

HUKUKA RAĞMEN KANUN, HÂKİMİN DİRENME HAKKI YA DA RADBRUCH FORMÜLÜNÜ HATIRLAMAK

LAW AGAINST JUSTICE, JUDGE'S RIGHT TO RESIST, OR RECALLING THE RADBRUCH FORMULA

Cengiz OTACI*

Özet: Kanun, sadece “kanun” olduğu için uyulmayı ve uygulanmayı hak edecek bir metin değildir. Adalet içeriğinden yoksun, hukuki güvenliği sağlayamayan, ağır insan hakları ihlallerine neden olan, eşitlik ilkesini dışlayan kanunlar, özünde adaletsizlik kaynağı olduğundan, hâkimler tarafından uygulanmamak suretiyle direnme hakkına konu olabilir. Kanun, meşru amaçlar için var olmalıdır. Meşruiyet sorunu, kanun için de geçerlidir. Radbruch formülü, yayımlandığı günden beri, kanunları insan hakları içeriğine göre değerlendirmemize imkân sağlayan önemli bir başlangıç noktası olmuştur.

Anahtar kelimeler : Radbruch Formülü, Meşruiyet, Direnme, Kanuna Karşı Direnme

Abstract: A law is not a text that deserves to be obeyed and implemented because it is just a law. Laws, which fail to satisfy justice, which are unable to provide legal security, which cause severe human rights violations, and which exclude the principle of equality, can be subject to the right to resist. Judges may choose not to apply those laws, since they are the source of injustice. Law should be available for legitimate purposes. Legitimacy is also an issue for law. Radbruch formula has been an important starting point that allows us to evaluate laws according to their human rights content.

Keywords: Radbruch formula, Legitimacy, Resisting, Resisting to Law

* Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi

GİRİŞ

Direnme hakkının pasif kolunu temsil eden sivil itaatsizlik, felsefeci, siyaset bilimci ve devlet teorisyenlerinin sıkça işlediği, kökenlerini Antik Yunana kadar götürdükleri modern bir kavramdır. Sivil itaatsizliğin temel esprisi, demokratik bir ortamda mevcut hukuk düzeni ve anayasal sistemi adil/meşru kabul etmek ancak ağır haksızlık içerdiği ve adaletsiz olduğuna inanılan tekil hükümet eylemlerine, kanunlara, son çare olarak şiddete başvurmaksızın uymamak, sonuçlarına katlanmaya razı olmaktır. Amacı, hükümetin beğenilmeyen politik eylemini engelleme ya da yürürlüğe koyduğu kanunu geri çekmesini sağlamaktır.¹ Sivil itaatsizlik, politik makamların her söylediğini kabul eden, çıkardığı her kanuna uyan iyi vatandaş olma profili ile bunun karşısında konuşulabileceğimiz iyi insan olma arasındaki gerilimdir.² İyi vatandaş olma, politik amaçlar doğrultusunda önceden tanımlanmış davranış kodlarını sorgusuz kabul etmeye, iyi insan olma ise bu kodları reddetmeye tekabül eder. Sivil itaatsizlik, devlet ile bireyin/toplumun, kanun ile ahlakın karşı karşıya geldiği durumlarda, bireyin/toplumun ya da ahlakın tercih edilmesidir.³

Sivil itaatsizlik, ortak adalet anlayışına vurgu yaparak kamu vicdanına yönelik şiddet içermeyen çağrıdır. Sivil itaatsizliğin haklılığı, toplumda var olduğuna inanılan ortak adalet anlayışıyla temellendirilebilir. Habermas'a göre sivil itaatsizliğin temeli, demokratik bir toplumda dahi yasal düzenlemelerin gayrimeşru olabileceğinden doğar. Gayrimeşruluğun ölçütü, herhangi bir ahlak anlayışından, ayrıcalık hakkından ya da hakikati bilmekte ayrıcalıklı bir konumdan gelmez. Meşruluk, modern anayasal devletin, vatandaşlarınca özgürlük içinde tanınmak beklentisini temellendirdiği ve herkes için anlaşılabilir olan ahlak ilkeleridir.⁴ Özgürlük ve insan onurunun üstün değerler olarak görüldüğü ve bu nedenle her şeyin kayıtsızca ve sorumsuzca mübah görülemeyeceği bir hukuk düşüncesinin özüdür direnme hakkı. Bir

¹ Şükrü Nişancı, *Sivil İtaatsizlik*, İstanbul 2003, s. 11 ; Kadir Candan-Murat Bilgin, "Sivil itaatsizlik", *Yasama Dergisi*, Aralık 2011, sayı 9, s. 59

² Nişancı, s. 12

³ Rabia Sağlam, "Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Ret", HFSA 16. Kitap, İstanbul 2007, s. 251

⁴ Sağlam, s. 253

hukuk devletinde hukuk düzeni, uğruna direnilen haklar listesi olmaktan ziyade insanın direncini olanaklı kılan, örgütleyen bir dizge olarak görülmelidir.⁵

Mevzuat, bir yönüyle modern devletin davranış şeklini ve hareket alanını tanımlayan metinlerdir. Diğer yönüyle de bu metinler, vatandaşlık bağıyla modern devlete bağlı olan kişiler için de geçerlidir. Var olan metinlerin dışında, metni denetleyen, ona meşruiyet veren, vatandaş olmanın daha ötesinde doğrudan insan olmayı ilgilendiren kurallar da vardır. Sivil itaatsizlik, hukuki anlamda bilinen, olması gereken o kurallara dayanır. Sivil itaatsizlik, normun uyması gereken öznesi olarak vatandaşın ahlaki protestosu anlamında “uymama”yı temsil eder. Normun uygulayıcı öznesi olarak hâkim açısından ise itaatsizlik “uymama” değil, “uygulamama”dır. Hâkimin “uygulamama” şeklindeki itaatsizliği, vatandaş olma hakkının kullanımı değil, kamu görevinin sağladığı bir imkândır ve sivil itaatsizlik olarak nitelendirilemez. Yargı bürokrasisinin temel taşı olan ve bu anlamda sivil kişi sayılamayacak hâkim, adalet içeriğinden yoksun kanuna karşı halkı korumakla görevlidir. Uymama hakkın kullanımı, uygulamama ise görevin ifasıdır. Kanunu “uygulamama” görevi, hukuki anlamda aktif direnme sayılabilir.

Çalışmamızın bu kısmında cevabını aradığımız sorular şunlardır; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan her metin kanun mudur? Hâkim, önüne konulan her kanuna uymak ve uygulamak zorunda mıdır? Hâkimin, kanuna direnme hakkının meşruiyeti nereden gelir ve sınırları nedir?

Direnme hakkının pasif boyutunun sivil itaatsizlik olduğuna değinmiştik. Aktif boyutu ise isyan, ihtilal, başkaldırma, terör gibi şiddete başvuran, sistemi yıkma amacı güden hareketlerdir. Hâkimin kanunu uygulamaması, meşru kabul edilen hukuk düzeni içinde meşruiyeti olmayan belirli norma/normlara yönelmiş aktif direnme sayılmalıdır. Hâkimin, kanuna uymayarak ve uygulamayarak sergilediği direnme, uymama ve yok sayma gibi edilgen bir pozisyonu değil, dış dünyaya uygulamama şeklinde yansıyan bilinçli bir tercihi, etkin bir

⁵ Hayrettin Ökçesiz, *Sonbahara Eylem Kitabı*, Ankara 2013, s. 24 vd (Ökçesiz, Sonbahara)

konumu yansıttığından aktif direnme sayılır. Ancak hâkimin aktif direnmesi bu kadardır. İhtilal, başkaldırma ve şiddete başvurma gibi bir yolun tercih edilmesi mümkün olamaz.

Yurttaşların haksız dahi olsalar yasalara itaat görevi varsa, yargıçların da bu haksız yasalara karşı direnmek hakları ve görevleri vardır. Yargıçlar bu haklarını kullanmazlar, bu görevlerini idrak edemezler ise, yurttaşlar onların yerlerine geçerler. Yargıcın hukuk yaratmak işlevi işte burada, bu eleştirel tutumda gerçek anlamını bulur. O kendisinde bu cesareti bulmalı, bu sorumluluğu yüklenmelidir. Bunun için ise, tüm yurttaşlara güvencesini vereceği şeyi, özgürlüğünü almalıdır. Nemo dat, quod non habet (kimse kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez).⁶

Kanunlara uymak her vatandaşın ödevidir. Ancak kanunlara uymak, kanunun, dolayısıyla yapanın esiri olmayı, kayıtsız şartsız teslimiyeti ifade etmez. Kanuna uyma zorunluluğumuz, kanun karşısında özgür olduğumuz gerçeğini değiştirmez. Bir bakış açısına göre ceza kanunları, yasaklama getirmez. Suç sayılan eylemler, yasaklanmış eylemler değildir. İnsan otonomdur ve neyi ne zaman, ne şekilde yapacağına kendisi karar verir. Yapma ya da yapmama iradesi tamamen kendisine ait olan bir eylemin başkası tarafından yasaklanmış olması, o eylemi yapma iradesinin fiili varlığını ortadan kaldırmaz. Bu anlamda yasaklama, insan iradesini ortadan kaldırmayan, ancak iradenin belli yönlerde kullanılması durumunda neyle karşılaşılacağını gösteren uyarılardır. Ceza kanunları, tanımlanmış hak ihlali karşısında hâkimin ne yapması gerektiğini belirleyen düzenlemelerden ibarettir. Hâkimin kanuna direnmesi ise, irade ile iradeye yönelmiş uyarılardan birisinin haklılığını tercihte irade lehine tavır almasıdır. Hâkimin direnmesi, içeriği itibarıyla haksız şekilde iradeyi kısıtlayan kanunun kendisine yönelmiş emrini kabul etmeyerek, kendini ve vatandaşla-

⁶ Hayrettin Ökçesiz, "Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı "Radbruch Formülü", *TBBD*, Yıl 2005, Sayı 56, s. 171 ; Yargıçlarımızdan adet olduğu üzere sözde "Kantçı" bir yaklaşımla kimi zaman kamuya açık, kimi zaman kişisel söyleşilerde sıkça şu sözleri duyarız; "Ben de karşıyım, ama yasa böyle emrediyor. Uygulamak zorundayım". "Bağırma taş basarım, babam olsa asarım." Onlar hukuka aykırı buldukları bir normu eleştirmeyi, ama yasa koyucu tarafından yürürlükten kaldırılıncaya kadar koşulsuz itaati meslek ve yurttaşlık görevi sayarlar. Bu kanunları nedeniyle bir gün Doğu Alman ya da Nazi yargıçlarının durumuna düşmekten asla kurtulamayacaklarını öngöremezler. Ökçesiz, s. 170

rı kanun karşısında özgür kılmasıdır. Tabii hukuka göre zaten özgür olan iradeyi, sonradan olan haksız kanunla kısıtlanmış irade karşısında üstün tutmasıdır. Tabii bir hak olan özgürlüğün tercihi, özgür bir irade ile mümkün olabilir. Kendi özgür olmayan, başkasına özgürlük veremez.

İnsanın insana tahakkümü olgusu karşısında, insanın bu tahakküme direnmesini meşru bir talep olarak kabul etmek gerekir. Egemen gücün itaat talebi, meşru direnme hakkı olanın onayına muhtaçtır. İtaat talebi ve direnme hakkı, haklılığın temellendirilmesini gerektirir. Çağdaş değerlere bağlılık, onlara aykırılık durumunda itaat talebinin reddi ile beklenen onayı vermemektir. Ret ve onay vermeme, bazı pozitif normlara aykırı davranmayı, onları çiğnemeyi gerektirecekse, bu hak, öncelikle bir haklılık durumuna işaret eder.⁷

Modern devlet, şiddet araçlarını tekeline almıştır. Kanun, şiddetin araçlarını, derecesini, miktarını, süresini, kullanıcılarını ve yerini organize eden metinlerdir. Kısaca hakların, yükümlülüklerin, yaptırımların ve infazın kanunlar yoluyla tanımlanması şiddetin tekele alınmasıdır. Hâkimler, modern devletin meşru şiddete ilişkin metinlerini yorumlayan ve uygulayan kişiler olarak ister istemez kurumsallaşmış şiddetin bir parçası konumundadırlar. Kanun koyucunun kanun yoluyla başvurduğu şiddet ile hâkimlerin yorum ve uygulama yoluyla uygun bulunduğu şiddet arasındaki tek fark, hukuktur. Hâkimler, hukuka uygun olmak koşulu ile gerektiğinde ve takdir hakları ile sınırlı olmak üzere kararları ile şiddet kullanımına iştirak eder. Modern demokrasilerde ve demokratik toplumlarda hâkimlerden beklenen, hukuk metinlerinin ya da metinlerin hazırlanması sırasında oluşturulan gerekçelerin tavizsiz uygulayıcıları ve köleleri olmak değildir. Kanun hukuka uygun değilse, demokratik toplumun değerlerine ve insan haklarına aykırı ise, adalet içeriğinden yoksunsa, eşitliği ortadan kaldırıyorsa, içerdiği şiddeti benimsemek ve aynen uygulamak, hukukun ve insan haklarının karşısında yer alarak meşru olmayan şiddetin aracı olmaktan başka bir anlam taşımaz.⁸

⁷ Ökçesiz, Sonbahara s. 26-30

⁸ Benzer düşünceler için Bkz Peczenik'ten naklen Ertuğrul Uzun, Akıl Tutkunu Hukuk, İstanbul 2010, s. 40-42

Kanun, kimi zaman yapanın en güvenilir, en haklı ve nezdindeki meşru işbirlikçisi olabilir. Kanunu yapan; kanun yoluyla kendi çıkarlarını, amaçlarını, zaaflarını, gayrı ahlaki emellerini, politik arzularını toplumun talebi gibi göstererek haklılaştırmak isteyebilir. Özü itibarıyla eşitliği ortadan kaldıran, demokratik toplum kurallarını askıya alan, insan haklarına aykırı olan adalet içeriğinden yoksun haklılaştırılmış istekler, süslü paketler içinde sunulan zehir gibidir. Adaleti, eşitliği, insan haklarını öldürme, ortadan kaldırma, askıya alma ya da zaafa uğratma potansiyeli taşıyan bu kanunlar, sadece kanun oldukları için uygulanırsa, araç amacın önüne geçmiş olur. Çünkü kanunlar, adaleti, eşitliği ve insan haklarını sağlamanın sadece aracıdır. Her kanun, bu asil amaçları gerçekleştirmek için vardır ve hiçbir kanunun bizatihi kendisi asla amaç değildir.

Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki uzlaşmazlık; koyma ve güç yoluyla güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca uygunsuz olsa dahi öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi; "yanlış yasa" olarak, adalet karşısında geri adım atmasını zorunlu kılacak derecede katlanılmaz bir ölçüye varmış olsun. Yasal haksızlık durumları ile yanlış içeriğine rağmen geçerli yasalar arasında kesin bir sınır çizmek olanaksızdır. Ancak bir yerde kesin bir sınır çizilebilir; adaletin amaçlanmadığı, adaletin özünü niteleyen eşitliğin pozitif hukuk yapılırken bilinçli olarak yadsındığı yerde yasa, yalnızca "yanlış hukuk" değil, daha çok her türlü hukuk olma doğasından yoksundur. Çünkü hukuk ve elbette pozitif hukuk da, amaçları bakımından adalete hizmet etmekle belirlenmiş bir düzen ve kural koyma olmaktan başka bir şey olarak tanımlanamaz.⁹

Hâkimin "uygulamama" şeklinde tezahür eden direnme görevi, kanunun yorumundan ve kanuna kayıtsız kalınmasından farklıdır. Yorum, meşru kabul edilen kanunun muhtemel anlamlarından birini tercih etmek, birini benimsemektir. Yorum, kanunun içinde kalan bir faaliyet olduğundan uygulamama anlamına gelmez. Yorum, yüklenen anlama göre kanunun uygulama alanında daralma, genişleme, yön değiştirme gibi etkiler oluşturur. Yorumda kanunun meşru, geçerli ve var olduğu kabul edilir. Uygulanan yorum yöntemine göre kanunun içerdiği anlamlardan en doğru olanı tercih edilerek, yine kanunun içinde kalınarak uygulama yapılır. Direnmede ise kanunun meşruiyetinin

⁹ Ökçesiz, s. 172

olmadığı, hüküm ve sonuç doğurmadığı, uyulmayı hak edecek adalet içeriğinden yoksunluğu ileri sürülerek yok hükmünde olduğu kabul edilir. Kanuna kayıtsız kalma ise bir yönüyle kanunun varlığından haberdar olmama gibi bilgisizliği temsil ederken diğer yönüyle varlığından haberdar olunan kanunu görmezden gelme, üzerini kapatma ve bu şekilde uygulamaktan kaçınmadır. Direnme; varlığı bilinen ancak haklı gerekçelerle uygulanmak istenmeyen bir kanunun bilinçli bir tercihle reddidir. Bilinçli tercihle redde konu olan kanun, demokratik toplum değerlerine aykırıdır, tabii hukukun sağladığı insan haklarına dayanan argümanlarla bu kanuna karşı durulması gerekir.

Genel anlamda direnme hakkı, insan haklarına dayalı demokratik bir toplumda dahi kanunların ahlaken gayri meşru olabileceği ihtimalinden doğmaktadır. Kanunlara uymak ve uygulamak için var olan haklı sebepler, kanunun açıkça insan haklarını ihlal ettiği durumda uymamak ve uygulamamak için de geçerlidir. Kanun yapma yetkisinin kötüye kullanılması ile oluşan çöküntü zamanları, tabii hukukun önemini ve ölmezliğini bir kez daha gündeme taşımakta,¹⁰ demokratik bir toplumun ortak değerlerini, adalet duygusunu koruma amacıyla kanuna direnmenin en önemli entelektüel silahı haline gelmektedir.

Hâkimin uygulamama şeklindeki direnme hakkını kullanarak, uygulamakla görevli olduğu kanuna itaat etmeyip gereklerini yerine getirmeyerek şekli olarak bir normu (muhtemelen görevde yetkiyi kötüye kullanma) ihlal ettiği ileri sürülebilir. Ancak hakim, normu uygulamayarak daha üstün olan adalet, eşitlik, insan hakları gibi değerleri korumak adına adalet içeriğinden yoksun kanunu uygulamama görevini yerine getirmektedir. Bu nedenle adalet içeriğinden yoksun kanunu uygulamamak değil, uygulamak görevde yetkiyi kötüye kullanma olur. Hak ve özgürlükleri sınırlayan, kaldıran ya da askıya alan kanunlar, zaafa uğrattıkları hak ve özgürlüklerin içeriği, anlamı ve önemi ışığında değerlendirilir.¹¹ “İstisnanın kurala arzı” olarak adlandırabileceğimiz bu yöntem, istisnanın kural karşısında meşruluğunu ve geçerliliğini test etmemize yardım eder. Hâkimin direnme hakkı, istisnanın kurala arzıdır.

¹⁰ Nişancı, s. 257, 262, 263

¹¹ Ökçesiz, Sonbahara s. 34 vd

Direnme hakkı, günümüzde sadece hukuk felsefesi ve siyaset biliminin konusu olmaktan çıkmıştır. Pek çok anayasa ve anayasal metin direnme hakkına yer vermiştir. Direnme hakkı, tarihsel süreç içerisinde, İngiltere’de Büyük Özgürlük Fermanı (Magna Carta Libertatum, 1215 madde. 61); Haklar Dilekçesi (petition of Rights, 1628); Habeas-Corpus ACT (1679); Haklar Bildirgesi (Bill of Rights, 1689) gibi anayasal belgelerde;¹² Amerika Birleşik Devletleri’nde Virginia İnsan Hakları Bildirgesi¹³ (1776 mad. 3), Fransa’da, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi,¹⁴ değişik ifadelerle; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,¹⁵ Federal Alman Anayasası’nın 20. Maddesinde, Federal Almanya Cumhuriyeti Hessen Eyaleti Anayasası,¹⁶ Federal Almanya Cumhuriyeti Bremen Eyaleti Anayasası,¹⁷ Federal Almanya Cumhuriyeti Berlin Eyaleti Anayasası,¹⁸ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasında¹⁹ yer almaktadır. 1982 Anayasası ise direnme hakkına yer vermemiştir.²⁰ Anayasa Mahkemesi,²¹ Sosyalist Parti’nin, program ve tüzüğünde direnme hakkına yer vermesini diğerler nedenlerle birlikte kapatma nedeni sayan iddiayı, bu hakkın “bireysel özgürlükler

¹² Anayasa Mahkemesi, SPK, 18.12.1988 tarih ve 2/1

¹³ Madde 3; Herhangi bir yönetim bu göreve layık olmadığını gösterir ya da bu görevi hiçe sayarsa, toplumun çoğunluğunun, kamu yararına en uygun gördükleri biçimde, bu yönetimde islahat getirmek, yapısını değiştirmek ya da ilga etmek hakkı doğar; bu hak vazgeçilemez, devredilemez ve iptal edilemez bir haktır.

¹⁴ Madde 2; Her siyasi toplumun ana amacı, hukuki taahhüt altındaki doğal insan haklarını korumaktır. Bu haklar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir.”

¹⁵ Başlangıç kısmı, 3. ve 5. maddeler; İnsanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmak zorunda kalmaması amacıyla insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunması gerekli olduğu için

¹⁶ Madde 147/1; Anayasaya aykırı olarak icra edilen kamu gücüne karşı direnme herkesin hakkı ve görevidir.

¹⁷ Madde 19: Anayasada yer alan insan haklarına kamu gücü tarafından anayasaya aykırı biçimde dokunulduğunda direnme herkesin hakkı ve görevidir.

¹⁸ Madde 23/3: Anayasada yer alan temel haklar açık bir biçimde ihlal edildiğinde herkesin direnmeye hakkı vardır.

¹⁹ Madde 20/4: Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.

²⁰ 1961 Anayasası, Başlangıç kısmının 2 ve 6. paragraflarında 27 Mayıs Devriminin, direnme hakkı ürünü olduğu “Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti ... Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasayı kabul ve ilan ve onu, asıl teminatın vatandaşların gönülleri ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet eder” sözleriyle anlatılmıştı.

²¹ Anayasa Mahkemesi, SPK, 18.12.1988 tarih ve 2/1 sayılı kararı

yönünden önemli" olması, "anayasalar ve anayasal belgelerde" yer verilmesi" gerekçeleri ile parti kapatma nedeni olamayacağına karar vermiş, direnme hakkının anayasaların ruhunda bulunduğuna işaret etmiştir.

Hazırlıklarına 1955 yılında başlanan Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 17. Değişikliğine ilişkin kanun, 1968 yılında kabul edilmiştir. Bu değişiklikte Anayasanın 20 maddesi şu şekildedir;

Madde 20. Devletin ana ilkeleri; direnme hakkı

(1) Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir.

(2) Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır.

(3) Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar.

(4) Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.

Demokratik hukuk devleti ilkeleri ile dokunulmaz ve devredilmez insan hakları, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olduğundan, günümüzde direnme hakkının en önemli konusunu teşkil eder. Hiçbir yönetim, bu ilkeleri kaldıracak, askıya alacak ya da geciktirecek kanunlar yapamaz. Radbruch formülü, Hitler dönemi Almanya'sında yaşanan insan hakları ihlali temelinde, direnme hakkının hukuki boyutunu gündeme taşıyan önemli bir ilkedir. Pozitif hukuk karşısında tabii hukukun gücünü gösterir.

1) Hukuki Pozitivizmin Egemenliği

Düzen ve istikrar bağlamında yöneten-yönetilen ilişkisi açısından hukuk, her zaman sorunlu bir alan olagelmıştır. Ortaçağda hukuku üreten ve uygulayanlar, istisnasız egemen sınıfın üyeleri idi. Modern öncesi dönemde hukukun üretim ve uygulamasının sınıfsal ve araçsal niteliğini hemen fark etmek mümkündü. Antik Yunanda, Roma'da

ve Ortaçağın derebeyliklerinde hukuk, toplumun yöneticilerine ait bir ayrıcalıktı. Modern devletin, hukuku uygulayan ve üreten güç odakları ile bağlantısını kopartarak kendi bürokratları ve kurumsal yapısı ile kanunlarını oluşturmaya, anayasa hareketleri ile devletin gücünü ve yetkisini sınırlamaya başlaması, hukuku sınıfsal araç olmaktan çıkardı. Modern öncesi dönemde hukukun adalet gibi bir amacı, bireyleri ahlaklı ve erdemli bir yaşam sürmeye yöneltme gibi bir ideali vardı. Hukukun bu amaç ve idealinin, din, gelenek, üretim-yönetim ilişkisi ve ahlâkla bağlantılı olduğu açıktır. Modern dönemde dine bakışın değişmesi, üretim ilişkisinin yeniden tanımlanarak emeğin meta haline getirilip pazarlanabilir kılınması, yönetimin ise yerel egemen güçlerin etkisinden sıyrılmış merkezi niteliğe kavuşması, hukuka bakışı da değiştirdi. Yeni toplum düzeni, makineleşmeye bağlı olarak mekanik bir düzlemde ele alındı. Adalet ve idealler gibi ahlaki kaygılar bir kenara bırakıldı. Siyasetteki paradigma değişimi, hukuka, ahlaki önermelerle olan bağını koparma olarak yansıdı.²²

Modern devlet, devlet hukukunun mutlaklığını ileri sürerek, devletin dışında devlet-dışı hukuk kaynağı olamayacağını ileri sürdü. Hukuk kuralı üretme potansiyeline sahip bütün kaynaklar, modern devlet tarafından rakip olarak görülüp ya ortadan kaldırıldı ya da sıkı şekilde kontrol altına alındı. Modern devlete gelene kadar tarihte hiçbir kurum ya da kişi, hukuk ve normatif düzen üzerinde tekele sahip olduğunu iddia etmemişti. Ehrlich ve kısmen Gurvitch'i takip edersek, devletin ilkin askeri bir örgütlenme olarak ortaya çıktığı, hukuk düzeni ile ilişkisinin başlangıçta zayıf kaldığı, mahkemelerin de devletin değil toplumun organları olduğu görülür. Devletin, yargılama mekanizmalarına egemenliği ile başlayan hukuki işleyişe müdahilliği, geç dönemlere tekabül etmektedir. Kanun yapma yoluyla hukuk üretmesi ise yakın zamanda ortaya çıkmıştır. Üstelik ilk yasama çalışmaları, var olan ve toplumda uygulanan kuralların derlenmesi, kodifiye edilmesinden ibarettir. Yeni kurallar koyma, kural koyma tekeline sahip olma modern zamanlara mahsus bir keyfiyettir. Hukuk sosyolojisi ve hukuk antropolojisi çalışmaları, devlet hukuku dışında, devlet-dışı bir hukukun var olduğunu, bireylerin ve toplumların bu kuralları

²² Berke Özenç, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Kürselleşme Çağındaki İşlevi, İstanbul 2014, s. 137, 139, 149, 150

bağlayıcı kabul ederek uyduklarını/uyguladıklarını göstermektedir. Ehrlich'in "yaşayan hukuk" adını verdiği, toplumun içinde oluşmuş, kaynağı devlet olmayan, hayata egemen devlet-dışı hukuk kuralları da vardır. Buna göre kuralların "hukuk" olarak vasıflandırılması için, devlet tarafından yaratılma ve devlet yaptırımlarıyla donatılma kriterleri zorunlu değildir. Kuralları oluşturma devlete de tanınmış bir haktır. Devletin bu hakkı tekelci bir anlayışla sadece kendisine ait görmesi ve kendisi dışında hukuk üreten kaynakları kontrol altına alarak ortadan kaldırması ya da kendisi dışında üretilmiş kurallara hukuk olma vasfı tanımaması, tarihsel süreç nazara alındığında aslında yetki gaspından başka bir şey değildir.²³

Hukuki pozitivizm, modern devletin oluşum sürecinde ortaya çıkan, devleti ve yaptıklarını/ettiklerini kutsallaştıran bir hukuk anlayışıdır. Devlet mekanizmalarının usulüne göre yürürlüğe koydukları bir kanunun geçerliliği, ahlaki içselliğinde aranamaz. Kanun, kanun olduğu için bağlayıcı ve geçerlidir. Hukuk, kanundan bağımsız ve ondan farklı bir şey değildir. Hukuk ile ahlak arasında zorunlu bağıllık yoktur. Hukuku temsil eden kanun olandır, ahlaki kaygılar ise olması gereken. Olan ile olması gerekeni birbirinden ayırmak gerekir.

Hukuki pozitivizmin, olan dururken olmayanı aramayı, gerçek varken ideale yönelme şeklinde hukuk-ahlâk ilişkisini basite indirgeyerek hukuka bakış derinliğini ortadan kaldırmıştır. Başkası tarafından verilmiş, yapılmış, tanımlanmış bir olanla yetinme, daha iyiyi, doğruyu, güzeli, adil olanı aramaya adanmış insanın tabiatına aykırıdır. Üstelik bu kabul, kanun yapanın, en doğruyu, en yararlıyı, en ihtiyaç duyulanı ortaya koyacağını, toplumun ve bireyin haklarını maksimize edeceğini varsayar. Hâlbuki hukuk, bireysel hakların dengelenmesi, toplumsal ihtiyaçların karşılanması için doğru yerine hakikati, yararlı yerine faydalıyı, ihtiyaç yerine kullanışlı olanı tercih edebilir. Verilmiş olanın kutsanması, kilise dogmatığının şekil değiştirmiş halinden başka bir şey değildir. Bireyler, kendi kurdukları demokratik bir düzende, düzenin eseri olan kanunun esiri olamaz.

