

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2018
ISSN 1302-4868

Hacettepe Law Review



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

YAYININ ADI	HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YIL	2018 CİLT (8) SAYI (1) AY HAZİRAN
YAYIN SAHİBİNİN ADI	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına Prof. Dr. A. Haluk ÖZEN
SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ	Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
YAYIN İDARE MERKEZİ	Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü Hukuk Fakültesi 06800 / ANKARA
YAYIN İDARE MERKEZİ TEL.	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAKS	+90 (312) 297 62 93
İNTERNET ADRESİ	http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr
E-POSTA	hukukdergi@hacettepe.edu.tr
YAYIN DİLİ	Türkçe ve yabancı diller
YAYIN TÜRÜ	Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM, EBSCO ve HEINONLINE Hukuk Veri Tabanları tarafından taranan hakemli bir dergidir. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel ve süreli bir yayındır. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda yayımlanır.
YAYINLANMA BİÇİMİ	19 EKİM 2018
YAYIM TARİHİ	1302-4868 (Online)
ISSN	2146-1708 (Geçmiş basılı sayılar)

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yahut bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 Sayılı Yasa'nın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara ait olup, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, dergi editörünü, yayın kurulunu veya danışma kurulunu bağlayıcı etkiye sahip değildir.

NAME OF PUBLICATION	HACETTEPE LAW REVIEW
YEAR	2018 VOLUME 8 NUMBER 1 MONTH JUNE
PUBLISHER	On behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship Prof. Dr. A. Haluk ÖZEN
RESPONSIBLE MANAGER	Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
ADDRESS	Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü Hukuk Fakültesi 06800 / ANKARA
PHONE	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAX	+90 (312) 297 62 93
URL	http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr
E-MAIL	hukukdergi@hacettepe.edu.tr
LANGUAGE	Turkish and foreign languages
TYPE OF PUBLICATION	Hacettepe Law Review is a peer-reviewed journal indexed by ULAKBİM, EBSCO and HEINONLINE Law Databases. Hacettepe Law Review is a local periodical journal.
DATE OF PUBLICATION	19 OCTOBER 2018
FORM OF PUBLICATION	Published online, twice a year in June and December
ISSN	1302-4868 (Online) 2146-1708 (Previous printed issues)

Hacettepe Law Review

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not to be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Editör / Editors

Dr. Onur Can SAATCIOĞLU

Editör Yardımcısı / Editorial Assistant

Arş. Gör. Aydın KAYA

Yayın Kurulu/ Editorial Board

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

Doç. Dr. Sedat ÇAL

Dr. Onur Can SAATCIOĞLU

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu/ Board of Advisors

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Prof. Dr. Rauf KARASU

Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

Doç. Dr. Öykü Didem AYDIN

Doç. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU

Doç. Dr. Müjde KURT

Doç. Dr. Sedat ÇAL

Doç. Dr. Gökhan ERBAŞ

Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN

Doç. Dr. Önder TOZMAN

Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK

Doç. Dr. İştah CENGİZ

Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul AKÇAOĞLU

Dr. Öğr. Üyesi Şefik Taylan AKMAN

Dr. Öğr. Üyesi Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR

Dr. Öğr. Üyesi Levent BÖRÜ

Dr. Öğr. Üyesi Bahadır Bumin ÖZARSLAN

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR

Dr. Öğr. Üyesi Elif Cemre HAZIROĞLU

Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER

Dr. Öğr. Üyesi Muammer KETİZMEN

Dr. Öğr. Üyesi Erdem İlker MUTLU

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İçindekiler / Contents

Makaleler / Articles

Hakemli Makaleler / Peer Reviewed Articles

- Ronald Dworkin'in İlkeler Yöntemiyle Bir Mahkeme Kararını Yeniden Yazmak:
Herkül Olmayı Denemek (AİHM'de Osman Murat Ülke ve Türkiye Davası)5
***An Effort To Rewrite A Court Decision By Principles of Ronald Dworkin;
Trying To Be A Hercules (Osman Murat Ülke vs. Turkey Case At ECHR)***
Sezal ÇINAR ÖZKAN
- Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu27
***Perspective Of Turkish Judicial Constitutional Review On The Adultery
Offence Of Male Gender***
İhsan BAŞTÜRK
- Üretken Sermayenin Yeniden Üretilmesinin İdeolojik Aygıtı Olarak Hukuk47
Law As The Ideological Apparatus of Reproduction of Productive Capital
Ezgi Nur TÜRKOĞLU KARACAOVA
- Devrimin Çocuklarını Yargılamak: Jakobenler.....57
Judging Children of The Revolution: The Jacobins
Aynur DEMİRLİ
- Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü.....69
As A Golden Mean Formula: The Radbruch Formula
Arzu BALAN

Ronald Dworkin'in İlkeler Yöntemiyle Bir Mahkeme Kararını Yeniden Yazmak: Herkül Olmayı Denemek (AİHM'de Osman Murat Ülke ve Türkiye Davası)

Hakemli Makale

Sezal ÇINAR ÖZKAN¹

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	2
I- VİCDANİ RET HAKKI	4
II- ULUSLARARASI ALANDA VİCDANİ RET HAKKI	6
III- RONALD DWORKİN VE İLKELER MODELİ	7
IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ OSMAN MURAT ÜLKE VE TÜRKİYE KARARI	10
A- Olayların Gelişimi Davanın Özeti Ve Tarafların İddiaları.	10
B- Karar Sonucu ve Ara Değerlendirme	13
V- DAVALI DEVLETİN HUKUKUNUN DAYANDIĞI AHLAKİ TEORİ.	16
A- Kararın Verildiği Tarihteki İç Hukuk Kurallarının Tespiti	16
B- Ahlaki Teorinin Tespiti	20
VI- DAVALI DEVLETE AİT POZİTİF MEVZUATIN DEĞERLENDİRİLMESİ	25
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	29
K A Y N A K Ç A	31

¹ **Sorumlu Yazar:** Sezal Çınar Özkan, Dr., Danıştay 12. Dairesi Tetkik Hakimi. **e-mail:** sezalcinar@hotmail.com
Geliş Tarihi: 13.06.2017 ; Kabul Tarihi: 27.03.2018

Z

Vicdani ret hakkı savaş karşıtlığında temellenen ve temel hak ve özgürlüklere göz attığımızda birden fazla hak statüsü ile ilişkisinin kurulabilmesi mümkün bir bireysel haktır. Ancak vicdani ret hakkı pozitif düzenlemelerce korunan bir hak değildir. Bu çalışmanın amacı Ronald Dworkin'in "Yargıç Herkül" rolüne bürünerek, AİHM'nde görülmüş olan vicdani ret hakkına konu Osman Murat lke davasının nasıl karara bağlanabileceğini görmektir.

Anahtar Kelimeler: Ronald Dworkin, hak, ilke, adalet, vicdani ret

ABSTRACT

**An Effort To Rewrite A Court Decision By Principles of Ronald Dworkin;
Trying To Be A Hercules
(Osman Murat lke vs. Turkey Case At ECHR)**

The right to conscientious objection is a right based on anti-war idea. If we look at the spectrum of fundamental rights and freedoms, it is an individual right that can be related to more than one category of rights. But, the right to conscientious objection is not a right protected by the positive regulations. The aim of this study is to see how the Osman Murat lke case, which is the subject of conscientious objection at the ECHR, can be dealt with through the figure of the "Hercules judge" of Ronald Dworkin.

Key Words: Ronald Dworkin, right, principle, justice, conscientious objection

GİRİŞ

Thomas C. Grey, “Yazılı Olmayan Bir Anayasaya mı Sahibiz?” başlıklı makalesinde, yargıçların yasaların anayasal denetiminde bu yasaların yazılı anayasadan kaynaklanan normlarla çelişip çelişmediğini sorgulamakla sınırlı bir denetim yapmasının yeterli olup olmadığını, anayasada bulunmayan özgürlük ve adalet ilkelerini de bu uygunluk denetiminde kullanabilip kullanamayacaklarını sorgulayarak, anayasalar hakkında belki de en önemli sorunun bu olduğuna dikkat çeker.¹

Anayasanın ya da pozitif düzenlemenin açıkça adalete aykırı olması halinde Ronald Dworkin’in mahkemelerin sorunu nasıl çözebilecekleri konusunda bir önerisi vardır.²

Dworkin’e göre eğer bir devlet hakları ciddiye almıyorsa o zaman hukuku da ciddiye almıyor demektir. Bu bağlamda karşımıza çıkacak temel kavramlar insanlık onuru ve siyasal eşitlik kavramlarıdır. Eğer bir hak, kişinin onurunu korumak ve eşit ilgi ve saygı görmesi veya benzer sonuçları olan diğer bazı kişisel değerler için gerekliyse, kişinin devlete karşı güçlü bir hakka sahip olduğu açıktır.³

Vicdani ret hakkı, tam da Dworkin’in önerisinde olduğu gibi adaletle ilişkisi bakımından felsefi olarak temellendirilebilmesi açıkça mümkün, ancak ülkemizde pozitif düzenlemelerde yer bulmayan bir haktır. Anayasamızda açıkça tanınmış bir hak olmadığı gibi, aksine Askerlik Kanunu, Türk Ceza Kanununda yer alan düzenlemelerle bu hakkı kullanmak isteyen kişiler cezalandırılmaktadır.⁴ Ayrıca, Anayasanın 90. maddesi ve son fıkrası ile iç hukukun bir parçası haline gelen AİHS ile de açıkça tanınan bir hak değildir. Yalnızca AİHM içtihat yoluyla çeşitli kararlarında bu hakkı tanımıştır.⁵ AİHM, vicdani ret hakkını AİHS 9. maddede düzenlenen inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirmekte ve böylece ona dolaylı bir koruma sağlamaktadır.⁶

Bu sebeple bu çalışmada, pozitif hukuk yoluyla korunması mümkün olmayan ama haklar arasında yer aldığı kuşkusuz olan vicdani ret hakkını korumak için Dworkin’in metodunu uygulayarak ve yargıç Herkül olmayı deneyerek AİHM’de görülmüş olan Osman Murat Ülke davasının nasıl karara bağlanabileceğini inceleyeceğiz.

I- VİCDANİ RET HAKKI

Vicdani ret, “az ya da çok doğrudan hukuki bir hüküm veya idari emir ile uyumsuzluk” halinde olmak, “pozitif hukukun öngördüğü bir zorunluluğa veya izin vermediği bir uygulamaya, inançlar, ahlaki ya da politik değerler nedeniyle karşı çıkmak olarak tanımlanabilir.⁷

1 GREY, Thomas C., **Do We Have An Unwritten Constitution?**, Stanford Law Review, 1974-1975, 27, s. 703.

2 ÜRKBAĞ, Ali Ulvi, **Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları**, Anayasa Yargısı, 2011, Cilt 28, s.79.

3 DEMİRDAL, M. Balkan, **Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s.813.

4 Bkz. TCK 318. madde, Askeri CK.63. ve 87. maddeler.

5 ESMER, Barış, **Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret**, Propoganda Yayınları, 2012, s.56, 59.

6 DEMİR, Hande Seher, **Vicdani Ret Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.245.

7 ESMER, **2012**, s.22.

Vicdani ret hakkı savaş karşıtlığında temellenen ve temel hak ve özgürlüklere göz attığımızda birden fazla hak statüsü ile ilişkisinin kurulabilmesi mümkün bir bireysel hakktır.

Bunların ilki; din ve vicdan özgürlüğüdür. Düzenleme bulduğu pozitif hukuklarda genellikle en yalın haliyle dini inançlar veya ahlaki/vicdani kanaatler nedeniyle savaşa katılmayı ve zorunlu askerlik hizmetini reddetme hakkı olarak tanımlanır.⁸ Din, vicdan ya da ahlaki kanaatine göre savaşı ve öldürmeyi reddetmek beraberinde başka bir hakkı daha getirir; öldürmeme hakkı. Öldürmeme hakkı, tüm dinlerde ortak düzenleme bulunduğu kadar evrensel ahlaka dayanan, tabi hukuk düşüncesinden, sosyal sözleşme teorisine kadar her türlü felsefi temelde savunulabilen bir hakktır.⁹

Bu anlamda UAÖ (Uluslararası Af Örgütü) vicdani retçiyi şöyle tanımlamaktadır: "Vicdani ya da geçerli bağlılığından dolayı silahlı kuvvetlerde görev almayı ya da savaşlarda veya silahlı çatışmalarda doğrudan ya da dolaylı görev yapmayı reddeden kişi. Bu, bütün savaşlara katılmayı reddetmese bile, bir savaşın amaçları ya da yürütülme biçimine katılmadığı için reddetmesini de içerir. UAÖ, vicdani retçileri düşünce mahkumu olarak kabul eder."¹⁰

Vicdani ret hakkının ilişkisinin kurulabildiği bir diğer hak ifade özgürlüğüdür. Buna göre vicdani ret açıklamaları inancını yayma özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. İnancını yayma ve öğretme faaliyetini gerçekleştiren kaynak ve bu faaliyete maruz kalan hedef olmak üzere ifade özgürlüğü iki yüze sahiptir. İnancını yayma ve öğretme özgürlüğü vicdan özgürlüğüyle bağlantılı olarak değiştirebilme özgürlüğünün doğal uzantısıdır.¹¹

Vicdani ret hakkının felsefi temeli aynı zamanda anti-militarizm, savaş karşıtlığı ve evrensel barış düşüncesidir. Bu sebeple vicdani ret hakkı barış hakkıyla¹² ilişkili olarak değerlendirilmelidir. Savaşa karşı çıkma, öncelikle bir insanlık suçu olarak savaşa karşı çıkma, savaş lehine propagandalara karşı mücadele, savaş suçlarına, insanlığa ve barışa karşı suçlara muhalefet olarak tanımlanabilir. Savaşa ve zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkı da barış hakkının bu boyutu içerisinde değerlendirilmelidir.¹³

Savaşın en temel insan hakkı olan yaşama hakkının ihlali olduğundan hareket edildiğinde vicdani ret hakkının yaşam hakkı ile de sıkıca ilişki içinde olduğu görülür. Barış düşüncesine yaslanan vicdani ret hakkı, bu bağlamda, her bireyin yaşamını sadece güvenlik içerisinde sürdürme hakkıyla aynı anlama gelmektedir.

II- ULUSLARARASI ALANDA VİCDANİ RET HAKKI

Savaşa karşı olan barış hakkına, öldürmeme hakkına ve yaşam hakkına yaslanan

8 Ibid, s.25.

9 ESMER, 2012, s.26-28.

10 Ibid, s.62.

11 DEMİR, 2011, s.254-255.

12 KABOĞLU, İbrahim, **Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi?, İnsan Hakları mı?)**, İnsan Hakları Yıllığı, 1988-1989, Cilt 10-11, s.45-46.

13 ESMER, 2012, s.40. Daha geniş bilgi için bkz. TURANLI YÜCEL, Kıvılcım, **Barış Hakkı ve Hayata Geçirilmesi**, Oniki Levha Yayınları, 2012.

vicdani ret hakkı uluslararası insan hakları belgelerinde koruma bulan haklardan biri değildir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 1993 tarihli ve 22 sayılı genel yorumunda, ikiz sözleşmelerden Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin 18. maddesini yorumlayarak, sözleşme açık olarak bu hakka bir atıfta bulunmamasına karşın, zorunlu askerlik hizmetinin ve ölümcül güç kullanımının 18. maddede yer alan din ve vicdan özgürlüğü hakkı ile çeliştiğini ifade etmekte, Birleşmiş Milletler üyesi ülkeleri bu hakkın hangi çerçevede tanındığı ve uygulamanın koşullarının neler olduğu konusunda komiteye rapor vermeleri çağırısında bulunmaktadır.¹⁴

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından ise, 1998/77 sayılı kararda, savaşa karşı vicdani ret hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddelerinde belirtilen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün meşru bir kullanımı olduğu belirterek üye ülkelere bu hakkın tanınması tavsiyesinde bulunulmakta, bu tavsiye komisyonun ileriki tarihlerdeki farklı kararlarında da yinelenmektedir.¹⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde vicdani ret hakkı tanınmamakta, sözleşmenin zorla çalıştırma yasağına ilişkin 4. maddesinde bu hakkı tanıyan ülkelerde uygulanan askerlik hizmetine alternatif zorunlu sivil hizmet, zorla çalıştırma yasağının istisnalarından biri olarak kabul edilmektedir.¹⁶

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi, vicdani ret hakkının bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar çerçevesinde tanındığı ifadesini içermektedir. Bu ifade Avrupa Birliği Anayasası'nda da yer almaktadır.¹⁷

Vicdani ret hakkı BM (Birleşmiş Milletler), AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü), AK (Avrupa Konseyi), AB (Avrupa Birliği) gibi uluslararası örgütler tarafından da benimsenmiş, üyelerine bu yönde yasal düzenlemeler yapmaları ve uygulamalarda da özenli olmaları konusunda sürekli uyarılar yapmaktadırlar. Gelişen süreçte bugün, AB üyesi bütün ülkelerde ve Avrupa Konseyine üye 47 ülkeden de yalnızca Türkiye, Azerbaycan ve Belarus dışında bütün ülkelerde, vicdani ret yasalarda yer almış durumdadır.¹⁸

III- RONALD DWORKİN VE İLKELER MODELİ

Dworkin, adaletin yazılı kuralların dar dünyasına sıkıştırılmayacak bir kavram olduğunu ileri sürer;

"... Hepimiz, mahkeme ne derse hukuk odur sözünü çok iyi biliyoruz. Ama bu iki farklı anlama gelebilir: Birincisi, mahkemelerin hukukun ne olduğunu belirleme konusunda daima haklı oldukları, kararlarının içtihat niteliği

14 ESMER, 2012, s.60.

15 GÖKSU, Rana, **Yargılanan Vicdani Ret**, TBB Dergisi, 2017, Cilt 129, s.40-41.

16 ESMER, 2012, s.55.

17 DEMİR, 2011, s.264. GÖKSU, 2017, s.41.

18 KAFKASLI, Zehra, **Her Şey Vatan İçin (!)**, Güncel Hukuk, Mart 2006/03, s.38-39. DEMİR, 2011, s.268-269.

taşıdığı, yani mahkeme anayasayı belli bir biçimde yorumladıysa bunun gelecekte de zorunlu olarak geçerli yorum olacağı anlamına gelebilir. Ya da basitçe, mahkeme kararlarını en azından pratik nedenlerle tanımamıza rağmen, mahkemelerin tek tek olaylarla ilgili yanılabilirlikleri yolundaki düşüncelerimizi saklı tutmamız gerektiği anlamına gelebilir. Birinci yaklaşım hukukî pozitivizmin yaklaşımıdır. Bana göre yanlıştır ve sonuç olarak da hukuk devleti anlayışını derinden zedeleyecek bir yaklaşımdır.”¹⁹

Dworkin'e göre adalet yalnızca yazılı kurallarla değil hukukun bir parçası olan ilkelere sağlanmalıdır. Çünkü hukuk, kural ve ilkelerden bir bütün olarak oluşur. Dworkin, yargıçlara kuralın eksik olduğu hukuki boşluk durumunda, ilkelere başvurarak adaleti sağlamaları ve kuralın açıkça adalete ve ilkeye aykırı olduğu durumda ise kuralın uygulanmayarak adalet ilkesinin uygulanması önerisinde bulunur. Dworkin bunu Herkül olarak tanımladığı ideal yargıç figürü üzerinden tasarlayarak anlatır.²⁰ Yargıç Herkül, uyuşmazlıklarla alakalı daha genel ve daha soyut düşünme biçimini getirerek uyuşmazlıklarda karar vermektedir. Böylece adaletin ve hakkaniyetin gerekliliklerini yerine getirebilecek, hakların temellerini daha iyi ortaya koyabilecektir. Herkül, insan üstü bilgi ve becerisiyle her somut olayda derinlemesine inceleme ve araştırmayla tek doğru yanıtı bulur ve adaleti sağlar.²¹

Bilindiği üzere pozitivizm bir kurallar modelidir. Dworkin'e göre; adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standartlar ise “ilke”dir. Hukuk, kurallar kadar ilkelerden de oluşmaktadır. Hatta ilkeler kuralların taşımadığı bir ağırlık boyutuna sahiptirler. Kural ilkenin uygulanışını göstermektedir. Kurallarda bir boşluk ortaya çıktığında ilke argümanı aracılığı ile boşluk doldurulabilecektir. Ayrıca daha da fazlası olarak kuralın ilkeye aykırı olduğu geçerli olarak gösterilebilirse, kural geçersiz sayılabilmektedir uygulanmayacaktır. Bu durumda ilkeye uyulacaktır. Çünkü Dworkin'e göre kural politik temelli olabilirken, ilke hak temellidir.²²

Dworkin, “ilke” ve “politika” olarak bir ayrımına daha işaret eder.²³ İlke argümanını hak veren standartlar olarak tanımlamakta, toplumun, ekonomik, siyasi veya sosyal alanlarından birinde genel bir gelişme, erişilecek bir hedef ortaya koyan türden standartlara ise “politika” adını vermektedir.²⁴ Politik argüman ile kolektif amaçlar tespit edilmektedir. Hukukun temeli ise hak temelli olan ilkeler olmalıdır.

Dworkin'e göre Anayasalar, büyük ölçüde politik argümanla oluşturulmuş toplumsal

19 DWORKIN, Ronald, **Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatikliği, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Çev: Yakup Coşar**, Ayrıntı Yayınları, 2001, İstanbul, s. 159.

20 DWORKIN, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak, Çev: Ali Ulvi Türkbağ**, 2007, İstanbul; TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak, Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, 2010, Derin Yayınları, İstanbul, s.112-125.

21 DWORKIN, Ronald, **Justice in Robes**, Harvard University Press, Cambridge, 2006, s. 54 - 55.

22 DWORKIN, 2007, s.46.

23 ÖZKÖK, Gülriz, **Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar**, HFSA, 2002, Sayı 5, İstanbul, s. 105.

ÖZKÖK, Gülriz, **Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine**, A.Ü.H.F.D., 2002, Cilt 51, Sayı 2, s. 9.

24 DWORKIN, 2007, s.46.

sözleşme metinleri olsalar da ilke argümanlarını da ihtiva ederler. İlke argümanları, bireysel bir hakkı saptamak için tasarlanan argümanlar, hakları tanımlayan önermelerdir.²⁵

Dworkin'e göre, politik tercih olarak kural ve ilke çatışması söz konusu olduğunda mahkeme aktivist davranmak zorunda olup, pozitif kural karşısında hak temelli ilkeyi korumalıdır. Bu noktada yargıya düşen en önemli görevin hak ve özgürlükleri korumak olduğu düşünüldüğünde, yargıcın hak ve özgürlükler konusunda taraf olması doğal karşılanmalıdır.²⁶

Ancak Dworkin, bir taraftan da hukuki pozitivizmden ayrılmanın yargıçların keyfi karar verecekleri anlamına gelmeyeceği konusunda uyarır. Yargıçların keyfi karar vermeyeceği ilkelere dayanan hukuk uygulaması bakımından Dworkin, "siyasi ilke - siyasi değer" ayrımını öne sürer. Siyasal ilkeler içinde hukuki ilke ile etiği barındıran, adalet ve hakkaniyeti sağlayan aynı zamanda da hukukta objektiflik ve belirliliği sağlayan ilkeler olduğundan bunlar yargıcın keyfliğinin önüne geçen ilkelerdir.²⁷

Politikalar ile haklar arasındaki ilişkinin ortaya konulmasının ardından Dworkin, haklara yönelik bir sınıflama yapar. Onun hak sınıflandırmasındaki anahtar ayrımı, "arka plan haklar" (temel haklar) ve "kurumsal haklar" ayrımıdır. Arka plan haklar (temel haklar), politik kararlar için toplum tarafından bir haklılık sağlayan haklardır. Kurumsal haklar ise, bir karar için belirli ve özel bir kurum tarafından haklılık sağlayan haklardır. Kişi daha önce arka plan hak olan şeyi, kurumsal bir hakka dönüştürebilir.²⁸

Arka plan haklar (temel haklar) ve kurumsal haklar ayrımının dışında Dworkin'in yaptığı ikinci bir ayrım; somut ve soyut haklar ayrımıdır. Soyut bir hak, genel politik bir amaç beyanıdır. Özel durumlarda diğer politik amaçlarla nasıl tartışacağı ya da onlarla nasıl uzlaşacağı ifade edilmemiştir. Somut haklar ise pozitif metinlerde net bir şekilde tanımlanmış olan haklardır. bir somut hak talebi, herhangi bir soyut hak talebinden çok daha kesindir. Ancak soyut haklar da somut haklara argüman sağlayan haklardır. Soyut haklara eşitlik, özgürlük, saygınlık ve insan onuru örnek verilebilir.²⁹

Dworkin'ci anlamda vicdani ret hakkı, soyut hak talebinden beslenen bir arka plan hakkı olarak okunabilir. Çünkü pozitif düzenlemelerle hayat bulan bir somut hak talebine dönüşmemiş, henüz kurumsal haklar arasında yer almış değildir. Ancak kurumsal ve somut haklar içinde yer almaması onun, bir hak olma iddiasını değiştirmez.

IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ OSMAN MURAT ÜLKE VE TÜRKİYE KARARI

A- Olayların Gelişimi Davanın Özeti Ve Tarafların İddiaları

Dava³⁰, davalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, başvuru Osman Murat Ülke'ye karşı gerek uygulamalarıyla gerekse de iç hukuk yoluyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

25 Ibid, s.124.

26 Ibid, s.186.

27 DWORKIN, Ronald, **Matter of Principle**, Oxford University Press, New York, 1985, s.11.

28 TÜRKBAĞ, 2010, s. 103-104.

29 Ibid, s. 105-106.

30 Karar metni için bkz. www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/ulke-karari (erişim tarihi 05.03.2008)

(Sözleşme)'nin, 3, 5, 8 ve 9. maddelerini ihlal etmiş olduğunun tespiti ve bu nedenle uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini talebi hakkındadır.

Başvurucu, Osman Murat Ülke, halen sağ, 1970 doğumlu, Türk vatandaşıdır. 1985 yılına kadar Almanya'da yaşamış ve eğitiminin bir kısmını burada görmüştür. 1985'te Türkiye'ye dönerek bir kısım eğitimini ve üniversite eğitimini burada tamamlamıştır. 1993 yılında Savaş Karşıtları Derneği'ne katılarak, çeşitli ülkelerde düzenlenen çok sayıda toplantıda bu derneği temsil etmiş, dernekte aktif bir rol üstlenmiştir. Bu derneğin Kasım 1993'te feshinin ardından kurulan İzmir Savaş Karşıtları Derneği'nin 1994-1998 tarihleri arasındaki başkanlığını yapmıştır.

Başvurucunun davasına konu olaylar dizisi Ağustos 1995'te askere çağırılması ile başlamaktadır. Bu çağırının akabinde başvurucu pasifist inançlara sahip olduğu gerekçesi ile askerlik celbini reddetmiş, 01.09.1995'te İzmir'de düzenlenen bir basın toplantısında sülüsünü yakmıştır. 08.10.1996'da tutuklanmış, 18.10.1996'da Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi Başsavcısı, başvurucunun, TCK. m.155 ve Askeri CK. m.58 uyarınca halkı askerlikten soğutmak suçundan mahkumiyetini istemiştir. 28.01.1997 tarihinde Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi tarafından verilen altı ay hapis, para cezasına çarptırılmış, ayrıca asker kaçağı olduğu bildirilerek, Askeri Mahkeme Başsavcılığı'na ilgilinin askere alınması talimatını muhtevi karar, 03.07.1997 tarihli nihai kararlarla Askeri Yargıtay'ca onanmıştır.

Henüz davası sürmekte olan başvurucu, 22.11.1996'da Bilecik 9. Jandarma Er Eğitim Alayı'na gönderilmiştir. Askeri üniforma giymeyi ve alay komutanlarının emirlerine uymayı reddeden başvurucu için, "emre itaatsizlikte ısrar" suçu işlediği gerekçesi ile Askeri CK'nun 87. maddesi uyarınca açılan davada 06.12.1997 tarihinde verilen kararlar beş ay hapis cezası verilmiştir.

Mart 1997 ve Kasım 1998 tarihleri arasında aynı sürecin devamlı tekrar ettiği görülmektedir. Başvurucu bu tarihler arasında, askeri üniforma giymeyi reddettiği için 8 kez "emre itaatsizlikte ısrar" suçundan ve ayrıca alayına katılmaması nedeniyle 2 kez "fırar"dan mahkum edilmiştir. Bu mahkumiyetler nedeniyle 701 gün cezaevinde kalmıştır. Kalan cezasının infazı nedeniyle güvenlik güçlerince arandığından davanın görüldüğü tarih itibarıyla saklanmaktadır. Dernek ve politik faaliyetlerini bırakmıştır. Resmi bir adresi yoktur. Resmi yetkililerle tüm irtibatını kestiğinden ve saklandığından, nişanlısı ile resmi olarak evlenmemekte ve nişanlısı ile birlikteliğinden olan oğlunu resmi olarak tanıyamamaktadır.

Başvurucu, askeri üniforma giymeyi her reddedişinde mahkum edilip hapse atıldığını ve saliverilmesinin ardından bölüğe teslim edildiğini, askeri üniforma giymeyi yine reddettiği için bir kez daha mahkum edildiğini ve hapse atıldığını belirtmektedir. İnançları yüzünden uğradığı kovuşturma ve cezaların süre giden bir durum yarattığını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, bu sonu gelmez kovuşturma ve cezalar Sözleşmenin 9. maddesi anlamı dahilinde müdahale teşkil etmektedir ve ulusal makamlar tarafından öne sürülen amaçlarla orantılı bir nitelik taşımamaktadır.

Başvurucu ayrıca Avrupa'da yakın tarihte yaşanan gelişmelerin, askerlik hizmeti yapmayı reddetme ve vicdani retçi olmayı seçme hakkının genel kabul gören bir hak olmaya başladığını iddia etmektedir. Avrupa Konseyi'ne yeni katılan üye devletlerin tümü

bu hakkı esas itibariyle tanımış durumdadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da vicdani ret hakkını tanımaktadır. Avrupa Konseyi'ne üye olup da, askerlik hizmetinin düzenlenmesine ilişkin özel bir yasal mevzuata sahip olan 26 devlet arasındaki bu hakkı tanımayan tek ülke Türkiye'dir.

Hükümet Sözleşmenin 9. maddesinin bu davaya uygulanabilirliğine karşı çıkmaktadır. Sözleşme organlarının yerleşik içtihatlarına göre, 9. maddenin tek başına vicdani ret hakkını güvence altına almadığını iddia etmektedir.

Hükümet esasa ilişkin olarak, iç hukuka göre, Türk vatandaşı olan her erkeğin askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğü bulunduğunu ve bu yükümlülüğün vicdani nedenlere dayalı hiçbir istisnaya imkan tanımadığını vurgulamaktadır. Başvurucunun askeri disiplin kurallarını ihlal ettiği için askeri itaatsizlikten suçlu bulunduğunu hatırlatmaktadır. Hükümete göre, başvurucuya isnat edilen suçlamalar, askerlik hizmetini yerine getirenler arasında bir tedirginliğe, hatta bir ayaklanmaya yol açabilecek niteliktedir ve cezai yaptırımlarla karşılanmayı hak etmektedir. Bunun yanı sıra, Hükümet Heudens vs Belçika (Başvuru No: 24630/94, 22.05.1995 tarihli Komisyon kararı) ve Autio ve Finlandiya (Başvuru No:17086/90,06.12.1991 tarihli Komisyon Kararı) davalarına atıfta bulunmak suretiyle, Sözleşmenin 9. maddesinin 4. madde ışığında yorumlanması gerektiğini ve vicdani ret hakkının Sözleşme'de bu haliyle tanınmamış olduğunu iddia etmektedir.

B- Karar Sonucu ve Ara Değerlendirme

Davaya konu somut olay, Türk iç hukukundaki pozitif mevzuat uyarınca başvurucunun askerlik hizmetini yerine getirmek üzere askere alınmaya çalışılması, buna karşılık olarak da, başvurucunun Türk iç hukukunda açık bir düzenleme bulmamış olan "vicdani ret" hakkını kullandığından bahisle, vicdani sebeplerle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmiş olması, akabinde, pozitif mevzuat gereğince cezalandırılması, ancak bu cezalandırmaların, her ceza sonu davalı devletin tekrar askere çağırması nedeniyle suça konu fiilin tekrarı nedeniyle, silsileler halinde devam ediyor olmasıdır.

Başvurucunun Sözleşme kapsamında iddiasında bulunduğu hak ihlalleri; bu silsile halinde cezalandırılma halinin, 3. madde kapsamında "insanlık dışı veya onur kırıcı ceza" mahiyetinde olduğu, 5. madde kapsamında, "özgürlük ve güvenlik" hakkının kısıtlanmasının maddenin istisna olarak bildirdiği aynı fıkranın (c) bendinde sayılan haller kapsamında değerlendirilemeyeceği, çünkü kendine yapılan muamelenin bu düzenlemenin amacını aşar nitelikte olduğu, 8. madde kapsamında, bu silsile halinde devam eden cezalandırma halinin resmi makamlarla ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğuran kaçak yaşamına neden olması nedeniyle "özel hayatı, aile hayatı, konut sahibi olma hakkı ve haberleşme hakkı"nın ihlali mahiyetinde olduğu ve son olarak da, 9. madde kapsamında, vicdani sebeplerle askerlik hizmetini reddetmiş olması nedeniyle davalı devletçe maruz bırakıldığı muamele nedeniyle "düşünce ve vicdan" özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği şeklindedir.

Davalı devlet hükümeti ise gerek kendi yasal mevzuatı gerekse de Sözleşme hükümleri gereğince, iddia edilen hak ihlallerinin gerçekleşmediği savunmasında bulunmaktadır. Davalıya göre, Türk iç hukukunun açık pozitif düzenlemeleri gereğince hareket

edilmiştir. Ayrıca, davalı AİHS hükümleri arasında vicdani ret hakkı düzenlenmemiş olduğu iddiası ile AİHM'nin daha önce vermiş olduğu kararlardan örnekler vererek Mahkeme'nin bu yönde geliştirmiş olduğu içtihadın da kendi uygulamasını destekler olduğu yönünde savunmada bulunmuştur.

Davalı devlet hükümetinin savunması, olayı ele alışı ve değerlendirmesi, Dworkin'in karşı çıktığı ve eleştirdiği pozitivist yaklaşım örneğidir. İç hukuktaki yargılama da bu pozitivist gelenek doğrultusunda gerçekleştirilerek, davacı aynı değerlendirme uyarınca askeri üniforma giymeyi her reddedişinde mahkum edilip hapse atılmış, salıverilmesinin ardından bölüğe teslim edilmiş, askeri üniforma giymeyi yine reddettiği için bir kez daha mahkum edilmiş ve hapse atılmış, inançları yüzünden uğradığı kovuşturma ve cezalar süre giden bir durum yaratmış, bu mahkumiyetler nedeniyle 701 gün cezaevinde kalmıştır.

Pozitivist yaklaşım, açık mevzuat hükümleri nedeniyle ve AİHS'nde de açıkça ifade edilmemiş olması karşısında davacının vicdani ret hakkı bulunduğundan söz etmenin mümkün olmadığını savunacak, her askerliğe çağrının reddi durumunda, suç yeniden tüm unsurları ile vücut vermiş olduğundan, suçla oransız cezalandırmadan da söz edilemeyecektir. Buna göre, silsileler halinde devam eden cezalandırma ise her biri ayrı olarak ele alınarak cezalandırılan fiilden dolayıdır. Pozitivist yaklaşım, hem mevzuatta açıkça düzenlemediği için vicdani ret hakkını tanımamakta bunun sonucu olarak da, davacının inancı sebebiyle fiilin bütünlük gösterdiği değerlendirmesini yapmamakta, davacının her fiilini ayrı bir cezalandırmanın konusu olarak görmektedir. Bu hukuki pozitivismdeki, fiilin yalnızca formül önerme olan kanun kapsamına girip girmediğinin test edilmesi ile gerçekleşen bir değerlendirmenin sonucudur. Oysa Dworkin'in modelinde pozitivist kurala uygunluk testi ile birlikte, kuralın ilkelere uygunluğunun da değerlendirilmesi yapılır. Bu çok daha geniş kapsamlı bir değerlendirilmedir. Davalı devletçe böyle bir değerlendirme yapılmaksızın, pozitivist model uygulanmıştır.

