T.C.
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

RADBRUCH FORMÜLÜNÜN SİYASAL İKTİDARLA OLAN İLİŞKİSİ

Hazırlayan
Büşra BEYDÜZ

Birinci Danışman
Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN
İkinci Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI

Yüksek Lisans Tezi

Haziran 2019
KAYSERİ

T.C.
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

RADBRUCH FORMÜLÜNÜN SİYASAL İKTİDARLA OLAN İLİŞKİSİ

(Yüksek Lisans Tezi)

Hazırlayan
Büşra BEYDÜZ

Birinci Danışman
Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN
İkinci Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI

Bu çalışma, Erciyes Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi tarafından SYL-2019-8521 kodlu proje ile desteklenmiştir.

Haziran 2019
KAYSERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğine beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Büşra BEYDÜZ

YÖNERGEYE UYGUNLUK

"**Radbruch Formülünün Siyasal İktidarla Olan İlişkisi**" adlı Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

Büşra BEYDÜZ

Danışman

Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN

Kamu Hukuku ABD Başkanı

Doç. Dr. Cengiz GÜL

KABUL ONAY SAYFASI

Doç. Dr. Gülden Sisman danışmanlığında Bisra Beydiz tarafından hazırlanan "Radbruch formülünün Siyasal İktidarla olan ilişkisi" adlı bu çalışma, jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında **Yüksek Lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

25.06./2019
(Tez Savunma Sınav Tarihi Yazılacak)

JÜRİ:

Danışman : Doç. Dr. Gülden Sisman

İkinci Danışman : Dr. Öğr. Üy. Mehmet GATLI

Üye : Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Üye : Dr. Öğr. Üye. Emine Gökçeken Kafkasyalı

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 01/07/2019 tarih ve 27 sayılı kararı ile onaylanmıştır.

01/07/2019

Doç. Dr. Kenan GÜLLÜ
Enstitü Müdürü

TEŞEKKÜR

Akademik kariyerimin her aşamasında ve tez sürecinin tamamlanmasında desteklerini ve bilgi birikimini benden hiçbir zaman esirgemeyen, tecrübeleriyle bana ışık tutan danışmanım, saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Çatlı'ya ve tezimin hazırlanmasında ve geliştirilmesinde desteğini hiçbir zaman esirgemeyen ikinci danışmanım, değerli hocam Doç. Dr. Gülden Şişman'a da tüm emekleri için şükranlarımı sunarım.

Tez konumun belirlenmesinde ve tezimin geliştirilmesinde bilgi ve tecrübeleriyle bana her zaman yardımcı olan değerli hocam Doç. Dr. Fatih Birtek'e ve tez üyeliğimi kabul edip çalışmaya verdiği katkılardan dolayı değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Emine Gülselcen Kafkasyalı'ya teşekkürlerimi sunarım.

Üniversitede göreve başladığım günden itibaren hem akademik olarak hem de insani olarak desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, kütüphanesi ve değerli fikirleri ile tezimin geliştirilmesi her daim yardımcı olan değerli hocam Arş. Gör. Harun Bodur'a ve tezimi okuyup düzeltilmesine yardımcı olan, fikirleri ile tezimin gelişmesine katkı sağlayan değerli arkadaşım Arş. Gör. Onur Hamurcu'ya teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca tezimin gelişmesi için sorularımı hiçbir zaman cevapsız bırakmayan değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Altan Heper'e teşekkürü bir borç bilirim.

Varlığıyla beni mutlu eden, çalışma hayatımı güzelleştiren oda arkadaşlarım Arş. Gör. Merve Çağlak ve Arş. Gör. Ayşe Karakimseli Sezgin'e tüm bu zorlu süreçte yanımda oldukları için çok teşekkür ederim. Ayrıca verdikleri desteklerden dolayı çalışma arkadaşlarım Ömer Kücü, Arş. Gör. Sema Nur Öçalan ve Arş. Gör. Zeynep Ayar Birkin'e teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak bu zorlu süreçte yanımda olan, manevi desteğini esirgemeyen kardeşim Buğra Beydüz'e teşekkür ederim. Ayrıca emekleri ile beni bugünlere getiren her türlü zorlukta yanımda olan ve hayatım boyunca desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen annem Selma Beydüz'e ve babam Ömer Beydüz'e minnettarlığımı bildirmek isterim.

