir yargıcın rüşvet alması cezai sorumluluğunu gerektirir. Özel hukuk bağlamında sorumluluk ise, yargıcın verdiği kararlar dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin maddi veya manevi tazminat davası açabilmeleri anlamına gelir. Son olarak disiplin sorumluluğu, yargıçların özellikle meslek içi disiplin kurallarına aykırı davranışları durumunda karşılaştıkları yaptırımları anlatır. GÖNENÇ, Yargı, s.11. Ancak burada bağımsızlık bakımından belirleyici ve bir o kadar da tartışmalı olan disiplin sorumluluğu etrafında konuyu ele alacağız.

Ancak bu denetimi kim, nasıl yapacaktır? Yargı bağımsızlığı bakımından sorun teşkil eden ve tartışmalı olan konu burasıdır. Zira, hakimleri denetlemek, soruşturmak, terfi ve tayin gibi tüm yaşamlarını etkileyecek kararları almak yetkilerine sahip olan kişi ya da kurumların, hakimler üzerinde ciddi etkilerinin olacağı açıktır. Bu alana ilişkin düzenlemelerdeki ve uygulamalardaki aksaklıklar, yargı bağımsızlığına ilişkin tüm teminat ve güvencelerin anlamsız olması sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan diyebiliriz ki, hakimlik teminatının (dolayısıyla yargı bağımsızlığının) amaçlarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi açısından en temel sorun, hâkimlerin tayin, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin ne tür bir organ veya kurul tarafından yapılacağıdır⁴⁷⁹.

Burada önemli olan, hakimlerin denetiminde yargı bağımsızlığının ihlaline imkan verecek bir uygulamaya izin verilmemesi, bu denetimin hak ve özgürlüklerin korunması için yargı faaliyetinin hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirilmesini sağlamak gayesiyle yapıldığının gözden kaçırılmamasıdır. Liberal demokrasilerde ülkenin özgül koşullarına göre farklı biçimlerde denetim görevi yerine getirilmekle birlikte, özellikle hakimlerin denetimi ve özlük işlerinin bağımsız bir kurul eliyle yürütülmesi suretiyle güvence sağlanmaya çalışılmıştır. Ülkemizde de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu amaçla oluşturulmuştur.

Ancak HSYK kurulduğu zamandan bu yana, özellikle de 1982 Anayasasındaki biçimiyle sürekli tartışma konusu olmuştur. Anayasa'nın 144. maddesine göre, yargıçların (idari nitelikteki) görevlerini; yasa, tüzük, yönetmelik ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; eylem ve işlemlerinin görevleri gereklerine uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılmaktadır. Gemeç bu durumu şöyle yorumlamaktadır:

“Adalet Bakanı'nın buyruğunda çalışan ve onun izni ile denetleme, inceleme ve soruşturma yapan adalet müfettişlerince hazırlanmış bulunan raporlar, siciller (hal kâğıtları) önüne geldiğinde ancak Yüksek Kurul bunlar üzerinde inceleme yapmakta ve kararını vermektedir. Bundan da açıkça anlaşılacağı gibi, temelinde yürütme erkinin (hükümetin) üyesi olan Adalet Bakanı, yargıçlar üzerinde denetim ve gözetim hakkına sahip bulunmaktadır. Adli ve İdari yargı mahkemelerini denetlemek, yargıçlar ve savcılar hakkında araştırma, inceleme ve soruşturma yapmak, rapor ve sicil (hal kâğıdı)

⁴⁷⁹ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s.360.

*düzenlemekle görevlendirilen Adalet müfettişlerinin gerek seçimi ve atanması gerekse görevlendirme izin ve yetkisinin Yüksek Kurul yerine, Adalet Bakanlığı'na (Bakan'a) verilmiş olması, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından son derece sakıncalı kurallardır. Anayasal düzenleme böyle olduğu sürece; "Yargıçlar görevlerinde bağımsızdır, onlara hiçbir organ, makam, merci ve kişi buyruk veremez, genelge gönderemez, öneri ve etkilemede bulunamaz" kuralı sözde kalır, yargının bağımsızlığı tartışmasının asla sonu gelmez."*⁴⁸⁰

Hakimlerin hakimler tarafından belirlenmesine yönelik bir kooptasyon sisteminin sakıncaları olduğunu düşünüyor olmakla birlikte, kurul kararlarının tümünün yargısal denetime açık olması⁴⁸¹ ve bu denetimin güven telkin edecek bir usulle yapılması kaydıyla, yargıçların özlük işlerinin ve denetiminin hakimlerden oluşan bir kurul olarak HSYK eliyle yapılması gerektiği, yürütmenin temsilcilerinin bu kurul içerisinde yer almaması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Ancak yargılama faaliyetindeki rol ve misyonları farklı olan hakimler ve savcılarının tek ve aynı organ eliyle özlük işlerinin yürütülmesinin yargı tarafsızlığı bakımından sakıncalı olduğunu da belirtmekte yarar görüyoruz. 1961 Anayasası'nda yer aldığı gibi, yalnızca hakimlere dair işlerle ilgilenen bir yüksek hakimler kurulunun oluşturulmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz.

4. Yargı Tarafsızlığı

Yargı bağımsızlığına ilişkin çizdiğimiz bu çerçeve etrafında yargının işlevlerine baktığımızda, "bağımsızlık" güvencesinin, yargının, birbiriyle çelişen işlevleri arasında parçalanıp işlevsizleşmesini engellemek amacıyla da önemli bir güvence olduğunu görüyoruz. Toplum içerisindeki en etkin sınıfın yürütmeye de (elbette diğer devlet organlarında hatta medya başta olmak üzere diğer toplumsal yapılarda da) etkin olacağını, dolayısıyla yürütmenin yargıya dönük müdahale ve baskılarının tipik bir egemen tavrı olduğunu söyleyebiliriz. Bu basit gerçekten ötürüdür ki, "bağımsızlık, yargının, temel işlevi ile egemen çıkarlarını koruma işlevi

⁴⁸⁰ GERMEÇ, s.66.

⁴⁸¹ Uzunca bir dönem yüksek kurul kararlarının yargı denetimi dışında tutulduğu ülkemizde son anayasa değişiklikleri ile bu düzenlemeye kısmen son verilmiştir ancak hala kurulun meslekten çıkarmaya ilişkin kararları dışındaki kararları yargı denetimi dışında tutulmaktadır. (An. Md. 159)

arasındaki çelişki karşısında bölünüp parçalanmaması, işlevsiz kalmaması için geliştirilmiş bir çözümdür” demekle bir sakınca görmüyoruz.

Ancak bir soruyu daha cevaplamak gerekmektedir: Bağımsızlığa ilişkin güvencelerin tam olarak sağlandığı bir devlette yargıyı egemen çıkarlarına bağlayan zincirlerden kurtarma imkanı var mıdır? Bu sorunun cevabı büyük ölçüde yargı tarafsızlığı kavramı içerisinde gizlidir.

Yargıcın bağımsızlığına ilişkin temel ilke ve esaslar, yargıcın görevini yaparken yargılama dışı müdahalelere karşı korunması amacını taşır. Ancak adil karar ulaşabilmek için bu yeterli değildir. En nihayetinde yargılamanın sonucu yargıcın elindedir ve karar verecek olan yargıcın kendisidir. Yargılama ile ulaşılmak istenen sonucun gerçekleşmesi için yargılamanın yargıca karşı da korunması gerekir. Yani yargıç bağımsız olsa bile tarafsız olmayabilir. Bağımsızlık, tarafsızlığı sağlamaz sadece tarafsızlık için gereken koşulların yaratılmasına imkan sağlar.

Toplumsal adaletin sağlanması, bir bakıma, toplumu oluşturan bireylerin adalet duygusunun tatmini ile gerçekleşir. Adalet kavramının doğasının bir gereğidir bu. Reçeteler, önceden oluşturulmuş formüllerle üretilen bir şey değildir adalet. Her somut durum özneline ele alındığında anlamlandırılabilir, gerçek yaşamda karşılık bulması sağlanabilir. Hukuk kuralları adaletin gereklerini normlaştırmanın çabası olarak ele alınsa dahi, adaletin somut durumlar karşısında anlam kazanıyor olması, hukukun uygulanmasının adaletin sağlanması için yeterli olmamasına sebep olur. Sürekli hareket halindeki yaşam karşısında soyut ve statik hukuk kurallarını toplumsal yaşamda somutlayan, bu şekilde hukuk kurallarına hayat veren, dinamizm kazandıran yargıdır.

Bu bakımdan yargılama faaliyetinde başrolde olan yargıcın yargılama faaliyeti sırasındaki her davranışı yargılama sonucunda üretilen hükmün adil olup olmadığında belirleyicidir. “Neticede ortaya çıkan şey adalet midir yoksa değerler dünyasında olumlu bir karşılığı olmasa da yalnızca devlet gücünün kullanılması sayesinde gerçek yaşama etki eden bir hükümden mi ibarettir?” Bu sorunun cevabı yargının meşruiyetine ilişkin en önemli veriyi oluşturur. Yargı yetkisinin meşruiyeti, yargıcın eyleminin meşruiyetinde somutlanır.

Yargıcın eyleminin meşruiyetinde belirleyici olan temel ilke tarafsızlıktır. Tarafsızca somut durumu ele alan bir yargıcın adil olan karara ulaşacağına olan

güven nedeniyledir ki insanlar, adaleti kendi elleriyle tesis etmeye çalışmanın zararları karşısında güvenilir bir üçüncü kişiye başvurmayı daha doğru bulmuşlardır. Bu bakımdan adil karar tarafsızca verilmiş karar ile aynı anlamda algılanmakta ve değerlendirilmektedir.

Elbette bu gerçeğin yalnızca bir yüzüdür ve tarafsızca verilen kararın adil olacağını değil ama olsa olsa adil olma ihtimalinin çok daha yüksek olduğunu söyleyebiliriz. Algıdaki bu yanlışlık tarafsızlık kavramının yargı faaliyeti bakımından anlamlandırılmasıyla ilgili bir sorundur.

a. Tarafsızlık kavramı

Yargılama, dinleme, anlama, anlamlandırma, yorumlama, mantıksal çıkarımlarda bulunma, tez ve antitez içerisinden bir sentez ortaya çıkarma işidir. Bu saydığımız fiillerin hiçbirisi bu eylemi yapan bireyin özelliklerinden bağımsız gerçekleştirilebilecek fiiller değildir. Bir kitabı okuyan herkes ondan farklı sonuçlar çıkarır, farklı duygular ve fikirler üretir. Düşünsel ve duygusal süreçlerle ilintili hiçbir eylemin bunlardan soyutlanmış bir tarafsızlığından söz etmek imkanı olamaz.

“Yargıç karar verirken kendi kişiliğinden soyutlanarak karar vermelidir” şeklindeki önermeler, bir temenniden öte bir şey ifade etmemektedir. Ancak bu temenninin gerçek yaşamda bir karşılığı da yoktur.

Ama bu demek değildir ki, yargı tarafsızlığı kavramı değersiz ve gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir ütopya. Aksine yargı tarafsızlığı, hak ve özgürlüklerin korunması bakımından büyük önem taşır. Fakat kavramı ve kavramdan ne beklediğimizi doğru bir biçimde ortaya koymak gerekir. Tarafsızlık kavramını nasıl ele aldığımız ve ondan ne beklediğimiz yargı tarafsızlığını anlamlandırmak bakımından belirleyicidir. Yargı tarafsızlığı ile amaçlanan “yargıcın karar verirken tümüyle duygularını, fikirlerini, değerlerini, bir kenara bırakıp sonuca ulaşması” ise, evet, bu tek kelimeyle “nafile” bir çabadır. Bunu gerçekleştirmenin, garantiye almanın hiçbir yolu ve yöntemi yoktur⁴⁸².

⁴⁸² Öte yandan yargıçtan duygusuz ve fiksiz bir makine gibi davranması isteniyorsa, bu yargı faaliyetinin toplumsal temellerinin de göz ardı edilmesi demektir. Tarihte ilk olarak hakem rolünü oynayan kişiler, düşünceleri, tutumları, sahip olduğu ve sahip çıktığı değerler ile toplumun en önde gelen, güvenilir ve saygı duyulan kişileridir. Yani, yargıçların düşünceleri, fikirleri ve sahip oldukları

Etyen Mahçupyan tarafsızlığı bir mitos olarak değerlendirdiği yazısında şunları söylemektedir:

“Eğer tarafsızlık ‘ideolojisizlik’ anlamını taşıyorsa bunun son derece güç, hele herhangi bir zihniyeti taşımama haline tekabül ediyorsa, bunun da imkânsız olduğunu biliyoruz. Çünkü her insan ve kurum düşünce sistematiğini bir algılar ve kabuller çerçevesine oturtur. Söz konusu ‘çerçeve’ ise tutarlı olmak, bir temel bakışı yansıtmak zorundadır. Ancak her temel bakış aslında bir tercihtir... Diğer bir deyişle biz farkında olmasak da düşünmeye başladığımız andan itibaren tarafsızlığımızı yitiririz. Tabii namuslu davranmak, ele alınan konuya mesafe almak, nesnel olmaya çalışmak her zaman mümkün... Ama bunlar tarafsızlığımızın değil, tarafsız olmamamıza rağmen sergilediğimiz ahlaki bir tutumun ifadesidir. Ayrıca tarafsızlığı işlevsel kılmaya çalıştığımız andan itibaren de karşımıza sayısız engel çıkar. Çünkü tarafsızlığın her alanda geçerli olması meşruiyet açısından bir önkoşuldur. Yani ekonomiden kültüre, sosyal tercihlerden siyasete her konuda aynı tarafsızlık ilkesinin geçerli olması, bu alanlar arasında bir öncelik yaratılmaması gerekir. Ne var ki tarafsızlığı bu noktaya çektiğimizde somut yönetimleri ütöpik bir konuma zorlamış oluruz. Ne de olsa yönetimler kendi ‘tercihlerini’ yani önceliklerini hayata geçirmek üzere iktidara talip olurlar. Diğer bir deyişle hiçbir iktidar alanı tarafsızlığa tahammül edemez... Kimsenin tarafsız olmadığı bir dünyada yargının ve yargı mensuplarının tarafsız olmalarını beklemek ise pek gerçekçi olmaz. Eğer uluslararası hukuka uygun davranmayı ‘tarafsızlık’ olarak tanımlıyorsak, söz konusu hukukun da bir ideolojisi ve zihniyeti olduğunu hatırlamak bu naif beklentimizi sona erdirecektir. Kısacası tarafsızlık sadece bir mitostur...”⁴⁸³

Bu bakımdan, tarafsızlık kavramını, yargılamadan beklenen amaç çerçevesinde ele almak ve yargıktan kendisini insan yapan temel özelliklerden soyutlanmasını beklemeden yargı tarafsızlığını değerlendirmek gerekecektir.

Yargı tarafsızlığı ile amaçlanan, hakim maddi gerçeği bulup adaleti tesis etmesini engelleyecek iç veya dış her tür baskı ve etkiden uzak olabilmesinin sağlanmasıdır. Bağımsızlık ile dış baskı ve etkilemelere karşı sağlanan güvencelerle tarafsızlık için gereken koşulların yaratılması amaçlanır. Yargılamanın yargıktan korunması ise, yargıcı tarafsız davranmaya zorlayan mekanizmaların geliştirilebilmesine bağlıdır.

Literatürde tarafsızlığa mani olabilecek etki ve baskılar “uygunsuz” kavramı ile ayrıştırılmakta ve ütöpik bir tarafsızlık beklentisinin de önüne geçilmeye

değerler sayesinde yargılama faaliyetini adil ve tarafsız biçimde gerçekleştirebileceklerine inanılmıştır.

⁴⁸³ Etyen MAHÇUPYAN, “Tarafsızlık Mitosu”, **Taraf**, 28.11.2008.

çalışılmaktadır⁴⁸⁴. Toplumda her birey binbir türlü etkilenmenin bir sonucu olarak biçimlenir. Hakim de toplumun bir parçasıdır. Dahası ele aldığı somut olay, içinde bulunduğu toplumun bir ürünüdür ve taraflar da bu bütünün bir parçasıdır. Bu nedenle zaten belli etkilenmeler sonucu biçimlenmiş bir bireydir hakim ve her birey gibi, pek çok belirleyici tarafından biçimlendirilmeye de devam etmektedir. Bir ailesi vardır, inançları, dünya görüşü, değerleri, zaafı, yetenekleri vs. Bu nedenle tarafsızlık kavramının içeriğini belirleyen “uygunsuz” etkinin ne olduğunu hakim kişinin kişiliğinden değil, tarafsızlık ile amaçlanan şeyden hareketle tespit etmek daha gerçekçi olacaktır. Bu da “maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve böylelikle adaletin tesis edilmesi”ne engel olacak türden etki ve baskılardır.

Öte yandan hakim toplumun bir parçası olması, toplum tarafından biçimlendirilmiş olması adaletin gerçekleştirilmesi çabasında olumsuz değil, olumlu bir şeydir. Toplumun bir parçası olmayan, toplumu anlayamayan bir kişinin somut olay karşısında çok yönlü bir değerlendirme yaparak adaleti tesis edebilmesi mümkün değildir. Bir hüküm tesis eder belki ama toplumsal adaletin gereklerini algılayabilmek için o toplumun bir parçası olmak gerekir. Öyleyse toplumsal adaletin sağlanabilmesi için, kendisini “fildişi”⁴⁸⁵ bir kulenin içerisine hapseden bir hakime değil, toplumu gören, anlayan, algılayan, tesis edeceği hükmün sonuçlarını öngörebilen bir hakime ihtiyaç vardır.

Bu çerçeveyi çizdikten sonra hakim yargılama sürecindeki tarafsızlığını tartışmak mümkün olabilir. Aksi halde, dönüp dolaşıp bir hakim hiçbir surette tarafsız olamayacağına ilişkin sonuçlara ulaşırız. Yahut hakime “düşünme faaliyetinde sana yol gösteren tüm araçları bir kenara koy ve karar ver” deriz ki bu da bir kişiden gözlerini bağlayıp görmesini istemekle aynı şeydir.

Yargı tarafsızlığını yargılama faaliyetini iki aşama olarak ele aldığımızda daha kolay tartışabiliriz diye düşünmekteyiz. Bu nedenle yargılamanın karara kadar

⁴⁸⁴ “Yargının bağımsızlığı yargıcın tüm etki ve müdahalelere karşı mutlak ve topyekun izolasyonu anlamına gelmez. Burada önemli olan yargıçların ‘uygunsuz’ etki ve müdahalelere karşı korunmasıdır ve bu bağlamda yargıcın karar verme kapasitesini zaafa uğratan etki ve müdahaleler literatürde ‘uygunsuz’ olarak nitelendirilir.” GÖNENÇ, Yargı, s.3.

⁴⁸⁵ “Eğer sembolik bir dille ifade edecek olursak, mahkeme salonu, yargıcın “uygunsuz” etki ve müdahalelerden uzak karar verdiği “fildişi kulesi”dir. Yargıcın bağımsızlığı sağlandıktan sonra, yani yargıç “fildişi kulesi”ne çekilip, hukuk kuralları ve vicdanıyla başbaşa kaldıktan sonra, tarafsızlık devreye girer. Bu anlamıyla bağımsızlık, yargıcın adil karar verebilmesi için gerekli ortamın, korunağın hazırlanmasıdır; tarafsızlık ise, yargıcın karar aşamasında kendi zihnindeki, vicdanındaki önyargılardan, peşin hükümlerden, engellerden kurtulup, yürürlükteki mevzuatı önündeki olaya uygulamasıyla ilgilidir” GÖNENÇ, Yargı, s.8.

olan süreci bakımından ve karar süreci bakımından yargıç tarafsızlığını iki ayrı başlık altında irdeleyeceğiz.

b. Yargılamanın Karara Kadar Olan Sürecinde Tarafsızlık

Yargılama faaliyetinde tarafsızlık, hakimin duygu ve düşüncelerinden soyutlanmasını beklemek anlamında ele alınamayacağına göre, onun yargılama faaliyetindeki somut eylemlerinde tarafsızlığını sağlayacak ilke ve esaslar üzerinden ilerlemek daha pratik olacaktır.

Yargıcın, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesine dönük işlemlerin gerçekleştirildiği yargılama faaliyetinde tarafsızlığı, bu süreci nasıl yöneteceğine ilişkin belirlenecek ilke ve esaslar yoluyla sağlanabilir⁴⁸⁶. Bunun için yargıcın, tarafların iddialarına aynı oranda değer vermesi, olayı tek yanlı değil çok yönlü ele alıp değerlendirmesi, maddi gerçeğin araştırılmasında tarafların delillerine, taleplerine ve iddialarına aynı oranda özen göstermesi gerekir. Bu, yargılamanın karara değin olan aşamasıdır ve tarafsızlığın güvenceye alınabileceği esas aşama da burasıdır. Bu aşamada tarafsızlık, biçimsel eşitliğin ve adil yargılama ilkelerinin gereklerinin sağlanmasına karşılık gelir.

Biçimsel eşitliğe sadık tarafsız bir yargı pratiğinin önemi ise, daha çok, yokluğunun yaratacağı tahribata göre ölçülür; yani olumsuz bir ölçüte dayanır. Yargı organlarının eşitlik kaygısı gütmeden, mevcut kuralları keyfî bir şekilde uygulamaları, gerçekten de açık ve katlanılmaz bir adaletsizlik olur⁴⁸⁷. Kurt Tucholsky, mahkemenin açıkça taraflı davrandığı bir yargılama üzerine, şu değerlendirmeyi yapar: *“Bu, kötü bir yargı değil. Bu, eksik bir yargı değil. Bu, kesinlikle yargı değil.”*⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Bu çerçevede üretilen uluslararası metinlerin başında, Bangalore Yargı Etiği İlkeleri gelmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilerek bir BM belgesi haline gelen bu metinde, tarafsızlık, “*yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esası*” olarak nitelenmektedir. HSYK tarafından 2006 yılında kabul edilen Bangalore Yargı Etiği İlkeleri’ne göre, “*hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir. Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.*”

⁴⁸⁷ Mithat SANCAR, “Ağır Adaletsizlik Halleri”, **Evrensel**, 07.09.2003.

⁴⁸⁸ Kurt Tucholsky, Politische Justiz, s.105’ten Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.108.

Uluslararası belgelerde tarafsızlık daha çok “önyargılı olmamak” vurgusu üzerinden tarif edilmiştir. BM Bangalore Yargı Etiği İlkelerine göre, “*hâkim, toplumdaki çeşitliliğin ve sınırlı sayıda olamamakla birlikte ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer sebeplerden neşet eden farklılıkların (davaya mesnet olmayan sebepler) şuurunda olmak ve bunları anlamak zorundadır. Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla meyilli ya da önyargılı olarak hareket edemez.*” AİHS’nin 6. maddesi anlamında tarafsızlık, benzer şekilde, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaatin bulunmaması, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkara sahip olmaması olarak tanımlanmaktadır⁴⁸⁹.

AİHM, tarafsızlık sorununu, öznel ve nesnel olmak üzere iki açıdan değerlendirmektedir. Mahkemenin Piersack-Belçika kararında, bu ayrım şöyle formüle edilmiştir: “*Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun, sözleşmenin 6. maddesi kapsamında varlığı ya da yokluğu çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirleyecek nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir.*”⁴⁹⁰

Buna göre, öznel tarafsızlık, hâkimin, görmekte olduğu bir davadaki kişisel tutumuna ilişkindir ve o davada taraflardan birine yönelik önyargılı bir yaklaşımı, öznel bir kanaati olduğu anlamına gelir. Buna karşılık, nesnel tarafsızlık, kurum olarak mahkemenin yarattığı dışsal algıya, bıraktığı izlenime ilişkindir ve mahkemenin güven veren, objektif bir görünüme sahip bulunmasını, tarafgirlik konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak nitelikteki bütün tedbirlerin alınmış olmasını gerektirir⁴⁹¹.

Yargılamanın karara kadar olan süreci, hakimin tarafsızlığının gözle görülür olduğu süreçtir. Bu süreçte tarafsızlık, taraflı davranmamaktan ibarettir ve tespit edilebilir, tespit edilebildiği için de önlenabilir bir durumdur. Hakimin reddi başta

⁴⁸⁹ İNCEOĞLU, s.188.

⁴⁹⁰ Piersack v Belguim, Başvuru no: 8692/79, 1.10.1982.

⁴⁹¹ İNCEOĞLU, s.188 vd.; CENTEL, s.30.

olmak üzere, taraf vekillerinin yargılamaya aktif katılımı bunu sağlamada en etkin yoldur. Bunun için, bu sürecin yargıcın tek başına gerçekleştirdiği değil, yalnızca “yönettiği” bir süreç olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Duyguları, düşünceleri, zaafı, önyargıları ile bir bütün olan yargıcın, yargılama aşamasında tarafsızlığını sağlayabilmek için geliştirilmiş pek çok ilkeden söz etmek mümkündür. Öncelikle hakime “tarafsız olamayacağı gerekçesiyle” çekinme olanağının tanınması hakim eliyle tarafsızlığın bizzat korunma altına alınması bakımından önemlidir. Bu hem hakimin toplum gözündeki saygınlığı hem de kendi özsaygısı bakımından önemlidir, güveni sarsan değil aksine güven telkin eden bir ilkedir. Ayrıca bizzat yasakoyucu tarafından hakimin, bazı durumlarda (yargılama konusu olayda mağdur olması, taraflardan birisi ile yakınlığı yahut ilk derece mahkemesi olarak verdiği karara ilişkin kanunyolu mahkemesinde yer alması halinde vb.) tarafsız davranamayacağı önkabulünden hareketle görevden yasaklanması da söz konusu olabilir. Aynı şekilde tarafların hakimin tarafsız olmadığı/olamayacağı iddiası ile reddini talep edebilmelerine imkan sağlanması da aynı korumayı taraflar açısından sağlamaktadır. Ancak elbette bu ilkenin etkin bir biçimde uygulanabilirliğinin sağlanması gerekir.

Yargılama sürecinde tarafsızlığın güvence altına alınabilmesi bakımından en önemli etken tarafların sürece etkin bir şekilde katılımıdır. Bu noktada hakimi, eşitlik ve adil yargılama ilkelerine uygun bir biçimde yargılama sürecini yönetmeye zorlayacak asli unsur taraflardır. Tarafların katılımının sınırlı ve dar tutulduğu bir yargılama faaliyetinde hiçbir hukuki düzenleme yargıç tarafsızlığının sağlanmasını başaramaz.

Tarafların kendilerini tüm açıklığıyla ifade etmelerine imkan tanımayan, taleplerini görmezden gelen, ileri sürmek istedikleri delili dosyaya celp ettirmeyen, dinlenen tanığa yöneltilen sorulara müdahale eden, iş yükünü gerekçe göstererek taraflara kısa konuşmalarını söyleyen, beyanlara “uzatma, kısa kes” diyerek yanıt veren, taraflar söz aldığı anda bir sonraki duruşmanın dosyasını inceleyen, savcı ile fikir alışverişinde bulunan vb. bir hakimin tarafsızlığından kuşku duyulacağı, hakimin yargılama sona ermeden bir kanaate ulaşmış olduğu izleniminin doğacağı aşîkardır. Bu tutum ve davranışlara karşı avukatların etkinliği büyük önem arz etmektedir ancak elbette yeterli değildir. Hakimi bu tarz tutumlardan men edecek

düzenlemeler ve mekanizmalar ile etkin bir denetim yolunun geliştirilmesi (öncelikle yargılamaya ilişkin usul ve esasların bu kaygılarla oluşturulması, bağımsızlığa zarar vermeyecek bir biçimde, kararların bozulması, usuli işlemlerin yinelenmesi vb. yoluyla hakimin yargılamadaki başarısızlığına vurgu yapan denetim araçlarının geliştirilmesi) hakimi tarafsızlığa zorlayacak önlemler olarak ele alınabilir.

Bu güvenceler karar aşamasında tarafsızlığın sağlanmasının da güvenceleridir. Çünkü karar öncesi süreç ne kadar verimli olursa, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin ne kadar kapsamlı ve etkin bir faaliyet gerçekleştirilirse hakime karar aşamasında o derece sınırlı bir keyfiyet alanı bırakılmış olur. Bu sayede hakimin kararına dayanak yapacağı deliller aynı zamanda onun tarafsızlığının güvencesi, keyfiyetinin de sınırını oluşturacaktır.

c. Karar Aşamasında Yargıç Tarafsızlığı

Yargılama sürecinin karardan önceki bölümü yargıcın tek başına gerçekleştirdiği değil, “yönettiği” bir süreçtir. Bu bakımdan kamuya açık ve denetlenebilir alandır. Ancak karar aşamasına geçildiği andan itibaren tümüyle hakime ait olan bir alana girilmiş olur. Bu aşamada gerekçeli karar ile karşılaşınca değin, hakimin tarafsızlığını gözlemlene dolayısıyla sürece müdahale etme imkanı yoktur. Tarafsızlık artık somut eylemlerde aranan bir şey olmaktan çıkar. Hakimin iç dünyasında tarafsızlığı aramak zorundayızdır, bunun da nafile bir çaba olacağı söylemiştik. Çünkü bu noktada taraflılığı ne tespit edebiliriz, ne de engelleyebiliriz.

Bu nedenle kararların gerekçeli olması gerektiği yönünde evrensel ilke ve esaslar kabul edilmiştir. Bu sürece müdahale edebilmenin tek yolu gerekçeli karar üzerinden yapılabileceklerden (itiraz, temyiz, karar düzeltme vb.) ibarettir. Ancak hakimin takdir yetkisinin olduğu hususlarda bu yolun da etkili olamayabildiği pratikten de görülmektedir.

Karar, hakimin somut olaya hukuku uygulamak suretiyle nihai sonuca ulaştığı aşamadır. Bu aşamada tarafsızlığın sağlanabilmesi için hukuk metodolojisi alanında çeşitli çalışmalar yapılmış ve hukukun somut olaya uygulanması demek olan “yorum”u belli kurallara bağlamak suretiyle tarafsızlığı tesis edecek kurumlar geliştirilmeye çalışılmıştır. Karar verme süreci teknik bir sorun olarak gören ve

eksiksiz kurulmuş bir hukuk düzeninde hukuk kuralının tek bir anlamının bulunacağı fikrinden hareket eden bu pozitivist çaba, yorum faaliyetini formül üzerine rakamları yerleştirdiğinde sonucu veren bir matematiksel işlem gibi ele almıştır.

Bu yaklaşımda uygulayıcının bu süreçte formül üzerine verileri yerleştirmek dışında hiçbir rolü yoktur. Aslında bu sayede, kararda uygulayıcının rolü tartışma dışı bırakılmak istenir, böylelikle öznelliğin bu süreçteki rolü ve etkileri de tartışma dışı bırakılmış, yargı kararlarında tarafsızlık konusunun içerdiği çelişki ve açmazların üzeri de bir çırpıda örtülmüş olur.

Yargı kararlarının tartışmaya açıldığı her dönemde farklı kesimlerden koro halinde şu seslerin yükselmesi bu zihniyetin bir yansımasıdır⁴⁹²: “*yargı yürürlükteki hukuk kurallarıyla bağlıdır ve bunları aynen uygulamakla yükümlüdür. Dolayısıyla yargının taraf olarak görülmesi doğru değildir. Yargı, olayları tarafsız bir şekilde, ama mevcut kurallara göre değerlendirir ve sonuca bağlar. Verilen kararlar, yargıçların kişisel ve siyasal görüş ve eğilimlerinin değil, pozitif hukukun otomatik sonuçlarıdır.*”

Bu zihniyetin hakimlere biçtiği rolü ve hakimlerin algısında da yer edinen temel fikri Sancar şöyle özetliyor: “*hâkim, içinde yaşadığı dünyadan, onu çevreleyen toplumsal, siyasal, ekonomik, dinsel, kültürel atmosferden etkilenmeyen, bir tür insanüstü varlık veya “peygamber postunda oturan insan”dır*”⁴⁹³.

Oysa Eduard Dreher’in de ifade ettiği gibi⁴⁹⁴: “*hâkim, bir bilgisayar değil, etten kemikten bir insandır. Hâkim olduğunda da; irsiyet, aile, içinde büyüdüğü çevre, özellikle de toplumsal atmosfer, çağının ruhu, soluduğu siyasal hava tarafından belirlenen bir insan ve bir birey olmaya devam eder. Bütün bunlar, onu belli temel tutumlara, belli bir dünya görüşüne ve belli ahlakî tasavvurlara sahip bir insan olarak biçimlendirir.*” Buna engel olmanın imkanı yoktur, olsaydı dahi böyle bir tutumun savunulacak bir yanı olmazdı.

Hakimi toplumdan soyutlayan görüşler karşısında, konunun toplumbilim çerçevesinde ele alınması gerektiği yönünde haklı itirazlar yükselmiş; 20. yüzyıl başlarında hukuk sosyolojisi alanında yapılan çalışmalar hakimi sürecin aktif bir

⁴⁹² Mithat SANCAR, **Devlet Aklı Kısılcasında Hukuk Devleti**, 3.b., İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, (Devlet Aklı), s.181.

⁴⁹³ SANCAR/ATILGAN, s.25.

⁴⁹⁴ Eduard Dreher, “Das schlechte Gewissen des Strafrichters”, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, s. 61. Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.25.

öznesi olarak ele almak gerektiği vurgusu üzerine kurulmuştur⁴⁹⁵. Özellikle realizm akımı ile anılan bu itirazlar sayesinde, yargı faaliyetinin pek çok aktörün rol aldığı bir süreç olarak değerlendirilmesi mümkün olmuştur. Ancak realizm akımının verdiği sonuçların da çokça tartışıldığını belirtmek gerekir. Zira, realistler hukuku tümüyle yargıcın yaptığı şey olarak ele almış, hukuk ile toplum arasındaki ilişkiyi tersten kurup, hakimleri toplum mühendisliğine yönelten bir bakış açısıyla, tek kanun koyucunun yargı organları olduğunu iddia etmişlerdir⁴⁹⁶.

Yargılama faaliyetinde karar, hukuk normları rehberliğinde yürüyen, hakimin somut olay bakımından adaleti tesis edecek karara varmak amacıyla gerçekleştirdiği düşünsel faaliyetin sonucudur. Bu bakımdan ne hakimin sınırsız iktidarının olduğu bir alandır, ne de tek başlarına hiçbir etki ve güçleri olmayan, hakimin yorumuna ve uygulamasına muhtaç soyut hukuk kurallarının.

O halde yargıç tarafsızlığı, pozitivist görüşün ileri sürdüğü gibi (ancak iddia ettiği biçimde doyurucu yöntemler de geliştiremediği) yorum metotları sayesinde sağlanabilecek bir şey değildir. Bu sayede kısmen yeknesaklık sağlanabilirse de kanımızca bunun adalete olumlu bir katkısı olmayacaktır. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi adalet, her somut olay özneline yaşam bulacak bir olgudur. Öte yandan yargıcın karar aşamasındaki özneliliğinin tek sınırı olan hukuku, yargıcın iradesiyle bir tutan, dolayısıyla toplum iradesini, toplumsal adalet algısını bütünüyle hiçe sayan bir bakış açısıyla da tarafsızlığı sağlamak şöyle dursun tarif etmek imkanı dahi kalmayacaktır. Çünkü hukuk yargıçtan sadır olduğuna göre neye göre tarafsızlık sorusunun cevabı “yargıca göre” olacaktır. Bu nedenle hukukun belirsizliğini de akıldan çıkarmadan, yargılama sürecini hakimin keyfiyetinden koruyacak mekanizmalarla donatılmış çok taraflı bir süreç olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Yargılama sürecinin adil ve tarafsız olmasına dönük tüm güvenceler işletilse dahi, adalet kavramının dinamik yapısı ve bir o kadar da belirsiz içeriği nedeniyle, verilen kararın toplumsal adalet beklentisine uygun olmaması söz konusu olabilir. Hakimin hukuka ve vicdanına göre verdiği kararın toplumun adalet beklentisine uygun olup olmadığı, kararın kesinleşmesi ile toplumsal yaşamda yarattığı etkinin

⁴⁹⁵ Bu süreç, “hukuk biliminde sosyolojik isyan” olarak da nitelendirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, s.23 vd.

⁴⁹⁶ GÜRKAN, ss.35-37.

nasıl bir tepkiyle karşılaştığına göre belirlenecektir. Ortaya yargının meşruiyetini olumsuz etkileyecek sonuçların çıkmaması için kanun yollarının etkin bir şekilde işletilmesi⁴⁹⁷ gerekmektedir. Bu sayede toplumun adalet duygusunu zedeleyecek kararların düzeltilmesi suretiyle yargıcın karar sürecindeki taraflılığına müdahale edilebilir.