AİHM'nce yapılan incelemede ise; Dworkin'in ilkeler modelini andıran kapsamlı bir değerlendirme yapılarak; Ülke'nin uğradığı muamelelerin bir bütün olarak gözetilerek ağırlığı ve tekrarlayıcı niteliği göz önüne alınarak, her türlü ceza ve tutuklama vakasında mevcut olan ve olağan sayılan küçük düşürme unsurunun ötesine geçen ciddi bir ıstırap ve sıkıntıya yol açtığına kanaat getirilmiş, söz konusu davranışların Sözleşmenin 3. maddesi anlamı dahilinde onur kırıcı muamele teşkil ettiği değerlendirilmesi ile ihlal bulunduğu yönünde karar verilmiş, aynı olgusal temellere dayandığı tespiti ile sözleşmenin 5, 8, 9. maddeleri kapsamındaki şikayetlerin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına kanaat getirilmiştir.

Açıkça ifade etmek gerekir ki; Dworkin'in ilkeler ve haklar modeli uyarınca yapacağımız değerlendirmede de silsileler halinde gerçekleşen cezalandırmanın onur kırıcı muamele olduğundan hak ihlali bulunduğu yolunda AİHM'nce yapılan değerlendirmeden fazla ve farklı olarak söyleyecek bir şeyimiz yoktur.

Ancak, Dworkin'in ilkeler modelinden yaklaştığımızda AİHM kararı onur kırıcı muamelelerin tespiti konusunda Dworkin'in modelini andıran geniş değerlendirme bakımından tatminkar görünse de, yalnızca bu tespitle yetinerek kararını bu doğrultuda vermesi

ve davacının vicdani ret hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitine yer vermemesi bakımından aslında yine de pozitivist model içinde kaldığı şeklinde eleştirilebilir. AİHM'nce sözleşmenin 3. maddesi anlamında hak ihlali irdelenmiş, ancak Ülke'nin askerliğe zorlanmış olması, yani vicdani ret hakkı irdelenmemiş, AİHS ile açıkça vicdani ret hakkının düzenlenmemiş olması karşısında, pozitivist değerlendirme sınırları içinde kalınarak, bu konuda bir hukuki değerlendirmeye gidilmemiştir.

Bizim Dworkin'in rehberliğinde AİHM'den farklı olarak yapacak olduğumuz inceleme; Ülke'nin vicdani sebeplerle askerliğe alınma işlemine itirazda bulunduğu halde, davalı devletin bu itirazı kabul etmeyerek, başvurucuyu askerliğe zorlamış olması hakkındadır. Bu inceleme davalı devletin iç hukuku ve iç hukukunun bir parçası sayılan imzalamış olduğu milletlerarası sözleşmeler uyarınca, vicdani ret hakkının bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla Ülke'nin vicdani ret hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitine ilişkindir.

Davalı devlette vicdani ret hakkı bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla davacının vicdani ret hakkının ihlal edilip edilmediğinin saptanması yolundaki inceleme iki adımda yapılacaktır. Ronald Dworkin, gerek anayasal sistemin gerekse uluslararası boyutlar taşıyan toplumsal sözleşme sistemlerinin belirli bir ahlaki teoriye dayandığını bildirmektedir.³¹ Öncelikle, davalı devletin hukukunun temelinde bulunan ahlaki teori araştırılacaktır. Bu araştırmayı yapabilmek için ise kararın verildiği tarihteki iç hukuk kurallarının tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. İkinci adımda ise, bu ahlaki teorinin yansımaları bulunduğu hukuki ilkelerin saptanmasına gidilerek davalı devletin pozitif mevzuatı ile uyumu tartışmasına gidilerek bu kapsamdaki değerlendirmemiz sonuçlandırılacaktır.

V-DAVALI DEVLETİN HUKUKUNUN DAYANDIĞI AHLAKİ TEORİ

A- Kararın Verildiği Tarihteki İç Hukuk Kurallarının Tespiti

Anayasa madde 72³²; "*Vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*"

Anayasa madde 90/son; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.*³³ *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*"³⁴

Anayasa madde 24/1; "*Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.*"³⁵

Anayasa madde 25; "*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebeple*

31 DWORBIN, 2007, s.186.

32 20.10.1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmi Gazete, www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm (erişim tarihi 05.03.2008).

33 Ibid.

34 22.05.2004 tarihli ve 25469 sayılı Resmi Gazete, Ek cümle: 07.05.2004 tarih 5170 sayılı Yasa 7. Madde (erişim tarihi 05.03.2008).

35 20.10.1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmi Gazete, www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm (erişim tarihi 05.03.2008).

ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamaz ve suçlanamaz."³⁶

17.07.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu madde 1³⁷ "Türkiye Cumhuriyeti tebasası olan her erkek...askerlik yapmaya mecburdur."

17.07.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu madde 10/2³⁸ ; "Askere alınan kişilerin sayısı ordunun ihtiyaçlarından fazla olması halinde, askerlik dönemi gelmiş olanlar, bir bedel ödeyerek kısa askerlik hizmeti yapabilir veya temel askeri eğitim aldıktan sonra vatan hizmetlerini kamu sektöründe çalışarak tamamlayabilirler."

22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 63³⁹ ; "Askerlik yoklamasını yaptırmış kişiler sevk edildikleri kıtaya teslim olmak zorundadır. Bunu yapmayan kişi bakaya addedilerek...ile cezalandırılacaktır"

22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 87/1⁴⁰ ; "Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddetmek veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar."

01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 155⁴¹ ; "...Halkı askerlikten soğutma..Geçen maddelerde yazılı olan ahval haricinde (...) halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda (...) telkinatta bulunanlar iki aydan iki seneye kadar hapis olunur ve bunlardan (...) ağır cezayı nakdi alınır."

01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 43/1⁴²; " ...bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi..."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri şöyledir⁴³:

Madde 3. İşkence Yasağı; "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

Madde 4. Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı; "1-Hiç kimse bir devletin ceza yargılama usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez."

Madde 5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı; "1- Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine

36 Ibid.

37 17.07.1927 tarihli ve 631-635 sayılı Resmi Gazete, 1111 sayılı Yasa (erişim tarihi 05.03.2008); www.asal.msb.gov.tr/er_islemleri/askerlik_kanunu1.htm - 49k (erişim tarihi 05.03.2008).

38 Ibid., 21.05.1992 tarihli ve 3802 sayılı yasanın 2. maddesi ile değişik.

39 15.06.1930 ve 1520 sayılı Resmi Gazete, 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yasanın 4. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. (Karar tarihindeki madde metni esas alınmıştır.)

40 Ibid., 22.03.2000 tarihli ve 4551 sayılı yasanın 22. maddesi ile değişik.

41 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Gazete, www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html - 508k, (erişim tarihi 05.03.2008). 765 sayılı eski TCK yürürlükten kaldırılmış, 5237 sayılı yeni TCK ile benzer düzenleme 318. madde ile getirilmiştir. Halkı askerlikten soğutma başlıklı 318. madde; (1) Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.

42 Ibid.

43 Bkz. www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi 05.03.2008).

hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

- 1 *Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;*
- 2 *Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak verilen karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;*
- 3

5- Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."

Madde 8. Özel hayatın ve aile hayatının korunması; "1- Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir. "

Madde 9. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü; "1- Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2- Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

Madde 12. Evlenme Hakkı; "Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir."

Madde 17. Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması; "Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz."

Madde 41. Hakkaniyete Uygun Tatmin; "Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatmine hükmeder."

AİHS'nin Önsözü; "Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.12.1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni, Bu Bildiri'nin metninde açıklanan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı hedef aldığını, Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birini oluşturduğunu göz önüne alarak, dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sağlanıp korunabilmesi, her şeyden önce, bir yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve

ortaklığa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını bir daha tekrarlayarak, aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlaştırarak, aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır."

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin Önsözü⁴⁴; *"İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına, insan haklarının tanınması ve hor görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevk eden vahşiliklere sebep olmuş bulunmasına, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların içinde söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulması en yüksek amaçlar olarak ilan edilmiş bulunmasına, insanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının bir zaruret olmasına,..."*

B- Ahlaki Teorinin Tespiti

Ronald Dworkin, gerek anayasal sistemin gerekse uluslararası boyutlar taşıyan toplumsal sözleşme sistemlerinin belirli bir ahlaki teoriye dayandığını bildirmektedir.⁴⁵

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, mahkemenin yargısal yetkisine dayanak oluşturan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'yi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 18.05.1954 yılında (R.G.19.03.1954-8662) onaylamıştır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Devleti, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni 27.05.1949 yılında (R.G-7217) imzalayarak yayımlamıştır.

AİHS ve İHEB dayandıkları ahlaki teoriye önsöz kısımlarında yer vermişlerdir. AİHS, önsöz kısmında, İHEB'ne göndermede bulunmaktadır. Bu nedenle dayandıkları ahlaki teoriyi saptamak için İHEB'ni de ele almak gerekmektedir. İHEB, Dünya'nın deneyimlemiş olduğu İkinci Dünya Savaşı trajedisinin bir sonucudur. Bu nedenle, İHEB'nin ruhuna hakim ahlaki teorinin "insan hakları" düşüncesinin yanı sıra "dünyada barış" düşüncesi de olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bildirgenin önsözünde "İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına, insan haklarının tanınması ve hor görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevk eden vahşiliklere sebep olmuş bulunmasına, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların içinde söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulması en yüksek amaçlar olarak ilan edilmiş bulunmasına, insanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının bir zaruret olması,..." şeklinde ifadeler yer verilmektedir.

Barış hakkı temelde üç boyutu içermektedir. Bu boyutlar, güvenlik hakkı, savaşa

⁴⁴ Bkz. https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html (erişim tarihi 05.03.2008).

⁴⁵ DWORKIN, 2007, s.186.

karşı çıkma hakkı ve silahsızlanma hakkıdır.⁴⁶

Güvenlik hakkı hem ulusal hem de uluslararası düzlemde terör ve şiddet eylemlerine karşı korunmayı ifade eder. Ülke içinde ise güvenlik hakkı, iç barışın korunması anlamına gelir. Bu anlamda herkes barışa karşı tehlike oluşturan insan haklarının sistematik ihlallerine tek başına ya da toplu olarak karşı koyma hakkına sahiptir.

Savaşa karşı çıkma hakkı öncelikle bir insanlık suçu olarak savaşa karşı çıkma, savaş lehine propagandalara karşı mücadele, savaş suçlarına, insanlığa ve barışa karşı suçlara muhalefet hakkı olarak tanımlanmaktadır. Savaşa ve zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkı da barış hakkının bu boyutu içerisinde değerlendirilmelidir.

Yukarıda katı hukuki pozitivizme yönelik eleştirel görüşlerinden bahsettiğimiz Dworkin, toplumsal sözleşme metinlerinin ahlaki bir teoriye dayanması gerektiği yolundaki görüşlerini bütünleyen kural ve ilke ayırımına gitmektedir. Buna göre, pozitivizm bir kurallar modelidir. Adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standartlar ise "ilke"dir. Hukuk, kurallar kadar ilkelerden de oluşmaktadır. Hatta ilkeler kuralların taşımadığı bir ağırlık boyutuna sahiptirler. Kural ilkenin uygulanışını göstermektedir. Kurallarda bir boşluk ortaya çıktığında ilke argümanına başvurularak boşluk doldurulabilecek, dahası kuralın ilkeye aykırı olduğu geçerli olarak gösterilebildiğinde ise kural geçersiz sayılarak ilkeye uyulacaktır.⁴⁷

İHEB ve AİHS Sözleşmeciler Devletler tarafından madde hükümleri ve önsöz ile bütün olarak imza altına alınmıştır. Bunun anlamı madde hükümleri ile önsözün birlikte değerlendirilmeye tabi tutulmasıdır. Sadece, sözleşmede düzenlemesi yapılmış madde hükümleri uyarınca değerlendirmeye gitmek, katı pozitivist bir tutum olacaktır. Oysa, kurallarla bir bütün olarak tüm yapıyı gözetmek, ilkeleri ortaya koymamıza neden olacak ve hakkaniyetli bir sonuca varmamızı sağlayacaktır.

Bildirgenin temenni ifadesi olduğu, herhangi bir yaptırım gücüne sahip bulunmadığı itirazını ise, AİHM aracılığıyla yaptırım gücüne kavuşmuş olan AİHS'nin önsözündeki ifadeler ile karşılamak mümkündür: Sözleşmenin önsözünde "...bu sözleşmenin İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni, Bu Bildiri'nin metninde açıklanan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı hedef aldığını ve Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birini oluşturduğunu göz önüne alarak, dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sağlanıp korunabilmesi, her şeyden önce, bir yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklığa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını bir daha tekrarlayarak, aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmayı kararlaştırarak, aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Yaptırım gücüne sahip olmayan bildirge ve işbu mahkeme nedeniyle yaptırım

46 KABOĞLU, İbrahim, **Çevre Hakkı**, İmge Yayınları, Ankara, 1996, s.51.

47 DWORKIN, **2007**, s.46.

gücüne kavuşmuş olan AİHS, diğer amaçlarının yanı sıra “dünyada barışın sağlanması” ahlaki temeline de sahiptir. Buradan hareketle, bir haklar kataloğu olan AİHS’nin pozitif kural olarak açıkça insanın “barış hakkı”nı zikretmemiş olsa da, Sözleşmenin salt kendi varlığı ile ilke bazında bu hakkı verdiği kabul edilmelidir. Çünkü hukuk, kurallar kadar ilkeleri de içermektedir.⁴⁸

İHEB’nin imzalanmasına sebep olan İkinci Dünya Savaşı ertesinde kurulan mahkemelerde pozitivist yaklaşımın ortaya çıkardığı sonuçlar gözler önüne serilmiştir. Hukuku sadece kurallar modeli olarak tanımlamak, Nazi Almanyası’ndaki uygulamaları uygulayıcılar gözünde haklılaştırmıştır. Nürnberg’de yargılananlar, “Yasanın söylediğinin dışında bir şey yapmadık. Eylemlerimiz yasalı”⁴⁹ itirazında bulunmuşlardır. Mahkeme ise hukukun ve adaletin bu olamayacağı gerekçesi ile açık pozitif kurallara rağmen bu kişiler hakkında mahkumiyet kararları vermiştir. Somut olayımızda, kuralların açıkça “vicdani ret” hakkını tanımamasını bugünün uluslararası politika düzeninde, tıpkı Nazi Almanyası’nda Yahudileri öldürmenin sıradanlaşması ve yaygın bir durum alması karşısında doğal bir durum olarak karşılanması gibi, yaygın, sıradan, doğal bir durum olarak karşılamak mümkündür. Ama, insanların bir arada barış içinde yaşamaları şeklindeki bir erekten yola çıkan ve her ne koşulda olursa olsun öldürmeyi reddeden bir tutumdan beslenen “vicdani ret” hakkının tanınmamış olması, gelecek kuşaklarda, bizlerin İkinci Dünya Savaşında yapılanlara karşı yaşadığımız şaşkınlığa benzer bir şaşkınlığa yol açacaktır. Bu yaklaşımın “doğalcı” bir bakışa sahip olduğundan, hukuki belirsizliğe sebep olabileceği itirazında bulunulabilecektir.⁵⁰

Ancak, Dworkin’in önerdiği model ilkelere dayandığından “doğal hukuk” yaklaşımının düştüğü hukuki belirsizliğe neden olmaz. Bu bağlamda, vicdani ret hakkı pozitif düzenlemelerde açıkça yer almasa da, İHEB ve AİHS’nin önsözünde yer alıyor olması, Dworkin’in “arka plan haklar” anlayışı ile ilgili bir açıklamaya yer verilmesini gerektirmektedir. Arka plan haklarda, somut durumda hak sahibini hukuki anlamda iddia sahibi yapabilecek yasal bir düzenleme yoktur, ancak henüz kurumsal düzenlemeye dönüşmemiş olması onun bir hak olma niteliğini değiştirmez.⁵¹ Bir hakkın “kurumsal hak”a dönüşebilmesi için toplumda daha öncesinde arka plan hakkı olarak açığa çıkması gerekmektedir. Görüldüğü gibi, ilkeler ve toplumsal dinamikleri gözetken bu yaklaşım doğalcı yaklaşımdan farklıdır.

Dworkin, “ilke” ve “politika” olarak bir ayrıma daha işaret etmektedir. İlke argümanını hak veren standartlar olarak tanımlamakta, toplumun, ekonomik, siyasi veya sosyal alanlarından birinde genel bir gelişme, erişilecek bir hedef ortaya koyan türden standartlara ise “politika” adını vermektedir.⁵² Politik argüman ile kolektif amaçlar tes-

48 Ibid, s.54.

49 GÜNAL, Hüseyin, **Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar**, Dost Kitapevi, 2015, Ankara, s.110-111.

50 Ibid, s. 332.

51 TORUN Yıldırım, **Ronald Dworkin’in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu**, Savaş Yayınları, Ankara, 2008, s. 64.

52 DWORKIN, 2007, s.46.

pit edilmektedir.

Devletlerin anayasalarında ve kanunlarında askerlik ödevine yer verilmiş olmasının sebebi politik argümandır. Her devletin politik argümanla, anayasal ve yasal düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Anayasalar zaten büyük ölçüde bununla oluşturulmuş, toplumsal sözleşme metinleridir. Ayrıca, anayasalar ilke argümanlarını da ihtiva ederler. İlke argümanları bireysel bir hakkı saptamak için tasarlanırlar ve hakları tanımlayan önermelerdir.⁵³ Görüldüğü gibi politik ve ilke argümanın birlikteliği anayasal düzlemde hiçbir problem teşkil etmemekteyken, yargısal düzlemde bir uyumsuzluk görülmeye başlandığında bu ikisinin çatışması söz konusu olabilmektedir. Dworkin'e göre böyle bir çatışma durumunda haklar söz konusu olduğunda mahkeme aktivist olarak davranmak zorundadır.⁵⁴ Bunun anlamı politik olanla, ilkesel olan çatıştığında mahkemenin hak veren ilkenin yanında ve aktif olarak davranmak zorunda olmasıdır. Yaşamın tüm alanlarında, politik argüman zaten aktif olarak işlemektedir. Hak veren ilkenin aktif olarak korunabileceği tek alan yargısal alandır. Mahkemenin hak veren ilke hakkında pasif tutum takınmasını beklemek, politik olanın bu alanı da tahakkümü altına alması anlamına gelir. Somut olayımıza geri dönersek, mahkemenin, elbette ki politik argümana müdahale anlamına gelecek, "ilgili devletin anayasal düzlemde vicdani ret hakkının tanınması" şeklinde bir hüküm kurabilmesi mümkün değildir (ancak temenni ifadelerinde bulunabilir). Mahkeme'nin gücü kendi yargısal yetki alanı ile sınırlıdır. İşte tam da bu nedenle hakla ilgili önüne gelen uyumsuzlıkla pasif bir tutum sergilememeli, aktif bir tavır almalıdır. Hak söz konusu olduğunda mahkemenin alacağı aktif tutum hem somut durumdaki bireysel hakkın korunmasını sağlayacak hem de siyasi karar mekanizmaları için ufuk açıcı örnek niteliğini taşıyacaktır.

VI- DAVALI DEVLETE AİT POZİTİF MEVZUATIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Davalı devletin pozitif mevzuatı ilk bakışta, "vicdani ret hakkı" hakkında açık bir yasal düzenlemeyi içerir görünmemektedir. Anayasa'nın 72. maddesi, vatan hizmetinin her Türk'ün hakkı ve ödevi olduğu düzenlemesini getirmiş, düzenlemenin kanunla yapılacağına işaret etmiştir. Anayasa'nın 72. maddesinin düzenlemesi; "Vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetler'de veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir." şeklindedir. Buna göre, Askerlik Kanunu ile her erkeğin askerlik yapmasını mecburi kılan düzenlemeye gidilmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 63 ve 87. maddeleri ve Ceza Kanunu'nun 155. maddesi askerlik hizmetinin ihlali durumlarına ilişkin cezai müeyyideleri düzenlemektedirler. Bu düzenlemelerin yanı sıra T.C Anayasası 24/1; "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir." ve madde 25; "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebeple ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamaz ve suçlanamaz." hükümlerini ihtiva etmektedir.

⁵³ Ibid, s.124.

⁵⁴ Ibid, s.186.

Anayasa'nın 72. maddesi vatan hizmetini alternatifli olarak düzenlemiştir. Bu madde gereğince askerlik yapmak, vatan hizmetinin yerine getirilmesinin olmazsa olmaz koşulu değildir. Kamu hizmetinde bulunularak da bu ödev yerine getirilebilmektedir. Öte yandan, "vicdani kanaat" özgürlüğü 25. madde düzenlemesi ile dokunulmaz, sınırlanmaz, tartışılmaz bir konuma yerleştirilmiştir. Anayasada vicdani ret hakkı açıkça zikredilmemişse de vicdani ret hakkını bu düzenlemeler kapsamında değerlendirmek mümkündür. Buna göre, yasa koyucu Anayasa'nın 72. maddesince yasa ile düzenlemesi gereken vatan hizmetine ilişkin kuralı ihdas ederken askerliği herkes için zorunlu kılmakla Anayasa'nın 24. ve 25. maddelerine aykırı bir düzenlemeye gitmiştir.⁵⁵ Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi Anayasa'nın kapsamını daraltıcı niteliktedir. Anayasa'nın tanımı olduğu alternatifli hizmet olanağının herhangi bir Anayasal zorunluluk olmaksızın daraltılmış olması, daha geniş bir tartışmaya dahi girmeye gerek kalmaksızın Anayasa'nın lafzına aykırı bir durumdur. Kaldı ki daraltma yönünde bir zorunluluk olmamasının yanı sıra, genişletme ve alternatifleri gösterme konusunda 24. ve 25. madde düzenlemeleri yasa koyucunun hareket yönünü sabitlemektedir. Anayasa'nın 15. maddesi hükmü, ülkenin varlık mücadelesinin dahi vicdani kanaate dokunulma konusunda bir meşruiyet dayanağı sunamayacağını düzenlemesi ile 24. ve 25. madde düzenlemelerini bütünlüyle ilgili yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığını ortaya çıkarmaktadır.⁵⁶

Yukarıda yapılan açıklamalar, mevzuata ilişkin iç hukuk düzenlemelerinde pozitif kural ile Anayasal ilkelerin çeliştiğini göstermektedir. Anayasaya aykırı yasayı iptal etmek yetkisi, davalı devletin Anayasa Mahkemesi'ne aittir ve böyle bir aykırılık savında bulunulmadığı için davalı devletin meri mevzuatında yerini korumaya devam etmektedir. Ancak gerek normlar hiyerarşisi gerekse Dworkin'ci yaklaşım çerçevesinde kuralın ilkeye aykırı olmaması gerektiğinden yasa hükmü usulüne uygun olarak iptal edilmeyecek halen mevcudiyetini korusa da, Anayasal ilke karşısında etkisiz kalacaktır.

Türk mevzuatındaki zorunlu askerlik hakkındaki çelişik hukuki durumun yanı sıra, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşma hükümlerinin esas alınması" düzenlemesini haavidir. Aynı maddenin aynı fıkrasının bir önceki cümlesinde ise bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı düzenlemesine gidilmiştir.

Bu madde hükmü Türk doktrininde bir milletlerarası sözleşmenin insan haklarına ilişkin hüküm içermesi halinde hiyerarşik olarak kanunların üzerinde olduğu şeklinde değerlendirilmektedir.⁵⁷

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası düzenlemesi nedeniyle AİHS ve İHEB normlar hiyerarşisinde Askerlik Kanununun 1., Askeri Ceza

55 CAN, Osman, **Vicdani Ret ve Anayasa, Çarklardaki Kum: Vicdani Ret**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.306.

56 Ibid, s.307.

57 Bkz. www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf (erişim tarihi: 05.03.2008)

Kanunu'nun 63. ve 87., Ceza Kanunu'nun 155. maddelerinin üstünde yere sahiptirler. Ayrıca, kanunların anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulabilir iken, insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmelerin anayasa aykırılık iddiasında bulunulamaması, bu tür sözleşmeleri Anayasa ile kanunlar arasında yer alan sui generis bir konuma taşımaktadır.

İHEB'nin 18. maddesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi ve AİHS'nin 9. maddesi "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü"nü düzenlemektedir.⁵⁸

Düşünce ve kanaat özgürlüğü, kişilerin sadece düşünce ve kanaate sahip olmasını değil, sonuçları bir zarar doğurmadığı sürece, bunun gereklerine uygun bir tutum alınmasını da korumak yönünde değerlendirilmelidir. Başvurucunun savaşa karşı düşünceye sahip olması ve vicdani kanaatine uygun olarak askerlik hizmetini yerine getirmemesi zarar doğurucu bir davranış değildir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın vatani hizmeti düzenleyen 72. madde hükmünü, askerlik hizmeti dışında ülkeye hizmet edilen başka bir ödev şeklinde yorumlanarak yerine getirilmesini istemek mümkündür. Böyle bir ödevin olmazsa olmaz koşulu başvurunun felsefi inançları ve vicdani sebeple reddetmiş olduğu "askeri üniforma giymek" değildir. Anayasa'nın 72. maddesi kapsamında, sivil giysilerle gerçekleştirilebilecek herhangi bir kamu hizmeti alternatifi sunmak mümkündür. Çünkü başvuruca askerî üniforma giymeye zorlamak, düşünce ve vicdan hürriyetinin ihlalidir.

Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi çeşitli kararlarında, vicdani ret hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile bağlantılı olduğunu defalarca belirtmişlerdir.⁵⁹ Davalı devlet ayrıca İHEB ve AİHS'nin yanı sıra Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni de 24.11.2006 tarihinde onaylamıştır.⁶⁰

Türk Anayasası 90. madde hükmü son fıkrası, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası sözleşmeleri kanunun üstünde anayasal bir yere koymaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de, İHEB'ni ve AİHS'sini imzalayarak, kendi iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir. Bunun dava yönünden önemi, İHEB 18. ve AİHS 9. madde hükmünün de iç hukukun bir parçası haline gelmiş olmasıdır.

Bu Sözleşme hükümlerinin benzerlerinin zaten T.C Anayasasının 24 ve 25. maddelerinde düzenleme bulmuş olduğu, dolayısıyla vicdani ret hakkı kapsamında ek bir katkı sağlamamış olduğu yönündeki itiraz haklı bir itiraz olmayacaktır. Çünkü, Anayasa'nın madde 24. ve 25. maddeleri Türk yargısal içtihadında vicdani reddi kapsamına alacak şekilde yorumlanmamaktadır. Oysa, AİHS 9. madde düzenlemesi AİHM içtihatlarında vicdani ret hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Mahkemeyi ve Sözleşme

58 AİHM daha sonraki davalarda savaş karşıtlığından veya pasifist inançlardan doğan eylemlerin 9. madde tarafından sağlanan koruma kapsamına girdiğini kabul etme yönünde eğilimler sergilemişse de, Ülke Davası'nda bu madde kapsamında bir inceleme girişimi, başvurunun 9. madde kapsamındaki iddialarını yanıtlamaktan kaçınma yolunu tercih etmiştir. Bkz. BOYLE, Kevin, 2008, "Uluslararası Hukukta Vicdani Red ve Osman Murat Ülke Davası", Çarklardaki Kum:Vicdani Red , İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.281.

59 ÇINAR, Özgür Heval, **Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış, Çarklardaki Kum: Vicdani Red içinde**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.235.

60 BRETT, Rachel, **Askerlik Hizmetinin Vicdani Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar, Çarklardaki Kum: Vicdani Red içinde**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.248.

hükümlerini tanımak, onların arkasındaki içtihatlar ve yorumlar ağının da kabulü anlamına gelir. Çünkü kurallar ancak bu içtihat ve yorumlar ağı ile birlikte değerlendirildiğinde bir bütündür ve anlamlıdır.

Toplumsal sözleşme metinlerinin temelinde bulunan ahlaki teori, hukuktaki ilke-kural bütünlüğü ve ilke argümanı-politik argümanı hakkındaki görüşlerinden yararlandığımız Dworkin, ortaya koyduklarının neticesinde şöyle bir sorgulama yapmaktadır;

“Bir hakimin ne zaman var olan bir hukuk kuralını değiştirme izni vardır? İlkeler bunun yanıtında iki biçimde rol oynar. Birincisi, gerekli ama yeterli olmamakla birlikte hakim bu değişikliğin, değişikliği haklılaştıran bir ilkeye ilerlediğini bulmalıdır.”⁶¹

Dworkin'e göre mahkeme karar verirken, politik argümanla değil, ilke argümanı ile hareket etmeli, hakkın korunması yönünde pasif değil, aktif bir değerlendirme yapmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 72. maddesi, vatani göreve ve bunun uygulanmasını gösteren Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi askerliğe ilişkin düzenlemeyi havi olsa da, kuralın değişikliğini haklılaştıran ilkeye doğru ilerlediğinin kanıtlarını yukarıda sunduğundan Mahkeme, (T.C. Anayasası madde 24, 25, AİHS madde 9, İHEB madde 18, MSHS madde 18) başvurusunun “vicdani ret” hakkının bulunduğu sonucuna varmalıdır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukukilik denetimi yalnızca pozitif düzenlemelerde yer bulan haklarla sınırlı olarak yapılan bir denetim mi olmalıdır? Yoksa, Anayasada, Sözleşmelerde ve yazılı metinlerde yer almayan özgürlük ve adalet ilkelerini hukuka uygunluk denetiminde kullanabilir miyiz? Dworkin, pozitif düzenlemelerde yer almasa bile özgürlük ve adalet ilkelerinin hukuka uygulanması gerektiğini, hatta pozitif düzenlemenin ilkeye aykırı olduğu durumlarda ise, pozitif düzenlemenin değil ilkenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Vicdani ret hakkı, gerek Anayasamızca gerekse, AİHS ile korunan haklardan değildir. Vicdani ret hakkını kullanmak isteyen ama pozitif düzenlemelerle bu hakkı korunmayan Ülke, vatandaşı olduğu ülkenin yargısal makamlarının pozitivist değerlendirmesi nedeniyle vicdani ret hakkını kullanamamış, Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi, Askeri Ceza Kanunu'nun 63 ve 87. maddeleri ve Ceza Kanunu'nun 155. maddesi uyarınca silsileler halinde devam eden hapis cezasına maruz kalmıştır. AİHM ise Ülke'nin hak ihlalinden bahisle açtığı davasını yalnızca, sözleşmenin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı muamelenin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından değerlendirmiş, Sözleşme ile vicdani ret hakkının açıkça korunmaması karşısında yine pozitivist bir bakış açısıyla başvurusunun vicdani ret hakkı karşısında sessiz kalmıştır.

Bizim Dworkin'in bakış açısıyla gerçekleştirdiğimiz değerlendirmede davalı devletin Anayasasının dayandığı ahlaki teoriden yola çıkılmış, mevcut yasal mevzuat

61 DWORCKIN, 2007, s.63.

hükümleri bu ahlaki teori çerçevesinde hakkın yanında yer alınan aktivist bir yorum tercih edilmiştir.

Buna göre; davalı devletin davacıyı askerlik yapmaya zorlayan pozitif düzenlemeleri olan Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi, Askeri Ceza Kanununun 63 ve 87. maddeleri ve Ceza Kanunu'nun 155. maddesi için;

- AİHS'nin ahlaki teorisinde yer alan barış kavramı ile vicdani ret hakkının uyumlu olması karşısında bu hakkı tanımayan düzenlemelerin söz konusu ahlaki teori ile çelişik olması,
- Davalı devletin Anayasal ilkelerinde askerlik hizmetinin zorunlu kılınmış olmasının yanı sıra, Anayasal ilkelerinde "düşünce ve vicdan özgürlüğü"nü kayıt-sız şartsız korunacağını bildirmesi,
- Davalı devletin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasa üzerinde yer veren Anayasa düzenlemesi, İHEB ve AİHS'nin "düşünce ve vicdan özgürlüğü"ne ilişkin madde hükümlerinin kapsamının doktrin ve içtihat tarafından vicdani reddi de kapsayacak tarzda anlaşılması,

olarak sıralanabilecek nedenlerle "var olan hukuk kuralının değiştirilebilmesinin" koşullarının doğmuş olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Görüldüğü gibi, hukuku yalnızca pozitif düzenlemelerin lafzi hükümleri ile daraltıcı bir tarzda yorumlamak ile Dworkin'in haklar ve ilkeler modeli ile genişletici ve aktivist bir tarzda yorumlamak arasındaki fark, hakkın ve adaletin gerçekleşmesi açısından büyük sonuçlar yaratacak, hukuku durağan ve bazen ortaya çıktığı haliyle hakkın yanında değil, karşısında yer alan konumundan kurtarmış olacaktır.

K A Y N A K Ç A

- BRETT, Rachel, "**Askerlik Hizmetinin Vicdanan Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Ret**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.247-265
- BOYLE, Kevin, "**Uluslararası Hukukta Vicdani Red ve Osman Murat Ülke Davası**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.273-289
- CAN, Osman, "**Vicdani Ret ve Anayasa**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.291-311
- ÇINAR, Özgür Heval, "**Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış**", **Çarklardaki Kum: Vicdani Ret**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.235-246
- DEMİR, Hande Seher, "**Vicdani Ret Hakkı**", Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.241-283
- DEMİRDAL, M. Balkan, "**Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü**", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s.789-820
- DWORKIN, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak (Çev: Ali Ulvi Türkbağ)**, Dost Yayınları, İstanbul, 2007
- DWORKIN, Ronald, "**Justice in Robes**", Harvard University Press, Cambridge, 2006
- DWORKIN, Ronald, "**Matter of Principle**", Oxford University Press, NewYork, 1985
- DWORKIN, Ronald, "**Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatikliği**", **Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik (Çev: Yakup Coşar)**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001
- ESMER, Barış, **Türkiye'de ve Dünyada Vicdani Ret**, Propoganda Yayınları, Ankara, 2012

- GÜNAL, Hüseyin, **Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar**, Dost Kitapevi, Ankara, 2015
- GREY, Thomas C., **"Do We have an Unwritten Constitution?"**, Stanford Law Review 27, 1974-1975, s. 703-718
- GÖKSU, Rana, **"Yargılanan Vicdani Ret"**, TBB Dergisi, 2017, Cilt 129, s.37-62
- KABOĞLU, İbrahim, **"Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi?, İnsan Hakları mı?)"**, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 10-11, 1988-1989, s.37-48
- KABOĞLU, İbrahim, **Çevre Hakkı**, İmge Kitapevi, Ankara, 1996
- KAFKASLI, Zehra, **"Her Sey Vatan İçin (!)"**, Güncel Hukuk, Mart **2006/03**
- ORHUN, Defne (Çev.), **"Osman Murat Ülke Davası"**, Çarklardaki Kum: Vicdani Red içinde, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.359-370
- ÖZDEK, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004
- ÖZKÖK, Güriz, **Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar**, HFSA, S. 5, İstanbul, 2002, s.98-106
- ÖZKÖK, Güriz, **Hukuki Belirirsizlik Problemi Üzerine**, A.Ü.H.F.D., Cilt: 51, Sayı: 2, 2002, s.1-18
- TORUN, Yıldırım, **Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu**, Savaş Yayınları, Ankara, 2008
- TURANLI, YÜCEL, Kivılcım, **Barış Hakkı ve Hayata Geçirilmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012
- TÜRKBAĞ, Ali Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, Derin Yayınları, İstanbul, 2010
- TÜRKBAĞ, Ali Ulvi, **"Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları"**, Anayasa Yargısı 28 içinde, 2011, s.71-82

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html - 508k (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.asal.msb.gov.tr/er_islemleri/askerlik_kanunu1.htm - 49k (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf
- vicdaniret.org/ (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/ulke-karari (Erişim tarihi 05.03.2008)
- https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html (Erişim tarihi 05.03.2008)
- www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim tarihi 05.03.2008)

Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu

Hakemli Makale

İhsan BAŞTÜRK¹

İÇİNDEKİLER

I - KADININ ZİNASI VE ERKEĞİN ZİNASI SUÇLARINA GENEL BAKIŞ	3
II - ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 28/11/1968 TARİHLİ 1968/13 ESAS VE 1968/56 KARAR SAYILI KARARI6	
A - Anayasa Mahkemesi'nce Yapılan Esas İncelemesi	7
B - Anayasaya Aykırılık Sorununun İncelenmesi	10
III- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 23/9/1996 TARİH VE 1996/15 ESAS VE 1996/34 KARAR SAYILI	
KARARI	11
A - Anayasa Mahkemesi'nce Yapılan Esas İncelemesi	12
B - Anayasaya Aykırılık Sorununun İncelenmesi	13
1- Eşitlik İlkesinin Anlamı ve Kapsamı Yönünden Değerlendirme	13
2- Anayasaya Uygunluk Denetiminde Dayanılan Destek Ölçü Normlar	16
3- Uygulanacak Norm ve "Birlikte Değerlendirilecek Norm" Sorunu	20
4- Eşitlik İlkesine Aykırılığın İncelenmesi ve Hüküm	21
SONUÇ YERİNE	22
KAYNAKÇA	23

¹ **Sorumlu Yazar:** İhsan Baştürk, Dr., Yargıtay 19. Ceza Dairesi Üyesi **e-mail:** ihsanbasturk@hotmail.com
Geliş Tarihi: 30.04.2018 ; Kabul Tarihi: 03.08.2018

ÖZ

Anayasa Mahkemesi'nin 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) erkeğin zinası suçunu düzenleyen normunun Anayasa'nın "eşitlik" ilkesine aykırılığı iddiası hakkındaki iki farklı kararı incelenecektir. Bu kararlarda dikkat çekici olan husus, Yüksek Mahkemenin 1968 tarihli kararında Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiş olduğu normu; yaklaşık otuz yıl sonra 1996 tarihli kararıyla bu defa Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş olmasıdır.