Hukuku kanunla eşdeğer görmek, devleti de hukukun biricik kaynağı saymak şeklinde basitleştireceğimiz hukuki pozitivizm, hukuk

²³ Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Ankara 2013, s. 1-37

devletine bakışıyla sorunlu bir alanda durmaktadır. Hukuk devletini ihmal eden hatta öteleyen bu bakışı nedeniyle hukuki pozitivizm, totaliter rejimlere katkısı nedeni ile eleştirilmiştir. Kanundan kaynaklanan şiddeti ve haksızlığı önlemede yetersiz kalmıştır. Hukuki pozitivizm, adil olmayan hukuka karşı direnmenin temellerini hazırlamak görevini yerine getirememiştir. Adil olmayan kanunlara itaat sorununu açık bırakıp, otoriter rejimin önemli bir silâhını elinden alması gerekirken bunu yapmamıştır. Hukuki pozitivizm, hukuk kuralının geçerliği ile adaleti birbirinden ayırabilseydi, her türlü hukuk kuralına uymayı ahlâki bir borç haline getiren anlayışı önleyebilirdi. Hukuki pozitivizmin, kanunlara şartsız itaat anlamına geldiği kabul edildiğinde, Almanya'daki hukukçuların Hitler rejime nasıl boyun eğdiğini anlamak mümkün olabilir.²⁴

Hukuki pozitivizmin, hukukun kaynağı olarak pozitif düzenlemeleri görmesi, hukukun haktan değil emretme gücünden çıkacağını ifade etmesi, hukukun kendisinden başka kaynağı olmadığını, kendi kendini var ettiği ve yine kendine dayandığını kabul etmektir. Nazi hukuk sistemi örneğinde görüldüğü gibi adalet içeriğinden yoksun olup olmadığı ya da haksızlık kaynağı haline gelip gelmediğine bakılmaksızın, sadece şeklen var olmanın, bir düzenlemeyi hukuk kuralı yapmaya yeterli olmadığı ortaya çıkmaktadır. Kanun, haksızlığı meşru gösterme amacına yönelmişse, uyulması ve uygulanması gereken bir hukuk olarak kabulü güçtür.²⁵

II) Tabii Hukukun Yükselişi

Modern devlet, kaynağı ve meşruiyet alanı kendi değerler dizisi dışından beslenen tabii hukuku şüphesiz ki kabul etmeyecekti. Felsefe, siyaset bilimi ve sosyolojinin de yardımı ile tabii hukuku gözden düşürmek için iki önemli argüman kullanıldı; felsefesi pozitivizmin do-

²⁴ Selahattin Keyman, "Hukuki Pozitivizm", *AÜHDF*, 1978, c. 35, sy 1-4, s. 35 ; Wacks'a göre, kanunların adalet içeriğinden yoksun olma ihtimali, baskın ve belirleyici karakterine rağmen hukuki pozitivizmde de kabul edilmiştir. Bentham ve Austin gibi hukuki pozitivizmi savunanlar, iyiye doğru değişimi teşvik edecekse kötü kanunlara itaatsizliğin meşru olduğu görüşündedir. Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, İstanbul 2013, Tekin Yay, Terc, Engin Arıkan, s. 18

²⁵ Harun Tepe, "Değerlerden Bağımsız Bir Hukuk Mümkün Müdür?, Hukukun Etik Temelleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, c. 2, 173

ğurduğu hukuki pozitivizm ve rasyonalizmin tetiklediği ahlaki akıl yürütmelerle akılcı çözüm bulunamayacağı. Tabii hukuk anlayışında derin yaralar açan bu argümanlara göre nesnel olarak neyin doğru neyin yanlış olacağı bilinemezse, tabii hukuk ilkeleri de öznel bir kanaatten ibaret kalacaktır.²⁶ Bu ilkelerin, nesnel olan pozitif düzenlemeler karşısında doğruluğunun sınanması mümkün olamaz.

Her insani düzenin zamanla aşınması gibi hukuki pozitivizm de, yaşanan somut haksızlıklar karşısında kutsallığından, sorgulanamazlığından çok şeyler kaybetmiştir. Kanun yapma yetkisine sahip yöneticilerin, ağır insan hakları ihlallerine neden olacak, adalet içeriğinden yoksun ve kendisi haksızlığın kaynağı olan kanunlar yapmaları, yaptıklarının ve ettiklerinin meşruiyetini de yine bu kanunlarda bulmaları totolojidir. Yetkinin kötüye kullanılması ile yapılanlar yine yetkiyi kötüye kullanmanın gerekçesi olamaz.

20. yüzyılda tabii hukukun yükselişi, kanunun, neyin doğru olduğunun tek belirleyicisi olmadığını göstermesi açısından kayda değer bir başarı göstermiştir. Bu çaba, Nazi devlet adamlarını yargılayan Alman Mahkemelerinin, kanunla ahlak arasında başarılı bir bağlantı kurmasıyla pratiğe aktarılmıştır.²⁷ Mahkemelere kanun-ahlak bağlantısını verecek argüman ise tabii hukuktan beslenen Radbruch formülüdür. Formül sayesinde hukuki pozitivizmin, bireyi kanun karşısında savunmasız bırakması tabii hukukun, insan hakları bağlamında yeniden yorumlanması ile engellenmiştir.

Tabii hukukun yükselişinde Stammler, Del Vecchio ve Radbruch'un önemli katkıları olmuştur. Radbruch formülünün mahkemelerce benimsenip uygulanması, hukuk-ahlak ilişkisine dair yeni tartışma alanları açmıştır. Hart-Fuller tartışması, bunların en meşhur olanıdır. Nazi Almanyasında yaşanan kanuna dayalı hak ihlalleri, II. Dünya savaşı sırasında ve sonrasındaki hukuk dışı uygulamalar nedeniyle Radbruch, görüşlerinde kısmi değişiklik yapma ihtiyacı hissetmiş, 1946 yılında ünlü "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk" adlı makalesini kaleme almıştır. Makalede ileri sürülen "kanunun adalet içeriğine uygun olması, aksi takdirde hukuk sayılamayacağı, itaat edilmeyi hak

²⁶ Wacks, s. 9

²⁷ Wacks, s. 10

etmeyeceği" fikri, bütün hukuk sistemleri için evrensel ölçekte kanunun meşruiyetinin sorgulanmasının hareket noktası olabilir.

III) Radbruch Formülü ve Direnme Hakkının Sınırı

Radbruch formülü olarak adlandırılan, daha sonra Alman Federal Mahkemesi ve eyalet mahkemelerinin de kabul ettiği hukuki görüşler, Nazi dönemi Almanya'sında yaşanan ağır insan hakları ihlalleri ile geriye dönük mücadele etme imkânı sağlamıştır. Demokratik bir toplumda, kanun yapanlara kanun yapma yetkisinin sınırlarını, hukuku uygulayanlara ise "kanunun, sadece kanun olduğu için uyulmayı hak etmediğini" hatırlatan tabii hukuk ilkesidir. Hukuk devleti, yönetenlerin kanunları adalet içeriğine ve insan haklarına uygun yaparak, bu kurallara bağlı kalacağını varsayar. Radbruch formülü, adalet içeriğinden yoksun, hukuki güvenliği sağlayamayan, ağır insan hakları ihlallerine neden olan kanunlar yapılması suretiyle, hukuk devletinin varsayılan pozisyonundan sapma gösterdiği dönemde devreye girerek, hukuk aracılığıyla geçmişle hesaplaşma imkânı sağlar. Adalet içeriğinden yoksun kanunlarla ağır insan hakları ihlallerine şahit olunan zaman, hukukun askıya alındığı olağanüstü koşulların yaşandığı zamandır. Bu nedenle formül, olağanüstü durumlara özgü olarak hukukun geçmişi unutmamasına izin vermeyerek, olağan bir geleceği inşa eder. Formül, insan haklarının her zaman ve durumda uygulanması gerektiğini esas aldığı için, ağır insan hakları ihlali içeren kanunu yapanlar yetkilerine, zamanaşımına, devlet güvenliğinin zorunlu kılmasına, kamuoyu isteğine, politik tercihlerine dayanamayacakları gibi bu kanunları uygulayanlar da "kanunu uygulamakla yükümlü oldukları, kanunun bağlayıcı ve emredici olduğu" savunmasını ileri süremeyeceklerdir. Hiç kimse, adalet içeriğinden yoksun, hukuki güvenliği ihlal edici, ağır insan hakları ihlalleri içeren kanunları yapmamalı ve uygulamamalıdır.

1) Makaledeki Üç Olay

Gustav Radbruch, formülünü açıkladığı "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk" isimli makalesinde üç olaydan bahseder. Bunlardan ilki şudur; Puttfarken isimli bir adliye kalem memuru, Götting adındaki taciri, tuvalet duvarına "Hitler bir seri katildir ve savaşın sorumlusu-

dur" yazdığı için ihbar etmiştir. Götting, hem bu suçtan hem de yabancı radyo dinlemekten suçlu bulunmuş, vatana ihanete hazırlanmaktan idam edilmiştir. Puttfarken, ihbarı nedeniyle daha sonra Thüringen Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmış ve ömür boyu hapse mahkûm edilmiştir. Puttfarken'in mahkûmiyetine dair kararda cevaplanması gereken ilk soru, eyleminin hukuki olup olmadığıdır. Puttfarken, Götting'i Nasyonal Sosyalist inançları nedeniyle ihbar ettiğini söylemiştir. Hâlbuki Nazi döneminde bile böyle bir ihbar yükümlüğü yoktur. Dönemin ceza kanunu, vatana ihanet planı hakkında güvenilir bilgiye ulaşip bunu resmi makamlara bildirmemeyi suç olarak düzenliyordu. Götting'in eylemi, cesur bir beyandı ve sadece gerçeğin ifadesiydi. Devleti ve devlet güvenliğini tehdit edecek boyutta değildi. Puttfarken, adaletin işlemesine yardımcı olmamıştır. Zira ihbarda bulunurken, Götting'i, adil bir karara varacak ve gerçeği belirleyecek hukuki teminatlardan yoksun, keyfi bir iktidara teslim ettiğini biliyordu. Savaşın üçüncü yılında hesap vermeye çağrılan bir kişinin asla sağ bırakılmayacağını da biliyordu. Adli teşkilat içinde çalışan Puttfarken, bu teşkilatın hukuku kötüye kullanacağını görmezden gelemezdi. Bu nedenle eylemi hukuki değildi.

Olayda cevaplanması gereken ikinci soru, Puttfarken'in eyleminde, kendisine atfedilebilecek kusur olup olmadığıdır. Puttfarken, esasen Götting'i ölüme gönderme niyetinde olduğunu açıklamış, bazı tanıklar da bunu doğrulamıştır. İdam kararını mahkeme vermiş ise de Puttfarken, amacına ulaşmak için mahkemeyi araç olarak kullanmıştır. Radbruch'a göre Puttfarken dolaylı fail olduğu halde, cinayete yardımdan (iştirakten) ceza almıştır.²⁸

Radbruch'un açıkladığı ikinci olay, iki cellat yardımcısının ölüm cezasına çarptırılmasıdır. Kleine ve Rose isimli iki cellat yardımcısı, aktif olarak ücret karşılığı pek çok idamda yer almıştır. Bu eylemlerden, sağlık ya da başka nedenlerle her zaman kaçınabilecekleri halde kendi dehşet verici ticaretlerini yapmayı tercih ederek insanlığa karşı suç işlemişlerdir.²⁹

²⁸ Gustav Radbruch, "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk", Metin Sevtap-Heper Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014 isimli eser içinde s. 75-85

²⁹ Radbruch, s. 85

Son olay ise; muhtemelen savaş esirlerine yapılan insanlık dışı muamelelerden ya da Hitler'in ordusuna hizmet etmekten yılan bir asker, firar etmiş, eşinin yanına gitmiştir. Askeri fark eden bekçi, askeri gözaltına alarak geri götürmek istemiştir. Asker ise bekçiyi tabancası ile öldürmüştür. Asker hakkında insan öldürmekten iddianame hazırlanmış ise de başsavcılık takipsizlik kararı ile davayı sonlandırmıştır. Başsavcılık şu gerekçeye dayanmıştır; Hitler ordusundan firar etmek, askeri onursuz kılmaz ve firar eylemi suç değildir. Öldürme eyleminde ise ıztırar hali bulunmaktadır. Kanun olarak isimlendirilen o günkü düzenleme, bu gün artık yoktur.³⁰

2) Radbruch Formülü

Radbruch'a göre Nasyonal sosyalizm, "emir emirdir, kanun kanundur" şeklindeki temel kural ile askerleri ve hukukçuları kendine bağlayanın yolunu bulmuştu. "Emir emirdir" kuralı, emrin içeriğinin suç olması ile sınırlanmışken, "kanun kanundur" ifadesi hukuki pozitivizm vasıtasıyla sınırlamaya tabi tutulmamış, Alman hukukçuların itirazına da konu olmamıştı. Adalet için var olan kanunlar, bazen haksızlığın kaynağı olabilir. Sadece kanun olması, adil olduğu anlamına gelmez.³¹

Formül iki kısımdan oluşur. Tahammül edilemezlik ve yadsıma. Tahammül edilemezlik; kanun olarak adlandırılan pozitif düzenlemenin, adalete aykırılığı, kabul edilemezliği ve tahammülünün mümkün olamayacağı o denli açıktır ki, bu pozitif düzenleme hukuki olma vasfı kazanamamıştır, yok hükmündedir ve hukuki geçerliliği bulunmamaktadır.³² Yadsıma, ilk ilkenin somutlaştırılmış halidir ve hukuk olanı hukuk olmayandan ayıran bir ölçüdür. Eşitlik adaletin özüdür. Hiç kimse adına, sanına, şöhretine, ırkına, inancına, rengine göre sınıflandırılmaz. Hukuk, herkesi aynı değerlerle ölçer. Yasama faaliyetinde bilinçli olarak eşitlik reddedilmiş, insan haklarını sağlamakta keyfilik esas alınmışsa adalet de bilinçli olarak reddedilmiştir.