5. Yargıç Tarafsızlığı ve Egemen Çıkarlarının Korunması İşlevi Bakımından Yargının Meşruiyeti Sorunsalı

Şimdi tekrar aynı soruya dönebiliriz: Yargının, başta siyasal güçlerden ve diğer toplum kesimlerinden bağımsız olmasına dönük düzenlemelere ve güvencelere karşın egemen çıkarlarının korunması işlevini üstlenmek durumunda kalmasının nedenleri nelerdir?

a. Nesnel zorunluluklar

Öncelikle toplumsal yapıdan kaynaklı nesnel zorunluluklardan söz etmek gerekecektir. Yargının temel işlevi olan “uyuşmazlıkların çözümü yoluyla toplumsal barışın ve adaletin sağlanması ve sürdürülmesi”, aynı zamanda, verili toplumsal düzenin de korunması ve sürdürülmesi anlamına gelmektedir dedik. Nitekim yargının, egemen çıkarlarının korunması işlevini de üstlenmiş olmasının temel nedeni budur. Zira, sınıflı toplumlarda, kurulu toplumsal düzen ister kapitalist düzen olsun, ister sosyalist, ister köleci, ister feodal, neticede bir sınıfın diğer sınıflar aleyhine daha fazla çıkar elde ettiği bir yapıya karşılık gelir. Bu bakımdan toplumsal düzenin korunması, bu eşitsiz ilişkilerin de korunması ve sürdürülmesi anlamına gelmektedir.

Yargının bu iki işlevi de üstlenmiş olması aslında bir çelişki değildir. Çelişkiyi ortaya çıkaran sınıflı toplum yapısıdır. Sınıfsız toplumlarda egemen,

⁴⁹⁷ Ülkemizde bu süreç çok sağlıklı işlememektedir. Şükrü Kızılot, Yargıtay’daki dosya sayısı üzerinden bir dosyanın incelenmesine düşen süreyi tespit etmek adına yaptığı ortalama hesapta, Yargıtay’da bir dosyaya 6 dakika düştüğünü ifade etmiştir. Elbette bu süre ortalama bir süredir ancak neticede, en kolay, en teferruatsız dosyanın dahi 6 dakikada incelenemeyeceği gerçeğinden hareket ettiğimizde karar sürecinde hakimin keyfiyetine karşı tek etkin yol olan temyiz ne kadar sağlıklı koşullarda gerçekleştirildiği bu örnekten anlaşılmaktadır. Bkz. Şükrü KIZILOĞ, “Yargıtay Bir Dosya Hakkında 6 Dakikada Karar Veriyor”, **Hürriyet**, 08.06.2011.

toplumun tümü olduğundan, toplumsal düzeni korumak ile egemen çıkarlarını korumak aynı zamanda toplumun tümünün çıkarlarını korumak anlamına gelmektedir. Bu bakımdan yargı toplumsal düzeni korurken toplumun tümünün çıkarlarını da korumuş olur. Ancak sınıflı toplumlarda toplumsal düzeni korurken toplumun yalnızca belli bir kesiminin çıkarları korunmuş olur.

Bu durum, yargıyı, çatışan uzlaşmaz çıkarlar arasında tercihler yapmaya zorlar. Nitekim tercihlerin yapıldığı alanın çerçevesi de hukuk ile çizilmiştir. Burada Kairys'in "fabrikaların kapatılması" örneğini yineleyebiliriz. Yargıcın fabrikanın kapatılmasını engellemek, yahut fabrikanın yöre halkının mülkiyetinde işletilmesine karar vermek gibi bir tercih yapmak şansı yoktur. Yorum yoluyla yaratabileceği hukukun sınırları toplumsal düzenin sınırlarıdır, bu sınırları aştığı noktada kendi varlık koşullarını da ortadan kaldıracaktır. Çünkü yargı, bir devlet erki yani verili toplumsal düzenin bir parçası olarak varlık kazanır.

Yargının işlevlerinin sınırı, egemen çıkarları söz konusu olduğunda belirsizleşen ancak toplumsal düzenin korunması söz konusu olduğunda keskinleşen hukukun sınırlarıdır. Bu bakımdan meşruiyeti ancak bu sınırlar içerisinde tartışılır. Yargıyı eleştirenler yargının görevinin hukuk kurallarını uygulamak olduğundan yola çıkarlar, yargı ise kendini savunmak için, verdiği kararların hukukun uygulanmasından ibaret olduğunu ileri sürer.

Her toplumsal sistem, kendi özgün koşullarına göre, (çağının ilerisinde ya da gerisinde) yargıya belirli bir hareket alanı tanır. Yargıya tanınan bu hareket alanı, onun sınırlarını çizen ikincil nesnel belirleyicilerdir. Liberal demokratik rejimler bakımından ülkeden ülkeye yargı örgütlenmesinin farklılıklar göstermesinin nedeni de budur.

İkincil belirleyiciler yargının meşruiyeti sorunsalında daha fazla yer işgal eder. Daha önce de değindiğimiz gibi, toplumsal ilişkilerin devinimi iç içe geçmiş pek çok etkin ve edilgin belirleyicinin karşılıklı etkileşiminin bir sonucu olsa da en nihayetinde belirli bir çerçevenin içerisinde cereyan eder. Yani bir yere gitmek istediğimizde ne ile gideceğimize dair bir çok seçenek olabilir. Ancak deniz olmayan bir yerde isek tekne ile gidemeyeceğimiz açıktır. Elimizdeki seçeneklerin en verimlisini tercih etmeye çalışırız. Elimizdeki seçenekler ise o toplumun gelişmişlik

düzeyiyle sınırlıdır. Uçağın icat edilmediği bir dönemde uçarak gitme şansımız da olmayacaktır.

İşte amacı adaletin gerçekleştirilmesine katkı sunmak olan yargının örgütlenmesi de, bir toplumda böylesi koşullar etrafında biçimlenir. Yargının ne kadar bağımsız ve tarafsız olabileceğinin (yani meşruiyetine ilişkin algının) sınırları o toplumun gelişmişlik düzeyi ve olanakları ile sınırlıdır. En fazla taklit edilebilecek yabancı örnekler vardır. Bugün için liberal demokrasilerde yargının meşruiyeti temelleri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya dönük uluslararası ilke ve esaslar çerçevesinde biçimlenmektedir.

Ancak toplumsal gelişme ve değişimler karşısında bu ilke ve esasların ilerletilmesi ve geliştirilmesi de gerekir. Meşruiyet yalnızca başlangıçta sağlanacak bir olgu değil, sürekli sağlanması ve sürdürülmesi gereken bir toplumsal gerekliliktir. Yani artık uçakla bir yere gitme şansımız varken hala otomobille varmaya çalışıyorsak, toplumun beklentilerinin gerisine düşmüş, ihtiyaçlara cevap veremez duruma gelmişiz demektir. Bizce, bugün liberal demokrasiler bakımından temsili sistem eliyle biçimlendirilen yapıların durumu budur. Yargının meşruiyetine ilişkin sorun ve sıkıntıların önemli bir bölümü bundan kaynaklanmaktadır. Örneğin toplumun aynası, toplum iradesinin yansıması olmaktan uzak yasama ve yürütmenin yargı ile ilişkisi, sürekli, bağımsızlık açısından kaygı uyandırmakta ve çoğu zaman bu kaygılar haklı olmaktadır. Bağımsızlığa ilişkin güvencelerin kimi durumlarda kağıt üzerinde kalması; halkı siyasal alanın dışına iten, böylelikle halkın doğal ve kendiliğinden denetimini engelleyen siyasal yapıdan kaynaklanmaktadır. Liberal demokrasilerin getirdiği dönemsel çözümlerin kısa sürede işlevsizleşip, yeni sorunların kapısını aralaması da bu yüzdendir. Daha köklü çözümlere ihtiyaç olduğu açıktır, bunun için öncelikle halkın siyasal faaliyete en ileri düzeyden katılımını sağlayacak araçların geliştirilmesi, böylece araçlara ihtiyaç olmaksızın toplumsal denetimin işletilmesi şarttır.

b. Etkin belirleyiciler

Toplumsal yapıdan kaynaklı nesnel zorunluluklar çoğunlukla edilgen belirleyicilerdir. Bunlar yanında çok sayıda etkin belirleyiciler, yani yargıcı egemen çıkarlarının korunması anlamında belli bir tutum almaya iten etkenler vardır.

Öncelikle her birey gibi, yargıç da içerisinde bulunduğu toplum tarafından belirlenmiş, belli bir dünya görüşü, belli değerleri ve inançları olan bir birey olarak göreve başlar. Ve görevini yerine getirdiği süre boyunca bunlar yargıcın üzerinde etkili olurlar. Hiçbir bireyin bu özelliklerden tümüyle sıyrılarak düşünmesini ve davranmasını bekleyemeyeceğimize göre, yargıcın içinde bulunduğu toplum tarafından belirlenmiş düşünce ve algı kalıpları yargılamayı etkileyecektir.

Bu durumda, hakimlerin belirlenmesi usulünde egemen sınıfın etkin olması, çoğunlukla, toplum içerisindeki egemen sınıf ideolojisine yakın kişilerin hakimlik görevini üstlenmelerine ve bunun yargı kararlarına az ya da çok kaçınılmaz olarak yansımaya neden olur⁴⁹⁸. Hakimlerin eğitim süreci de hakimi belli tutumlar almaya koşullayan bir süreç olarak gelişebilir⁴⁹⁹.

Hakimin görevini icra ederken içerisinde bulunduğu koşullar da onu egemen sınıf çıkarlarından yana tutumlar almaya zorlayabilir. Özellikle egemen sınıfın etkinliğinin olduğu devlet organlarından gelen baskılar, hakimlik teminatlarının da sağlanamadığı bir toplumda yargıyı tümüyle kukla bir yapıya dönüştürebilecek derecede etkindirler.

Bu konuda çarpıcı bir örnek olarak Emekli Orgeneral Doğan Bayazıt'ın, Nilgün Cerrahoğlu'nun kendisiyle yaptığı söyleşideki üslubu ve sözleri verilebilir.

⁴⁹⁸ 1970'li yılların başında Almanya'da yapılan bir araştırmada hakimlerin sınıfsal kökenlerine ilişkin bir araştırma yapılmış, bu araştırmaya göre hakimlerin büyük bir bölümünün üst-orta sınıftan geldiği anlaşılmıştır. Bu durumun kararlara etkisi konusunda (farklı görüşler de olmakla birlikte) hakimlerin geldikleri sınıfları ile uyumlu bir şekilde düşündükleri ve davrandıkları, bu yönde bir baskılanma hissettikleri sonucuna varılmıştır. Bu nedenle hakimlerin devletçi ve otorite yanlısı oldukları veya bu kesimlerce kolayca yönlendirilebildikleri vurgulanmıştır. Wolfgang Kaupen'den Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.56-57.

⁴⁹⁹ "Adalet Biraz Es Geçiliyor.." isimli çalışmada hakimlerle yapılan görüşmelerde, egemen ideolojinin hakimler üzerindeki etkileri hakkındaki sorulara cevaben hakimlerden birisi şu cevabı vermektedir: "... hâkimlik stajı yaptığımız zaman, üç aydan olmak üzere toplam altı ay sizi Ankara'ya alıyorlar, o eğitim döneminde size anlatılanlar arasında bunlar da vardır. Hâkim milleti yemez, içmez, gezmez, çok fazla arkadaşı olmaz, ... Dolayısıyla siz üç ay yoğun bir şekilde bu propagandaya maruz kalıyorsunuz. Gittiğinizde kendi gölgenizden dahi korkar vaziyete geliyorsunuz." SANCAR/ATILGAN, s.56.

MGK Genel Sekreteri olarak iktidar bloğunun önemli bir noktasında görev yapmış olan Bayazıt, DEP'in kapatılmasıyla ilgili soruyu şöyle yanıtlıyor:

“O da ülkenin o zamanki yönetiminin cehaletidir diyebiliriz. O zaman ben görevdeydim. Maalesef olmaması gereken bir olaydı. Fikriyatımızı ilgili mercilere, hep bu doğrultuda gündeme geldiğinde belirttik. Ama birden bire ani bir kapanış oldu. Nasıl oldu bilmiyorum. Dönemin başbakanı kapatmama niyetindeydi görüştüğümüzde. Fakat parti üç gün sonra kapatıldı. O üç günde Çiller'i kim etkiledi bilmiyorum. Çok yanlış oldu”⁵⁰⁰.

Egemen kesimlerin, ülkemiz özneline, yargıya müdahaleyi nasıl da içselleştirdiklerinin, olağanlaştırdıklarının bir göstergesidir bu ifade biçimi. Türkiye’de (olağan dönemlerde) siyasi partilerin kapatılmasına karar verme yetkisinin kimde olduğunu bilmeden bu sözleri okuyan bir kimse, doğal olarak bu yetkinin taşıyıcısının –en iyimser tahminle- hükümet, -şüpheli bir tahminle- tek başına başbakan olduğu sonucuna varır. Şayet bu yetkinin AYM’de olduğunu bilerek okursa, o zaman da onu yargının bağımsız olduğuna inandırmak mümkün olmaz⁵⁰¹.

İşte, toplumsal adaletin gerekleri ile toplumsal düzenin gerekleri arasındaki bir çelişkiyle yüzyüze kaldıklarında, hakimleri, egemen çıkarlarından yana tutum almaya iten müdahaleler, bu ve benzer bir çok biçimde doğrudan egemen kesim tarafından hakimlere yönelir. Kimi zaman ise, hakimlerin özlük işlerinin yürütümü ve denetim usullerinin bir baskı aracı olarak kullanılması suretiyle hakimler dolaylı olarak egemen ideolojiye bağlanırlar.

Bu durumda adaletin gerekleri ile toplumsal düzenin gerekleri arasındaki çelişki karşısında parçalanıp, işlevsiz hale gelmemesi için yargının görece bir bağımsızlık kazanması gerekmiştir. Bu yüzden bağımsızlığı sağlayacak teminatlar, liberal demokratik rejimlerde yargının meşruiyeti bakımından önemlidir. Çünkü hakimlik teminatları ne kadar etkili ve güçlü olursa, yargının toplumsal adaletten yana tutum alma olanakları da o derece genişler. Bu da toplum nezdinde güven yaratacağından yargının meşruiyetinin tesisinde önemli rol oynar. Ancak nesnel koşullardan kaynaklı yukarıda değindiğimiz zorunluluklar, yargının egemen çıkarlarını yerine getirme işlevinden büsbütün sıyrılmasını sağlamaya yetmez. Bu durumda yargının meşruiyeti, temel işlevleri ile egemen çıkarlarının korunmasına

⁵⁰⁰ “Pazar Sohbeti”, Haz: Nilgün Cerrahoğlu, **Milliyet**, 01.03.1998.

⁵⁰¹ SANCAR, Devlet Aklı, s.186.

dönük işlevi arasındaki çelişkide hangi işlevin ağır bastığına göre şekillenecektir. Toplumsal adalet beklentilerini büyük ölçüde görmezden gelecek bir biçimde egemen ideolojiye yedeklenmiş bir yargının (totaliter rejimlerde olduğu gibi) meşruiyetinden söz etmek imkanı olmayacaktır.

Ancak toplum nasıl ki egemen sınıfın tek taraflı iradesi ile biçimlendirilmiyorsa, yargıya yönelik müdahaleler de yalnızca egemen kesimlerden gelmez. Toplumun diğer kesimleri de kendi talep ve beklentileri doğrultusunda yargı üzerinde baskı kurmak isterler. Ancak bu etkiler çok daha cılızdır ve çoğunlukla yargıyı, egemen çıkarlarını değil adaletin gereklerini yerine getirmeye çağırmaya yöneliktir. Belli toplumsal davalarda oluşturulan kamuoyu, yapılan eylemler ve açıklamalar (örneğin Tekel işçilerinin ses getiren eylemleri, gazeteci Metin Göktepe'nin öldürülmesi ile ilgili davada oluşturulan kamuoyu sayesinde ilk defa polisler hakkında -kısmen de olsa- etkin bir yargılamanın gerçekleştirilmesi, Susurluk sürecinde oluşan kamuoyu, yakın dönemde bağımsız milletvekillerinin tutukluluk hallerine ilişkin yapılan eylem ve açıklamalar vb.) böyledir. Toplumsal adalet talebi ne kadar yükselirse, bu kesimlerin yargı üzerindeki etkinliği de o kadar artar. Aslında bu dolaylı bir etkidir, çünkü talepler özünde siyasal iktidara yönelmektedir, siyasal iktidarı değişime zorlamaktadır. Siyasal sistemde değişimi sağlayacak türden toplumsal kalkışmalar, neticede yargının da bu değişime ayak uydurmasını sağlar. Bu tarz müdahalelerin demokratik hak ve özgürlüklerin kullanılması biçiminde gerçekleştirilmesi bizce olumlu bir şeydir. Yargıcın ve yasakoyucunun toplumun adalete dair talep ve beklentilerinden haberdar olmasına aracılık eder, hak ve özgürlüklerin gelişmesine katkı sunar. Ancak Meksika'daki uyuşturucu çetelerinin yaptığı gibi, zorbalığa ve yargıcı hedef göstermeye dönük bir tutum alınmasının adalete bir katkısının olmayacağı açıktır.

Yargıçlar egemen çıkarlarını korumaya kendi örgütünün özgül koşullarından kaynaklı olarak da zorlanabilirler. Yargıcın yargı karşısındaki bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler de bu gerçeğin bir sonucudur⁵⁰².

⁵⁰² Ülkemizde, HSYK'nın pek çok konuda, tartışmalı kararlar vererek hakim ve savcılarını görevden aldığı görülmüştür. Savcı Ferhat Sarıkaya'nın başına gelenler bunlar içerisinde ilk akla gelenlerdendir. Van Savcısı Ferhat Sarıkaya Şemdinli'de yaşanan bombalama olayları ile ilgili hazırladığı iddianamede suçüstü yakalanan sanık askerler hakkında "tanırım, iyi çocuklardır" diyen Orgeneral Yaşar Büyükanıt'a da yer vermiştir. Bunun ardından savcı, HSYK kararı ile meslekten ihraç edilmiştir. Kamuoyunda bu karar tepki toplamış ve HSYK'nın kararının ideolojik bir tutum olduğu

Daha pek çok etken ve edilgen belirlemeden söz edilebilir elbette. Bunlar karşısında yargının toplumun adalet duygusunu tatmin edecek bir biçimde işlevlerini yerine getirebilmesi (yani meşruiyetini tesis edebilmesi) iki işlev arasındaki dengeyi toplumun talep ve beklentilerine uygun bir düzeyde kurabilmesine bağlıdır. Bu, toplumdan topluma, dönemden döneme değişecek bir şeydir. Bir toplumda hak ve özgürlük bilinci ve örgütlülük düzeyi ne kadar yüksekse, adalete dair talep ve beklentiler de o kadar yüksek olacaktır. Bu durumda yargının egemen çıkarlarından yana alacağı açık bir tutum, toplumda ciddi altüst oluşlara sebebiyet verebileceğinden iki işlev arasındaki denge de buna göre kurulmak zorunda kalacaktır. Aksi durumda ise bu denge, olabildiğince (yani toplumsal güven ve onayı tümüyle kaybetmeyecek bir oranda) egemen lehine kurulacaktır.

iddia edilmiştir. Öte yandan HSYK, Şemdinli davası sanıkları astsubayların cezalandırılmasına karar veren ve Yargıtay'ın davanın askeri mahkemeye gönderilmesi görüşünü paylaşmayan Şemdinli davası hakimlerini de değişik illere tayin etmiştir. Bu yer değişikliklerinin art niyetli olup olmadıkları bir yana, yargı bağımsızlığının “görünüş itibarıyla” sağlanması gereken yönünü olumsuz yönde etkilediğini düşünmekteyiz.

IV. DEVLET ÇIKARLARINI KORUMA İŞLEVİ BAKIMINDAN YARGININ MEŞRUIYETİ

A. Yargının Devlet Çıkarlarını Koruma İşlevi

Her ne kadar yargının toplumun üzerinde “görece” özerk bir yapılanmaya sahip olmasının nedeninin, yüklendiği birbiriyle çelişkili işlevler karşısında bölünüp parçalanmaması ihtiyacı olduğunu ifade etmiş olsak da, aslında bu durum temelde devlete özgü bir durumdur.

Tarihsel olarak, devlet, toplumsal işbölümünün belli bir gelişme düzeyinde, toplumsal yaşamın temeli olan üretim güçlerinin geliştirilmesi ve korunması için gerekli koşulların sağlanmasına dönük oluşturulmuş ortak organlardan doğmuştur⁵⁰³. Engels’e göre, ilkel toplumların her birinde, her ne kadar tüm toplumun egemenliği söz konusu olsa da, korunması zorunlu olarak bireylere bırakılmış olan bir takım ortak çıkarlar vardı: uyuşmazlıkların çözümü, bireysel yetki aşımının bastırılması, özellikle sıcak ülkelerde, su kaynaklarının denetimi; ve nihayet, koşulların tamamen ilkel olduğu yerlerde, dinsel işlevler. Bu görevlerin doğalında getirdiği saygınlık devlet gücünün başlangıcını oluşturmuştur⁵⁰⁴.

Devlet, toplumsal yaşamın varlık ve sürerlik koşullarını belirleyen üretim güçlerinin korunması ve geliştirilmesi işlevini varlığının bir doğal sonucu olarak üstlenmiştir. Çünkü aksi halde toplumun ve dolayısıyla kendisinin de yok oluşu kaçınılmaz olacaktır. Bütün toplumun varlık ve gelişimi bu temel işlevin asgari bir düzeyde sürdürülebilmesine bağlıdır. Bu bakımdan devletin yerine getirdiği bu görev tüm toplumun çıkarlarının korunması anlamına gelir.

Ancak biliyoruz ki, bir toplumda, üretim araçlarını denetleyebilecek bir konumda olan sınıflar, daima, diğerlerine söz geçirebilecek durumda olmuşlardır. Bu yüzden ki, devlet sınıflı toplumların bir ürünüdür ve kaçınılmaz olarak yerine getirdiği bir diğer görev de kendi varlık temeli olan sınıfsal ilişkilerin korunması yani egemen sınıfın çıkarlarının korunması görevidir. Her sınıflı toplumda, egemen sınıfla ilişkilerinde, devletin saygı göstermesi gereken bir alt sınır vardır. Bu sınırın altında egemen sınıfın egemenliğini sürdürme imkanı kalmaz; ya tepki gösterip kendisine

⁵⁰³ EROĞUL, Devlet, s.142.

⁵⁰⁴ ENGELS, Anti-Dühring, s.267.

uygun bir devlet kurar ya da sessizce ölür, ama o zaman da, kendisinden geçinen eski devleti de mezara sürükler. Her iki halde de, var olan devlet için sonuç yıkımdır⁵⁰⁵. Bu bakımdan devletin egemen sınıf çıkarlarını koruma görevi kaçınılmaz bir görevdir.

Fakat, devlet egemen sınıfın doğrudan kullandığı bir kukla aygıt da değildir. Neticede egemen sınıf çıkarları baskın olsa da, toplumun tümünün dolayısıyla da kendisinin yaşamsal ihtiyaçlarını karşılayacak görevlerini yerine getirmede yok olmaya mahkum olacaktır. Bu çelişki nedeniyledir ki, devlet toplumun üzerinde konumlanmak durumundadır. Hiçbir devlet, toplumun üzerine çıkmadan, otoriteye, iktidara ve iktidarın araçlarına sahip olmadan, görevlerini yerine getiremez⁵⁰⁶. Dolayısıyla görevlerini yerine getirebilmek ve varlığını sürdürebilmek için kendi çıkarlarını da korumak ve kollamak zorundadır. Devleti alt ve üst sınıflardan görece bağımsız bir yapıya bürünmeye zorlayan da bu zorunluluktur.

Devlet, üstlendiği tüm bu görevlerini somut yaşamdaki kurum ve organları aracılığıyla yerine getiren bir yapı ve rol demetidir. Yargı da bunlardan birisidir ve devlet erkine içkin bir gücü temsil ettiğinden toplumun üzerinde konumlanması bir bakıma devletin konumlanışından kaynaklıdır. Ancak elbette buna biçim kazandıran temel etmenler yargının kendine özgü doğasından ve daha önce bahsettiğimiz işlevlerinden kaynaklanmaktadır. Aksi halde yargıyı yalnızca toplumdan değil, aynı zamanda diğer devlet erklerinden de görece bağımsız bir örgütlenmeye iten koşulları anlamlandırmak imkanı kalmaz.

Uzunca bir dönem yürütmenin bir parçası olarak kabul edilen yargıyı toplumun üzerinde görece özerk bir yapılanmaya iten temel neden, tıpkı devlet gibi, üstlendiği çelişkili görevlerin karşısında varlık koşullarını sürdürebilme ihtiyacıdır. Bu durum, yargıyı, egemen sınıftan ve altsınıflardan gelen aralıksız baskı karşısında temel işlevini yerine getirebilmek ve varlık ve meşruiyet koşullarını sürdürebilmek için durmaksızın savaşıma vermeye mecbur bırakır. İşte yargının kendi çıkarlarını koruma işlevi bu çabanın ifadesidir. Bu çabayı körükleyen pek çok belirleyici de

⁵⁰⁵ Öte yandan, devletin egemen sınıfa hizmetinin bir üst sınırı da vardır. Bunu aşarsa doğrudan kendi varlık koşullarını ortadan kaldırır. Çünkü ya somürü üretim güçlerinin sürdürülmesine olanak vermeyecek bir düzeye yükselerek toplumun insan ve fizik kaynaklarını eritir; böylece o toplumun devletini de çökertir; ya da egemen sınıf üretim güçlerini sürdürür ancak devlete verdiği payı keser. Son durumda, asgari bir üstünlük sağlamanın araçlarından yoksun kalan devlet, kaçınılmaz olarak yıkılır. EROĞUL, Devlet, ss.144-145.

⁵⁰⁶ EROĞUL, Devlet, s.145.

vardır elbet. Örneğin yargı mensuplarının ihtirasları da yargının toplum üzerinde konumlanması ve yargının kendini koruma çabasını körükler.

Ancak modern liberal toplumlarda yargı yalnızca sivil toplumun üzerinde yer almaz, aynı zamanda diğer devlet erkleri karşısında da “bağımsız” ayrı bir erk konumundadır. Bu durum modern kapitalist toplumun kendi özgül koşullarından kaynaklıdır. Kapitalist üretim ilişkilerinin ihtiyaç duyulan serbestlik ortamında sürdürülmesinin birinci şartı, siyasal iktidarın piyasaya ve özel mülkiyete keyfi müdahalelerini engelleyecek bir siyasal yapılanmadır. Liberal demokrasiler çözümü, devlet erkinin farklı organlar ve kurumlar arasında paylaştırılması, böylece güçlerin karşılıklı olarak birbirlerini frenledikleri bir mekanizmanın yaratılması suretiyle tüm gücü elinde toplayacak bir iktidarın oluşmasının engellenmesinde bulmuştur.

Bu durum yargıya, aslında rolüne içkin ancak liberal sisteme özgü, birtakım yeni görevler yüklemiştir. Bunun bir yanı yargının uyuşmazlıkların çözümünde üstlendiği rolü hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak devlet organları bakımından da yerine getirmesidir. Yani yargı devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun yürütülmesini sağlayan bir denetçi rolünü üstlenir. Bunun yanında kuvvetler ayrılığı ilkesinin de bir gereği olarak kuvvetler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü de yargı eliyle gerçekleştirilir. Böylece yargı hem anayasal hukuk devletinin koruyucusu, hem de kuvvetler ayrılığı ilkesinin işlerliğinin garantörü olarak siyasal sistemin kilit yapılarından biri haline gelmiştir. Yargının “devlet çıkarlarının korunması işlevi”nden kastımız da budur.

Ancak kapitalizmin daima tekelleşmeye yatkın doğası nedeniyle serbest rekabetin hiçbir zaman sağlanamamış olması gibi, siyasal iktidarın da tekelleşmeye giden doğası karşısında kuvvetler ayrılığı ilkesi hiçbir zaman tam olarak sağlanamamıştır. Günümüzde bunun tartışması halen sürmekte ve yargıya devlet çıkarlarının korunmasında daha büyük roller biçildiği görülmektedir. Bu durum yargının siyasal sistem içerisindeki rolünün sürekli tartışılır olmasına sebebiyet vermekte, yargının meşruiyeti sorunsalının çeperi de bu doğrultuda genişlemektedir.

B. Liberal Devlet Örgütlenmesinin Meşruiyet İlkeleri ve Yargının Rolü

Bir yapı ve rol demeti olarak ifade ettiğimiz devlet, toplum adına yaşamı yöneten, yönlendiren, ihtiyaçları tespit eden ve gereklerinin yerine getirilmesini sağlayan bir güçtür. Bu rollerini yerine getirebilmesi için öncelikle toplumdan ayrışması ve toplum üzerinde konumlanması gerekmiştir. Bu ise “güç kullanma tekeli”ni elinde bulundurması ve bunun meşruiyetini sağlaması ile mümkün olabilmektedir. Bu bakımdan devleti diğer toplumsal yapılardan ayıran en önemli özellik elinde bulundurduğu meşru güç tekelidir. Bu tekel sayesinde ki, devlet adalet dağıtım görevini de üstlenebilmiştir⁵⁰⁷.

Devlet tüm toplumsal yapılar gibi bireylere ihtiyaç duyar. Soyut bir varlık olan devlet, bireylerin eylemleri sayesinde devinir. Devlette cisimleşen her türlü yetki ve güç ancak bireyler aracılığıyla toplumsal yaşamın düzenlenmesinde kullanılabilir. Fakat böylesi bir gücü elinde bulunduran bireylerin diğer bireyler üzerinde kuracağı tahakkümün korkutucu boyutlara varabileceği, tarih boyunca yaşanan deneyimlerin de sonucu olarak görüldüğünden; devlete ait yetkilerin kaynağı ve kullanılması her zaman tartışma konusu olmuş, devletin örgütlenmesi ve işlevleri üzerine yapılan tartışmaların pek çoğu, iktidarın, meşruiyet sınırları içinde tutulması ve bu sınırlar ötesine taşmaması için gerekli önlemlerin alınması üzerinde yoğunlaşmıştır⁵⁰⁸.

Modern devletle birlikte bu gücün kaynağı, devletin de kaynağı olan toplumun içinde, toplumu oluşturan bireylerde aranmış ve ulus/halk egemenliği kavramlarına ulaşılmıştır. Egemenlik kavramına ilişkin tartışmalar bir kenara bırakıldığında, gücün kaynağının toplum içerisinde bulunması sayesinde meşruiyet tartışması kısmen yatıştırılsa da bu gücün kullanımına ilişkin tartışma bitmek bilmeksizin süregelmiştir. Modern devlet ile birlikte hak ve özgürlükler karşısında iktidarın sınırlandırılması, rejimin temel özelliği olarak öne çıkarılmış, tartışmaya ilişkin çözümler bu pencereden geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu çabanın sonucu olarak ortaya çıkan ilke ve esaslar günümüz liberal demokrasilerinin varlık ve meşruiyet

⁵⁰⁷ Öte yandan bu tekel, adalet dağıtım görevini devlete bir sorumluluk olarak da yüklemektedir. Bu sorumluluğunu tatmin edici bir biçimde yerine getirdiği sürece bireyler “ihkak-ı hak” yoluna gitmeyecektir.

⁵⁰⁸ CANIKLIOĞLU, Yargı, s.24.

temelini oluşturmaktadır. Yargının devlet çıkarlarını koruma işlevi de özünde, işte bu ilke ve esasların korunması ve gerçekleştirilmesi işlevidir.

1. Hukuk Devleti İlkesi

Liberal demokratik devlet, hukukla/hukuk üzerine kurulmuş ve yine hukukla sınırlanmış devlettir. Devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması anlamında hukuk devleti, liberal devletin en temel meşruluk kaynağıdır⁵⁰⁹. Hukuk devleti kavramının modern devletin doğuşuna da kaynaklık etmiş olan bu klasik tanımı, günümüz literatüründe şekli hukuk devleti olarak ifade edilmektedir⁵¹⁰. Bu fikrin temeli “bir veya birkaç kişinin keyfiliği değil, yasalar egemen olmalı” şeklindedir⁵¹¹. Şekli hukuk devleti, başkaca bir meşruluk söylemine müracaat etme gereği olmadan, devletin hukukla bağlı olması ölçütüyle meşruluğun gerekli ve yeterli koşulunun sağlandığı inancına dayanır⁵¹².

Buna karşılık hukuk devletinin çağdaş liberal tanımları, birtakım ilke ve değerleri kavramın içerisinde eritmiş, kavramın anlam içeriğini genişletmiştir. Buna göre, devletin sınırlanması kendi başına bir amaç değil, özgürlük yararına gerçekleşmesini mümkün kılacak ilke ve kurumları içeren somut bir görünümdür; hukuk devleti ise bu ilke ve kurumları içerisinde barındıran bütünlüklü bir kavram olarak ele alınır⁵¹³. Maddi hukuk devleti olarak adlandırılan bu “bütünlüklü” hukuk

⁵⁰⁹ Siyasal iktidarın “politik özellik taşıyan takdir hakkı yerine, hukuki meşruluğa göre yönetimini icra etmesi” anlamına gelen ve kökleri 1215 Magna Carta’ya dayanan bir geçmişe uzanan hukuk devleti, kavram olarak ilk kez 1608’de İngiltere tahtına I. James olarak oturan İskoç Kralı IV. James’in, krallığının başında verdiği bir idam emrine, Başyargıç Lord Coke’un itirazıyla ortaya çıkmıştır. Kralın emrine karşı çıkan Coke’un “Kral insanlara değil, Tanrıya ve Hukuka tabidir” diyerek “kimsenin yargılanmadan cezalandırılmayacağını” belirtmesi, hukuk devletine bugünkü anlamına uygun bir kavramsal içerik vermiş, fakat ilk kez Kant, 1797’de “Hukuk Öğretisinin Metafizik Etkileri” adlı eserinde “hukuk zemininde duran devlet” olarak, hukuk devletine bir tanım kazandırmıştır. CANIKLIOĞLU, Yargı, ss.13-14.

⁵¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.244 vd.

⁵¹¹ SANCAR, Devlet Aklı, s. 34.

⁵¹² Mehmet Tefik ÖZCAN, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, (Hukuk Devleti), s.206.

⁵¹³ SANCAR, Devlet Aklı, s.34. Hukuk devleti kavramı, Alman kökenlidir. *Rechtsstaat* kavramı, ilk olarak Robert von Mohl’ün *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832-1834) adlı kitabında kullanılmıştır. Alman ve Fransız anlayışındaki hukuk devleti kavramının, İngiliz ve Amerikan hukuk sistemindekinden farklı bir anlama sahip olduğu kabul edilmektedir. Devletin kendi koyduğu hukuk kuralları sistemini bozmadan hareket etmesini anlatan, bu nedenle de salt biçimsel bir niteliğe sahip olduğu söylenen Alman ve Fransız anlayışı için kullanılan “hukuk devleti” ile gelenek ve içtihat kuralları ile devleti önceleyen bir hukuka ve bunun taşıdığı temel değerlere (geçmişe yürümeme, aleniyet, öngörülebilir olma, çelişmezlik vb.) bağlılığı anlatan İngiliz

devleti kavramı, biçimsel ve içeriksel birtakım ilkelerin bir arada ortaya çıkardığı, çoğunluk kuralını sınırlayıcı kurumsal ve usuli düzenlemelerden meydana gelen bir anayasal yapıya karşılık gelir⁵¹⁴.

Devlet kudretinin sınırlanmasına hizmet edecek biçimsel önlemler arasında, devletin üstün bağlayıcı güce sahip bir hukuk metni (anayasa) ile çerçevelenmesi, devlet kudretinin değişik organlar arasında paylaştırılması (kuvvetler ayrılığı ilkesi), bütün devletsel faaliyetlerin hukuk kurallarına bağlanması (hukukun egemenliği ve hukuksal güvenlik ilkeleri) ve bu bağlılığın bağımsız yargı organlarınca yürütülecek bir yargısal denetime tabi olması sayılabilir. Devlet erkini, içerik açısından bağlayan/sınırlayan değerlerin merkezinde ise, özgürlük ve insan onuru ya da (bu ikisini de kapsayacak şekilde) insan hakları yer alır. Bu bakış açısından hukuk devleti, kısaca hukuk aracılığıyla özgürlüğü koruyan devlet olarak tanımlanır⁵¹⁵.

Liberal demokratik düzenin temel ifadesi olan hukuk devleti ilkesinin birinci unsuru yasallıktır. Hukuk devleti, öncelikle her şeyin hukuk çerçevesinde cereyan etmesiyle varlığını meşrulaştırma ve kendini başka sistemlerden farklı kılma iddiasına dayanır. Bu iddianın en önemli unsurlarından birini de, hukuk kurallarının sadece yönetilenler için değil, fakat öncelikle ve özellikle yönetenler, yani devletin bütün organları için bağlayıcı olması teşkil eder⁵¹⁶.

Devletin kendini koyduğu (benimsediği) kurallarla bağlı sayması iki anlama gelir. Birincisi, kuralların sisteminde içsel bir bütünlüğünün olması birbirleriyle çelişmemesi gerekir. Normlar hiyerarşisi bu gerekliliğe dayanmaktadır. İkincisi ise,

ve Amerikan anlayışı için kullanılan hukukun üstünlüğü (Rule Of Law, *Due process of law*) terimlerinin farklı anlamlar taşıdığı da savunulmaktadır. Onur KARAHANOGULLARI, “Hukuk Devleti”, **İçinde: Kavram Sözlüğü (Söylem ve Gerçek) Cilt:2**, Der: Fikret Başkaya, Özgür Üniversite Kitaplığı:59, Maki Basım Yayın, Ankara, 2006, (Hukuk Devleti), s.201. Ancak çağdaş tanımlarda bu farkın ortadan kalktığı iki kavramın unsurlarının birleştiği görülmektedir.