Çalışmanın ilk bölümünde kadının zinası ve erkeğin zinası suçları genel olarak ele alınacaktır. Sonraki bölümlerde ise, "erkeğin zinası" suçuna ilişkin normun, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılığı nedeniyle iptali sonucuna giden *anayasa yargısı süreci* incelenecektir. Böylelikle anılan yargısal süreç bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin zina suçları bakımından eşitlik ilkesine bakışının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

İncelememiz *anayasa yargısı* alanına ilişkin metodlarla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, son günlerde gündemde olan "zina fiilinin (yeniden) suç olarak düzenlenmesi gerekliliği" tartışmaları çalışmamızda değerlendirilmemiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Yargısı, eşitlik ilkesi, zina suçu, Anayasa Mahkemesi kararları ve ceza hukuku, usulî kendini sınırlama.

ABSTRACT

Perspective Of Turkish Judicial Constitutional Review On The Adultery Offence Of Male Gender

Two different judgments of The Constitutional Court on assertions of unconstitutionality of the article 441 of Turkish Penal Code numbered 765 (former), which orders the adultery offence for the male, due to its incompatibility with the "equality" principle of the Constitution will be investigated. The interesting point in these judgments is that although The Higher Court declines the assertions of unconstitutionality, of the above mentioned article, in a judgment in 1968, it finds it unconstitutional in a different judgment in 1996.

In the first half of this paper, adultery offence for the female and the male will be handled respectively. In the following sections, the process yielding to the judicial constitutional review which resulted in annulment of the article regarding the adultery offence for the male, for its incompatibility with the principle of equality before the law will be investigated. Thereby, the goal in this paper is an examination of the view of the Turkish Constitutional Court on the principle of equality with respect to the offence of adultery.

In this paper, the examination has been limited to the methods used by the judicial constitutional review. Thus, recent discussions regarding "the redefinition the adultery action as an offence (again)" is not considered.

Key Words: Turkish Judicial Constitutional Review, The principles of equality, The offence of adultery, The judgments of the Turkish Constitutional Court and the criminal law, Procedural self-restraint.

I - KADININ ZİNASI VE ERKEĞİN ZİNASI SUÇLARINA GENEL BAKIŞ

765 sayılı mülga TCK,¹ “adabı umumiye ve nizamı aile aleyhine cürümler” babının beşinci faslında,² karının zinası (m. 440) ve kocanın zinası (m.441) olarak iki ayrı temel hüküm içermektedir. Mülga TCK’nin “zina eden karı...” ve “zina eden koca...” terimlerini kullanmasına karşın çalışmamızda “kadının zinası” ve “erkeğin zinası” terimlerinin tercih edildiğini belirtmek isteriz.

Zina suçunun hukuki konusu, aile birliğinin korunmasıdır. Zina, eşlerin birbirine karşı olan sadakat yükümlülüğünün ihlali olup, bu sadakat görevi kanundan doğmaktadır.³ Zina eyleminin suç sayılmasında aile ve dolayısıyla evlilik kurumunun kamusal yönü bulunmasının etkili olduğu; zina fiilinin ise bu kurumu sarsacağı doktrinde savunulmaktadır.⁴ Diğer taraftan, zina fiilinin sadece “boşanma sebebi” olarak kalması ve suç sayılmaması gerektiği yönünde de öteden beri savunulan görüşler bulunmaktadır.⁵

765 sayılı TCK “zina” adı altında, kadının zinası suçu ile erkeğin zinası suçunu farklı hükümlere tabi tutarak iki ayrı madde ile düzenlemiştir. Bu sebeple hukuk sistemimizde “zina suçu”ndan değil “zina suçları”ndan söz etmek gerektiği de ifade edilmektedir.⁶ Suçun unsurları bakımından, kadının zinası ile erkeğin zinası fiilleri arasında esaslı farklar bulunmaktadır. TCK’nin 440. maddesi zina eden kadının tek bir defa gerçekleşen cinsel ilişkiye girme fiilini suçun oluşumu için yeterli saymıştır. Erkeğin zinasını düzenleyen TCK’nin 441. maddesi ise “itiyadi zina” halinin gerçekleşmesini suçun unsurlarından saymakta⁷ ve “karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkasıyla evli olmayan bir kadını tutma”yı suçun oluşumu için şart koşturmaktadır. Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere kanun koyucu erkeğin zinası suçunun oluşumunu, kadının zinası suçuna göre oldukça farklı unsurların gerçekleşmesine tabi tutmuştur.

Doktrinde, kadının zinası ile erkeğin zinasının farklı şekilde düzenlenmesi konusu tartışılmıştır. Bu bağlamda, erkek ve kadının zinasının farklı şekilde düzenlenmesinin haklı olup olmadığı konusunda iki farklı görüş vardır. Farklı düzenlemeyi haklı bulanların

1 Bilindiği üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 12/1-b maddesi ile 01 Haziran 2005 tarihinden itibaren bütün hükümleri ile yürürlükten kaldırılmış ve aynı tarihte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. 5237 sayılı TCK zina eylemini suç olarak tanımlamamış ve yaptırıma bağlamamıştır.

2 Genel adab ve aile düzenine karşı işlenen suçlar ve bu kapsamda olmak üzere zina suçunun yabancı ülke kanunlarında düzenleniş şekilleri ve sistemleri hakkında ayrıca bkz. ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş ve genişletilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 436-441.

3 EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Cilt IV, 3. Baskı, Ankara, 1985, s. 243.

4 EREM, **1985**, s. 242.

5 Bu görüşler için bkz. EREM, **1985**, s. 244-248. Türk hukukunda aile kavramı ve aile düzenine karşı suçların ihdası gereği hakkında ayrıca bkz. NUHOĞLU, Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 2-10.

6 HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Zina Cürümleri**, Ankara, 1981, s.329.

7 Erem, maddede belirtilen “kadın tutmak” tabirinin bu anlamda olduğundan söz etmektedir, bu görüş için bkz. EREM, **1985**, s. 262.

dayandığı temel dayanak, kadının hareketinin neticesinin daha vahim olup nesebin bozulması tehlikesinin bulunması ve kadının kamuoyu nezdindeki durumudur.⁸ Mülga TCK'de bir bakıma kanun koyucunun evlilik dışı cinsel ilişkilerin düzenlenmesinde kadın (karı) karşısında erkeğe (kocaya) "*kanuni bir üstünlük*" tanıdığı ileri sürülmektedir.⁹ Kuşkusuz, kadının zinasından farksız olarak, erkeğin zinası da evlilikten doğan sadakat yükümlülüğünün ihlalidir. Zina fiilinin hukuki konusunun kadın ve erkek yönünden bu ayrıllığına karşın, mülga TCK'nin anılan farklı düzenlemesinin sebebinin izah edilmesi imkansız gibi gözükmektedir.

Konunun ilgi çekici bir diğer yönünü de vurgulamak isteriz: Mehaz İtalyan Ceza Kanunu'nun erkeğin zinasını "mülga TCK ile aynı şekilde" düzenleyen hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile ilgili olarak İtalyan Anayasa Mahkemesi de 23 Kasım 1961 tarihli kararında, normun İtalyan Anayasası'nın 3. ve 29. maddelerine (eşitlik ilkesini düzenleyen kurallara) aykırılık oluşturmadığına karar verip; fakat yaklaşık iki yıl sonra 16 Aralık 1963 tarihli kararında ise bu defa Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle bu hükmü iptal etmiş olması dikkat çekicidir.¹⁰ Bir diğer ifadeyle Türkiye'de 1968 ve 1996 yıllarında yaşanan anayasa yargısı¹¹ sürecinin benzeri İtalya'da 1961 ve 1963 yıllarında yaşanmıştır.

Bilindiği gibi 1982 Anayasası'nın¹² 152. maddesinin son fıkrasına göre; Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla bir başvuruda bulunulamaz. Diğer taraftan 1961 Anayasası'nda benzer bir hüküm mevcut olmadığı dolayısıyla birkaç yıl sonra bile aynı hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılabilmek için yasal bir engel bulunmamasına karşın çalışmamıza konu olan iki karar arasında yaklaşık otuz yıllık bir süre geçmiştir. Bizce, somut normun Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesi konusunda ilginç olan bir husus da Anayasa'ya aykırı olduğu konusunda ciddi tartışmalara neden olan bu normun Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi için niçin (yaklaşık olarak) otuz yıl beklenildiğidir.¹³

8 Bu görüşler hakkında ayrıca bkz. EREM, **1985**, s. 249-252.

9 HAFIZOĞULLARI, **1981**, s. 331.

10 İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ve zina suçları hakkında geniş bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI, **1981**, s. 329 vd.

11 Anayasa yargısı kavramı konusunda ayrıca bkz. TUNÇ, Hasan, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 17-19.

12 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982 Anayasası), 18/10/1982 tarihinde Kurucu Meclisce kabul edilmiş, halkoyuna sunulmak üzere 20/10/1982 tarih ve 17844 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, 7/11/1982 tarihinde halkoyunca kabul edilmiş ve 9/11/1982 tarih ve 17863 sayılı Resmi Gazete'de 2709 sayılı Kanun olarak yayımlanmıştır. 5. Düstur, Cilt 22, s. 3. 1982 Anayasası ve değişiklikleri için bkz. BAŞTÜRK, İhsan, **T.C. Anayasası ve İnsan Haklarına İlişkin Temel Belgeler**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s. 25-167.

13 Dava konusu normla ilgili ilk kararda Anayasa Mahkemesi'nin esasa girmiş sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilen on yıllık sürenin işleyip işlemeyeceği konusu hakkında geniş bilgi için bkz. ÖDEN, Merih, "Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2000, Sayı: 55 (4), s. 47-81.

II - ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 28/11/1968 TARİHLİ 1968/13 ESAS VE 1968/56 KARAR SAYILI KARARI¹⁴

Ülkemizde Anayasa'ya uygunluk denetiminin gerçekleştirilme yöntemlerinden birisi de "somut norm denetimi" veya diğer adıyla "itiraz yolu ile denetim"¹⁵ olup Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenmiştir.

Pötürge Asliye Ceza Mahkemesi, 25/12/1967 tarihli kararı¹⁶ ile görülmekte olan davada uygulanmakta olan TCK'nin 441. maddesinin 1961 Anayasası'nın¹⁷ 12. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılığını ileri sürerek iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu olan 441. maddesi şu şekildedir:

"Karısı ile birlikte ikâmet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka bir yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur.

Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir."

1961 Anayasası'nın 12. maddesi ise şu hükmü içermektedir:

"Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz."

A - Anayasa Mahkemesi'nce Yapılan Esas İncelemesi

Anayasa Mahkemesi, esasın incelenmesi aşamasında öncelikle, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kanun maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun kadının zinası suçuna ilişkin 440. maddesiyle karşılaştırılmasına yer olup olmadığı tartışmasını yapmış;

14 Anayasa Mahkemesi'nin 28/11/1968 tarihli ve 1968/13 E., 1968/56 K. sayılı kararı için bkz. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AYMKD)**, Yıl: 1992, Sayı: 6, s. 287-289. Bu karara ilişkin haklı eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 328-330.

15 Kunter, *'itiraz'* teriminin kullanılmasına, itiraz kurumunun ceza muhakemesi hukukunda bir kanun yolu davası olduğu ve iptal davasının ise bir kanun yolu davası mahiyetinde bulunmadığına göre hatalı olduğundan söz etmektedir. Onar ise, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında yer verildiği halde, *'def'i'* sözcüğünün kullanılmaması gerektiğini, çünkü def'inin hukuk davasında sadece tarafların ileri sürebilecekleri hususları ifade ettiğini; oysa itiraz nedenlerinin davaya bakan mahkemece re'sen de dikkate alınabileceğine vurgu yapmaktadır. Onar'a göre *'soyut norm denetimi / somut norm denetimi'* veya Kunter'in kullandığı *'doğrudan iptal davası / dolayısıyla iptal davası'* ayrımları tercih edilmelidir. Bu görüşler için, bkz; ONAR, Erdal, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, AÜHF Yayınları, Ankara, 2003, s. 123, dipnot 304.

16 Anayasa Mahkemesi kararında Pötürge Asliye Ceza Mahkemesi'nin anılan kararının Esas ve Karar numaraları yer almadığı gibi bu kararın 1967 yılına ait olması itibarıyla başkaca kaynaktan da künye bilgilerine ulaşılamamıştır.

17 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1961 Anayasası), 27/5/1961 tarihinde Kurucu Meclisce kabul edilmiş, halkoyuna sunulmak üzere 31/5/1961 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış, 9/7/1961 tarihinde halkoyunca kabul edilmiş ve 20/7/1961 tarihli Resmi Gazete'de 334 sayılı Kanun olarak yayımlanmıştır. 4. Tertip Düstur, Cilt I, s. 2930. 1961 Anayasası ve değişikliklerinin tüm metni için bkz. KİLİ, Suna / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze"**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1985, s. 169-230.

"...Kanun koyucu; Türk Ceza Kanununun 440. maddesinde karı ile suç ortağı erkeğin, 441. maddesinde de koca ile suç ortağı kadının zina suçlarının özel unsur ve şartlarını göstererek karı ve kocanın zina fiillerini ayrı hükümlere bağlamıştır. İtiraza konu yapılan bunlardan 441. madde hükümdür. 440. madde ise itiraz konusu dışında kalan ve başka gerekçelere dayanan bir hükmü kapsamaktadır, çoğunluk,¹⁸ nitelikleri farklı suçları düzenleyen bu iki maddenin Anayasanın 12. maddesinin öngördüğü eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılmasına yer görmemiştir..."

düşüncesiyle, aynı fiili farklı cinsiyetler yönünden düzenleyen normları birlikte değerlendirmeksizin hüküm vermiştir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırılık iddiasına "uygulanacak norm ve karşılaştırılacak norm" sorunu perspektifinden yaklaşmış ve bu kararında "kanun önünde eşitlik" ilkesinin inceleme alanını daraltmıştır. Oysa yapılması gereken, her ne kadar davada uygulanacak hüküm TCK'nin 440. maddesi olsa da Anayasa'da öngörülen "hukuk önünde cinsiyet ayrımına dayalı yasak" esası sebebiyle; cinsiyet bakımından kanun önünde eşitliğin sağlanabilmesi için, erkeğin zinasını düzenleyen TCK'nin 441. maddesinin de incelemeye dâhil edilip birlikte değerlendirilerek karar verilmesi idi.¹⁹

Anayasa Mahkemesi'nin, erkeğin zinasını düzenleyen TCK'nin 441. maddesinin, karşılaştırılması istenen kadının zinasına ilişkin TCK'nin 440. maddesi hükmüyle karşılaştırılmaması yoğun olarak eleştirilmiştir.²⁰

İncelenen kararın Karşı Oy Yazısı'nda ise, niçin iki hükmün karşılaştırılarak değerlendirme yapılması gerektiği doyurucu gerekçelerle açıklanmıştır. Burada Yüksek Mahkeme Üyesi Recai Seçkin tarafından (özetle) şu düşünceler dile getirilmiş ve doktrinde de haklı olarak destek bulmuştur:²¹

"...Olayda mahkemece uygulanacak ve bu bakımdan Anayasa'ya aykırılığı yönünden iptali istenebilecek hüküm, Ceza Yasasının 441 inci maddesidir. Ancak bu madde hükmünün Anayasa'nın 12. nci maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmek üzere gerek Mahkeme, gerek Anayasa Mahkemesi, Ceza Yasasının veya ceza hükmü kapsayan başka bir yasanın Mahkemenin gördüğü dâvada uygulanması söz konusu olmayan herhangi bir hükmüne dayanmaları, Anayasa'nın 12 nci maddesinin uygulanmasının zorunlu kıldığı bir durumdur. Gerçekten sözü edilen eşitlik ilkesi gereğince aynı durumda bulunan kimselerin, haklı bir neden olmaksızın, başka başka hukuk kurallarına (esaslarına) bağlı

18 Anayasa Mahkemesi Üyeleri İhsan Keçecioğlu, İhsan Ecemiş, Recai Seçkin ve Muhittin Gürün "(Mülga) TCK'nin 441. maddesinin 440. madde ile karşılaştırılması gerektiğini" iddia ederek, karara bu yönüyle muhalif kalmışlardır.

19 ŞEN, Ersan, **1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 276.

20 Bu eleştiriler için bkz. ÖDEN, **2003**, s. 328-330.; HAFIZOĞULLARI, **1981**, s. 205; ŞEN, **1998**, s. 278-280.

21 Belirtilen Karşı Oy Yazısı'nda ileri sürülen düşüncelerin yerinde olduğuna ilişkin ayrıca bkz. ÖDEN, **2003**, s. 329-330.

tutulmaları yasak edilmiştir. Bu demektir ki, bir eşitsizliğin doğması için en az iki yasa hükmünün ortada bulunması, bu hükümlerin aynı durumda bulunan kimseler için konulmuş olması, bu iki hükmün, haklı hiç bir neden bulunmaksızın, başka başka olması koşullarının gerçekleşmesi aranacaktır. Ayrı ayrı iki yasa hükmü söz konusu edilmeden eşitsizlik durumu başka deyimle yasa karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş bulunması olayı, meydana gelmez Mahkememizce, Ceza Yasanın 440 ve 441 maddeleri karşılaştırılarak aynı ailede karının zina suçunu işlemiş sayılması ile kocanın zina suçunu işlemiş sayılması için konulan hükümlerdeki ayırımların haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı incelemek ve sonuca göre bir karar verilmek gerekirken böyle yapılmamış olması doğru değildir.

2) *Mahkememizin benimsediği ilkeye göre bir dâvaya bakan mahkemenin kendi uygulayacağı hükmün dışında kalan bir hükümlerle karşılaştırma yapıp uygulayacağı hükmün eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesine iş getirmesi, hemen hemen hiç olmayacaktır ve böylelikle Anayasa'nın 151 inci maddesinin (Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya yakın görürse veya taraflardan birisinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa. Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.) hükmü ile mahkemelere tanıdığı yetki, eşitlik ilkesine dayanma bakımından kaldırılmış olmaktadır. Oysa ki Anayasa'nın mahkemelere tanıdığı yetkinin bir takım Anayasa'ya aykırılık nedenleri bakımından sınırlandırılmış olmadığı, her şeyden önce, hükmün yazılışından anlaşılmaktadır.*

3) *Bir Mahkemenin belli bir veya bir kaç hükmün iptalini isteyebilmesi başka bir durum, belirli dâvada uygulayacağı ve bu bakımdan (Anayasa'nın yukarıki bentte anılan 151 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince) iptalini isteyebileceği bir hükmün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu açıklamak üzere belirli dâvada uygulaması söz konusu olmayan bir hükme dayanmış olması ise başka bir durumdur. Anayasa Mahkemesi, Mahkemece iptali istenilemeyecek bir hükmün Anayasa Mahkemesine getirilemeyeceği ilkesini benimsemekle bu iki olayı, birbirine karıştırmış bulunmaktadır. Bir dâvada istem daha açıkçası son istek, başka bir şey, o istemi haklı göstermek üzere ileri sürülen hukukî görüşler, yapılan karşılaştırmalar kısacası ortaya atılan gerekçeler başka bir şeydir..."*

Gerçekten, suç sayılan aynı eylemi farklı cinsiyetler yönünden ayrı ayrı düzenleyen iki normu birlikte ele alıp değerlendirmeye tabi tutmadan, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı sorunu nasıl çözümlenebilecektir? Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, ancak suç ve cezalara ilişkin kanun hükümlerinin kadınlar aleyhine doğurdıkları eşitsizlikleri tartışmaktan ve iptal etmekten kaçınma eğilimi ile açıklanabilecek olup Mahkemenin bir başka deyişle bir çeşit "usuli kendini sınırlama" (procedural

self-restraint) tekniği kullandığı söylenebilir.²² Gerçekten de Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından yaklaşık bir yıl önce kadının zinasına ilişkin TCK'nin 440. maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasına ilişkin kararında da²³ "...itirazın kapsamının Türk Ceza Kanunu'nun 440 inci maddesiyle sınırlandırılmış ve 441 inci maddenin inceleme konusu dışında bırakılmış bulunmasına göre aynı maddelerin Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılması gerekmediği.." şeklinde bir gerekçeyle yine TCK'nin 440. ve 441. maddesi hükümlerini karşılaştırmaktan kaçındığı görülmektedir.²⁴

Sonuç olarak, bu bir yıl arayla verilen benzer hatta doğrudan ilişkili iki ayrı norma dair iki ayrı kararda Anayasa Mahkemesi'nin kendini usulî olarak sınırlayarak, kadının zinası ve erkeğin zinası hükümlerini karşılaştırarak eşitlik ilkesi yönünden esastan değerlendirme yapmaktan bir şekilde kaçındığı ve bunu farklı gerekçelere dayanarak yaptığı açıkça görülmektedir. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi, erkeğin zinası ve kadının zinasına ilişkin bu kararlarında "gerçek anlamda davanın esası" na girmekten kaçınmıştır. Çünkü Yüksek Mahkeme eğer davanın esasına girerek eşitlik ilkesi yönünden incelemeye girişse sonucun Anayasa'ya aykırılık olacağını kendisi de öngörmekte; ancak her nedense bu sonuca varmak istememektedir.

B - Anayasaya Aykırılık Sorununun İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi, esastan inceleme sonucunda ise;

"...Anayasa hükmü ile zina eden kocayı ve suç ortağı kadını aynı cezalarla cezalandıran itiraz konusu 441. madde arasında bir çelişme ve çatışma bulunmadığı herhangi bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede meydana dadır. Bu nedenle itirazda bulunan Mahkemenin Türk Ceza Kanunu'nun 441. maddesinin Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulunduğu yolundaki iddiası yersizdir. Sözü geçen 441. maddenin Anayasa'ya başka yönden de bir aykırılığı görülmemiş ve itirazın reddi gerekmiştir..."

düşüncesiyle Anayasa'ya aykırılık iddiasını oyçokluğuyla²⁵ reddetmiştir.

Doktrinde, Anayasa Mahkemesi'nin kadınlara karşı ayrımlar konusunda eleştiriye en açık olan kararlarının TCK'nin zina suçlarını kadın ve erkek bakımından farklı şekilde düzenleyen belirtilen 440. ve 441. maddelerine ilişkin kararlar olduğu dile getirilmektedir.²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin düşüncesine itibar edildiğinde, evlilik dışı cinsel ilişki düzeninde kadın karşısında erkeğe tanınan kanuni üstünlüğün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetleme imkanı ortadan kalkmaktadır; böyle olunca belirtilen aykırılık iddiası hep anayasa yargısının görev alanı dışında kalmış olacaktır ki, bu kabul

22 ÖDEN, 2003, s. 330.

23 Anayasa Mahkemesi'nin 2/3/1967 tarih ve 1966/30 E. 1967/9 K. sayılı kararı için bkz. **AYMKD**, Sayı: 5, s. 87-89.

24 Anayasa Mahkemesi Üyeleri Muhittin Taylan, İhsan Ecemiş, Recai Seçkin ve Ziya Önel iki maddenin karşılaştırılmamasına ilişkin bu görüşe katılmamışlardır.

25 Anayasa Mahkemesi Üyeleri İhsan Ecemiş ve Recai Seçkin iptal isteminin reddi kararına muhalif kalmışlardır.

26 ÖDEN, 2003, s. 328.

edilemeyecek bir sonuçtur ve Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'ne verdiği kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görev ve yetkisini yorumla daraltmak anlamına gelir.²⁷

III- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 23/9/1996 TARİH VE 1996/15 ESAS VE 1996/34 KARAR SAYILI KARARI²⁸

Yukarıda incelediğimiz *ret kararından yaklaşık otuz yıl sonra Şabanözü Asliye Ceza Mahkemesi'nin başvurusu üzerine,*²⁹ Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı iddiasıyla TCK'nin 441. maddesinin Anayasa Mahkemesi gündemine tekrar geldiğini görmekteyiz.

İlk derece mahkemesi başvuru kararının gerekçesinde özetle; erkeğin zinasını düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 441. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşumu için, kadının zinasını düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesindeki unsurların oluşumundan daha farklı şartların gerçekleşmesinin arandığını, oysa evlilik birliği içerisinde sadakat yükümlülüğüne uyma açısından bir fark bulunmadığını, Türk Ceza Kanunu'nun uygulamasında Anayasa'nın eşitlik ilkesi gereği herkesin dil, din, ırk, mezhep ve özellikle cinsiyet yönünden kanun önünde eşit olduğunu; buna rağmen zina suçu açısından sanık konumunda olan erkeğin, suçun unsurlarının oluşumunda kadın sanıklara göre daha ayrıcalıklı ve korunulan durumda bulunmasının Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu iddiasıyla anılan TCK'nin 441. maddesinin iptali gerektiğini ileri sürmüştür.

İtiraz Konusu Yasa Hükmü:

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun iptali istenen 441. maddesi şöyledir:

"MADDE 441- (Değişik: 9/7/1953 - 6123/1 md.)

Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolünür.

Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir."

İlgili Yasa Kuralı:

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesi ise şu hükmü içermektedir:

"MADDE 440- (Değişik: 9/7/1953 - 6123/1 md.)

Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur.

Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kimse hakkında da aynı ceza hükmolünür."

27 Belirtilen görüş ve karara yönelik haklı eleştiriler için bkz. HAFIZOĞULLARI, 1981, s. 205-206.

28 Anayasa Mahkemesi'nin 23/9/1996 tarihli ve 1996/15 E., 1996/34 K. sayılı kararı için bkz. **AYMKD**. Yıl:1997, Cilt: 2, Sayı: 32, s. 800-809.

29 Anayasa Mahkemesi kararında Şabanözü Asliye Ceza Mahkemesi'nin anılan kararının tarih, esas ve karar numaraları yer almadığı gibi bu kararın 1967 yılına ait olması itibarıyla başkaca kaynaktan da künye bilgilerine ulaşılamamıştır.

Dayanılan Anayasa Kuralı:

Mahkemenin itiraz başvurusunda dayandığı 1982 Anayasası'nın 10. maddesi şöyledir:

"MADDE 10.- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

A - Anayasa Mahkemesi'nce Yapılan Esas İncelemesi

Mahkemece, Davanın esasının incelenmesinde şu düşüncelere yer verilmiştir:

"... Zina suçu, Türk Ceza Yasası'nın 440-444 maddelerinde düzenlenmiştir. Konusunu evlilik dışı cinsel ilişkinin oluşturduğu zina, doktrinde de kabul edildiği gibi, evlilik bağının eşlere yüklediği cinsel bağlılığın ihlali olarak tanımlanabilir. Türk Ceza Yasası'nda karının zinası 440., erkeğin zinası da 441. maddede düzenlenmiştir. **Karının ve kocanın zinası ile ilgili kuralların bütünlük oluşturması nedeniyle** kocanın zinasına ilişkin itiraz konusu 441. madde incelenirken karının zinasının düzenlendiği 440. maddenin de göz önünde bulundurulması gerekir. 440. maddeye göre, zina eden karı cezalandırılmakta, karının evli olduğunu bilerek bu eyleme ortak olan kimse hakkında da aynı ceza hükmolunmaktadır.

Kocanın zinasına ilişkin itiraz konusu 441. maddede ise, "Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesce bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca..." ya, zina eden karıya verilen cezanın hükmolunacağı belirtilmektedir.

Bu düzenleniş biçimi, karı ile kocanın zina suçlarının aynı koşullara bağlı tutulmadığını göstermektedir. Gerçekten, 440. maddede sadece "zina eden karı"dan 441. maddede ise "karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca"dan söz edilmektedir. Ayrıca koca yönünden suçun oluşması için onun, başkası ile evli olmayan kadınla "karısı ile ikamet ettiği evde veya herkesçe bilinecek surette başka yerde" karı-koca gibi geçinmesi de gerekmektedir. İki madde arasındaki bir başka fark da, kocanın zinasında suçun oluşması için kadının evli olmaması koşulu aranırken, karının eyleminin zina sayılması için buna gerek duyulmamasıdır. Böylece karının zinasında erkeğin evli olup olmaması suçun oluşumuna etkili olmadığı halde, kocanın zinasında kadının evli olması, eylemi 440. madde kapsamından çıkarmaktadır...".

Anayasa Mahkemesi, kararında öncelikle kadının ve erkeğin zinası suçlarının hukuki konusuna ve bu suçların unsurlarına ilişkin irdelemede bulunmuş; eylemin farklı cinsiyetler açısından farklı şekilde düzenlenmiş olduğu hususuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, hem iptali istenen erkeğin zinası suçuna dair TCK'nin 441. maddesinin hem eşitlik ilkesine aykırılığının incelenmesi yönünden "dayanılan kural" olan kadının zinası suçuna dair TCK'nin

440. maddesinin “bütünlük oluşturdıkları” gerekçesiyle birlikte ele alınarak değerlendirilmesinin gerekli olduğunu belirterek, bizce gerçek anlamda davanın esasına girilmesine bu şekilde usulî zemin hazırlamıştır. Bir diğer ifadeyle, Anayasa Mahkemesi bu kararında aynı hükmün iptal istemine ilişkin olarak yukarıda değindiğimiz 1968/13 E. 1968/56 K. sayılı kararından farklı olarak “usuli kendini sınırlama (self-restraint)” tekniğini kullanmaktan kaçınmış ve iki hükmü yerinde olarak birlikte değerlendirmiştir.

B - Anayasaya Aykırılık Sorununun İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık sorununu irdelemesini, bölümler halinde değerlendireceğiz.

1- Eşitlik İlkesinin Anlamı ve Kapsamı Yönünden Değerlendirme

Yüksek Mahkeme bilhassa kadın-erkek eşitliği bağlamında olmak üzere eşitlik ilkesine yüklediği anlamı özetle şöyle açıklamıştır:

“...Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin, Kanun önünde eşittir” denilmiş, ikinci fıkrasında bu ilkenin doğal sonucu olarak “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” açıklığı getirilmiştir.

*Anayasa Mahkemesi kararlarıyla soyut bir ilke olmaktan çıkarılıp, **somut bir ölçü norm olarak yaşama geçirilen eşitlik ilkesi**, doktrinde ve idealde yarınlarda gözetilecek bir kavram değil, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak hukuksal bir olgudur.*

*Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Cinsiyet, yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden olamaz. Ancak cinsiyete dayalı ayrımlarda, bunun, kadınları korumak mı yoksa erkeklere ayrıcalık tanımak amacıyla mı yapıldığı önemlidir. Çünkü, ilk durumda objektif olarak yaratılış³⁰ ve işlevsel özelliklerin gerektirdiği bir ayırım, ikincisinde ise öbür koşullar aynı olmasına karşın sadece cinsiyetin neden olduğu bir ayrıcalık söz konusudur. Eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında ele alınmaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı ayrımlar haklı bir nedene dayandıkları için eşitliği bozmadıkları halde **cinsiyetten başka bir nedene dayanmayan ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar...**”*

30 Anayasa Mahkemesi'nin kararında sıkça yer verdiği “yaradılışın gerektirdiği ayırım” formülasyonu ile ne tür bir kanuni sınıflandırmanın “eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmayacağı anlaşılacağı gibi kullandığı bu ölçüte nasıl vardığı da karar gerekçesi ile belirlenememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin burada, eşitlik ilkesini somut bir ölçü normu olarak kabul ettiğini; her durumda bu ilkeye dayanabileceğini belirterek hukuki eşitliğin geniş yorumunu yani "maddi hukuki eşitlik"³¹ biçimini tercih ettiğini ifade edebiliriz.

Doktrinde, eşitlik ilkesi açıklanırken en sık kullanılan ilki ve en yaygını kanun önünde eşitlik (*equality before the law*) olmak üzere; "kanunların eşit koruması" (equal protection of the laws), "eşit haklar" (equal rights) ve "ayırım yapmama" (non-discrimination) şeklinde dört farklı formülasyondan söz edilmektedir.³² Anayasa Mahkemesi burada, eşitlik ilkesinin açıklanmasında bu formülasyonlardan yararlanarak, "kanun önünde eşitlik" ve "ayırım yapmama" formüllerine vurgu yapmıştır.

1961 ve 1982 Anayasaları ile cinsiyet nedeniyle ayırım gözetilmesi açıkça yasaklanmakla; cinsiyetin meşru herhangi bir yasama amacıyla ilişkisizliği peşin olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle cinsiyet farkına dayalı kanuni sınıflandırmalar eşitlik ilkesine aykırılığı var sayılan "kuşku (belirsiz) sınıflandırmalar" olarak nitelendirilmelidir.³³ Gerçekten de cinsiyet ayırımına dayanan bir kanuni sınıflandırmanın söz konusu olduğu bir durumda, ispat yükü bir anlamda yer değiştirmekte; kanun koyucuya yaptığı bu sınıflandırmanın nedenlerini ve gerekçelerini doyurucu şekilde sunma görevi yüklenmiş olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, söz ettiğimiz karineden somut uyuşmazlığın çözümünde hiçbir şekilde yararlanmadığını ve Anayasa'da belirtilen özgül ayırım yasağına aykırı olarak yapılan bu sınıflandırmanın *kuşku sınıflandırma* niteliğinde olduğundan da söz etmediğini görmekteyiz. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi, elinde kullanabileceği böyle etkin bir araç (karine) var iken her nedense kullanmamış ve genel eşitlik ilkesinden hareketle, kanun önünde eşitlik ve ayırım yapmama yasağından söz ederek sonuca ulaşmaya çalışmıştır.