³⁰ Radbruch, s. 87

³¹ Radbruch, s. 75

³² Sevtap Metin- Altan Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014 ; Bernhard Schlink, Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk, Ankara 2012, Terc Reyda Ergün, s. 42

Böyle bir kanun, hukuki karakterini kaybetmiştir. Adalet içeriğinden, dolayısıyla hukukun doğasından yoksun kanuna itaat edilmez ve uygulanamaz. Formülün ilk kısmı Alman Federal Mahkeme kararlarında uygulama alanı bulurken, ikinci kısmın uygulanmasına çekince ile yaklaşmıştır.³³

Radbruch'a göre kanuna dayanan haksızlıklara karşı kanun üstü hukuk perspektifinden mücadele başlatılmalıdır. "Kanun kanundur" inancıyla gerçekte keyfi olan ve suç içeren kanunlar, adaletten bağımsız ele alınıp, sadece kanun oldukları için uygulanmaları nedeniyle Almanya'yı Nazizme karşı savunmasız bırakmıştır.³⁴ Tabii hukukun yok olduğu yüzyıldan beri hukukçular, kanunların geçerliliğine ve ona kanun olduğu için itaat edilmesi gerektiği fikrine istisna tanımamaktadır. Kanuna, kanun olduğu için kayıtsız şartsız itaat, hem bireyleri, hem de hukukçuları kanun karşısında savunmasız bırakmıştır. Bu davranış, hukuk ile kanunu, kanun ile onu yapanın gücünü eş tutmaktır. Güç nerede ise hukuk da oradadır.³⁵ Hukuki pozitivizm, kendi öz gücüyle kanunların geçerliliğini temellendirme olanağına sahip değildir. Hukuki geçerlilik ve yükümlülük, kanuna içkin değere dayanır. Her kanun, şüphesiz ki bir değeri yansıtır ve hukuki güvenlik oluşturur. Bu nedenle kanunun olması, olmamasından yeğdir. Ne var ki hukuki güvenlik, hukukun yegâne ve belirleyici değeri değildir. Bundan başka amaca uygunluk ve adalet gibi iki değere dayanmalıdır.³⁶

Hukuk, halka yararlı şeydir. Kanun yapma yetkisine sahip olan egemenin aklına gelen her fikri, her hevesi kanun haline getirmesi, hukuk devletini haksızlık devleti haline getirir. Egemen, kendi çıkarlarını kanun kılıfına sokarak kamusal çıkar haline getiremez. Halka yararlı olan hukuk değildir. Yalnızca hukuk halka yararlı olandır.³⁷ Bir hâkim, adaletsiz olduğu açık bir kanuna dayanarak adaleti asla yerine getiremez. Bütün yazılı kanunların üstünde, insan haklarına dayanan, insanlık dışı tiranların aslında suç oluşturan emirlerini geçersiz kılan,

³³ Metin-Heper, s. 21, 22 : Gustav Radbruch, "Beş Dakikada Hukuk Felsefesi", Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul 1997 içinde, Terc Hayrettin Ökçesiz, s. 67 (Radbruch Beş Dakika)

³⁴ Radbruch, s. 87 ; Metin-Heper, s. 23

³⁵ Radbruch, Beş Dakika s. 66

³⁶ Radbruch, s. 87; Metin-Heper, s. 23 ; Radbruch, Beş Dakika s. 67

³⁷ Radbruch, Beş Dakika s. 66

yok hükmünde sayılmasını sağlayan kendisine yabancılaşmamış bir hukuk vardır; tabii hukuk.³⁸

Kanun koymadan önce var olan ve kendisiyle çelişen kanunların geçerliliğini ortadan kaldıran ilkeler vardır. Bu ilke tabii hukuk ya da aklın hukuku olarak adlandırılır.³⁹

Radbruch formülü, bütün hukuk sistemleri için uygulanması mümkün, teorik olmaktan çok pratik ihtiyaçların motivasyonu altında şekillenmiş bir çözümdür. Formül, Nazi döneminde işlenen suçlarla baş edebilmenin önemli bir argümanı olmuştur. Formül, pozitif düzenlemelerin normal durumlarda varlığını ve uygulamasını kabul ederek, haksızlığın, insan hakları ihlalinin ağır ve aşırı olduğu durumda tabii hukuku yardıma çağırarak norma müdahale eder ve onu yok sayar.⁴⁰ Bu yaklaşımda norma ve uygulamaya dair iki yaklaşım ortaya çıkar. İlki, bir pozitif düzenlemenin var olabilmesi, saygıyla karşılanıp uygulanabilmesi için taşıması gereken şartlar, diğeri de direnmenin sınırıdır.

Toplumların ve bireylerin, egemene karşı sahip olduğu hakları koruyabilmesi için Radbruch formülüne her zaman ihtiyacı vardır. Çünkü hukuk devleti ilkeleri ve insan hakları, istisnai durumların bulunduğu varsayımı ile askıya alınamaz, uygulanmasından vazgeçilemez. Modern dünya, Hitler'den sonra seksen küsur yıldır demokrasi ve insan haklarında epey yol aldı. Halklar ve egemenler bilinçlendi. Hukuk ve kavramları saydamlaştı. AİHM, içtihatlarıyla insan hakları uygulamalarını yaygınlaştırdı. Hukuk devleti kavramı, teorisyenlerin çabaları ile inceden inceleme işlendi. Mahkemeler, insan haklarına dost yorumları benimsemeye başladı. Formülün her ne kadar, adaletin ve insan haklarının yaygın ve sistematik şekilde askıya alındığı olağanüstü dönemler ve durumlar için geçerli olacağı ileri sürülebilirse de formülün günümüzde uygulanabilmesi için, Hitler dönemindeki gibi ağır ve olağanüstü şartların oluşmasını beklemek, hesaplaşılan tarihin tekrarını arzu etmektir. Hukuk, yaşanmış haksızlıkların tekrarlanmaması için vardır. Radbruch formülü, aşağıda değinileceği üzere geriye

³⁸ Radbruch, s. 85

³⁹ Radbruch, Beş Dakika s. 67

⁴⁰ Metin-Heper, s. 67

yürümezlik ilkesine istisna getirerek, hukukun af ya da zamanaşımı yoluyla unutmaya izin vermemiş, bilakis haksızlıkları cezalandırarak geçmişle hesaplaşabilme adına hatırdan tutmayı benimsemiştir. Bu nedenle egemen güçlerin, insan hakları ihlaline dair bilinçli, yaygın, sistematik tavır ve uygulamaları, formülün canlandırılması için yeterli sayılmalıdır.

3) Radbruch Formülü'nün Yargı Kararlarına Yansıması

Alman Federal Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi birçok ilke kararında “Radbruch formülü” olarak anılan ölçütü benimsemiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.1968 tarihli, vatandaşlık ile ilgili bir kararında (Başka ülkelere sığınan Yahudilerin Alman Devleti yurttaşlığı ırksal nedenlerle ellerinden alınmıştı) bu ilke şöyle ifade edilmiştir;

1. Nasyonal sosyalist hukuk kurallarının hukuk olarak geçerliliği, bunları uygulamak ya da sonuçlarını tanımak isteyen yargıcın hukuk yerine bir haksızlık hükmü vermiş olacağı derecesinde adaletin temel ilkelerine açık biçimde ters düşmesi durumunda reddedilebilir.
2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası'nın 11.11.1941 tarihli (RGB 1 I, 772) on birinci kararnamesinde adaletle olan çelişki öylesine katlanılamaz bir dereceye ulaşmıştır ki bu kuralın başlangıçtan beri yok sayılması zorunludur.
3. Hukukun kurucu temel ilkelerine açıkça ters düşen bir yasal haksızlık uygulanmakla ve kendisine uyulmakla hukuk olmak özelliğini kazanmaz.⁴¹

Federal mahkeme, ilkeleri ile hukuki güvenliği koruma altına almıştır. Mahkemeye göre adalet içeriğinden açıkça yoksun kanunun hala geçerli bir kanun olarak kabul edilip uygulanması, açık bir keyfilik ve acımasızlıktır.⁴² Kanunun hukuk olma niteliğini yitirdiği tezi, hukuki pozitivistlerin, pozitif hukukun dışında olduğunu iddia

⁴¹ Altan Heper, “Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki”, HFSA 12. Kitap, İstanbul 2005, s. 67 ; Ökçesiz s. 170 ; Ökçesiz, Sonbahara s. 43 ; Metin-Heper, s. 53 ; Tepe, s. 171

⁴² Ökçesiz, Sonbahara s. 44

ettikleri bir alana, adalete ve hakka dayanmaktadır. Adalet ve hak, pozitif düzenlemelerin daha üstündedir ve bunların korunması, kuralla geçerlilik kazandıran iki önemli referans olmakta, “adil olmayan ya da sürekli haksızlığa yol açan bir kural, hukuk olamaz” şeklindeki formüle ulaşmaktadır.⁴³

Formülünün uygulandığı, hukuk-ahlak ilişkisine dair Hart-Fuller tartışmasının çıkış kaynağı sayılabilecek bir dava literatüre “kin-ci muhbir” (grunde informer) olarak geçen davadır. 1944 yılında bir asker, ordudan izin alarak evine gelir. Başka bir erkekle ilişkisi olan ve eşinden kurtulmak isteyen kadın, Nazi rejimini eleştirdiği, Hitler hakkında hakaret içerikli sözler söylediği gerekçesiyle *eşini şikayet eder. Yürürlükteki kanuna göre Hitler ve rejimi hakkında hakaret içeren sözler söylemek suçtur. Asker kişi, askeri mahkemede yargılanır ve idam cezasına çarptırılır. Bir süre hapiste yatan askerin cezası infaz edilmez. Tekrar cepheye gönderilir. Nazi rejimi sona erdikten sonra asker, eşi hakkında şikayetçi olur.* Kadın, kocasını haksız yere ihbar ederek hapisanede kalmasını sağladığı gerekçesiyle yargılanır. Kadın, savunmasında, kocasını ihbar etmesinin 1934 ve 1938 tarihli iki kanuna göre meşru olduğunu, dolayısıyla hakkını kullandığını ileri sürer. İstinaf Mahkemesi ise 1871 tarihli Alman Ceza Kanununa göre kadını, bir kimseyi kanuna aykırı şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmak suçundan mahkum eder. İstinaf mahkemesi, Nazi dönemi ihbar yasalarını adalet ve vicdana aykırı bularak dikkate almamıştır. Şayet bu kanunların geçerli olduğu kabul edilseydi, kadının ihbarı hukuka uygun bulunacaktı ve 1871 tarihli kanuna göre mahkum edilemeyecekti.⁴⁴

Radbruch formülü, sınırı geçmeye çalışanlara ateş edip öldüren sınır muhafızları ve onlara ateş etme emri veren üstlerinin yargılandığı davada da kullanılmıştır. Mahkemeler, formülün içeriğini, insan haklarını kullanarak yeniden tanımlamıştır. Sanıklar, yargılandıkları davada sınır kanununun kendilerine tanıdığı ateş etme yetkisini kullandıklarını savunmuşlardır. Berlin Eyalet Mahkemesi ve Federal Mahkeme, sanıkların cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkemeler

⁴³ Tepe, s 171 ; Heper, s. 67

⁴⁴ Sururi Aktaş, Prosedürel Doğal Hukuk, Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı, İstanbul 2011, s. 92 ; Metin-Heper, s. 37-38

iki gerekçeye dayanmıştır. Fiilin gerçekleştiği zamanda benimsenmiş olan haklı neden, adaletin ve insanlığın temel ilkelerine açık ve ağır bir aykırılık taşıyorsa daha üst normu ihlal ettiğinden dikkate alınmaz. Aykırılık o kadar ağır olmalıdır ki, bütün halkların ortak insani değerlerine dayanan hukuki kabulleri zedelenmelidir. Mahkeme bu yorumdan sora Radbruch'ün "kanunun adalete aykırılığı o denli kabul edilemez olmalıdır ki, kanun artık hukuk olamayacak kadar adaletten uzaklaşmış sayılmalıdır" formülüne yer vermiştir. Dayanılan diğer gerekçe ise şudur; Hâkim, öldürme fiilinin gerçekleştiği zamanda yürürlükte olan kanun ve kanunun içerdiği şartların araştırılmasında, fiilin gerçekleştirildiği devletin (Doğu Almanya) pratiğindeki yorumla değil, orantılılık ölçüsünde yapılmış, doğru yorumlanmış "insan hakları dostu yoruma" dayanmalıdır.⁴⁵

4) Dolaylı Faillik

Hukuki pozitivizm anlayışına göre hâkimler, beğenmeseler bile kanunları uygulamak zorundadır. Pozitivizmin bu katı anlayışı nedeniyle kanunun, adalete aykırılığı, kabul edilemezliği ve tahammülünün mümkün olamayacağına çok açık olduğu durumda ihbarcılar, iftiracılar adalet mekanizmasını araç olarak kullanmaktan çekinmez. Çıkarlarına ve amaçlarına, kanuna uygun bir eylemde bulduklarını iddia ederek ulaşırlar. Mahkemeler de böyle bir kanunu uygulayarak, ihbarcının, iftiracının aleti haline gelir.

Radbruch'a göre her kim, suç işleme maksadıyla kendisine itaat etmekle yükümlü olanlar üzerindeki emretme yetkisini kötüye kullanıyorsa dolaylı faildir. Yargısal mekanizmaları araç olarak kullanan da dolaylı faildir. Dolaylı faillik, dönemin siyasi fanatizmini, iktidarın var olan baskısını, ceza hâkimliği makamının siyasi eğilimini bilen kişi açısından daha nettir.⁴⁶ İhbar yoluyla bir kişiyi Hitler'in politikleşmiş ceza yargısına teslim eden kişi, adil karara varacak ve hakikati belirleyecek hukuki teminatlara sahip bir yargılama sürecine değil, keyfi bir uygulamaya teslim ettiğini bilir.⁴⁷

⁴⁵ Schlink, s. 41 ; Metin-Heper, s. 54

⁴⁶ Radbruch, s. 97

⁴⁷ Metin-Heper, s. 46

Radbruch'a göre insanlık dışı yargı kararları, "görevim gereği kanunu uyguladım, kanunu uygulamak zorundaydım" mazereti ile hâkimin sorumluluğunu kaldırmaz. Çünkü hâkim, istifa ederek, adalete aykırılığı, kabul edilemezliği ve tahammülü mümkün olmayan kanunları uygulamaktan kaçınabilir. Hâkimlerin, bahsedilen kanunlara direnmesi hem hak hem görevdir. Haklarını kullanmaz, görevlerini yerine getirmezlerse, koşulsuz itaati mesleki yükümlülük kabul ederlerse, kanun karşısında özgür kalamazlar. Hâkim, bütün bireylere, haksız kanun karşısında özgürlük sağlamalıdır. Kendi özgür olamayanın, başkasına özgürlük vermesi beklenemez. Hukuk istikrar demektir. Adaleti ağır biçimde ihlal eden her istikrar düşüncesi, kendisinden sakınılmak istenilen istikrarsızlıktan daha vahim bir istikrarsızlığa yol açar. Kanunun üstünde olan hukuk kavramının, bilerek adaletsiz kanunları uygulayan devlet görevlileri ve hâkimleri, geriye yürürlüğü bulunan kanunlarla mahkûm edilme imkânı tanıyarak, geç de olsa aşırı adaletsizliğin giderilmesini mümkün kılar.⁴⁸

Mahkemeye göre her devlet tarafından saygı gösterilmesi gereken insanlık ve adaletin temel ilkelerine dayanılmaz ölçüde tecavüz eden kanunlar hükümsüzdür. Silahsız kaçakların yaşamları pahasına kaçmalarını engellemek için ateş edip öldürmelerine izin veren kanun, olaydan daha sonra yürürlüğe giren, Doğu Almanya'nın taraf olmadığı Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine aykırı bulunmuştur.⁴⁹ Mahkeme, yorumu, fiilin gerçekleştiği tarihte benimsenmiş olana değil, daha iyi ve adil olan sonrakine izafe etmesi, geçmişe uygulama yasağıyla çelişmez görülmüştür. Çünkü geçmişe uygulama yasağının amacı, güvenin korunmasıdır. İnsan haklarına düşman bir yorumun, hukuken güven sağlaması mümkün değildir.⁵⁰

5) Radbruch Formülü ve Kanunun/İçtihadın Geriye Yürümezliği

Kişilerin suç işledikleri tarihte yürürlükte bulunan kanunlara göre ve o kanunların düzenlediği cezalarla cezalandırılması, ceza yargıla-

⁴⁸ Radbruch, s. 85 ; Metin-Heper, s. 51, 70

⁴⁹ Metin-Heper, s. 55

⁵⁰ Schlink, s. 42

masının temel ilkesidir. Suçta ve cezada kanunilik olarak adlandırılan bu ilkeye göre, ceza kanunları geriye yürümez.