⁵¹⁴ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.245.

⁵¹⁵ SANCAR, Devlet Aklı, s.35. Hukuk devleti anlayışı, toplumda en üstün güç ve otorite olan devletin keyfi davranışlarına karşı bireylerin korunması düşüncesine dayanır. Yönetilenlerin devlet otoritesine karşı korunması, bireylerin devletin müdahale edemeyeceği haklara sahip olmasının kabulü ile başlar. Şükrü KARATEPE, **İdare Hukuku**, Üniversite Kitabevi, İzmir, 1993, s.41; Zafer GÖREN, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1999, s.137. Devlete yönelik bireylerin müdahale edilemez haklarının varlığının kabulü ise, devlet otoritesinin sınırlandırılması anlamına gelir. Karl DOEHRING, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çev: Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002, s.209.

⁵¹⁶ SANCAR, Devlet Aklı, ss.78-79. “Hukuk devleti yasaları olan devlet değil, hukukun egemen olduğu devlet anlamına gelmektedir. Söz konusu hukuk, pozitif olarak yürürlüğe konmuş ve yaptırım gücü ile desteklenmiş kurallar sistemi anlamında değil, hukukun egemen olduğu, tüm vatandaşlar için hukuki güvenliğin sağlandığı, evrensel değerlerle uyumlu olan bir hukuktur”. Mustafa ERDOĞAN, **Anayasal Demokrasi**, 5.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.

hukuk kurallarının oluşumunun da belli kural ve kaidelere bağlanmasıdır. Yani kural koyucu hukukla bağlı olacak ve yine hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde davranacaktır. Devlet kendisinin veya varlığını borçlu olduğu egemen toplumsal ilişkilerin varlığı için, koymuş olduğu kurallarla bağlı olmadan kural koyuyor ve uygulama yapıyorsa ortada bir kurallar toplamı bulunmakla birlikte bu “hukuk devleti” olmayacaktır⁵¹⁷.

Yasallık, öngörülebilirlik bir başka ifadeyle “hukuki güvenlik” ilkesini de içerisinde barındırır. Bu hukuk devletinde bireyler açısından önemli bir güvencedir. Devlet adına yetki kullanan kamu görevlilerinin, kullanacakları yetkinin önceden belirlenmiş kurallara bağlanması, bu yetkilerin hangi şartlarda nasıl, nerede ve ne zaman kullanılacağına ilişkin düzenlemeler bireylerin kendilerini güven içerisinde hissetmelerine yol açar. Böylelikle devletin keyfi davranışının önüne geçilmiş ve bireylere hukuksal güvence sağlanmış olur⁵¹⁸.

Biçimsel güvencelerin temelini anayasal devlet olgusu oluşturur. Devletin insan hakları lehine hukukla sınırlandırılması konusunda kabul görmüş en genel nitelikli yöntem anayasallaşmadır⁵¹⁹. Anayasa ve anayasallaşma kavramları anlam içerikleri bakımından farklı ele alınır. Anayasa; devletin yapısını, yetkilerini, yurttaşların hak ve ödevlerini düzenleyen, onları biçimlendiren temel bir belgedir. Bu bakımdan demokratik-totaliter her türden devletin anayasası olabilir. Anayasallaşma deyimini ise hukukun üstünlüğü kavramına bağlılığın ifadesi olarak ele alınmakta ve anayasalı devlet ile anayasal devlet birbirinden ayrıştırılmaktadır⁵²⁰. Anayasallaşma, yöneticilerin devleti keyiflerince değil, hukukun evrensel ilkeleri üzerine bina edilmiş bir anayasaya göre yönetmesi düşüncesini içerir. Siyasi iktidarın faaliyet serbestisini daraltan bu sınırlamanın amacı, yurttaşların temel özgürlük alanlarını güvence altına almaktır. Anayasallaşma, iktidar tekelleşmesinin yol açacağı

⁵¹⁷ KARAHANOGULLARI, Hukuk Devleti, s.202.

⁵¹⁸ Hukuki güvenliğin bireylere sağlayacağı faydalardan ilki, bireylerin hukuki düzenlemeler sayesinde geleceği daha iyi görebilmeleri ve iş ve faaliyetlerini buna göre ayarlayabilmeleridir. Bu sayede bireylerin devlet faaliyetleri karşısında hukuksal güvenceye kavuşmuş olduğu söylenebilir. İkinci olarak hukuki güvenlik, sürekli, istikrarlı ve devletin günün şartlarına uygun olmayan, bireylerin hukuka güvenini sarsacak keyfi değişim eğilimlerini de engeller. Hayri KESER, “Demokrasi ve Hukuk Devleti İlkesi Arasındaki Etkileşim”, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi2.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.07.2011), s.4.

⁵¹⁹ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.72.

⁵²⁰ LIPSON, s. 321.

zorbalıkları önler ve siyasal iktidarın özgürlükler lehine sınırlandırılmasını gerektirir⁵²¹.

Anayasal hukuk devletin kurumsallaşması ve böylece iktidarın keyfi kullanımının engellenmesi kuvvetler ayrılığı ilkesinin işlerliği ile mümkündür. Monarşinin kapitalist gelişme karşısında toplumsal yaşam önünde bir engel oluşturmaya başlaması nedeniyle, kralın etki alanının sınırlanması çabasının bir ürünü olan kuvvetler ayrılığı ilkesi devlet fonksiyonlarının (yasama, yürütme ve yargı) farklı organlar aracılığıyla farklı kişiler eliyle kullanılmasını esas alır. Böylelikle devlete içkin hükmetme gücü tek bir elde toplanmayacak, aynı zamanda erkler karşılıklı olarak birbirlerini sınırlayacağından birey hak ve özgürlükleri karşısında tehdit oluşturacak bir siyasal iktidara meydan verilmemiş olacaktır. Ancak, kuvvetler ayrılığı ilkesinin 18. yy'da siyasal iktidarı farklı devlet işlevlerine uygun görev ve yetkiler demeti olarak bölmesi, iktidarın varlığını sürdürme amacına odaklı bir güç olması tehlikesini önleyememiştir⁵²².

Krallık karşısına parlamentonun üstünlüğü savunusu ile çıkan burjuvazi bu yolla kralın iktidarının sınırlandırılması çabasını gütmüştür. Ancak devrimlerin ardından yaşanan parlamento deneyimleri, gücün –parlamento dahi olsa- tek bir elde toplanmasının olumsuz sonuçlar yaratabileceği gerçeğini ortaya koyunca, kuvvetler ayrılığı fikri daha da önem kazanmıştır. Thomas Jefferson bu durumu, Virginia Anayasasını yorumlarken şu sözlerle ifade etmiştir: “Bunların (yasama, yürütme ve yargı) aynı elde toplanması açıkça despotik bir yönetim tanımıdır. Bu güçlerin bir tek el tarafından değil de, çok sayıda el tarafından kullanılması durumu hafifletmeye yetmez. Yüz yetmiş üç despot da teki kadar ezicidir”⁵²³.

Öte yandan, kuvvetler ayrılığı -kuramsal olarak kimi görüşlerde yer alsa da-, uygulamada hiçbir zaman kuvvetler arasında keskin bir ayrıma karşılık gelecek bir biçimde de anlaşılmamıştır ve hiçbir dönem uygulanmamıştır⁵²⁴. Nitekim pratikte bunun imkanı da yoktur. Bütünlüklü bir faaliyetin yani geniş anlamıyla ele alırsak

⁵²¹ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.72.

⁵²² CANIKLIOĞLU, Yargı, s.25.

⁵²³ Thomas JEFFERSON, “Federal Cumhuriyet”; **İçinde: Anayasa Üzerine Düşünceler- Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler**, Çev: Mümtaz Soysal, TSİD Yayınları, İstanbul, 1962, s.19.

⁵²⁴ M. de La Bigne de Villeneuve, La fin du principe de la Separation des Pouvoirs, Sirey, 1934'den Aktaran: Turhan FEYZİOĞLU, “Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:II, 1947, s.58.

“siyaset”in (toplumsal yaşamın üretiminin organizasyonu anlamında) gerekleri farklı organlar eliyle gerçekleştirilebilir olsa da, neticede, tüm organların görevlerinin sonuçları temel bir havzada birleşmekte, çoğu zaman ortak amaçlara yönelmektedir. Dolayısıyla bu görevler arasında kimi zaman kesişmeler ve bu kesişmelerden kaynaklı organlar arası işbölümü kaçınılmazdır. Bu bakımdan kuvvetler arasında keskin bir ayırım yapmanın imkanı olmadığı gibi, faydası da yoktur⁵²⁵.

Devlet fonksiyonlarının birbirlerini dengeleyen bir işbirliğine dayalı olarak gerçekleştirilmesinin ifadesi olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin en önemli dayanağı ise yargı bağımsızlığıdır. Liberal demokratik rejimlerde, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinde, hak ve özgürlüklerin korunması ve iktidarın sınırlandırılmasında yargı önemli ve kilit bir rol üstlenmiştir.

Devlet-sivil toplum ikiliğine dayanan liberal yaklaşıma göre, refah ve adalet, özgürlük ve eşitliğe dayalı bir toplumsal düzenin otomatik sonuçları olarak ortaya çıkacaktır. Hukuk devletine içkin biçimsel önlemlerle birlikte devlete, artık sadece bireylerin özgürlüklerini uyum içine sokacak önlemleri almak için ihtiyaç vardır. Bu yaklaşımla birlikte devlet, kamu yararını maddi olarak tanımlamak, onun içeriğini belirlemek ve bunu emredici bir şekilde yaşama geçirmek yetkisini de kaybetmiştir. O zamana kadar geçerli olan ilke tersine dönmüştür: ilke, toplumun özerkliği ve devletin sınırlılığı şeklini almıştır. Bu yapı içinde insan hakları, devlet ve toplum arasındaki sınırı belirleme işlevini üstlenmiştir⁵²⁶.

Bir başka şekilde ifade edersek, çağdaş liberal yaklaşım, hukuk devleti kavramının, salt devletin eylemlerinin biçimsel sınırlarının çizilmesi biçimde algılanamayacağını, yani hukuk devletinin “yasa devleti” anlamına gelmediğini, aksine belli maddi değerlere bağlanma anlamını da içerdiği ve bu değerlerin “insan hakları”ndan meydana geldiğini ifade etmektedir⁵²⁷. Tanör’ün ifadesiyle, “*hukuk*

⁵²⁵ “ABD gibi sert kuvvetler ayrılığına dayandığı ileri sürülen bir anayasal sistemde yasa yapma yetkisi Kongre’ye bırakılmışken, Başkan’ın da çeşitli öneriler getirme, Kongre’yi olağanüstü toplantıya çağırma ve yasa tasarılarını veto etme yetkisi vardır. Benzer şekilde Yüksek Mahkeme de adli kararların yeniden incelenmesi yetkisini kullanarak yasama işlevinin bir bölümünde hak sahibi olma iddiasını devam ettirmiştir. Ağırlıklı olarak mahkemeler tarafından üstlenilmiş olmasına rağmen yargı sürecinde de benzer olarak Temsilciler Meclisi’ne yürütme yetkisi verilmişken ve Senato yargı rolü üstlenirken, Kongre yüce divana sevk edilen davalarda hukuki yetki kapasitesine göre hareket eder. Vatan hainliği dışındaki davalarda af yetkisini kullanarak ve federal yargıçları atama suretiyle Başkan da mahkemelere müdahale edebilir.” CANIKLIOĞLU, Yargı, ss.42-43.

⁵²⁶ SANCAR, Devlet Aklı, s.44.

⁵²⁷ Hukuk devleti, uygar devlettir, insanlık devletidir, insancıl devlettir. Hukukçu devleti, yargıç devleti değil, hukukun ölçü alındığı, hukukun sayıldığı, güvence bilindiği, hukuku egemen kılan,

devletinde ifadesini bulan hukuk, herhangi bir hukuk değildir; değerlere bağlı, insan haklarına dayalı demokratik ve liberal bir hukuktur”⁵²⁸. Bu durumda, devlet faaliyetlerinin meşruluğu, birbirine bağlı iki adımın gerçekleştirilmesi şartına bağlı olmak durumundadır. Bunlardan birincisi yasallık, ikincisi ise, yasanın belli bir içeriğe sahip olması, yani insan haklarına uygunlukla belirlenmesidir. Bu şart, hukuk devletinin, “yasal despotizm”den farklı olma iddiasının temelini oluşturur⁵²⁹.

2. İnsan Haklarına Dayalı Devlet

Kuçuradi, insan haklarını, insanın değerinin bilgisiyle tarihsel koşullarda üretilen etik değerler olarak tarif etmektedir⁵³⁰. İnsan haklarının etik değerlerle bu denli yakın ilişkisi bu kavramın, “hukukun hukuku” olma, pozitif hukuk karşısında normatif ölçüt işlevi gören “daha yüksek”, “devlet üstü”, “tabii” hukuk olma iddiasıyla birlikte anlamlandırılmasına sebep olmuştur⁵³¹. Yine bu nedenledir ki, insan hakları doğal hukuk doktrini ile birlikte anılır.

Liberal kuram da insan hakları kavramına bu temelde yaklaşır. İnsan haklarına dayalı bir hukuk devleti, liberal kuram açısından, çerçevesi doğal hukukla çizilmiş anayasal devlete karşılık gelir. Caniklioğlu, liberal kuramda anayasal devlet olgusunu şöyle açıklar: “*anayasal devlet, doğal yaşamdan doğal hakları ile çıkagelmiş bireyin, kendisi için düşündüğü, kurguladığı bir devletli yaşamda, otoritesi yine kendisi (birey) baz alınarak anayasa ile çizilmiş bir devlettir.*”⁵³²

İlk yazılı anayasaların insan hakları bildirgeleri veya hükümleriyle birlikte varlık kazanmış olmaları, anayasacılık hareketine damgasını vurmuş ve bizzat anayasa kavramının anlamını belirlemiştir. Buna göre, insan haklarının tanınıp güvence altına alınmasına ilişkin kurallar, tarihsel ve ontolojik açıdan anayasa kavramının kurucu unsurları arasında yer alırlar. Bu unsurlardan yoksun belgelerin anayasa adına değer görmediklerinin çarpıcı ifadesi, 1789 Bildirisinin 16.

üstün tutan, hukukla geçerli olan, hukuku yaşatan, hukukun yaşattığı devlettir. Yekta Güngör ÖZDEN, “İnsan Hakları Hukuk Devleti ve Savunma”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:3, 1984, s.371.

⁵²⁸ Bülent TANÖR, Nemci YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7.b., Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.90.

⁵²⁹ SANCAR, Devlet Aklı, s.54.

⁵³⁰ Ioanna KUÇURADI, “İnsan Haklarına Dayalı Anayasa veya Devlet Kavramı”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:8, 1991, s.137.

⁵³¹ SANCAR, Devlet Aklı, s.105.

⁵³² CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, ss.149-150.

maddesinde şu şekilde formüle edilmiştir: “*hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının kurallaştırılmadığı toplumların anayasası yoktur*”. Bu tarihten beri insan hakları anayasaların zorunlu içeriksel bloğu olarak kabul edilmekte ve hemen hemen bütün anayasalar, öyle ya da böyle, insan haklarına yer vermektedirler. Anayasa kavramı ile insan hakları arasındaki bu ilişkinin doğal sonucu, insan haklarının modern devletin en önemli meşruluk ölçütü işlevini görmesidir⁵³³.

İnsan haklarını doğal hukuk anlayışı etrafında ele almak yerine, toplumsallığı-tarihselliği çerçevesinde ele almanın daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bu çerçevede yaklaştığımızda, insan hakları kavramı kapsamında ele alınan hak ve özgürlüklerin aslında haksızlık pratiklerine karşı verilen mücadelelerin bir sonucu olduğunu görürüz. Hakların bu niteliği, onların herhangi bir pozitif hukuk düzeni tarafından tanınmalarının, bağımsız bir varlığa sahip olmalarının bir kanıtı, ama aynı zamanda sonucudur da. Her tarihsel dönemde insan haklarından sayılan hakların asıl tescil yeri bunlara ilişkin ortak bilinç ya da insanlığın ortak hafızasıdır⁵³⁴. Bu açıdan bakıldığında insan hakları, “*pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri ifade eder.*”⁵³⁵ Bu nedenle doğada verili bulunan mutlak bir takım hak ve özgürlükler anlamında insan hakları yerine, somut toplumsal düzen içerisinde insanların pratik çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkmış, o toplumun ihtiyaç ve gereklerine karşılık gelen hak ve özgürlükler anlamında bir insan hakları kavramı daha gerçekçidir.

Böylesi bir yaklaşım, bu hak ve özgürlüklerin korunmasında büyük rol üstlenen yargının meşruiyetini toplumsal dayanakları içerisinde tartışabilmek açısından da daha elverişlidir.

⁵³³ SANCAR, Devlet Aklı, s.117. “Hukuk devleti ilkesi (gereğince), yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenlik denilen muazzam gücü Millet adına kullanan anayasal organlar, bu gücü sadece hukukun genel ilkeleri, anayasa ve yasalar çerçevesinde, insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak amacı ile kullanılabilir.” Bahri ÖZTÜRK, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:12, Anayasa Mahkemesinin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 1995, ss.68-69.

⁵³⁴ SANCAR, Devlet Aklı, s.118

⁵³⁵ TANÖR, s.14.

3. Azınlık Haklarına Saygılı Çoğunlu Demokrasi

Liberal demokratik rejimlerin insan haklarına dayanan bir anayasal hukuk devleti olarak biçimlenmesi aynı zamanda bu amaca uygun bir siyasal bir mekanizmanın da oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan klasik anlamda bir demokrasi kavramını yetersiz görür liberal kuram. Tarihsel deneyimlerin de haklı çıkardığı bu bakış açısının temel nedeni, temsile dayanan liberal rejimlerde demokrasinin halkın yönetiminden öte oy çokluğunu ifade eden bir çoğunluk yönetimine dönüşmesi ve siyasal iktidarların bu durumu liberal demokratik düzenin gereklerine aykırı bir biçimde kullanmasıdır.

Siyasal eşitliğin doğal sonucu, demokrasilerde, yurttaşların seçmen olabilme hakkının servet, eğitim, cinsiyet ve ırk bakımlarından bir sınırlamaya tabi tutulmamasıdır. Yine seçimlerde her seçmen eşit ve tek bir oya sahiptir. Seçimlerde her seçmenin tek ve eşit oy hakkına sahip olması ister istemez çoğunluğun tercihinin benimsenmesi anlamına gelecektir. Aksi düşünüldüğünde, yani azınlığın tercihi kabul edilecek olursa, azınlıkta kalanların her birinin oyu çoğunluktaki bireylerin oyundan daha ağırlıklı olacak ve eşitlik ilkesi zedeleneyecektir⁵³⁶. Henry Mayo bunu şöyle açıklar: *“Ahlaki bakımdan en kuvvetli olan veya bugünün siyasi ortamında en akla yakın gelen iddia siyasi eşitlikten doğan iddiadır. Hükümetin popüler kontrolü ve siyasi eşitlik prensipleri bir defa kabul edildi mi –ki bunlar bugün demokrasi ateşini körükler- karar vermek için çoğunluk prensibinin uygulanmasını reddetmek çok zor olur”*⁵³⁷.

Ancak çoğunluk ilkesinin demokratik açıdan ele alınışında bazı sınırlamalar vardır. Sartori bu sınırlamanın gerekleri şöyle açıklar:

“Demokratik bir sistem felce uğratmak istenmiyorsa, parlamentodaki sandalyelerin çoğunluğunu denetleyen partinin ülkeyi yönetme hakkına ve iradesine ve yasalarını azınlıkta kalan partilere kabul ettirme yetkisine sahip olması gerekeceği açıktır. Bunun yanında, en azından bir ilke olarak belirtilmelidir ki, bu yetkinin çok aşın sonuçları ortaya çıkabileceği de bilinmelidir. Demokrasilerin yaşamına seçimle gelmiş meclislere aşırı takdire dayanan yasama yetkileri verilerek son verilebileceği açıktır. Bu nedenle, bu görüş açısından,

⁵³⁶ Mehmet TURHAN, “Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi”, A.Ü. SBF Dergisi, Cilt:50, Sayı:1, 1970, (Çoğunluk), s.403.

⁵³⁷ Henry MAYO, **Demokratik Teoriye Giriş**, Çev: Emre Kongar, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara, 1964, s.154.

çoğunluğa çoğunluk olması nedeniyle sahip olduğu hakkı aşırı kullanması durumunda sistemin demokrasi olarak işlemeyeceği uyarısı yapılmalıdır. Tartışma şöyle bir yol izlemektedir: Eğer bir çoğunluk yetkilerini sınırsızca kullanırsa, kendisini sürekli bir çoğunluk durumuna getirmesi zor olmayacaktır. Ve eğer azınlığa dönüştürülemeyen bir çoğunluk varsa, artık bir demokratik çoğunluktan (oyunun kuralı çoğunluk ilkesi olan bir sistemden) söz edemeyiz. Çünkü çoğunluk ilkesi, siyasal yapının çeşitli parçalarının iktidarın kullanılmasında yer değiştirebildiği, değişebilen çoğunluklar gerektirir”⁵³⁸.

Çoğunluk ilkesi, çoğunluluğun haklılığı demek değildir diyen Sartori, çoğunluk ilkesinin sakıncalarını şöyle sıralar⁵³⁹: Birincisi, çoğunluk ilkesi azınlıkların korunması sorununu ortaya çıkarır. Bu bakımdan çoğunluk sınırlı bir çoğunluk olmalıdır. Aksi halde “çoğunluk zorbalığı” söz konusu olacaktır. İkincisi, çoğunluk ilkesi bizi bir iktidar çoğunluğunun oluşturulması sorunuyla karşı karşıya getirir. Zira seçim sonucunda sağlanan çoğunluk, en büyük azınlıktan ibaret olabilir. Üçüncüsü, çoğunluk ilkesi, toplumsal zorbalığı (birey üzerindeki) meşrulaştırarak daha şiddetli bir hale getirebilir⁵⁴⁰.

Bu nedenler ve kaygılarla öne sürülen ilke ise, azınlık haklarının korunduğu bir çoğulculuktur. Çoğulcu demokrasi anlayışında da toplumun yönetimi çoğunluk iradesine dayanır. Ancak çoğunluğun her istediğini yapan mutlak ve sınırsız iradeye sahip olduğu düşüncesi kabul edilmez. Buradaki temel ayrım azınlık düşüncelerine karşı olan tutumdur. Çoğunluk ilkesini esas alan anlayışlarda, çoğunluğun aldığı kararlar her zaman doğru ve haklıdır. Bu nedenle azınlığın hiçbir rolü ve değeri yoktur. Azınlık, çoğunluğun almış olduğu kararlara uymak ve boyun eğmek zorundadır. Azınlık düşüncelerinin de iktidara gelebileceği göz ardı edilir. Azınlık haklarını koruyacak yargısal denetimler sadece çoğunluğun iradesini geciktirir. Bu nedenle anayasal güvenceler ve yargısal denetimlerin etkinliği göz ardı edilir. Çoğulcu demokrasilerde ise, azınlık düşüncesinin çoğunluk haline gelebilme ve

⁵³⁸ Giovanni Sartori, *Democratic Theory*, Wayne State University Press, Detroit, 1962, s.239’dan Aktaran: TURHAN, Çoğunluk, ss.407-408.

⁵³⁹ Giovanni SARTORİ, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1996, ss.148-149.

⁵⁴⁰ Ancak sorunun gerek çoğunluklara, gerekse azınlıklara tüm iktidarın verilmemesi gerekliliği olduğunu vurgulayan Sartori, (bir halkın çoğunluğunu oluşturan kimselerin kendilerini bir parti, bir sınıf veya bir ırkla güçlü bir biçimde özdeşleştirmeleri hali dışında) yığın çokluğuyla ilgili olarak bir çoğunluk zorbalığından korkmak için bir neden olmadığını da vurgular. Çünkü pratikte çoğunluğun yalnızca matematiksel bir çokluk olduğunu, bir toplumun içerisinde sürekli, kalıcı bir çoğunluğun bulunduğu anlamına gelmediğini söyler. SARTORİ, s.149.

iktidarı elde edebilme hakkı tanınır. Demokratik ve düzenli seçimler vasıtası ile gerçekleştirilen iktidara gelebilme hakkı diğer hak ve özgürlükleri de beraberinde getirir. Örneğin düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, eleştirme özgürlüğü ve muhalefet hakkı, özgür olma eşit hakkı vb. hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması sağlanmaktadır. Çoğulcu demokrasiler, herkesin kişiliğine bağlı özgür olma eşit hak ve özgürlüklerine sahip olduğu inancı üzerine kurulmuştur. Siyasal iktidarın ve dolayısıyla çoğunluğun iradesi hak ve özgürlüklerle kayıtlı olmakta ve sınırlanmaktadır⁵⁴¹.

Bu görüşler bakımından, iddia olunan odur ki, liberal demokratik düzen, çoğunluğun yönetimi olmakla beraber azınlığın temel haklarını da gözeten çoğulcu bir rejimdir. Bu bakımdan liberal demokratik rejimin meşruiyet temellerinden birisi de azınlık haklarına dayalı çoğulcu bir demokrasidir. Liberal demokrasiyi çoğulcu bir yapıya büründüren temel unsur ise, bağımsız yargının üstlenmiş olduğu denetim rolüdür. Özellikle anayasa yargısı, çoğunluk tahakkümünü, hak ve özgürlüklerin korunduğu bir çoğulcu demokrasiye dönüştürmede belirleyicidir. Bu aynı zamanda yargının devlet çıkarlarının korunması işlevinin en somut biçimlerinden birini oluşturmaktadır.

4. Değerlendirme

Devletin, kendinden hareketle ve kendi içinden sınırlanması esasına dayanan hukuk devleti modeli, özetlersek, özgürlük ve mülkiyete yönelik müdahalelere yalnızca yasalar temelinde veya en azından yasalar çerçevesinde cevaz verilmesi, devletsel faaliyetlerin öngörülebilir ve hesaplanabilir kılınması, devletin bütün eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı aracılığıyla denetime tabi tutulması gibi temel ilkelerde somutlaşır⁵⁴². Görüldüğü gibi yargı, liberal demokratik devletin korunmasında kilit bir rol üstlenmiş durumdadır. Yargının devlet çıkarlarını koruma işlevi de buradan kaynaklanır.

Bu durum meşruiyet bakımından iki taraflı bir ilişki ortaya çıkarır. Yargı bir yandan, rejimin meşruiyetini tesis etmesinde görev üstlenmiştir, öte yandan kendi işlevlerinin meşruiyetini de bu temel ilke ve esaslarına uygun davranmakla sağlar.

⁵⁴¹ KESER, s.3.

⁵⁴² SANCAR, Devlet Aklı, s.45.

Yani liberal demokratik rejimin meşruiyeti ilkeleri yargının devlet çıkarlarını koruma işlevinin de meşruiyet esasları haline gelir.

Peki liberal demokratik devlet düzeni ne kadar meşrudur?

Yukarıdaki unsurlar üzerinden ifade edilen liberal hukuk devleti anlayışı, devletin gerçek doğasını, yani sınıflı toplumlara özgü egemenlik sisteminin özünü gizlemeye, makyaj yoluyla güzelleştirmeye yönelik ideolojik bir kullanıma da son derece elverişli bir kavramdır. Sancar bunu şöyle açıklar:⁵⁴³

“... devleti modelinin, özü itibariyle normativizme yaslandığı haklı olarak iddia edilmektedir. Buna göre, normativizm, bu şekilde tanımlanmış bir hukuk devletinin en güçlü meşruluk kaynağını oluşturur. Çünkü, burada iktidar ve onun vazgeçilmez unsuru olan “cebiri” ya da “şiddet” artık insan iradesinin bir yansıması olarak değil, bir “norm etkisi” olarak ortaya çıkar. Böylece “şiddet”, insanın insan üzerindeki iktidarı olmaktan çıkar; insan iradesi, normun yürürlüğünün ardında kaybolup gider. İktidar artık düzenlenmiş ve öngörülebilir hale gelmiş; böylece şiddetin en önemli ve en dehşetli vasfından, yani öngörülemez keyfilikten arındırılmıştır. Bu açıdan bakıldığında, hukuk devleti, aslında iktidarın sadece sınırlanıp asgarileştirildiği değil, normlarda çözülüp sahici anlamda varlığını yitirdiği bir düzen olarak bile sunabilir kendini. Gerçekten de, bu şekilde konan hukuk devleti, insanlar üzerindeki iktidarı sona erdirmeye vaadini de içerir. Çünkü bu modelin özanlayışında, siyasal iktidarın kararları, artık bir egemenin somut iradesinin ifadesi değildir. Katı emir, çözülmüş ve parçalanmış; onun yerine oldukça genel bir düzen iradesi, yani norm geçmiştir. Bu irade, yani norm, “hiç kimseyi” hedef almaz, bir şahıs dikkate alınarak çıkarılmaz. Norm, sadece düzenler; hiç kimseye sahici anlamda bir külfet getirmez. Bunun için normun uygulanması, yani somutlaştırılması gerekir. Normu somutlaştıran karar, bir emir olarak kalmaya devam eder; fakat bu da, özgür yurttaşlara karşı bir baskı olma suçlamasından belli ölçülerde kurtarılmıştır. Çünkü bu karar, esasen yasalara göre geçerli olan şeyi icra eder; yasalar ise, “herkes için geçerlidir” ve baştan itibaren bir adalet karinesinden (adil olma varsayımından) yararlanır. Aslında burada şiddetin kamuflajından başka bir şey söz konusu olmadığı; iktidarın, daha güçlü ve daha anonim bir etki gösterebilmek için normun gizemli görüngüsünün ardına gizlenip gizlenmediği gibi sorunlar sorulmaz. Çünkü, iktidarın semaları, normlarla perdelenmiştir”

Bununla birlikte, hukukun ve hukuk devletinin ideolojik nitelik ve kullanımından kaynaklanan tapınıcı veya hiççi tavırlar bir yana bırakıldığında; hukuk devletinin, devletin zorbalığını önlemede bir araç olmanın yanı sıra daha iyi, ileri

⁵⁴³ SANCAR, Devlet Aklı, s.45.

veya adil olduğu düşünölen bir toplumsal-siyasal yapıya geçiş için yapılan mücadelenin ihmal edilmemesi gereken araçlarından biri olduğu da görölebilir⁵⁴⁴. Elbette, bu özgürlükçü potansiyeli etkinleştirebilmek için, hukuk devleti kavramıyla yaratılabilecek yanlışmaların da bilincinde olmak gerekir⁵⁴⁵.

Öte yandan, devlet ile birey arasındaki sınır çizgisi olan insan haklarının hukuksallaşması ve hatta anayasal güvence altına alınması da pratikte, teorik alanda ortaya konulan iddiaları gerçekleştirmekten uzak bir görünüm sergileyebilmektedir.

Esasen hukuksallaşma, insan hakları kavramının ve mücadelesinin vazgeçilmez bir boyutunu oluşturur. Hukuksal tanıma, pek çok olumlu sonucu da beraberinde getirir. Ancak hukuksallığı insan haklarının varoluşunun yegane biçimi olarak kabul etmek ve insan haklarını hukuksal imkan ve tekniklerden ibaret görmek doğru değildir. Aynı şekilde hukuksal tanımayla insan haklarının gerçek bir güvenceye kavuştuğunu düşünmek de bir yanlışlı olur. Bu argümana, daha çok iktidarlar tarafından aldatma/uyutma amacıyla başvurulur. Tanımayla hedeflenen aldatma girişiminin bilincine varılmadıkça, temelde hiçbir şey değişmiş olmayacaktır⁵⁴⁶.

İnsan hakları kavramının devlet ile olan ilişkisi bir çelişki üzerine kuruludur. İnsan hakları, pozitif hukukun bir parçası olduğu andan itibaren devletin onda içkin olan talepleri yerine getirme yükümlölüğü de ortaya çıkar. Böylece hakların yükümlölüsü ve garantörü tek bir adreste buluşmuş olur. Dolayısıyla devlet bir bakıma kendi davasında yargıç durumuna gelir. İnsan hakları taleplerinin önemli bir bölümünün, devleti sınırlayan ve devlete yasaklar koyan normlar biçiminde hukuk düzenine girdiğı de düşünüldüğünde, bu durumda devlete, kendisine yönelik yasakların hayata geçirilmesi görevi yüklenmiş olmaktadır. Bu bakımdan, öne sürölen bu garantinin işleyebilmesi, pek çok hukuksal ve hukuk ötesi faktörün bir araya gelmesi gerekliliğine bağlanır⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ KARAHANÖĞÜLLARI, Hukuk Devleti, s.4.

⁵⁴⁵ SANCAR, Devlet Aklı, s.46.

⁵⁴⁶ İnsan haklarının anayasal düzeyde tanınmasının, türevsel normların yasama tarafından üretilmesi sürecini olduğu kadar, pratikteki üretimi yani hukukun yargı organlarınca uygulanma sürecini de etkilemesi gerekir. Bu, insan hakları normlarının ve bunların ardında yatan değerlerin, bunlarla herhangi bir şekilde ilişkilendirilme imkan ve ihtimali olan bütün uyumsuzlıklarda, yargı organları tarafından doğrudan veya (en azından) yorum ölçütü olarak hesaba katılmaları gerektiğı anlamına gelir. SANCAR, Devlet Aklı ss.119-121.

⁵⁴⁷ Söz konusu çelişki, insan hakları ile temel haklar arasında ayrım yapılmasının da nedenlerinden biridir. SANCAR, Devlet Aklı, s.124.

İnsan haklarının hukuksal tanınmasının başlangıcından bu yana geçen 200 yılı aşkın zaman dilini kapsayan süreç, bir yandan insan haklarının pozitifleştirilmesi yönünde işlerken, diğer taraftan insan haklarını etkisizleştirmeye yarayacak hukuksal tekniklerin geliştirilmesi çabalarıyla doludur. Özellikle de güvenlik vurgusu ve özgürlük ve güvenlik arasında yapay bir çatışma yaratıp buna dayanarak kısıtlamalara başvurmak en yaygın yöntemdir. Meşruluğu bu gerilimden türetilen olağanüstü hal rejimleri, söz konusu yöntemin kapsamlı ve sistematik bir uygulamasından başka bir şey değildir. Olağanüstü hal rejimlerini olağan rejimlerden ayıran temel özelliğin, bu rejimlerde insan haklarının büyük ölçüde sınırlandırılması ya da askıya alınması olması, insan haklarının olağanlığının en önemli tehdit kaynağı olarak görüldüğü anlamına gelir⁵⁴⁸.

Yargının bu ikili tutum içerisindeki rolü pek de farklı değildir. Öncelikle insan haklarına ilişkin düzenlemelerin somut olay bakımından doğrudan veya dolaylı olarak uygulanabilirliği olduğu noktada, yargının uygulamayı tercih edip etmediği önemlidir. Bu bakımdan yargının toplumsal düzenin meşruiyeti bakımından insan haklarının pratiğine katkı sunma olanağı olduğu kadar, geniş bir etkisizleştirme imkanına da sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin yargı yorum tekniklerinin de, insan haklarının etkisizleştirilmesinde önemli bir rol oynayabileceğini söyleyebiliriz⁵⁴⁹.

Buna karşın yargı mekanizmasının insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde olumlu anlamda katkıda bulunması da mümkündür. Fakat bunun için etkili bir mücadele şarttır. “Hak verilmez alınır” sözü bu anlamda içi boş bir slogan değil, insan haklarının yüzlerce yıllık tarihinin somutlandığı bir gerçekliktir. Yargının toplumsal adaletin tesisine yönelik işlevini meşru temeller üzerinde sürdürebilmesi, bu anlamda toplumsal taleplere kulaklarını tıkamamasını da gerektirdiğinden, etkili bir mücadele, siyasal alanda olduğu kadar yargıda da insan haklarına gereken ilgi ve özenin gösterilmesi sonucunu doğuracaktır.

⁵⁴⁸ SANCAR, Devlet Aklı, ss.125-126.

⁵⁴⁹ Sancar, yorum yoluyla “eşitlik” kavramının ele alınış biçimi itibarıyla nasıl içinin boşaltıldığını şöyle örnekliyor: “Bunlar arasında özellikle “eşitlik” ilkesi konusunda anayasa yargısı tarafından geliştirilen yorum teknikleri dikkat çekicidir. Bu ilkenin önce “hukuksal eşitlik” olarak nitelenmesi, ardından “kanun önünde eşitlik” olarak tanımlanması, bunun da “aynı durumda olanlara eşit uygulama” olarak yorumlanması, nihayet bu “uygulama”dan da “haklı nedenler”le sapılabileceğinin kabul edilmesi, eşitlik ilkesini anlamsızlaştırmayı hedefleyen evrenselleşmiş bir yorum tekniğidir.” SANCAR, Devlet Aklı, s.127.