Eşitlik ilkesi, kanunların içerikleri itibarıyla herkes için aynı olmalarını zorunlu kılmamaktadır. Ancak yapılacak bir farklılaştırma veya sınıflandırmanın da "akla uygun sınırlandırma" ölçütü çerçevesinde yapılması gereklidir. Öden, Amerikan doktrininde "reasonable classification" ilkesi olarak ifade edilen ölçüte göre, yalnızca akla uygun, yani makul kanuni sınıflandırmaların eşitlik ilkesi ile bağdaşabileceğini, akla uygun olmayan sınıflandırmaların ise eşitlik ilkesi ile çelişeceğini ve geçersiz sayılmaları gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir.³⁴

Anayasa Mahkemesi'nin incelediğimiz kararında uyguladığı "haklı nedene dayanma" ölçütünün de *akla uygun sınırlandırma ilkesi* ile paralellik gösterdiğini düşünüyoruz. Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında ise, cinsiyete dayalı ayrımların ancak objektif

31 Maddi hukuki eşitlik konusunda bkz. ÖDEN, **2003**, s.186-200.

32 EVANS, Gareth, "Benign Discrimination and the Right to Equality", **Federal Law Review**, 1974, Volume: 6, s. 46, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/1974/2.html> (Erişim tarihi: 27/3/2018). Yazar, hükümetlerin tercihli muamele iddialarının eşitlik ilkesiyle uzlaştırılması göreviyle giderek artan bir şekilde meşgul olduklarından söz etmektedir. Bu bağlamda "iyi huylu - zararsız ayrımcılık" (benign discrimination) konusunun çözümü hususunda Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemelerinin içtihatlarının eleştirisi ve karşılaştırılması konusunda geniş bilgi için bkz. EVANS, **1974**, s. 26-83.

33 ÖDEN, **2003**, s. 324.

34 ÖDEN, **2003**, s. 201-203.

olarak yaratılış ve işlevsel özelliklerin gerektirdiği nedenlerle yapılabileceğini;³⁵ bunun dışındaki nedenlerle yapılacak cinsiyet ayrımlarının haklı görülemeyeceği ve bu nedenle eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağını da vurgulanmış olduğunu ayrıca ifade etmek isteriz.

2 - Anayasaya Uygunluk Denetiminde Dayanılan Destek Ölçü Normlar

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetiminde iptali istenen normun Anayasa'ya aykırılığı sorununu tartışırken, Ülkemizin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası belgelere de şu şekilde dayanmıştır:

“...Cinsiyete dayanan ayrımlar taraf olduğumuz, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde de reddedilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin “Başlangıç” kısmında “Birleşmiş Milletler Halklarının, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inancını yeniden belirttikleri” açıklanmakta, 2. maddesinde “Herkes; ırk, renk, cinsiyet ... gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu Bildirgede öne sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir” denildikten sonra 7. maddesinde, “Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. Herkes, bu Bildirgeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcılık kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına sahiptir.” hükmü getirilmektedir. **16. maddede ise yetişkin erkeklerle kadınların evlenirken, evlilik sırasında ve evliliğin bozulmasına ilişkin haklarının eşit olduğu vurgulanmaktadır.**

“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin “Başlangıç” kısmında: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne gönderme yapılarak, bu Bildirge'deki hakların evrensel ve etkin olarak tanınması ve gözetilmesinin güvence altına alınması amacıyla söz edilmekte, 14. maddesinde de “Bu sözleşmede öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din ... ayrımı gözetilmeksizin herkes için sağlanır” denilmektedir.

“Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin ilkelerin genel hatlarıyla belirlendiği ilk bölümünde Birleşmiş Milletler Yasası ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin temel hak ve özgürlükler ile bunların cinsiyete dayalı olanlar dahil hiçbir ayrıma bağlı tutulmaksızın kullanılmasını öngören hükümlerine göndermede bulunulduktan sonra erkeklerle kadınlar arasında tam bir eşitliğin gerçekleşmesi için kadınlarla erkeklerin toplumdaki geleneksel rollerinde bir değişiklik ihtiyacı bulunduğuna işaret edilerek Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Beyannamesinde yer alan ilkeleri uygulamak ve bu amaçla bu tür

35 Kadınların işlevsel özellikleri nedeniyle ayrıma tabi tutulabileceğine ilişkin olarak, askerlik yükümlülüğü hakkında 1076 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırılık itirazına dair Anayasa Mahkemesi'nin 1964/36 E., 1964/77 K. sayılı ve 25.12.1964 tarihli kararını örnek gösterebiliriz. Bu karar hakkındaki görüşleri için bkz. ÖDEN, 2003, s. 331-332.

ayırımcılığın her şekil ve belirtisinin ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri almak konusundaki kararlılık dile getirilmektedir. Sözleşmenin **1. maddesine göre**, kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan **ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, yoksunluk veya kısıtlama “kadınlara karşı ayırım” anlamına gelmektedir.** Kadınlara karşı her türlü ayırımın kınandığı, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayırımı ortadan kaldıracı bir politika izlemenin kabul edildiği 2. maddenin (a) bendinde “Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi ulusal anayasalarına ve diğer ilgili yasalara, henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı”, (f) bendinde “Kadınlara karşı ayırımcılık teşkil eden mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, tadil veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı”, (g) bendinde de: **“Kadınlara karşı ayırımcılık teşkil eden bütün ulusal cezai hükümleri ilga etmeyi” Taraf Devletlerin taahhüt ettikleri açıklanmaktadır.** Taraf Devletler 5. maddenin (a) bendine göre, “Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek” hususunda bütün uygun önlemleri alacaklardır. Taraf Devletler, **15. maddenin (a) bendine göre**, “kadınlara, kanun önünde erkeklerle eşit haklar tanıyacaklar”dır. Kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemlerin alınacağını belirtildiği 16. maddede kadınlara sağlanacak haklar arasında **(c) bendinde “Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar”dan** söz edilmektedir.

Anayasa’ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirilmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayırımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır. Ulusların ortak insanlık ideallerini yansıtan bu belgelerde, hak ve özgürlüklerden yararlanmada ortak çıkış noktasını “eşitlik” ilkesi oluşturmaktadır. Uluslararası metinlerde temel bir ilke olarak yerini koruyan “eşitlik”in zaman içinde insana verilen değer artmasına bağlı olarak hak ve özgürlükler listesinin genişlemesiyle soyuttan somuta indirgenerek birçok alanda düzenlemelerin kaynağını oluşturduğu görülmektedir. Çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir.”

Anayasa'nın 90/5. maddesinde, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" kuralı getirilmiştir. Bu kuraldan hareketle, Mahkemenin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma hükümlerinden Anayasa'ya uygunluk denetiminde "ölçü norm" olarak nasıl yararlandığı sorusunun cevaplanması gereklidir. Anayasa'nın belirtilen hükmüne göre; uluslararası andlaşma hükümleri kanunlarla eşdeğer düzeyde olup, ulusal kanunlardan üstün tutulmalarını gerektirecek açık bir Anayasa kuralı da bulunmamaktadır.

Somut norm denetiminde uluslararası belgelere ölçü norm olarak başvurulması konusundaki düşüncelerin hatırlanmasında yarar bulunmaktadır. Bu anlamda, Özbudun, Türk pozitif hukuku bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminde uluslararası hukuk "genel ve bağımsız bir ölçü norm" olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, ancak 1982 Anayasası'nın açıkça uluslararası hukuka yollamada bulunduğu alanlarda, ilgili uluslararası hukuk kurallarının ölçü norm olarak kullanılabileceğini savunmaktadır.³⁶ Yazar, Anayasa'nın uluslararası hukuka açıkça atıfta bulunduğu dört maddenin olduğunu (md. 15, 16, 42 ve 92) ve bu yollamaların kapsamına giren alanlarda *Anayasa'nın kendisi doğrudan doğruya bir düzenleme yapmayarak, ilgili uluslararası hukuk normunun ölçü norm olarak kullanılmasını istediğini* belirtmektedir.³⁷ Çağlar ise, benzer şekilde 1982 Anayasası'nın getirdiği kurallar kademelenmesi içinde milletlerarası hukukun yeri probleminin çözümü zor bir problem olduğunu; ancak Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını düzenleyen 15. maddesinde yer alan kuralından *milletlerarası hukuka açıklık ilkesini* çıkarmanın mümkün olduğu düşüncesini ifade etmektedir.³⁸

Kuşkusuz, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin sözleşmeler hukuk sistemimizde özel bir öneme sahiptir. Özbudun, bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen "insan haklarına saygı" ilkesinin sadece insan haklarını koruyan iç hukuk kurallarına değil; taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerine de saygıyı içerdiği düşüncesinden hareketle, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, Anayasa'ya uygunluk denetiminde diğer andlaşmaları aşan biçimde, destek ölçü normlar olarak kullanılmaları gerektiğini ifade etmektedir.³⁹ Bu yorumun dayanağının, Türk pozitif hukuka göre uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü değil, iç hukuktaki "*insan haklarına saygı*" ilkesinin, insan hakları alanındaki uluslararası sözleşmelere de saygıyı içerdiğine haklı olarak vurgu yapılmaktadır.⁴⁰ Tanör / Yüzbaşıoğlu ise, insan haklarına

36 ÖZBUDUN, Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 8. baskı, Ankara, 2005, s. 381-382.

37 ÖZBUDUN, **2005**, s. 383.

38 ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi İlk Veriler", **Anayasa Yargısı**, Yıl: 1989, Sayı: 6, s. 119-121.

39 ÖZBUDUN, **2005**, s. 383-384.

40 ÖZBUDUN, **2005**, s. 384.

ilişkin bildiri veya sözleşmelere aykırı olan denetim konusu bir kuralın, Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerinden "insan haklarına saygılı devlet" veya "hukuk devleti" ilkelerine aykırı düşeceği, dolaylı şekilde de olsa Anayasa'ya da aykırı olacağını savunmaktadır.⁴¹ Yazarlar, Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan günümüze kadar Avrupa'da hâkim olan geleneğe paralel bir yaklaşım içinde olduğu ve ölçü normları sadece pozitif Anayasa ile sınırlı tutmadığını; Türkiye'deki uygulamanın özellikle Fransa ile büyük benzerlik gösterdiği ve hukukun genel ilkeleri, insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmelerin de ölçü norm olarak kullanıldığı, ancak bunları tek başına kullanmayıp "destek ölçü norm" olarak kullandığından da söz etmektedir.⁴² Kaboğlu ise, insan hakları sözleşmelerinin, Anayasa'ya uygunluk denetiminde genel nitelikteki uluslararası andlaşmaları aşan özelliğinin, onları anayasal düzeyde referans metinler olarak kullanılmasını gerekli kıldığını dile getirmektedir.⁴³

İptal davasına konu oluşturan somut uyumsuzlukta ise Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgeler..." diyerek vurgu yapmak suretiyle, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası belgeleri, somut olayda "destek ölçü norm" olarak uyguladığını açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, taraf olduğumuz uluslararası belgelerin cinsiyete dayanan ayrımı veya eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" ilkesi arasında da öz itibarıyla bir fark görmediğine işaret etmiştir. Diğer taraftan, hak ve özgürlüklerden yararlanmada ortak çıkış noktasını "eşitlik" ilkesinin oluşturduğunu, insana verilen değerlerin artmasıyla bu ilkenin birçok somut düzenlemenin kaynağını oluşturduğunu ve çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler karşısında, ulusların da kendi hukuk düzenlerini bu prensip çerçevesinde gözden geçirmesine ve aykırı hükümlerin kaldırılması gerektiğine olan inanç da kararda açıkça belirtilmiştir.

3 - Uygulanacak Norm ve "Birlikte Değerlendirilecek Norm" Sorunu

Anayasa'nın 152. maddesinde söz edilen "...uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini..." kuralının yorumu, somut norm denetiminin kapsamını ve sınırlarını belirlemede önem taşımaktadır. Anayasa'nın bu hükmüne karşılık, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un⁴⁴ 28. maddesi ise "...o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümleri..." nden söz etmektedir. Doktrinde, 2949 sayılı Kanun'un bu hükmünün Anayasa'nın 152. maddesinden daha geniş gibi görünen bir ifade olduğundan haklı olarak söz edilmektedir.⁴⁵ Çalışmamızın konusunu oluşturan kararın bir yönüyle irdelenmesi gereken sorun, eşitlik ilkesine aykırılık iddiasının değerlendirilmesinde iptali

41 TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 474.

42 TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, **2001**, s. 468-473.

43 KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 2.baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 347.

44 Bkz. 13/11/1983 tarih ve 18220 sayılı Resmi Gazete.

45 Bu görüş için bkz. ÖZBUDUN, **2005**, s. 402.

istenen norm ile eşitlik ilkesini ihlal ettiği itirazına konu edilen diğer normun mahkemece birlikte değerlendirilmesinin yapıp yapılmadığıdır.

İlk olarak değindiğimiz ret kararının aksine, Anayasa Mahkemesi'nin nihayet bu defa, usuli kendini sınırlama tekniğine hiç başvurmaksızın, eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülen iki normu, yani iptali istenen "erkeğin zinası" hükmü ile "kadının zinası" hükmünü birlikte değerlendirdiğini görmekteyiz. Yüksek Mahkeme, önüne gelen iptal isteminin kaynaklandığı davayı ilgilendirmeyen TCK'nin 440. maddesini inceleme dışı tutarak bu konuda bir karar vermemiş; fakat TCK'nin 441. maddesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını tespit edebilmek için her iki normu karşılaştırmıştır.⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'ne göre;

*"...İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, karının zinasına ilişkin 440. madde karşısında kocanın zinasına ilişkin 441. maddenin eşitlik ilkesine aykırı düştüğünü ileri sürmektedir. **Başvurunun konusu, 441. madde ise de; bu maddenin "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı olup olmadığı inceleyenirken, konuya ilişkin hükümlerin birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Çünkü, kanun önünde eşitlik, aynı konumda bulunanlardan yalnız birisine ilişkin bir düzenleme ile bozulabileceği gibi, her ikisi için farklı düzenleme yapılmasıyla da bozulabilir. İlk durumda, yalnız bir hükmün incelenmesiyle sorunun çözümü olanaklı olduğu halde ikinci durumda aynı yöntemle doğru sonuca ulaşılamaz. Bu nedenle, kocanın zinasına ilişkin 441. madde hükmünü kanun önünde eşitlik ilkesi yönünden değerlendirirken, evlilik birliği içinde aynı hukuksal konumda bulunan karının zinasının düzenlendiği 440. maddenin de göz önünde bulundurulması gerekir..."***

4 - Eşitlik İlkesine Aykırılığın İncelenmesi ve Hüküm

Anayasa Mahkemesi, kararında (özetle) şu düşüncelere yer vermiştir:

"... Karının zinasına ilişkin 440. maddede zina suçunun oluşması için kadının bir tek eylemi yeterli görüldüğü halde 441. maddede kocanın eyleminin zina suçunu oluşturması için, "...karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmak..." koşulu aranmaktadır. Ayrıca, karının zinasında, buna ortak olan erkeğin evli olup olmamasının suçun oluşması yönünden bir önemi olmadığı halde kocanın zinasında bu husus önemli bir öğe olarak ortaya çıkmaktadır. Yasa koyucu bu düzenlemeyle kadın yönünden basit zinayı, koca yönünden ise belli bir biçimde ortaya çıkan eylemi zina suçu saymaktadır.

Kocanın eyleminin zina suçu sayılabilmesi için kadının zinasında aranmayan kimi koşul ve öğelerin aranması, karı karşısında kocaya yasal üstünlük tanınması anlamına gelir. Evlilik birliği içinde kocaya bu

46 ŞEN, 1998, s. 282.

tür üstünlük tanımak için haklı bir neden yoktur. Çünkü, karşılıklı sadakat yükümlülüğü bakımından karı ile koca arasında fark bulunmamaktadır. Bunun için kocanın basit zinasının cezalandırılmaması, ona kadına karşı çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açarak cinsiyet ayrımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozar.

Yasa koyucu kuşkusuz, toplumsal gelişme ve özellikleri göz önünde bulundurarak zinayı suç olmaktan çıkarabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara da bağlayabilir. Ancak, bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayırım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştiremez.

Açıklanan nedenlerle, Türk Ceza Yasası'nın 441. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır; iptali gerekir..."

Anayasa Mahkemesi'nin anılan normun Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı sonucuna oybirliği ile ulaştığı hususuna dikkat çekmek isteriz. Mahkemenin de haklı olarak vurguladığı gibi, erkeğin zinasında kadının zinasında aranmayan farklı unsur ve şartların aranması, kadın karşısında erkeğe "kanuni bir üstünlük" tanınması anlamını taşımaktadır. Bir normun kadın için suç saydığı eylem, diğer norm tarafından erkek için suç olarak sayılmamış ise, elbette ki ortada cinsiyete dayanan bir eşitsizlik bulunmaktadır.⁴⁷ Zina suçunun kadın ve erkek yönünden farklı şekilde düzenlenmesinin haklı bir nedene dayanmadığına da Anayasa Mahkemesi'nin burada yine vurgu yaparak, erkeğin basit zinasının cezalandırılmamasının *kadına karşı erkeğe çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açtığından* söz ederek, kadın - erkek eşitliğini bozduğu gerekçesi ile anılan normun iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığı belirtilmiştir.

SONUÇ YERİNE

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddesi hükmü irdediğimiz ve deyim yerindeyse "serüven" olarak adlandırılabilir bir anayasa yargısı süreci sonunda nihayet Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilebilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1968 tarihli kararında, hükmü iptal etmek istememiş; bu sonuca ulaşmak için de usuli kendini sınırlama tekniklerine başvurarak davanın esasına girmekten kaçınmıştır. Mahkeme, davanın esasına gerçekten girerek inceleme yapacak olsa, bunun sonucunun ne olabileceğini tabii ki bilmekte ve bu nedenle iptal sonucuna ulaşmaktan kaçınmak istemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, yargısal olarak böyle bir *değer tercihi* yapmasının sebebini o yıllarda toplumun erkeğin evlilik dışı ilişkisi hakkındaki değer yargılarından fazlasıyla etkilenmiş olmasında aramak gerekir. Böylece Mahkeme, Anayasa'ya aykırılığı hususunda yoğun tartışmalar bulunan bir hükmün 1996 yılına gelinceye kadar hukuk düzenimizde yürürlükte tutulmasına sebep olmuştur. Diğer taraftan 1996 yılında Şabanözü Asliye Ceza Mahkemesi'nce Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilinceye değin için, bu hükmün özellikle yoğun olarak uygulandığı büyükşehirlerde

47 DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 405.

kurulmuş mahkemelerce Anayasa'ya aykırılık oluşturabileceğinin düşünülmemiş veya aykırılık iddialarının ciddi bulunmamış olmasını da Türkiye'de ceza muhakemesi pratiğinin bir başka boyutu olarak dikkat çekici bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

Anayasa Mahkemesi aynı hüküm 1996 yılında önüne geldiğinde ise, bu defa normu iptal etmek için hiçbir usuli kendini sınırlama tekniğine başvurmamış; iptali istenen erkeğin zinası normu ve bununla ilgili kadının zinası normunu birlikte değerlendirerek haliyle eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, genel eşitlik ilkesinden hareket etmiş olup; eşitlik ilkesine aykırılık olup olmadığını denetlerken ise kendi geliştirdiği ölçütlere başvurduğunu, doktrinde kabul edilen sınıflandırma ölçütlerine ise başvurmadığını gözlemlemekteyiz.

KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi** (AYMKD), Yıl: 1992, Sayı: 6, (s. 287-289).
- BAŞTÜRK, İhsan, **T.C. Anayasası ve İnsan Haklarına İlişkin Temel Belgeler**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi İlk Veriler", **Anayasa Yargısı**, Yıl: 1989, Sayı: 6, (s. 117-158).
- DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Cilt IV, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- EVANS, Gareth, "Benign Discrimination and the Right to Equality", **Federal Law Review**, 1974, Volume: 6, (s. 26-83), <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/1974/2.html> (Erişim tarihi: 27/3/2018).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Zina Cürümleri**, Ankara, 1981.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 2.baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- KİLİ, Suna / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze"**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1985.
- NUHOĞLU, Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- ONAR, Erdal, **Kanunların Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, AÜHF Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 2000, Sayı: 55 (4), (s. 47-81) .
- ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- ÖZBUDUN, Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 8. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ŞEN, Ersan, **1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- TUNÇ, Hasan, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Üretken Sermayenin Yeniden Üretilmesinin İdeolojik Aygıtı Olarak Hukuk

Hakemli Makale

Ezgi Nur TÜRKÖĞLU KARACAOVA^{1,2}

ÖZ

Sermayenin yeniden üretiminin bir biçimi olan üretken sermayenin yeniden üretilmesinde hukuk ideolojik aygıt olarak önemli bir işleve sahiptir. Üretken sermayenin yeniden üretiminin asli unsuru olan ücretli emek gücü ile işveren arasındaki ilişki iş sözleşmesi dolayısıyla somutlaşır. Burada hukuk bir yandan işçiye özgür bir birey olarak seslenir ve çalışıp çalışmamakta işçinin özgür olduğunu söylerken öte yandan üretim ilişkileri de hukuk aracılığıyla düzenlenir. Böylece hukuk üretken sermayenin yeniden üretilmesini hem genel düzenleme işleviyle hem de ideolojik işleviyle sağlar. Hukukun ideolojik işlevi bütün alana sirayet etmekle beraber özellikle iş sözleşmesi bu açıdan önemlidir. İş sözleşmesinde tarafların eşitliği ve sözleşme serbestisi hukukun ideolojik işleviyle birlikte değerlendirildiğinde, hukukun üretken sermayenin yeniden üretilmesindeki işlevi açıkça görülebilir.

Anahtar Kelimeler: İdeolojik Aygıt, Hukuk, Üretken Sermaye, İş Sözleşmesi, Althusser

ABSTRACT

Law As The Ideological Apparatus of Reproduction of Productive Capital

In the reproduction of the productive capital, which is a form of reproduction of the capital, law has an important role as an ideological apparatus. The relationship between the wage labor force and the employer, which is the essential element of the reproduction of the productive capital, becomes concrete through the employment contract. On the one hand, law calls the worker a free individual, and says that the worker is free to work or not, on the other the relations of production are regulated by law itself. Thus, the law provides for the reproduction of the productive capital both by its general regulation function and its ideological function. The ideological function of the law spreads to the whole field, but especially the labor contract is important in this respect. When the equality of the parties in the contract of employment and the liberty of contract are evaluated together with the ideological function of the law, the function of the law in reproducing the productive capital can be clearly seen.

Keywords: Ideological Apparatus, Law, Productive Capital, Labor Contract, Althusser

¹ **Sorumlu Yazar:** Ezgi Nur Türkoğlu Karacaova, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi **e-mail:** zginurturkoglu@hacettepe.edu.tr
Geliş Tarihi: 15.03.2018 ; Kabul Tarihi: 21.06.2018

² Yazar, makalesini başlık numaraları ve içindekiler kısmı içermeyecek şekilde kurgulamıştır.

ÜRETKEN SERMAYENİN YENİDEN ÜRETİLMESİNİN İDEOLOJİK AYGITI OLARAK HUKUK

Sermaye; tarihin belirli bir döneminde ilgili toplumsal formasyonlar içerisinde hakim hale gelmiş, sınıf mücadeleleri içerisinde belirlenmiş bir toplumsal ilişki olarak¹ birbirinden bağımsız sayısız üretici etkinliğin gündeme getirdiği taleplerin toplam etkisine denk gelmektedir². Gelecekte üretilen artı değere yönelerek genişleme, duraklama, kriz ve yeniden genişleme döngüsünden oluşan çevirimlerle birlikte dönüşen üretim etkinliğine ve sermayenin bu etkinliğe bağlı dolaşımına denk düşer³.

Sermaye, yeniden üretim aracı olarak hizmet eden birikmiş emekle sınırlı değildir, aynı zamanda birikmiş emeğe kendi değişim değerini korunmasının ve çoğaltılmasının aracı olarak hizmet eden yaşayan emektir⁴. Sermaye ancak işgücü karşılığında değişilmek suretiyle yani ancak ücretli emek yaratarak çoğalabilir⁵. Sermayenin genişletilmiş yeniden üretimi P-M-M1-P1 şeklinde şematize edilebilir; bu durumda M-M1 evresinde ücretin artı değer karşısındaki oranını düşürebilen bireysel kapitalistler rakiplerine avantaj sağlamış olurlar ve genel olarak sermaye bu süreçte birikir⁶.

Birikimin olabilmesi için artık ürünün bir kısmının sermayeye çevrilmesi gerekir. Ne var ki, bir mucize olmayacaksa, sermayeye dönüştürülecek şeyler ancak emek sürecinde kullanılabilen şeyler, yani üretim araçları ve sonra da işçinin yaşamasını sağlayan şeyler, yani geçim araçlarıdır. O halde, yıllık artık emeğin bir kısmının yatırılmış olan sermayenin yenilenmesi için gerekli olan miktarın ötesine geçen ek üretim ve geçim araçlarının üretimi için kullanılmış olması gerekir... bu unsurlara fiilen iş gördürebilmek için, kapitalistler sınıfının ek emeğe ihtiyacı olur. Halen çalıştırılmakta olan işçiler üzerindeki sömür genişliğine ya da derinliğine arttırılamıyorsa ek emek güçlerinin bulunması gerekir⁷.

Marx'ın ifade ettiği üzere, bir toplumsal oluşumun varlığını sürdürebilmesi, ilgili oluşumun üretimde bulunurken üretim koşullarını da yeniden üretmesine bağlıdır⁸. Althusser buradan yola çıkarak üretim koşullarının yeniden üretiminin ne olduğu

1 ÖZDEMİR, Ali Murat, "**Kolektif Emperyalizm**", Kolektif Emperyalizm - Mağribden Maşrıka Dönüşümün Ekonomi Politiği, (der. A.M., Özdemir), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s.32, (s.29 - 92).

2 Ibid., s.40.

3 Ibid., s.39.

4 MARX, Karl, **Ücretli Emek ve Sermaye - Ücret Fiyat ve Kar**, 8. Basım, Sol Yayınları, Ankara, 2012, s. 30.

5 Ibid., s.31

6 ÖZDEMİR, 2014, s.41.

7 MARX, Karl, **Kapital - Ekonomi Politiğinin Eleştirisi I. Cilt**, (Çev. Mehmet Selik & Nail Satılğan), 2. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, s. 562.

8 ALTHUSSER, Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, (Çev. Alp Tümertekin), 2. Basım, İthaki Yayınları, İstanbul, 2015, s. 35.

sorusuyla işe girer. Üretim süreci üretim ilişkilerinden ve üretici güçlerden oluştuğuna göre üretim koşullarının yeniden üretimi bunların yeniden üretimini içermektedir. Bu noktada üretim araçlarının yeniden üretimi meselesi gündeme gelir. Elbette maddi üretim araçlarının yeniden üretimi şart olmakla birlikte; üretim araçlarının yeniden üretimi salt işletme düzeyinde düşünülemez; zira emek gücü sadece bir maliyet girdisi olarak değerlendirilemez⁹. İşte üretim güçlerin yeniden üretimini, üretim araçlarının yeniden üretiminden ayıran da emek gücünün yeniden üretimidir¹⁰. Emek gücünün yeniden üretimi ücret yolu ile sağlanmakla birlikte bunun için gerekli olan değer sadece işçinin fiziksel yeniden üretimine karşılık gelmez; bu tarihsel olarak hem kapitalist sınıfın kabul ettiği hem de proletarya sınıf mücadelesi sonucu değişken bir asgari değer gereklerine uygun olarak belirlenir; Althusser buna örnek olarak Fransız proleterlerine şarap, İngiliz işçilerine bira gerektiğini söyler¹¹.

Üretici güçlerin gelişmesi ile birlikte, toplumsal-tekniik işbölümünün farklı alanları ve mevkilerinin gereklerine uygun olarak emek gücünün yetkinleşmesi gerekir ve bu itibarla emek gücünün yeniden üretimi işletmede değil, esas olarak işletme dışında bir başka deyişle kapitalist okul sistemi içerisinde sağlanmaya yönelir ki; okulda sadece beceri değil aynı zamanda 'yurttaş bilinci, mesleki vicdan ve ahlak kuralları yani toplumsal-tekniik işbölümüne ve nihayet, sınıf egemenliğinin getirdiği düzene saygılı davranma kuralları' öğrenilir¹². Sonuç olarak okul beceri öğretmenin yanında bunu, "öznesi olmayan, ama taşıyıcısı olan, toplumu en geniş biçimde sarıp kucaklayan¹³" anlamına gelen egemen ideolojiye¹⁴ tabi olmayı sağlayan biçimde yapar¹⁵. Bu noktada Althusser emek gücünün yeniden üretiminin olmazsa olmaz koşulu olarak sadece niteliklerin değil aynı zamanda egemen ideolojiye tabi olma biçimleri içinde ve bu biçimler altında yeniden üretimin sağlandığını söyler¹⁶. Emek gücünün yeniden üretiminin bu şekilde açıklanması, üretim ilişkilerinin yeniden üretiminin açıklanmasının bir parçası olsa da hepsini açıklayamaz. Üretim ilişkilerinin yeniden üretimi çok büyük ölçüde hukuki, siyasal ve ideolojik üstyapı yoluyla sağlanır¹⁷. Althusser üst yapı alt yapı metaforunu betimleyici olarak yararlı bulur, bu iki katlı yapının temele dayanmasalardı üst katların tek başına havada tutunamayacaklarını gösterdiğini ifade eder ve aynı zamanda belirleme göstergeleri bakımından, son kertede ekonomik temelde olup bitenlerin katlarda olanları belirlemesi bakımından da faydalı bulur¹⁸. Böylece üst yapı alt yapının son

9 Ibid., s. 36 - 37.

10 Ibid., s.38.

11 Ibid., s.38 - 39.

12 Ibid., s.39 - 40.

13 ÇULHAOĞLU, Metin, **İdeolojiler Alanı ve Türkiye Örneği**, 2. Basım, Öteki Yayınevi, Ankara, 1999, s. 36.

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇULHAOĞLU, 1999, s. 36

15 ALTHUSSER, op. cit., s. 41.

16 Idem.

17 Ibid., s.55.

18 Ibid., s.43.

kertedeki belirleyiciliği ile belirlenmiş olarak bu tasvirde önemli olan iki nokta vardır; bunlardan birincisi üst yapının temel karşısında görece özerkliği haiz olması, ikincisi ise üst yapının karşılık olarak temeli etkilemesidir¹⁹. Ancak her halükarda bu metaforun betimleyici olmasının onun aşılması gerektiğini belirtir Althusser ve bu noktada yeniden üretim perspektifinden bunların düşünülmesi gerektiğini ileri sürerek devleti bu noktadan incelemeye girişir²⁰.

Althusser Marksist klasiklerde devletin her şeyden önce 'hukuki pratiğin gerekleri uyarınca zorunluluğunu ve varlığını hepimizin kabul ettiği uzmanlaşmış aygıt, yani polis- mahkemeler- hapishaneler; bir de polis ve uzmanlaşmış yardımcı birlikleri olaylarla başa çıkamadıklarında son kertede ek baskı gücü olarak doğrudan doğruya müdahale eden ordu ve bu bütünün üzerinde, devlet başkanı, hükümet ve idare olarak devlet aygıtı şeklinde tanımlandığını ifade eder²¹. Bu noktada devlet egemen sınıfın baskı aracı konumundadır. Ancak Althusser devlet aygıtının baskı işlevini yürüten araçların çoğalmasının esasen devlet teorisini ilerletmediğini ileri sürmekte ve bu noktada devlet ile devlet iktidarı arasında bir ayrım yapmakla birlikte devletin yalnızca devlet iktidarına bağlı olarak anlam taşıdığını; zira tüm siyasal sınıf mücadelelerinin devlet iktidarının elde tutulması ve korunması çevresinde döndüğünü söyler²². Böylece devlet iktidarı ile devlet aygıtı birbirinden ayrılır. Bu nokta Althusser'in teorisinde çok önemli bir yeri işgal eder. Zira devlet iktidarı çeşitli mücadeleler sonucunda ele geçirilse bile devlet aygıtı olduğu yerde kalabilir ve eğer egemen bir ideoloji kurulmak isteniyorsa devlet aygıtı da dönüştürülmelidir. Devlet aygıtının tarafında bulunan ancak onunla karıştırılmaması gereken bir gerçek olarak devletin ideolojik aygıtlarının altını çizer Althusser²³. DİA'lar (*Devletin İdeolojik Aygıtları*) ise dinsel, okul, aile, hukuki, siyasal, sendikal, haberleşme ve kültürel olarak sıralanabilir²⁴. Peki bunlar nasıl ayrılır²⁵? Bir tek baskıcı devlet aygıtına karşılık birden çok DİA vardır. Peki DİA'ların çeşitliliğini birleştiren nedir? Eğer DİA'lar ideolojiye öncelik vererek işliyorsa onların çeşitliliğini birleştirenin bu işleyiş olduğunu ifade eder Althusser; zira işleyişlerini sağlayan egemen sınıfın ideolojisi olan egemen ideoloji tüm çelişkilerine rağmen daima bir birliğe sahiptir²⁶. Baskıcı devlet aygıtı tamamıyla kamu alanına aitken DİA'ların çoğu özel alana aittir; ancak bu alan ayrımının burjuva egemen ideolojisinin getirdiği bir sonuç olduğu da unutulmamalıdır. İkisinin de ideoloji ve şiddeti kullanarak işlemesiyle beraber baskıcı aygıt öncelikle şiddet kullanımına yönelirken; DİA'lar ideoloji kullanımına yönelir. Aralarındaki en temel ayrım budur²⁷.

19 İdem.

20 Ibid., s.44.

21 Ibid., s.44 - 45.

22 Ibid, s.46 - 48.

23 Ibid, s.50.

24 Ibid, s. 50, 51.

25 İdem.

26 Ibid., s.53.

27 Ibid., s.52.

Egemen sınıf baskıcı devlet aygıtını elinde tutar ve bu itibarla ideolojik aygıtlara da sahiptir; ancak baskıcı devlet aygıtını elde tutmak ile DİA'ların etkin olması birbirinden ayrıdır²⁸. DİA'ların hareketi ile baskıcı devlet aygıtının hareketi arasında durmaksızın açık ya da örtülü karşılıklı ilişkiler vardır²⁹. Sonuç olarak denilebilir ki; hiç bir sınıf DİA'ların içinde ve üstünde kendi hegemonyasını uygulamadan devlet iktidarını kalıcı olarak elinde tutamaz der Althusser³⁰. Peki bu ne demektir? Bu noktada DİA'ların işlevine bakılmalıdır. Bunun içinse önceki açıklamaların genel bir toparlanmasının yapılması uygun olacaktır. Devlet aygıtı hem baskıcı devlet aygıtını hem de DİA'ları kapsar. Devlet iktidarı dolayısıyla baskıcı devlet iktidarını eline geçirmiş olan sınıf, DİA'ları aynı kolaylıkla ele geçiremez zira DİA'lar sınıf mücadelesinin sadece konu değil, aynı zamanda yeridir de ve eski egemen sınıfın DİA'lardaki sağlam konumlarının yanı sıra aynı zamanda sömürülen sınıfların da mücadele ettiği bir konu olarak DİA'ların ele geçirilmesi zordur³¹. Peki DİA'ları bu kadar önemli yapan şey nedir? İşlevleridir; elbette DİA'lar işlevleriyle var olmazlar ancak önemlerini de işlevlerinden alırlar. DİA'ların işlevleri toplumsal oluşumun var olma koşullarından olan üretim ilişkilerinin yeniden üretimde üstlendikleri roldür. DİA'lar baskıcı devlet aygıtının aksine üretim ilişkilerinde kişilere biçilmiş rolü zor kullanmadan; apaçıkmişçesine, doğal ve kuralları ile birlikte kişilere gösterir ve benimsetirler. Bunu da yukarıda belirtildiği gibi işleyişlerinde ideolojiye öncelik ve yer vererek yaparlar. Öyleyse DİA'ların işlevini anlamak için şimdi bakılması gereken yer ideolojidir.

İdeoloji konusunda birçok değerli teori vardır ancak burada Althusser'in perspektifi ile sınırlı kalınacaktır. Althusser ideolojinin ilk olarak bireylerin gerçek varoluş koşulları ile kurdukları hayali bir ilişkinin temsili olduğunu ifade eder³² ve insanların gerçek varoluş koşullarını temsil etmek için neden böylesi bir hayali aktarıma uğratmaya gerek duyduğu sorusunu sorar³³. Buradaki kilit cevap ideolojinin varoluş koşulları ile kurulan ilişkinin hayali olmasında yatar; yani bir başka deyişle kilit kelime ilişkidir³⁴. Althusser'e göre her türlü hayali çarpıtma bu ilişkinin hayali doğası tarafından desteklenir; yani "her ideolojinin, zorunlu biçimde hayali olan çarpıtılmasında temsil ettiği şey, varolan üretim ilişkileri değil, her şeyden önce bireylerin üretim ilişkileri ve bunlardan türeyen ilişkiler ile kurduğu hayali ilişkidir"³⁵. "Peki bu ilişkilerin ve bireylerin bunlarla girdikleri özel ilişkilerin bireylerin temsilinde hayali olması, çarpıtılması neden zorunludur?"³⁶ sorusunu sorar Althusser.