BÜŞRA BEYDÜZ

Kayseri, Haziran 2019

RADBRUCH FORMÜLÜNÜN SİYASAL İKTİDARLA OLAN İLİŞKİSİ

Büşra BEYDÜZ

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2019.
Danışman: Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI

ÖZET

Gustav Radbruch 20. yüzyılın en önemli hukukçu ve filozoflarındandır. Günümüzde dahil sık sık tartışılan doğal hukuk ve hukuki pozitivizm arasındaki gerilimde orta bir yol seçerek alternatif bir çözüm önerisi sunmuştur. Bu tartışmayı içeren Radbruch formülünde ise özet olarak aşırı adaletsiz yasaların hukuk kılıfına sokularak geçerlilik kazanmasına yargıçların engel olması gerektiği açıklanmıştır. Radbruch, adalet ve hukuki güvenlik arasındaki gerilimde hiçbir zaman birini mutlak olarak yüceltip diğerini ise daimi olarak göz ardı etmemiştir.

Radbruch'un yaşadığı dönemde Nazi rejiminin mevcut oluşu ve tahammül edilemez derecede adaletsiz yasaların çoğalması formülün ortaya çıkmasında önemli bir yere sahiptir. Formül ortaya çıkarken Nazi rejimden etkilendiği gibi formülün uygulanması ile engel olunması amaçlanan da haksızlık rejimlerinin adaletsiz yasalarıdır. Özellikle hukukun ideolojik bir aygıt olarak kullanılarak gayri meşru isteklerin hukuk kılıfına sokulması formülün kullanımını gerektirmektedir. Çalışmada Radbruch'u inceleyen diğer çalışmalardan farklı olarak hem oluşum hem de uygulama aşamasında formülün siyasal iktidarla ilişkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gustav Radbruch, Radbruch formülü, siyasal iktidar, adalet, hukuki güvenlik, yargıç, Nasyonal Sosyalizm

THE RELATIONSHIP BETWEEN RADBRUCH'S FORMULA AND POLITICAL POWER

Büşra BEYDÜZ

Erciyes University, Institute of Social Sciences
M. Sc. Thesis, June 2019.
Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Gülden ŞİŞMAN
Assist. Prof. Dr. Mehmet ÇATLI

ABSTRACT

Gustav Radbruch is one of the most important jurists and philosophers of the 20th century. He has presented an alternative solution proposal by choosing a medium path in the tension between natural law and legal positivism, which is frequently discussed even nowadays. The Radbruch formula, which contains this discussion, can been explained as a summary that the judges should be prevented from extreme injustice introducing as a law. Radbruch has never utterly elevated one of the value in the tensions between justice and legal certainty and permanently ignored the other one.

The existence of the Nazi regime during the period of Radbruch lifetime and the proliferation of intolerably unfair laws has an important role in the emergence of the formula. As the formula influence by Nazi regime while it emerging, the aim of formula is to be prevented the unjust laws of the injustice regimes. In particular, the use of law as an ideological device requires the use of the formula to introduce illegitimate wishes in the legal framework. In this study, unlike other studies examining Radbruch, the relationship of the formula with political power has been examined in both the formation and the implementation phase.