Tüm bu açıklamalar etrafında diyebiliriz ki, liberal demokratik düzenin iki yüzü vardır. Bir yüzü daha ileri, daha iyi bir toplumsal düzen talebinin üzerini örten, soyut ve metafizik kavramsallaştırmalarla bu taleplerin devrimci yönünü törpüleyip evcilleştiren karanlık yüzüdür. Bu bakımdan liberal demokrasiler, özünde, eşitsizliğin “eşitlik” kavramı arkasında, kısıtlama, sınırlama ve adaletsizliklerin ise “özgürlük” kavramı arkasında gizlendiği bir toplumsal düzen ortaya koymaktadır. Bir hukuk kuralı olarak “herkesin istediği kadar et yeme hakkı vardır” düzenlemesi ile özgürlük tesis edilmiş olur. Ancak asgari ücretle geçinen bir ailenin bu hakkı kullanma imkanının olup olmayacağı bir önem arz etmez. Herkes kanun önünde eşittir. Ancak piyasa koşulları eşitsizlik üzerine kurulu olduğundan, hiçbir zaman sağlanamayacak “eşitlik” ancak kağıt üzerinde yahut bir karine olarak soyutlamalarda yer bulabilir. Yani birleştirilmiş sınıflarda, öğretmensiz okullarda eğitim görmek durumunda olan bir genç ile özel okullarda eğitim gören bir genç aynı üniversite sınavında yarıştırlır. Ancak bunun da bir önemi yoktur, herkes üniversite eğitimi almak hakkına sahiptir ve herkesin, aynı soruları cevaplamak suretiyle (yani eşit koşullarda altında) bu hakkı elde edip edemeyeceği belirlenir.

Böylesi bir eşitlik ve özgürlük anlayışı üzerine kurulu anayasal hukuk devleti tüm olumlu yönlerine karşın gerçek anlamda bir meşruiyet sağlama yeteneğinden daha başlangıçta yoksun olarak doğar. Yani et yemekte özgür asgari ücretlinin bu özgürlüğünü anayasal hukuk devleti korumakla birlikte, özündeki yoksunluğu da koruduğundan ancak toplumun bir bölümü için gerçek anlamda koruma sağlar. Bu durum toplumun geniş bir kesiminin yoksunluğunun korunması anlamına geldiği ölçüde liberal düzenin tüm kurumları ile birlikte meşruiyeti her daim tartışılır olmaya devam edecektir.

Bu açıdan bakıldığında, meşruiyeti olmayan bir devlet düzeninin çıkarlarını korumak işlevini üstlenmiş olan yargının meşruiyetini de tartışma imkanının olmadığı iddia edilebilecektir. Bu yaklaşım bir bakıma haklı olmakla birlikte, yargının neden hala toplum içerisinde işlevsel bir yapı olarak bulunduğu ve bireylerin uyuşmazlıkların çözümünde başvurduğu en etkin (tercih edildiğine göre en güvenilir) yol olduğu sorusunu cevaplamakta yetersizdir.

Öte yandan, liberal kapitalist düzenin bir de geleceğe dönük diğer yüzü vardır. Daha önce de değindiğimiz gibi, her toplumsal yapı içerisinde gelişmekte

olanı, en azından onun olanaklarını barındırır. Bu bakımdan verilen mücadeleler sonucu kazanılmış tüm hak ve özgürlükler ve bunların korunmasına dair tüm –düzen içi de olsa- kurum ve ilkeler, gelişmekte olana doğru atılan adımlar anlamına da gelir. Liberal düzen içerisinde de ileriye doğru atılan her adım onu aşacak bir toplumsal düzenin gelişim olanaklarını artırır. Bu bakımdan yukarıda saydığımız tüm ilke ve esaslar bu yönüyle ele alındığında değerlidir. Çünkü bunlar bir bakıma, toplum içerisinde eski ve yeninin, olan ile gelişmekte olanın mücadelesinin sonucudurlar ve meşruiyetlerini de buradan alırlar.

Yargı bu gerçeklik içerisinde gelişmekte olandan yana tutum aldığı, gelişmekte olanı temsil edebildiği oranda devlet çıkarlarını koruma işlevi, hak ve özgürlüklerin korunmasına dayalı anayasal hukuk devletin korunması işlevi olarak toplumca meşru kabul edilecektir.

C. Yargının Meşruiyeti Sorunsalında Üçüncü Halka: Yargı – Siyaset İlişkisi ve Siyasal Yargı

Yargının siyasal yapı içerisinde nasıl böylesi önemli ve kilit bir rol üstlendiği, yargının toplumsal yapı içerisindeki barışlandırıcı ve adaletin tesisine dönük rolü, bir devlet erki olarak siyasal rolü etrafında ele alındığında anlaşılır olmaktadır. Zira yargı sivil toplum içinde olduğu kadar, siyasal organlar içerisinde de uyumsuzlukların sistem içi çözümü ve barışın tesisi ve sürdürülmesinde rol oynamaktadır. Bu bakımdan erklerin karşılıklı dengesinin esas alındığı bir sistemde yargı bu dengenin merkezi olmak durumundadır. Çünkü üstlendiği görevler, bu dengenin bozulup bozulmadığının tespitinden başlayıp, dengenin sağlanması için uyumsuzluğun giderilmesine değin tüm süreçlerde etkin olmasına sebebiyet vermektedir.

Yargının meşruiyeti bakımından belki de en çok tartışma yaratan işlevinin bu olması, hem görevinin bir bütün olarak siyasal sistemi etkileyebilecek mahiyette olmasından, hem de üstlendiği işlevleri ile bu işlevlerine ters düşen bir misyon yüklenmiş olduğu yanlışlığının yarattığı çelişkiden kaynaklanmaktadır. Burada çelişkiden kastımız, yargının, siyasal bir devlet organı hatta doğrudan siyasal görevler üstlenmiş bir devlet organı olmasına karşın gerek hukuk algısındaki yanlışlar (hukukun siyaset üstü algılanması) gerekse siyasal odakların çıkarları için

başvurdukları çarpıtmaların bir sonucu olarak siyasetin dışında, siyaset üstü bir yapı imiş gibi algılanmasıdır.

Eroğul siyaset kavramını şöyle tanımlamaktadır: “*Siyaset, belli bir üretim biçiminin varlığı ve gelişimi için gerekli olan koşulları toplumsal çapta sağlama uğraşısıdır*”⁵⁵⁰. Siyaset devlete öncel bir kavram olmakla birlikte, herkesin üzerinde hem fikir olduğu konu devletin yaptığı şeyin siyaset olduğudur. Yani siyasetin tümü devlet eylemi olmasa da, devlet eyleminin tümü siyasettir⁵⁵¹.

Başka bir deyişle devletin işlevi, “siyaset” kavramı ile ifade edebileceğimiz, toplumsal yaşamın devinimi için gerekli olan her türlü şeyin üretiminin gerçekleştirilmesi, sürdürülmesi ve geliştirilmesi faaliyetidir. Devlet, siyasetin dinamiklerinin düzenlendiği, formüle edilip hayata geçirilmesinin sağlandığı bir kurumdur⁵⁵². Bu bakımdan devlete içkin tüm yetkiler siyasetin bir parçasıdır, siyasaldır. Bu çerçevede bakıldığında yargı bir devlet erki olarak temelde siyasal bir faaliyet görmektedir. Dahası, farklı çıkarların, çatışan taleplerin, bir grup ya da toplumun tamamı için bağlayıcı bir şekilde karara bağlandığı ve bu kararların gerektiğinde zorla yerine getirildiği her yerde siyasetten söz edilir⁵⁵³. Yargının, bu anlamda bir iktidar icra ettiği şüphesizdir⁵⁵⁴.

Öte yandan, yargının hukuk ile ilişkisi bakımından da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Hukukun, sadece toplumsal yaşamın bir işlevi olarak görülemeyeceği, aynı zamanda toplumu biçimlendirmenin önemli bir aracı olduğu, yargının da bu işlevi somutlaştırdığı için siyasal nitelik taşıdığı söylenebilir. Hukukun aslî amacı, toplumsal ilişkilere düzen vermek, dolayısıyla toplumsal durumları pekiştirmek veya değiştirmektir. Yargı da, normlara hayatiyet kazandıran bir organ olarak, normların ardında yatan değerlere geçerlilik kazandırır ve onları yaratan iradeye meşruiyet bahşeder; bu nedenle de siyasal bir karaktere sahiptir⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ EROĞUL, Devlet, s.45.

⁵⁵¹ EROĞUL, Devlet, s.45-46.

⁵⁵² CANIKLIOĞLU, Yargı, s.22.

⁵⁵³ Wolf-Dieter Narr, “Zum Verständnis der Dritten Gewalt in der pluralistischen Gesellschaft”, Politische Richter und Staatsanwälte – auf dem Wege zu einer polarisierten Justiz? içinde, Dietmar Albrecht ve Ingo Hurlin, Neue Folge, sayı 16, s.10’dan Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.113.

⁵⁵⁴ Adolf Arndt, Das Bild des Richters, Karlsruhe: C. F. Müller Verlag, 1957’den Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.113.

⁵⁵⁵ Rudolf Wasserman, Der politische Richter, Münih: Piper Verlag, 1972’den Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.113.

Yargının bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek suretiyle toplumsal düzeni sağlamak yönündeki temel işlevi siyasal bir işlevdir. Bunun dışında toplumsal yapının gereklerinden doğan egemen sınıf çıkarlarını koruma işlevi de, kendi yapısından ve modern devlet gereklerinden doğan devlet çıkarlarını koruma işlevi de yargının siyasal bir rol üstlenmiş olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Zaten bölüm başlığını “devlet çıkarlarının korunması” işlevi koyup da yargının siyasal bir rol üstlenmemiş olduğunu iddia etmek şansımız yoktur. Bu nedenle yargıyı siyaset üstü bir yapı olarak ele almadığımızı net bir biçimde ortaya koyarak konuyu tartışmaya devam etmek faydalı olacaktır.

Bu neden önemlidir? Çünkü yargıyı siyaset üstü bir yapı olarak ele alıp, meşruiyetini tartışmaya başladığımız anda, ne temel işlevi ne de diğer işlevleri bakımından meşruiyetinden söz etmek imkanımız kalmayacaktır. Sınıflı toplumlara özgü yapısal çelişkilerin ortaya çıkardığı sorunlar, yargının siyaset üstü olduğu iddiasının arkasında gölgelenecek ve ya yargıçlar yargının meşruiyetini zedeleyen “münferit” vakaların zanlıları olarak suçlanacak, ya da yargı bir bütün olarak “kokuşmuşluk”la itham edilecektir. Ya da tersten, yargı diğer erklerin taarruzundan korunan “mazlum ama mağrur” bir yapı olarak öne sürülecektir. Ancak neticede, sorunun kaynağını esas almayan tedaviler çözümün yakınından bile geçemeyecektir.

Bu nedenle, nasıl ki yargının meşruiyeti bakımından tek yönlü bakıldığında kabul edilemez görünen egemen sınıf çıkarlarını koruma işlevinin liberal demokrasilerde bir gerçeklik olduğunu, buna rağmen belli bir dengenin korunması halinde yargının meşruiyetini tesis edebileceğini ifade etmişsek; yargının siyasal bir kurum olması ve bu rolünün özellikle devlet çıkarlarının korunması işlevinde daha fazla hissedilir olmasını onun meşruiyetinin önünde duran başlı başına bir engel olarak ele almayacağız.

Konuyu toplumsallığı içerisinde ele almanın öneminin de burada olduğunu düşünüyoruz. Yapılar, toplumsal bütünün içerisinde şekillenip, onun çevrelediği bir alan içerisinde devindiklerine göre, meşruiyetin iki temel çizgisi vardır: Meşruiyeti sorgulanan yapının toplumsal bütünün ihtiyaçlarını karşılayabilip karşılayamadığı ve bunun toplumsal değerler sisteminde olumlu bir karşılığının olup olmadığı.

Yani yargı uyuşmazlıkları çözüp toplumsal düzenin sürdürülmesine katkı sunarken, toplumsal adalet beklentisine karşılık verebildiği yani adalet değerinin

gereklerinin karşılandığına dair inancı da yarattığı sürece meşruiyetini tesis edebilecektir. Bunların ikisi bir arada gerçekleşmezse yahut, bu ihtiyacı karşılayacak daha iyi bir çözüm bulunursa meşruiyetini yitirecektir. Bu açıdan yaklaşıldığında, yargının temel işlevlerini yerine getirirken kendi çıkarlarını da korumak durumunda olması, meşruiyetini tartışırken önümüze aşılmaz bir duvar örmeyecektir.

Fakat yargının bu işlevini ifade ederken “kendi çıkarları” yerine “devlet çıkarları” ifadesini koyduğumuzda en azından algısal olarak bir tehlike hissedilir olmaktadır. Bu da, tıpkı egemen sınıf çıkarları ifadesinde olduğu gibi tarafsız olması beklenen bir kurumun doğrudan bir tarafmış gibi görünmesine yol açmasından kaynaklanmaktadır. Ancak yargı burada dolaysız bir biçimde gerçekten taraftır. Bu sivil toplumun gereklerinin dayattığı bir zorunluluk değil, yargının kendi varlık-yokluk durumunu belirleyecek koşulların korunup korunmaması anlamında bir yapısal zorunluluktur. Yani aksi durum, yargının ve bir parçası olduğu devletin parçalanmasına sebebiyet verecektir.

Tam bu noktada, sorunun çözümünde belirleyici olacak, ayrıştırılması gereken iki kavrama değinmek gerekir: Siyasal iktidar ve devlet.

Sartori, iktidarın sonuçta bir yetki kullanımı olduğunu söyler⁵⁵⁶. Yani, hükmetme gücü bakımından ele aldığımızda iktidar, sahibi başkası olan bir gücün kullanımı yetkisini ifade etmektedir. Buradan da anlaşıldığı üzere, devlet gücünü kullanma yetkisine sahip kişi veya organlar iktidarı temsil eder. Bu bakımdan devlet ve siyasi iktidar birbirinden ayrıdır. Liberal demokratik kuram bakımından ele alırsak, iktidar belli usullerle ve belli sürelerle kullanılan bir yetkidir. Her zaman söylenildiği gibi kişiler geçici, devlet gücünü temsil eden organ ve makamlar ise bakidir. Bu bakımdan siyasal iktidarlara değişirken devlet bir bütün olarak varlığını sürdürür.

Devlet, temel düşünsel çerçevesi anayasalarda cisimleşmiş, belli bir toprak parçası üzerinde bir arada yaşama iradesi gösteren halkın siyasal temsilcisidir. Devletin kurulması ile birlikte, devleti meydana getiren bireylerin toplumsal yaşamın düzenlenip yönetilmesine dair iradesi ve bu iradenin üstünlüğünü ifade eden egemenlik devlette temsil edilir olur. Ancak devlet soyut bir varlık olduğundan egemenliğin getirdiği gücü somut bireyler eliyle kullanması gerekir. İşte siyasi

⁵⁵⁶ SARTORI, s.30.

iktidar bu gücü kullanmak üzere oluşturulmuş organları devindiren kişilerin kullandığı yetkidir.

Bu ayırmadan ulaşacağımız birinci sonuç, yargının egemenlikten kaynaklanan bir yetkiyi kullanan kişilerce devindirilen bir yapı olduğudur. Bu bakımdan yargı yetkisinin kullanımı aslında iktidarın kullanımıdır. Yargı yetkisini kullananlar bu yetkinin kendilerine sunduğu gücü devlete biçimini veren iradenin somutlandığı anayasal sınırlar içerisinde gerçekleştirmek durumundadır. Çünkü kullandıkları kendilerine ait bir güç değil, önceden belirlenmiş görevleri yerine getirmek ve istenen amaçlara ulaşmak için egemenlikten kaynaklanan gücü kullanmaya dair bir yetkiden ibarettir. Geçicidir ve sınırları belirlenmiştir. Yasama ve yürütme için de aynı şey geçerlidir.

Bu sonucun yargının meşruiyeti bakımından önemi, onun görev sınırlarını aşmasının meşruiyetini de etkileyeceğidir. Yani, örneğin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair anayasal hükümleri dikkate almayan bir yargı faaliyeti, yetkisini aştığı yahut kötüye kullanmış olduğu böylelikle toplum iradesine aykırı davrandığı için meşruiyetini de yitirecektir.

Siyasi iktidar ile devlet arasında yaptığımız ayırmadan ulaşacağımız ikinci sonuç ise yargının devlet çıkarlarının korunması işlevine ilişkindir. Buna göre, yargının devlet çıkarlarını koruma işlevi, anayasada ifadesini bulan kurucu iktidarın iradesinin korunması demek olacaktır. Anayasalar (yazılı olsun olmasın), devletin temel özelliklerini ve devlete biçimini veren hak ve özgürlükleri ifade eden temel metinlerdir. Yani toplumu oluşturan tüm kesimlerin üzerinde anlaştığı en temel ilkeleri ifade ederler. Yargının görev sınırlarını da belirleyen bu temel ilkeler aynı zamanda yargının korumakla da yükümlü olduğu ilkelere. Bu nedenle yargı uyuşmazlıkların çözümünde rol alırken, aynı zamanda hak ve özgürlüklerin korunmasına katkı sunar, ya da en azından sunmalıdır. Hatta bir bakıma bu yargının devlet çıkarlarının korunması işlevinin de bir gereğidir.

Bu sonucun meşruiyet bakımından önemi ise, anayasa ve söz konusu devletin meşru temeller üzerinde olup olmadığı ile yakından ilgilidir. Yani despotik bir devlet örgütlenmesinde yargı, despotizmin ve onun ilkelerinin koruyucusu olacağından görevini yerine getiriyor olsa da, bu görevin değerler dünyasında olumlu bir karşılığı

olmayacağından yani meşruiyetinin iki önemli unsurundan biri olan toplumsal adalet değerine aykırı davranmış olacağından meşruiyetini sağlayamayacaktır.

O halde yargının devlet çıkarlarının korunması işlevi ile kastettiğimiz, siyasal iktidarın çıkarlarının değil, devleti meydana getiren “meşru” iradenin korunmasıdır. Yargının meşruiyetinin devlet çıkarlarının korunması işlevi bakımından tartışmasını bu çerçeve içerisinde yürütmek gerekecektir. Bu durumda yargının meşruiyeti bakımından ele alınması gereken meşruiyet sorunları şu biçimlerde görünebilir:

1. Devlet ve onun ifadesi olan anayasanın meşru temeller üzerinden yükselmiyor olması söz konusu olabilir. Darbe anayasaları ve bu çerçevede biçimlenen despotik devletler buna örnektir. Bu devletlerde yargı, devlet çıkarlarının korunması işlevini yerine getirirken, meşruiyeti olmayan kurucu iradenin savunucusu bir “cellat” rolünü oynar.

2. Meşru bir devlet örgütlenmesi olmasına karşın yargıçlar toplum mühendisliğine soyunup devlet çıkarlarını korumak yerine, kendi ideolojik çıkarlarını korumaya yönelebilirler. Bu durum yargı erkinin diğer erkler karşısında baskın olduğu bir siyasal yapılanmaya sebebiyet verir yahut onun bir sonucudur.

3. Bir diğer ihtimal ise devleti korumak adına hak ve özgürlüklerin ayaklar altına alınmasıdır. Yargı kimi durumlarda, devlet rejimine ve resmi ideolojisine karşı tutum ve davranışlarda bulunan bireylere karşı devlet çıkarlarının korunması işlevini hukuku ayaklar altına alacak bir biçimde yerine getirebilir. Bu aslında, devlet çıkarlarının korunması işlevi ile toplumsal adaletin gereklerinin çatışması durumudur. Bu noktada yargının meşruiyeti, hak ve özgürlükler karşısındaki tutumu ile belirlenebilir. Yazık ki, bir devlet organı olan yargı hemen tüm ülkelerde bu durumlarda hak ve özgürlükleri hiçe saymak pahasına devlet çıkarlarını korumayı tercih etmektedir. Bu da yargıya güvenin sarsılmasına, adalet duygusunun zedelenmesine yol açmaktadır. Weimar dönemini bu açıdan ayrıntılı bir incelemeye tabi tutan Hannover’lere göre, buna yol açan zihniyetin temelinde, “amacın araçları meşru kıldığı” anlayışı yatar; amacın doğruluğundan şüphe duymayanlar, araçlara yönelik eleştiriyi de bastırmak isterler⁵⁵⁷.

“Siyasal yargı” kavramı da bu aşamada tartışmaya katılabilir. Siyasal Yargı başlığını taşıyan klasikleşmiş eserin yazarı Otto Kirchheimer’a göre, “siyasal yargı”,

⁵⁵⁷ Heinrich Hannover ve Elisabeth Hanovver, Politische Justiz, 1918-1933, Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1996’dan Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.115.

hukuksal usul ve tekniklerin mevcut egemenlik ilişkilerini pekiştirmek veya değiştirmek amacıyla devreye sokulması ve/veya yürürlükteki hukuk kurallarına aldırış etmeksizin yargının siyasal baskı ve tasfiye amacıyla işlevselleştirilip araçlaştırılmasını ifade eder. Kirchheimer, yargıyı belli siyasal hedefler için araçsallaştırma girişiminin sadece iktidardan gelmediğini, çeşitli toplumsal grupların da siyasal güç dengesini pekiştirmek veya değiştirmek için bu yolu kullanmak istediklerini belirtir⁵⁵⁸.

Bu açıklamalarla birlikte ele alındığında, üç başlık altında topladığımız yargının devlet çıkarlarının korunması işlevi ile ilintili meşruiyet sorunlarının “siyasal yargı” kavramı ile ifade edildiğini söyleyebiliriz. Meşruiyete dair yaşanan sorunların yargı erkinin siyasal yapı içerisindeki konumlanışından ve üstlendiği misyondan kaynaklı olması mümkün olduğu gibi, yargıçların tutum ve tavırlarından da kaynaklanması mümkün olabilir.

Örneğin yargının iktidar lehine siyasallaştırılmasının en belirgin ve yaygın hedefi, muhalifleri susturmak veya etkisizleştirmektir. Burada yargı bir bütün olarak, siyasal baskı ve tasfiyenin aracı olarak kullanılır. Öte yandan bunun için illa ki mahkemelerin açıkça siyasî otoritenin emri doğrultusunda davranmaları şart değildir. Yargıç, kararını verirken hukuku ve adaleti değil, egemen ya da resmî ideolojiyi veya “devlet aklı”nı referans alıyorsa da ortada “siyasal yargı” olarak nitelenecek bir durum var demektir⁵⁵⁹.

“Siyasal yargı” kavramıyla ifade ettiğimiz meşruiyet sorunları sanki sadece ceza davalarında ve özellikle devlet aleyhine suçlarda söz konusu oluyormuş gibi algılanabilir. Aslında “siyasal yargı”nın sarsıcı örneklerine, daha çok ceza davalarında rastlanır ancak bu eksik bir bakış açısı olacaktır. Yargının siyasal mücadelede doğrudan bir araç olarak kullanıldığı her durum, bir “siyasal yargı” olayına vücut verir⁵⁶⁰. Anayasa yargısı alanında da bu konunun sıkça gündeme geldiğini söyleyebiliriz. Yahut idari yargı veya bir özel hukuk yargılaması da mesela

⁵⁵⁸ Otto Kirchheimer, Politische Justiz - Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken (Hamburg: Verlagsanstalt, EVA Europäische, 1993'den Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.114.

⁵⁵⁹ SANCAR, Devlet Aklı, s.190.

⁵⁶⁰ Alexander v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949 bis 1968'den Aktaran: SANCAR/ATILGAN, s.115.

bir hakaret davası da, pekâlâ bir siyasal mücadele unsuru, bir siyasal baskı aracı olarak yapılandırılabilir.

Ülkemizde bu durum, kaygı verici boyutlarda yaşanmış, hala da yaşanmaya devam etmektedir. Yargının “devlet çıkarlarını” yani “anayasal düzende koruma altına alınmış hak ve özgürlükleri” koruma yerine, hak ve özgürlükleri ayaklar altına almak pahasına “devlet aygıtında hakim olan ideolojiyi” korumayı tercih ettiğini görmekteyiz. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını ele alırken çeşitli örnekler vermiş olsak da birkaç örnek daha verebiliriz:

Örneğin, Sosyalist Partinin kapatılması istemiyle açılan davada kapatma kararını verirken AYM’nin dayandığı gerekçelerden biri şudur: “(...) *Diğer bir konu da, Sosyalist Parti’nin Atatürk milliyetçiliğine ideolojik olarak karşı çıkması ve bunu Türkiye’nin gerçeklerine uygun görmemesidir. Etnik farklılıkları kaldıran, değişik uygulamaları olanaksız kılan, birleştirici ve bütünleştirici, Türkiye Cumhuriyeti’nin vazgeçemeyeceği temel ilke olan Atatürk milliyetçiliği, vatana ve devlete bağlılığı; yurttan ve dünyada barışı öngörür. Bu ilkeye karşı olan bir görüşün ülke ve ulus bütünlüğüne de karşı olacağı kuşkusuzdur.*”⁵⁶¹

“Atatürk milliyetçiliğine ideolojik olarak karşı çıkmak” tümüyle düşünce ve ifade özgürlüğünün kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Oysa mahkeme akıl almaz bir tarafgirlik içerisinde, bu ilkeye karşı olmanın “ülke ve ulusun bütünlüğüne” karşı olmak olduğu sonucuna varmış ve bir siyasal partiyi kapatma gerekçesi yapabilmiştir.

Öte yandan, düşünce özgürlüğüne adeta tahammülü olmayan yargımız⁵⁶², devletin “üstün” çıkarları söz konusu olduğuna inandığında, düşünce özgürlüğü kavramının sınırlarını kabul edilemez bir biçimde genişletmekten de geri durmamıştır.

⁵⁶¹ AYM’nin 25.10.1992 tarih ve 1191/2 E., 1992/1 K. Sayılı kararı. RG, Sayı: 21836, s.3-11.

⁵⁶² AİHM hakimi olarak TCK 301. madde ile ilgili yaptığı açıklamada Rıza Türmen, “Türkiye’deki hakimlerde daha çok devleti koruma içgüdüğü” olduğunu ifade etmiş ve “Türkiye’de her zaman yazdığından, çizdiğiinden, söylediği sözden dolayı mahkûm olan yazar, gazeteci var. Yani 301’i kaldırırsanız yerine 501’i koysanız yine aynı sorun devam edecektir. Eksik olan şey, savcılar ve hâkimlerin meseleye bakış açıları” demiştir. <http://arsiv.sabah.com.tr/2006/10/31/gnd120.html>, Sabah, 01.11.2006. (Erişim Tarihi: 03.08.2011). Buna karşın AİHM’deki Türk hakimlerin tutumlarının da pek farklı olmadığı görülmektedir. Zira Türkiye’ye karşı verilen mahkûmiyet kararlarının %80’inde Türk hakimler karşı oy kullanmıştır. Bkz. Hakan KARAKUŞ, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlı ve Karşı Oylarında Türkiye**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2001.

Baskın Oran'ın Başbakanlık'ın talebi üzerine İnsan Hakları Başkanlığı için hazırladığı "Azınlık Hakları Raporu"'nın ardından Baskın Oran ile Kurul Başkanı İbrahim Kaboğlu'na yönelik ağır bir hakaret kampanyası başlatılmıştır. Ne var ki, şu hakaretlerin tamamı yargı makamları tarafından aklanmıştır⁵⁶³:

- *"Bence bu adamlar dövülselerdi, milletin yüreği soğurdu. Sevr'ciler tekme tokadı hak etmişlerdir."* - *"Bu Rapor parçalanmaya yönelik bir düşüncenin sonucudur. Yemin olsun; toprağın bedeli kandır, gerekirse dökülür."* - *"Bunlar bir avuç zibididir."* - *"Siz o uydurma azınlıklarınızı alın da gidin Avrupanıza sokun."* - *"Bunlara Türkiyeli demek, Türkiyeli yılanlara, kurbağalara, çakallara haksızlık oluyor."* - *"Şu toprağa küfrederek basanlar var. Hain desen, işbirlikçi desen var. Köpek gibi, bir kemikle susan var."* - *"Çanağına yal konulunca ve etli kemik vaadini duyunca yaltaklanan, kuyruk sallayan kanişler, uyanık geçinen şapşallar, salak, tescilli hain, zavallılar. TC devletimize milletimizin birliğine kallesçe ihanet hançeri sokanlar."* - *"Azınlık arayanlar, analarına babalarının kim olduğunu bir kez daha sorsunlar."*

Tüm bunların yanında, bizzat devlet görevlilerinin korunmasına dönük de sayısız karar ve bu kararlar nedeniyle AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilmiş tazminat kararları vardır⁵⁶⁴. Türkiye yargısının bu tutumu, bağımsızlık ve tarafsızlığın kurumsal anlamda inşasında yaşanan ciddi sıkıntılardan ve ülkemiz demokratik gelişim sürecinin sürekli darbelerle kesintiye uğratılmış olmasının yarattığı demokrasi kültürü anlamında bir geri kalmışlıktan da kaynaklanmaktadır.

Konuyu yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını ele alırken işlediğimiz için, sözü fazla uzatmadan, yargının meşruiyetine ilişkin en güncel tartışma ve yargının devlet çıkarlarını koruma işlevinin en somut görünümü olan Anayasa yargısının meşruiyetini tartışarak çalışmamızı sonlandıracağız.

⁵⁶³ Baskın ORAN, "Sahi, Esas Sorun Nerede?", **Radikal İki**, 02.12.2007.

⁵⁶⁴ Yine bunlar içerisinde ilk akla gelen karar Yeşilyurt köylülerine dışkı yedirilmesi ile ilgili karardır. 14-15 Ocak 1989 yılında Cizre'nin Yeşilyurt Köyü'nde köylülere dışkı yedirdiği, darp ettiği ve çeşitli onur kırıcı muamelelere maruz bıraktığı iddia edilen asker kişiler hakkında köylülerin şikayeti üzerine dava açılmış ancak tüm köyün tanıklığına ve hatta Diyanet tarafından atanmış Konyalı imamın da tanıklığına rağmen mahkeme dışkı yedirme olayını reddetmiş, sanık binbaşı yalnızca kötü muamele nedeniyle 3 ay hapis cezasına çarptırılmış, bu cezada paraya çevrilip ertelenmiştir. Bunun üzerine konu AİHM'e taşınmıştır. AİHM Türkiye'yi tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

D. Anayasa Yargısının Meşruiyeti

1. Genel olarak - Anayasa Yargısının Gelişimi

Geniş anlamda anayasa yargısı, “doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamak amacını güden her türlü yargısal işlemi” veya anayasa hukuku sorunlarının yargısal usuller içerisinde bir karara bağlanması sürecini ifade eder. Dar anlamda ise, anayasa yargısından, kanunların ve diğer bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal merciler tarafından denetimi anlaşılır⁵⁶⁵.

Liberal demokrasilerin ulus/halk egemenliği ve hukuk devleti ilkesi temelinde başlayan, liberal hak ve özgürlükler lehine siyasal iktidarın sınırlandırılması çabası, parlamentonun üstünlüğü anlayışının karşısında kuvvetler ayrılığı ilkesi ile birlikte anayasal devlet ilkesinin de geliştirilmesi ile genişleyerek sürmüştür. Ancak tüm bu önlemler temsile dayalı liberal rejimlerde gücün merkezileşmesini engelleyememiştir. Gerek kuvvetler ayrılığı ilkesini etkisiz kılan tekelleşme eğilimini kırabilmek, gerekse siyasal rejimin yıpratılmasına karşı bir kalkan olarak anayasallığı etkin kılmak için birtakım önlemler almak ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaca karşılık geliştirilen bir formüldür yasaların, dolayısıyla, yasama iktidarının yargı iktidarı eliyle denetimi ve kısıtlanması.

Tarihsel kökeni itibariyle, yargısal denetim, 17. yüzyıl İngiliz siyasal tecrübelerine ve liberalizmine dayanan modern anayasacılığın meydana getirdiği bir siyasal müessesedir. İngiliz yargıçlarından bazıları, Stuartlar ile parlamento arasındaki üstünlük kavgaları sırasında, her iki tarafın da hukukla bağlı olduklarını ileri sürmüşlerdir. Lord Coke, Dr. Bonham davasında (1610) parlamento ile ilgili ünlü kararında şöyle demiştir: “Örf ve âdet hukuku parlâmentonun kanunlarını denetler ve gerekirse bunların büsbütün geçersiz olduklarına hükmeder.” Coke'un bu görüşü karşılık bulmamış, İngiliz yargıçları bile itiraz etmişlerdir. Ancak Amerika'daki İngiliz kolonileri Coke'un bu görüşünü olumlu karşılamışlardır⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s.367.

⁵⁶⁶ Yasaların yargısal denetimine ilişkin ilk adımların İngiliz hukukundan gelmesine karşın bu yöntemin İngiltere'de gelişmemiş olması bir dizi nedene bağlanmaktadır: Yazılı bir anayasa geleneğinin olmaması, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin esas alınmaması, kurucu iktidar-yasama iktidarı ayrımının bulunmaması vb. David DEENER, “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, Çev: Tunçer Karamustafaoğlu, **AÜHF Dergisi**, Cilt:26, Sayı:3-4, 1969, ss.181-182.

Amerika'daki İngiliz kolonilerinde bu görüşün kabul görmesinde siyasal gelişmelerin belirleyiciliği olmuştur. Bağımsızlık için verilen mücadelede parlamentonun çıkardığı yasalara karşı koymak için yöntemler aranmış, 1761 yılında görülen “Writs of Assistance” davasında James Otis şu görüşü ortaya atmıştır: “Anayasaya aykırı olan bir kanun geçersizdir.” Bazı Amerikan devletlerinde, 1776 yılından sonra yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğu ilkesi ameli olarak uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemden sonra gerek Amerika'da ve gerekse İngiltere'de yargı organlarının kendileri yargı denetiminin ortaya atılmasına yardımcı olmuşlardır. Yalnız, arada büyük bir fark belirmiş; yargıç Marshall'ın Marbury v Madison davası (1803) dolayısıyla verdiği karar başarılı olmuş, buna karşılık İngiliz yargıcı Coke'un Dr. Bonham davası ile ilgili görüşü başarı sağlayamamıştır⁵⁶⁷.

Yargısal denetim, siyasal temelleri bakımından iktidarın sınırlandırılması çabasının bir ürünü olsa da aynı zamanda anayasal hukuk devletin kendi iç tutarlılığının da gerektirdiği bir korumadır. Bu bakımdan düşünsel temellerini “anayasaların üstünlüğü” fikri oluşturur⁵⁶⁸. Amerikalı yargıç Marshall'ın yargısal denetimi savunurken ileri sürdüğü argüman da bunun bir göstergesidir. Marshall'a göre “*anayasa, ya alelade kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur; yahut yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği, alelade kanunlarla aynı düzeyde bir metindir. Eğer bu şıklardan birincisi doğru ise, yasama organının anayasaya aykırı olan işlemleri kanun değildir. İkinci şık doğru ise, yazılı ve sert anayasanın hiçbir anlamı kalmaz.*”⁵⁶⁹. Yani anayasanın varlığı, hukuk kuralları arasında hiyerarşik bir yapılanmayı da beraberinde getirir, aksi halde anayasa ile yasa arasında bir fark kalmaz. Bu bakımdan anayasal devletin kendi iç tutarlılığının sağlanması

⁵⁶⁷ DEENER, ss.182-183.

⁵⁶⁸ Gözler'e göre, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi, “temel hak ve hürriyetleri korumak için değil, anayasanın üstünlüğü prensibini ... müeyyidelendirmek içindir” Kemal GÖZLER, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:61, Sayı:3, Temmuz-Eylül 2006, (Meşruluk), s.131.

⁵⁶⁹ Turhan FEYZİOĞLU, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1951, s.168. Yargıç Marshall sınırlı iktidar ile sınırsız iktidarın anayasanın üstünlüğü ilkesi ile ayrıştırılabileceğini vurgularken şunları söylemiştir: “*Elbette yazılı anayasa yapanların hepsi bunları ülkenin temel ve üstün yasaları olarak düşünmüşlerdir ve bunun sonucu olarak da her böyle anayasaya dayalı hükümet kurma düşüncesi zorunlu olarak yasamanın işlemleri anayasaya aykırı ise hükümsüz olmalarını içermelidir. Eğer bu sınırlamalar, herhangi bir zaman sınırlanmak istenenlerce çiğnenebilecek idiyse ne amaçla iktidar sınırlanmış ve ne nedenle bu sınırlamalar kağıt üzerine dökülmüştür? Eğer bu sınırlamalar, sınırlandırılmak isteneni sınırlayamıyorsa ve yasaklanan işlemlerle izin verilen işlemler aynı biçimde yükümlülükler doğurmaktaysa, sınırlı yetkilere sahip hükümetle sınırsız yetkili hükümet arasındaki ayrım ortadan kalkar*”. Aktaran: K.C. WHEARE, **Modern Anayasalar**, Çev: Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984, s.73.

bakımından yasaların anayasaya uygun olması gerekliliği, başka bir ifadeyle “anayasanın üstünlüğü” mantıksal bir zorunluluktur.

Anayasanın üstünlüğü, esasında iki şey ifade eder, en azından günümüz anayasal devletleri iki temel üzerinden yükselir: Anayasaların yasalar gibi değiştirilememesi ve anayasanın yasalar ile değiştirilememesi⁵⁷⁰.