28 Ibid., s.53.

29 Idem.

30 Idem.

31 Ibid., s.54

32 Ibid., s.68.

33 Ibid., s.69.

34 Ibid., s.71.

35 Idem.

36 Ibid., s.72.

Buna geçmeden önce belirtilmelidir ki; Althusser için yaşanan ilişkiler meselesi olan ideoloji, ideolojinin yanılısma, yanlış bilinç, uydurma olduğu yönündeki iddiaları reddeder³⁷. Belirli toplumsal koşullarda çoğu kez ilişkiler doğru olmayan inanç ve iddiaları barındırsalar da; her ideolojinin yanlışlık içereceği anlamına gelmez³⁸. Bir kere ontolojik olarak meseleye yaklaşıldığında ideolojiyi meydana getiren temsil ve fikirlerin zihinsel değil maddi bir varoluşa sahip olduğu görülür³⁹. İdeolojiler bir tür bilgi içerseler de; mevcut bilgiler teorik olmaktan çok özneyi toplum içerisindeki pratik işlerine yönelttiğinden dolayı pragmatiktir⁴⁰. Zaten kapitalizmin gitgide karmaşık hale gelen yapısı, artı değerın bölüşümünde maddi üretimin dışında başka etkenlerin ağırlıklarının artması, orta sınıfların genişlemesi olguları; kapitalist sömürü ve eşitsizliklerin çıplak halleriyle kavranmasını engellemekle birlikte; yabancılaşmanın katlanması sonucu yabancılaşma içerisindeki bireylerin ve sınıfların bilinçlenmeleri ideolojik dolayimleri çok daha gerekli kıldığından; ideolojinin yanlış bilinç olduğunu savunan düşünceler doğrultusunda gerçek durumun tam bilincine varıldığında ideolojinin yok olacağı savı da ortadan kalkmıştır⁴¹. İdeoloji ile işleyen DİA'larda da görüleceği üzere ideoloji bir aygıtta ve bu aygıtın pratiklerinde var olur⁴². Bunun dışında ideoloji sonucu bireylerin ilişkilerle olan özel ilişkisindeki hayali ilişki de maddi bir varoluşa sahiptir⁴³. Althusser bunu şöyle açıklar:

Bir birey Tanrı'ya ya da Görev'e ya da Adalet'e, vb. inanır. Bu inanç söz konusu bireyin fikirlerinden kaynaklanır, yani inancına ilişkin fikirleri içinde barındıran bir bilince sahip bir özne olarak ondan kaynaklanır. Bu sayede, yani böylece kurulmuş olan, tam anlamıyla ideolojik 'kavramsal' düzenek sayesinde söz konusu öznenin maddi davranışı da bu düzeneğin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkar...bir bilinç sahibi ve bilincinin kendisine esinlediği fikirlere inanan ya da bunları özgürce kabul eden her öznenin kendi fikirleri uyarınca eylemesi gerektiği; bir başka ifade ile kendi maddi pratiğinin edimlerinde özgür bir özne olarak sahip olduğu kendi fikirlerine yer vermesi gerektiridir, böyle yapmaması iyi olmaz⁴⁴...inancına göre yapması gerekeni yapmıyorsa başka bir şey yapıyordur...demek ki kafasında başka fikirler vardır ve böylece 'tutarsız'... ya da 'sapkın' biri olarak... hareket ediyordur⁴⁵.

37 EAGLETON, Terry, **İdeoloji**, (Çev. Muttalip Özcan), 3. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 43.

38 Ibid., s.50.

39 ALTHUSSER, op. cit., s.72.

40 EAGLETON, **2011**, s.44.

41 ÇULHAOĞLU, **1999**, s.24.

42 ALTHUSSER, **2015**, s.73.

43 Idem.

44 İşte daha önce sorulan zorunluluk burada yatar.

45 Ibid., s. 73-75.

Althusser öznenin inançlarını oluşturan fikirlerin maddi pratiklere dahil olan maddi edimler olduğunu ve bu maddi pratikleri düzenleyen ise maddi ritüeller olduğu ve bu ritüellerin kendilerinin de söz konusu öznenin fikirlerinin kaynağını oluşturan maddi ideolojik aygıt tarafından tanımlandığını ileri sürer⁴⁶. Yani Althusser'e göre her pratik, ancak bir ideoloji yoluyla ve bir ideolojinin altında var olabilir ve her ideoloji, ancak bir özne yoluyla ve özneler için var olabilir⁴⁷. Bunun sonucu olarak Althusser ideolojinin bireyleri özne olarak çağırdığını ileri sürer⁴⁸. 'Interpellation' kavramı Althusser'in teorisinde kilit öneme sahip diğer kavramlardan bir diğeridir. Her tür ideoloji, özne kategorisinin işleyişi sayesinde, somut bireyleri somut özne olarak çağırır⁴⁹. Bireyler zaten hep öznedirler; çünkü ideoloji öncesiz ve sonrasızdır ve somut bireyi, somut özneye dönüştürmek onun kurucu işlevidir⁵⁰. Mümkün öznelerin bu kadar çok var olabilmesinin mutlak koşulu ise bir başka öznenin yani biricik ve merkezi bir öznenin var olduğunun sayılmasıdır⁵¹. Büyük özne olan bu merkezi ve biricik özne küçük özneye seslenir ve küçük özne büyük öznenin çağırması yoluyla özne olur. Bireylerin öznenin öznesi olmaları ve özneye tabi olmaları sonucunda özne ile öznelerin birbirini tanıması, öznelerin kendi aralarında birbirini tanıması ve nihayet öznenin kendi kendini tanıması gerçekleşir ve böylece her şeyin bu şekilde yolunda olduğuna dair öznelerin oldukları şeyi tanıyıp kabul etmeleri ve buna uygun davranmaları koşuluyla her şeyin yolunda gideceğini dair mutlak güvence ideolojinin işleyişini oluşturur⁵².

"Özne olarak çağırılma, Özne'ye tabi olma, evrensel tanıma ve mutlak güvencenin bu dörtlü düzeniyle sarılan özneler, 'işleyip yürürler'; baskıcı devlet aygıtının şu ya da bu biriminin müdahalesine yol açan 'kötü özneler' dışında, çoğunlukla 'kendiliklerinden yürürler'⁵³." İşte bu kendiliklerinden yürüme hali DİA'lar tarafından gerçekleştirilen ideoloji ile sağlanır⁵⁴. Özgür bireye bakıldığında bu işleyiş güzel bir şekilde görülür. Özgür birey, "*Özne'nin emirlerine özgürce boyun eğsin, yani tabi olduğunu özgürce kabul etsin diye, yani kendi tabi oluşunun eylem ve hareketlerini tek başına tamamlasın diye, bireye özgür özne olarak seslenilir. Özneler ancak tabi olarak ve tabi olmak için vardır. Bunun içindir kendiliklerinden yürümezler.*"⁵⁵.

Bir uçta maddi koşullarının sermaye olarak belirlenmesi ve diğer uçta emek güçlerinden başka satacak hiçbir şeyleri olmayan insanların ortaya çıkması yetmez. Bunların

46 Ibid., s.76.

47 Ibid., s.77.

48 Idem.

49 Ibid., s.81.

50 Ibid., s.83.

51 Ibid., s.86.

52 Ibid., s.88.

53 Ibid., s.88, 89.

54 Idem. İdeolojilerin sadece aygıtlarda var olduğuna itiraz için bkz. THERNBORN, Göran, İktidarın **İdeolojisi ve İdeolojinin İktidarı**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1989, s.75-79.

55 Idem.

kendilerini gönüllü olarak satmaya zorlanmaları da yetmez. Kapitalist üretim gelişimi içinde, eğitimleri, gelenekleri ve alışkanlıkları dolayısıyla bu üretim tarzının zorunluluklarını apaçık doğa yasalarıymış gibi gören bir işçi sınıfı oluşur. Bu üretim tarzı tam bir gelişme düzeyine ulaşır ulaşmaz, işleyişi ile her türlü direnci kırar; görece nüfuz fazlasının sürekli varlığı, emek arz ve talebi yarasını ve dolayısıyla üretici sermayenin değerlendirme ihtiyaçlarına uygun sınırlar içinde tutar ve iktisadi ilişkilerin sessiz baskısı kapitalistin işçi üzerindeki kesin egemenliğini tamamlar...İşlerin normal akışı sırasında işçi "üretim doğa yasaları"na, yani kapitalist üretimin kendi mekanizması ile yaratılan, güvence altına alınan ve ebedileştirilen sermaye bağımlılığına terk edilebilir⁵⁶.

Normalleştirilmenin apaçıklığından dolayı yerini öznelliklerin maddi kuruluş mekanizmasına bırakması sonucu sermayenin emek üzerinde gerçek boyunduruğu gerçekleşir ve "birey-biçiminde önceden kurulmuş olan öznelliklerin emek sürecinde tabiiyetiyle nitelenen biçimsel boyunduruk dünyası" iktidar aygıtlarının kurumsal olarak gelişmesi yoluyla burjuvazi-özneyi kutsayan evrensel birleşme yarasının yarattığı baskı sonucu tüm unsurların bir araya geldiği bir "yama"dır⁵⁷. Bu noktada hukuki ideolojiyi ayrıca incelemek gerekir. Bunun nedeni ise hukukun kendi kendine yeterli bir alan olmaması; başka bir deyişle düzenlediği ilişkilere gönderme yapan adalet, hak, otorite, özgürlük gibi göstergeleri; kendi içsel bütünlüğüne hasredebilecek göstergelere sahip olmadığından; her daim daha geniş ideolojik yapılar bütünlüğünden bu yapıların ideolojik doğaları ile birlik ödünç almasından ve bu suretle ilgili gösterge setlerinin hukuki düzenin farklı alanlarının bütünlüğünü sağlamasından ötürü hukukun merkezleştirici bir etkiyi haiz olmasındandır⁵⁸. Althusser'e göre hukuk ancak mevcut üretim ilişkilerine bağlı olarak vardır ve hukuk ancak varlığını borçlu olduğu üretim ilişkilerinin kendisinde tamamen var olmaması şartıyla biçimsel sistematığe sahiptir⁵⁹. Diğer söylemler ile hukuk arasındaki irtibat noktası, hukukun alt söylemlerini bir merkeze doğru çeken etkide görülebilir; böylece kapitalist toplumsal formasyonlarda temel sosyal biçimler hukuki biçimler dolaşımıyla bitişir, yapışır ki; hukuk bir bağlantı noktası olarak görülebilir⁶⁰. Bağlantı noktası olması ve diğer yapıların etkisi sonucu disipline edici ve düzenleyici ilişkiler ile dengeler sarsıldığında yeni düzen hukuk çerçevesinde oluşur veya hukuk yoluyla korunmaya

56 MARX, 2011, s.707.

57 ALBIAC, Gabriel, "Spinoza / Marx: Öznenin İnşası", *Marx'tan Spinoza'ya Spinoza'dan Marx'a: Güncel Müdahaleler*, (der. E. Canaslan, vd.), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, (s.297 - 306), s.298-301.

58 ÖZDEMİR, Ali Murat, *Sözün Mülkiyeti - Hukukun Ekonomi Politikası*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008, s. 206.

59 EKİCİ, Ekrem, "Antonio Gramsci ve Louis Althusser: Hukuk İdeolojisinin Eleştirisi", *Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi*, (der. T. Yelkenci), NataBene Yayınları, Ankara, 2013, (s. 247 - 279), s.240.

60 ÖZDEMİR, op. cit., s.194.

çalışılır⁶¹. Hukuk düzenleyici olmak bakımından ifade ettiği üretim ilişkileri bakımından bağımlı bağlantı noktası olmak ve merkezleştirici etkiyi haiz olması bakımından ise özerk bir aygıttır⁶². İşte hukuki ideoloji hem bir bağlantı noktası hem de merkezleştirici etkiye sahip olmasının yanı sıra dengelerin korunmasında veya yeniden kurulmasında da işlev görür ki; bu üretken sermayenin yeniden üretiminde can alıcı nokta olan canlı emek gücünün yeniden üretimin sağlar.

“Hukuk, kapitalist toplumsal formasyonda iktisadi pratikler ile toplumsal yapılar arasında sürekliliğin ve bu sürekliliğin korunumunun ve yeniden üretiminin dinamik faktörüdür, bireylerin öznelere dönüştürülmesinin somut ifadesidir⁶³”. Küçük özneye seslenen büyük özne rolü hukuki ideolojiye düşer; büyük özne hukuki kategoriler diliyle seslenir; böylece hukuki ideoloji tarafından çağırılan küçük özneler, hukuki özne olabilirler, belirtilmelidir ki; hukuk ideolojisi hak süjesini basitçe tanımaz; sermaye dolaşımına içkin olan ve hukuki ideolojiyi imkan dahiline sokan maddi pratikler yoluyla üretir⁶⁴. Bu noktada hukukun işlevi kapitalist üretim ilişkilerinin düzenli olarak işlenmesini hukuki-ahlaki ideolojiyi kullanarak sağlama ve üretim ve mübadele etmenlerinin maddi davranışını her an, her yerde ve durmak bilmeksizin müdahale ile düzenlemesidir⁶⁵. Hukuk üretim ilişkilerini ifade etmekle birlikte asla ilgili üretim ilişkilerini kendi kurallar sistemi içerisinde zikretmez; hatta tam tersi onları gizler⁶⁶. İlgili sağlama ve düzenleme sonucu bireyler bunu tek başlarına değiştiremediklerinden ötürü toplum düzeninin zorunluluğunu mecburen kabul ederler, özel olan emekçiler de egemen sınıfların hukuki ve ahlaki ideoloji ile sağladığı ve düzenlediği yerleşik düzen ile sömürüyü böyle bir kadere razı olma felsefesi ile birlikte almakla beraber⁶⁷; hukuki ideoloji emekçileri aynı zamanda muayyen kaderi seçmekte özgür ve serbest hukuki özneler olarak çağırır ve üretir. Bunu ise liberal hukuk ile özel hukukun birbirinden ayrılmayacak iki teması mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğü⁶⁸ aracılığıyla yapar. Burjuva hukukunun temel kavramı olan sözleşme özellikle işçi ile işveren arasında işçinin sömürülmesini ifade eden hukuki ilişkiyi (iş sözleşmesi) yasal forma sokarak; “mevcut ekonomik düzenin esaslı bir unsuru olarak bireyin, özel hukuk ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacağı sözleşmelerle istediği biçimde özgürce düzenleyebilme yetkisi⁶⁹” şeklinde ifade edilen sözleşme özgürlüğü ile de sınırlarını iyice genişletir ve taraflar arasındaki eşitliği sözde sağlar.

İş sözleşmesi, sözleşenler arasında özgürce kurulmuş sayılır. Oysa, bu

61 Ibid., s.195.

62 EKİCİ, 2013, s.275, 276.

63 Idem.

64 ÖZDEMİR, 2008, s. 198.

65 Ibid., s.178.

66 EKİCİ, 2013, s.271.

67 ALTHUSSER, Louis, **Filozof Olmayanlar İçin Felsefeye Giriş**, (Çev. İsmet Birkan), Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2016, s. 43.

68 AKMAN, Şefik Taylan, **Hukuk ve Politika İlişkisi - Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi**, İmge Kitabevi, Ankara, 2016, s.304.

69 Ibid., s.304, 305.

özgürlük aslında, taraflar arasındaki eşitliğin yasaca salt kağıt üzerinde kurulmasına dayanır. Sınıfsal konumları arasındaki ayrımın sözleşmelerinden birine verdiği güç, bu güçlü tarafın ötekisinin üzerindeki baskısı, iki tarafın gerçek ekonomik durumu, bütün bunlar yasayı hiç mi hiç ilgilendirmez. Ve iş sözleşmesi süresi boyunca, biri ya da öteki açıkça vazgeçmedikçe, her iki taraf da aynı haklardan yararlanıyor sayılır. Varsın ekonomik koşullar, işçiyi, sözüm ona hak eşitliğinin en son kırıntılarından da vazgeçmeye zorlamış bulunsun. Yasanın umurunda değildir bu⁷⁰.

Hukuk DİA'sı ahlaki ve hukuki ideoloji ile işlemesi sonucu, bir yandan üretim ilişkilerinin işleyişini düzenlerken bir yandan da hukuki ideolojisi sayesinde üretim ilişkilerinin yeniden üretimin her öznenin vicdanında ara vermeksizin sağlamaya katkıda bulunur⁷¹. Böylece işçilere özgür birey olarak seslenen hukuki ideoloji bir yandan onların sözleşme özgürlüğünü apaçık ortaya koyarken; iktisadi zorunlulukları perdeler. İşçi çalışıp çalışmamakta fiziksel ve kültürel yeniden üretimi ile yedek iş gücü ordusunun baskılarından azade bir biçimde tam serbestiye ve özgürlüğe sahip olarak görülür ve bunun şaşılacak yanı ortadan kalkar.

KAYNAKÇA

- AKMAN, Şefik Taylan, **Hukuk ve Politika İlişkisi - Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi**, İmge Kitabevi, Ankara, 2016.
- ALBIAC, Gabriel, "Spinoza / Marx: Öznenin İnşası", **Marx'tan Spinoza'ya Spinoza'dan Marx'a: Güncel Müdahaleler**, (der. E. Canaslan, vd.), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s.297 - 306.
- ALTHUSSER, Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, (Çev. Alp Tümertekin), 2. Basım, İthaki Yayınları, İstanbul, 2015.
- ALTHUSSER, Louis, **Filozof Olmayanlar İçin Felsefeye Giriş**, (Çev. İsmet Birkan), Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2016.
- ÇULHAOĞLU, Metin, **İdeolojiler Alanı ve Türkiye Örneği**, 2. Basım, Öteki Yayınevi, Ankara, 1999.
- EAGLETON, Terry, **İdeoloji**, (Çev. Muttalip Özcan), 3. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011.
- EKİCİ, Ekrem, "Antonio Gramsci ve Louis Althusser: Hukuk İdeolojisinin Eleştirisi", **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, (der. T. Yelkenci), NataBene Yayınları, Ankara, 2013, s. 247 - 279.
- THERNBORN, Göran, **İktidarın İdeolojisi ve İdeolojinin İktidarı**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1989.
- MARX, Karl, **Kapital - Ekonomi Politikasının Eleştirisi I. Cilt**, (Çev. Mehmet Selik & Nail Satılğan), 2. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.
- MARX, Karl, **Ücretli Emek ve Sermaye - Ücret Fiyat ve Kar**, 8. Basım, Sol Yayınları, Ankara, 2012.
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Devlet ve Hukuk Üzerine**, (Der. / Çev. Rona Serozan), 3. Baskı, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul, 2013.
- ÖZDEMİR, Ali Murat, **Sözün Mülkiyeti - Hukukun Ekonomi Politikası**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008.
- ÖZDEMİR, Ali Murat, "Kolektif Emperyalizm", Kolektif Emperyalizm - Mağribden Maşrıka Dönüşümün Ekonomi Politikası, (der. A.M., Özdemir), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 29 - 92.

70 MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Devlet ve Hukuk Üzerine**, (Der. / Çev. Rona Serozan), 3. Baskı, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul, 2013, s. 68.

71 ALTHUSSER, 2015, s.139, 140.

Devrimin Çocuklarını Yargılamak: Jakobenler

Hakemli Makale

Aynur DEMİRLİ^{1,2}

ÖZ

1789 Fransız Devrimi, sadece gerçekleştiği çağ ve coğrafya ile sınırlandırılmayacak ölçüde geniş ve sarsıcı sonuçlarıyla bütün dünyayı etkilemiştir. Modern burjuva toplumunun ideolojik-politik çerçevesini oluşturan Devrim, bu sebeplerle bugün için bile hala güncelliğini ve popülerliğini korumaktadır. Devrimin belirli bir aşamasında hareketin önderliğini üstlenmiş olan Jakobenler de aynı şekilde, Fransız Devrimi'nin kendisi kadar popüler bir imgeye dönüşmüş ancak Devrim'in kendisine yapılan özgürlük, eşitlik, kardeşlik vurgusunun aksine Jakobenizm negatif anlamları ihtiva edecek biçimde adeta totalitarizm ile özdeş biçimlerde kullanılmıştır. Tepeden inme, radikal ve şiddete dayalı bir yönetim biçimini anlatır şekilde gündelik dilde ve hâkim sosyal bilim paradigmasında yeniden anlamlandırılan Jakobenizm kavramı, bugün yaygın şekilde otoriteryanizm eleştirisini ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Mevcut çalışma, Jakobin hareketinin içinde doğduğu Devrim şartlarından tamamen soyutlanarak ele alınmasının sonucu olarak kavrama yüklenen bu pejoratif anlamlardan sıyrılarak; Fransız Devrimi'ni çağdaşı olan diğer örneklerden ayırıp ona radikal niteliğini veren Jakobenizmin, kendi tarihsel ve toplumsal koşullarında anlamlandırılması gerekliliğini ileri sürmektedir.

Anahtar Kelimeler: Fransız Devrimi, Jakobenizm, Terör dönemi, burjuva devrimi, liberalizm.

ABSTRACT

Judging Children of The Revolution: The Jacobins

1789 French Revolution influenced the whole world with its wide and staggering consequences, which can not be limited only by the age and geography. The Revolution, which constitutes the ideological-political framework of modern bourgeois society, remains for this reason still up-to-date and popular. In the same way, the Jacobins, who assumed the leadership of the movement at a certain stage of the Revolution, were likewise transformed into an image as popular as the French Revolution itself, but unlike the *liberation, equality* and *fraternal* emphasis on the Revolution itself, Jacobinism was used in almost identical forms with totalitarianism. The notion of Jacobinism, redefined in common discourse and dominant social science paradigms, is a radical, violent-based form of governance, which is now widely used to express authoritarian criticism. The present study is devoid of these pejorative meanings which are conceived as a consequence of the totally abstracted treatment of the conditions of Revolution in the Jacobin movement. It is suggested that Jacobinism, which distinguishes the French Revolution from other contemporary examples and gives it its radical character, must be understood in its historical and social conditions.

Keywords: French Revolution, Jacobenism, Reign of Terror, bourgeois revolution, liberalism.

¹ **Sorumlu Yazar:** Aynur Demirli, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi ve Doktora Öğrencisi. **e-mail:** aynurdemirli90@gmail.com

Geliş Tarihi: 16.03.2018 ; Kabul Tarihi: 26.06.2018

² Yazar, makalesini başlık numaraları ve içindekiler kısmı içermeyecek şekilde kurgulamıştır.

DEVİRİMİN ÇOCUKLARINI YARGILAMAK: JAKOBENLER

1789 Devrimi, her zaman Fransız tarihi ve coğrafyasını aşan kapsamda ilgi çekici olmuştur. İnsanlık tarihinde çok az olay, 14 Temmuz 1789 günü Fransa'da fitili ateşlenen halk ayaklanması ve Bastille'in zapt edilmesi ile başlayan toplumsal dönüşüm kadar, bir ulusun sınırlarını aşan ve bütün insanlığa eşitlik ve özgürlük kapılarını aralayan bir dönüşüm olarak yorumlanmıştır.¹ Fransız Devrimi, patlak verişinden I. Dünya Savaşı'na kadar geçen dönemde, sadece Avrupa siyasetinin değil, Türkiye gibi kendi halklarının umutlarını bir tür modernleşmede gören az gelişmiş ülkelerin elitlerinin de siyasetlerinde takip edeceği bir dil ve sembolizm egemenliğini ifade eder.² Hatta öyle ki Türkiye modernleşmesi çalışmalarıyla tanınan Amerikalı tarihçi Bernard Lewis'ye göre Fransız Devrimi, İslam dünyası üzerinde herhangi bir şekilde gerçek etkiye sahip olan ilk Batı kaynaklı fikir hareketidir.³ Fransız Devrimi'nin kendi çağında yarattığı büyük etki, Fransızların üç renkli bayrağının neredeyse 150 yıl boyunca dünyada bağımsızlığını kazanan ya da birleşik devletler kuran ülkelerin bayraklarına esin kaynağı olmasından dahi anlaşılabilir: 1920'lere gelindiğinde toplamda 22 devletin ulusal bayrağı, yatay ya da dikey şekillerde, üç şeritli farklı renklerden oluşacak şekilde tasarlanmıştır.⁴

Fransız Devrimi'nin ulusal sınırlarının ve ortaya çıktığı dönem şartlarının çok ötesinde etkiler doğurmasının, kısacası bugün için hala çalışılıp tartışılıyor oluşunun en başta gelen sebebi ise; kendisinden önceki ve sonraki devrimler içinde kitlesel nitelikteki tek toplumsal devrim oluşudur. Bu anlamda 1789 Devrimi, benzeri olan toplumsal başkaldırılardan çok daha radikaldir.⁵ Örneğin çağdaşı olan Amerikan Devrimi daha ziyade kolonyal bağımsızlık konusunda baş gösteren bir anlaşmazlık olarak algılanırken; Fransız Devrimi klasik devrimin ideal hali olarak algılanmış ve sonraki yüzyıllarda da devrimci hareketler için bir şablon haline gelmiştir.⁶ 1789 sonrasında yaşanan pek çok farklı devrim girişiminde devrimci kadrolar, olayların seyrinin Fransız Devrimi'ndeki gibi tekrarlanmasını beklemiş ve öncüler olarak gördükleri Jakobenleri inceleyerek devrimci durumlarda var olan güç ilişkilerinin analizine girişmişlerdir.⁷ Fransız Devrimi ve

1 TİMUR, Taner, **Mutlak Monarşi ve Fransız Devrimi**, 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2016, s. 279.

2 HOBBSAWM, Eric J., **Fransız Devrimine Bakış: İki Yüz Yıl Sonra Marseillaise'in Yankıları**, (çev. Osman Akınhay), 1. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009, s. 46.

3 LEWIS, Bernard, "The Impact of the French Revolution on Turkey: Some Notes on the Transmission of Ideas", **Journal of World History**, Yıl:1953, Cilt:1, Sayı:4, s. 105. Ayrıca B. Lewis Fransız Devrimi'nin İslam coğrafyasındaki etkisini kavramak adına, özellikle 19. yüzyıl itibarıyla özgürlük, eşitlik, kardeşlik ve özellikle de milliyetçilik düşüncelerinin İslam toplumlarında gündelik dile kadar sızan etkisini irdeler. 1800'lü yıllara değin sadece kişinin doğup büyüdüğü toprak/bölge anlamına gelmekte olan *vatan* sözcüğü, Fransızca'daki *patrie* sözcüğüne benzer şekilde duyarlılık ve sadakat anlamları kazanmaya başlamış; 19. yüzyılın ortalarında Türkçe sözlük çalışmalarında *patrie* sözcüğüne karşılığı olarak kullanılmaya başlanmış; bu yüzyılın ikinci yarısından itibaren de gündelik konuşmada yaygın şekilde kullanılır olmuştur. bkz. LEWIS, 1953, s. 107-108.

4 HOBBSAWM, 2009, s. 46-47.

5 HOBBSAWM, Eric J., **Devrim Çağı 1789-1848**, (çev. Bahadır Sina Şener), 7. Basım, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s. 64.

6 BOOKCHIN, Murray, **Devrimci Halk Hareketleri Tarihi - Köylü İsyanlarından Fransız Devrimine**, 1. Basım, Dipnot Yayınları, Ankara, 2012, s. 317.

7 *idem*.

Jakobenizm imgesine, Rus Devrimi sırasında bile rastlanır. Jakobenizm, Menşevikler ile Bolşevikler arasında radikalizm farkını vurgulamak için V.I. Lenin tarafından sıklıkla politik argümanlarında bir metafor olarak kullanılacak ve Jakobenlik “emekçi sınıflar yararına amansız bir mücadele imgelemi” olarak yeniden üretilecektir.⁸

Fransız Devrimi'nin özellikle 1793-1794 aralığına denk gelen ve “Terör” dönemi olarak anılan Jakoben Cumhuriyet dönemi, devrimin daha evrensel düzeyde tanınan bir dönemecini oluşturur.⁹ Hatta meslekten tarihçi olmayan kişiler için, Fransız Devrimi düşünüldüğünde akla gelen ilk şeyler 1789 yılında devrimi başlatan olaylar ile devrimin II. yılında kurulan Jakoben Cumhuriyet dönemidir: Robespierre, Danton, Saint-Just, kamu esenliği komitesi, devrimci yargılamalar ve giyotin devrimin en açık simgeleri olarak akla gelir.¹⁰ Sahiden de Jakoben önderlerin isimleri dışında Devrim sonrasında etkin rol oynayan diğer grupların liderleri, örneğin Jirondenler, pek çok kimsenin belleğinde kendisine yer edinememiştir. Fransız Devrimi'nin özgüllüğü, tam da akıllarda kalan imgelemine uygun olarak, liberal orta sınıfın bir kesiminin, burjuva devrimini karşıtı bir devrimin eşiğine getirecek kadar devrimciliği sürdürmesi ve radikalleşmesidir. Bu kesimin adı, daha sonra adları “radikal devrimcilik” ile özdeşleşecek olan Jakobenlerdir.¹¹ Fransız Devrimi'nden sonra gerçekleşecek olan hiçbir burjuva devrimi, Fransız Devrimi kadar radikalleşmemiştir. Bu tarihi izleyen burjuva devrimlerinin çoğunda, ılımlı liberaller çok daha erken bir aşamada muhafazakar bir ittifaka kayacaklardır.¹² Elbette bunun sebeplerinden biri olarak, sonraki liberallerden farklı olarak Fransız Devrimi'nde etkin rol oynayan burjuva sınıfının, henüz ürkütücü bir Fransız Devrimi anısına şahitlik etmemiş olmaları gösterilebilirse de; asıl sebep bu dönemde radikalizmi yürüten Jakobenlere tutarlı bir alternatif toplumsal seçenek oluşturabilecek bir sınıfın bulunmamasıdır.¹³ Nitekim Fransız Devrimi aşamasında henüz toplumsal bir güç olarak proletarya sınıfından bahsetmek mümkün değildir.

Fransız Devrimi, çağdaşı olan diğer devrimlerden çok daha yoğun şekilde dünyayı kapsama ve etkileme niteliği taşımıştır. Bu bağlamda 1789 yılında Bastille'in halk tarafından ele geçirilmesinden 1794'te Jakobenlerin *Thermidor* darbesiyle iktidardan düşürülüp giyotine gönderilmelerine değin geçen beş yıllık süreç, belki de tarihin en çok irdelenen ve yazılıp-çizilen dönemini oluşturmaktadır. 1789 yılının üzerinden iki yüz yılı aşkın zaman geçtikten sonra bugün geriye dönüp bakıldığında, insanların Fransız Devrimi'nde görüp okudukları ana hatlar, hatta bu hareketin devrim olarak nitelenip nitelenemeyeceği dahi, büyük ölçüde siyasal ve ideolojik sebeplerden dolayı

8 MAYER, Robert, “Lenin and the Jacobin Identity in Russia”, *Studies in East European Thought*, Yıl: 1999, Cilt: 51, Sayı: 2, s. 146.

9 HOBBSAWM, 2009, s. 4.

10 HOBBSAWM, 2013, s. 78.

11 İbid., s. 73.

12 *idem.*

13 *idem.*

ciddi farklılıklar göstermektedir.¹⁴ Özellikle Devrim'in iki yüzüncü yıldönümü kutlamaları sebebiyle gündeme geldiği 1989 yılından itibaren, Fransız Devrimi revizyonist cepheden yükselen bir "Jakobenizm eleştirisi" özelinde ele alınır hale gelmiştir.¹⁵ Bu son dönemde muhafazakar tarihçi Tocqueville'in *Eski Rejim ve Devrim*¹⁶ eserinde ortaya koyduğu perspektifi dahi aşacak şekilde Fransız Devrimi'nin aslında bir devrim değil, 18. yüzyıl sonlarında başlamış evrimsel bir gelişmenin devamı olduğu yönündeki görüşler popülerlik kazanacaktır.¹⁷

Jakobenizm ya da Jakobenlik giderek daha yaygın biçimde "tepeden inmecilik", "halktan kopuk olma", "halkın isteklerini dinlemeksizin ve iradesini saymaksızın onun adına kararlar alma", "halk için olsa bile halka rağmen harekete geçme" anlamlarında kullanılmaya başlanmıştır.¹⁸ Bundan başka özellikle siyasal düşünce tarihi literatürü içinde, Fransız Devrimi'ni Jakoben Cumhuriyet dönemi ya da diğer adıyla Terör dönemi ile özdeşleştiren ve bunları siyasal şiddet ile özdeşleştiren bir anlayış hâkim olmaya başladı. Fransız Devrimi'nin en radikal dönemi olan 1793-1794 Terör dönemi, "halk sürüsünün kurbanlarını seçerken hiçbir ayırım yapmayan karanlık güçlerden beslenen bir patlaması, sonra kör bir nefretin ve aşırılığın ortaya dökülüşü" şeklinde karikatürleştirilir ve hatta bu dönemin totaliter akımların esin kaynağı olduğuna işaret edilir.¹⁹ Auschwitz, Dresden ve Hiroşima'da yaşanan şiddetin dahi sebeplerini anlaşılabilir bulan bu karikatürleştirme, her nasılsa Fransız Aydınlanması sonrasında yaşanan Terör dönemini anlamlandıramamaktan yakınmaktadır.²⁰ Jakoben liderler olan Marat, Danton ve Robespierre'in isimleri, Paris sokaklarını kana bulayan sahnelerin tasarımcısı olarak anılır hale gelmiştir.²¹ Muhafazakar ve liberal görüşlü karşı-devrimciler, Terör dönemini histerik bir kana susamışlık ve otoriteryanizm örneği olarak sunmuş olsalar da; Terör dönemi çağının koşullarında on dört aylık bir süreçte 16.594 resmi infaz ile nispeten makul toplu kıyımlar gerçekleştirecektir.²² Örneğin Paris Komünü'nü bastırmak için yapılan katliamlardaki ölüm sayısı, Terör dönemi infazlarına kıyasla çok daha yüksektir.²³

14 HOBBSAWM, 2009, s. 3.

15 TİMUR, 2016, s. 286.

16 Bkz. TOCQUEVILLE, Alexis de, *Eski Rejim ve Devrim*, (çev. Turhan Ilgaz), İmge Kitabevi, Ankara, 2004.

17 Bkz. FURET, François, *Fransız Devrimini Yorumlamak*, (çev. Ahmet Kuyaş), 1. Basım, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1989.

18 GÜLSUNAR, Emrah, *Jakobenizm ve Kemalizm: Eleştirel Bir Karşılaştırma*, 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2015, s. 17.

19 MOORE, Barrington Jr., *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soyulun ve Köylünün Rolü*, (çev. Şirin Tekeli - Alaeddin Şenel), 3. Basım, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 139.

20 HIGONNET, Patrice, "Terror, Trauma And The 'Young Marx' Explanation of Jacobin Politics", *Past and Present*, Yıl: 2006, Cilt:191, Sayı:1, s. 121.

21 CLEVES, Rachel Hope, "'Jacobins in this Country': The United States, Great Britain and Trans-Atlantic Anti-Jacobinism", *Early American Studies*, Yıl: 2010, Cilt: 8, Sayı: 2, s. 411.

22 Bkz. GREER, Donald, *The Incidence of the Terror during the French Revolution: A Statistical Study*, Paul Smith Publishing, Gloucester, 1966, s. ???