Nasyonal Sosyalist hukukun, geçmişteki hukuk dışı uygulamaları ile ceza hukuku kurallarının yardımıyla hesaplaşabilme, zamanaşımı ve geçmişe yürüme sorununun çözümüne bağlıydı. Bulunan çözüm, politik nedenlerle ceza takibinin felç olduğu yerde zamanaşımı da işlemeyecektir. Radbruch formülüne göre geçmişe uygulama yasağı, sadece olağan hallerde uygulama alanı bulur.⁵¹

Bireylerin güveni, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunun, adaletle karşıtlık içinde olması halinde korunur. Kanun, adalete katlanılmaz şekilde aykırı ise, doğru olmayan kanun olarak pozitif düzenleme adalete boyun eğmek zorundadır. Hukukun, fiilin gerçekleştiği tarihteki devlet pratiğinde olduğu gibi gelecekte de insan haklarına aykırı bir nedenin tanınmasını sağlayacak şekilde uygulanacağı beklentisi, korunmaya değer değildir. Demokratik Almanya hukukunun doğru yorumunun, geçmişe taşınması keyfilik değildir.⁵²

“Olması gerekeni, geriye dönerek olana üstün tutma” tabii hukuk açısından tutarlıdır. Ancak böyle bir yorum, Radbruch formülünün de ötesine geçmektir. Ceza hukuku ve anayasal açıdan sorunlu olduğu açıktır.⁵³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Takibat Kanununda olduğu gibi henüz dolmamış zamanaşımı sürelerinin uzatılması ya da kaldırılmasını hukuka uygun bulmuş, anayasaya ve ceza kanunlarının geçmişe yürümeyeceği ilkesine dair eleştirilere katılmamıştır.⁵⁴

Kanunun geriye yürümezliğinin askıya alınması, insan haklarına dayalı hukuki güvenliğin geriye doğru inşasıdır. Belli bir dönemde yapılmış ağır, katlanılamaz ve tahammülü mümkün olmayan hukuk uygulamalarının, bugünkü doğru yorumla yeniden tartışılması, değerlendirilmesidir. Bireyin hukuki güvenliği sağlanırken, kanunu yapanların, haksız uygulamalara imza atanların, sorumluluktan kurtulamayacakları mesajı verilir. Geçmişle bugünün uyumlulaştırılması sağlanır. Hukuk düzeninin zamanaşımı, geçmişe yürümeme,

⁵¹ Schlink, s. 85 , 91

⁵² Schlink, s. 46, 92 ; Metin-Heper, s. 58

⁵³ Schlink, s. 84, 88 ; Metin-Heper, s. 58

⁵⁴ Schlink, s. 86

af çıkartılmış olması gibi bazı kuralları, ağır insan hakları ihlalinin üzerinin örtülmesi gerekçesi olamaz. Tabii hukuka uygun olan bu yorum tarzı, gelecekteki olası ağır haksızlıkları, gaddarlıkları önlemek, yetkinin kötüye kullanılmasına engel olmak, yargı bürokrasisini ve halkı, ortak bir tarihe karşı bilinçlendirmektir. Hukuk, yaşanmış olanın tekrarlanmaması için unutmayı ortadan kaldırarak hatırlamayı gündemde tutar.⁵⁵

IV) İnsan Haklarına Dost Yorum

Radbruch formülü, bir kanunun sadece kanun olduğu için uygulanmayı hak etmediğini gösteren, hukuk ile ahlak arasında bütün toplumların taraf olduğu üstün değerler olan insan hakları ile bağlantı kuran bir yaklaşımdır. Kabul ve tahammül edilemeyecek kadar ağır insan hakları ihlali içeren bir kanuna direnme hâkimin görevidir. Hâkim böyle bir kanunu uygulamamak zorundadır. Uyguladığı takdirde ne hâkimlik teminatı, ne anayasal yargı bağımsızlığı ne de pozitif norma uyma yükümlülüğü onu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Çünkü adalete katlanılamaz derecede aykırı olan kanun, doğru hukuk olmadığından yok hükmündedir. Yok hükmünde bir kanununa uyulmaması sorumluluk doğurmayacak, uygulanması ise keyfi ve maksatlı davranıldığı için sorumluluk gerektirecektir.

Pozitif düzenlemelere karşı direnme, istisnaen başvurulabilecek, olağanüstü durumlara mahsus bir uygulamadır. Olağanüstü şartlar, zorunluluk olarak beraberinde olağanüstü yorum kurallarını getirmektedir. Olağan zamanlarda ise norma bağlılık esastır. Olağan zamanlarda bağlı kalınacak normlar, hak ihlalleri içerebilmektedir. Normun iptali için hukuki mekanizmaların harekete geçirilmesi yanında, normun, toplumların üstün ortak değeri olan insan haklarına göre yorumlanması gerekir. Yorum kurallarından faydalanılarak normun anlamı açığa çıkartılırken, varılacak sonuç kimi zaman norm kadar hak ihlallerine yol açabilir. Bu durumda yorum kuralına, insan hakları ile derinlik kazandırmak gerekir. İnsan hakları ilkeleri, her norma içkindir. Normun yorumunda ulaşılabilecek doğru anlam, insan hakları ile uyumlu olmalıdır. Nasıl ki kanun, sadece kanun olduğu için uy-

⁵⁵ Metin-Heper, s. 62

gulanamaz, yorumda varılan sonuç o olduğu için kabul edilebilecek yorum olamaz. Normu geçerli yapan gibi yorumu da kabul edilebilir kılan, insan hakları dostu olup olmadığıdır.

Hangi yöntem ya da araç benimsenirse benimsensin, yorum, metindeki söz dizinleri ile çizilen sınırın içindedir. Bu kabul, sadece fiziki bir sınıra işaret eder. Varılan anlamın doğru ve meşru olduğunu test etmek için metne içsel olan, yorumun insan haklarına dost olup olmadığı gibi bir argüman kullanmamız gerekir. Ancak bu şekilde yorumu hukuk devleti ilkelerine uygun hale getirmek mümkündür.

V) Hukuk-Ahlak İlişisine Dair Hart-Fuller Tartışması

Hukuki pozitivistizmin genel kabul gören ayrılabilirlik tezine göre hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı yoktur, hukuk ile ahlak iki ayrı kavramdır. Hukuk ile ahlakın iki ayrı kavram olması, hiç bir şekilde ilişkili olmadıkları anlamına gelmez. Hiç bir hukuki pozitivist, hukuk-ahlak kavramlarının bağlantılı olmadığını ileri sürmez. Hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezi, hukuk-ahlak ilişkisine dair tam olarak şunu savunur; bir normun hukuk sayılabilmesi ya da hukuken geçerli olması için bir dizi ahlaki norma dayanmasına gerek yoktur. Hukuk normları, ahlakın belli gereklerini karşılamak ya da yeniden üretmek zorunda değildir.⁵⁶ Ahlaka ve adalete aykırı hukuki normlar, var oldukları hukuk sistemine göre geçerli ise, ahlaka ve adalete aykırı olmaları ya da içeriklerinin adaletsiz/haksız olması, geçerli bir norm olmalarını engellemez. Önemli olan biçimsel geçerliliğidir. Normun geçerliliği, meziyetine ve içeriğine göre değil, kaynağına göre belirlenir. Yetkili bir kaynağın oluşturduğu hukuki norm, "olan" normdur ve geçerlidir. Hukuki pozitivistizm, olan normla ilgilenir.⁵⁷ "Olan norm" dururken "olması gereken" normu aramak, hukukun dışına çıkmaktır.

Aralarında farklılıklar olsa bile bütün hukuki pozitivistizm savunucuları, bir kuralın hukuk olarak kabul edilebilmesi için iki unsurun varlığında birleşir; a) kurallara uygun şekilde bir otorite tarafından yürürlüğe konma b) toplumsal etkililik. Kuralın hukuk olması için

⁵⁶ Kenneth Einar Himma, Hukukun Ahlaki Kriterleri, Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, Ankara 2010, Terc. Saim Üye, s.30-33

⁵⁷ Aktaş, s. 89-90

içeriğinin doğru olup olmamasının önemi yoktur. Hukukla ahlak arasında zorunlu kavramsal bağlantı yoktur.⁵⁸

Hukuki pozitivizmin bağdaşım tezine göre bir normun geçerliliği, onun içeriğinin ahlaki niteliklerle ilişkili olması gerektiği görüşüne dayanır ve yeterlilik ve geçerlilik şeklinde iki bileşeni vardır. Yeterlilik bileşenine göre bir normun hukuken geçerli olabilmesi için ahlaki ilkelerin içeriğini yeniden üretiyor olması yeterli koşuldur. Buna göre yeterlilik bileşeni, resmen onaylanmamış bir normun ahlaki içeriği itibariyle hukuken geçerli olabilmesinin yolunu açar. Gereklik bileşene göre bir normun hukuken geçerli olabilmesi için içeriğinin bir dizi ahlaki ilkeyle uyumlu olması gerekir. Gereklik bileşeni ise, resmi onay görmüş hukuk kuralın ahlaki sınır getirmeyi mümkün kılar. Bir normun geçerli olabilmesi için, bazı ahlaki ilkelerin içeriğiyle mantıksal bağlantısının olması gerekir.⁵⁹

Bağdaşım tezinin gereklik bileşeni, Hart-Fuller tartışmasında Fuller tarafından ileri sürülmüştür.⁶⁰ Fuller'e göre hukuki pozitivistler, hukuku yetkili kaynaktan çıkıp vatandaşa dayatılan bir yapı olarak algılar. Oysa hukuk, yönetenle yönetilen arasındaki işbirliğidir. İşbirliğinin olmadığı hukuk zorbalıktır. Hukukun genel amacı, insan davranışlarını genel kuralların yönetimine, rehberliğine bırakmaktır. Bu genel amaç, insanların birbiri ile iletişim kurmaları ve işbirliği yapmaları şeklindeki diğer amaçlara hizmet eder. Bu amaçların gerçekleşebilmesi için hukuk kurallarının insan davranışlarına rehberlik edecek kadar öngörülebilir ve güvenliği sağlayıcı niteliklere sahip olması gerekir. Bir hukuk sistemi, hukuk devleti idealini gerçekleştirebilmek için anlaşılabilir amaçlara ve bu amaçları gerçekleştirebilecek araçlara sahip olmalıdır. Bir hakim, kanunun amacını dikkate almadan onu doğru yorumlayamaz. Bir kural, anlaşılabilir amaçlar içermezse ve asgari yeterli araçlara sahip olmazsa hukuk sayılamaz. Amaç, olan hukuk ile olması gereken hukuk arasındaki mesafeyi kapatan bir standarttır.⁶¹

Fuller'e göre hukuk, amaçsal bir faaliyettir. Hukuk, insan davra-

⁵⁸ Heper, s. 66, 67

⁵⁹ Himma, s. 31

⁶⁰ Himma, s. 32

⁶¹ Aktaş, s. 63, 81, 103

nışlarına rehberlik edecekse kendi içinde ahlaki bazı ilkelere uygun olmalıdır. Hukukun içsel ahlakı (inner morality of law) olarak adlandırılan bu ilkeler, insan davranışlarını kuralların yönetimine bırakarak öngörülebilirliği, dolayısıyla hukuki güvenliği sağlar. İnsan davranışına rehberlik edecek kurallar, bir süreç içinde kendi içsel ahlaki kurallar sistemi oluşturur.⁶²

Fullerin, hukukun içsel ahlakı olarak sıraladığı ilkeler şunlardır;⁶³

- Kurallar genel terimlerle ifade edilmelidir (genellik). Genellik kuralın kapsamı ile ilgili değildir. Kural, belirli bir süre aynı/benzer sorunların aynı şekilde çözülmesine imkan tanınmalıdır. Hukuken öngörebilmek ve hukuki güvenliğe sahip olmak için kuralın, benzer durumlar için benzer standartlar geliştirebilme özelliği bulunmalıdır.
- Kurallar ilan edilmeli, alenen yayımlanmalıdır (ilan edilme). Kurallar, uygun araçlarla ilan edilmeli, halka duyurulmalıdır.
- Kural, geleceğe dönük olmalı ve geçmişe yürümemelidir (geriye yürümezlik). Fuller açısından bu kuralın istisnaları olabilir. Bu istisnalar, haksızlığı haklı çıkarma girişimleri için değil, bireylere hakkını almak için tanınmış istisnalardır.
- Kural açık ve anlaşılabilir terimlerle ifade edilmelidir (belirlilik). Kuralların rehberlik edebilmesi için, herkes tarafından anlaşılabilir açıklıkta olması gerekir.
- Kurallar birbiri ile tutarlı olmalıdır (bağdaşabilirlik). Birbiri ile bağdaşmayan kurallar, birbirine rakiptir ve biri diğeri ile mücadele içindedir. Bu nedenle bağdaşmayan kurallar, kendilerine itaat edilmeyi güçleştirir.
- Kurallar, onlardan etkilenecek kişilerden, güçlerini aşan davranışlar istememelidir. (imkânsız istememe) Kurallar, onlardan etkilenecek kişilerden yapabilecekleri şeyleri istemelidir. İnsandan, gücünün ötesinde şeyler talep etmek ahlaka ve özgürlüğe aykırıdır. Örneğin sorumluluğun kusurla sınırlanması, güç yetirilebilecek bir talep ileri sürmektir.

⁶² Aktaş, s. 9-10

⁶³ Aktaş, s. 16-32 ; Himma, s. 32

- Kurallar, onlardan etkilenecek kişilerin güvenini sarsacak şekilde sık sık değiştirilmemelidir (süreklilik/istikrar). Kuralların, insanların davranışlarını ayarlayamayacak kadar sık değiştirilmemesi gerektiğini ifade ederken, hiç değişmemesi gerektiğini ya da uzun bir süre değişmemesi gerektiğini ileri sürmez. Kuralların, zaman içinde istikrar sağlamaya elverişli olmasını ifade eder.
- Kurallar, dile getirilişlerine uygun biçimde uygulamaya dökülmelidir (resmî eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesi). Kurallar ile kuralların fiilen uygulaması arasında uyum olması gerekir. Yorum yanlışlıkları, hukuka erişememe, hukuk sisteminin bütününe ilişkin kavrayış yokluğu, rüşvet, önyargı, kayıtsızlık, vurdumduymazlık ve kişisel güç, kuralın içeriği ile uygulaması arasındaki uyumu bozan, hukukun içsel ahlakına zarar veren bazı durumlardır.

Kural ile uygulama arasında uyumu sağlamanın en önemli aracı, yorumdur. Hakimler, kuralları kendi beğenilerine ya da kuralların anlamsız lafzına göre değil, uygun yorum ilkelerine sadık kalarak uygulamalıdır. Uygun yorumu yapmak için tarafsızlığın sağlanması gerekir.