Anayasanın yasalar gibi değiştirilememesinden kasıt, yasalardan daha katı kurallara bağlı bir biçimde, daha zor değiştirilmesidir. Böyle olması siyasal sistemin istikrarı ve güvenliği bakımından faydalıdır. Anayasa, bir toplumun temel değerlerini ve siyasal rejimin temel ilke ve esaslarını belirleyen genel ve soyut kurallardan oluşmuş bir üstün normdur. Bir nevi “oyunun temel kurallarını yahut sınırlarını” belirler. Ayrıca, uygulamada farklı usullerle hayat bulduğu söylenebilirse de, teorik olarak, doğrudan halka dayanır. Yasalar ise, bu sınırlar içerisinde sürmekte olan siyasal faaliyetin gerektirdiği düzenlemeleri ifade eder ve egemenlikten kaynaklı yetkileri kullanmak üzere geçici sürelerle belirlenen bireylerin faaliyetlerinin ürünüdür. Toplumsal yaşamın gerekleri ve halkın talepleri doğrultusunda yasaların değiştirilmesi ve toplumun ihtiyaçlarının karşılanması gerekir. Elbette toplumsal gereklilikler durumunda oyunun temel kurallarının da değişmesi mümkündür. Ancak her seçim dönemi sonrası iktidarların oyunun kurallarını kolaylıkla değiştirebildiği bir sistemde istikrarın ve güvenin sağlanması zor olacaktır. Öte yandan, anayasalar öncelikli korunması gereken, en geniş toplumsal konsensüsü ifade eden (en azından öyle olması gereken) metinlerdir ve özelliğine uygun bir biçimde yine en geniş konsensüsün sonucunda değiştirilebilir olmalıdırlar. İşte bu ve benzer gerekçelerle yasalara karşı çok daha zor değiştirilebilir olan anayasalar “katı anayasalar” olarak ifade edilir.

Anayasaların yasalar ile değiştirilememesi ise, yukarıda açıkladığımız nedenlerle yasalar karşısında gerek demokratik meşruiyeti gerekse işlevi bakımından daha üstün durumda olan anayasaların kendinden hiyerarşik olarak daha altta olan yasalar eliyle değiştirilememesidir. Başka bir ifadeyle, aynı konuyu düzenleyen bir

⁵⁷⁰ Levent GÖNENÇ, **Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı**, Anayasa Çalışma Metinleri-2, TEPAV Yayınları, 2010, (Anayasa Yargısı), s.1.

anayasa hükmü ile bir yasa hükmü çatıştığında, yasa hükmünün anayasa hükmünü değiştirememesi, geçersiz kılamamasıdır⁵⁷¹.

Anayasaların üstünlüğü anlayışının bir sonucu olarak gelişen yargısal denetim 18. yy'da ileri sürülmüş olmasına karşın ABD dışında uzun yıllar uygulanma alanı bulamamıştır. Örneğin Fransa'da, Anglo-Amerikan geleneğinin aksine, kanunların anayasaya uygunluklarının denetlenmesine açıkça karşı koyulmuştur. 1791 tarihli Fransız Anayasasında bu durum şöyle ifade bulmuştur: “Mahkemeler yasama yetkilerinin kullanılmasına müdahalede bulunamazlar; kanunların yürütülmesine engel olamazlar; idarecileri gördükleri işlerden dolayı sorumlu tutamazlar.”⁵⁷².

Birinci ve özellikle ikinci dünya savaşı deneyimleri ve bu süreçte kurulan ulus-devletlerin siyasal gereksinimleri, insan hak ve özgürlüklerinde yaşanan gelişmeler, anayasa yargısının dünya ölçeğinde yaygın kabul görmesi sonucunu doğurmuştur. Tom Ginsburg bu yayılmanın üç kritik dönemden geçtiğini, üç büyük dalga biçiminde geliştiğini ifade eder. Buna göre⁵⁷³: ilk (kurucu) dalga 1803 tarihli Marbury v. Madison davasında verilen karar ile başlar. Bu dönemde anayasallık denetimi Anglo-Amerikan doğal hukuk geleneğinin bir ifadesi olarak meydana çıkmıştır. Yayılmanın ikinci dalgası Hans Kelsen tarafından 1920'de Avusturya'da geliştirilen merkezi anayasa mahkemesi sisteminin kurulması ile başlar. Bu dalga Kelsen modeli anayasa yargısının Avusturya'daki bu ilk örneğini takiben Savaştan önce Çekoslovakya, Lihtenştayn, Yunanistan, Mısır, İspanya ve İrlanda'da anayasa yargısı getirilmesi ile devam etti⁵⁷⁴. Fakat bu mahkemelerin yetkileri savaşla birlikte kesildi ve uygulamada aktif bir rol oynayamadılar. II. Dünya Savaşının ardından Batı

⁵⁷¹ Çağdaş liberal demokratik rejimlerde anayasanın üstünlüğü ilkesini, bu ilkeyle yakından ilişkili bir başka ilke “anayasanın bağlayıcılığı” ilkesi tamamlar. Aslında anayasanın bağlayıcılığı, anayasanın üstünlüğünün bir sonucudur. Bu ilke 1982 Anayasası'nın 11. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Buna göre devlet organlarının anayasadan almadıkları bir yetkiyi kullanmaları veya kendilerine tanınan yetkileri anayasaya aykırı bir biçimde kullanmaları söz konusu olamaz. GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.2.

⁵⁷² 3. başlık, 2. bölüm, md.3. DEENER, s.183.

⁵⁷³ Tom Ginsburg, “The Global Spread of Constitutional Review”, Editörler: Keith Whittington, Daniel Keleman and Gregory A. Caldeira, Oxford Handbook Of Law and Politics, Oxford University Press, 2008'den Aktaran: Serkan YOLCU, “Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu”, SDÜ Uluslararası Davraz Kongresine Sunulan Bildiri, 2009, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi5.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.03.2011), ss.3-4.

⁵⁷⁴ Arne Mavcic, “Historical Steps in the Development of Systems of Constitutional Review and Particularities of Their Basic Models”den Aktaran: YOLCU, ss.3-4.

Avrupa'da (Almanya, Avusturya, İtalya, Fransa, Portekiz, İspanya) kurulan diğer anayasa mahkemeleri ile anayasa yargısındaki ikinci dalga müthiş bir ivme kazandı. Zira savaş sonrası uluslararası insan hakları hareketinin yayılması keyfi yönetimlere karşı anayasa yargısının önemli bir koruyucu olarak görüldüğü anlamına geliyordu ve mahkemeler devleti zorlamakta bu meşruiyeti kullanabilme yetisine sahipti. Aynı tarihlerde Avrupa dışında Japonya, Hindistan, Tayland, Brezilya, Türkiye, Suriye ve Uruguay gibi ülkelerde yayılmanın etkisiyle anayasa yargısı organları kurulmuştur. Yayılmanın üçüncü dalgası ise üçüncü demokratikleşme dalgası ve özellikle Berlin duvarının yıkılmasından sonra ortaya çıkan yeni Sovyet sonrası anayasalar ve yeni anayasa mahkemeleri ile başlayan ve günümüze kadar uzanan süreçtir. Sovyetlerin dağılması ile birlikte kurulan yeni demokrasilerin hepsi, Estonya hariç, anayasalarında merkezi bir anayasa mahkemesi kurdu. Anayasa mahkemelerinin yayılmasındaki bu en son dalgada dikkati çeken en son gelişme 1997'de yeni bir anayasa ile birlikte Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin kurulmasıdır⁵⁷⁵.

Bugün dünya üzerindeki 198 anayasal sistemden 158'i anayasallık denetimine ilişkin hükümler içermektedir ve bunlardan 79 yazılı anayasa değişik isimlerde anayasa mahkemeleri öngörmekte, diğer 60 tanesi ise normal mahkemelerin veya yüksek mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapmalarına ilişkin açık hükümler içermektedir⁵⁷⁶.

Anayasa yargısı bu kadar yaygın olmasına karşın, ilk ortaya atıldığı andan itibaren tartışılmaya başlanmış ve günümüzde halen tartışılmaya devam etmektedir. ABD'de Yüksek Mahkemenin “anayasanın üstünlüğü” ilkesine dayanarak başlattığı anayasallık denetimi, Anayasanın böyle bir yetkiyi Mahkemeye vermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Avrupa'da ise anayasa yargısı ve mahkemelerin yetkileri doğrudan anayasalar ile düzenlenmiş bulunduğundan, tartışmanın zemini hukukilikten çok demokratik meşruiyete ilişkindir. Demokratik meşruiyet tartışmasının özünde ise, bir yargısal organın demokratik süreçler içinde seçimle oluşan yasama organının iradesini geçersiz kılıp kılamayacağı sorusu bulunmaktadır⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Mehmet Tefik GÜLSOY, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, (Anayasa Yargısı), s.54.

⁵⁷⁶ Ginsburg, a.g.e., Aktaran:YOLCU, s.4.

⁵⁷⁷ Yavuz ATAR, “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, **Anayasa Yargısı**, Sayı:25, 2008, s.97.

Anayasa yargısının meşruiyeti sorununu meşruiyet tanımımızda temel aldığımız iki kriter üzerinden değerlendireceğiz. Buna göre, öncelikle, anayasa yargısının hangi toplumsal ihtiyacın ürünü olduğunu, bu ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını yani işlevselliğini tespit etmek gerekecektir. İkinci olarak ise anayasa yargısının bu ihtiyacı karşılarken yaptığı eylem ve işlemlerin ve ortaya çıkardığı sonucun toplumsal değerler sisteminde olumlu bir karşılığı olup olmadığını ele almak gerekecektir.

2. Anayasa Yargısının İşlevleri

Anayasa yargısına tanınan başlıca görevler üç ana grupta toplanabilir: Temel hakların ve rejime ilişkin temel ilkelerin korunması, devlet ve kurucu unsurlar arasında iktidarlar dengesinin korunması, devletin farklı organları arasındaki yetki ihtilaflarının çözüme bağlanması⁵⁷⁸.

Anayasa yargısının temel işlevi genel anlamda yargının temel işlevinden kaynaklanmakla birlikte demokratik rejimlere özgü bir işlevdir. Devlet organları arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi biçiminde ifade edebileceğimiz bu işlev, devletin hukukla sınırlı olduğu, devlet kurumlarının görevlerini yerine getirirken hukuka uygun bir biçimde davranmaları gerektiği fikrinin bir sonucudur⁵⁷⁹. Çağlar'ın ifadesiyle, anayasa yargısı, "hukuk devletin cihazlanmasıdır"⁵⁸⁰. Böylelikle erkler arasında yahut erklerin kullanımından kaynaklanan bir uyuşmazlık ortaya çıktığında da çözüm hukukun sınırları içerisinde, hukukun rehberliğinde gerçekleştirilecektir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak her bir devlet erkinin kendi yetki alanı içerisinde kalarak görevlerini yerine getirmesi gerekir. Bu alanın dışına çıkılması siyasal sistemde sorunların doğmasına neden olur. Bu bakımdan devlet organlarının kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak denetlenmesi, devlet organları arasında bir yetki uyuşmazlığı ortaya çıktığı zaman bu uyuşmazlığın çözümlenmesi yargının işidir⁵⁸¹. Ancak bu işlevi yerine getirmek için özel bir yargı

⁵⁷⁸ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.248.

⁵⁷⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.440.

⁵⁸⁰ Bakır ÇAĞLAR, **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s.166.

⁵⁸¹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.443; İbrahim Özden KABOĞLU, **Anayasa Yargısı**, 2.b., İmge Kitabevi, Ankara, 1997, (Anayasa Yargısı), ss.125-127.

kolunun oluşturulmasına uzunca bir dönem ihtiyaç duyulmamıştır. Daha doğru bir deyişle, anayasa yargısı dolaysız bir biçimde bu ihtiyaın ürünü değildir.

Yargı içerisinde anayasa yargısı olarak ayrı bir yargı kolunun doğması, yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemek gerektiği yönündeki fikre kaynaklık eden gelişmelerin (kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından yaşanan gelişmeler ve anayasanın üstünlüğü fikrinin gelişimi ile hak ve özgürlükler alanındaki gelişmeler) ve liberal demokratik rejimlerin yaşadığı siyasi sorunların bir sonucudur. z itibariyle siyasi rejimin korunması kaygısının bir ürünü olan yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi anayasa yargısını ortaya çıkaran işlevdir. Bu nedenle meşruiyeti bakımından incelenmesi gereken temel işlev de budur.

Yaygın görüşe göre, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi gerekliliğini ortaya çıkaran temel ihtiyaç hak ve özgürlüklerin yasama çoğunluğu karşısında korunması ihtiyacıdır. Zira anayasanın diğer hukuk kuralları karşısındaki üstünlüğü, öncelikle, hak ve özgürlükleri koruma altına alan temel hukuk belgeleri olmalarından kaynaklanmaktadır⁵⁸². Bu bakımdan, anayasa yargısı, her ne kadar kökleri bakımından anayasanın üstünlüğü fikrinin gelişimine dayanıyorsa da, ABD dışında gelişimi hak ve özgürlüklerin korunması ihtiyacı etrafında biçimlenmiş ve bu çerçevede meşruiyet temelleri ve anlam içeriği genişlemiştir.

Anayasa yargısının toplumsal temellerini ve gelişimini hak ve özgürlüklere dayandıran görüşe göre, 2. Dünya Savaşı akabinde Avrupa'da otoriter yönetimlerin yıkılması sonrası kurulan yeni demokrasilerin anayasal sistemlerini inşa ederken sistemin merkezine hak ve özgürlükleri koyduklarını görürüz. Bu hak ve özgürlüklerin korunması için anayasal güvencenin sağlanması yanında yargısal bir güvence daha geliştirilmesi gerekli görülmüştür. Anayasacılığın tarihi daha eski olmasına karşın, anayasa yargısı ancak 1900'lerin ortalarından itibaren yaygınlaşabilmiştir. İba'ya göre, anayasacılık hareketlerini “devlet düzeninin, insan hak ve özgürlüklerinin yazılı belgelerle yaptırımı bağlanması amacına yönelik etin tarihsel mücadeleler”in sonucu olarak kabul edersek, bu gecikmenin nedeni daha iyi anlařılabilir⁵⁸³.

⁵⁸² Bakır AğLAR, “Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı zerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:8, 1991, s.8.

⁵⁸³ şeref İBA, **Anayasa Hukuku ve Siyasi Kurumlar**, 2.b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.9.

Hakyemez'e göre de bu gelişme ve yayılmanın nedeni hak ve özgürlüklerin korunması amacıdır. “Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında anayasa mahkemelerinin kurulmasının en önemli nedeni, anayasalarda güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yasama çoğunluğuna karşı korunması gereksinimidir”⁵⁸⁴. Anayasa yargısının gelişimini hak ve özgürlüklerin korunmasında parlamentoya duyulan güvensizlik olarak değerlendiren Mehmet Turhan bu durumu şöyle izah etmektedir:

“... siyasal seçkinlerin özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra karar alma yetkilerinin bir bölümünü yargı organına, özellikle anayasa mahkemelerine devretmelerinin etkenleri çok çeşitlidir. Bunlardan en önemlisi ikinci Dünya Savaşı'nın başlangıcından itibaren demokrasi ve insan hakları kavramlarını reddeden sağcı totaliter rejimlere karşı girişilmiş bir savaş niteliğini kazanmış olmasıdır. Bu savaş sonunda demokrasi cephesini oluşturan devletler, özellikle İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri insanlığı büyük kırımlara sürükleyen savaşların önlenmesini ve gelecekte barışın sağlam temellere oturabilmesi için insan haklarının hem uluslararası yollarla hem de iç hukukta korunması gerektiği tezini savunmuşlardır. İç hukukta insan haklarının korunmasında bulunan yolların en önemlilerinden biri olarak anayasa mahkemeleri düşünülmüştür.”⁵⁸⁵

Yaygın olarak kabul gören bu görüşlere karşı -dar bir uygulama alanını kastediyor olsa- da Hirschl'in tezlerinden söz edilebilir. Hirschl'in “hegemonyacı koruma” tezine göre, yakın zamanlara kadar anayasa yargısının olmadığı dört ülkenin Anayasalarına (Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika) 1980'li ve 1990'lı yıllarda temel hak ve hürriyetleri düzenleyen ayrıntılı hak beyannamelerinin eklenmesinin ve buna paralel olarak yargı organına Anayasa'ya uygunluk denetimi yetkisinin verilmesinin nedeni, siyasal iktidar üzerindeki kontrollerini kaybetme korkusunu derinden yaşayan hakim (hegomonik) soysa-politik grupların hegemonyalarını sürdürme arayışıdır⁵⁸⁶. Özbudun, bu tezi şöyle özetlemektedir:

“yakın zamanlarda bu ülkelerde temel haklara Anayasa metinlerinde yer verilmesinin ve Anayasa yargısının benimsenmesinin temel sebebi, insan haklarının korunması konusunda aniden belirmiş idealist bir düşünce değil, konumlarını gitgide tehlikede gören hakim

⁵⁸⁴ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:24, 2007, (Anayasa), s.527.

⁵⁸⁵ Mehmet TURHAN, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, **İçinde: Anayasa Yargısı İncelemeleri-1**, Ed.: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s.43.

⁵⁸⁶ GÜLSOY, Anayasa Yargısı, s.58.

siyasal elitlerin onu anayasal güvencelerle sağlamlaştırma istekleridir. Seçmen kitlesindeki desteklerinin zayıflamakta olduğunu gören ve temel değerlerini ve menfaatlerini çoğunlukçu demokrasi mekanizmalarının belirsizliklerine terk etmek istemeyen siyasal elitler, bu menfaatlerin korunmasını, daha kolay etkileyebileceklerini ümit ettikleri Anayasa yargısına bırakmayı tercih etmişlerdir. Siyasal elitlerin bu çabalarına, mülkiyet, hakkı, sözleşme ve özel teşebbüs hürriyetleri gibi temel menfaatlerini anayasal güvence altına almak isteyen ekonomik elitler ve siyasal sistem içindeki etkilerini artırma arzusunda olan yargısal elitler de destek olmuşlardır. Her dört ülkede Anayasa yargısının benimsenmesi, bu üç elit grubunun oluşturduğu koalisyonun çabaları sonucunda gerçekleşmiştir. Görülüyor ki, Anayasa yargısı tercihi, siyasal elitler bakımından bir fayda-maliyet hesabını içermektedir. Siyasal elitler, yetkilerinin bir kısmını mahkemelere devretmekle belli bir bedel ödemekle birlikte, temel değer ve menfaatlerinin daha güvenceli bir korunmaya sahip olması açısından yarar sağlamaktadırlar. Şüphesiz, bu hesabın doğru çıkması, kurulan Anayasa mahkemelerinin, kendilerini kuran ya da yetkilendiren siyasal elitlerin beklentileri doğrultusunda kararlar vermelerine bağlıdır. Bunun uzun vadede bir garantisi olmamakla birlikte, dört ülkedeki uygulama da, mahkemelerin genellikle bu beklentilerle uyumlu yönde kararlar verdiklerini göstermektedir”⁵⁸⁷

Hirschl her ne kadar belli ülkelerdeki uygulamayı hedef alarak anayasa yargısını siyasal gereklilikler temeline oturtuyor olsa da bizce, bizce anayasa yargısının ABD dışındaki diğer ülkelerdeki, özellikle Avrupa’daki gelişiminin açıklanmasında dayanılabilecek argümanlar içermektedir. ABD anayasa yargısının, fedaratif sistemin gerekleri, realist hukuk anlayışı ve yargı sistemindeki farklılıklar bakımından ele alındığında, kendine özgü nitelikleri olduğu söylenebilir. Fakat özellikle 2. Dünya savaşı sonrası anayasa yargısındaki gelişim açık bir biçimde rejimin korunması refleksinin bir ürünüdür.

Anayasa yargısının meşruiyetini ele alırken sorulacak iki önemli sorudan birinin cevabı bu konuyu nasıl ele aldığımızla ilgilidir: “Anayasa yargısı hangi toplumsal ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır?”. Bu soruya vereceğimiz cevap “Bu ihtiyacı karşılama biçiminin toplumsal değerler sisteminde olumlu bir karşılığı var mıdır?” sorusuna vereceğimiz cevabı da şekillendirecektir.

Anayasa yargısı liberal demokrasilerin kendisini koruma ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkış koşulları da bu gerçeğin göstergesidir.

⁵⁸⁷ Ergun ÖZBUDUN, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **İçinde: Demokrasi ve Yargı**, Ed.:Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, (Meşruluk), ss.4-5.

Zira liberal demokrasiler, anayasa yargısının yaygınlaştığı 1900’lü yıllarda ciddi siyasal krizler yaşamışlardır. Bir yanda liberal bir siyasal yapının faşizme ne kadar da yakın olduğunu gösteren Nazi deneyimi vardır. Bu deneyimin ortaya koyduğu en önemli sonucu şöyle ifade edebiliriz: temsil sistemi her ne kadar egemen sınıfın siyasal alanda üstünlüğünü sürdürmesi bakımından önemli bir araç olsa da, egemen sınıfın kendi içerisindeki mücadelesinde bir bütün olarak sınıfı ve egemen sınıfın dayandığı siyasal rejimi korumakta yeterli değildir. Egemen sınıf içerisindeki tekelleşme belli kurallarla kontrol altında tutulmazsa daha korkunç bir diktatörlüğünün kapısını aralayacaktır. Bu bakımdan burjuvazi içerisinde durmaksızın süren mücadelenin de belli kurallarla ve belli bir denge içerisinde sürdürülmesi gerekir. Aksi halde kapitalizmin tekelleşmeye mahkum doğası kendi kendinin sonunu hazırlar. Bunun en çarpıcı örneği, Hitler faşizmi olmuştur⁵⁸⁸. Bu nedenle burjuvazinin siyasal alana ilişkin kendi içerisinde bir denge mekanizmasına ihtiyacı vardır. Bu kuvvetler ayrılığı ile sağlanmaya çalışılmışsa da yeterli olmamıştır. Anayasa yargısı bu ihtiyaca karşılık ortaya atılmış en yeni çözümdür. Caniklioğlu’nun ifadesiyle, *“Bilhassa Avrupa’nun 20. yy’daki iki büyük savaş sonrasında anayasa mahkemelerine can simidi gibi sarılması, anayasa yargısının bu coğrafyadaki kuruluşu ve gelişimini hukuki bir mantıkla değil, siyasi bir mantıkla düşünmemizi gerektirir”*⁵⁸⁹.

Liberal demokrasileri anayasa yargısına yönelten bir diğer siyasal gelişme ise yine onun ekonomik temellerinden kaynaklanmaktadır. Liberalizmin kuruluş felsefesine dayanarak öne sürdüğü vaatlerin içinin bir bir boş çıkması, özellikle ezilen sınıflar nezdinde tepki uyandırmış ve bu sınıfların hak mücadelelerine yönelmesine sebep olmuştur⁵⁹⁰. Büyük ekonomik buhranların yaşandığı, burjuvazi karşısında işçi sınıfı mücadelesinin ciddi bir ivme kazandığı, sosyalist devletlerin kurulduğu ve tüm dünya işçilerinin sempatisini topladığı bir dönemde liberal demokrasiler rejimi korumak için ekonomik önlemler kadar, siyasal önlemler de

⁵⁸⁸ Bu nedendir ki, başlangıçta siyasal rejim bakımından ciddi bir tehlike görülmeyen aksine sosyalizm tehlikesine karşı en azından hareketsiz kalarak desteklenen Nazizm, Sovyetler birliği karşısında ağır yenilgiler almaya başladığı andan itibaren, bazı Avrupa devletleri ve ABD savaşa dahil olmuş ve Hitler karşısında yer almışlardır.

⁵⁸⁹ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.250.

⁵⁹⁰ Aslında faşizmin kapısını aralayan nedenlerden biri de budur. Liberal demokrasinin hak ve özgürlük söyleminin, hak ve özgürlüklerin siyasal rejimin sınırlarını zorladığı noktada kapısının faşizme açıldığını 1900’lü yıllar kanıtlamıştır. Yalnızca Hitler faşizmi değil, sonrasında yaşanan askeri darbe deneyimleri de böyledir.

alma yoluna gitmişlerdir. 2. Dünya savaşının sosyalizm tehlikesini ortadan kaldırmak yerine daha da artırdığı, Sovyetler Birliğinin Hitler faşizmine karşı elde ettiği başarının sosyalizme duyulan sempatiyi ve hak ve özgürlük taleplerini güçlendirdiği bu dönem, liberal demokrasileri sosyalizme karşı siyasal rejimi koruyacak önlemler almaya itmiştir. Hak ve özgürlüklerin anayasalarda geniş yer bulması, sosyal adalet anlayışının sosyal devlet kavramı ile formüle edilerek öne sürülmesi bu önlemlerden bazılarıdır. Anayasa yargısı da aynı nedenlerle bir ihtiyaç olarak öne çıkarılan önlemlerden birisidir.

O halde anayasa yargısı liberal siyasal sistemin yalnızca kuvvetler arasındaki denge unsuru değil, aynı zamanda siyasal rejime içkin hak ve özgürlüklerin de denge unsurudur. Liberal hak ve özgürlükleri daraltan ya da ortadan kaldıran faşizm ile bu hak ve özgürlükleri rejimi yıkıma sürükleyecek ölçüde genişleten ve farklılaştıran sosyalizm arasında liberal hak ve özgürlükleri koruyan bir denge unsurudur anayasa yargısı.

Olsa olsa bu açıdan bakıldığında anayasa yargısının hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önem arz ettiği söylenebilir. Bu yermek açısından söylediğimiz bir şey değildir. Zira liberal rejimlerdeki her hak ve özgürlük aynı zamanda tarih boyunca verilmiş hak mücadelelerinin bir ürünüdür ve çetin savaşımın sonucunda elde edilmişlerdir. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerin gaspa karşı korunması talebi anlaşılır ve önemli bir taleptir. Bu hak ve özgürlüklerin özellikle liberal rejimlerde halk iradesini yansıtmaktan uzak parlamento karşısında korunması daha da büyük önem arz eder. Çünkü temsili sistemin ortaya çıkardığı parlamento toplum içerisindeki bir azınlığın iradesinden öte bir anlam ifade edemez durumdadır. Dahası halkın geniş bölümünün siyasal alanın dışında tutulduğu liberal rejimlerde siyasal alanın bilgisini yeterli yahut doğru bir biçimde alamayan bireylerin tercihleri de bilinçli tercihler olmaktan uzaktır. Bu bakımdan parlamentoya yansıyan kısıtlı irade de sağlıklı bir biçimde oluşmuş bir irade değildir. Çoğunlukla bu biçimde oluşan parlamentoların hak ve özgürlükleri herhangi bir yasa değişikliği ile sınırlandırabilmesi imkanının olması halkın aleyhine olacaktır. Bu bakımdan, yani liberal temsili demokrasilere özgü sorunlar nedeniyle, anayasa yargısı hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önem arz etmektedir.

Fakat bunun için öncelikle korunacak hak ve özgürlüklerin ifadesi olan ve halkın gerçekten iradesini temsil eden geniş bir uzlaşının ürünü olarak oluşturulmuş bir anayasadan söz etmek gerekecektir. Bu sağlandığı takdirde, siyasal iktidarın bu hak ve özgürlükleri yasama faaliyetiyle etkisiz kılmasının önüne geçecek mekanizmaların geliştirilmesi toplum bakımından bir ihtiyaç, daha doğrusu meşru bir gereklilik olacaktır. Bu, anayasa yargısının meşruiyet zeminini oluşturmakla birlikte meşruiyeti için yeterli değildir.

Meşruiyetin sağlanması için, hak ve özgürlüklerin korunmasında çözüm olarak öne sürülen mekanizmanın ve yaptığı denetimin de ayrıca meşru olması gerekir. Yani hak ve özgürlüklerin korunması biçiminde bir gerekçeyle anayasa yargısını meşru gerekler temeline oturtabiliriz ancak bu gerekleri yerine getirecek aracın yani anayasa mahkemesinin (ya da bu görevi yerine getiren organın) de gerek eylem ve işlemleri gerekse kurumsal yapısı bakımından ayrıca meşruiyetini sağlaması gerekecektir.

a. Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin mantıksal bir gerekliliği yasaların anayasa uygun olmasıdır. Liberal demokratik rejimlerde Hans Kelsen'in temel tezlerinin de etkisiyle geliştirilen hukuk kuralları içindeki hiyerarşik yapılanmanın doğal bir sonucudur bu. Ancak bu gerekliliğe rağmen bir yasa anayasaya aykırı olduğunda ne olacaktır? Daha da önemlisi bir yasanın anayasa uygun olup olmadığına kim karar verecektir?

Bu sorulara aranan cevaplar çerçevesinde ortaya konulmuş başlıca iki çözümden söz edebiliriz: Bunlardan birisi siyasal denetim diğeri ise yargısal denetimdir⁵⁹¹.

Yasaların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi, yasaların tasarı veya teklif olarak parlamentoya sunulmasından yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede gerçekleştirilir. Bu sürecin duraklarında bir yasanın anayasaya uygun olup olmadığı çeşitli kurumlar veya aktörler tarafından incelenir. Buna göre, yasaların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminde ülkemiz anayasal sistemi ve karşılaştırmalı

⁵⁹¹ TEZİÇ, s.174.

örnekler bağlamında şu duraklar tespit edilebilir; meclis başkanlığı, yasama komisyonları, meclis genel kurulu, ikinci meclis, devlet başkanı⁵⁹².

Ancak siyasal denetim, temsil sisteminin de boşluklarından kaynaklı olarak, istenen sonucu veremeyebilmektedir. Örneğin yasa tasarısının komisyonlarda görüşülmesi, çoğunluğu elinde bulunduran iktidar partisinin sunduğu tasarının bu komisyonlarda reddedilmesi ihtimalini neredeyse sıfırlamaktadır. Ülkemiz örneğinde cumhurbaşkanının tarafsız bir makam sıfatıyla yaptığı denetimin ise, “makam” olarak tarafsız olsa da, siyasal bir yapılanma içerisinde gelen cumhurbaşkanının iktidar ile aynı siyasal çizgiden gelmesi durumunda etkin bir denetim sağlamayacağı söylenebilir.

Diğer duraklar bakımından da aynı şey geçerlidir. Ülkemizin yasama uygulamalarına şöyle bir göz atmak bile siyasal denetimin yasaların denetiminde pek de etkin bir yöntem olmadığı, şimdiye kadar yürürlüğü engellenmiş yasaların ya azınlıkta olan muhalefetin teklif ettiği yasaların reddedilmesi yoluyla ya da güçlü toplumsal muhalefet sonucunda iktidarın geri adım atması sonucunda engellendiği, bunun dışında siyasal denetim yoluyla yasaların denetiminin pek de mümkün olmadığı görülmektedir. Bir gecede ardı ardına çıkarılan yasalar, mecliste yalnızca hükümetin yeter sayıda üyesinin katılımı ile yapılan sonucu baştan belli oylamalar bu tablonun ortaya koyduğu görüntüdür. Parlamento içerisinde yasal değişikliklerin gerçekleştirilmesi için gereken çoğunluğu elde eden bir partinin siyasal denetim mekanizmaları içerisinde hiçbir engele takılmadan istediği yasayı çıkarabildiği ortadadır. Ancak bu çoğunluk toplumsal meşruiyeti sağlamaktan uzak bir çoğunluk olduğundan (yani bu çoğunluğun hem toplumsal bütün içerisinde azınlığa karşılık gelmesi nedeniyle, hem de temsil sisteminin yasama faaliyetinin bir toplumsal uzlaşma biçimini almasında ve toplumsal denetim mekanizmaları aracılığıyla denetlenmesinde yetersiz kalması nedeniyle) yasama faaliyetinin kimi durumlarda hukuki olsa bile demokratik bir biçimde gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir.

Bu ve benzer gerekçeler nedeniyle siyasal denetim, demokratik bir sistemde esas olmakla birlikte, demokrasi bakımından ciddi açmazları olan sistemlerde yetersiz bir denetimdir. Halkın denetiminden ve müdahalesinden uzak bir yasama faaliyetinin, halkın müdahalesine imkan verecek başka yollarla da denetiminin

⁵⁹² GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.4.

sağlanması gerekmektedir. Bu bakımdan öne sürülebilecek ikinci bir koruma yargısal denetimdir. Ancak hemen söylemek gerekir ki, yine halkın denetimi imkanını sağlamayan yani toplumsal meşruiyetini tesis edememiş bir yargısal denetim, egemen sınıf içerisindeki iktidar muharebesinin alanını genişletmekten öte bir anlam ifade etmeyecektir.

Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde iki usulden söz edilebilir: “ABD modeli” ve “Avrupa Modeli”⁵⁹³. Amerikan modelini iki temel özelliği üzerinden tarif etmek mümkündür. Buna göre önüne gelen bir uyuşmazlıkta uygulanacak bir yasanın anayasaya aykırı olduğunu düşünen bir hakim bu yasaı ihmal edip anayasal hükümler çerçevesinde karar verebilmektedir. Bu bakımdan birinci özelliği tüm mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapabiliyor olması, ikinci özelliği ise aykırı olan yasanın hukuk sisteminden çıkarılması yani “iptal” edilmesi yerine yalnızca “ihmal” ediliyor yani uygulanmıyor olmasıdır. Dolayısıyla bu sadece taraflar arasında bağlayıcı sonuçlar doğurur⁵⁹⁴. Kimi durumlarda ihmal kararı Yüksek Mahkeme'nin içtihadıyla tüm alt derece mahkemeleri için bağlayıcı hale gelir. Böylece, söz konusu yasa “hukuken” iptal edilmediği, yani hukuk sisteminde yaşamaya devam ettiği halde “fiilen” tamamen uygulanmaz hale gelir⁵⁹⁵.

Bu iki özellikten yola çıkarak, Avrupa modeli anayasa yargısını da tanımlamak mümkündür: Bu modelde, yasaların anayasaya uygunluğu tüm mahkemeler tarafından değil, bu iş için görevlendirilmiş özel mahkemeler tarafından yapılır. Genellikle “anayasa mahkemesi” olarak adlandırılan bu özel mahkemeler bir yasanın anayasaya aykırı olduğuna hükmettiklerinde ihmal değil iptal kararı vererek söz konusu anayasaya aykırı yasanın hukuk sistemindeki varlığına son verirler⁵⁹⁶.

Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, anayasaya aykırılık iddialarının anayasaya uygunluk denetimi yapacak olan organın önüne getiriliş biçimine göre üç başlık altında incelenebilir: “Soyut norm denetimi”, “somut norm

⁵⁹³ Louis Favoreau, “Constitutional Review in Europe”, Constitutionalism and Rights, İçinde: The Influence of the United States Consitution Abroad, Der: Louis Henkin ve Albert Rosenthal, Columbia University Press, New York, 1990 dan Aktaran: GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.7.

⁵⁹⁴ Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008, (Anayasa Hukukuna Giriş), ss.21-22.

⁵⁹⁵ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.7; GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, s.23.

⁵⁹⁶ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.8.

denetimi” ve bunlara ek olarak “Anayasa şikayeti” veya “Bireysel başvuru” yolu da kimi ülkelerde uygulanmaktadır⁵⁹⁷.

Soyut norm denetiminde, belli siyasal organlar (örneğin cumhurbaşkanı) tarafından, belli süreler içerisinde (örneğin yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren 10 gün), bir yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla AYM'de iptal davası açılması söz konusudur. Bu denetim yolu herhangi bir somut olayla bağlantılı olmaksızın soyut bir değerlendirmeye dayandığı için “soyut norm denetimi” olarak adlandırılmaktadır. Soyut norm denetimi, yani iptal davası açısından önemli olan, özellikle parlamentodaki muhalefet partilerine veya gruplarına dava açma hakkının tanınmasıdır. Siyasi iktidarın anayasaya uygun kullanılmasını sağlamak açısından muhalefete böyle bir hakkın tanınması hayati önem taşır. Bazı ülkelerde diğer kurum veya organlar da iptal davası yoluyla anayasaya uygunluk denetimi sürecini başlatabilmektedir. Örneğin, Portekiz'de iptal davası açma hakkı, Cumhurbaşkanı, Meclis Başkanı, Başbakan ve Meclis'in 1/10 oranındaki üyesi yanında, ombudsman, başsavcı, özerk bölge meclislerine de tanınmıştır⁵⁹⁸.

Somut norm denetiminde ise, somut bir olaya ilişkin görülmekte olan bir davada uygulanan yasanın anayasaya aykırılığı tartışılmaktadır. Bu denetim türünde yargıç, tarafların iddiası üzerine veya kendi inisiyatifiyle, yargılamayı durdurarak söz konusu yasayı anayasaya uygunluk denetimi için AYM'ye gönderir. Dolayısıyla, burada denetim sürecini başlatan siyasal organlar değil, belli bir davaya bakmakta olan yargıçtır. Bu denetim yolunda bireyler, doğrudan AYM'ye başvurma imkanları olmamasına rağmen, yargıcın süzgecinden geçmek koşuluyla ve yargıcın eliyle anayasaya aykırılık iddialarını AYM'nin önüne getirmiş olmaktadır⁵⁹⁹.

Anayasa şikayeti veya bireysel başvuruda ise, bireyler iddialarını araya herhangi bir başka kurum veya makam girmeksizin doğrudan AYM'ye taşıyabilirler; yani doğrudan AYM'ye başvurup anayasaya uygunluk denetim sürecini başlatabilirler. Bireysel başvuru, karşılaştırmalı örneklerde, (kimi ülkelerde yargı organı da dahil) kamu gücünü kullanan organların eylem ve işlemleri dolayısıyla bir temel hak veya özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden bireylerin (yani gerçek

⁵⁹⁷ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.9. Bkz. GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, s.24 vd.; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.483 vd.; ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s.395 vd.; TEZİÇ, 198 vd.;

⁵⁹⁸ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, ss.9-10.