23 HOBBSAWM, 2013, s. 79.

Fransız Devrimi, olumlu yönden bakıldığında “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” sloganı ile harekete geçen ve düşünsel olarak Rousseau, Voltaire gibi Aydınlanmacı filozoflardan beslenen kitlesel bir devrim; eleştirel bağlamda ise Terör dönemi özdeşliği ile okunan anlamsız bir şiddet hareketi değildir. Fransız Devrimi sadece 1789’dan ibaret değildir; aynı şekilde 1791’de liberal anayasanın ilan edilmesi de, 1793-1794 Jakoben Cumhuriyet dönemi de, Napoleon devri de, Restorasyon dönemi de Devrim’e dâhildir. Bu dönemlerin her biri, Fransa’da bir burjuva toplumunun sınırlarının devamlı çizildiği çelişkili bir sürecin parçalarıdır.²⁴ Bu bağlamda Jakoben Cumhuriyet döneminin; tarih 1789’dan 1793’e ilerlerken, liberalizmden teröre geçiş olarak okunması²⁵, tarihsel-politik bağlamından kopuk ve aşırı karikatüre edilmiş bir Jakoben şiddet eleştirisi üzerinden Fransız Devrimi’nin yeniden “kurgulanışı” anlamına gelmektedir.

Jakobenizm güçlü teorik temellere sahip bir ideolojiden ziyade, dönemin tarihsel koşulları ile ortaya çıkmış olan eylem, tutum ve politikalar bütünüdür; yani “Jakobenizm hem bir eylem hem de bir söylem dizgesidir”.²⁶ Bu sebeple de Jakobenizmin kavranması adına, hareketin kendi tarihsel bağlamı ve koşulları içinde bir değerlendirmeye tabii tutulması gerekir. Peki sözü edilen bu Jakobenler kimlerdir ve Fransız Devrimi’nde onları iktidara taşıyan, ardından da indiren koşullar nasıl oluşmuştur?

30 Nisan 1789’da Versailles’da *Club Breton* adıyla kurulan Jakobenler Kulübü, kısa süre sonra *Société des Amis de la Constitution* (Anayasa Dostları Derneği) adını alır.²⁷ Aynı yılın sonlarında Paris’e taşınmak zorunda kalan derneğin Saint-Jacques sokağında bulunan merkez binası ve sert tutumları nedeniyle rakipleri onlara, “Jacobins” ya da “Jacobites” diye seslenmeye başlayacaktır.²⁸ Kulüp üyeleri tarafından da zamanla benimsenen bu “Jacobin” adlandırması, 22 Eylül 1792 tarihinde kulübün resmi adı *Société des Jacobins, Amis de la Liberté et de l’Egalité* (Özgürlük ve Eşitlik Dostları, Jakobenler Derneği) olarak kabul edilir.²⁹ Ulusal çapta geniş bir ağ kuran Jakoben Kulübün tarihi, Fransız Devrimi ile dramatik şekilde örtüşen dört ana evrede incelenebilir: kuruluş evresi 1789 ile 1791’de Kurucu Meclis’in dağılması arasında, ikinci evre 1 Ekim 1791’de Ulusal Konvansiyon’un kurulmasından Jirondenlerin tasfiye edildiği Haziran 1793 tarihine kadar, üçüncü evre Jakobenlerin iktidarı ele geçirdiği Terör dönemi olan 1793-1794 yıllarında ve son evre olan dördüncü evre de Robespierre’in iktidardan inışı ile 1795 yılında Konvansiyon’un Jakoben Derneklerini kapatması arasında yaşanır.³⁰

Jakoben Kulübünün bu kısa tarihinin de anlattığı üzere, Jakobenler 1789 devrimci kuşağının bir parçasıdır ve bu bakımdan 1789’un düşünsel kategorileri olan

24 HOBBSAWM, 2009, s. 93.

25 HIGONNET, 2006, s. 121.

26 AÇAOĞULLARI, Mehmet Ali, “Jakobenler ve Jakobenizm”, **Bilim ve Ütopya**, Yıl: 2011, Sayı: 205, s. 6.

27 AÇAOĞULLARI, Mehmet Ali, “Fransız Devrimi: Halk Sahneye Çıkıyor”, **Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler**, (der. M.A. Açıoğulları), 4. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, s. 604.

28 *idem*.

29 *idem*.

30 KENNEDY, Micheal L., “The Best and The Worst of Times: The Jacobin Club Network from October 1791 to June 2 1793”, **The Journal of Modern History**, Yıl: 1984, Cilt: 56, Sayı: 4, s. 635.

'eşitlik', 'özgürlük', 'kardeşlik', 'halk egemenliği' ve 'insan hakları'nı kullanırlar.³¹ Nitekim Jakobenzim temelde bir burjuva ideolojisidir ve 1789 devrimcilerinin Aydınlanmacılık, özel mülkiyetin kutsallığı, doğrudan demokrasi karşıtlığı, yasallık, merkezîyetçilik ve ekonomik liberalizm gibi görüşlerini Jakobenzim de paylaşır.³² Bu noktada Ulusal Konvansiyon sıralarında sağ kesimi temsil eden Jirondenlere yönelik en büyük muhalefetleri ile Jakobenzimlerin ayrıldığı nokta; feodal unsurların toplumdaki tasfiyesi konusunda diğer burjuva devrimci hiziplerinden daha duyarlı oldukları ölçüde radikalleşmeleridir.³³

Jakobenzim iktidara özellikle *sans-culotte*'lerin desteği ile gelecek ve bu desteği kaybetmeleri ile beraber de *Thermidor* darbesi yaşanacaktır. Şehirli alt-orta sınıfları tarif etmekte kullanılan ve Devrim'in de esas taşıyıcılığını üstlenmiş olan *sans-culotte*'lar (ya da Türkçesi ile baldırı çıplaklar), tam bir proleter kimliği olmayan düşük gelirli burjuva ve zanaatkarlar topluluğu olarak tarif edilebilir.³⁴ Nitekim Jakobenzim Kulübün üyelerinin sınıfsal profili incelendiğinde de bir proleter hareket olduğunu ileri sürmek zor olacaktır. Elde kalan kayıtlardan 1789-1795 tarihleri arasında kulüp üyeleri incelendiğinde, vergi ödeyen üyelerin oranının %45 civarında olduğu görülmektedir.³⁵ Ayrıca yine 1789-1795 yılları arasında Jakobenzim Kulüp üyelerinin %5'inin hukukçu, %3'ünün ruhban, %9'unun memur, %4'ünün er, %5'inin subay, %8'inin köylü, %16'sının zanaatkar, %12'sinin küçük dükkan sahibi, %7'sinin bankacı ve %6'sının ise eğitim, sanat ve edebiyat gibi bağımsız meslek kollarında çalıştığı görülmüştür.³⁶ Üyelerin %25'inin mesleki grupları kaydedilmediğinden bilinmemektedir.³⁷ Söz konusu üye profilinde de en büyük yüzdeyi *sans-culotte* ile tarif edilen tabakanın oluşturduğu dikkat çekmektedir.

Fransız Devrimi, *Tiers-Etat*'nın 17 Haziran 1789'da kendisini Ulusal Meclis, 8 Temmuz 1789'da da Kurucu Meclis ilan etmesi ile hukuki bir içerik kazanır.³⁸ Monarşi ile uzlaşma yanlısı ılımlı liberallerin ruhunu verdiği bu meclis, liberal oy hakkının geniş halk kitlelerine tanınması konusunda feodal sınıflarla uyumlu muhafazakar bir tutum benimsemiş ve 22 Aralık 1789'da kabul ettiği seçim kanunu ile oy hakkını sadece mülk sahiplerine tanımıştır. Bu dönemde sistemin adaletsizliğini savunan grupların başında Jakobenzimler gelmekte ve söz konusu mülk sahipliği şartı ile o günlerde sağ olsa, Jean-Jacques Rousseau'nun bile meclise giremeyeceği yönünde sert eleştiriler dile getiril-

31 AÇAOĞULLARI, 2013, s. 620.

32 GÜLSUNAR, 2015, s. 26-27.

33 *idem*.

34 "Bir *sans-culotte* nedir? Bu, hep yaya yürüyen, herkesin arzu ettiği milyonlara ve şatolara sahip olmayan, hizmetçileri bulunmayan ve -eğer varsa- karısı ve çocukları ile evlerin dördüncü veya beşinci katlarında oturan bir kimsedir. Yararlıdır; toprağı işlemeyi, demiri dövmeyi, testere kullanmayı, eğelemeyi, ayakkabı yapmayı, çatı çatmayı ve cumhuriyeti kurtarmak için de kanını son damlasına kadar dökmeyi bilen bir kimsedir. Çalıştığı için ona ne bir kahvede, ne bir fesat yuvasında, ne de bir tiyatrodaki rastlayabilirsiniz." Tipik bir *sans-culotte* tasvir için Jacques Hebert'den aktaran: TİMUR, 2016, s. 312.

35 BRINTON, Crane, "The Membership of the Jacobin Clubs", *The American Historical Review*, Yıl:1929, Cilt: 34, Sayı: 4, s. 745.

36 *ibid.*, s. 743.

37 *idem*.

38 TİMUR, 2016, s. 290.

miştir. 1789-1791 yılları arasında iktidarda olan ılımlı burjuvazi, Kurucu Meclis aracılığı ile Fransa'da rasyonelleşme yönünde önemli reformlara imza atar. Devrimci kadroların ekonomik yönde aldıkları kararlar tümüyle liberal niteliktedir: Köylü politikası, ortak arazilerin ekime kapatılması, kırsal girişimciliğin teşvik edilmesi; işçi sınıfı politikası, *Le Chapelier Kanunu* ile sendikaların yasaklanması; küçük esnaf politikası ise yine aynı kanunla lonca ve esnaf birliklerinin yasaklanması oldu.³⁹ 1790 yılına bu şekilde bir ılımlı burjuvazi-aristokrasi uzlaşımı ile girilirken, 14 Temmuz 1790'da Devrim'in ilk yılı, geniş halk sınıfları ile kralın uyumunu vurgulayan bir atmosfer içinde kutlanacaktır.⁴⁰ Kurucu Meclis tarafından kabul edilen 1791 Anayasası ile de ülkede resmi olarak oy hakkına dayalı anayasal monarşi kurulmuş ve oy hakkının mülkiyet esasına göre sınırlandırılması ile de radikal demokrasi talepleri önlenmişti. Ancak ılımlı burjuvazinin aristokrasi ile ittifak kurmak yönündeki tüm çabası, Kral XVI. Louis'nin ihaneti ve ülkeden kaçma teşebbüsü ile boşa çıkacaktır.

Kral'ın Fransa'dan kaçmaya çalışırken Haziran 1791'de yakalanışı, Cumhuriyetçilerin kitlesel bir güç haline gelerek ılımlı burjuvazi karşısında güçlenmelerinde belirleyici etkiye sahiptir. Diğer taraftan ılımlı burjuvazinin uyguladığı liberal ekonomi politikaları yiyecek fiyatlarındaki dalgalanmayı arttırmış ve özellikle Parisli kent yoksullarının, Cumhuriyetçilere radikal desteğini sağlamıştır.⁴¹ 1791 Anayasası'nın kabulünden sonra dağılan Kurucu Meclis yerini Ekim 1791-Eylül 1792 arasında Ulusal Konvansiyon dönemine bırakacaktır. Bu dönem mecliste çoğunluğu oluşturan ve ılımlı burjuvaziyi temsil eden Jirondenlerin iktidarı, mecliste azınlığı temsil eden ve meclisin üst sıralarında oturdukları için *Montagnard*'lar -yani Dağlılar- olarak anılan Jakobenlere kaybedişi ile sona erer. Jirondenlerin ülke içindeki çelişkilerin ertelenmesi ve ithaline bir çözüm olarak gördükleri ve Avusturya'ya karşı 1792'de başlatılan savaş; ülkeyi ikinci bir devrime, yani Jakoben Cumhuriyet'e ve nihayetinde de Napoleon'a kadar götürecektir.⁴² Avusturya ile başlatılan savaşın cephelerinin giderek genişlemesi, üstelik Fransa için savaş koşullarının kötü gidiyor oluşu ülkede solun güçlenmesine sebep olacaktır. Sonunda Jirondenlerin Paris'e karşı karşı-devrimci bir ayaklanma düzenleme girişimlerine kadar gidecek olan bu düşüşleri, Paris'te *sans-culotte*'lar tarafından 2 Haziran 1792'de gerçekleştirilecek ani bir darbeye sona erdirilir ve Jakoben Cumhuriyet dönemi başlamış olur.⁴³

Jakoben Cumhuriyet döneminin ilk icraatlarını genel oy hakkının kabulü ve Robespierre'in talebi üzerine kralın tutuklanarak devrim mahkemesinde yargılanması oluşturur. Genel oy prensibi çerçevesinde yeniden seçime giden Ulusal Konvansiyon'a *Montagnard*'lar, *Feuillant*'cılar denilen sağ kanadı elenmiş Jirondenler ve *La Plaine* (Yaylacılar) adı verilen ve devrimciler arasında aracılık rolü üstlenen vekiller

39 HOBBSAWM, 2013, s. 74-75.

40 TİMUR, 2016, s. 298.

41 HOBBSAWM, 2013, s. 75.

42 *idem*.

43 *ibid.*, s. 78.

seçilecektir.⁴⁴ 21 Eylül 1792'de Fransa'nın Prusya orduları karşısındaki zaferinden sonra ise monarşi ilga edilecek ve ertesi gün de Cumhuriyet ilan edilecektir. Bugün aynı zamanda yeni bir devrim kabul edildiğinden, kabul edilen devrimci takvimde 22 Eylül 1792 günü yeni takvimin ilk günü olarak ilan edilir.⁴⁵ Kral XVI. Louis de Ocak 1793'te halkın gözleri önünde idam edilecek ve Avrupa tarihinde idam edilen ilk kral olmamasına karşın, en büyük yankı uyandıracağı olacaktır.⁴⁶

Haziran 1793 tarihinde Konvansiyon'dan sağ kanat olan Jirondenlerin tasfiyesi ile başlayan Terör dönemi, muhafazakarlarca iplerini koparmış bir kana susamışlık olarak tasvir edilse de; Terör döneminin arkasında duran radikal orta sınıflar için, bu dönemki uygulamaların Fransa'nın korunmasında zaruri yöntemler olduğu açıktır.⁴⁷ Nitekim 1793 Haziranına gelindiğinde, Fransa'da seksen vilayetten altmışı Paris'e karşı ayaklanmıştı ve Alman ile İngiliz orduları ülkeye dört cepheden saldıran savaşlar başlatmışlardı.⁴⁸ Oysa bundan tam on dört hafta sonrasında bütün Fransa üzerinde tam denetim sağlanmış ve işgalcileri kovmuş bir Terör yönetimi ayakta durmaktadır. Çok az kaynakla, çok şiddetli bunalımların üstesinden gelinmiş olması, Terör döneminin başarılarından biridir. Bu noktada *Hapishane Defterleri*'nde 1793-1794 Terör dönemini incelemiş olan Gramsci'nin tespiti oldukça yerinde görünmektedir: Jakobenlerin takip ettikleri politik çizgi iki zorunluluğun sonucunda oluşmuştur.⁴⁹ Bu zorunluluklardan ilki, düşman güçleri ortadan kaldırmak ve bir karşı-devrime girişme imkanlarını yok edecek ölçüde onları güçsüzleştirmektir.⁵⁰ İkincisi ise, burjuvazinin kadrolarını genişletmek ve bütün ulusal güçlerin ortak çıkar ve gerekliliklerinin burjuvazi hegemonyası altında birleştirilmesini sağlamaktır.⁵¹ Ulusal Konvansiyon üyesi olan orta sınıfların bakış açısıyla, taşıdığı tüm kusurlara rağmen terörün seçilmiş olması bu anlamda anlaşılabilir değildir, çünkü bir diğer seçenek ulusal devletin parçalanması ve muhtemelen de ülkenin yeryüzünden silinmesidir.⁵²

Jirondenleri Konvansiyon'dan ihraç eden Jakobenlerin ilk işi, Jirondenlere ve taşra kaynaklı muhalefet hareketlerine karşı Parisli *sans-culotte*'lerin kitle desteğini harekete geçirmek olacaktır.⁵³ Zaten *sans-culotte*'lerin genel askerlik yükümlülüğü ve 'hain'lere karşı terör ile piyasadaki fiyat dalgalanmalarına karşı denetim gibi kimi talepleri Jakobenler ile örtüşmektedir.⁵⁴ Bu noktada terörün sistematik ve merkezi bir

44 TİMUR, 2016, s. 314.

45 *ibid.*, s. 315.

46 *ibid.*, s. 315-316.

47 HOBBSAWM, 2013, s. 79.

48 *idem.*

49 HOBBSAWM, 2009, s. 171.

50 *idem.*

51 *idem.*

52 HOBBSAWM, 2013, s. 80.

53 *idem.*

54 *idem.*

politik araç haline getirilmesinde temel belirleyen, öfkeli *sans-culotte*'ların talepleridir.⁵⁵ Devrimin başından beri giyotine başvurulması çağrılarının arkasında yatan sebepler ise, büyük bir öfkenin yanında halkın korkunç boyutlarda yoksulluğuna yol açan piyasa düzeneklerine karşı bir protesto ve zengin karaborsacıları ellerinde tuttıkları malları ortaya çıkarmaya zorlama isteğiydi.⁵⁶ 17 Eylül 1793'te Terör yönetiminin giyotin uygulaması önündeki tüm engelleri kaldıran meşhur Şüpheliler Kanunu kabul edilecek ve kanunda yapılan oldukça genel bir şüpheli tanımı ile devrim düşmanlarına yönelik terör uygulaması hız kazanacaktır.⁵⁷ Ayrıca Jakobenler, tazminat öngörmeksizin feodal haklardan geriye kalan her şeyi ilga edecek ve yurtdışına kaçan aristokratlardan kalan toprakları küçük alıcıların alması yönünde teşvikler çıkaracaktır. Dolayısıyla Fransa'da, kendilerini Devrime ve Cumhuriyete tutkuyla adanmış küçük ve orta köylü mülk sahipleri ile küçük esnaf ve dükkan sahiplerinden oluşan zapt edilemez bir kale kurulmuş olur.⁵⁸

Jakobenler ile *sans-culotte*'lar arasındaki bu ittifak, Jakoben hareketin merkezini de belirgin ölçüde sola kaydırıştır. Burjuva devriminin yaşaması noktasında Jakobenizm'in önemi de tam olarak bu noktada ortaya çıkmaktadır. Çünkü Jakobenizm, burjuva devrimini radikalleştirip sola itmenin ve burjuva sınırlarının ötesine geçmeye zorlamanın bir aracı olmuştur.⁵⁹ Nitekim Marx da Jakobenizm kavramına, "burjuvazinin ürkek ve aşırı uzlaşmacı yaklaşımları çerçevesinde" on yıllarca sürebilecek olan amaçlarına, sadece beş yıl içerisinde ulaşılmasını sağlayan siyasal bir fenomen olarak yaklaşmıştır.⁶⁰ Benzer bir şekilde Gramsci'nin analizlerinde de Jakobenizmin, kendisini Fransız burjuvazisinin sözcüsü olarak dayatarak, burjuva sınıf çekirdeğinin kendi isteğiyle benimseyeceği pozisyonun çok daha ilerisine taşıdığını vurgular.⁶¹ Nitekim en az homojen grup olan *Tiërs etat*'nın temsilciliğini üstlenen ılımlı liberaller zamanla içinde yerlerini, sadece kendi özgül sınıf çıkarlarına ilişkin reform taleplerinde bulunmayan ve burjuvaziyi tüm halk güçlerinin hegemonik grubu olarak kavramaya eğilimli küçük bir elit gruba bırakacaklardır.⁶²

Burjuvazi ile emekçi kitlelerin ittifakına dayanan Jakoben hareket, *sans-culotte*'lara karşı verilen ödümler karşısında mülk sahibi sınıfları korkuttuğu ölçüde kendi sonunu getirmiştir; çünkü bu harekette esas belirleyici olan yine de mülk sahibi orta sınıflardır. Bundan başka Jakoben hareket için diğer bir yıpratıcı etken de, neredeyse Konvansiyon'un yerini almış olan Kamu Esenliği Komitesi'nin, halk arasında gide-rek serpilip gelişen özgür, yerel ve doğrudan demokrasi fikirleriyle ciddi bir çatışma

55 MOORE, 2011, s. 140.

56 *idem*.

57 TİMUR, 2016, s. 321-322.

58 HOBBSAWM, 2013, s. 80-81.

59 HOBBSAWM, 2009, s. 57.

60 *ibid.*, s. 57-58.

61 *ibid.*, s. 168.

62 *ibid.*, s. 169.

anlamı taşımasıdır.⁶³ Üstelik savaş ekonomisi yüzünden zaten halk yönetimden giderek soğumaktadır. Halk kitleleri için, özellikle *sans-culotte*'ların ateşli savunucuları olan *Hébertçilerin* yargılanıp idam edilmeleri tam bir küskünlük anlamına gelecektir.⁶⁴ 1794 yılına gelindiğinde, ülkede hem sağ hem de sol giyotine yollanmış ve bunun doğal sonucu olarak da Robespierreciler, siyaseten yalıtılmış durumda kalmışlardır.⁶⁵

Bu şartlar altında devrimci takvimin *Dokuzuncu Thermidor*'unda, yani 17 Temmuz 1794 günü, Konvansiyon Jakoben yönetimi devirecek ve hareketin önderleri ertesi gün giyotine gönderileceklerdir. 1789'dan 1794 ve sonrasına Fransız Devrimi, aşırı derecede radikalleşmiş bir devrimden otoriteryanizme geri dönüşün, yani Napoleon'un siyasi iktidara yükselişinin görkemli bir örneği olarak da okunabilir.⁶⁶ "Devrim yönetimi, tiraniye karşı özgürlüğün despotizmidir" sözleriyle hareket eden Robespierre ve hareketinin başlattığı büyük terör dalgası, en sonunda kendi hayatlarına da mal olmuştur. Yine de bugün Fransız Devrimi yorumlarında adeta bir günah keçisi olarak işaretlenen Jakobenlerin; iç savaş, dış savaş, kıtlık ve karşı-devrimci hareket ile mücadelede izledikleri politika kendi tarihsel şartlarının bir ürünü olarak okunmalıdır.⁶⁷ Üstelik Jakobenler, küçük bir Aydınlanmacı elit grup olarak, Aydınlanma değerlerinin ve özgürlük düşüncesinin o dönemin köylü toplum şartlarında geniş halk kitleleri arasında yayılmasının başta gelen taşıyıcısı oldular. Belki bundan daha da önemli olarak, Jakobenler kendi dönemlerini aşacak şekilde, evrensel planda Devrim tarihinin önemli bir sembolü haline gelmiş öncül isimlerden kabul edilmektedirler. Sonuç olarak, Devrim koşullarının tarihsel bağlamı ve burjuvazinin hakim toplumsal sınıf olarak yükselişi esnasında yaşanan sınıf çatışmalarının dengesinden soyutlanmadan yapılan bir Jakobenizm okuması, bu hareketin bugün giderek gündelik söyleme ve akademik yazında egemen tarih okumasına aykırı biçimde; hareketi basit şekilde "tepeden inme iktidarın halka rağmen halka yaptığı zulüm" olarak nitelendirmeyi olanaksız kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, "Jakobenler ve Jakobenizm", **Bilim ve Ütopya**, Yıl: 2011, Sayı: 205, (s. 6-26).
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, "**Fransız Devrimi: Halk Sahneye Çıkıyor**", **Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler**, (der. M.A. Ağaoğulları), 4. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, (s.597-632).
- BOOKCHIN, Murray, **Devrimci Halk Hareketleri Tarihi - Köylü İsyanlarından Fransız Devrimine**, 1. Basım, Dipnot Yayınları, Ankara, 2012.
- BRINTON, Crane, "The Membership of the Jacobin Clubs", **The American Historical Review**, Yıl: 1929, Cilt: 34, Sayı: 4, (s. 740-756).

63 HOBBSAWM, 2013, s. 82.

64 *idem.*

65 *idem.*

66 HOBBSAWM, 2009, s. 63.

67 TİMUR, 2016, s. 328-329.

- CLEVES, Rachel Hope, "Jacobins in this Country": The United States, Great Britain and Trans-Atlantic Anti-Jacobinism", **Early American Studies**, Yıl: 2010, Cilt: 8, Sayı: 2, (s. 410-445)
- FURET, François, **Fransız Devrimini Yorumlamak**, (çev. Ahmet Kuyuş), 1. Basım, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- GREER, Donald, **The Incidence of the Terror during the French Revolution: A Statistical Study**, Paul Smith Publishing, Gloucester, 1966.
- GÜLSUNAR, Emrah, **Jakobenizm ve Kemalizm: Eleştirel Bir Karşılaştırma**, 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2015.
- HIGONNET, Patrice, "Terror, Trauma And The 'Young Marx' Explanation of Jacobin Politics", **Past and Present**, Yıl: 2006, Cilt:191, Sayı:1, (s. 121-164)
- HOBBSAWM, Eric J., **Fransız Devrimine Bakış: İki Yüz Yıl Sonra Marseillaise'in Yankıları**, (çev. Osman Akinhay), 1. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009.
- HOBBSAWM, Eric J., **Devrim Çağı 1789-1848**, (çev. Bahadır Sina Şener), 7. Basım, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013.
- KENNEDY, Micheal L., "The Best and The Worst of Times: The Jacobin Club Network from October 1791 to June 2 1793", **The Journal of Modern History**, Yıl: 1984, Cilt: 56, Sayı: 4, (s. 635-666).
- LEWIS, Bernard, "The Impact of the French Revolution on Turkey: Some Notes on the Transmission of Ideas", **Journal of World History**, Yıl:1953, Cilt:1, Sayı:4, (s. 105-125).
- MAYER, Robert, "Lenin and the Jacobin Identity in Russia", **Studies in East European Thought**, Yıl: 1999, Cilt: 51, Sayı: 2, (s. 127-154).
- MOORE, Barrington Jr., **Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yararılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü**, (çev. Şirin Tekeli - Alaeddin Şenel), 3. Basım, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.
- TİMUR, Taner, **Mutlak Monarşi ve Fransız Devrimi**, 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2016.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, **Eski Rejim ve Devrim**, (çev. Turhan Ilgaz), İmge Kitabevi, Ankara, 2004.

Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü

Hakemli Makale

Arzu BALAN¹

İÇİNDEKİLER

ÖZ	1
GİRİŞ	3
I- GENEL BİR TARTIŞMA: TABİİ HUKUK MU, HUKUKİ POZİTİVİZM Mİ?	4
A- Genel Hatları İle Tabii (Doğal) Hukuk	5
B- Genel Hatları İle Hukuki Pozitivizm	8
II- GUSTAV RADBRUCH'UN YAŞAMI VE RADBRUCH FORMÜLÜ	14
A- Gustav Radbruch'un Yaşamı	15
B- Radbruch Formülü	18
III- İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI DÖNEM VE ULUSLARARASI HUKUKA YANSIMALAR	21
SONUÇ	25
KAYNAKÇA	26

¹ **Sorumlu Yazar:** Arzu Balan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi **e-mail:** arzubalan@hacettepe.edu.tr
Geliş Tarihi: 10.05.2018 ; Kabul Tarihi: 18.06.2018

ÖZ

Hukuk felsefesinde, tabii hukuk mu hukuki pozitivizm mi tartışması ilk çağlardan beri var olan bir tartışmadır. Bu tartışma hukukun ne olduğunu sorgulamada önemli bir bakış açısı sunmaktadır. Gustav Radbruch'un, Radbruch Formülü ise bu temel tartışmayı 20. yüzyıla taşıyan öz bir izlek sağlamaktadır. Doktrinde Radbruch incelemelerinin, 2. Dünya Savaşı öncesi dönem için pozitivist hukuku ve savaş sonrası dönem içinse tabii hukuku esas alıyor olması, yöntemsel bir kolaylık sağlamaktadır. Ancak bu elinizdeki çalışmanın oluşturulmasında benzer bir yöntemden ziyade, öncelikle hukuk felsefesinin iki akımı ve bu akımlara dair tartışmalar kendi içerisinde genel nitelikleri ile aktarılmakta, yeri geldikçe Radbruch Formülü'ne değinilmektedir. Daha sonra Radbruch'un görüşlerinin olgunlaşmasına etki eden yaşamına yer verilmekte ve son olarak Radbruch Formülü'ne yönelik inceleme yapılmaktadır. Çalışma, Radbruch'un orta yolcu bir yaklaşım gösterdiğini ortaya koymayı ve görüşlerinde savaş öncesi-sonrası şeklinde radikal bir değişme olmadığını açıklamayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte tabii hukukun ihtilalci tavrı ile pozitivist hukukun ihtilal sonrasını koruma ve sürdürme özelliğinin, 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası anlamda kullanıldığına yönelik küçük bir pencereyi açabilmek de umulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Radbruch Formülü, tabii hukuk, hukuki pozitivizm, Yeni-Kantçılık, rölativizm.

ABSTRACT

As A Golden Mean Formula: The Radbruch Formula

In the philosophy of law, the debate about natural law or positivism has existed since the first ages. This discussion provides an important perspective on the question of what law is. Gustav Radbruch, the Radbruch Formula, provides an essential trail that carries this fundamental debate into the 20th century. In its doctrine, Radbruch reviews provide methodological convenience for positivist law for the pre-World War II period and natural law for the post-war period. However, in a similar way to this study, the two currents and debates of the philosophy of law are firstly conveyed by their general qualities within themselves, and the Radbruch Formula is referred to as it comes. Later, his life affecting Radbruch's views is given, and finally the Radbruch Formula is reviewed. The study aims to demonstrate that Radbruch has shown a moderate passive approach and that there is no radical change in pre-war-post-war views. It is hoped, however, that it will be possible to open a small window to the post-World War II post-war internationalization of the naturalistic attitude of revolution with the revolutionary attitude of positivist law.

Keywords: The Radbruch Formula, natural law, legal positivism, Neo-Kantianism, relativism.

GİRİŞ

Tabii hukuk ve hukuki pozitivism hukuk felsefesi alanında önemli iki bilimsel akımı oluşturmaktadır. 16. yüzyıla dayanan tabii hukuk, olması gereken ve *a priori* bilgiden esinlenirken, hukuki pozitivism insan iradesinden ve olan hukuktan -yazılı hukuktan- yola çıkmaktadır. Tabii hukukun temel ideolojisini tanrı ve kiliseye itaat oluşturmaktadır. 19. yüzyıl başında etkisini iyice hissettiren hukuki pozitivism ise günümüzde en temel anlatımıyla şekli kanuniliği esas almaktadır. Hukuki pozitivismin bakış açısıyla hukuk, egemen tarafından belirgin ve açık bir şekilde, biçimsel kurallara uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan normlardan oluşmaktadır. Hukuki pozitivismde tabii hukuk görüşünün aksine, evrensel adalet, doğal insan hakları, değerler gibi muğlak, soyut değerlendirmeler yapılmamaktadır. Hukuki pozitivismin temel ideolojisini devlet egemenliği ve kurulu düzenin korunması ile yükselen burjuva sınıfının güvence altına alınması teşkil etmektedir. Buna karşın tabii hukukun tarihin ihtilal zamanlarına, krizlere eşlik ettiği görülmektedir.

20. yüzyılda da aynı minvalde bir değişim yaşanmıştır. 2. Dünya Savaşı sonrasında yaşananlar, hukuki pozitivismin yeni değerleri kurmaya ve korumaya yetecek içeriği sağlayamayacağına anlaşılmaya neden olmuştur. Nürnberg yargılamaları, hukuki pozitivismin yetersizliğini gözler önüne seren en açık örneği oluşturmuştur. Sanık sandalyesinde oturan Naziler, egemen oldukları dönemin kanunlarına uygun hareket etmişler ve şekli kanuniliği sağlayarak hukuki pozitivismde aykırı hareket etmemişlerdir. Ancak bu noktada hukuki pozitivismde, Almanya'nın Weimar Dönemi Adalet Bakanı ve ünlü bir akademisyeni Gustav Radbruch'tan etkili bir itiraz gelmiştir. Bu itiraz 2. Dünya Savaşı ile değişen dengeleri kurmayı sağlayacak, ihtilalci yapıda yani tabii hukuk temelinde olmuştur. Ancak Gustav Radbruch'un, Radbruch Formülü ismiyle ortaya koyduğu teori, hem tabii hukuk felsefesine hem de savaş öncesinin hukuki pozitivist yaklaşımına uygun orta yolcu bir yaklaşımı beraber sunmuştur. Radbruch, formül ile hukuk ve adalet arasındaki çekişmede, olağanüstü durumlara özgü olarak adaletin sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Radbruch'un görüşü bir taraftan ihtilalci bir güdüyle savaş sonrası dönemde oluşan uluslararası hukukun günümüzdeki varlığına kaynaklık ederken, diğer taraftan hukuk-adalet sorgulanmasını 20. yüzyıla yeniden taşımıştır.

I- GENEL BİR TARTIŞMA: TABİİ HUKUK MU, HUKUKİ POZİTİVİZM Mİ?

19. yüzyıl boyunca yaşanan bilimsel gelişmeler hukuki, ekonomik, felsefi tüm alanları ve çalışmaları etkisi altına almıştır. 20. yüzyılın gelişi, 19. yüzyıldan belli olmuş ve yeni yüzyıl iki büyük dünya savaşına sahne olmuştur. 2. Dünya Savaşı ise toplumsal düşünüşü bütünüyle değişikliğe uğratmıştır. Savaş sonrasında siyasi, politik, ekonomik ve hukuki anlamda gelişme ve değişimler yaşanmıştır. Radbruch Formülü ve hukuk felsefesi bağlamındaki gelişme ve tartışmalar bu anlamda iki nedenden beslenmiştir. İlkini ahlak kuralları ile hukukun ahlakiliğinin hukuki bir güce sahip olup olmadığı tartışması oluştururken ikinci tartışma ise pozitif hukukun yetersizliği noktasında kilitlenmiştir¹. Hukuk

1 UYGUR, Gülriz, "Hukuki Pozitivismin Değişen Yüzü Mü?", **AÜHFD**, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 2, s. 170.

felsefesi geleneği içerisinde bu iki nedene tabii hukuk ve hukuki pozitivizm yaklaşımları karşılık gelmektedir. Her ne kadar tabii hukuk ile hukuki pozitivizm arasındaki ayrımın, modern demokratik hukuk sistemleri ve bu sistemlerin özünü teşkil eden insan hakları hukukunun varlığı ile ortadan kalktığı iddia edilmekteyse de iki temel yaklaşımın geleneksel bakış açıları farklıdır².

20. yüzyıl hukuku da iki felsefi akımın çatışmasıyla şekillenmiştir. Günümüz *uluslararası hukuku*³ bu düşünüşle insan haklarını ve medeni devletlerin genel hukuk ilkelerini temel almıştır⁴. 2. Dünya Savaşı ertesindeki uluslararası metinler, tabii hukukun eşitliği-adaleti temel alan yayılma politikasıyla, ihtilalci bir tavır göstermiştir. Tartışmalara yön veren bu iki önemli yaklaşım, Radbruch Formülü'nün de temel yapısını oluşturmaktadır. Radbruch Formülü'nün ana eksenini hukuk-ahlak ayrımından ilerlemektedir. Dolayısıyla Radbruch Formülü ile sürdürülen tartışmanın ana hatlarını belirlemeden önce tabii hukuk ve hukuki pozitivizmin genel sınırlarını çizmek gereklidir.

A- Genel Hatları İle Tabii (Doğal⁵) Hukuk

Tabii hukuk, hukuki pozitivizmle karşıtlık içerisinde⁶ ve eski çağlardan beri "*Kanunucu Hareket*"e karşı tepkisel olarak tabii hukukun varlığı söz konusu olmuştur⁷. Tabii hukuk doktrinin temellerinin bu anlamda Antik Yunan'a, Platon ve Aristoteles'e kadar uzandığı görülmektedir⁸. Ancak doktrinde yer alan bir görüş tabii hukukçu bir anlayışla adaleti ilk ele alan kişinin Çinli bir filozof olduğunu da ifade etmektedir⁹. Konunun sınırlı olması nedeniyle tarihsel sürecin nerede başladığı tartışmasından ziyade, tabii hukukun ne dediği üzerine yoğunlaşmak ve Radbruch Formülü'nü anlaşılır kılmak için bir çerçeve çizmek gerekirse:

2 UYGUR, 2003, s. 145-146.

3 Uluslararası hukuktan ilk defa söz eden Stoacı felsefe olmuştur (Bkz: KÖKSAL, Mehmedcan, "Milletlerarası Hukuk Düzenine Karşı Doğal Hukukun Uygulanması", İÜHF, Yıl: 1962, Cilt: 28, Sayı: 3-4, s. 403.