Fuller'in hukukun içsel ahlakı olarak savunduğu ilkeler, ahlakla ilgisi olmadığı, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkeleri, amaçları gerçekleştirme açısından hukuku iyi-kötü şeklinde niteleyebilmek için geliştirilmiş etkililik kuralları olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. H.L. Hart'a göre *bu ilkeler, iyi zanaatkarlığın ilkeleri gibidir*. Marangozluğun ilkeleri, marangozun ne yaptığı ile ilgilenmez. Sadece nasıl yapması gerektiği ile ilgilenir. Marangozluğun ilkeleri, marangoza sandalye ya da işkence aleti yapıp yapmaması gerektiğini söylemez. Ancak yapması gereken aletleri nasıl yapması gerektiğini söyler. Fuller, amaçsal faaliyetler ile ahlaki ilkeleri birbirine karıştırmıştır. Yapılacak şeyin amaçsal ilkeleri, ahlaki ilkeler olarak nitelendirilemez. Birisini zehirleyerek öldürme de amaçsal bir faaliyettir. Bu faaliyetin başarıya ulaşabilmesi için kendine özgü bir kısım ilkelerin takip edilmesi gerekir; *zehirin güçlü olması, kokusunun bulunmaması gibi*. *Bu ilkeler, faaliyeti başarıya ulaştıracak ilkelerdir. Bu ilkeler, bir amacı başarıya ulaştırmada etkili ise de, ahlaki ilkeler olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir.*⁶⁴

⁶⁴ Aktaş, s. 43

Kinci muhbir davasında Hart, Alman mahkemelerinin kanunu yok sayan uygulamasını benimsemez. Hart'a göre *kinci muhbir cezalandırılmalıdır ancak bunun yöntemi, bir kuralı yok saymakla mümkün olamaz. Bunun yerine geçmişe yürüyen bir kanun çıkartmaktır. Bu durumda iki kötünden daha hafif olanı benimsenir ve belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olunmaz. İlk kötülük, kadının cezasız kalmasıdır. İkinci kötülük ise geçmişe yürüyen kanun yapmaktır. İlki çok daha kötü olduğundan daha az kötü olan geçmişe yürüyen kanun yapmak suretiyle sorunun çözümü, daha uygundur.* Hart, bu görüşü ile hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezine sadık kalmıştır. Fuller de tıpkı Hart gibi geriye yürürlüğü olan kanun yapılması fikrine itiraz etmez. Fuller'in Hart'la örtüşen bu düşüncesi, ceza hukuku yoluyla geçmişle acilen hesaplaşılabilmesi, normal kurallara göre devam eden bir yapıya dönülmesi ve hukuksal ahlakın içeriklerinin saygı gördüğü bir ortamın geri getirilmesi içindir. Fuller, Radbruch'un yanında yer alarak Nazi dönemindeki bazı kuralların hukuk sayılamayacağı fikrine katılır. Hakimlerin, adalet içeriğinden yoksun ve haksızlık üreten kanunu, "bu hukuk değildir" diye yok saymak yerine "bu hukuktur ancak o kadar kötüdür ki uygulamayı reddediyoruz" demeleri, ahlaki bulanıklığı en üst düzeye çıkartır. Fuller'e göre Hart, Nazi dönemi kanunlarını sorgulamaksızın hukuk olarak kabul etmektedir. Ahlakla hukuk arasındaki zorunlu bağın koparılması, diktatörlüğe elverişli bir zemin hazırlamıştır. Alman hukukçuları hukukun içsel ahlakına duyarlı olarak, yapılan her kanunu hukuk adına kabul ve uygulamaya razı olmuştur. Bu durum ise Nazizme yardım etmekten başka bir anlam taşımaz.⁶⁵

VI) Kanunun "Kanun" Olması ya da Kanunun Meşruiyeti

Bir kanunun meşruiyetinden söz ederken, kanunun sadece kanun olduğu için uyulmayı ve uygulanmayı hak etme özelliğinden bahsetmekteyiz. Bir vatandaş ya da hâkim, norm olarak var olmuş, şeklen yürürlüğe girmiş ve içerdiği anlam itibariyle doğrudan beşeri davranışlara hitap eden, müeyyide ile donatılmış bir düzenlemenin meşru olup olmadığını sorgularken, uymayı ve uygulanmayı hak edip etmediğini tartışmaya açmış demektir. Bu tartışma, demokratik bir ülkede,

⁶⁵ Aktaş, s. 93-98 ; Metin-Heper, s. 39-40

meşru ve seçilmiş bir parlamentonun, usulüne uygun şekilde kabul ederek resmi gazetede yayımladığı, adı kanun olan metnin hukuk düzeninde sonuç doğurmaya elverişli olup olmadığını sorgulamaktır.

Meşruiyet, hukuki pozitivizm açısından, yapılan işin, ortaya konulan neticenin bir hukuk normuna uygun olmasıdır. Hukuki pozitivizmin kanunu yücelten anlayışına uygun düşen bu yaklaşım, kanunu meşruluğun yegâne kıstası yaparken, kendi meşruluğunu perdelemektedir. Cevabını aradığımız soru, kanun meşruiyetini nereden alır olunca Kelsen'in, "hukuk ilkesi meşruiyetini normlar hiyerarşisinde kendinden bir yukarı mevkide olan normda bulmaktadır" cevabı yeterli olmamaktadır. Çünkü daha aşağıdaki norma meşruiyet veren üst norm, kendi meşruiyetini nereden alır sorusu cevapsız kalmaktadır. Sonradan oluşturulan kural, kurum ve olgular, totolojik anlayışla birbirinin meşruiyetine kefil olamaz. Meşruiyet, daha o kural ve kurumlar yokken var olan üstün bir değeri, geçerlilik referansını ifade eder.

Pozitivist teoriye göre (Kelsen) normatif düzen, normlarının geçerliliği aynı ve tek bir temel norma (Grundnorm) dayandırılan normlar düzenidir. Bu temel norm, diğer normların geçerliliğinin kaynağını oluşturur. Bir norm, üst norma uygunsa geçerlidir. Üst normun, onun da üstünde bulunan normun geçerliliği nedir sorusu, sonsuza kadar uzatılamaz. Kaçınılmaz olarak bir normda durmak gerekir. Bu norm ise temel normdur. Temel normun geçerliliği ise sadece bir varsayım, kabul ve hipotezdir. Kelsen'e göre temel normun geçerliliği, başka bir norma dayanmaz, geçerliliği bir soru konusu yapılamaz.⁶⁶ Pozitivistlerin anlayışına göre egemen güç tarafından kurallara uygun olarak yürürlüğe konulan kural hukuktur. Hukuk olan kural ise meşrudur. Bu durumda kanun, meşruluğunu egemen gücün buyurmasından alır.

Hukuki realizme göre normun geçerliliği, etkililiği ile belirlenir. Bir norm, nedeni ne olursa olsun, muhatapları tarafından kabule ve itaat edilmeye mazhar oluyorsa, mahkemeler tarafından uygulanıyorsa etkilidir.⁶⁷

⁶⁶ Gözler, s. 73-77

⁶⁷ Gözler, s. 64-72 ; Ender Ethem Atay, "Hukukta Meşruiyet Kavramı", GÜHFD, Aralık 1997, Cilt 1, Sayı 2, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_10.pdf, (Erişim 15.11.2014), s.47 vd (Not : sayfalandırmalar, PDF metne göre yapılmıştır)

Tabii hukuk açısından ise geçerlilik, olan ile olması gereken arasındaki uyumlulukta aranır. Olması gereken, ideal, ahlak, din gibi değerlerle ilgilidir. Olan, bu değerlere uygun ise kural geçerli, aksi halde geçersizdir. Hukukun geçerliliğinin, ahlak, adalet, refah, ortak iyilik, hak ve özgürlükler, sosyal dayanışma gibi değer yargılarına dayalı hukuk dışı kaynaklarda aranması, değer yargılarının objektif olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Örneğin bir normun, adalet içeriğinden yoksun olması gerekçesi ile geçersiz sayılması durumunda hangi adalet içeriğinden yoksunluk sorusu yanında adalet içeriğinden yoksunluğa kimin karar vereceğinin belirlenmesi de önem kazanmaktadır.⁶⁸

Kanunun meşruiyeti sorunu, teorik olarak tartışıldığında, herkesi tatmin edecek cevaplar üretilmesi mümkün olmayan, içinden çıkılmaz bir durum gibi görünmektedir. Hukuki pozitivizmin tabii hukuk karşısındaki en önemli avantajı, belirli ve somut normlar sistemine sahip olması ve hukuk düzeninin bu normlara göre işlemesidir. Elle tutulan, gözle görülen bir somutluğa karşı, varlığı bilinen ancak içeriğinde anlaşılamayan değerlerin yarışında somutluk, bir adım önde görünmektedir.

Hukuki pozitivizmin, kanunların rasyonel, eşitlikçi, soyut, adalet içerikli olacağı varsayımının, Hitler ve Pol Pot örneğinde görüldüğü gibi her zaman doğru olamayacağı açıktır. Bu nedenle hukuk ve felsefenin işbirliği yaparak, kanunun meşruluğunu, buna bağlı olarak da vatandaşın uymama, hâkimin ise uygulamamak suretiyle direnme hakkını formüle etmesi gerekir. Demokratik bir düzende yönetsel meşruluk, yönetime talip olanların davranışlarını belirlemede nasıl önemli bir işlev üstlenmiş ise kanunun meşruluğu da yönetenin yapacağı kanunların asgari içeriğini belirlemede aynı işlevi üstlenecektir. Kanunun meşruluğunu temellendirmede ne kadar eleştirilirse eleştirilsin, tabii hukukun rolü diğerlerine göre belirleyici olacaktır. Tabii hukuk, içerik belirleme işlevine sahip değil ise de, sahip olduğu değişmez değerler dizisi yardımı ile içeriğin hukukiliğini, meşruiyetini dolayısıyla geçerliliğini tartışabilir.

Meşruiyet kavramı, değerlendirmeye esas olan kurum veya kuralın üstünde, kurum ve kural olmadan oluşmuş, ahlak, insan hakları,

⁶⁸ Gözler, s. 56-63

etik, adalet, eşitlik ve hukuk gibi değerlere dayanan, genellikle toplumun kabulü ile sınanan bir durumdur. Kısacası “hukukun”, “ahlakın” ve “geçerliliği olan bir değer” üzerine kurulmuş olan kurum veya kural meşrudur. Bu nedenle meşruiyet, yetkili organlar tarafından konulmuş olan bir kanuna uygun olmayı belirten hukukilik kavramından farklıdır. Zira hukuk kuralları meşruiyete doğrudan doğruya bir kıstas oluşturma niteliğine her zaman sahip değildir. Çünkü var olan hukuk normları, varlıklarının meşruluğunu muhtelif esaslara göre ispat etmekle yükümlüdür.⁶⁹

Kanunun meşruluğu, şekli geçerliliği (pozitif ulusal normlara uygun yürürlüğe girişi) ve egemen gücün onu kanun olarak ortaya koyma iradesinden bağımsızdır. Bu yaklaşım, hukuki pozitivistlerin “kanunilik eşittir meşruluk” formülünü reddeden bir bakıştır. Kanunun meşru olup olmadığı tartışmaya açılırken ilk başvurulacak argüman, kanunun yöneldiği amacın belirlenmesidir. Her kanunun bir amacı vardır. Radbruch’un, somut tarihi gerçekliğe dayanan ve henüz çürütülmemiş “adalet içeriğinden yoksun ve bizatihi kendisi adaletsizlik kaynağı olan kanunun, bu özelliği nedeniyle uyulmayı ve uygulanmayı hak etmediği, hukuk vasfı almadığı dolayısıyla yok hükmünde olduğu” tezinden hareketle kanun, adalet içeriğinden yoksun ise, eşitliği dışlayıcı bir karaktere sahipse, katlanılamaz biçimde insan haklarını kaldırıyor, askıya alıyor ya da yok sayıyorsa meşru değildir.⁷⁰ Meşruluğun değerlendirilmesinde ilk kalkış noktası olan insan hakları hukukuna göre kanuna içerden bakış, kanunun amacı kadar kanun koyucunun amacını da sorgular. Kural olarak kanunun amacı, kanunun metniyle ifade edilen nesnel iradesine göre belirlenir. Ancak meşruluk tartışmasında ister istemez kanunun amacıyla kanun koyucunun amacının birlikte ele alınması gerekir. Çünkü açıkça adalet içeriğinden yoksun kanun yapma eylemi, yetkinin kötüye kullanımı olarak bir sıradışılığa, farklılığa, genelden ayrılmaya işaret eder. Kanunun araçsallaştırılarak insan hakları karşıtlığının hizmetine açılması, açıkça bir kötülüğün talebidir.

⁶⁹ Atay, s. 3

⁷⁰ Benzer yaklaşım için Bkz, Levent Köker, “Kanunilik ve Meşruluk; Türk Hukuk Kültürüne Eleştirel bir Yaklaşım için Notlar”, http://leventkoker.blogspot.com.tr/2013/12/kanunilik-ve-mesruluk-turk-hukuk_12.html, (Erişim, 30.01.2015)

Peczenik'e göre demokratik bir toplumda da gayrı adil kanunlar olabilir. Kanunun gayrı ahlaki/gayrı adil içeriği apaçık değilse, uygulayıcılar, yorum yoluyla adaletsizliği giderme imkanına sahiptir. Hitler ya da Pol Pot'un kanunları örneğinde görüldüğü üzere hukukun aşırı gayrı ahlakiliği/gayrı adilliği o kadar apaçıktır ki yorumcuya hareket alanı bırakmaz. Bir normun geçerli hukuk olarak vasıflandırılabilmesi için diğer koşulların yanında ahlaki bir ölçüye de ihtiyaç vardır. Bir normatif sistem, ancak çok fazla ve ağır gayrı ahlaki/gayrı adil norm ve uygulama içermiyor ve üretmiyorsa toplumsal olarak yerleşmiş hukuktur. Neyin çok ağır ve çok fazla olduğuna karar verecek olan ise ahlaki muhakemedir. Aşırı gayrı ahlaki/gayrı adil kanunlar, geçerli değildir ve yükümlülük yaratacak bir sistem doğurmaz. Demokratik yöntemler kullanılsa bile her ülkede yasama süreci mükemmel ve ideal bir tarzda işlemez. Bu nedenle kanunların aşırı gayrı ahlaki/gayrı adil olduğu iddiasının genişletilmemesi gerektiğini savunur.⁷¹

Peczenik, bir hukuk sistemini ahlaki açıdan kabul etmemize imkan sağlayacak bazı olgusal ilkelerden bahseder. Bunlar özetle şöyledir; normatif bir sistemin uygulanması, a) aşırı acıya neden olmamalı, b) çok sayıda insanın önemli tercihleri ile aşırı derecede çelişmemeli, d) beşeri kabiliyetlerin inkişafını aşırı derecede engellememeli, e) önemli toplumsal pratikleri karakterize eden hedeflerle açıkça çelişmemeli, f) eşitlik ilkesi ile aşırı derecede çeliştiğinde aşırı adaletsizliklere yol açmamalı, g) toplumun zayıf üyelerinin korunması ilkesi ile aşırı derecede çeliştiğinde aşırı adaletsiz olmamalı h) bireylerin kendi emeklerinin ürünleri hakkında karar verebilecekleri ilkesi ile aşırı derecede çeliştiğinde, aşırı adaletsiz olmamalıdır.⁷²

Radbruch'tan bu yana demokratik toplumlarda da adalet içeriğinden yoksun kanunların olduğu kabul edilerek bunların meşruiyeti ve geçerliliği/bağlayıcılığı sorununa yaklaşımda adalet ve ahlak gibi metafizik kavramlar yanında insan hakları ve eşitliğin kalkış noktası yapıldığı görülmektedir.