⁵⁹⁹ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.10.

kişiler ve kimi zaman tüzel kişilerin) en son hukuki çare olarak başvurabilecekleri bir denetim yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu mekanizmanın işletilebilmesi için önkoşul, başvuruda bulunan bireyin, temel hakkına veya özgürlüğüne yönelik doğrudan ve güncel bir ihlalin var olmasıdır⁶⁰⁰. Bu denetim türünün benimsendiği Almanya, Avusturya ve Portekiz gibi ülkelerde, anayasa mahkemelerinin iş yükünün büyük kısmını bireysel başvurular oluşturmaktadır. Örneğin, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların yaklaşık %95'inin bireysel başvurulardan oluştuğu bilinmektedir⁶⁰¹.

b. Yargısal Denetimin Meşruiyeti

Yasa yapma, toplumsal yaşamın sürdürülmesi için gereken temel kuralları yazılı kurallar biçimine dönüştürme, bu şekilde toplumun talep ve ihtiyaçlarını karşılama yasama organının temel görevi hatta varlık nedenidir. Bunun içindir ki, demokrasinin en temel prensibi yasama organının oluşturulmasında esas alınır. Yürütme ve yargıya nazaran daha doğrudan bir belirlenme söz konusudur yasama organında. Temsil sisteminin en dolaysız sonucu yasama organının oluşturulmasıdır. Bu, demokratik katılımın en büyük önem arz ettiği organın burası olarak algılanmasından kaynaklıdır.

Kuvvetler arasında işbirliğine dayalı bir ayrımı esas alan liberal demokrasilerde karşılıklı denetim ve işbirliğinin ortaya çıkardığı oluşum nedeniyle kuvvetler arasında bir üstünlük yahut öncelikten söz etmek elbette söz konusu değildir. Ancak her bir kuvvetin üstlendiği görevler bakımından bir önceliği olduğu, bunun da demokratik gereklerden kaynaklandığı ortadadır.

O halde, yasamanın asli görevi ve varlık nedeni olan yasa yapma faaliyeti sonucu ortaya çıkan bir yasanın yargı eliyle geçersiz kılınması durumunu demokrasi ile nasıl bağdaştırmak gerekecektir? Bu soru anayasa yargısının meşruiyetinin, ortaya bir fikir olarak atıldığı ilk zamanlardan beri durmaksızın tartışılmasına neden olmuştur. Bir başka ifadeyle, temel sorun, halkın temsilcilerinden oluşan

⁶⁰⁰ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.10.

⁶⁰¹ Bahadır KILINÇ, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:25, Ankara, 2008, s.41.

parlamentonun üzerinde, atama ile belli sayıda hakimden oluşan bir mahkemenin yaptığı denetimin, demokratik ilkelerle nasıl bağdaştığıdır⁶⁰².

Anayasallık düşüncesinin gelişimi ile “yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenebilirliği” konusu büyük ölçüde tartışma dışında kalmış olsa da, bu denetimin nasıl ve kim tarafından yapılacağı tartışması kesintisiz sürmüştür. Yasama yetkisini kullanmak üzere seçilmiş parlamentonun iradesine yargı organlarının müdahalesi uzunca bir dönem kabul edilemez görülmüştür. Ancak siyasal gelişmeler, egemen kesimler bakımından parlamentoya güvensizliği artırdıkça, parlamentonun kısıtlanması fikrinin bir parçası olarak yargısal denetim kabul görmeye başlamıştır. Siyasal denetim mekanizmalarının yetersizliği karşısında kabullenilen yargısal denetim dünya ölçeğinde inanılmaz bir biçimde yaygınlaşmış olsa da, yargı eliyle gerçekleştirilen denetim, beklentileri aşan ve toplumsal memnuniyetsizliklere neden olan neticelere sebep olduğu her seferde meşruiyeti bakımından tartışılmaya devam etmiştir.

Yargısal denetimi bu denli tartışmalı kılan nedenlerden birisi de, denetim faaliyetinin nesnel ve sonuçlarının denetlenebilir olma özelliğinin kısıtlı olmasıdır. Bir yasanın anayasaya uygunluğunu denetlemek aslında bir karşılaştırma yapmaktır. Yani söz konusu yasa ile ilgili anayasa hükmünü yan yana koyarak bir değerlendirme yapılır. Basit bir örnekle açıklayacak olursak; ölüm cezasını yasaklayan bir anayasa hükmü karşısında, belli bir suç için ölüm cezası öngören bir ceza yasası hükmü anayasaya aykırı olacaktır. Ancak her zaman anayasaya aykırılık bu kadar açık ve net bir biçimde karşımıza çıkmayabilir. Bu durumda uygunluk denetimi yapanların “yorum” yapması ve söz konusu yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olup olmadığını ortaya koyması gerekir⁶⁰³.

Anayasa hükümlerinin genel ve soyut nitelikleri, bu yorum faaliyetinin meşakkatli ve sübjektif sonuçlar vermeye açık bir faaliyet olmasına sebebiyet vermektedir. Hatta, daha önce de değindiğimiz gibi, her yorum faaliyeti aslında öznel ve yorumun tümüyle yargıçtan bağımsız objektif sonuçlar doğurmasını beklemek mümkün değildir. Böyle olduğunda, yargının anayasaya uygunluk denetimi anayasa yargıçlarının sübjektif değerlendirmelerine açık olacaktır. Bu ise demokrasi bakımından kabul edilemez sonuçlara meydan verebileceğinden

⁶⁰² TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.444.

⁶⁰³ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.3.

denetimin belli sınırlar içerisinde, belli amaçlara yönelik olarak gerçekleştirilmesi yahut hiç yapılmaması arasında bir tercih yapmak gerekecektir.

Denetimin yapılmaması gerektiğini ve anayasa yargısının meşru olmadığını düşünen Kemal Gözler'e göre;

“Yorumun bu derece yorumcuya bağlı olmasının nedeni, ... yorumun bir 'bilme işlemi' değil, bir 'irade işlemi' olmasından kaynaklanmaktadır. Yani bir anayasa maddesinin, bilimsel olarak gözlemlenebilecek, önceden bilinebilecek objektif bir anlamı yoktur ve bu nedenle de yorum kişiden kişiye değişmektedir. Dolayısıyla anayasanın yorumu, yorumcuya bağlıdır. Bu şu anlama gelmektedir ki, anayasanın yorumu, hukukî, yargısal, teknik veya bilimsel faaliyet değil, tamamıyla siyasî bir faaliyettir. Çünkü, bu yorum 'bilme' alanında değil, 'irade' alanında bulunmaktadır. Bu alanda ise alınacak kararlar, akla, tekniğe, bilime değil, karar verenin kişisel tercihin ve iradesine dayanarak alınmaktadır. O hâlde anayasa metnini yorumlamak, yani bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermek, hukukî-teknik-bilimsel bir faaliyet değil, siyasî bir faaliyettir. Bir demokraside ise siyasî kararlar, hakimler tarafından değil, halk veya halkın temsilcileri tarafından alınır. Dolayısıyla, hakimlerin siyasî kararlar alması anlamına gelen anayasa yargısı meşru bir şey değildir”⁶⁰⁴.

Yargının bir erk olarak tüm faaliyetlerinin siyasal olduğuna daha önce değinmiştik. Bu nedenle anayasa yargısının işlevinin siyasal olduğu gerekçesiyle meşruiyetinin olamayacağını ileri sürmenin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Fakat bu yargının diğer erklerin asli görevi olan alanlara sınırı aşacak bir müdahalesine olur vermek anlamına da gelmemektedir. Yargı, uyuşmazlıkların çözümü suretiyle toplumsal düzenin korunması ve sürdürülmesi görevini üstlenmiş bir erk olarak siyasaldır. Siyasal olması, tüm siyasal etkinliklere sınırsızca müdahale imkanının olduğu anlamına gelmemektedir. Hele ki, atama usulüyle biçimlendirilen yargı örgütlenmelerinde bu daha da sakıncalıdır. Zira halkla arasında daha dolaylı bir ilişki kurulmaktadır. Öte yandan, yasama faaliyeti yoluyla anayasal hak ve özgürlüklerin alanını daraltan parlamentolar karşısında bireylerin etkin bir denetim imkanının olmadığı liberal demokrasilerde, yargısal süreçlerin bu hak ve özgürlüklerin korunmasına katkı sağlaması da mümkündür.

Konunun karmaşıklığının altında temsile dayalı liberal demokrasilerin özünde anti-demokratik olması yatmaktadır. Böyle olduğunda her bir erkin faaliyeti kuşku ve tedirginlik yaratmakta, siyasal çıkarlar etrafında ve faydacı bir biçimde devlet

⁶⁰⁴ GÖZLER, Meşruluk, ss.134-135.

organlarına yaklaşma eğilimi doğmaktadır. Yargının faaliyeti de yasamanın faaliyeti kadar ürkütücü neticeler doğurabilmekte, yürütmenin faaliyeti karşısında kimi zaman bireylerin demokrasi adına en önemli sığınağı yargı iken kimi durumlarda statükocu yargı karşısında yasama çözüm yeri olabilmektedir. Hiçbiri tam anlamıyla halka dayanmayan bu organlar arasında halk sürekli sığınacak bir liman aramak zorunda kalmaktadır. Böylesi bir karmaşa içerisinde işbirliği ve dengeye dayalı kuvvetler ayrılığı ilkesinin sınırlarını da net bir biçimde tespit etmek zorlaşmaktadır.

Liberal demokrasinin gerçeklerini görmezden gelerek çözüm arama şansımız da olmadığına göre, sistemin bizzat kendisinden kaynaklanan problemlere toplumun genelinin çıkarına olacak çözümler düşünmek, bir bakıma faydacı yaklaşmak yerinde olacaktır. Tablo şudur:

Sorunun bir yanında yasama vardır. Yasama, oluşumu bakımından, liberal demokrasiler içerisindeki en demokratik yapıdır ve toplumun güncel döneme ilişkin talep ve beklentilerini ifade eden yapıdır. Bu bakımdan yaptığı faaliyet bu beklentilerin karşılanması faaliyetidir ki, bu da her bakımdan birincil önemdedir. Fakat temsili demokrasilerde yasamanın faaliyetlerinin halk tarafından etkin bir biçimde denetimi imkanı yoktur. Bu durumda yasamanın elindeki yetkiyi toplum aleyhine sonuçlar doğuracak bir biçimde kullanması mümkündür. Bu bakımdan birtakım mekanizmalarla denetlenmesi gerekir.

Sorunun bir diğer yanında anayasa vardır. Yasama, toplumun temel uzlaşma belgesi olan anayasa aykırı faaliyette bulunduğu bu müeyyidelendirilmelidir. Ancak anayasa da, toplumun talep ve beklentilerinin gerisinde kalabilir ve yasa ile anayasa arasındaki çatışma bundan kaynaklanıyor olabilir. Yahut her bir hukuk kuralı yoruma açık olduğundan yasa ile anayasa arasındaki uyum farklı biçimlerde değerlendirilmeye açık olabilir. Bu durumda farklı değerlendirmeler içerisinde hangisinin ve kimin yaptığı değerlendirmenin üstünlüğü olacaktır? Demokratik bir yapıda toplum iradesine dayanan yapının tercih edileceği açıktır. Ancak zaten tartışmalı yasayı çıkaran yapıdan bu denetimi yapmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır.

Bu noktada sorunun üçüncü aktörü yargı devreye girer. Gerek yasamanın faaliyetinin denetlenmesi gerekliliğine gerekse anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanarak yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminde yargı rol alır. Fakat yargı

iktidarı da tıpkı yasama iktidarında olduğu gibi kötüye kullanılabilir. Dahası seçilmiş temsilcilerin iradesinin yorum yoluyla birden fazla biçimde değerlendirilebilmesi mümkün iken, neden yargının değerlendirmesi öncelikli olacaktır? Bunun demokratik süreçlerle açıklanma imkanı yoktur. Belki doğrudan halk tarafından seçilen bir yargıçlar heyeti söz konusu ise bu düşünülebilir ancak atanmış yargıçların böyle bir üstünlüğü olduğunu ileri sürmek, yasamaya kendi yaptığını denetle demek kadar kabul edilemez olacaktır.

O halde, üç farklı çatışma noktası üzerinden ortaya çıkan sorunların faydacı çözümüne ulaşabilmek için mevcut çelişki ve sorunları göz önünde bulundurmak ve bunlar üzerinden geliştirilen güvencelerle yargısal denetimi toplum lehine bir faaliyete büründürmek gerekecektir.

Bunun için öncelikle, sorunun anayasadan kaynaklanan bir sorun olmaktan çıkarılması gerekecektir. Toplumun en geniş kesiminin uzlaşısını ifade eden demokratik bir anayasanın varlığı yasaların anayasa uygunluğu problemini bir nebze olsun hafifletecektir. Yani denetimin her şeyden önce halk tarafından yapılmış olması sağlanmalıdır. Demokratik bir anayasa, yasama ve yargı faaliyetlerinin sınırlarını belirlemek bakımından birincil denetimi oluşturmaktadır.

Genel ve soyut kurallarla oluşturulmuş, hak ve özgürlüklerin korunması temeline dayanan bir anayasa bu korumayı sağlayabilecektir. Meşru bir anayasaya aykırı bir yasanın hukuk sisteminden çıkarılması gerekliliği meşruiyeti bakımından tartışmasız bir gereklilik olacaktır. Meşruiyeti tartışmalı bir anayasa söz konusu ise, bu durumda anayasanın üstünlüğü, değerler sisteminde olumlu bir sonuç yaratmadığından göz ardı edilmeye yatkın bir ilke olmaktan kurtulamayacaktır. Bu bakımdan tipik örnek ülkemiz anayasasıdır. Defalarca yapılan değişikliklerle yamalı bohça görünümünde olan ve askeri bir heyet önderliğinde, karşı propagandasının yapılmasının yasak olduğu bir ortamda oylanarak kabul edilmiş ve meşruiyeti her daim tartışılmış olan bir anayasanın ihtiyaca karşılık gelmeyeceği ortadadır. Öte yandan anayasanın başlangıç ilkelerinde yer alan ve neredeyse tüm yasaların anayasaya aykırılığını ileri sürmeye imkan verecek derecede geniş, soyut ve anlam

içeriği belirsiz kavramlarla⁶⁰⁵ doldurulmuş bir metnin de yargısal denetim sürecini tartışmalı bir süreç haline getirmeye yatkın olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

Bir anayasa hak ve özgürlüklere ne denli geniş yer veriyorsa, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi de o derece hak ve özgürlükler lehine olacaktır. Oysa milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlakın korunması gibi yine içeriği belirsiz, istenilen her manaya gelebilecek kavramlara dayanılarak sınırlamalara imkan veren bir anayasa da, yasanın denetiminde sağladığı geniş takdir nedeniyle tartışmalı sonuçlara neden olabilir. Bu durumda hak ve özgürlüklerin korunması misyonu biçilen anayasa yargısı aksi bir tutumu kolaylıkla takınabilecektir.

Anayasanın yasaların denetiminde hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelmeye imkan tanıyacak bir biçimde olması sağlandıktan sonra, yargısal denetimin meşruiyeti için gerekenleri tartışmak imkanı bulunabilir.

İkinci gereklilik yasama faaliyetinde siyasal katılım ve denetim sürecinin etkin bir biçimde işletilmesinin sağlanmasıdır. Bu sayede yargısal denetime gerek kalmadan siyasal denetim sürecinde yasaların anayasa ve toplumsal ihtiyaçlarla uyumlu hale getirilmesi sağlanabilecektir. Ancak burada kastettiğimiz yasa yapımını zorlaştıracak ve bürokrasiye boğacak bir sürecin işletilmesi değildir. Toplumsal taleplerin aciliyeti ve toplumsal yaşamın sürekli değişim halinde olduğu gerçeği karşısında böylesi bir tutumun faydadan çok zarar getireceği aşîkardır. Ancak halkın içeriğinden haberdar olmadığı, jet hızıyla hazırlanıp meclisten geçirilen yasaların da demokratik işleyişe bir katkısı olmayacaktır. Fakat açıkçası temsile dayalı sistem içerisinde bu soruna etkin bir çözüm üretmenin imkanı olmadığını, tek çözümün halkın demokratik tepkisinin yasama üzerinde yapacağı baskı olduğunu düşünmekteyiz. Bu noktada meclis içinde ve dışındaki muhalefet partilerine, demokratik kitle örgütlerine, sendikalara vb. büyük rol düştüğünü de belirtmek gerekir.

Üçüncü gereklilik ise, yargısal demetin içeriği ve bu denetimi yapacak organa ilişkindir. Yargısal denetim, yasanın anayasaya aykırılık teşkil ettiği durumlarda son çaredir. Siyasal denetim ve muhalefet mekanizmalarının etkisiz kaldığı noktalarda

⁶⁰⁵ Örneğin, 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer alan "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri", "Atatürk medeniyetçiliği" gibi kavramlar içeriği her bireyin kendi algısı yönünde doldurulmaya yatkın kavramlardır. Her yasa Türklüğün manevi değerlerine aykırı bulunabilir. Zira Türklüğün manevi değerlerinin neler olduğu belirsizdir.

yargı erki eliyle denetim söz konusu olmalıdır. Bu halkın yetkilendirdiği ancak yetkisini kötüye kullanan bir organın, yine halkın yetkilendirdiği diğer organ eliyle durdurulması sürecinin işletilmesidir. En azından buna karşılık gelmelidir. Bu bakımdan öncelikle denetimi yapacak organın halka dayanması şarttır. Bu bakımdan ya doğrudan seçilmiş ya da erkler tarafından dengeli bir biçimde belirlenmiş bir yapı olmalıdır anayasa mahkemeleri. Aksi bir durumda ne olursa olsun demokratik meşruiyeti tartışmaya açık olacaktır. Ayrıca anayasa mahkemelerine başvuruda yalnızca belli devlet organlarına imkan sağlanması ile yetinilmemeli, bireysel başvuru yollarının en etkin ve en geniş biçimiyle sağlanması gereklidir.

Yargısal denetimin içeriği ve sınırları, bu şartlar sağlandıktan sonra, kaygıların daha azaldığı bir konu olacaktır. Kaygıların temeli, yetkisini kötüye kullanan bir organın faaliyetini denetleyen organın da bu yetkiyi kötüye kullanması durumudur. Bu bakımdan yasama faaliyetine çizilen sınırlar gibi, yargı faaliyetine özgü sınırların da çizilmesi gerekecektir.

Anayasa yargısının meşruiyetine ilişkin tartışmalar karşısında anayasa yargısı lehine ileri sürülen argümanlardan birisi günümüz liberal demokrasilerinde “yasa” kavramının anlam içeriğinin dönüştüğü, bu bakımdan yasama iktidarının da anlam içeriği bakımından değişime uğradığı, bunda anayasa yargısının gelişiminin rolü olduğu görüşüdür. Buna göre, parlamentodan yasa formatında çıkartılan her ürün “yasa” değildir; çoğunluğun siyasal tercihidir. Yasa, ancak anayasaya saygı içerisinde gerçek anlamına kavuşmaktadır. Halk iradesinin doğrudan ifadesi anayasadır. Parlamentonun çıkardığı yasa, anayasa uygun olduğu sürece halk iradesine uygun gerçek anlamda bir yasa özelliği kazanabilir. Dolayısıyla yasama faaliyeti yasamanın tekelinde olan bir şey değil, birden fazla organın belli bir süreç içerisinde gerçekleştirdiği bir faaliyettir ve AYM’lerde bu sürecin bir parçasıdır⁶⁰⁶.

Bu durumda parlamento, yalnızca çoğunluk görüşünün belirlenmesini sağlamakta, diğer organların da bu sürece katılımı ile siyasal rejime çoğulcu bir demokratik işleyiş kazandırılmaktadır. Bir bakıma yasama erki, yargı erki ile birlikte kullanılan bir iktidara dönüşmektedir. Burada yargının rolü yasamayı ve yasayı denetlemek suretiyle anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirmektir.

⁶⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, ss.251-253.

Fakat böylesi bir yaklaşım çerçevesinde anayasa mahkemesinin denetimini yasama faaliyetinin asli unsurlarından biri olarak ele aldığımızda da, ortaya çıkan ürünün ne kadar demokratik olduğu tartışma konusu edilebilir. Dahası, bu durumda, yasama faaliyeti, nihai kararı yargının verdiği bir süreç olarak şekillenecektir. Bu durum, yargının yetkisini kötüye kullanması durumunda, -hiçbir sorumluluğunun da olmadığı düşünüldüğünde- demokrasi açısından sakıncalı sonuçlar doğurmaya yatkın gözükmemektedir.

c. Yargısal Denetimin Sınırı ve Yargısal Aktivizm

Yargısal denetim özünde bir yorumlama faaliyeti olduğu için, hiçbir önlem yoktur ki, tümüyle objektif sonuçlar alınmasına imkan tanısın. Bu nedenle “Kanun” adı verilen parlamento işleminin “anayasa” adı verilen üst kurala uygunluğunun denetimi, her zaman çok net biçimde sonuçlandırılması mümkün olan bir iş olmamaktadır⁶⁰⁷.

Kanundaki karmaşıklık yanında ölçüt alınan anayasa hükümleri de her zaman çok açık değildir. Bundan dolayıdır ki bazen güçlüklerle okunabilir bir metin olan anayasanın içeriği ve bundan çıkarılacak anlam da daha belirsiz hale gelebilmektedir⁶⁰⁸. Bu bakımdan yargıç görevini yerine getirirken, hukukun sınırları içerisinde davranmaya çalışsa da yorum faaliyeti baskın bir zorunluluk haline gelmekte; bu da denetimin sınırı aştığı, yargıcın sübjektif yargısını ifade ettiği değerlendirmelerine sebep olmaktadır, ki bu değerlendirmeler, hakim art niyetli olup olmamasından bağımsız olarak doğrudur. Bunu önlemenin bir yolu olmamakla birlikte, özünde sübjektif olan yorum faaliyetinde yargıcı yaptığı denetimin amacı ile sınırlayacak bir çizgiyi de belirlemek gereklidir. Doktrinde bu çizgi “hukukilik” denetimi olarak ifade edilmekte, sınırın aşıldığı durumlarda ise “yerindelik denetimi”nden söz edilmektedir.

Hukukilik denetimi, yasanın anayasanın üstünlüğü ilkesinin gereklerine uygun olup olmadığının araştırılması olarak ele alınmaktadır. Hakyemez’in ifadesiyle, “*anayasa mahkemelerinin varlık nedeni, biçimsel açıdan düşünüldüğünde*

⁶⁰⁷ HAKYEMEZ, Anayasa, s.535.

⁶⁰⁸ Henry ROUSSILLON, “Fransız Anayasa Konseyi: Tehlikeler Dönemi”, **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı 9-13 Ocak 2001**, TBB Yayını, Ankara, 2001, s. 833.

anayasanın üstünlüğünü kanunlar karşısında sağlamaktan ibarettir. Anayasa mahkemeleri bu yönüyle normlar hiyerarşisinin kanunlar ile anayasa arasındaki uygunluğunu sağlayarak, uygulamada piramidin bozulmasını engellemekte ve böylece anayasanın üstünlüğünü korumaktadır”⁶⁰⁹.

Mahkeme bu sınırı aşar ve kanunun ülkenin siyasal gerek ve koşullarına uygunluğunu denetlerse “yerindelik denetimi” söz konusu olmaktadır. Bu durumda yargı parlamentonun tekelinde olan siyasal tercih ve değerlendirmeleri, parlamentonun yerine geçerek, onun görev alanını gasp etmek suretiyle gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu durumun demokrasi ile bağdaştırılması imkanının olmadığı bir gerçektir. Zira, “demokratik bir siyasi sistem için siyasi iktidarın keyfi tasarruflarının ürünleri olan yasalar ne kadar tehlikeli ise, yargıçların subjektif tutumlarının ürünü olan yargı kararları da o kadar tehlikelidir”⁶¹⁰.

Bu biçimdeki yerindelik denetiminde, birincisi anayasa metninden, diğeri ise anayasa yargıcının bakış açısından kaynaklanan iki temel unsurun etkili olabileceği söylenebilir. Anayasa metninde hukuki olmaktan öte ideolojik anlamlar çağrıştıran, muğlak, soyut, içeriği birbirinden çok farklı biçimde doldurulabilecek ilke ve kurallara yer verilmişse denetimde ölçüt alınacak söz konusu anayasa kurallarının yorumu, ister istemez yerindelik denetimi tartışmalarını gündeme getirebilmektedir.

Ülkemiz anayasanın başlangıç bölümünde yer alan bu tarz kavramlara dayanılarak verilen AYM kararlarından birisi buna ilişkin somut bir örnektir. Anayasa Mahkemesi, 21.06.1984 tarih ve 3029 sayılı Kanunla Bakanlar Kurulunun uygun göreceği yabancı ülke uyruğu kişilere, mütekabiliyet (karşılıklılık) koşulu aranmaksızın Türkiye’de mülk edinme hakkı getiren düzenlemeyi Anayasanın Başlangıç kısmındaki bu soyut ilkelere dayanarak iptal etmiştir⁶¹¹. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde, özellikle Anayasanın Başlangıcının 4.paragrafındaki, Türkiye Cumhuriyetinin Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu ilkesiyle devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu ve yine Başlangıcın 7. paragrafındaki hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin karşısında korunma göremeyeceği ilkesi ile de Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde

⁶⁰⁹ HAKYEMEZ, Anayasa, s.530.

⁶¹⁰ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlet, s.251.

⁶¹¹ Bkz. AYM, 13.06.1985 tarih ve 1984/14 E, 1985/7 K. sayılı kararı.

tutulması gereğine vurgu yapmıştır. Mahkeme söz konusu düzenlemeyi iptal ederken, Başlangıçtaki bu soyut ilkelerden mütekabiliyet koşulunu anayasal değerde ilke olarak türetmiş ve kanunla getirilen düzenlemenin bu ilkeye aykırılık taşıdığını ifade etmiştir⁶¹².

Söz konusu kararın siyasal bakımdan sonuçlarını her ne kadar olumlu karşılamış olsak da, verilen kararın demokrasi bakımından kabul edilebilir olmadığını düşünmekteyiz. Zira aynı yahut bir başka mahkeme heyetinin gelecekte aynı gerekçeleri (ki bu gerekçelerin anlam içeriği pek çok farklı biçimde doldurulabilir) kabul edilemeyecek bir biçimde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dayanak yapmamasının bir garantisi yoktur. Demokratik bir toplumda siyasal iktidarı tercihlerinde toplumun çıkarlarını gözetmeye zorlayan şey toplumsal muhalefettir. Toplumsal muhalefet ve yürütülen mücadele sonucunda elde edilen hakların hukuki zeminde korunup kollanması ise yargının görevidir. Yargı bu kararı ile yalnızca yasamanın değil, toplumun siyasal tercihlerini de belirleyip yönlendirmeye kalkışmaktadır. Bunun dönemsel faydaları olduğu düşünülebilirse de, gerçekte demokrasi kültürünün yerleşip gelişmesine bir katkısı yoktur.

Benzer şekilde, anayasa metninde yer alan “hukuki” terimlerin, ilke ve kuralların da soyut ve nispi kavramlar olması nedeniyle, yargı kararlarında yerindelik denetimine varan neticelerin elde edilmesi mümkün olabilmektedir. Öyle ki, en üstün ilke ve değerler olarak ele alınan eşitlik, özgürlük, insan onuru, adalet gibi kavramların anlam içerikleri birçok farklı biçimde doldurulabilmektedir.

Bu durumun en çarpıcı örneği aynı konuda aynı değerlere dayanılarak verilmiş kararlarda farklı sonuçların elde edilebilmiş olmasıdır. Bu bağlamda Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyinin kürtağın serbest bırakılması ile ilgili düzenlemeye yönelik aynı yıl içerisinde verdiği kararlardaki farklılık örnek olarak gösterilebilir. Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre kürtağı serbest bırakan kanun Anayasanın 2. maddesindeki "yaşam hakkı ve vücut tamlığı" ilkesine aykırı iken; Fransız Anayasa Konseyine göre ise belli koşullarda kürtağı serbest bırakan düzenleme, Anayasanın başlangıç kısmının atıfta bulunduğu

⁶¹² HAKYEMEZ, Anayasa, ss.536-537.

ve bu nedenle anayasal değerde kabul edilen 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 2. maddesindeki "hürriyet ilkesi"ne aykırı değildir⁶¹³.

Bu noktada yerindelik denetime sebebiyet veren ikinci soruna değinilebilir: "Yargıcın bakış açısı". Anayasanın yorumu ister istemez yargıcın ona hangi açıdan baktığı, ondan ne anlam çıkardığı ile ilgilidir. Hele ki, soyut ve nispi kavramlar söz konusu olduğunda yargıcın değerlendirmesi daha da büyük önem kazanır. Bu doğal ve kaçınılmaz bir durum olmakla birlikte, siyasal yapı bakımından çok ciddi bir sorundur. Çünkü anayasanın nihai yorumlayıcısı olarak anayasa mahkemesinin yorumu bir bütün olarak siyasal yapıyı bağlamaktadır. Böyle olunca, anayasanın anlamı, anayasa mahkemesi üyelerinin çoğunluğunun ondan ne anlam çıkardığına eş değer olmaktadır. Bu da siyasal ve toplumsal yaşamda anayasa mahkemesinin ciddi bir belirleyiciliğinin olmasına sebep olmaktadır. Anayasa mahkemesinin elindeki bu gücü hak ve özgürlükler aleyhine kullanması ihtimali ile düşünüldüğünde, bu durumun nasıl bir tehlike arz ettiği daha anlaşılır olmaktadır. Yasama iktidarını dengelemesi ve denetlemesi için öngörülen bir kurum olarak anayasa mahkemesi denetlenemez bir güç haline gelmektedir.

Ülkemiz uygulamasından yargıç tutumuna ilişkin çarpıcı ve bizce en çok rahatsızlık verici kararlardan birisi örnek olarak verilebilir. Anayasa Mahkemesi, 1587 sayılı Nüfus Kanununun 43. maddesinde yer alan ve nüfus cüzdanında şahsi hal bilgileri olarak değişik konular yanında kişinin dininin de yer almasını öngören kuralın Anayasanın "kimse dini inanç ve kanaatlerini açılmaya zorlanamaz" biçimindeki hükmüne aykırılık taşıdığı gerekçesiyle, hem 1961 hem de 1982 Anayasası döneminde yapılan iki başvuru üzerine, söz konusu kanuni düzenlemenin bu yönü ile açık Anayasa hükmüne aykırılık taşımadığına karar vermiştir⁶¹⁴. Her iki kararından çıkan anlama göre Mahkeme, özetle, bu biçimdeki hükmün aslında dini inanç ve kanaatleri açıklama biçiminde bir sonuç doğurmakla birlikte bir zorlama olarak yorumlanamayacağını belirtmiş ve denetimde daha ziyade demografik gerçekler yönünden yaklaşarak anayasaya aykırılık bulunmadığına karar vermiştir⁶¹⁵.

⁶¹³ TEZİÇ, ss.184-185.

⁶¹⁴ AYM, 27.11.1979 tarih ve 1979/9E, 1979/44K. Sayılı kararı ve 21.06.1995 tarih, 1995/17E., 1995/16K. Sayılı kararı.

⁶¹⁵ HAKYEMEZ, Anayasa, ss.533-534.

Oysa iptali talep edilen kanun maddesindeki "din" hanesi, Anayasa Mahkemesi kararının aksine, 1961 Anayasasının 19. ve 1982 Anayasasının 24. maddesinin ilgili fıkralarındaki açık hükme aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü burada iptali istenen kanun maddesinde yer alan hüküm gereğince kişinin dininin nüfus cüzdanında yer almasının yasal zorunluluk olması bile başlı başına bir zorlamadır. Kaldı ki kişinin dinini açıklamadıkça nüfus kütüğüne kaydedilmesinin söz konusu edilemeyeceği ve dolayısıyla nüfus cüzdanı alamayacağı düşünüldüğünde bunun bir zorlama olduğu rahatlıkla fark edilecektir⁶¹⁶. Bu açıdan bakıldığında Türk Anayasa Mahkemesinin Nüfus Kanunu ile ilgili olan kararlarında, Anayasanın açık hükmüne rağmen söz konusu kuralı Anayasaya aykırı bulmaması, tamamen anayasa yargısındaki denetimin sınırı ve özellikle denetimde esas alınan Anayasa kurallarının Anayasa Mahkemesi üyeleri tarafından yorumlanması ile ilgilidir⁶¹⁷.

Bir başka örnek ise ABD uygulamasından verilebilir. ABD'de siyah ve beyazlar arasındaki hukuksal eşitliği sağlamak amacıyla 1868 tarihli 14. Anayasa değişikliğinde genel olarak eşitlik, 1870 tarihinde gerçekleştirilen 15. Anayasa değişikliği ile ise oy hakkı konusunda eşitlik getirilmişti. Değişiklik metninde Anayasada açıkça her bireyin ABD vatandaşı olduğu ve hiçbir federe devletin Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalıklarını ve dokunulmazlıklarını kısıtlayamaz ve uygulamayacağı hükmüne yer verilmesine rağmen, Federal Yüksek Mahkeme, 1883 yılında verdiği kararda, ırk ayrımına karşı önlemler getiren ve herkesin eşit olarak kamu hizmetlerinden yararlanabilmesine imkan sağlayan "Civil Rights Act"ı Anayasaya aykırı bulmuştur. Anayasada ırk ayrımını kaldırmaya yönelik olarak gerçekleştirilen değişikliklere rağmen Mahkeme, getirilen anayasal hükümlerini anayasanın lafzı ve anayasa koyucunun amacı dışında yorumlayarak adeta ırk ayrımına kapıları aralamıştır. Hatta Anayasa değişikliği ile bu konuda açık hüküm getirilmesine rağmen, ırk ayrımını kabul eden yasaların, siyahlarla beyazlar arasında eşitliğe saygılı olmak koşulu ile anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak, Anayasa değişikliğinden sonra Federal Yüksek Mahkemenin içtihadı, paradoksal biçimde, ırk ayrımını adeta yeniden anayasal bir kural şekline sokmaya çalışmış ve Anayasa değişikliği ile getirilmeye çalışılan eşitlik, mahkeme tarafından "eşit ama ayrı" (equal but separate) biçiminde

⁶¹⁶ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.141.

⁶¹⁷ HAKYEMEZ, Anayasa, s.534.

özetlenebilecek olan ve tamamen anayasa hükümleri ile çelişen bir biçimde yorumlanmıştır⁶¹⁸.

ABD Mahkemesinin yine ırk ayrımcılığına ilişkin bir başka kararında yaşananlar da yargıçların siyasal eğilimlerinin kararlarda nasıl da belirleyici olduğunu gözler önüne sermektedir. Mahkemenin Brown kararı öncesinde ırkçı eğilimleri ile bilinen Yargıç Vinson ölmüş yerine başka bir yargıç atanmıştır. Neticede Yargıç Vinson yerine atanan yargıcın oyu ile mahkeme ırk ayrımcılığının reddine ilişkin karar alabilmiştir. Yalnızca bu örnek bile durumun vahametini gözler önüne sermektedir. Irk ayrımcılığına karşı çıkan Yargıç Krankfurter bu konuda şöyle demiştir: “Hayatım boyunca ilk kez Tanrı’nın varlığına dair bir işaret gördüm”⁶¹⁹.

Ülkemiz AYM’nin “367 Kararı” olarak bilinen cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin kararı da toplum vicdanında kabul görmemiş ve ciddi huzursuzluk ve rahatsızlıklara sebep olmuş bir karardır. Ergün Özbudun bu karara ilişkin şu yorumu yapmıştır: *“Toplumsal önemli kesimlerinde hukuki değil, siyasi saiklere dayandığı ve normal demokratik süreçlerin önünü tıkadığı düşünülen bu karar, Anayasa Mahkemesinin 45 yıllık tarihinde belki ilk defa bu Mahkemenin meşruluğunun, oluşum tarzının ve yetkilerinin ciddi şekilde sorgulanmasına yol açmıştır”*⁶²⁰.

Örneklerden de anlaşılabileceği gibi, anayasa yargısı hak ve özgürlüklerin korunmasında bir araç olmaktan öte, yerleşik ideolojilerin savunucusu olmaya yatkın bir görünüm arz etmektedir. Bu durum “yargısal aktivizm” kavramı ile ifade edilmektedir. Yargısal aktivizm, yargıçların kamu politikalarını etkilemek için baktıkları davalarda hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme isteklerini ifade etmektedir⁶²¹. Bu nedenle, politikaları belirleme yetkisinin seçilmiş yöneticilere ait olduğu demokratik bir sistemde yargının siyasal tercihlerin belirlenmesinde kendi görev alanının sınırlarını aşan, dahası bu görevi yerine getirmekte olan organların yetkilerini işlevsiz kılan bir role sahip olması, yargıçlar hükümetine yol açacağı endişesiyle ciddi eleştirileri de beraberinde

⁶¹⁸ HAKYEMEZ, Anayasa, ss.532-533.