4 AİHS'nin kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemesi m. 7:

(1) Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil ya da ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Aynı biçimde suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir"

AİHS m.7/2 düzenlemesi tabii hukuku esas alan bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Diğer taraftan m.7/2 düzenlemesi olağanüstü bir düzenlemeyi de oluşturan ve 'uygar ulus' kavramına yönelik, makalenin sınırlarını aşacak bir konuya da dikkat çekmektedir.

5 Tabii kelimesinin, tabiat (doğa) anlamına geldiği ve diğer anlamları ile birlikte çeşitli görüşlerin tabii hukuk ifadesi ile kastettikleri anlamlara ilişkin öz bir açıklama için bkz. GURVITCH, George, "Tabii Hukuk mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", (çev. Hamide Uzbark), **AÜHF**, Yıl: 1945, Cilt: II, Sayı: 4, s. 157.

6 BIX, H. Brian, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", (çev. Ertuğrul Uzun), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt:6, Sayı:2, s. 291, 294.

7 KÖKSAL, 1962, s. 396, 400; "Radbruch'un ifade ettiği gibi "*Hukuk felsefesi, başlangıcından bu zamana, ta 19. yüzyılın başına kadar, tümüyle doğal hukuk kuramlamasında örülmüştür*" diyerek bunun ifadesini şu şekilde dönemselleştirmektedir: İlk Çağ'da, doğa ve norm, Orta Çağ'da tanrısal hukuk ile insansal hukuk; Yeni Çağ'da hukuksal cebir ile bireysel usun arasındaki çelişki şeklinde ifade edilmiştir.

8 GURVITCH, 1945, s. 160-161.

9 KÖKSAL, 1962, s. 397.

Tabii hukukun genel anlamı ile çeşitli biçimlerde görünüm arz ettiği ve fakat esasında “*kozmetik düzen, ahlâk ve hukuk*”a ilişkin sistematik bir düşüncesini ifade ettiği söylenmektedir¹⁰. Tabii hukukun içeriğini “*insanlar tarafından yaratılmayan, ancak keşfedilebilen, ahlâki olarak bağlayıcı normlar*”¹¹ oluşturmaktadır¹².

Tabii hukukun maddi içeriğini akıl ve tabiat oluşturmaktadır¹³. Bir diğer ifade ile tabii hukuk normları zorla kabul edilmemektedir¹⁴. Tabii hukuk normları bir davranış modeli oluşturarak, iradeden bağımsız ve insan bilgisinin akıl vasıtasıyla öğrendiği bir görünüm sergilemektedir¹⁵. Bu anlamda normlar insanın “*tinsel yanı*”ndan, değerlerinden ortaya çıkar¹⁶.

Tabii hukukun kaynağı, insanda bulunan bir değere, akla dayanmaktadır¹⁷. Bu görüşten hareketle hak, adalet ve hukuk kaynağını toplumda değil, insanda bulmaktadır¹⁸. Hiçbir koşula bağlı olmayan ahlaki değerlere uyan insan mutluluğa erişir ve bu noktaya erişebilmek için de kendi içine yönelmesi gereklidir¹⁹.

Tabii hukukta, soyut ve evrensel özellikler söz konusu olduğundan insan akıllı ve doğa yeterli kabul edilmektedir²⁰. Tabii hukuka göre yazılı kanunlar ile sağlanan toplumsallık ise doğa kanununa uygun olarak oluşturulmaktadır²¹.

Toplumsallığı sağlayan ve insanları bir arada tutan şey akıldır; akıl ise tamamen doğadan gelmektedir²². Bu anlamda “*Tabii hukuk geçerliliğini sosyolojik veya normatif bir olgudan değil de, tabii aklın tezahürü olan kendi içeriğinden alır*”²³ denmektedir. Akılla birlikte doğadan gelen bir diğer değer ise adalet anlayışıdır²⁴. Bu adalet anlayışından hareketle evrensel ve eşit akla sahip olan insanların bilincinde evrensel bir *vicdan*²⁵

10 BIX, 2004, s. 291.

11 Norm olması gerekeni gösteren yasalardır ve “ancak insan tarafından konur ve dolayısıyla onu gerçekleştirecek olan da yalnızca insandır” (ARAL, Vecdi, “İnsan ve Norm”, İÜHFM, Yıl: 2014, Cilt: LXXII, Sayı:1, s. 17).

12 Naklen UYGUR, 2003, s. 146.

13 KEYMAN, Selahattin, “Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili”, AÜHFD, Yıl: 1998, Cilt: 47, Sayı: 1, s. 18.

14 KEYMAN, 1998, s. 19

15 KEYMAN, 1998, s. 19

16 ARAL, 2014, s. 23.

17 KÖKSAL, 1962, s. 398.

18 KÖKSAL, 1962, s. 398.

19 ARAL, 2014, s. 23.

20 KEYMAN, 1998, s. 18

21 KÖKSAL, 1962, s. 399.

22 KÖKSAL, 1962, s. 398.

23 Chroust s. 70-72, George s. 325'ten aktaran KEYMAN, “Hukuki Pozitivizm”, AÜHFD, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, s. 18.

24 GÖZLER, Kemal, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, <http://www.anayasa.gen.tr/adalet.htm> (Erişim tarihi: 08.01.2018).

25 Tinsel değerleri algılayıp kavrayabilecek organ olarak açıklanmaktadır (Bkz: ARAL, 2014, s. 26).

yargısının varlığı da söz konusu olmaktadır²⁶. Tabii hukuka göre böylelikle evrensel bir adalet anlayışı, evrensel ve tek bir hukuk doğmaktadır²⁷. Aşağıda aktarılacak olmakla birlikte belirtilmelidir ki, pozitivist hukuk anlayışı tabii hukukun tam aksini söylemekte ve evrensel bir adalet ile hukuk anlayışına karşı çıkmaktadır. Bu noktada Radbruch Formülü ile bağlantılı olarak tabii hukukçularda hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğunun altı çizilmelidir²⁸. Pozitivist hukuki yaklaşımda ise bunun tam tersi olarak, hukuk ve ahlak ayrılabilirlik tezi ile ayrılmaktadır.

Diğer taraftan hukukun nasıl bilinebileceği noktasında ise tabii hukukun iki yöntem belirlediği görülmektedir²⁹: Bu yöntemlerden ilki "*a priori*" yöntemdir ve buna göre "*belli bir öze'nin' akıl ve toplum ile zorunlu ya da kesin uyum ya da uyumsuzluğuna*" bakılmaktadır. İkinci yöntemi ise "*a posteriori*" yöntemdir ve "*belirli bir öze' uygar olan ülkelerde görüldüğü ve haklı olduğu*" belirleniminden hareket edilmektedir³⁰. Tabii hukuktaki temel tartışmayı *a priori* ile *a posteriori* tartışması oluşturmaktadır³¹. Bir bilginin *a priori* olması demek deneye gerek kalmadan varlığının peşin bir hükümlerle kabul edilmesi anlamına gelmektedir³². Buradan hareketle tabii hukukun temel özellikleri şu şekilde belirlenmiştir³³:

- "Her nevi hukukun ahlak bakımından meşru kılması.
- Her nevi hukukun *a priori* unsuru.
- Hukukun ideali ve müspet hukukun bu ideale nazaran tenkidi.
- Değişen kaidelere nazaran değişmeyen hukuk kaideleri.
- Muteberliğini kendi değerinden alan muhtar hukuk.
- Kendiliğinden var olan hukuk."

Tabii hukukun ideolojik perspektifi ise yaşanan dönemin egemen gücüne göre değişiklik göstermektedir. Nitekim kimi durumda tabii hukukun düzeni koruduğu görülmekte kimi durumda ise düzen değiştirici bir hareket oluşturduğunu şahit olunmaktadır³⁴. Ancak tarihsel bakımdan *tabii hukuka* çoğu zaman ikinci şekliyle rastlanılmakta ve bu duruma ilişkin tarihsel örneklere İngiliz ve Fransız İhtilalleri ile 20. yüzyıldaki "*Tabii Hukuk Rönesansı*" verilmektedir. Nitekim tabii hukuk, 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde ihtilalci bir tavırla yeni egemen düzeni kurmak için tekrar devreye girmiş; tabii hukukun adalet, eşitlik ve insan hakları gibi söylemleri yeni kurulan uluslararası düzlemde yayılmayı uygun ve ideal kılmıştır. Radbruch Formülü de esasında bu ideolojiyi 20. yüzyıl diliyle oluşturmuştur.

26 KÖKSAL, 1962, s. 398.

27 KÖKSAL, 1962, s. 398.

28 UYGUR, 2003, s. 152.

29 KÖKSAL, 1962, s. 412.

30 AİHS m. 7/2 düzenlemesinin tabii hukuka uygun bir düzenleme olduğu "*uygar ulusların genel hukuk ilkelere uygunluğu*" esas aldığı kabul edilebilir görülmektedir.

31 KEYMAN, 1998, s. 19

32 KEYMAN, 1998, s. 19; *A priori* ifadesine uygun olarak vicdanın sesi, tanrının insana seslenmesi, ideal dünyanın sesi şeklinde ifade edilmektedir (ARAL, 2014, s. 26).

33 GURVITCH, 1945, s. 156.

34 GURVITCH, 1945, s. 159.

B- Genel Hatları İle Hukuki Pozitivizm

*Pozitivizm*³⁵, 19. yüzyılda ortaya çıkan ve bilginin sadece deney ve gözlemlerle kazanıldığını ifade eden modern bilimsel düşünce teorilerinden birini oluşturmaktadır³⁶. Bu akım tüm bilimsel alanları etkisi altına aldığı gibi 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuku da etkisi altına almıştır. Hukuk felsefesi geleneği içerisinde bakıldığında da hukuki pozitivizm, tabii hukuka karşıt yaklaşımıyla tepkisel bir gelişme göstermiştir³⁷.

Tarihsel anlamda hukuki pozitivizmin Fransız Devrimi'nden sonra yapılan Napolyon Dönemi Kanunları ile belirginleştiği görülmektedir. Fransız Devrimi, tabii hukuk temelli ilkelere dayanmaktaysa da, sonraki süreçte pozitivizme yönelim söz konusu olmuştur³⁸. Tabii hukukçu ihtilal ruhu Devrim sonrasında yerini istikrarı sağlayıcı hukuki pozitivizme bırakmıştır. Bu dönemde ortaya çıkan okullar ve temsilcilerinin desteği ile kanunların, hâkimler ve hukukçular tarafından sadece açıklanması gerektiğinin belirtilmesi ve kanun koyucunun iradesinin kaynak olarak kabul edilmesi, eleştirel ve ideal tartışmaların önünü kapatmıştır³⁹.

Pozitivist hukuk anlayışı tabii hukuka karşıt bir yaklaşım geliştirerek, olması gerekeni dışlamış (*sollen*) ve olanla (*ist, sein*) ile ilgilenmiştir⁴⁰. Hukuki pozitivizmin temel savını yürürlükte olan pozitif hukuk dışında hukuk idealini ya da değeri araştırmayı reddetmesi, hukuk biliminin amacının pozitif hukuku yorumlama ve inceleme olarak belirlemesi oluşturmaktadır⁴¹. Nitekim hukuki pozitivizm "*hukuku insanlar tarafından konan kurallar sistemi olarak ele alan ve hukuk bilimine bu sistemi incelemek, hukuk uygulamacısına da yine bu sistemi uygulamak görevi veren bir anlayış*" olarak tanımlanmaktadır⁴². Bu tanımda ise iki kurucu unsur söz konusudur: Hukuk normu, belirli yer ve zamanda insanlar tarafından konulmuş pozitif normlardır ve siyasi iktidar pozitif normlara belirli bir değer atfeden *egemen*⁴³ güçtür. Burada kastedilen değeri, kanun koyucunun iradesini şekli kurallara uygun biçimde ortaya koyması anlamında değer oluşturmaktadır. Hukukun değeri, *a priori* bir adalet anlayışına bağlı ya da uygun olmasından değil, pozitif olarak

35 "...asla anlam sorunlarına girmemesi, doğayı herhangi bir anlamdan uzak, sırf nedensellik bağı içerisinde incelemesi beklenir... bilimin konusunu sınırlı bir gerçeklik parçasından ibaret görmesidir" (ARAL, 2014, s. 18).

36 Pozitivizmin temsilcisi olan Auguste Comte, bilimin *-a priori-* varsayım ve soyutlamaları yerine, somut gözlemi koymaktadır (AKTAŞ, Sururi, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", AÜHFD, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı:1-2, s. 257.); KEYMAN, 1978, s. 17.

37 UYGUR, 2003, s. 145; AKTAŞ, 2000, s. 257; KÖKSAL, 1962, s. 435.

38 DEMİRDAL, M. Balkan, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: XVIII, Sayı: 3-4, s. 816.

39 Belirtilen görüş için *Tefsirci Okul* (Bkz: KEYMAN, 1978, s. 20.). Hâkimlerin takdir haklarının yadsınması ve pozitif hukuk dışındaki evrensel ilkelerin göz ardı edilmesi söz konusu olmuştur (DEMİRDAL, 2014, s. 816).

40 AKTAŞ, 2000, s. 258.

41 KEYMAN, 1978, s. 20.

42 Naklen KEYMAN, 1978, s. 23.

43 "*Hukuki pozitivizme göre yasanın yaratıcısı gerçeklik değil de, egemen irade yani otoritedir*"(CANİKLİOĞLU DİKMEN, Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 10, Sayı:1, s. 30.

mevcut olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁴. Çünkü hukuki pozitivizm, konulan hukuk kurallarının toplumun iyiliği ya da adaletin sağlanması gibi bir amaca hizmet ettiğini yadsır ve hukuku bu şekilde ele almaz⁴⁵.

Hukuki pozitivizmin neredeyse tüm şekilleri için ortak olan şey, etik ve politik sorun alanlarını hukuksal sorunlardan ayrı tutması ve fakat etiği ve politikayı da reddetmesi oluşturmaktadır⁴⁶. Adalet, sadece içerik olarak hukuk biliminin dışındadır. Çünkü adalet sübjektif bir değerdir⁴⁷.

Pozitivist hukuk, hukuk kuralının uygulanması ile ilgilidir ve hukuk normundan adaletin dışlanması ile hukukun herkese eşit uygulandığı sonucuna varmıştır⁴⁸. Nitekim hukuki pozitivizmin adalet anlayışı Antik Yunan'dan itibaren eşitlik olarak algılanmakta ve eşitler arasında eşitlik şeklinde ifade edilmektedir⁴⁹. Buradan yola çıkılarak hukuki pozitivizmde herkese uygulanan eşitlikle biçimsel bir adalet anlayışının hâkim olduğu görülmekte, kanunların tam ve eksiksiz olarak herkese eşit olarak uygulanması yönünde bir anlayış söz konusu olmaktadır⁵⁰.

Bu noktada pozitivist hukuk anlayışında söz konusu olan ayrılabilirlik tezine de değinmek gerekmektedir. Ayrılabilirlik tezi, hukuk ve ahlak arasında bir bağlantının olmadığını ifade etmektedir⁵¹. Buradan hareket edilerek kast edilenin; *"Hukuk ve ahlakın ayrı kavramlar olmasının anlamı, neyin hukuk olmadığını belirleyen tanıma kuralında veya hukuki geçerlik kriterinde ahlaka yer verilmemesi"* şeklinde ayrılabilirlik tezinin özünü oluşturmaktadır⁵². Belirtildiği üzere tabii hukukçular ise pozitivistlerin aksine hukuk ve ahlak arasındaki bağlantıyı reddetmemekte; hukuk-ahlak ilişkisini olan-olması gereken hukuk şeklinde görmektedir⁵³. Ancak hukuki pozitivistler içerisinde de hukuk-ahlak ilişkisi bağlamında farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir⁵⁴. Örneğin ayrılabilirlik tezini savunulara göre ahlaki ilkeler de dâhil olmak üzere hukuk içerisinde ilkelere yer vermek, hukukun bunları da kapsadığı anlamına gelmektedir⁵⁵. Bu anlayışta olmalarının temel nedeni ise *"Modern demokrasilerin gerekleri veya bazı anayasaların ahlaki ilkelere göndermede bulunması ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yargı kararlarında, ahlaki ilkelerin yer alması"*dır⁵⁶.

44 KEYMAN, 1978, s. 28.

45 KEYMAN, 1978, s. 25.

46 AKTAŞ, 2000, s. 259.

47 KEYMAN, 1978, s. 33.

48 KEYMAN, 1978, s. 31.

49 KEYMAN, 1978, s. 32.

50 KEYMAN, 1978, s. 33.

51 UYGUR, 2003, s. 152.

52 AKI, İrem, "Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", **AÜHF**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 3.

53 UYGUR, 2003, s. 150.

54 UYGUR, 2003, s. 151.

55 UYGUR, 2003, s. 156.

56 UYGUR, 2003, s. 156.

Pozitivizm, hukuku koyan kaynağa bakmaktadır⁵⁷. Pozitif hukuku yaratan siyasi ektir ve zorlama yetkisine sahiptir⁵⁸. Hukuki pozitivizm tarih sahnesine değişik adlarla çıkmışsa da⁵⁹ hizmet ettiği amaç her daim devlet otoritesinin güçlendirilmesi ve kurulu düzenin sürdürülmesi olmuştur⁶⁰. Bu noktada tabii hukukun ihtilalci tavrı kadar radikal bir tutumun pozitivist hukukta olmadığı düşünülmektedir. Pozitivist hukuk bir diğer anlamıyla daha korumacı ve istikrar amaçlı bir içeriğe sahiptir. Pozitif hukuk kaynağını egemene dayandırmakta, hukukun toplumsallığı ve geçerliliğine yönelik eleştirel düşünceleri de engellemektedir⁶¹.

Hukuki pozitivizm “*devlet tekeline benimseyen yani sadece devletin egemen gücü aracılığıyla koyduğu kuralları hukuk kuralı sayan*” görüşü savunmaktadır⁶². Hukukun kesinliği, bireysel özgürlükten önce gelmektedir ve bu nedenle de kanun normu yorumlanırken hâkimin, yasa koyucunun -*egemenin*-değerlendirmesi ile bağlı kalması gerektiği belirtilmektedir⁶³. Radbruch Formülü’nde hâkimlere getirilen eleştiri için bu durumun akılda tutulması gerekmektedir. Pozitivist hukuk anlayışının totaliter rejimlere neden olduğu ve Almanya’da Nazi iktidarının bu gelenekle birlikte şekillendiği görüşü de aynı hususu dile getirmektedir⁶⁴. Bu noktada hukuki pozitivizmle bağlantılı temel bir ilke olan kanunilik ilkesine pozitif hukukun gelişimine ön ayak olması nedeniyle değinilmesi gerekmektedir. Kanunların hâkim tarafından sadece açıklanmasının gerekliliği ve kanunilik ilkesine bağlı kalınarak hukuki boşlukların doldurulmaması, pozitif hukukun sonucu olarak görülmektedir⁶⁵. Nitekim pozitivist hukuk, her şeyden önce hukuki güvenliğin

57 AKI, 2015, s. 3.

58 Hukusal pozitivizmin en ilkel şeklini iradeci pozitivizm oluşturur ve iradenin, yasama organı ya da monark olmasına bağlı kalmaz. İradeci pozitivistler arasında Hobbes, İngiliz *Emircileri Hukuk Teorisi* ile John Austin, Jeremy Bentham gelmektedir (Bkz: AKTAŞ, 2000, s. 260).

59 Hukuk alanında pozitivizm monizm, normativizm, iradecilik, sosyolojik pozitivizm şeklinde değişik versiyonlarına rastlanmaktadır (Bkz: AKTAŞ, 2000, s. 258); Ayrıca hukuki pozitivizmin modern ve klasik görünüşleri farklıdır. Modern hukuki pozitivizm olarak adlandırılan yeni yaklaşıma göre, hukuk normlarının kaynağı toplumu oluşturan insanların kararları (*sosyal kaynaklar tezi*) iken, klasik hukuki pozitivistler hukukun kaynağını egemenin emri olarak belirlemektedir (Bkz: UYGUR, 2003, s. 146-147). Normativist pozitivizm Hans Kelsen ile anılmakta ve özellikleri şu şekilde ifade edilmektedir:

Bilim olarak bir hukuk teorisinin amacı, karmaşıklık ve çokluğu birliğe indirgemektir.

Hukuk teorisi bir irade değil, bilimdir. Onun bilgisi, hukukun ne olduğudur; ne olması gerektiği değil.

Hukuk doğal değil normatif bir bilimdir.

Bir normlar teorisi olarak hukuk teorisi, hukuk normlarının sonuçsallığı ile ilgilenmez. (Naklen AKTAŞ, 2000, s. 264-265).

60 KEYMAN, 1978, s. 35; AKTAŞ, 2000, s. 258.

61 KEYMAN, 1978, s. 27.

62 KEYMAN, 1978, s. 26; Bentham ve Austin’in aynı minvalde monist bir kavrayışla “*hukukun devlet oligusu dışındaki ontolojik yapısını göz ardı*” ettikleri ifade edilmektedir (AKTAŞ, 2000, s. 263).

63 Naklen KEYMAN, 1978, s. 47.

64 Örneğin, Almanya’da hukuki pozitivizmin önemli temsilcilerinden olan Bergbohm’a göre hukukun geçerliliği, ahlaki değerlere sahip olmasıyla değil, siyasi iktidarı elinde bulunduran iradenin bir ürünü olarak bir emir olmasından ve bu nedenle uygulanmasından kaynaklanmaktadır (KEYMAN, 1978, s. 34-35).

65 KEYMAN, 1978, s. 20.

sağlanmasını amaçlamaktadır. Radbruch Formülü'nde de bu hususun altı çizilmiştir⁶⁶.

Hukuki pozitivism hukuki belirlilik ve istikrarı sağlamak adına hukuku kanunlarla sınırlı tutmaktadır⁶⁷. Bu anlamda kanunilik ilkesinin üstlenmiş olduğu bir misyon söz konusu olmuştur. Saf egemenin iradesinin dikkate alınması ve bu iradeden herhangi bir sapma gösterilmeden uygulanması ile kurulu düzenin korunması mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla kanunilik ilkesi ve genelde hukuki pozitivismın nihai ideolojisi, 19. yüzyılın yükselen yıldızı olarak burjuva iktidarının korunmasına ve güçlenmesine hizmet etmektedir⁶⁸. Bu tercih esasen ekonomi-politik durumun hukuki görünümünden birini oluşturmaktadır. Dönemin hâkimlerinin aristokrat kesimden olmasının yarattığı tepkiyle burjuvazinin kendini kanunilik ilkesi ve hukuki kesinlik ile güvence altına alma eğilimleri hukuki pozitivismın temel ideolojisini yaratmıştır⁶⁹. Aynı ideoloji 20. yüzyılda da devam etmiştir.

Hukuki pozitivism kendisini ampirik araştırmalarla sınırlandırır ve hukukun içerisinde yer alan adalet, değer gibi gözlemlenemeyen hususların tartışılmasını hukuk biliminin dışında tutar⁷⁰. Bu husustan hareketle rölativizmin tanımına da kısaca yer vermek gerekmektedir. Rölativizm, en genel anlamıyla bilimsel olarak her devir ve her toplum için genel geçer değerlerin, mutlak ve evrensel bir doğrunun olmadığından hareket etmektedir. Rölativizm salt ve objektif değerleri kabul etmez⁷¹. Örneğin adalet anlayışı, içinde yaşanılan toplum ve döneme göre değişebilmektedir⁷².

Son olarak Almanya'da hukuki pozitivismın gelişim çizgisine bakıldığında, Tarihçi Okul, Kavramlar İctihadı Okulu ve Hans Kelsen'in⁷³ Saf Hukuk Teorisi ile bir varlık gösterdiği görülmektedir⁷⁴. Kelsen'in hukuka bakış açısı ise son tahlilde Almanya'da oldukça etkili olmuştur. Kelsen hukukun ne olduğu ile uğraşırken, politik bir pencereden değil de bilimsel bir bakış açısı ortaya koymayı amaçlamıştır⁷⁵. Bu anlamda Alman hukuki

66 "Pozitivizm 'yasa yasadır' inancıyla gerçekte keyfi ve suç içerikli yasalara karşı Alman hukukçuları savunmasız bırakmıştır" (METİN, Sevtap / HEPER, Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 2. Basım, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 89).

67 DEMİRDAL, **2014**, s. 802.

68 KEYMAN, **1978**, s. 35.

69 Jeremy Bentham da aynı yönde bir yaklaşımla, hâkimin yarattığı hukuku şekilsiz ve tuhaf döküntüler olarak nitelendirmektedir (GÜVEN, Koray, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri", **AÜHF**, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 3, s. 847).

70 KEYMAN, **1978**, s. 23.

71 ARAL, Vecdi, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", **İÜHF**, Cilt:40, Yıl: 1974, Sayı: 1-4, s. 524.

72 KEYMAN, **1978**, s. 19.

73 Kelsen'in katı hukuki pozitivismi, Pandekt hukuk biliminde olan "*kavram icthadı*" temeline dayanmaktadır (GÜVEN, **2016**, s. 867.).

74 KEYMAN, **1978**, s. 21; Tarihçi Okul'un temsilcisi olan Savigny (1779-1861) de hukuk düzeninin kaynağını resmi yasa koyucudan değil, halkın ruhundan aldığını ifade etmektedir (GÜVEN, **2016**, s. 850).

75 ÖKÇESİZ, Hayrettin, "Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı 'Radbruch Formülü'" **TBB Dergisi**, Cilt:56, **2005**, s. 168.

pozitivizmi hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi katı bir şekilde yok saymıştır⁷⁶. Nitekim bu husus “Alman hukukçusu kendisine kanun adı verilen her şeyi kanun diye kabul etmeye ve buna tam bir itaati sağlamaya hazır bulunmakta idi. Öte yandan Almanya’daki totaliter rejim, darbe veya zor yolu ile değil de hukuki yollarla iktidara gelmiştir. Bundan sonra eski kurulu düzene ve hukuka karşı saldırılarda en büyük katkısı olanlar, pozitivist hukukçu ve yargıçlardır. Eğer Alman hukuku bilimi katı pozitivizmden kurtulsa idi, sonuç belki de farklı olurdu” şeklinde eleştirilmiştir⁷⁷. Diğer taraftan Radbruch da aynı noktadan hareket ederek hâkimleri eleştiriye tabi tutmaktadır⁷⁸.

II- GUSTAV RADBRUCH’UN YAŞAMI VE RADBRUCH FORMÜLÜ

Gustav Radbruch, Almanya’nın önemli hukukçularından biridir ve yapmış olduğu tüm çalışmaları sistematik olarak bütünleştirilen ilk Alman hukukçudur⁷⁹. Ancak Radbruch sadece Alman hukukuna değil, 2. Dünya Savaşı sonrasında temel hukuk felsefesi tartışmasına yeni bir boyut getirmesiyle 20. yüzyıl hukukunu bütünüyle etkilemiştir. Bu kapsamda öncelikle Radbruch’un görüşlerini şekillendiren yaşam öyküsüne ve sonrasında Radbruch Formülü’ne yer verilmektedir.

Radbruch gerek ceza hukuku ve gerekse de hukuk felsefesi alanında eserler vermiştir. Ancak ceza hukuku alanında yapmış olduğu çalışmalardan ziyade hukuk felsefesi alanında vermiş olduğu eserler ile tanınmaktadır ki, Radbruch Formülü de bu kapsam içerisinde kalmaktadır⁸⁰. Radbruch, Nazi dönemi -3. Reich Dönemi- Almanyası’nın ceza hukuku vasıtasıyla tasfiyesi edilmesinde ortaya koyduğu ve Nürnberg yargılamalarında uygulama alanı bulan bir formülle dikkatleri üzerine çekmiştir⁸¹. Formül literatürde Radbruch’un adı ile anılmakta ve “Radbruch Formülü” olarak geçmektedir. Radbruch Formülü, ortaya konulduğu günden itibaren olağanüstü dönem kanunlaştırmalarının hukuki biçim ve içeriğini değerlendirmede bir yöntem olarak kullanılmış ve günümüzde de hâlâ kullanılmaya uygun, çağını aşan önemli bir formüldür.

Radbruch Formülü üzerine yapılan akademik çalışmalarda Radbruch’a ait görüşler genelde Nazi öncesi dönem ve Nazi sonrası dönem olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Tutarlı bir bakış açısı sunabilmek için buna paralel olarak inceleme yapılacak; fakat öncelikle Radbruch’un görüşlerinin oluşmasında doğal olarak etkisi olan yaşam öyküsüne ve toplumsal statüsüne yer verilecektir. Radbruch Formülü’nü anlamlandırabilmek için yazarın yaşamına ve dönemin Almanya’sına bakmak gereklidir. Nitekim Radbruch’un hayatına yönelik olarak yapılacak inceleme, formülün anlaşılması ve

76 KEYMAN, 1978, s. 35.

77 KEYMAN, 1978, s. 35.

78 “Fakat yürürlükteki hukuktan başka bir hukuk bilip tanımayan pozitivizmin nüfuzuyla deforme olmuş yargıçlar söz konusu olduğunda durum ne olacaktır? Pozitif hukukun yasalarını uygulayan bu yargıçlar hukuku tahrif etme kastını taşıyorlar mıydı?” (METİN / HEPER, 2015, s. 50).

79 METİN / HEPER, 2015, s. 17.

80 METİN / HEPER, 2015, s. 11.

81 KÜHL, Kristian, “Radbruch Formülü”, (çev. M. Cemil Ozansü), İÜHFİM, Yıl: 2012, Cilt: LLX, Sayı:1, s. 369-374.

sorgulanması açısından önemli bir adımdır⁸². Gustav Radbruch'un görüşleri, yukarıda özetlenmeye çalışılan iki akım, tabii hukuk ve hukuki pozitivizm açıklamalarında tekrara girmeden dikkate alınarak değerlendirilecektir.

A- Gustav Radbruch'un Yaşamı

Radbruch 21 Kasım 1878'de Lübeck'te doğmuştur ve Lübeck'in soylu aileleri arasında yer alan meşhur, tüccar bir ailenin soyundan gelmektedir⁸³. Genç Radbruch doğduğu şehri, politik ve sosyal durumu itibarıyla gelecek hakkında konuşmaktan ziyade geçmişini konuşuyor olması nedeniyle eleştirmekte, ayrımcı bir seçim sistemi ile tüccar ve hukukçuların söz sahibi olduğu oligarşik yönetimden şikâyet etmektedir⁸⁴. Dönemin Almanya'sı ise Radbruch'a göre onurlu, gururlu ve güvenli olmasına rağmen Kaiser II. Wilhelm'in yönetimi ile birlikte genişleme ve karışıklık bir arada yaşanmış ve bu durum Radbruch'un görüşlerini de etkilemiştir⁸⁵.

Radbruch 1898 yılında Münih Üniversitesi'nde ve ardından üç dönem Leipzig Üniversitesi'nde ve sonrasında iki dönem de Berlin Üniversitesi'nde hukuk eğitimi almıştır⁸⁶. Burada dönemin önemli ceza hukukçusu Franz von Liszt ile tanışmış ve doktora çalışmasını "*Uygun Nedensellik Öğretisi*"⁸⁷ başlığı altında Liszt'in danışmanlığında tamamlamıştır⁸⁸. Aynı zamanda bu dönemde Kantorowicz ile birlikte Franz von Liszt seminerine katılan, özgür düşünen Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri olarak, *Serbest Hukuk Okulu*'nu kurmuşlardır⁸⁹. Kantorowicz tarafından Serbest Hukuk Okulu'nun ana konuları "*Hukuk nedir? Hukuk ilmi ne olmalıdır ve adalet uygulaması nasıl gelişecektir?*" şeklinde belirlenmiştir⁹⁰. Akademik ilerleyişi kapsamında doçentlik tezini Karl von Lilienthal danışmanlığında "*Ceza Hukuku Sistemi Açısından Hareket Kavramının Anlamı*"⁹¹ üzerine Heidelberg Üniversitesi'nde tamamlamıştır⁹².

Heidelberg Üniversitesi'nde bulunduğu on yıllık dönem içerisinde (1904-1910) Max Weber, Walter Jellinek, Emil Lask ve Karl Jaspers gibi önemli isimlerle çalışma ve onları

82 KÜHL, 2012, s. 369.

83 KÜHL, 2012, s. 370.

84 NIEKERK, van Barend, "The Warning Voice from Heidelberg - The Life and Thought of Gustav Radbruch", *South African Law Journal*, 1973, s. 234-261.

85 NIEKERK, 1973, s. 235.

86 NIEKERK, 1973, s. 236.

87 "Die Lehre von der Adäquaten Verursachung", "*The Doctrine of Adequate Causation*".

88 NIEKERK, 1973, s. 236, KÜHL, 2012, s. 370.

89 BİLEZİKÇİ, Emrah, "**Kirchmann ve Kantorowicz'in İşaret Ettiği Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Etkisi**", http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_11%20Ekim13.pdf (Erişim tarihi:07/1/2018). *Freirecht'in* Alman'daki temsilcileri Ehrlich ve Kantorowicz, Amerika'da Roscoe Pound ve Fransa'da Lambert, Leroy ve Morin olarak ifade edilmektedir (GURVITCH, 1945, s. 171).

90 BİLEZİKÇİ, s. 3.

91 "*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*", "*The Concept of the Act and its Importance in Criminal Law*".

92 NIEKERK, 1973, s. 236, KÜHL, 2012, s. 370.

tanıma imkânı bulmuştur⁹³. Bu kişilerle şekillenen düşünsel dünyası Radbruch'un ceza hukuku teorisyeni olmasının yanında, "*hukuk politikacısı, hukuk felsefecisi, kültür tarihçisi, biyograf ve mukayeseli hukuk uzmanı*" şeklinde birden çok sıfatla anılmasını sağlamıştır⁹⁴. Bununla birlikte Radbruch, Yeni-Kantçı (Neo-Kantisyen) hukuk filozofları arasında yer almaktadır.

Radbruch ceza hukukçusu kimliğinin yanında o kimliğini gölgeleyecek bir şekilde hukuk felsefesi alanında vermiş olduğu eserler ile tanınmaktadır. Özellikle Radbruch Formülü'ne ilişkin olarak tartışma konusu edilen ve Radbruch'un ilk dönem eserini oluşturan 1932 tarihli "*Hukuk Felsefesi*" kitabı önemli çalışmalarından birini oluşturmaktadır. Nitekim bu çalışmasının karşısı ve dolayısıyla görüşlerinin değiştiği fikrini destekleyen diğer hukuk felsefesi çalışmasını, 2. Dünya Savaşı sonrasında (1946) yayımladığı "*Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk*" makalesi oluşturmaktadır. Radbruch Formülü'ne ilişkin bu iki eserin ortaya koyduğu görüşler ayrıntısıyla aktarılacaktır ancak Radbruch'un 2. Dünya Savaşı'nın öncesinde ve sonrasında, her iki dönem itibarıyla Yeni-Kantçı ve ahlaki rölativist olduğu akıld tutulmalıdır.

Almanya tarihine bakıldığında tüm önemli gelişmelerin ve dönüm noktalarının savaşlarla yaşandığı görülmektedir⁹⁵. Radbruch'un yaşamı ve görüşleri de aynı minvalde değişim ve gelişim göstermiş, savaşlarla kesişmiştir. Radbruch otuz yaşında Königsberg Üniversitesi'nde çalıştığı sırada 1. Dünya Savaşı başlamış ve henüz bir dönem çalıştığı bu yerden ayrılarak gönüllü olarak askere gitmiştir. Bu kararını ise şu şekilde açıklamaktadır; "*ancak bir kimse savaştan kendini sorumlu tutarsa bunun sonunda savaşı etkili bir şekilde protesto edebilir*"⁹⁶.