Kanunun meşruluğu tartışmaya açılırken, ortak kalkış noktası olan metafizik kavramların, norma içerden bakış yanında, prosedürel

⁷¹ Peczenik'ten naklen Uzun, s. 122, 125, 135, 219

⁷² Peczenik'ten nakleden Uzun, s. 136

yönünü de sorgulayan araçlar olduğu anlaşılmaktadır. Radbruch formülü, norma içeriden bakış imkânı sunarken Peczenik'in olması gereken olguları ile Fuller'in "hukukun içsel ahlakı" olarak sıraladığı ilkeler ise meşruluk testinde prosedürel bakışa olanak sağlamaktadır.⁷³ Bu durumda kanunun meşruluğu açısından önce Radbruch formülü, daha sonra da Peczenik ve Fuller'in belirlediği ilkelerin yol göstericiliğine razı olmak, pozitif metnin tabii hukuk ve ahlak süzgeçlerinden geçirilmesi demektir.

Kanunun adalet içeriğinden yoksun olması nedeni ile uyulmayı ve uygulanmayı hak etmediği, dolayısıyla yok hükmünde olduğu tespiti ancak bir yargısal kararla mümkün olacağından, bu tespit, politik düzene yönelmiş en ağır söylemdir. Üstelik erkler ayrılığının geçerli olduğu bir düzende yargı erkinin doğrudan yasamayı dolaylı olarak da yürütmeyi hedef almasıdır. Bu nedenle yokluk tespitinin, ancak olağan üstü dönemlere mahsus ve sıkı şartlara tabi olduğunu tekrarlamak gerekir. Kural olarak yasama, politik tercihlerine göre yeni kanunlar yapar, var olanları değiştirir ya da yürürlükten kaldırır. Yargı, yasamaya nasıl ve hangi içerikte kanunlar yapması gerektiğini söyleyemez. Yapılan kanunların pozitif üst normlara uygunluğunu denetlemek suretiyle gerekirse iptallerine karar vermek, metafizik ilkelere dayanarak yokluk tespitinden farklıdır. Pozitif üst normlara uygunluk denetimi yapmak, politik düzenin bir kısım tercihlerinin (kanun, yönetmelik, vs.), yine politik düzenin daha üst ve önemli tercihlerine (Anayasa, AİHS) uyumluluğunu sağlamak, bu şekilde çatışmayan ve çelişmeyen normatif düzen inşa etmektir. Metafizik denetim ise, muhtemelen üst norm denetiminden geçmiş politik düzenin bir kısım tercihlerinin ideallere uygunluğunu sınamaktır. Bu sınamada kuşkusuz ki hakimler, kendi politik görüş, düşünce, inanç ve dünya görüşlerine, haklı bile olsa endişelerine göre değil, sınamaya tabi tutulan kanunun fiilen ortaya çıkardığı somut durum ve olguların halkın zararına işlediği gerçeğine dayanmalıdır.

Bir kanunun meşruiyetinin bulunmadığı, uyulmayı ve uygulamayı hak etmeyecek kadar adalet içeriğinden yoksun olduğu, dolayısıyla yok hükmünde olduğu sonucuna varmak için diğer düşünürler gibi

⁷³ Benzer yaklaşım için Bkz Köker,

kalkış noktamız adalet ve ahlak gibi metafizik değerler ise de, bunların somutlaştırılabileceği düşüncesindeyiz. Kanunun meşruiyetinin sorgulanmasında içsel ve prosedürel olmak üzere iki aşamalı bir yöntem takip etmek gerekir.

Aynı içerikli kanunun değişik hukuk düzeni içinde ifade ettiği anlamın ve dolayısıyla uygulamasının birbirinden farklı olması gibi meşruluğu da öncelikle yerel bir sorundur. Kanunun anlamı ve uygulaması ya da muhtemel sonuçları o hukuk düzeni içinde hukuk camiasında oluşan, belirli bir uzlaşmayı yansıtan öngörüye konu olabilir. Bahsedilen öngörü, kanunun meşru olup olmadığı için de geçerlidir

1) Kanunun Meşruiyetinin Tespitinde İçsel Yöntem

Kanunun meşruiyetinin tespitindeki içsel yöntem, amacının sorgulanmasıdır. Kanunun amacına ilişkin araştırma, adalet ve ahlak gibi metafizik ilkeleri somutlaştırmanın yanında insan hakları ve eşitlik gibi ilkeleri sağlamayı hedefleyip hedeflemediğini test etmenin en somut yöntemidir.

Hangi hukuk sistemi olursa olsun, kanun adaletsizliğin aracı olmaz. Kanun, belirli durumlar ve ihtiyaçlar için ortaya konulan politik bir tercihin ürünüdür. Halka faydalı olan, halkın iyiliğini, düzeni ve istikrarı sağlamayı hedeflemiş bir kanun, kabul edilebilir meşru amaçlara yönelmiştir. Kanunun gerekliliğine ilişkin kanun koyucuda beliren sebep ve saikler, meşru amaçlara hizmet edip etmeyeceği konusunda fikir verir. Kanunun varlık nedenini oluşturan bu gerekçeler, meşruiyetinin de ilk işaretleridir.

Kanunun var oluş nedeninin sorgulanması, arkasında yatan düşüncenin açığa çıkartılması, haklı ve kabul edilebilir amaçlara hizmet edip etmediğini ortaya koyacaktır. Amaç araştırması, politik tercihlerin ya da politik tercihlerin neden o yönde kullanıldığının sorgulanmasına dönüştürülemez. Amaç araştırması, sadece kanunun adalete hizmet edip etmeyeceği, yerleşik ve genel kabul görmüş ahlaki değerlere uygunluğu, eşitliği ihlal edip etmeyeceği ve nihayet insan haklarına uygunluğun sorgulanması ile sınırlıdır. Aksi halde amaç araştırması, hakimlerin kanun şeklinde belirilmiş politik tercihler üzerinde denetimi halini alır. Amaç araştırması, adalet ve ahlak gibi me-

tafizik değerler yanında eşitlik ve insan hakları gibi ilkelerin korunup korunmadığına dair saf hukuksal bir faaliyettir. Amaç araştırmasının saf hukuksal bir faaliyet olabilmesi için tamamen hukuk kural ve ilkelere dayanması gerekir. Karşı politik tercihler, ciddi ve haklı bile olsa kaynağı siyasi olan kaygılar, farklı dünya görüşlerine dayanan endişeler, bu değerlendirmede yer alamaz.

Kanunun amacı, kanun koyucunun amacını da ele verir. Çünkü kanun koyucu, amacını kanunla ifade etmektedir. Kanunun amacı meşru değilse, kanun koyucunun amacı da meşru değildir. Politik tercihler, genel eğilimi yansıtır. Meşru olmayan kanunun içine gizlenen ya da meşru olmayan kanunla vasıtasız ifade edilen haklılaştırılmış talepler ise kanun koyucunun doğrudan amacıdır. Kanun koyucu, meşru olmayan bir kanun ile doğrudan hukuk sistemine müdahale etmekte, meşru olmayan amacına yine meşru olmayan bir kanunla ulaşmak istemektedir. Bu şekilde kanun, meşru olmayan amacı perdeleyen, meşruiyet görüntüsü verilen bir araca dönüşmektedir. Halbuki amaçların meşruiyeti, araçların meşruiyeti ile mümkündür.

Amacın sorgulanmasının nasıl saf hukuksal faaliyet olduğunu göstermek için şu soruya cevap aramak gerekir; Kanun yapma yetkisine sahip olan bir çoğunluğun, sorumlu oldukları iddia edilen soykırımdan kurtulmak için işledikleri suça ilişkin af kanunu çıkartmaları halinde bu kanun uygulanır mı?

Sorunun cevaplanması için iki ilkeden yararlanmak gerekir. Hiç kimse kendi davasının hâkimi olamaz (*Nemo iudex in sua casa*) ve hiç kimse kendisinin çıkarı olan bir konuda hâkimlik yapamaz (*Nemo debet esse iudex in propria casa*). Bu kurallar, bir uyuşmazlığın tarafı olanların, uyuşmazlığı sonuçlandırma yetkisine sahip olamayacağını ifade etmektedir. Ahlak ve adalet, hak ve menfaatlerin çatışması durumunda bağımsız ve tarafsız bir mercii önünde yargılanmayı gerektirir. Kanun yapma yetkisine sahip olanların, işledikleri iddia edilen soykırım suçuna ilişkin af kanunu çıkartmaları, çıkartılan kanunun, kanunu yapanlar açısından sonuç doğurmayacağını gösterir. Çünkü af kanunu çıkartmanın amacı, kanun yapma yetkisine sahip olanların kendi suçlarını hukuk düzeni dışına taşımak, yargılama yoluyla suçlu olup olmadıklarının tartışılmasına olanak sağlamamaktır. Suçun

mağdurlarının etkin şekilde haklarını aramalarına engel olan bu kanun, insan haklarına da uygun olmayacaktır. Haklı ve kabul edilebilir bir amaca hizmet etmeyen, var olan bir yetkinin kötüye kullanılması suretiyle oluşturulmuş, taraf olunan uyuşmazlığı sonlandıran bu kanunun meşru olduğu, kanunu çıkartanlar açısından hüküm ve sonuç doğuracağı iddia edilemez. Hiçbir hukuk sistemi haksızlığı korumaz. Açıkça haksızlığı korumak, adalete ve ahlaka aykırıdır. Saf hukuk ilkelerine dayalı bu yaklaşım, politik tercihlerin ya da politik tercihlerin neden o yönde kullanıldığının sorgulanmasını içermediğinden erkler ayrılığına da uygundur.

Kanunun amacının sorgulanması, her ne kadar saf hukuksal bir faaliyet ise de, bu sorgulama, politik tercihlere etkili olacağından, değerlendirmede politik tercihlerin dışarıda tutulduğunun gösterilmesi açısından objektif bir teyide ihtiyaç duyulabilir. Objektif teyit, kanunun uygulaması ve somut sonuçları ile birlikte ele alınması ile mümkündür. Başka bir deyişle kanunun uygulaması ve ortaya çıkardığı somut sonuçlar, amacın objektifliğini teyit eder. Kanun yürürlüğe konulmuş ancak hiç uygulanmamış olabilir. Bunun yanında uygulanmak istenmiş ancak hukukçuların çaba ve gayretleri sonucunda, kanundan umulan hukuk dışı sonuçlar alınamamış olabilir. Kanunun meşru olmadığı, yargı organları tarafından kabul ve ilan edilen bir sonuç olduğundan en azından bir davada uygulanma ihtimali taşıması gerekir.

Kanunun, amacından hareketle meşruluğunu sorgulamak, ilk aşamada muhtemel sonuçlarını sorgulamak, ikinci aşamada ise somut uygulamasını gözlemlemektir. Kanunun muhtemel sonuçları eşitliği ortadan kaldırma, hak ve özgürlükler açısından mevcut anayasal ve anayasa üstü hukuk düzeninden sapma, adalet içeriğinden yoksunluk, insan haklarını ortadan kaldırma ya da askıya alma gibi tehlikeler içeriyorsa, hukuk düzenince haklı ve kabul edilebilir bir amaca hizmet etmediği söylenebilir. Kanunun somut uygulaması da öngörülen tehlikeleri teyit etmişse amacın meşru olmadığı açıkça ortaya çıkacaktır.

Amacın meşruluğunun ortaya çıkartılması için kanunun uygulaması ve somut sonuçlarının olması her durumda şart değildir. Adalet içeriğinden yoksunluk, insan haklarına aykırılık, eşitliği ortadan

kaldırma apaçık belli ise, uygulama ve somut sonuca bakmaya gerek yoktur. Bir ülkedeki kadın nüfusu % 80 iken erkek nüfusunun % 20 olduğunu varsayalım. Kanun koyucu, kadın-erkek nüfusunun dengelenmesi amacıyla, beş yıl boyunca kız çocuğu doğurmayı yasaklayan, kız çocuklarının ana rahminde iken tahliyesini zorunlu kılan bir kanun çıkartsa, bu kanunun adalet içeriğinden yoksunluğu o kadar açıktır ki, ne uyulmayı ne de uygulanmayı hak eder.

Amacın meşru olup olmadığını tespit edebilmek için kanunun uygulanmasını ve ağır insan hakları ihlallerinin doğmasını beklemek, adeta Nazi dönemi tarihi şartlarını yeniden çağırarak ya da bu şartların tekrarını arzu etmek demektir.

Adalet içeriğinden yoksun ve bizatihi kendisi haksızlık üreten kanun, bireylere ve hukuk düzenine yönelmiş bir saldırdır. Böyle bir saldırı karşısında bireyler ve hukuk düzeni meşru savunma altındadır. Fiilen gerçekleşmiş bu haksız saldırının bertaraf edilerek bireylerin ve hukuk düzeninin korunması için başvurulabilecek tek etkin savunma, kanunun meşru olmadığının ilanıdır.

2) Meşruiyetinin Tespitinde Prosedürel Yöntem

Kanunun meşruluğunu test eden iki aşamadan ilki, yerel pratiklerle bilinmesi mümkün bir durumdur. Meşruluğu test edecek ikinci aşamada başvurulacak hukuki araçlar kanunun içeriğiyle değil, varlık alemine çıkışı ve hukuki süreci ile ilgilidir. Bu konuda Peczenik ve Fuller'in birbirini tamamlayan, benzer anlamlar içeren tezlerini kabul ettiğimizi, yokluk yaptırımına mahsus olarak sadece iki ilavede bulunduğumuzu ifade etmemiz gerekir.

Kanunun prosedürel eksiklikleri, tek başına meşru olmadığının kabulü için yeterli değildir. Prosedürel eksiklikler, içsel yöntemi destekleyen unsurlardır.

A) Kanun, Şekli Olarak Kanun Olmalı

Yokluk yaptırımına konu olacak kanunun, şekli olarak iç hukukta kabul edilen prosedüre uygun olarak kanun sıfatını alması gerekir. Kanun olarak kabul edilmesine imkan olmayan sakatlıkla malul ka-

nun, zaten kanun olamayacağından adalet içeriğinden yoksunluk nedeniyle yokluk yaptırımına başvurmaya gerek yoktur. Ancak kanun, iptal edilinceye kadar geçerli bir kanunun hüküm ve sonuçlarını doğuruyorsa, şartlarının olduğu durumda adalet içeriğinden yoksunluk nedeniyle yokluk yaptırımı mümkündür.

B) Kanun, Üst Norm Denetiminden Geçmiş Olmalıdır.