⁶¹⁹ D. Pannick, Judges, Oxford University Press, Oxford, 1987, s. 26’dan aktaran: Zühtü ARSLAN, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, **İçinde: ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Der: Zühtü Arslan, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, (ABD), s.15.

⁶²⁰ Ergun ÖZBUDUN, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **A.Ü. SBF Dergisi**, Cilt 62, Sayı:3, 2007, (Yargısal Aktivizm), s.267.

⁶²¹ ATAR, s.97.

getirmektedir. Yargısal aktivizm tartışmalarının en çok yaşandığı ülkelerden birisi olan ABD’de, anayasanın ABD halkının iradesinin ifadesi olduğu, yargının anayasayı kendi kişisel görüşlerine göre yorumlayarak anayasayı “yargıçların anladığı anayasa” biçimine dönüştürme girişimlerine karşı çıkmıştır. Yüksek Mahkemenin yargısal aktivizmini kesin bir dille reddeden anayasa hukukçusu Mark Tushnet’e göre: *“Kanunkoyucular Yüksek Mahkemeye değil, Anayasaya bağlı kalmak için yemin etmişlerdir. Anayasanın anlamı Yüksek Mahkemenin ona verdiği anlam ile aynı olmak zorunda değildir”*⁶²².

Anayasa mahkemelerinin bu tutumunu engellemek adına liberal demokratik rejimlerin öngördüğü “kendi kendini sınırlama” ilkesinin gerçek anlamda bir güvence sağlamadığı ortadadır. Bu ilke bir temenni ve tavsiyeden öte bir anlam ifade etmemekte, gerçek anlamda bir sınırlamaya meydan vermemektedir. Olsa olsa, anayasa yargısının meşruiyeti bakımından önem arz ettiğini söyleyebiliriz. Hukukilik denetimi ise sınırları ve içeriği belirsiz ayrıca yaptırım da olmayan bir sınırlama ilkesidir. Yani hukukilik denetiminin aşıldığı noktada yapılabilecek hiçbir şey yoktur. Bu bakımdan ileri sürülen “yargıçlar hükümeti” kavramı ile yöneltilen eleştiriler kimi durumlarda haksız ve ağır bir suçlamaya sebebiyet veriyor olsa da, doğruluk payını da barındırmaktadır.

Siyasal iktidarların bu tutumlar karşısında çözüm adına yaptıkları girişim ve müdahalelerin ise en az yargısal aktivizm kadar demokrasiye zarar verici olduğunu söylemek gerekir. Yani yargısal aktivizm yalnızca yargının meşruiyeti bakımından sakınca yaratmamakta aynı zamanda demokratik işleyişi çok yönlü olarak olumsuz etkileyebilmektedir. Örneğin, ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, 1890-1937 yıllarında, bir tür “yargıçlar yönetimi”ne yol açmıştı. Roosevelt’in başkanlığı döneminde bu durum ciddi bir siyasal krize yol açtı. 1929 ekonomik krizinin sonuçlarını ortadan kaldırmak için New Deal politikasına yönelik çıkarmak istediği kanunlar yüksek mahkemece anayasaya aykırı bulundu. Mahkemeye göre 1787 anayasa kurucu iktidarı devletin ekonomi politikalarına karışmadığı bir liberal düzen tasavvur etmişlerdi, bu bakımdan çıkarılan yasalar anayasaya aykırı sayılmıştı. Seçmenler, 1936 yılında yeniden Roosevelt’i başkan seçerek politikalarını desteklemeye devam etti. Bu destekten güç alan Roosevelt, yüksek mahkemeye

⁶²² Mark Tushnet, Taking the Constitution Away From the Courts, Princeton University Press, Princeton, 1999, s.6’den Aktaran: ATAR, s.98.

mahkemenin yapısını değiştirmeye d6n6k bir reform gerçekleştirme tehdidinde bulundu. 9 yargıçlı mahkemenin 6ye sayısını 15'e y6kseltip, yeni atamalarla, oy çoğunluğunu kendine çevirmek istedi. Neticede buna gerek kalmadan y6ksek mahkeme kararından d6nd6 ve sorun 6z6lm6ř oldu⁶²³. Yargıçların demokrasiyle bağdaşmayan tutumlarına karşılık siyasal iktidarın da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleriyle bağdaşmayacak bir hamle yapması ile siyasal krizin 6z6lmesi durumu, yargısal aktivizmin doğuracağı karşı tepkilerin de demokrasiye zarar verebileceğini g6stermektedir. Bu bakımdan da yargısal denetimin belirli sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi bir gerekliliktir.

Buna karşın, bu ilkenin hayat bulmasını sağlayacak 6nleyici mekanizmalar geliştirildiği takdirde, yargıcı bu ilkeye g6re davranmaya zorlamak imkanının da olabileceğini belirtmek gerekir. Yargısal denetim, hakimlere s6bjektif g6r6ř ve değer yargılarını bir kenara bırakarak karar vermeleri çağırısı yapılarak olması gereken sınırlar içerisinde tutulamaz. Hakimi bu tutumu almaya zorlayacak mekanizmaların geliştirilmesi gerekir. Anayasa yargısını, hak ve 6zg6rl6klerin korunmasında halkın dayanağı olan bir kurum haline getiremedikten sonra, anayasa yargısı gibi bir kuruma siyasal sistem içerisinde yer vermenin, egemen g6lerin ve onların ideolojilerinin korunması dışında hiçbir anlamı olmayan, demokrasinin 6n6nde engel oluşturacak bir kurumun varolmasının hiçbir anlamı olmayacaktır. Eğer AYM'ler hak ve 6zg6rl6klerin korunmasında, demokrasinin geliştirilmesinde rol oynayacak kurumlar olarak g6r6l6yorsa, bu işlevi yerine getirmesinin 6n6ndeki engellerin kaldırılması gerekir.

Bu engellerin başında, anayasalar gelmektedir. Anayasa metinlerinin hak ve 6zg6rl6klere dayanan genel, soyut, kısa ve 6z metinler olması, hak ve 6zg6rl6klerin ne yasalarla ne de anayasanın yorumu yoluyla keyfi bir biçimde kısıtlanmasına imkan vermeyecek bir dille yazılmış olması gereklidir. 6zg6rl6kler aleyhine yoruma meydan verecek kavramlardan arındırılmış bir anayasa, yorumlayan merciin yorum imkanını hak ve 6zg6rl6kler lehine ciddi 6l6de sınırlayacaktır.

Elbette nasıl bir anayasa olursa olsun, her anayasa kuralının birçok farklı şekilde yorumlanması m6mk6nd6r, bu da 6zg6rl6k6 bir metinde dahi denetimin

⁶²³ TEZİÇ, s.184.

kötüye kullanılmasına imkan verecek bir açmazdır. Ancak bunun önüne geçebilmek için öncelikle, anayasadan kaynaklanan sorunların en aza indirilmesi gerekir.

Öte yandan anayasa yargısının amacının net bir biçimde ortaya konulması ve yargısal denetimin toplumsal algıdaki konumunun değiştirilmesi gerekir. Bireyler, anayasa mahkemelerini, yasama yetkisinin anayasaya aykırı yahut kötüye kullanıldığı durumlarda başvurabilecekleri, hak ve özgürlüklerin hukuksal düzlemde koruyucusu olan bir dayanak olarak görebilmelidirler. AYM üyeleri de bunun bilincinde olmalıdır.

Böylesi bir bilinç demokrasi kültürünün gelişimi açısından da büyük önem taşımaktadır. Bugünkü görüntü bundan çok uzaktır. Muhalefet, iktidar ile mücadelesini AYM’yi bir araç olarak kullanarak yürütmekte, çoğu zaman yasama faaliyetine dahi katılmayan muhalefet, yalnızca davalar açarak muhalefet etmektedir. Aynı şekilde bireyler hak ve özgürlüklerin kaynağını hukuk ya da yargı olarak algılamakta, hukuku yaratanın toplum, hak ve özgürlükleri ortaya çıkaranın ise toplumsal mücadele olduğu gerçeğini göz ardı etmektedirler. Böyle olunca, AYM üyelerinin çoğunluk görüşüne yakın olan kesimler için AYM “rejimin kurtarıcısı” demek olurken, diğer kesimler içinse “yargıçlar hükümeti” anlamına gelmektedir.

Bu imajın değişmesi için AYM’nin denetim yetkisinin hukuksal sınırlarının mümkün olan en net biçimde ortaya konulması, bunun ötesine geçen denetimin etkisiz kalması için yol ve yöntemlerin geliştirilmesi gerekmektedir. Hatta, son sözü doğrudan halka bırakacak çözümlerin geliştirilmesi de düşünülebilmelidir. Böyle bir seçeneğin varlığı bile yargıçları yargısal denetimin sınırları içerisinde davranmaya sevk edebilecektir.

Böylesi bir durum, sorumluluk konusu üzerinden getirilen eleştirilerin de aşılmasına katkı sunabilir. Özbudun, anayasa yargısını eleştirirken haklı olarak şu soruyu sormaktadır: *“seçilmiş olmayan ve halka hesap verir (accountable) konumda bulunmayan anayasa yargıçlarının geniş devlet yetkilerini kullanmaları, demokratik meşruluk ilkesi açısından nasıl açıklanabilir?”*⁶²⁴. Bu hususu Kemal Gözler şu cümlelerle ifade etmektedir: *“Yasama organının yaptığı bu kanun, ülkenin yararına da, zararına da olabilir. Bu kanunun uygulanmasından doğacak yarar da, zarar da yasama organına ait olur. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde iyi bir sonuç*

⁶²⁴ ÖZBUDUN, Yargısal Aktivizm, s.2.

doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlâmento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından ödüllendirilir. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde kötü bir sonuç doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlâmento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından cezalandırılır”⁶²⁵. Yani yasama, faaliyetlerinin sorumluluğunu taşımakta iken, yasamanın faaliyetini denetleyen ve onun yaptığını bozabilen yargının sorumsuzluğunun da demokratik meşruiyet bakımından tartışılır olduğu söylenebilir.

Yargısal denetimin sınırları aştığı noktada hiçbir denetiminin ve yaptırımının olmamasının demokrasi bakımından kabul edilebilir olmadığı açıktır. Bu bakımdan böylesi durumlarda son sözü doğrudan halka bırakacak seçeneklerin yaratılıp yaratılamayacağı da düşünülebilirdir.

Öte yandan, yasama faaliyetinin temsile dayalı liberal demokrasilerdeki durumunu da göz ardı etmeden konuyu ele almak gerekmektedir. Temsil sistemine ilişkin daha önce ifade ettiğimiz eksiklikler ve sorunlar nedeniyle halkın yasama faaliyetiyle ilişkisi yukarıda yer verilen itirazlarda öne sürülen biçimde bir ilişki değildir.

Neredeyse temelde aynı ideolojik fikirlere sahip partilerden oluşan parlamentolar, yalnızca iktidarın sağladığı rantı bölüşmek konusunda ayrışmaktadırlar. Dolayısıyla çoğu zaman halk aleyhine yasalarda yalnızca çoğunluğu elinde bulunduran parti değil, tüm parlamento aynı şeyleri düşünmektedir. ABD gibi iki partili sistemlerde ise durum daha vahimdir. Birbiriyle tümüyle aynı ideolojiden gelen sadece belli noktalarda birbirinden ayrışan iki parti sırayla adeta “kardeş kardeş” ülkeyi yönetmektedir ve halkın dayanabileceği bir üçüncü seçenek yoktur. Daha önce verdiğimiz bir örneği yineleyelim. Temsili demokrasinin yaptığı şudur: Halka önünde duran sobaya “ya bir parmağınızla ya da elinizin tümüyle dokunacaksınız” denilmektedir. Başka bir seçenek ise sunulmamaktadır. Çoğu zaman sobanın ellerini yakacağı bilgisinden de yoksun bırakılan halk seçim yoluyla iradesini, sözde, ortaya koymaktadır. Sunulan iki seçenek içerisinden birinin “özgür”ce seçimine ise “demokrasi” adı verilmektedir.

Böylesi bir demokrasicilik oyununda halkın hak ve özgürlüklerinin korunmasına imkan sağlayacak her türlü mekanizmanın işletilmesinde fayda vardır. Bu bakımdan anayasa yargısı faydacı bir bakış açısıyla, liberal demokrasilere karşı

⁶²⁵ GÖZLER, Meşruluk, s.3.

değerlendirilebilir bir seçenektir. Ancak demokratik meşruiyetini tesis etmiş bir AYM olması kaydıyla. Aksi halde halkın başına bir çorap daha örmekten başka bir faydası olmayacaktır.

Bu bakımdan, anayasa yargısını yasama faaliyetinin nihai denetimini halkın yapmasının aracı olan bir kurum biçimine dönüştürmek gerekmektedir. Yani yargıyı, yasama faaliyetinde son sözü söyleyen değil, halkın son sözü söyleyebilmesine olanak sağlayan bir araç haline getirmek gereklidir.

Tam da bu noktada AYM'nin bu ihtiyaca karşılık verip veremeyeceğini belirleyecek en temel unsurdan söz etmek gerekecektir: Kurumsal meşruiyeti. Eğer AYM, halkın son sözü söyleyebilmesine olanak sağlayan bir yapı olacaksa halka dayanması gerekir. Ayrıca en geniş konsensüsün ifadesi olan Anayasa aracılığıyla bu görevini yerine getirecekse, bu görevi yerine getiren kurum olarak AYM'nin de en geniş konsensüsün ürünü olması şarttır.

3. Anayasa Yargısının Kurumsal Meşruiyeti

Yasaların anayasa uygunluğunun yargı eliyle denetiminin, demokratik sonuçlar doğurabilmesi ve hak ve özgürlüklerin korunmasında rol oynayabilmesinin en önemli şartı, bu denetimi yapacak organın demokratik bir yapıda olması yani kurumsal meşruiyetini sağlamış olmasıdır. Liberal demokrasilerin önemli bir bölümünde bu ilkenin genel kabul gördüğünü söylemek mümkündür. Favoreu'nun deyimiyle, anayasa mahkemelerinin bir yandan işlevleriyle uyumlu bir kompozisyona dayanması diğer yandan da bununla bağlantılı olarak üyelerinin mahkemenin meşruiyeti ve itibarını sağlayabilecek bir yönetime bağlı olarak göreve getirilmesi bugün ilke olarak benimsenmiştir⁶²⁶.

AYM üyelerinin belirlenmesinde esas olarak üç yöntem kullanılmaktadır; “doğrudan atama yöntemi”, “seçim yöntemi” ve “karma yöntem”⁶²⁷.

⁶²⁶ Louis Favoreu, “La légitimité du juge constitutionnel”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Avril-Juin 1994, No:2, s.571'dan Aktaran: Ömer ANAYURT, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XIII, Sayı: 1-2, 2009, s.119.

⁶²⁷ Hukuk Yoluyla Demokrasi Avrupa Komisyonu, “Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonu Hakkında Rapor”, 1997'den Aktaran: GÖNENÇ, *Anayasa Yargısı*, s.18.

“Doğrudan atama yöntemi”nde, bir seçim veya oylama söz konusu değildir; bir veya birden fazla organ anayasa yargıçlarını atama yoluyla göreve getirir. Bu yöntemde yer vermiş ülkelerin bir kısmında, yapılan atamanın ayrıca onaya tabi tutulduğu görülmektedir. Yani “önerme” ve “atama” ayrı iki işlem biçiminde yer almaktadır. Bir kısmında ise herhangi bir onay söz konusu değildir. Örneğin Fransa’da cumhurbaşkanı, üyelerin üçte birini atamaktadır. Yaptığı atamalarla birlikte göreve gelme süreci son bulmaktadır. İrlanda, Malta gibi ülkelerde ise atama süreci belirli bir makamın yapılan atamayı onaylamasıyla tamamlanmaktadır. Onay makamı kimi zaman parlamento, kimi zaman devlet başkanı olmaktadır⁶²⁸.

“Seçim yöntemi” esas olarak anayasa yargıçlarının parlamento tarafından seçilmesini ifade eder. Bu yöntemde parlamentolar, kural olarak, başka organ veya kurumların (örneğin devlet başkanının, yüksek yargı kurulunun veya yüksek mahkemelerin) gösterdiği adaylar arasından seçimini yapar. Bu yöntemin çeşitli biçimlerde uygulandığı ülkelere örnek olarak Almanya, Macaristan, Portekiz ve Polonya verilebilir⁶²⁹.

“Karma yöntem”de, doğrudan atama ve seçim yöntemleri birlikte uygulanmaktadır. Bu yöntemin uygulandığı ülkelerin çoğunda, örneğin Romanya’da olduğu gibi, anayasa mahkemesi üyelerini belirleme yetkisi yürütme ve yasama organları arasında paylaştırılmaktadır. İtalya gibi bazı örneklerde ise, yargı da bu yetki paylaşımına dahil edilmektedir. Çok yaygın olarak kullanılan karma yöntemde seçim unsuru genellikle ağır basmakta ve anayasa mahkemelerinin kompozisyonu büyük ölçüde parlamentoda yapılan seçimlerle belirlenmektedir⁶³⁰.

Ele alınan yöntemleri üç başlık altında toplamış olsak da uygulamada her bir yöntem farklılıklar göstermekte, bir bakıma uygulandığı ülkenin siyasal koşulları yöntemin belirlenmesinde etkin olmaktadır. Ama çoğunlukla parlamentonun etkin olduğu bir karma usulün esas alındığını söylemek yanlış olmayacaktır⁶³¹.

Anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde önem arz eden konu, mahkemenin yerine getirdiği işlevin yukarıda çerçevesini çizmeye çalıştığımız amaçlara hizmet edebilecek bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Yani

⁶²⁸ ANAYURT, s.120; GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.18.

⁶²⁹ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, ss.18-19.

⁶³⁰ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.19; ANAYURT, s.120.

⁶³¹ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.19.

öncelikle hak ve özgürlüklerin halk lehine korunması ve geliştirilmesinde rol oynayabilecek bir mekanizmanın nasıl olması gerektiği sorusunun cevaplanması gerekecektir ki, bu mekanizmanın nasıl oluşturulacağına bir cevap verebilelim.

Doğrudan halk iradesine dayanan bir mekanizma demek, bizzat halkın seçimini ilk olarak akla getirmektedir. Ancak yargıçların halk tarafından belirlenmesine dair ifade ettiğimiz sakıncalar nedeniyle bu yöntem yerine, temsili sistemin yapısına da uygun bir yöntem daha gerçekçi olacaktır⁶³². Bu da halk adına yetki kullanan üç temel erkin eşit bir denge içerisinde anayasa yargıçlarını belirlemesidir. Bu dengeden kastımız kaba bir eşitlik değil, karar mekanizmasında eşitliğe imkan tanıyacak bir usul olmalıdır. Örneğin yürütme zaten parlamentonun bir parçası olacağından, kaba bir eşitlik, anayasa mahkemesinde yürütmenin bariz bir biçimde etkin olacağı sonucunu doğurur. Buna karşı diğer erkler lehine farklı bir dağılım düşünülebilir. Bu bakımdan bizce yasama meclisinin nitelikli çoğunluğu ile üyelerin önemli bir bölümünün belirlendiği, geri kalan üyelerin ise dengeyi sağlamak adına makul bir sayıda olmak kaydıyla yürütme ve yargı erkleri tarafından belirlendiği bir yöntemin uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Burada amaç, siyasal iradenin denetimi gibi son derece önemli bir yetkiyle donatılmış mahkemeye demokratik meşruiyet kazandırabilmektir⁶³³.

Böylesi bir dengeli dağılım, salt çoğunluğun değil daha geniş bir halk kitlesinin iradesini yansıtabilecektir. Yasamada nitelikli çoğunluğun aranması farklı siyasal görüşlerin üzerinde uzlaşabileceği kişilerin görev almasını sağlayabilecek⁶³⁴, böylelikle tümüyle aynı siyasal görüşten gelen yargıçlarca denetimin yapılması, anayasa yargısının iktidarın kuklası durumuna gelmesi, bir başka ifadeyle “sözde” bir denetim yapılması da engellenmiş olacaktır⁶³⁵. Öte yandan, yargısal denetimin

⁶³² Gözler’e göre anayasa mahkemelerine halkın doğrudan üye seçmesi bu mahkemeleri parlamento karşısında süper bir güç adeta bir "süper meclis" haline getirir. Hele ki, yasa yapım sürecinde son sözün bu heyete bırakılması parlamentonun siyasal sistemden tümüyle dışlanması neticesini doğurabilecektir. GÖZLER, Meşruluk, s.142.

⁶³³ Favoreu, a.g.e., Aktaran: ANAYURT, s.120.

⁶³⁴ İtalya, Almanya, Belçika, Portekiz, Macaristan’da üçte iki, İspanya’da beşte üç, Polonya’da salt çoğunluğa yer verilmiştir Gürcistan’da Meclis üye tamsayısının beşte üçü (Ay. m. 88/2). Kosova’da 9 üyenin 7’sini Meclis 2/3 çoğunluğu ile 2’sini ise mevcut üyelerin çoğunluğuyla seçer (Ay. m. 114/3).

⁶³⁵ Örneğin Japonya’da mahkeme üyelerinin tamamı hükümet tarafından atanmaktadır. Mahkemenin kompozisyonu tamamen homojendir. Çünkü İkinci Dünya Savaşı’ndan bugüne kadar aynı parti iktidarda bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da uygulamada hiç anayasaya aykırılık kararı ile karşılaşmamaktadır. Haliyle Mahkeme belirli bir siyasal eğilimin politik aygıtı izlenimi vermekte ve bu durum da mahkemenin kredibilitesini zayıflatmaktadır. İsveç’te yaklaşık elli yıldır aynı parti iktidarda olduğundan ve hükümet de hep kendi eğilimine uygun üyeleri göreve getirdiğinden

siyasal bir çekişme aracına dönmemesi için iktidarı temsil eden görüşün bu dengeli dağılım içerisinde bir nebze olsun baskın olacağını da kabul etmek gerekecektir. Aksi halde, yargının muhalefetin siyasal iktidarı yıpratma aracına dönüşmesi, bu durumda da muhalefetin kuklası haline gelmesi riski doğacaktır.

Ayrıca, yargıçların seçim sürecinin olabildiğince açık ve saydam bir usulde gerçekleştirilmesi meşruiyete katkı sunacağı gibi, yargıç ile kamuoyunu yakınlaştıran verilen kararlara itimadı, mahkeme kararlarının kabul derecesini de artırabilecektir⁶³⁶.

Ülkemizde durum, bu tarif ettiğimiz biçimden oldukça uzaktır. Hatta demokratik bir yapı oluşturmak iddiasıyla yapılan 2010 anayasa değişiklikleri de durumu değiştirmemiştir. Son değişikliklere göre:

“Madde 146 – (Değişik: 7/5/2010-5982/16 md.):

Anayasa Mahkemesi onyediy üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer”.

Bu düzenlemenin ortaya koyduğu görüntü bir çoğulcu yapıya karşılık gelmemektedir. Yasama 17 üye içerisinde yalnızca 3 üyenin belirlenmesinde rol almaktadır. Ayrıca seçimler türlü yapılmaktadır. Bunun demokratik ve çoğulcu bir yöntem olduğunu söylemek mümkün değildir. Parlamentonun neredeyse hiçbir

mahkeme kompozisyonu hep homojen bir nitelik taşımaktadır. Bunun sonucu olarak da pratikte Avrupa'nın diğer ülkelerindeki gibi işleyen bir anayasa mahkemesinden söz edilmemektedir. Favoreu, a.g.e., Aktaran: ANAYURT, s.125.

⁶³⁶ Osman Korkut KANADOĞLU, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:25, 2008, s.71.

etkinliği yoktur. Seçimin turlu yapılması tarafları uzlaşmaya zorlamaktan uzaktır. Çünkü neticede çoğunluğu elinde bulunduran yürütmenin kendi adayını seçtirme imkanı çok daha fazladır. Bu haliyle seçim “sözde” bir seçim durumuna gelmektedir.

Öte yandan cumhurbaşkanı 4 adayı doğrudan kendisi belirlemektedir. Milletın meclisi 3 üyeyi seçebilirken cumhurbaşkanı kendi başına 4 üyeyi belirleyebilmektedir. Bunun anlaşılabilir bir yanı yoktur. Her ne kadar “bağımsız” bir makam olsa da, cumhurbaşkanlarının yürütme ile aynı siyasal çizgiden gelmesi ülkemizde sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu da bir kez daha yürütme lehine sonuç doğmasına imkan sağlamaktadır. Böyle olmasa bile yasamanın 3 üye, cumhurbaşkanının 4 üye seçmesinin hiçbir mantıksal izahı yoktur. Geriye kalan 10 üyenin belirlenmesi ise yine cumhurbaşkanının elindedir. Üst derece mahkemelerin gösterdikleri adaylar içerisinde cumhurbaşkanı istediği kişiyi atayabilmektedir.

Bizce, ülkemiz uygulamasında ortaya çıkan tablonun kabul edilebilir bir yanı yoktur. Öncelikle yasamanın daha fazla üyenin belirlenmesinde rolü olması gerekir. Ayrıca TBMM’deki seçimin nitelikli çoğunlukla yapılması çoğulculuğun sağlanması için şarttır. Yargı erkinde, adayların belirlenmesinde seçim usulü esas alınmalı ve en yüksek oyu alan seçilmiş kabul edilmelidir. Ayrıca cumhurbaşkanının eleme yapmasının hiçbir mantıksal izahı yoktur. Aynı şekilde YÖK ve Baro’nun da seçim yoluyla üye belirlenmesine katkı sunması sağlanmalıdır. Tüm bunların yanında erkler arasındaki dengeyi sağlayacak bir şekilde yürütmenin de sınırlı sayıda üye belirlemesine imkan tanınmalıdır. Ancak böylesi bir yapı oluşturulduğu takdirde, toplum nezdinde güvenilir bir anayasa yargısından söz edilebilir. Aksi halde anayasa yargısının meşruiyeti her daim tartışılmaya devam edecektir.

Bir toplum içerisindeki fikirlerin en geniş temsili sağlandığı sürece bir organın bağımsız ve etkin bir koruma sağlaması mümkün olabilir. Bu aynı zamanda anayasa yargısına, hem denetlenenlerin hem de halkın güven ve itimadının artmasına katkı sunacaktır. Bu noktada mahkemenin siyasallaşacağı yönündeki itirazların da bir kez daha anlamsız olduğunu yinelemek gerekecektir. Çünkü gerek genel anlamda yargı gerekse özel anlamda anayasa yargısı siyasal nitelik taşıyan faaliyetler yürütürler. Hele ki yargının devlet çıkarlarının korunması işlevinin bir parçası olan anayasa yargısında bu daha baskın bir haldedir. Ancak yukarıda değindiğimiz “siyasal yargı” kavramı ile ifade edilen taraflılık hali bakımından konu ele alınırsa

da; siyasal yapıların dengeli bir biçimde temsil edildiği bir anayasa yargısının “siyasal yargı” diye ifade edilen kötüye kullanımının önüne geçecek olumlu bir yöntem olduğu da görülecektir. Favoreu'nin de ifade ettiği üzere, “anayasa mahkemesi üyelerinin siyasal nedenlerle siyasal otoritelerce seçilmesi/atanması yöntemi anayasa yargılaması sistemleri için bir eksiklik değil bilakis, kalite ve gerekliliktir”⁶³⁷.

Böylesi dengeli bir dağılım aynı zamanda mahkemenin diğer erkler karşısındaki bağımsızlığına da katkı sunacaktır. Bu bağımsızlık sağlandığı takdirde, anayasa mahkemesi bir “mahkeme” rolünü oynayabilecektir. Aksi halde yasamayı denetleyen ikinci bir meclisten farkı kalmayacaktır. Çünkü anayasa yargısının, ancak denetlediği organlar ve diğer güçler karşısında bağımsızlığının sağlanması ile gerçek bir yargı organı kimliğinden söz edilebilecektir⁶³⁸.

Demokratik meşruiyetin sağlanması bakımından dengeli bir oluşumun yani çoğulcu bir oluşumun esas alınabilmesi için anayasa yargıçlarının nitelikleri ve görev sürelerinin de belli kıstaslar esas alınarak belirlenmesi gerekecektir. Çünkü yargıçların görev süreleri, yeniden seçilip seçilemeyecekleri gibi konular, mahkemelerin bağımsızlığı, istikrarı ve siyasal eğilimlerin değişimine imkan vermesi gibi açılardan önem arz eder⁶³⁹.

Bizce mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçların minnet duygusu içine düşmemeleri ve kendisini seçtiren kesimlerin baskı ve etkilemelerinden uzak bir biçimde görev yapabilmeleri için yalnızca mahkeme üyelerinin bir kez ve belirli makul bir süre için seçilmeleri gerekir. Yargıçların uzun süre aynı makamda yer almaları her şeyden önce statükocu bir yapının doğmasına sebep olacaktır ve bunun durmaksızın akan yaşam karşısında tahammül edilebilir yanı yoktur. Toplumsal yaşamın dinamizmini yakalayamayan yargıçların toplumsal sorunlara etkin bir çözüm bulma şansları yoktur⁶⁴⁰. Hele ki hukukun statik yapısının ancak yargı eliyle dinamizm kazandığı gerçeği de düşünüldüğünde uzun süreli olarak yargıçların böylesi önemli bir makamda yer almaları faydalı değildir.

⁶³⁷ Favoreu, a.g.e., Aktaran: ANAYURT, s.121.

⁶³⁸ Kemal BAŞLAR, “Anayasa Mahkemesi Üyeliği”, http://www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc, (Erişim tarihi: 01.07.2011).

⁶³⁹ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.22.

⁶⁴⁰ ATAR, s.103; KABOĞLU, Anayasa Yargısı, s.33.

Gönenç'e göre, bu sürenin belirlenmesinde, yargıçların görev sürelerinin parlamentonun görev süresinden fazla olmasına dikkat edilmelidir. "İster parlamento tarafından seçilsin, ister atama yoluyla bu göreve gelsin, anayasa yargıçlarının farklı parlamento çoğunlukları, farklı hükümetler zamanında görevlerini yerine getirmeleri, tarafsızlıklarına katkıda bulunacak bir unsurdur."⁶⁴¹

İkinci kez seçilme imkanının bulunması ise, yargıçları yeniden seçilme kaygısı ile davranmaya itebileceğinden, kendilerini seçenlere karşı taraflı tutumlar takınmalarına imkan verebilecek ve organın güvenilirliğine gölge düşürebilecek olduğundan doğru değildir. Tecrübeli kişilerin deneyimlerinden yararlanabilmek adına ikinci kez seçilme hakkı yerine daha uzun sürelerle bir kez seçilme hakkının tanınması daha yerinde olacaktır.

Ülkemiz uygulaması son anayasa değişiklikleri ile bu hususlara uygun bir düzenlemeye yer vermiştir. An. Md. 147'ye göre üyeler 12 yıl için seçilmekte ve ikinci kez seçilme hakkı tanınmamaktadır. Ancak bizce, 12 yıl yerine en fazla 8-9 yıl gibi bir sürenin belirlenmesi yukarıda açıkladığımız nedenlerle daha faydalı olacaktır. Nitekim yaygın olan uygulama da bu yöndedir⁶⁴².

AYM üyelerinin belirlenmesi usulü kadar olmasa da, saygınlığı ve etkinliği bakımından üyelerin nitelikleri de meşruiyetin sağlanmasında önem arz etmektedir. Üyelerinin belirlenmesinde adaylarda aranacak nitelikler, karşılaştırmalı örneklerde farklı biçimde karşımıza çıkmaktadır, ancak anayasa mahkemelerinde hukukçuların ağırlıklı olarak yer alması gerektiği düşüncesi genel kabul görmektedir⁶⁴³. Mahkemenin yalnızca yargıçlardan oluşması gerektiği fikri ise çok yaygın değildir. Anayasa yargısının görev alanı da dikkate alınarak toplumsal yapının farklı

⁶⁴¹ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.22.

⁶⁴² Avrupa ülkelerinin çoğunda anayasa mahkemesi üyelerinin görev süresi sınırlı tutulmuştur. Buna göre, Almanya'da 12 yıl, Çek Cumhuriyeti'nde 10 yıl, Fransa, İtalya, İspanya, Bulgaristan, Macaristan, Romanya, Slovenya, Portekiz ve Polonya'da 9 yıl, Hırvatistan'da 8 yıl, Slovakya'da 7 yıldır. Avusturya ve Belçika'da ise emeklilik yaşı geçerlidir⁹. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi yargıçları ise ömür boyu görev yaparlar. ATAR, s.103.

⁶⁴³ Almanya'da üyelerin büyük kısmı bakımından yargıç olmak için gerekli şartlara sahip olmak; Belçika'da yargı mensubu ya da parlamento üyesi olmak; Bulgaristan'da meslekten hukukçu olmak ve en az onbeş yıl mesleki deneyim sahibi olmak; İtalya'da yargı meslek mensubu, hukuk profesörü ya da avukat olmak; Romanya'da yüksek hukuk formasyonu ve en az onsekiz yıl hukuk mesleği veya yükseköğretim faaliyetinde bulunmuş olma şartları aranmaktadır. Bu ülkelerdeki uygulamaya bakıldığında ise, bazı ülkelerde üyelerin dengeli olarak farklı gruplardan seçildiği, bazılarında ise hukukçulara (yargıç veya öğretim üyesi) ağırlık verildiği görülmektedir. ATAR, ss.101-102.

alanlarından yetkin ve deneyimli kişilerin de bu görevi yerine getirebileceklerine, dahası bunun faydalı da olacağına inanılmaktadır.

Örneğin, Favoreu, hukukçu olma zorunluluğunun mahkemenin itibarına ve meşruiyetine katkı sunacağı önermesini doğrulayabilmenin zorluğuna işaret ettikten sonra, “*hukukçu olmayan ama güçlü ve güven verici kişiliği ve engin siyasal ve yönetsel deneyimleri bu lunan bir üyenin mahkemenin kredisine ve meşruiyetine hukuk teknisyeni bir üyeden çok daha fazla katkı sağlayacağını*” belirtmektedir⁶⁴⁴. Aynı görüşü savunan kimi kesimler ise, makul sayıda olmak kaydıyla hukuk dışındaki alanlardan üyenin olabileceğini, bunun mahkeme kararlarına zenginlik katacağını, hukuk dışında iktisadi, mali konuların daha sağlıklı ve gerçekçi analizine katkı sağlayacağını belirtmektedir⁶⁴⁵.

Bizce de belirli bir meslek grubunun hâkim olması yerine çeşitli meslek alanları (avukat, hâkim, hukuk öğretim elemanı, hukuk kökenli siyasetçi, kamu görevlisi gibi) arasında bir dengeli üye dağılımı mahkemenin çoğulcu kompozisyonuna daha fazla katkı sunar. Fakat AYM, klasik anlamda bir mahkemeden farklı olsa da, nihayetinde bir yargılama yapmaktadır ve üyelerinin çoğunluğunun hukuk mantığı ve tekniğine vakıf olması önem arz etmektedir⁶⁴⁶.

Tüm bunların dışında, elbette ki, AYM üyelerinin de birtakım güvenceler ve sınırlamalar ile bağımsızlık ve tarafsızlıklarının teminine ilişkin önlemler alınması gerektiğini de belirtmek gerekir.

⁶⁴⁴ Favoreu, a.g.e., Aktaran: ANAYURT, ss.135-136.

⁶⁴⁵ ATAR, s.102.

⁶⁴⁶ GÖNENÇ, Anayasa Yargısı, s.22.

SONUÇ

Ülkemizde son birkaç yıldır ve daha yoğun bir şekilde de son birkaç aydır 1982 Anayasası'nın yerine yeni bir anayasanın hazırlanması gerekliliği tartışılıyor. Tartışmaya katılan hemen tüm çevreler, 12 Eylül darbesinin ürünü olan ve bugüne değin 17 kez değiştirilen anayasanın artık Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılamadığını, bu nedenle yeni bir anayasaya ihtiyaç olduğunu dillendiriyorlar.

Bizce de yeni ve demokratik bir anayasa ihtiyacı ülkemiz bakımından elzemdir. Demokratik hak ve özgürlüklere dayanan, “ama”larla özgürlüklerin ellerinin kollarının bağlanmadığı, toplumun en geniş kesiminin talep ve ihtiyaçlarına cevap verecek yeterlikte bir anayasa, pek çok sorunun çözümü bakımından önemli bir kapının aralanmasına fayda sağlayabilecektir.

Ancak bu anayasanın içeriği kadar nasıl yapıldığı yani içeriğinin hangi süreçlerden geçerek belirlendiği de önemlidir. Bürokratlar eliyle hazırlanıp, temsil yeterliliği olmayan bir parlamentoca biçimlendirilmiş ve şeklen referanduma sunulmuş bir anayasa, bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da ihtiyaçlara cevap vermeyecektir. Bu nedenle yerellerden başlayarak oluşturulmuş geniş bir kurucu meclisin ürünü olarak bir anayasanın oluşturulması gereklidir.