1. Dünya Savaşı'nın bitimi ile ekonomik, sosyal ve politik karmaşa Almanya'da yaşanırken, Radbruch siyasi hayata aktif olarak dâhil olmuş ve bir sosyalist olarak Almanya'nın güvültülü politik yaşamında, Alman Sosyal Demokrat Partisi'nde (SPD) siyaset yapmaya girişmiştir. Aynı dönemde -1919-1926 yılları arasında- Kiel Üniversitesi'nde profesör olarak akademik hayatına devam etmiş ve siyasi faaliyetlerini de sürdürmüştür. Radbruch'un siyasi anlamda önemli bir kişi olmasını sağlayan olay ise, işçi ayaklanması ile askerler arasında yaşanan sürtüşmeyi hiç kimsenin zarar görmeyeceği bir şekilde sonlandırması oluşturmıştır⁹⁷. Sosyal Demokrat Parti'de bu şekilde ün kazanan Radbruch, Reichstag'a seçilmiş ve ilk olarak 1921-1922 yılları arasında 13 ay adalet bakanlığı yapmış, ardından ikinci kez 1923 yılında üç aydan az bir süre kadar aynı görevi ifa etmiştir⁹⁸.

Bakanlık yaptığı dönemde odaklandığı ilk konu ceza reformu olmuştur. Ölüm cezasının kaldırılması hususunda azimli bir kampanya yürütmüş ve ceza sisteminin insanlık

93 NIEKERK, 1973, s. 236.

94 KÜHL, 2012, s. 370.

95 STORER, Colin, *Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi*, (çev. Sedef Özge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 32.

96 NIEKERK, 1973, s. 237.

97 NIEKERK, 1973, s. 237, METİN / HEPER, 2015, s. 16.

98 NIEKERK, 1973, s. 237.

dışı uygulamalarına karşı durarak mümkün olduğunca son çare olarak hapis cezasını savunmuştur⁹⁹. Radbruch'un insancıl-hümanist bakış açısı Almanya'nın yeni ceza kanununun ruhuna işlemişse de, Weimar Dönemi'nin karışık atmosferi nedeniyle ceza kanunu yürürlük imkânı bulamamıştır. Radbruch, Heidelberg Hukuk Fakültesi'nde akademik yaşamını sürdürmeyi tercih ederek 1926 yılında aktif politikayı bırakmıştır.

Nazilerin 1933 yılında iktidara gelmesi ile "*Milli Alman Devleti*" -3. Reich / Hitler döneminde koltuğundan edilen ilk Alman Profesör Radbruch olmuştur¹⁰⁰. Radbruch'un, Nazi yönetimince görevden alınma gerekçesini, Weimar Dönemi'nde söz sahibi olan önemli bir akademisyen ve sosyal demokrat bir siyasetçi olması oluşturmuş ve "*politik olarak güvenilmez kamu görevlilerinin vazifelerinden uzaklaştırılması yasasına*" dayanarak güvenilmez kişi ilan edilmiştir¹⁰¹.

Radbruch, 1935-1936 yıllarında İngiltere'ye gitmiş ve 2. Dünya Savaşı boyunca Nazi yönetimine karşı yaklaşımını değiştirmeden akademik yaşamını ve Nazilere yönelik eleştirilerini Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde sürdürmüştür. Görüldüğü üzere yaşamı boyunca hukukun hem teorik dünyasında hem de hukuku oluşturan politikada aktif bir şekilde yer almıştır. Ortaya koyduğu eserleri de aynı şekilde bulunduğu konunun ve yaşadıklarının yansıması olmuştur.

B- Radbruch Formülü

Radbruch Formülü'ne yönelik incelemeler yapılırken, 2. Dünya Savaşı öncesinde Radbruch'un hukuki pozitivist olduğu ve fakat savaş sonrasında radikal bir değişiklik ile tabii hukukçu yönde bir formül ortaya koyduğu dile getirilmektedir. Aktarıldığı üzere Weimar Dönemi'nde adalet bakanlığı yapan bir akademisyen olarak Radbruch'un görüşlerinin hukuki pozitivist bir çizgide ilerlemesi doğaldır. Ancak bu dönem görüşlerinde de Radbruch, katı bir hukuki pozitivistten hareket etmemiştir. Her zaman için pratiği ve teoriyi birleştiren orta bir yol öngördüğü görülmektedir. Fakat Radbruch'un hukuk felsefesinde savaş öncesi ve sonrası dönem olarak bir kırılmanın olduğunu iddia edenler de mevcuttur¹⁰². Bu başlık altında savaş öncesi ve sonrasında Radbruch'un görüşlerinin tutarlı olduğundan hareket edilerek Radbruch Formülü incelenecektir.

İlk olarak savaş öncesi vermiş olduğu eserlerine bakılacak olursa, Radbruch Formülü'ne ilişkin nüvelerin bu eserlerinde var olduğunu görebilmek mümkündür. Öncelikle Radbruch Yeni-Kantçı akım içerisinde yer almaktadır¹⁰³. Bu yaklaşımı ile Radbruch olan-olması gereken hukuk ayrımı yapmakta ve dolayısıyla katı bir pozitivist bakış açısından da uzak durmaktadır¹⁰⁴. Radbruch, hukuk idesini, olan hukuka dayandı-

99 NIEKERK, **1973**, s. 238.

100 NIEKERK, **1973**, s. 238; KÜHL, **2012**, s. 372.

101 METİN / HEPER, **2015**, s. 16.

102 METİN / HEPER, **2015**, s. 27.

103 AYDIN, Melike Belkıs, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", İÜHFİM, Yıl: 2015, Cilt: LXXIII, Sayı:2, s. 9; METİN / HEPER, **2015**, s. 29.

104 Wapler, s. 37'den aktaran AYDIN, **2015**, s. 10.

arak tabii hukukla hukuki pozitivizmi birbirine içkin hâle getirecek şekilde buluşturmuştur¹⁰⁵. Bu düşünceden hareketle Radbruch'un hukuk felsefesinin en başından beri orta yolcu bir izlek üzerinden devam ettiği söylenebilir. Nitekim Radbruch'un 1932 yılında yayımladığı hukuk felsefesi eserinde hukuk güvenliği ve adaletin çatışma yaşadığı durumda, hukuk güvenliğine öncelik verilmesi gerektiğini belirtmesi¹⁰⁶, adaletin varlığını yok saymadığı anlamına gelmektedir. Yeni-Kantçı hareket içerisinde yer alan Radbruch'un adalete yaptığı vurgu, hukukta adaletin bir değer olarak incelenmesini önerdiği şeklinde yorumlanmaktadır¹⁰⁷.

Diğer taraftan Radbruch'un ahlaki rölativist görüşte olması da, onu tabii hukuktan uzaklaştırmaktaysa da aslında, insan haklarına ve tabii hukuka dair bir inancı olduğu 1934 tarihli Lyon konuşması ile sabit bulunmuştur¹⁰⁸. Radbruch, evrensel bir hukuku kabul etmemekle birlikte Kant'ın etkisiyle, belirli bir yer ve zamanda kabul edilen hukukun doğru bir hukuk olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁹. Diğer taraftan Radbruch'un savaş öncesi dönemde hukuki pozitivist olarak nitelendirilmesinde en büyük etken onun hukuki güvenliğe vermiş olduğu önemdir¹¹⁰. Ancak Radbruch hukuki güvenlikle birlikte, hukukun gerçekleştirilmeyi amaçladığı nihai hedef olarak adaleti ve hukukun adalet amacına uygunluğunu birlikte saymaktadır¹¹¹. Yine de bu üç bileşenin çatışmasında neyin adil olduğu saptanamıyorsa hukuki meşruiyet gereği, pozitif düzenlemeye yani hukuki güvenliğe öncelik tanımaktadır¹¹². Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde Radbruch'un savaş öncesi döneme denk gelen bu görüşleri ile klasik pozitivizmden saptığı ve fakat aynı şekilde klasik bir tabii hukukçu da olmadığı görülmektedir. Radbruch'un savaş öncesi ve sonrası görüşlerinde çelişki olarak görülebilecek bir nokta olarak hâkimlerin durumu gösterilebilir. Radbruch savaş öncesinde hâkimlerin, yasaya itaat etmelerini aramaktadır¹¹³. Bu bakış açısıyla Radbruch Formülü'ne bakılacak olursa:

2. Dünya Savaşı sonrasında yayımladığı "*Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk*"¹¹⁴ makalesi Radbruch Formülü'ne kaynaklık etmektedir. Makale şu şekilde başlamakta: "*Emir emirdir' ve 'yasa yasadır'. Bu iki maksim vasıtasıyla Nasyonal Sosyalizm kendine tabi*

105 Wapler, s. 33'ten aktaran AYDIN, 2015, s. 10

106 METİN / HEPER, 2015, s. 24.

107 AYDIN, 2015, s. 11.

108 Schmid, s. 66'dan aktaran AYDIN, 2015, s. 14.

109 *Kültür Hukuku* şeklinde adlandırılmaktadır (Bkz: AYDIN, 2015, s. 15-16).

110 METİN / HEPER, 2015, s. 24.

111 AYDIN, 2015, s. 17; METİN / HEPER, 2015, s. 24.

112 GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2011, s. 358-360; AYDIN, 2015, s. 22; METİN / HEPER, 2015, s. 24.

113 AYDIN, 2015, s. 22; "*Hukukun otoritatif buyruğuna kendi hukuk duygusunu feda etmek; yalnızca hukuka uygun olanın ne olduğunu sormak ve asla onun adaletli olup olmadığına bakmama; adalet sevgisi olmaksızın zevkle yürütülemeyecek bir meslekte belki de adaletsizliğe hizmet etmek: Bu hukukçunun ödevi ve trajedisidir (1929)*" (METİN / HEPER, 2015, s. 28).

114 "*Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*"

olanları, askerler ve hukukçuları saygıyla bağlamanın çaresini bulmuştur”¹¹⁵ ve Radbruch bu ifadeyle pozitivizmi açık bir şekilde eleştirmektedir. Nitekim devam eden kısımda pozitivizmin, yürürlükte olan hukuku hiçbir sınırlamaya tabi tutmamasını eleştirerek bir öneri sunmaktadır. Radbruch Formülü olarak ifade edilen bu öneri ise şu şekildedir¹¹⁶:

“Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki çatışma belki en iyi şu şekilde çözülebilir: Meriyete geçirme ve güç tarafından güvence altına alınan pozitif hukuk, içeriği haksız ve insanlara yarar sağlamadığı zaman dahi, şayet yasa ve adalet arasındaki çatışma tahammül edilemez bir düzeye erişmedikçe üstünlüğe sahiptir. Tahammül edilemez duruma eriştiğinde yasa, yanlış yasa olduğu kabul edilerek adaletin karşısında geri çekilmelidir. Yasal haksızlık ile yanlışlığına rağmen geçerli yasalar arasında keskin bir sınır çizmek olanaksızdır. Yine de son derece açıklıkla çizilebilecek bir ayırım çizgisi vardır. Bu sınır adaletin özü olan eşitliğe teşebbüs dahi edilmeyip, pozitif yasanın çıkarılmasında eşitliğin bilinçli olarak reddedilmesi halinde, yasanın sadece ‘yanlış hukuk’ değil, her hâlükârda hukukun doğasında tamamen yoksun kalması halidir”.

Radbruch’un bu ifadelerinden hareket edildiğinde Radbruch Formülü’nün; tahammül edilemezlik ve inkar/yadsıma¹¹⁷ şeklinde iki kısımdan oluştuğu görülmektedir¹¹⁸. Ancak ikinci kısım birinci kısmın içerisinde somutlaşmakta ve erimektedir. Dolayısıyla kilit unsuru tahammül edilemezlik kıstası oluşturmaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki Radbruch, tahammül edilemez boyuta gelen aykırılıkların söz konusu olduğu durumda yine de hukuki güvenlik ilkesinin uygulanmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. Formüle göre eğer pozitif düzenlemeler, içermesi gereken hukuki değer olarak adaletten yoksunsa ya da kasten yoksun bırakılmışsa (Nazi Dönemi kanunları gibi) ve bu yoksunluk ancak tahammül edilemez boyuta ulaşmışsa o noktada hukuk yok olmaktadır, demektedir¹¹⁹. Bu yok oluş ise tabii hukuk kaynaklı bir evrensel insan haklarına ve adalet anlayışına dayanmaktadır.

Formülün somut hayata yansımaları ise Nazi Dönemi kanunlarının hukuk olarak görülmemesi ile sonuçlanmıştır. Gerek bu dönemde çıkarılan kanunlar gerekse de pozitif

115 METİN / HEPER, 2015, s. 75.

116 METİN / HEPER, 2015, s. 91.

117 KIRSTE’den aktaran AYDIN, 2015, s. 24.

118 METİN / HEPER, 2015, s. 75

119 RADBRUCH, Gustav, “Beş Dakikada Hukuk Felsefesi”, (çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap, Afa Yayını, İstanbul, 1998, s. 8; DREIER, Ralf, “Hukuk Kavramı”, (çev. Altan Heper), **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap Afa Yayını, İstanbul, 1998, s. 12; AKTAŞ, 2000, s. 269.

düzenlemelere göre yapılan yargılamalar geçerliliklerini kaybetmiştir. Bunun sonucunda Nazi Dönemi'nde mağdur olarak yargılamalara katılanlar savaş sonrasında sanık sıfatını kazanırken; Nazi Dönemi yargıçları da, fiile iştirak eden suç ortakları olarak nitelendirilmiştir¹²⁰. Radbruch Formülü ile bir taraftan hukuk-ahlak arasındaki ilişki hukuk felsefesi tartışmaları ile gündeme gelirken¹²¹ diğer taraftan ise hukuki güvenlik ilkesinin meşru halini oluşturan kanunilik ilkesi ve kanunların geriye yürümezliği sorgulanmıştır.

Radbruch Formülü, insan haklarına aykırılık arz eden tahammül edilemez nitelikteki uygulamalara karşı kanunilik ilkesinin ihlalini meşrulaştırırken bu meşruluğun savaş sonrası dönemin ürünü olan uluslararası metinlerde düzenlenmesine de ön ayak olmuştur¹²².

III- İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI DÖNEM VE ULUSLARARASI HUKUKA YANSIMALAR

Radbruch Formülü 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde uluslararası metinlerde ceza hukukunun temel ilkesi olan kanunilik ilkesi ile tam karşılığını bulmuştur. Almanya'da Naziler'in iktidara gelerek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ağır müdahalelerde bulunması, ağır ihlallerin (*savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar*) önüne geçmek için uluslararası birliğin gerekliliğini şart koşmuştur.

Dört Büyük Müttefik Güç; ABD, İngiltere, Fransa, S.S.C.B bir araya gelerek 08.08.1945 tarihinde Londra Antlaşması'nı imzalamış ve bu antlaşmaya göre Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi (*International Military Tribunal-IMT*) kurulmuştur^{123 124}. Nürnberg Mahkemesi, savaş suçlarının kovuşturulması ve cezasız kalmaması için önemli bir adım atmış ve ilk kez insanlığa karşı suçlar tanımlanmışsa da¹²⁵; kanunilik ilkesine ilişkin olarak Nürnberg Mahkemesi Şartının 6/II-c bendinde yer alan "*Mahkemenin*

120 "Göttig'i hukuka ve yasaya aykırı mahkum eden hakimler cinayet nedeniyle suçlu bulunup mahkum edilmeliydiler" (METİN / HEPER, 2015, s. 83).

121 Hart- Fuller tartışması bu kapsamdadır (Bkz: METİN / HEPER, 2015, s. 37 vd.). Savaş sonrası dönemde Almanya'da yapılan yargılamalara yönelik olarak Hart, bir hukuk kuralı haksız nitelik taşısa bile norm hukuk olmaya devam ettiğinden uygulanmalıdır demektedir (AKTAŞ, 2000, s. 259). Dworkin'in Hart'a yönelik eleştirilerinde; "*Hukukta salt yazılı kuralların belirliliği sağlayamayacağı ve 'kanunda boşluk olmaz' argümanının gerçeği yansıtmadığı özellikle hukuki belirsizlik kavramının öne sürülmesiyle pozitivistler tarafında da dikkate alınmıştır. Hart, bu bağlamda hukukta 'açık metin' denilen belirsiz bir alan olduğunu savunmuş ve esnek bir yol izleyerek ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vermeye çalışmıştır. Katı bir formalist yaklaşımla birleşen pozitivist bir hukuk sisteminin savunulmasının zorluğuna dikkat çeken Hart, belli durumlarda yargıçlara daha etkin bir konum verilmesi gerektiğini öne sürerek, zor davalarda yargıçların takdir hakkını tanımıştır*" diyerek; aşırı adaletsiz hukuk kuralları ile karşılaşan hâkimin ahlakiliği dikkate alarak karar vermesi gerektiğinin altını çizmektedir (DEMİRDAL, 2014, s. 817, 814).

122 AİHS m. 7/2 ve ile kanunilik ilkesinin uygulanmasına yönelik uygar ulusların sahip olduğu olağanüstü hal düzenlemesi olarak tabii hukuk felsefesini yansıtan "*emniyet sübabı*"dır.

123 URŞUN, Günel, "Uluslararası Ceza Mahkemesi: Hayal ve Ötesi", http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=72 (Erişim tarihi: 08.01.2018).

124 ODMAN, Tevfik, "Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", **AÜHFD**, Yıl: 1996, Cilt: 45, Sayı:1, s. 137.

125 ÇAKAR, Ayşen, "İnsanlığa Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 103, s. 169-197.

yarğılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı fiiller veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler, **işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın** insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler" şeklindeki ifade ile "iç hukuka aykırılık oluştursun ya da oluşturmasın" kanunilik ilkesi yok sayılmıştır¹²⁶. Bu yok sayış Radbruch Formülü'nün etkisiyle söz konusu olabilmektedir.

Diğer taraftan 2. Dünya Savaşı sonrasındaki bir diğer uluslararası mahkeme olarak Tokyo Uluslararası Uzak-Doğu Askeri Mahkemesi¹²⁷ de Nürnberg Mahkemesi Şartı'nda geçen ilgili hükmü kabul etmiştir. Tokyo Mahkemesi'ne ait kuruluş şartında yer alan 5/2-c bendi Nürnberg Mahkemesi'nin kabul ettiği şekilde kanunilik ilkesinin koruyuculuğunu ortadan kaldırmıştır¹²⁸. Her iki Uluslararası Ceza Mahkemesi de yarğulamalarını uygar devletlerin hukuk-adalet anlayışına uygun olarak orta yolcu bir formül olan Radbruch Formülü'nün temel düşüncesine uygun şekilde gerçekleştirmiştir.

İlgili hükümler kanunilik ilkesinin gerek belirlilik gerekse de hukuki güvenceyi sağlayıcı yönünü ihlal ettiği gerekçeleriyle eleştirilere maruz kalmışsa da Mahkemelerde uygulanmasına devam edilmiştir¹²⁹. Ayrıca farklı bir tartışma konusu içermesine rağmen yarğulamaların ve soruşturmaların müttefik devletlerce yapılmış olması ve fakat müttefik devletlerin işlemiş olduğu savaş ve insanlığa karşı suçların yarğulamalarının yapılmaması ve hatta savaş suçu işlediklerinin dahi kabul edilmemesi "uygar müttefik ulusların" adalet içeren hukukunun niteliğini tartışılır kılmıştır. Özellikle Almanya topraklarında müttefik devletlerce işlenen suçların uluslararası anlamda suç olarak nitelendirilmemesi, geleneksel savaş suçu dahi kabul edilmemesi oldukça manidar kabul edilmiştir¹³⁰. Ancak bu noktada Radbruch Formülü'nde ifade edildiği üzere *hukuk-adalet* anlayışının kendisinden kaynaklanan bir başka özellik devreye girmiştir.

Radbruch Formülü'nde ifade edilen adalet anlayışı merkezi Avrupa olan uygar ulusların adalet anlayışını temsil etmektedir¹³¹. Nitekim Radbruch, uygar ulusların sahip

126 Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945, <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=87B0BB4A50A64DEAC12563CDO02D6AAE> (Erişim tarihi: 20.05.2015).

127 International Military Tribunal for the Far East at Tokyo

128 ÇAKAR, 2012, s. 178; "Mahkemenin yarğılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaşta önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı fiiller veya siyasal veya ırksal sebeplerle yapılan zulümler, işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler."

129 ULUSOY, Orçun, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, İzmir, 2008, s. 14.

130 GALLANT Kenneth, **The Principle of Legality in International and Comperative Criminal Law**, Cambridge University Press, 2009, s. 76.

131 Samir Amin uygar ulusları Avrupamerkezcilik ekseninde açıklarken "... Avrupamerkezci versiyonunda, modelin yayılmasına direnen halkların ve uygarlıkların yok edilmesi var. Bu bakımdan Nazizm'i başka örneği bulunmayan bir sapma gibi değil, Avrupa merkezli savların aşırı bir ifadesi olarak her zaman ortaya çıkabilecek gizil bir güç gibi değerlendirmek gerekir" demektedir. Bkz. AMİN, Samir, **Avrupamerkezcilik Bir İdeolojinin Eleştirisi**,

olduğu adalet anlayışını savaş sonrası dönemde revize etmiş ve böylelikle kanunilik ilkesinin pozitifliği, Tabii Hukuk Rönesansı'nın etkisiyle olağanüstü durumlar için rafa kaldırılabilmiştir. Hukukun güvenilirliğini bu şekilde rafa kaldırış ise ancak ve ancak uygar ulusların kararı ile söz konusu olabilmektedir. Radbruch Formülü'nün kanunilik ilkesi üzerinden ortaya koyduğu yaklaşım AİHS'nin 7'nci maddesi ile uluslararası bir norm haline getirilmiştir.

AİHS de aynı şekilde 7'nci maddesinde:

- (1) Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil ya da ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Aynı biçimde suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.
- (2) Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir”

şeklinde bir hükme yer vermiştir. İşlenildiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı ve yine suçun işlendiği zamandaki mevcut cezadan daha ağır bir cezanın da söz konusu olamayacağı açık bir şekilde düzenlemiştir. Fakat bununla birlikte işlenildiği zaman uygar ulusların genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal söz konusu ise yargılama ve cezalandırmanın mümkün olacağı da kabul edilmiştir. Maddenin ilk fıkrası kanunilik ilkesinin pozitif hukuk anlayışına uygun hâlini oluşturmakta buna karşın ikinci fıkrası ise tabii hukuk anlayışına uygun istisnai görünümünü teşkil etmektedir. Maddenin 2'nci fıkrasının istisnai bir hüküm olduğuna yönelik görüşler mevcutsa da³² AİHS'nin önemli bir maddesi olduğu gerçeği yadsınamazdır.

AİHS'nin 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası Radbruch Formülü çerçevesinde tabii hukuk anlayışının etkisiyle düzenlenmiştir. İlgili fıkra kanunilik ilkesine yönelik istisnai bir düzenlemeyi içermektedir. Nitekim maddenin 2'nci fıkrası ile kanunilik ilkesi göreceli olarak geçerli hale getirilmiştir. Öyle ki fıkra bahis konusu edilen “*uygar uluslar*” tarafından kabul edilen genel hukuk ilkelerinin ihlali hali “*uygar olmayan devletlere*” uluslararası düzlemde bir müdahalenin söz konusu olabilmesini mümkün kılmıştır. Böylelikle uygar ulusların adalet anlayışına göre uluslararası anlamda anti-sosyalite yaratılması mümkün hale gelmiştir. Uygar uluslar bu noktada ulusal hukuk çerçevesinde kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyen eylemleri kendi adalet anlayışlarına karşıt olmasına duruma özgü olarak illegal bir eylem şeklinde nitelendirme yetkisine sahip olmuşlardır.

AİHS'nin 7'nci maddesi Radbruch Formülü vasıtasıyla hem ilk fıkrası itibarıyla normatif anlamda kanuniliği sağlayarak pozitif hukuka hem de içerdiği uygar ulusların adalet anlayışı yaklaşımı ile tabii hukuk anlayışına uygun orta yolcu bir yaklaşım geliştirmiştir. *Uygar ulusların* anti-sosyal bilinci ile Radbruch Formülü'nün adalet anlayışı bu noktada birlikte düşünülmesi gerektirmektedir. Dolayısıyla Radbruch Formülü uluslararası

Chiviyazıları Yayınevi, 2007, s. 138.

132 BOSTANCI, Gülşah, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 35.

hukukun önemli bir kaynağı olarak AİHS'nin en temel maddesinin istisnai bir hükmü olarak varlığını sürdürmektedir. İhtiyaç duyulduğu anda adalet anlayışını her türlü değişime ve dönüşüme uygulayabilmek üzere hazırda beklemekte, ihtilalci tavrı ile düzeni korumayı bir arada sürdürmektedir.

SONUÇ

Tabii hukuk ve pozitivist hukuk tartışması her dönemin temel hukuk felsefesi tartışması olarak önemini korumaktadır. Değişen dengelere göre benimsenen hukuk felsefesi de değişmektedir. Ancak tabii hukuk ihtilal ruhuna hizmet eden bir nitelikte kriz zamanlarında, aşkın ve sorgulanamaz değerlerle egemen gücü kurmaya elverişlilik göstermektedir. 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası platformlarda eşit bir şekilde devletlerin bir araya gelmesi için tabii hukukun eşitlik ve adalet ile insan hakları söylemine ihtiyaç duyulması oldukça doğaldır. Yeni düzenin kurulması için tabii hukukun her yere nüfuz eden adalet anlayışı ise devam eden süreçte hukuki pozitivismle sağlanmaktadır. 2. Dünya Savaşı sonrası yeni emperyalizm döneminde tabii hukuka bu nedenle bir geri dönüş yaşanmıştır. Radbruch ise ortaya koyduğu *Radbruch Formülü* ile bu dengede orta yolcu bir bakış açısı ortaya koymuştur.

Radbruch Formülü, tabii hukuk ve hukuki pozitivism tartışmasını 20. yüzyılın değişen koşullarına göre uyarlama imkânı sunmuş ve fakat esasında tartışma iki yaklaşımın temel özellikleri üzerinde tekrar cereyan etmiştir. Tek farkı tartışmanın 2. Dünya Savaşı'nın yarattığı somutlukta ve vahşette yaşanmış olması oluşturmuştur. Diğer taraftan bu tartışmanın temel felsefesini ortaya koyan kişinin Almanya'nın bilinen bir hukukçusu ve eski adalet bakanı olması da pozitivist hukuk anlayışına yapılan vurguyu kalınlaştırmıştır. Fakat Gustav Radbruch'un savaş öncesi ve savaş sonrası görüşleri temelde bir zıtlık içermemektedir. Radbruch savaş öncesi dönemde de Yeni-Kantçı ve ahlaki rölativist bir yaklaşım sergileyerek tabii hukuku tamamen dışlamamıştır. Radbruch Formülü 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukukun önemli bir kaynağı olan AİHS'nin 7'nci maddesinin istisnai hükmü ile değişen ve dönüşen koşullara uygulanmak üzere göze çok fazla çarpmayan istisnai varlığını ise sürdürmektedir. Orta yolcu bir formül olarak emniyeti, durum ve koşulların tüm olasılıklarını sağlayacak şekilde elinde bulundurmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKI, İrem, "Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", **AÜHFD**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı: 1, (s. 1-35)
- AKTAŞ, Sururi, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", **AÜHFD**, Yıl: 2000, Cilt: 1V, Sayı:1-2, (s. 257-274).
- AMİN, Samir, **Avrupa Merkezilik Bir İdeolojinin Eleştirisi**, Çivi yazıları Yayınevi, İstanbul, 2007.
- ARAL, Vecdi, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", **İÜHF**, Yıl: 1974, Cilt: 40, Sayı: 1-4, (s. 521-552).
- ARAL, Vecdi, "İnsan ve Norm", **İÜHF**, Yıl: 2014, Cilt: LXXII, Sayı:1, (s. 17-42).

- AYDIN, Melike Belkis, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", **İÜHFİM**, Yıl: 2015, Cilt: LXXIII, Sayı:2, (s. 7-28).
- BIX, H. Brian, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", (çev. Ertuğrul Uzun), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt:6, Sayı:2, (s. 291-243).
- BOSTANCI, Gülşah, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- CANİKLİOĞLU DİKMEN, Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu İlişkileri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 10, Sayı:1, (s. 9-58).
- ÇAKAR, Ayşen, "İnsanlığa Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 103, (s. 169-198).
- DEMİRDAL, M. Balkan, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: XVIII, Sayı: 3-4, (s. 789-820).
- DREIER, Ralf, "Hukuk Kavramı", (çev. Altan Heper), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap Afa Yayını, İstanbul, 1998.
- GALLANT, Kenneth, **The Principle of Legality in International and Comperative Criminal Law**, Cambridge University Press, 2009.
- GURVITCH, George, "Tabii Hukuk mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", (çev. Hamide Uzbark), **AÜHFD**, Yıl: 1945, Cilt: II, Sayı: 4, (s. 156-196).
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2011.
- GUSTAV, Radbruch, "Beş Dakikada Hukuk Felsefesi", (çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap Afa Yayını, İstanbul, 1998.
- GÜVEN, Koray, "Hukuk Çevreleri Ayırımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri", **AÜHFD**, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 3, (s. 837-891).
- KEYMAN, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", **AÜHFD**, Yıl: 1998, Cilt: 47, Sayı: 1, (s. 17-36).
- KEYMAN, Selahattin, "Hukuki Pozitivizm", **AÜHFD**, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, (s. 17-55).
- KÖKSAL, Mehmedcan, "Milletlerarası Hukuk Düzenine Karşı Doğal Hukukun Uygulanması", **İÜHFİM**, Yıl: 1962, Cilt: 28, Sayı: 3-4, (s. 388-456).
- KÜHL, Kristian, "Radbruch Formülü", (çev. M. Cemil Ozansü), **İÜHFİM**, Yıl: 2012, Cilt: LLX, Sayı: 1, (s. 369-374).
- METİN, Sevtap / HEPER, Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 2. Basım, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- NIEKERK, van Barend, "The Warning Voice from Heidelberg - The Life and Thought of Gustav Radbruch", **South African Law Journal**, August 1973, Vol. 90, (p. 234-261).
- STORER, Colin, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, (çev: Sedef Özge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- ODMAN, Tevfik, "Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", **AÜHFD**, Yıl: 1996, Cilt: 45, Sayı:1, (s. 131-151).
- ULUSOY, Orçun, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, İzmir, 2008.
- UYGUR, Güriz, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?, **AÜHFD**, Yıl: 2003, Cilt:52, Sayı:2, (s. 145-176).
İnternet Erişimleri
- GÖZLER, Kemal, "**Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı**", <http://www.anayasa.gen.tr/adalet.htm> (Erişim tarihi: 08.01.2018)
- BİLEZİKÇİ, Emrah, "**Kirchmann ve Kantorowicz'in İşaret Ettiği Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Etkisi**", http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_11%20Ekim-1-3.pdf (Erişim tarihi: 08.01.2018)
- KURŞUN, Günal, "**Uluslararası Ceza Mahkemesi: Hayal ve Ötesi**", http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=72 (Erişim tarihi: 08.01.2018)

HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (HFD) ulusal ve hakemli bir dergidir; yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında elektronik ortamda yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere değerlendiriliyor olmamalıdır.
3. Derginin yayın dili Türkçedir, bununla birlikte bilimsel iletişim işlevini gören yabancı dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile en az 100, en çok 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetleri ile her iki dilde beş adet anahtar sözcüğün de gönderilmesi gerekmektedir.
5. Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet ve tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğü ve 1,5 satır aralığı ile " Times New Roman" diğer yazı karakterlerinden biri kullanılmalıdır.
6. Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynakların yazar soyadına göre abece (alfabe) sırasına dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Metin içinde yapılan göndermeler, her bir sayfa sonunda "dipnot yöntemi" kullanılarak gösterilmelidir. Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Derginin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

Kitaplar için:

ÖKTEN, Kaan H., **Heidegger Kitabı**, 2. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ÖKTEN, **2006**, s. 58.

Çeviri kitaplar için:

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

GIDDENS, **1998**, s. 22.

İki yazarlı kitaplar için:

ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ÖKTEM / TÜRKBAĞ, **2009**, s. 23.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

KOÇAK, Cemil / ÖZDEMİR, Hikmet / BORATAV, Korkut, vd., **Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980**, 10. Basım, Cem Yayınevi, İstanbul, 2008.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

KOÇAK / ÖZDEMİR / BORATAV vd., **2008**, s. 166.

Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

TEMİZ, Özgür, **Basın Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlke Sorunu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

TEMİZ, **2007**, s. 44.

Kurumsal yayınlar için:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), **Yargılama Düzeninde Kalite**, İstanbul, 1998.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

TÜSİAD, **1998**, s. 56.

Makaleler için:

KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1, (s. 25 - 40).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

KONURALP, **2001**, s. 35.

Derleme Kitap ve Armağan Makaleleri için:

ERGİL, Doğu, "Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü", **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, (der. T. Koçak, vd.), 1. Basım, Bgst Yayınları, İstanbul, 2009, (s. 98 - 109).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ERGİL, **2009**, s. 100.

Konferanslarda sunulan bildiriler için:

KUÇURADİ, İoanna, "Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları", **Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma ve Hüküm Verme (17 - 18 Nisan 2009)**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, (s. 13 - 19).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

KUÇURADİ, **2009**, s. 15.

İnternet için:

BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotomedy.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (erişim tarihi 28.10.2010)

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

BAKER, (**Spinoza Kitabı**).

Yazar veya yazarların aynı yıl içinde basılmış birden fazla eserine atıf yapılıyorsa yayının yılının yanına "a", "b", "c", gibi harfler eklenerek farklılaştırma yapılabilir. Bu durum kaynakçada da ayrıca gösterilmelidir. Aynı yazara veya yazarların eserlerine art arda atıf yapılması durumunda "age" veya "ibid" gibi kısaltmalar da kullanılabilir.

7. Dergiye gönderilen yazılara, yazıların başlangıcına sayfa numaralarını da içeren bir "İçindekiler" kısmı da eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen yazılar "*.rtf", "*.doc" veya "*.docx" biçimlerinde kaydedilmiş bir CD içerisinde ve ayrıca ikisinde yazarın adı bulunmayan A4 boyutundaki üç örnek çıktısıyla birlikte gönderilmesi kolaylık sağlayacaktır. Bununla birlikte, hukukdergi@hacettepe.edu.tr e-mail adresine iletilen çalışmalar da değerlendirmeye alınacaktır.
9. Değerlendirilmesi istenen çalışmalara ilişkin gönderilerde mutlaka yazar adı, ünvanı, (varsa) çalışma yeri ve iletişim bilgileri (adres, telefon ve eposta adresleri) yer almalıdır.
10. Yazarların çalışmalarını "olduğu gibi" yayımlanmak üzere ilettikleri kabul edilir. Bilimsel ölçütlere uymayan ve / veya olağanın dışında yazım yanlışları içerdiği gözlenen yazılar, Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin geri çevrilebilir.
11. Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca basit çoğunluk yöntemiyle karar alınarak gerçekleştirilir ve toplantı sonucu bir raporla kayıt altına alınır (sunulan çalışmanın yazar(lar)ı Yayın Kurulu'nda yer alıyorsa, değerlendirme toplantısına katılamaz). İlk inceleme sonucunda değerlendirmeye uygun bulunan yazılar, "nesnel değerlendirme" ilkesi uyarınca yazar adı metinden çıkarılarak, bilimsel açıdan yayıma uygun olup olmadığına bakımından değerlendirilmek üzere Yayın Kurulunca belirlenen hakeme gönderilir. Yazara çalışmanın hangi hakeme gönderildiğine yönelik bilgi verilmez. Hakem raporu doğrultusunda makalenin yayımlanması, yazardan düzeltme istenmesi veya yazının geri çevrilmesi kararlaştırılır. Hakem raporunda bilimsel olarak yetkin görülen yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağına veya derginin hangi sayısında yayımlanacağına Yayın Kurulu karar verir. Yazar, tüm bu aşamalardan e-mail yoluyla bilgilendirilir.
12. Dergide, hakemli makalelerin yanı sıra, çeviri, karar incelemesi ve eleştiri vb. çalışmalara da yer verilir. Bu tür çalışmaların, yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.
13. Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Hacettepe Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar gönderdikleri çalışmalarla ilgili tüm yayım (telif) haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılırlar; yazarlara ayrıca bir ücret ödenmez.
14. Dergi internet ortamında bedelsiz olarak erişime açık tutulur.