Meşru olduğundan şüphelenilen kanunun, üst norm denetiminden geçemeyerek iptal edilmiş olması halinde sorun yoktur. Sorun, meşru olmadığı iddia edilen kanunun üst norm denetiminden geçmiş olması ve çeşitli nedenlerle iptal edilmemiş olmasıdır.

Kanunun meşru olmadığına tespiti, Nazi dönemi kanunları örneğinde görüldüğü üzere gelecekte yapılan ve geçmişe etkili olan bir tespittir. Bunun nedeni, dönemin ağır havası içinde kanunların meşruiyetinin tartışmaya açılmasının mümkün olmamasıdır. Ceza hukuku yoluyla geçmişle hesaplaşarak daha temiz bir gelecek inşa etmenin zorunluluğuyla başvuru bu yöntem, geçmişte hukuki kurumların sağlıklı şekilde işletilmesinin mümkün olamayacağı tezine dayanır. Bu nedenle bir kanunun, üst norm değerlendirmesinde geçerek varlığını devam ettirmesi, meşru kabul edilmesine yetmez. Buna karşın kanun, üst norm denetiminden geçmemişse, yokluk tespitinden önce üst norma aykırılık yorumunu yapacak mercilere başvurulması gerekir.

Kanunun meşru olmayışı, anayasal düzende üst norma aykırılığından farklıdır. Açıkladığımız meşruiyet ölçülerin dışında olup meşru olan bir kanun, anayasaya ya da anayasa üstü normlara aykırı olabilir. Bu kanun, hukuk sistemi içindeki yöntemlerle (anayasa mahkemesinin iptali ya da parlamentonun kanunu kaldırması gibi) ortadan kaldırılincaya kadar geçerlidir. Meşru olmayan bir kanun ise yok hükmündedir. Hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Hukuk düzeninin bu kanunu dikkate alması, üzerine hüküm bina etmesi mümkün değildir. İptali gerekmez, yokluğunun tespiti yeterlidir. Meşruiyeti olmayan bir kanunun yokluğunu tespit görevi mahkemelere aittir. Bu mahkeme, yerel ya da yüksek mahkemelerden herhangi birisi olabilir.⁷⁴

⁷⁴ Kanunların geçersizlik sorununa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz Gözler, s. 101-119

Kanunun yokluk yaptırımına maruz bırakılması, kanunun hiç var olmadığı anlamında değil, hukuki anlamda değer ifade etmediği, hukuk düzenince tanınmadığı, hüküm ve sonuç doğurmadığının kabul edilmesi anlamındadır.

VII) Direnme Hakkına Dair Yargıtay Örneği

Hâkimin direnme hakkı, yürürlükteki kanunu, içerdiği emre rağmen uygulamamasıdır. Direnme hakkının meşruiyeti, kanunun, ağır insan hakları ihlaline neden olma şeklindeki meşruiyet temelinden yoksun olmasından kaynaklanır. Kanundaki meşruiyet eksikliği, direnme hakkını davet eder.

Hukuk sistemimiz içinde hâkimin, kanuna direnmesinden önce kanunun anayasaya ve AİHS'ne aykırılı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapması gerekir. Bu yol tüketilmeden direnme hakkı uygulanamaz. 6216 sayılı Kanun'un 40/5 maddesine göre Anayasa Mahkemesi, iptal başvurusunun kendisine eksiksiz olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki hükümlere göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır. Direnme hakkı, Anayasa Mahkemesinin süresinde karar vermemesi ya da kanunu iptal etmemesinden sonra başlar.

Yargıtay'ın, tam olarak kanunu uygulamamak suretiyle direnme hakkını kullandığını söyleyemesek de aşağıda göstereceğimiz örnek kararları, direnme hakkının kullanımına yaklaşmaktadır. Uygulamanın açıkça ortaya konulabilmesi ve anlaşılabilmesi için bir dizi kanun hükmünü sıralamak gerekir.

- a) AİHS'nin adil yargılanmayı düzenleyen 6/3-c maddesine göre sanık "Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali imkânlardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece tayin edilecek bir avukatın parasız yardımından yararlanabilmek" hakkına sahiptir.
- b) 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13/1. maddesi şu şekildedir;

“Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafii ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır”

- c) CMK'nın 324/1 maddesi “Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir” şeklinde, 325/1. maddesi ise “Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir” şeklindedir.
- d) CMK'nın 150/2 maddesine göre ise müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

Ulusal düzeydeki kanunlarda yer alan düzenlemelere göre şüpheli çocuk ise ve müdafii yoksa istemi olmaksızın baroca müdafii atanır (CMK md 150/2). Yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verilirse (CMK md 325/1) baroca atanan müdafie ödenen ücret (5320 sk md 13), yargılama gideri olarak (CMK md 324/1, 5320 sk md 13) sanıktan tahsil edilir (CMK md 325/1).

Sorun, 5320 sayılı Kanun'un 13/2 maddesinin, zorunlu müdafii için ödenecek ücreti yargılama gideri olarak tanımlamasından kaynaklanmaktadır. Bu tanımlama nedeniyle mahkemeler, müdafie ödenen ücretin, mahkûm olması halinde sanıktan geri alınmasına karar vermektedir.

Hukuk sistemimize uygun olarak 5320 sayılı Kanun'un 13. maddesinin Anayasaya ve AİHS'ne aykırı olduğu gerekçesi ile iptal başvuruları yapılmıştır. Alt normun Anayasaya ya da Anayasanın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşmelere uygun olup olmadığına ilişkin otantik yorum yapma yetkisi, münhasıran Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi, 12.03.2009 tarihli, 43/51 ve 14/48 sayılı kararları ile 5320 sayılı Kanun'un 13/1 maddesini Anayasanın 36 ve

AİHS'nin 6/3-c maddesine aykırı bulmamış ve iptal etmemiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi şöyledir;

Anayasanın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir.

Buna paralel olarak düzenlenen Ceza Muhakemesi Kanununa göre, yargılama sürecinde hüküm kesinleşinceye kadar şüpheli veya sanıktan müdafî ücreti istenmemektedir. Hüküm kesinleştikten sonra ise kendisinden yargılama giderleri içerisinde müdafî ücreti istenen kimse şüpheli veya sanık değil artık hükümlü sıfatını taşımaktadır. Düzenleme ile amaçlanan sanığa adil bir şekilde savunma imkânlarının sağlanmasıdır. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bu imkân sağlandıktan sonra, yardım kapsamında ödenen ücretin yargılama gideri olarak hükümlüden tahsilinin öngörülmesinin Anayasanın adil yargılanma hakkına aykırılığında söz edilemez.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, her sanığın "kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek" hakkına sahip bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşmede ücretsiz müdafî yardımından yararlanma koşula bağlı tutulduğundan bu hak mutlak bir hak niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı görülmüştür. İptal isteminin reddi gerekir."

Hukuk sistemimize göre Anayasa Mahkemesi kararı, sorunu çözen son karardır. Ancak Yargıtay, direnme hakkı argümanını kullanmadan doğrudan AİHS'nin 6/3-c maddesine dayanarak, mali imkânlardan yoksun olan çocuğa atanan müdafî ücretinin, mahkûm olsa bile geri alınmasına karar verilemeyeceğini benimsemiştir. Yukarıda da değindiğimiz üzere Yargıtay, konuyu tamamen Sözleşme hukuku kapsamında değerlendirmektedir ve uygulaması direnme kavramı ile ilgili değildir. Ne var ki üst norma aykırılık şeklindeki otantik yorum, Yargıtay'a değil, Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa Mahkemesi ise, düzenlemeyi üst norma aykırı görmemiştir. Yargıtay ise Anayasa Mahkemesine ait olan otantik yorum hakkını kullanarak, üst norma aykırılık iddiası

ile belirli bir kanuni düzenlemeyi uygulamaktan kaçınmaktadır. Tekrar etmek gerekir ki Yargıtay'ın uygulamama şeklindeki tavrı, açıkça direnme hakkına dayanmasa bile, sonuç olarak bir normun insan hakları içeriğinden yoksun oluşu nedeniyle kısmen direnmeye örnek gösterilebilir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları şöyledir.

T.C. Anayasası'nın 90. maddesi son fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesi uyarınca, 5271 sayılı CMK'nun 150, 234 ve 239. maddeleri ile 5320 sayılı Yasanın 13. maddesine dayanılarak hazırlanan Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 8. Maddesi gereğince, sanık için baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafii ücretlerinin sanıktan alınmasına hükmedilemeyeceği, bu ücretlerin Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten karşılanacağı gözetilmeksizin, yazılı şekilde zorunlu müdafii ücretlerinin sanıktan tahsiline karar verilmesi, yasaya aykırı ... **1. CD., 17.03.2014, 933/1598**

5320 sayılı Yasanın 13/1.maddesinde, CYY gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafii ve vekile ücret ödeneceği, bu ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı, CYY'nın 324.maddesinde yargılama giderlerinin neleri kapsayacağı ve aynı Yasanın 325 maddesinde de, bütün yargılama giderlerinin cezaya ya da güvenlik tedbirine mahkûm edilen sanığa yükleneyeceğinin düzenlenmiş olmasına karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesinde, her sanığın kendi kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği ya da mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmiş ve Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin yasa gücünde olduğu, anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerle yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, Hâkim, uyuşmazlıklarda, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ulusal yasalarla, uluslararası sözleşmelerin çelişmesi durumunda şüphesiz ki uluslararası sözleşme hükümlerine göre hareket etme durumundadır. Bu açıklamalar ışığında; CYY'nın 150/2. maddesi uyarınca, Baroya yazı yazılarak 15-18 yaş grubunda bulunan suçta sürüklenen çocuğun savunmasını yapmak üzere

zorunlu müdafii görevlendirilmesi nedeniyle, müdafii için ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali geliri bulunmadığı anlaşılan suça sürüklenen çocuğa yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırı olduğunun gözetilmemesi, 2. CD., 24/02/2014, 16810/4816

5320 sayılı Yasanın 13/1. maddesinde, Ceza Muhakemeleri Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafii ve vekile ücret ödeneceği, bu ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı, 5271 sayılı CMK'nın 324. maddesinde yargılama giderlerinin neleri kapsayacağı ve aynı Yasanın 325. maddesinde de bütün yargılama giderlerinin cezaya ya da güvenlik tedbirine mahkum edilen sanığa yükleneyeceğinin düzenlenmiş olmasına karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesinde, her sanığın kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği ya da mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemesiz yardımından yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmiş ve TC. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasında usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin yasa gücünde olduğu, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerle yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, hâkim uyuşmazlıklarda, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ulusal yasalarla, uluslararası sözleşmelerin çelişmesi durumunda şüphesiz ki uluslararası sözleşme hükümlerine göre hareket etme durumundadır.

Bu açıklamalar ışığında;

Mahkemece 5271 sayılı Yasa'nın 150/3. maddesi uyarınca, sanıkların savunmalarını yapmak üzere zorunlu savunman görevlendirilmesi nedeniyle, savunmana ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali geliri bulunmadığı anlaşılan sanıklara Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesine aykırı şekilde görevlendirilmesi yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi,

3-Suçu birlikte işleyen sanıkların neden oldukları yargılama giderlerinden ayrı ayrı sorumlu tutulmaları yerine 5271 sayılı CMK'nın 326/2. maddesine

aykırı biçimde oran belirtilmeksizin alınmasına karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 326/2. maddesine aykırı davranılması, 6. CD., 24.04.2013, 18536/8853

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı olarak suça sürüklenen çocuk savunmanı olarak 5271 sayılı CMK'nun 150/2. maddesi uyarınca atanan zorunlu müdafii için suça sürüklenen çocuktan vekalet ücreti alınmasına karar verilmesi, 8. CD., 21.01.2013, 18089/1989

Yargılama aşamasında sanık için Baro tarafından ayrıca müdafii görevlendirilmediğinin ve fakat sanığın 20.05.2009 tarihli genel vekaletname ile vekil tayin ettiğinin ve kendisinin hazır ettiği vekilini 29.09.2010 tarihli celsede yaptığı savunması sırasında hazır bulunduğunun anlaşılması karşısında; sanığa yargılama gideri olarak 295.00 TL vekalet ücretinin yükletilmesine karar verilmesi suretiyle TC Anayasasının 90. maddesinin son fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesi ışığında, 5271 sayılı CMK'nın 150, 234 ve 239. maddeleri ile 5320 sayılı Yasanın 13. maddesine dayanılarak hazırlanan, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 8. maddesine aykırı davranılması, 13. CD., 05.03.2014, 10739/7547

Yargıtay ile Anayasa Mahkemesi arasındaki anlaşmazlık, AİHS'nin 6/3-c bendinin yorumundan kaynaklanmaktadır. Yargıtay tam olarak Radbruch formülüne uygun olmasa da insan hakları bağlamında değerlendirme yapmakta, 5320 sayılı Kanununun 13. maddesine direnmektedir.

Kaynakça

- Aktaş Sururi, Prosedürel Doğal Hukuk, Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, İstanbul 2011
- Atay Ender Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHFD*, Aralık 1997, Cilt 1, Sayı 2, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_10.pdf, (Erişim 15.11.2014),
- Candan Kadir-Bilgin Murat, Sivil itaatsizlik, *Yasama Dergisi*, Aralık 2011
- Gözler Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, US-A yayıncılık
- Heper Altan, Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki, HFSA 12. Kitap, İstanbul 2005,
- Himma Kenneth Einar, Hukukun Ahlaki Kriterleri, Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivist-

- ler Arasındaki Tartışma, Ankara 2010, Terc Saim Üye
- Keyman Selahattin, Hukuki Pozitivizm, AÜHDF, 1978, c. 35, sy 1-4
- Köker Levent, Kanunilik ve Meşruluk; Türk Hukuk Kültürüne Eleştirel bir Yaklaşım için Notlar, http://leventkoker.blogspot.com.tr/2013/12/kanunilik-ve-mesruluk-turk-hukuk_12.html, (Erişim, 30.01.2015)
- Metin Sevtap-Heper Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014
- Nişancı Şükrü, Sivil İtaatsizlik, İstanbul 2003
- Ökçesiz Hayrettin, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı "Radbruch Formülü", TBBD, yıl 2005, sayı 56
- Ökçesiz Hayrettin, Sonbahara Eylem Kitabı, Ankara 2013, (Ökçesiz, Sonbahara)
- Özenç Berke, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Kürselleşme Çağındaki İşlevi, İstanbul 2014
- Uzun Ertuğrul, Akıl Tutkunu Hukuk, İstanbul 2010
- Radbruch Gustav, Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk, Metin Sevtap-Heper Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014 isimli eser içinde
- Radbruch Gustav, Beş Dakikada Hukuk Felsefesi, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul 1997 içinde, Terc Hayrettin Ökçesiz, (Radbruch Beş Dakika)
- Schlink Bernhard, Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk, Ankara 2012, Terc Reyda Ergün
- Üye Saim, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Ankara 2013
- Sağlam Rabia, Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Ret, HFSA 16. Kitap, İstanbul 2007
- Tepe Harun, Değerlerden Bağımsız Bir Hukuk Mümkün Müdür?, Hukukun Etik Temelleri, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, c. 2
- Wacks Raymond, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, İstanbul 2013, Tekin Yay, Terc, Engin Arıkan