Bu şartlarda hazırlanacak bir anayasa, yargının meşruiyeti bakımından da önemli katkı sağlayacak, bugün yargı özneline yaşanan problemlerin çözümüne de katkı sunacaktır. Ülkemizde anayasanın tartışmaya açıldığı dönemler, bir o kadar yargının da meşruiyetinin tartışıldığı dönemlerdir ve yargının bu süreçlerden zarar görerek çıktığı görülmektedir. Yargıya güvenin ciddi biçimde azaldığı, yargının kadrolaşma savaşlarının mekanı haline getirildiği, kimi zaman statükocu, kimi zaman iktidar yanlısı olmakla suçlandığı sancılı bir dönemin sonucudur yargının içerisinde bulunduğu durum. Yargıyı bu çıkmazdan kurtaracak, aynı zamanda hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak halkın güvenle sırtını yaslayabildiği bir kurum olmasını sağlayacak bir yargı örgütlenmesinin yaratılabilmesi için, yeni anayasanın bir olanak olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bunun için öncelikle yargı bağımsızlığı kavramını doğru bir şekilde temellendirmek gereklidir. Yargının bağımsızlığını yargıyı toplumdan ayırmış üstün bir iktidar olarak tarif etmenin aracı olarak ele almanın yargı meşruiyeti bakımından

olumsuz sonuçları ortadadır. Yargı toplumla bütünleştği oranda meşruiyetini tesis edebilir. Bu nedenle yargı bağımsızlığı, yargının toplumdan bağımsızlığı anlamında değil, aksine hak ve özgürlüklerin korunması görevini halk adına yürüten, egemen kesimlerin etki ve baskısından bağımsız bir yargı anlamında ele alınmalı ve yargı örgütlenmesi buna uygun biçimde şekillendirilmelidir.

Ülkemizde yargının meşruiyeti bakımından en temel sorun, halkın yargıyı egemen kesimlerin bir organı olarak görmesidir. Bu yargının bağımsız ve tarafsız olmadığı yönündeki inancın temelini oluşturmaktadır. Özellikle “devletçi” bir zihniyetin egemen olduğu yargı, devlet çıkarlarının korunmasından öte, devlette egemen olan kesimlerin çıkarlarını korur durumdadır. Çalışmamızda devlet çıkarları ile egemen çıkarlarını birbirinden ayırttık. Çünkü devlet çıkarları aslında, toplumdaki farklı kesimlerin mücadelelerinin sonucunda üzerinde uzlaştıkları ortak çıkarları ifade eder. Bu bakımdan içerisinde baskın öge egemen sınıf olsa da, diğer kesimlerin de kazanımlarını içerir. Bu nedenle sınıflı bir toplumda yargının sağlayabileceği en üst düzey tarafsızlık bu uzlaşıya saygı göstermek ve bu dengeyi korumaktır. Meşruiyetini de bu dengeyi koruduğu sürece sağlar. Ancak ülkemiz uygulamasında bu denge çoğunlukla egemen kesimler lehine bozulmaktadır.

Son yıllarda yargıda kadrolaşmanın olduğu yönündeki söylemler ise, aslında bir yönüyle zaten bilinenin tekrarlanması, bir yönüyle de gerçeğin çarpıtılmasıdır. Çünkü yakın dönemde yaşananlar aslında yargı içerisinde yer alan eski kastın yerini yeni bir kastın oluyor olmasıdır. Bu durum egemen kesimlerin kendi iç çatışmalarının yargıyı nasıl bir felakete sürükleyebileceğinin de göstergesidir. İşte bu nedenledir ki yargı bağımsızlığı sorunu yargının toplumun üzerinde yer alması sorunu değil, toplumla bütünleşmesi sorunudur. Yargıyı toplumdan ayırtmak, onu halktan uzaklaştırmak ve siyasal alanın arenası haline getirmektir. Bu durumda, neticede dövüşü kim kazanırsa kazansın kaybeden her daim yargı olmaktadır.

Şöyle geçmişe doğru bir göz atalım. Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile ilgili yaşanan sorunlar, Ergenekon yargılamaları, türban meselesi, Kürt sorunu, aydın ve gazeteci cinayetleri, 28 Şubat süreci, Susurluk süreci, 1000 operasyon ve örtülü ödenek rezaletlerinin ardından gelen (daha doğrusu gelmeyen) yargısal süreçler, Sivas olayları ile ilgili yargılama süreçleri, darbe dönemlerinde yaşanan hiçbir vicdanın kabul edemeyeceği adaletsizlikler, Erdal Eren’in idamı ile ilgili tartışmalar,

Yassıada mahkemeleri ve daha yazmakla bitmeyecek sayısız yargıya dair hayalkırıklığı... Sadece burada bahsettiğimiz konularla ilgili yargısal süreçleri şöyle kabaca gözden geçiren bir kişi bile yargıya güven ve itimat konusunda tereddüt yaşayacaktır. Ancak ülkemiz gerçekliği budur ve bunun değiştirilmesi, yargının halkın güvenle sırtını yaslayabileceği hak ve özgürlüklerin güvencesi bir kurum haline gelebilmesi için yeni bir anayasa hazırlanması süreci bizce önemlidir ve değerlendirilmelidir.

Yargının, çetelerin, derin güçlerin ve egemen ideolojinin koruyucusu ve kollayıcısı değil de, halkın bu kesimlere karşı mücadelesinde etkili bir araç olabilmesi için demokratik meşruiyetini tesis edecek bir örgütlenmenin sağlanması ve yargı faaliyetinin de bu çerçevede yapılandırılması şarttır.

Bunun ilk adımı hakimlerin belirlenmesinden denetime değin tüm süreçler bakımından, yargının kurumsal anlamda demokratik meşruiyetinin sağlanmasıdır. Örneğin, bizce, hakimlerin belirlenmesi usulü büyük önem arz etmektedir. Mülakat gibi, kimin, neden, neye göre seçildiği yahut elendiğinin tespit edilmesi mümkün olmayan aksine, egemen kesimlerin kadrolaşıp kastlaşmasına imkan veren yöntemlerden vazgeçilmelidir. Liyakata dayalı demokratik bir usul geliştirilmelidir. Hakimlik mesleğinin kadrolaşma alanlarından birisi olmaktan çıkarılması, halka dayanan bir seçim ve denetim usulünün geliştirilmesi gereklidir. Bu sayede, öngörülen bağımsızlık mekanizmaları gerçek anlamda bir şey ifade edecek, yargı bağımsızlığı, “yargıçlar hükümeti” tartışmaları karşısında dejenere olmayacaktır.

Öte yandan, hakimlerin denetimi ve özlük işleri yoluyla yargıçları baskı altına alan her türden uygulamaya son verilmeli, yargıçların denetimi de demokratik bir usulde, bağımsız bir kurul eliyle gerçekleştirilmelidir. Her türden üst yargı kuruluşlarına ve HSYK’ya üyelerin belirlenmesinde tümüyle seçime dayalı demokratik usuller geliştirilmeli, Cumhurbaşkanınca atama gibi hiçbir mantıksal açıklaması olmayan yöntemlere son verilmelidir.

Yargının temel işlevini yerine getirirken dayandığı adalet değerinin anlam içeriğinin, haksızlık pratikleri karşısında ortaya konulan çözümlere karşılık geldiğini ifade etmiştik. Bu çözümlerin “hak” kavramı altında korunduğu temel metin olan anayasaların içeriği de yargının meşruiyeti bakımından önem arz etmektedir. Çünkü yargının dayandığı temel değer somut ifadesi olan anayasaların uygulayıcısı,

yorumlayıcısı ve aynı zamanda koruyucusu olan kurum yargıdır. O halde, hak ve özgürlüklere dayanan ve 1982 Anayasasındaki gibi “ama”larla doldurulmuş bir anayasanın yerine, hak ve özgürlüklerin keyfi biçimde sınırlandırılmasına imkan veren kavramlardan arındırılmış öz bir anayasanın hazırlanmasının yargı bakımından önemli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Özellikle tarafsızlık olgusunun sağlanmasının zorluğu karşısında keyfiyetin anayasalar aracılığıyla engellenmesi gereklidir. Yargıcın hak ve özgürlükler aleyhine yorum yapabilme olanaklarının geniş olduğu bir anayasa hem öngördüğü özgürlüğü sağlayamayacaktır, hem de yargının egemen kesimlerin etkilemelerine maruz kalmasının olanakları artırılmış olacaktır. Dahası yargı her zaman için “acaba özgürlükler lehine mi, egemen kesimler lehine mi yorum yapacak” şüphesi altında güvenilirliği tartışılır bir kurum olacaktır. Bu bakımdan “Türk milletinin menfaatleri, kamu güvenliği, genel ahlak” gibi içeriği çok rahat bir biçimde özgürlükler aleyhine doldurulabilecek kavramlardan olabildiğince arındırılmış bir anayasanın hazırlanması yargının güvenilirliği ve tarafsızlığına katkı sunacaktır.

Yargının uyuşmazlıkların çözümü suretiyle tesis edeceği toplumsal düzenin ifadesi olan anayasa, ancak toplumun geniş kesiminin uzlaşısının bir ifadesi olursa, toplumsal düzenin gerekleri ile adaletin gerekleri arasında doğacak çatışma halleri daha az ortaya çıkacaktır. Bu da, yargının meşruiyetinin olur olmaz her durumda tartışılır olmasının, özellikle sistemin yaşadığı her meşruiyet sorununda yargının da meşruiyetinin tartışılır hale gelmesinin bir nebze de olsa önüne geçecektir.

Yargıçların devlet çıkarlarını korumak adına hak ve özgürlükleri ayaklar altına aldığı kabul edilemez durumların azaltılmasında da anayasa önemlidir. Anayasal devlet, ne kadar toplumsal uzlaşının ifadesi olursa, devletin çıkarları ile adaletin gerekleri arasındaki çatışma da bu ölçüde azalacaktır. Aksi halde halkın gözünde yargı, zorbalığın belgesi olan bir anayasayı ve ona dayanan yasaları uygulayan bir “cellat”tan öte bir anlam ifade etmeyecektir.

Daha pek çok açıdan demokratik ve halka dayanan özgürlükçü bir anayasanın yargının meşruiyeti ile ilgisini kurmak mümkündür. Neticede anayasanın ve ona dayanılarak çıkarılan yasaların yaşam kaynağı yargıdır. Soyut ve statik kurallara dinamizm kazandıran ve toplum gözünde hukukun sesi ve sözü olan yargının söylediği şey halkın adalet beklentisinin ifadesi olduğu müddetçe yargı meşruiyetini

sürdürebilecektir. Bu bakımdan yargının söylediği şeyin halkın beklentilerine uygun olmasına imkan verecek ve tarafsızlığın önüne geçecek demokratik bir anayasanın yapılması ülkemizin demokratikleşmesi ve gelişmesinde çok önemli ve acil bir ihtiyaçtır.

Çalışmamız içerisinde yargının meşruiyetine dair tartıştığımız pek çok hususun dönüp dolaşıp halkın siyasal katılımı sorunu ve demokratik bir toplumsal yapı gerekliliğine dayanması da işte, yargı ile siyasal yapı arasındaki bu dolaysız ilişkiden kaynaklıdır. Yargının meşruiyetine ilişkin en etkili ve kalıcı çözümler, yargıyı toplumsal-siyasal bütünden ayıştırmadan ele almak ve bu bütün içerisinde sorunu irdelemek suretiyle elde edilebilir.

KAYNAKLAR

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, Levent Köker ve Cemal Bali Akal. **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, İmge Yayınları, Ankara, 1994.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali ve Levent Köker. **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 2.b., İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali ve Levent Köker. **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, 4.b., İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001.

AKAL, Cemal Bali. **Yasa ve Kılıç**, 2.b., Engin Yayıncılık, İstanbul, 1995.

AKBAŞ, Kasım. **Hukukun Büyübozumu Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

AKIN, İlhan. **Kamu Hukuku**, 7.b., Beta Yayınları, İstanbul, 1993.

AKTAŞ, Sururi. **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

AKDEMİR, Özer. **Anadolu'nun "Altın"daki Tehlike Kışladağ'a Ağıt**, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2011.

AKYILMAZ, Bahtiyar. "Tarihi Gelişimi İçinde ve Özellikle Montesquieu'de Kuvvetler Ayrılığı", **İçinde: Prof. Dr. Halil Cin'e 10. Hizmet Yılı Armağanı**, Konya, 1995, ss.43-61.

AKYILMAZ, Bahtiyar. "Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 1999, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_15.pdf, (Erişim Tarihi: 13.04.2011).

ALAN, Nuri. "Yargı, İktidar ve Siyasi Partilerin Kapatılması", **Cumhuriyet Gazetesi**, 20.03.2008.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz. "Temsili Demokrasinin 'Seçim' Ayağı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 60, Eylül/Ekim 2005, ss.71-96.

ALTINTAŞ, Ömer Faruk. "Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:8, Samsun, 1996, ss.221-238.

ANAYURT, Ömer. "Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XIII, Sayı: 1-2, 2009, ss. 117-160.

ARAL, Vecdi. “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, **İÜHFM**, Cilt:34, Sayı:1-4, İstanbul, 1969, ss.513-552.

ARAL, Vecdi. “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi İle Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı”, **İÜHFM**, Cilt:39, Sayı:1-4, İstanbul, 1974.

ARAL, Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 6.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.

ARSLAN, Zühtü. “Anayasalar ve Meşruluk Sorunu”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:30, Yıl:5, 1999, ss.564-671.

ARSLAN, Zühtü. “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, **İçinde: ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Der: Zühtü Arslan, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.

AŞÇIOĞLU, Çetin. **Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995.

ATAR, Yavuz. “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, **Anayasa Yargısı**, Sayı:25, 2008, ss.93-115.

AYDIN, Murat. **Kamu Davasının Açılması ve İddianame**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

AYDINLI, Halil İbrahim ve Veysel Ayhan. “Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlandırılması Tartışması”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, 2004, ss.67-84.

BAŞARAN, Başar. “Adil Yargılanma Hakkı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

BAŞLAR, Kemal. “Anayasa Mahkemesi Üyeliği”, http://www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc, (Erişim tarihi: 01.07.2011).

BERBEROĞLU, Berch. **Klasik ve Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş Eleştirel Bir Perspektif**, Çev: Can Cemgil, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

BERİŞ, H. Emrah. “Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme”, **A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 63, Sayı:1, 2008, ss.55-80.

BIX, H. Brian. “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çev: Ertuğrul Uzun, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:2, 2004, ss.291-343.

BJORNBERG, Kjell ve Paul Richmond. **Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi**, Avrupa Birliği Komisyonu İstişari Ziyaret Raporu 11-19 Temmuz 2004, Çev: Ömer Serdar Atabey vd., Ankara Barosu Yayınları, 2004.

BODIN, Jean. “Devlet Üstüne Altı Kitap’tan Seçme Parçalar”, Çev: M. Tunçay, **Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ**, Der: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969.

BRAUD, Philippe. “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, Çev:Gülçin Balamir Coşkun, **İçinde: Devlet Kuramı**, Der: Cemal Bali Akal, 2.b., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, ss.359-376.

BURNS, Edward McNall. **Çağdaş Siyasal Düşünceler 1850-1950**, Çev: Alâeddin Şenel, 2.b., Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1984.

CALLINICOS, Alex. **Toplum Kuramı Tarihsel Bir Bakış**, Çev: Yasemin Tezgiden, 4.b., İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.

CAN, Nevzat. “Çağdaş Siyaset Felsefesinde Adalet Kavramının Yeri ve Önemi”, **Felsefe Dünyası**, Sayı:45, 2007/1, ss.1-13.

CAN, Yücel. “Toplumsal Yapı ve Değişme Kuramlarını Paradigma Temelli Bir Sınıflandırma Denemesi”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:29, No:1, Mayıs 2005, ss.1-11.

CANIKLIOĞLU, Meltem Dikmen. **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

CANIKLIOĞLU, Meltem Dikmen. “Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:10, Sayı:1, İzmir, 2008, (Yargı), ss.9-58.

CANIKLIOĞLU, Meltem Dikmen. “Seçim Sistemlerinin Siyasi İstikrarın Sağlanmasındaki Rolü”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 16, 1999, ss.17-44.

CASSIRER, Ernst. **Devlet Efsanesi**, Çev: Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984.

CENTEL, Nur. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

CLASTRES, Pierre. **Devlete Karşı Toplum**, Çev: Mehmet Sert, Nedim Demirtaş, 2.b., Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2006.

COŞKUN, Vahap. **Yargının Çıkmazı: Devlet Mi, Adalet Mi?**, SETA Analiz, Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayını, Sayı:19, Nisan 2010.

ÇAĞIL, Orhan Münir. **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1971.

ÇAĞLAR, Bakır. **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.

ÇAĞLAR, Bakır. “Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:8, 1991, ss.13-62.

ÇEÇEN, Anıl. **Adalet Kavramı**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.

ÇEÇEN, Anıl. “Hukukta Norm ve Adalet”, **AÜHF Dergisi**, Cilt:32, Sayı:1-4, 1975, ss.71-115.

ÇELİK, Abdullah ve Vahap Uluç. “Batı Demokrasisinde Meşruiyet Sorunu”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:3, Sayı:8, 2004, ss.52-65, <http://www.e-sosder.com/dergi/805CelikAbdr.doc> (Erişim tarihi:13.06.2011).

ÇETİN, Halis. “İnsan ve Siyaset: ‘Siyasal İnsan’ın Yol Hikayesi”, **Felsefe Dünyası**, Sayı:38, Yıl:2003/2, ss.72-92.

ÇETİN, Halis. “Demokratik Meşruiyet Versus Karizmatik Meşruiyet”, **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:27, No:1, Mayıs 2003, ss.91-108.

ÇETİN, Halis. “Liberalizmin Tarihsel Kökenleri”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, 2002, ss.79-96.

ÇETİN, Halis. “Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:3, Sayı:2, 2002, ss.1-16.

ÇINAR, Ali Rıza. “Erkler Ayrılığı İlkesi Açısından Yargı Bağımsızlığı ile Yargıçlık ve Savcılık Güvencesi”, **Suç ve Ceza**, Sayı:1, Mart 2008.

ÇIRAKMAN, Elif. “Levinas’da Öteki ve Adalet: Eleştirel Bir Not”, **Doğu Batı**, Yıl:4, Sayı:13, 2005.

ÇİĞDEM, Ahmet. **Toplum: Kavram ve Gerçeklik**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006.

DEDEOĞLU, Emin ve Emre Demir. “Yolsuzlukla Mücadele ve Sivil Toplum İlişkisi”, **TEPAV Politika Notu**, TEPAV Yayınları, Ocak 2011.

DEENER, David. “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, Çev: Tunçer Karamustafaoğlu, **AÜHF Dergisi**, Cilt:26, Sayı:3-4, 1969, ss.179-205.

DEMİRKOL, Ferman. **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991.

DEMİRKOL, Ferman. **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

DOEHRING, Karl. **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çev: Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002.

DUGUIT, Leon. **Kamu Hukuku Dersleri**, Çev: Süheyp Derbil, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

DUGUIT, Leon. “Egemenlik ve Özgürlük”, **içinde: Devlet Kuramı**, Çev: Didem Köse, Sedef Koç, Der: Cemal Bali Akal, 2.b., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, ss.379-400.

DURAL, Halil. **Bize Derler Çakırca 19. ve 20. yüzyılda Ege’de Efeler**, Tarih Vakfı Yayınları, 2005.

DURKHEIM, Emile. **İntihar**, Çev: Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul, 2002.

EKİCİ, Ekrem. “Hobbes ve Rousseau: Toplum Sözleşmesi”, **Kaygı Dergisi**, Sayı:6, Yıl:2006, ss.78-89.

ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring - Bay Eugen Dühring Bilimi Altüst Ediyor**, Çev: Kenan Somer, 3.b., Sol Yayınları, Ankara, 1995.

ENGELS, Friedrich. **Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni**, Çev: Kenan Somer, 3.b., Sol Yayınları, Ankara, 1974.

ENGELS, Friedrich. “Hukukçular Sosyalizmi”, **İçinde: Din Üzerine**, Çev: Kenan Somer, 2.b., Sol Yayınları, Ankara, 1995.

ERDOĞAN, Mustafa. **Liberal Toplum Liberal Siyaset**, 2.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 1998.

ERDOĞAN, Mustafa. **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, 4.b., Liberte Yayınları, Ankara, 2003.

ERDOĞAN, Mustafa. **Anayasal Demokrasi**, 5.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.

ERGÜL, Ozan. **Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

EROĞUL, Cem. **Devlet Nedir?**, 3.b., İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

EROĞUL, Cem. “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 20, 2003, ss.196-213.

EROĞUL, Cem. **Anatüzeeye Giriş**, 6.b., İmaj Yayınevi, Ankara, 2000.

EROĞUL, Cem. “İnsanın Var Olma Biçimi Olarak Birey”, <http://marksistarastirmalar.org/pdfs/cemerogultoplumvebirey.pdf> (Erişim Tarihi:04.02.2011), (Birey).

FEYZİOĞLU, Turhan. “Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:II, 1947, ss.50-60.

FEYZİOĞLU, Turhan. **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1951.

GEMALMAZ, Mehmet Semih. **İnsan Hakları Belgeleri Cilt:1**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.

GEMALMAZ, Mehmet Semih. **İnsan Hakları Belgeleri Cilt:IV**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004.

GEMALMAZ, Mehmet Semih. **İnsan Hakları Belgeleri Cilt:VI**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004.

GERMEÇ, Mahir Ersin. “Ülkemizde Yargı Bağımsız mı? Yargıçlar Güvenceli mi?”, **Bursa Barosu Dergisi**, Yıl:30, Sayı:80, 2006, ss.65-68.

GÖNENÇ, Levent. “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, **AÜHFD**, Cilt:50, Sayı:1, 2001, ss.131-152.

GÖNENÇ, Levent. **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Tepav Anayasa Çalışma Metinleri-3, Tepav Yayınları, 2011.

GÖNENÇ, Levent. **Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı**, Anayasa Çalışma Metinleri-2, TEPAV Yayınları, 2010.

GÖREN, Zafer. **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1999.

GÖZLER, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.

GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008.

GÖZLER, Kemal. “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:61, Sayı:3, Temmuz-Eylül 2006, ss.131-166.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Anayasa Hukuku**, 9.b., Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

GÜL, Fikri. “Jean-Jacques Rousseau’nun Egemenlik Anlayışı”, **Felsefe Dünyası**, Sayı:37, Yıl:2003/1, ss.179-191.

GÜLSOY, Mehmet Tevfik. **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

GÜLSOY, Mehmet Tevfik. “Milletin Temsili”, **KhukA**, Eylül 2006, ss.71-86.

GÜNDOĞAN, Ali Osman. “Hak ve Adalet”, <http://www.aliosmangundogan.com/PDF/Bildiri/Ali-Osman-Gundogan-Hak-ve-Adalet.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.05.2011).

GÜRBÜZ, Ahmet. **Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)**, 2.b., Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

GÜRİZ, Adnan. “Adalet Kavramının Belirsizliği”, **İçinde: Adalet Kavramı**, Der:Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001.

GÜRİZ, Adnan. **Hukuk Felsefesi**, 6.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.

GÜRİZ, Adnan. **Hukuk Başlangıcı**, 8.b., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001.

GÜRKAN, Ülker. **Hukuki Realizm Akımı**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1967.

GÜRKAN, Ülker. “Sosyal Adalet”, **İçinde: Adalet Kavramı**, Der: Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001.

GÜVELOĞLU, Nazım. “‘Birey ve Toplum’ İkiliğine Karşı Tarihsel Materyalizmin Nesnesi Olarak Toplumsal İlişkiler”, **Praksis**, Sayı:1 Kış, 2001, ss.171-182.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki. **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki. “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:24, 2007, ss.525-568.

HAMILTON, Alexander. “Yürütme Uzu, Yürütme Uzunun Genel Mahiyeti”, **İçinde: Anayasa Üzerine Düşünceler-Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler**, Çev: Mümtaz Soysal, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, İstanbul, 1962.

HANÇERLİOĞLU, Orhan. **Düşünce Tarihi**, 12.b., Remzi Kitabevi, İstanbul, 2006.

HAYEK, Friedrich A. **Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük**, Cilt 2, Çev.: Mustafa. Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**, Çev: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993.

HÜNLER, Solmaz Zelyut. **Adalet**, Felsefe Ansiklopedisi, Der: Ahmet Cevizci, Etik Yayınları, İstanbul, 2003.

İŞIKTAÇ, Yasemin. “Örf ve Adet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırt Edici Özellikleri”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı:27, Ekim 1992, ss.435-437.

İBA, Şeref. **Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar**, 2.b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2.b., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005.

İPEK, Aydın. “Ulus Egemenliği ve Halk Egemenliği Karşılaştırması ve Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:20, Nisan 2008, ss.211-236.

JEFFORSON, Thomas. “Federal Cumhuriyet”; **İçinde: Anayasa Üzerine Düşünceler- Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler**, Çev: Mümtaz Soysal, TSİD Yayınları, İstanbul, 1962.

KABOĞLU, İbrahim Özden. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 3.b., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

KABOĞLU, İbrahim Özden. **Anayasa Yargısı**, 2.b., İmge Kitabevi, Ankara, 1997.

KANADOĞLU, Osman Korkut. “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:25, 2008, ss.61-89.

KAPANİ, Münci. **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, AÜHF Yayınları, No:93, Ankara, 1956.

KAPANİ, Münci. **Politika Bilimine Giriş**, 6.b., Bilgi Yayınevi, Ankara, 1992.

KAPANİ, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, 7.b., Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KARAGÖZ, Yıldız. “Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:26, Aralık 2002, ss.267-295.

KARAGÖZ, Yıldız. KARAGÖZ, Yıldız. “Robert Nozick’in Siyaset Felsefesinde Adalet ve Devlet”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

KARAHANOGULLARI, Onur. “Marksizm ve Hukuk”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:57, Sayı:2, Ankara, 2002, ss.61-92.

KARAHANOGULLARI, Onur. “Hukuk Devleti”, **İçinde: Kavram Sözlüğü (Söylem ve Gerçek) Cilt:2**, Der: Fikret Başkaya, Özgür Üniversite Kitaplığı:59, Maki Basım Yayın, Ankara, 2006, ss.201-233.

KARATEPE, Şükrü. **İdare Hukuku**, Üniversite Kitabevi, İzmir, 1993.

KESER, Hayri. “Demokrasi ve Hukuk Devleti İlkesi Arasındaki Etkileşim”, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi2.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.07.2011).

KESKİN, Ferda. “Hep Güncel Bir Sorun Olarak Adalet”, **İçinde: Adalet Söyleşileri**, Der: Kevser Güler, Gamze Hızlı, Anadolu Kültür Yayınları, İstanbul, 2007, ss.5-7.

KILINÇ, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:25, Ankara, 2008, ss.19-59.

KİLİM, Esra Ergüzeloğlu. “Türkiye’de Adalet Yönetimi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

KOÇAK, Mustafa. **Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

KONGAR, Emre. **Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1985.

KUÇURADI, Ioanna. “İnsan Haklarına Dayalı Anayasa veya Devlet Kavramı”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:8, 1991, ss.131-140.

KUNTER, Nurullah ve Feridun Yenisey. **Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.b., Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

KURT, Senem. “Hayek’in Özgürlük ve Adalet Teorisi”, **ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:2, Sayı:3, 2006, ss.199-213.

KURU, Baki. **Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, AÜHF Yayınları, No:214, Ankara, 1966.

KUTLU, Mustafa. **Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

LARRAIN, Jorge. **Tarihsel Materyalizmi Yeniden Yapılandırmak**, Çev: S. Çeviker, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998.

LIPSON, Leslie. **Siyasetin Temel Sorunları Siyaset Bilimine Giriş**, Çev: Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.

LOCKE, John. “Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme’den Seçme Parçalar”, Çev: M. Tunçay, **Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ**, Der: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969.

MACHIAVELLI, Niccolo. **Prens**, Çev: Nazım Gönenç, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1994.

MAHÇUPYAN, Etyen. “Tarafsızlık Mitosu”, **Taraf**, 28.11.2008.

MARX, Karl F. ve Friedrich Engels. **Alman İdeolojisi**, Çev: Sevim Belli, 3.b., Sol Yayınları, Ankara, 1992.

MARX, Karl F. ve Friedrich Engels. **Komünist Parti Manifestosu**, Çev: Yılmaz Onay, 4.b, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2007.

MARX, Karl. **Louis Bonaparte’ın 18 Brumaire’i**, Çev: Sevim Belli, 2.b., Sol Yayınları, Ankara, 1990.

MAYO, Henry. **Demokratik Teoriye Giriş**, Çev: Emre Kongar, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara, 1964.

MUMCU, Ahmet. “Günümüzdeki Türk Hukuk Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri”, **İçinde: Adalet Kavramı Bildirileri**, Der:Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001.

OKANDAN, Recai Galip. **Umumi Amme Hukuku**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1968.

ÖKTEM, Niyazi. “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, **İÜHF**, Cilt:43, Sayı:1-4, İstanbul, 1977, ss.271-299.

ORAN, Baskın. “Sahi, Esas Sorun Nerede?”, **Radikal İki**, 02.12.2007.

ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 8.b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÖZBUDUN, Ergun. “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **İçinde: Demokrasi ve Yargı**, Ed.:Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

ÖZBUDUN, Ergun. “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt 62, Sayı:3, 2007, ss.257-268.

ÖZCAN, Mehmet Tevfik. **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 3.b., Kavim Yayıncılık, İstanbul, 2007.

ÖZCAN, Mehmet Tevfik. **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

ÖZDEN, Yekta Güngör. “İnsan Hakları Hukuk Devleti ve Savunma”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:3, 1984.

ÖZEK, Çetin. “Yargının İdari Denetimi”, **İÜHF**, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e armağan, Cilt:45, Sayı:1-4, ss.915-980.

ÖZEV, M. Hilmi. “Meşruiyet Kavramının Dönüşümü”, **Bilim ve Sanat Vakfı Bülteni**, Sayı:57, Yıl:14, Ocak-Nisan 2005, ss.87-96, http://www.bisav.org.tr/userfiles/yayinlar/bsv_bulten57.pdf (Erişim Tarihi: 05.04.2011).

ÖZKÖK, Gülriz. “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **AÜHFD**, Sayı:2, Cilt:51, Ankara, 2002, ss.1-18.

ÖZLEM, Doğan. “Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek”, **Doğu Batı**, Sayı:13, 2000-1.

ÖZTÜRK, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

ÖZTÜRK, Bahri. “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:12, İzmir, 1995.

ÖZTÜRK, Armağan. “Çağdaş Liberal Siyaset Felsefesinde Adalet Sorunu: Rawls, Hayek, Nozick Örneği”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2007.

PEKCANITEZ, Hakan. **Medeni Usul Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

POLITZER, Georges. **Felsefenin Temel İlkeleri**, Çev: Muzaffer Erdost, 13.b., Sol Yayınları, Ankara, 1998.

POSTACIOĞLU, İlhan. **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.b., İÜHF Yayınları, İstanbul, 1975.

ROUSSILLON, Henry. “Fransız Anayasa Konseyi: Tehlikeler Dönemi”, **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı 9-13 Ocak 2001**, TBB Yayını, Ankara, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **İnsanlararası Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma**, Çev: Rasih Nuri İleri, 8.b., Say Yayınları, İstanbul, 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Toplum Sözleşmesi**, Çev: Vedat Günyol, 8.b., Adam Yayınları, İstanbul, 2001.

ROUSSELET, Marcel. **Adalet Tarihi**, Çev: Adnan Cemgil, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1963.

RÜTHERS, Professor Dr. Dres. H.c.Bernd. “20’inci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt”, Çev: Hüseyin Özcan, Muaz Şeker, **KhukA**, Eylül 2006, ss.135-145.

SABUNCU, Yavuz. **Anayasaya Giriş**, 11.b., İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.

SANCAR, Mithat. “Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen”, **Anayasa Yargısı**, AYM Yayını, Cilt:20, Ankara, 2003, ss.158-169.

SANCAR, Mithat. “Modern Adalet Kavramının Gelişimi”, **İçinde: Adalet Söyleşileri**, Der: Kevser Güler, Gamze Hızlı, Anadolu Kültür Yayınları, İstanbul, 2007, ss.9-21.

SANCAR, Mithat. **Devlet Aklı Kısılcacında Hukuk Devleti**, 3.b., İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

SANCAR, Mithat. “Ağır Adaletsizlik Halleri”, **Evrensel**, 07.09.2003.

SANCAR, Mithat ve Eylem Ümit Atılğan. “**Adalet Biraz Es Geçiliyor...’: Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar**”, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009.

SARTORİ, Giovanni. **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1996.

SAVCI, Bahri. “Bir Çağcıl Demokrasiyi Arayış”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:29, Sayı:3, Ankara, 1974.

SCHMITT, Carl. **Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev: Emre Zeybekoğlu, 2.b., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.

SELÇUK, Sami. “Hukukun Her Kesime Yönelik Söylemi: Esenliğin için Yargı Bağımsızlığı Değerine Sahip Çık”, **Star Gazetesi**, 19 Şubat 2009.

SEROZAN, Rona. **Marx/Engels Devlet ve Hukuk Üzerine**, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul, 2010.

SIEYES, Emmanuel Joseph. **Üçüncü Sınıf Nedir?**, Çev: İsmet Birkan, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.

SOLOMON, Robert C. **Adalet Tutkusu**, Çev: Ertuğ Altınay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.

SSCB Ekonomi Enstitüsü Bilimler Akademisi, **Politik Ekonomi Ders Kitabı Cilt I**, Çev: İsmail Yarkın, 2.b., İnter Yayınları, İstanbul, 1996.

ŞAHİN, Kemal. “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı: Tartışmalar ve Sorunlar”, Haz: Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Sayı:16, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

ŞAHİN, Kemal. “Hizayaaaaa geeelllll!”, **Radikal İki**, 6 Ağustos 2006.

ŞENEL, Alâeddin. **İlkel Topluluktan Uygur Topluma**, 2.b., Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1985

TANİLLİ, Server. **Yüzyılların Gerçeği ve Mirası İnsanlık Tarihine Giriş** Cilt I, 5.b., Cem Yayınevi, İstanbul, 1994.

TANÖR, Bülent. **Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1990.

TANÖR, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7.b., Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

TANRIKULU, Taha. “Robert Nozick’in Devlet ve Adalet Teorisi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

TARHAN, Gülce. “Rousseau ve Sieyes’de Egemenlik Kuramı”, **ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, Sayı:2/4, Nisan 2009, <http://www.ethosfelsefe.com/ethosdiyaloglar/mydocs/GULCE-B.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.05.2011).

T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı 9. Kalkınma Raporu (2007-2013), **Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, DPT Yayını, Ankara, 2007.

TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, 9.b., Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

TOPAKKAYA, Arslan. “Adalet Kavramı Bağlamında Aristoteles-Platon Karşılaştırması”, **FLSF SDÜ Felsefe Bölümü Dergisi**, Sayı:6, Güz 2008, ss.27-49.

TOPAKKAYA, Arslan. “Aristoteles’te Adalet Kavramı”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt:II/6, Şubat 2009, ss.628-633.

TOPAKKAYA, Arslan. “Sosyal Adalet Kavramı Sadece Bir İdeal Midir?”, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi21.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.04.2011).

TOPÇUOĞLU, Hamide. **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk) Cilt 1**, 3.b., AÜHF Yayınları, İstanbul, 1969.

TOSUN, Öztekin. **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt:I**, 4.b., İÜHF Yayınları, İstanbul, 1984.

TUNCER, Erol. “Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 23, 2006, ss.167-182.

TURHAN, Mehmet. “Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:50, Sayı:1, 1970, ss.401-413.

TURHAN, Mehmet. “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, **İçinde: Anayasa Yargısı İncelemeleri-1**, Ed.: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006.

TÜRE, Fatih. “Egemenlik, Temsili Demokrasi ve Ulus-Devlet”, **Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar**, Yıl:45, Sayı:518, Nisan 2008, ss.11-13.

TÜRKÖZER, Bahir Güneş. “Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:62, Ocak-Şubat 2006, ss.84-199.

TÜRKÖZER, Bahir Güneş. “Sosyolojik Hukuk Düşüncesinin Oluşumu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:1, Sayı:3, Kasım 2006, ss.69-79.

TÜRMEN, Rıza. “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, **Milliyet**, 10.09.2009.

ÜNAL, Şeref. **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Basım Evi, Ankara, 1994.

ÜSKÜL, Zafer. “Yeni Bir Demokrasi Arayışı: Yerel Demokrasi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:10, 1993, ss.333-344.

ÜSTÜNDAĞ, Saim. “Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 48, Sayı: 4-8, 1977.

VERGİN, Nur. **Siyasetin Sosyolojisi Kavramlar Tanımlar Yaklaşımlar**, 6.b., Doğan Kitap, İstanbul, 2008.

WHEARE, K.C. **Modern Anayasalar**, Çev: Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984.

YAZICI, Serap. “Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yetki ve Ayrıcalıkları: Sivillesmeye Yönelik Anayasal ve Yasal Reformlar”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:1, Sayı:4, Ekim-Aralık 2004.

YILMAZ, Ejder. “Aksak Adaletten İşleyen Adalet”, **Yeni Türkiye Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı**, Sayı:10, Temmuz-Ağustos 1996.

YILMAZ, Muzaffer Ercan. “Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı:21-22, Eylül 2006, ss.96-104.

YOLCU, Serkan. “Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu”, SDÜ Uluslararası Davraz Kongresine Sunulan Bildiri, 2009, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi5.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.03.2011).

YURTCAN, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**, 9.b., Alfa Basım Yayın, İstanbul, 2002.

ZABUNOĞLU, Yahya K. Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi", **Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı II**, Sayı:22, Temmuz-Ağustos 1998, ss.936-944.