Keywords: Gustav Radbruch, Radbruch's Formula, political power, justice, legal certainty, judge, National Socialism

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK ..... **i**

YÖNERGEYE UYGUNLUK ..... **ii**

KABUL VE ONAY ..... **iii**

TEŞEKKÜR ..... **iv**

ÖZET ..... **v**

ABSTRACT ..... **vi**

İÇİNDEKİLER ..... **vii**

KISALTMALAR ..... **xi**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

SİYASAL İKTİDAR VE NAZİ REJİMİ

1.1. Genel Olarak İktidar Kavramı 4

1.2. Siyasal İktidar Kavramı 7

1.3.Siyasal İktidarın Nitelikleri 9

1.3.1. Kapsam Olarak Genelliği 9

1.3.2. En Üstün Konumda Olması 9

1.3.3. Kuvvet ve Zor Kullanma Tekeli 10

1.3.4. Rıza ve İtaat 11

1.4.Siyasal İktidarın Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi 12

1.4.1. Otorite 12

1.4.2. Egemenlik 15

1.4.3. Devlet 16

1.5.Meşruiyet 17

1.5.1. Meşruiyet Teorileri 18

1.5.2. Hukukilik ve Meşruiyet 19

1.5.3. Meşruiyetin Değerlendirilmesi 21
1.6. Yargı ve Siyasal İktidar İlişkisi 22
1.7. Yasama ve Siyasal İktidar İlişkisi 24
1.8. Adaletsiz Bir Siyasal İktidar: Nazi Rejimi Örneği 25
1.8.1. Nazizimin Teorik Temelleri 26
1.8.2. Nazi Rejiminin İktidara Gelişi 27
1.8.3. Nazi Rejiminin Adaletsiz Yasaları ve Uygulamaları 29
1.8.3.1. Antisemitik Yasalar 29
1.8.3.2. Öjenizm ve Öjeni Yasaları 32
1.8.3.3. Diğer Adaletsiz Düzenlemeler 34
1.8.3.4. Toplama Kampları 35

İKİNCİ BÖLÜM

RADBRUCH FORMULÜ

2.1. Gustav Radbruch'un Hayatı 38
2.2. Doğal Hukuk ve Hukuki Pozitivizm 40
2.3. Radbruch'un Hukuka Bakışı 42
2.3.1. Nazi İktidarı Öncesi Dönem 42
2.3.2. Nazi İktidarı Sonrası Dönem 45
2.4. Radbruch Formülünün Oluşumu 46
2.5. Radbruch Formülünün İçeriği 47
2.6. Radbruch'a Göre Hukukun Üç Temel İlkesi 52
2.6.1. Adalet 52
2.6.2. Amaca Uygunluk 54
2.6.3. Hukuki Güvenlik 55
2.7.4. İlkelerin Değerlendirmesi 57
2.7. Radbruch Formülü Ekseninde Hart- Fuller Tartışması 59
2.8. Radbruch Formülünün Yasal Düzenlemelere Yansıması 62

2.9. Radbruch Formülünün Yargıdaki Görünümü 64
2.9.1. Yahudilerin Alman Vatandaşlığından Çıkarılması Davası 65
2.9.2. Sınır Muhafızı Davaları 66
2.9.2.1. Yerel Mahkemelerin Yaklaşımı 66
2.9.2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı 68
2.9.3. Diğer Davalar 70
2.10. Türk Hukukunda Radbruch Formülünü Uygulamaya İlişkin Değerlendirme 72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİYASAL İKTİDARA KARŞI RADBRUCH FORMÜLÜ

3.1. Hukuk Politika İlişkisi 75
3.1.1. Hukukun Araçsallaştırılması 80
3.1.2. Bir İdeolojik Aygıt Olarak Hukuk 81
3.2. Hukukun Farklı Siyasal Rejimlerde Değişen Görünümü 85
3.2.1. Totaliter Rejimlerde Hukuk 85
3.2.2. Otoriter Rejimlerde Hukuk 88
3.2.3. Demokratik Rejimlerde Hukuk 90
3.3. Diktatörleşen Rejimlere Karşı Hukuk Eğitiminin Önemi ve Tehlikeli Hukukçular 92
3.4. Maddi ve Şekli Hukuk Devletinde Radbruch Formülünün Yeri 95
3.5. Radbruch Formülünde Yargıcın Rolü 98
3.5.1. Yargı Etiği 98
3.5.2. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı 99
3.5.3. Adaletsiz Yasa Karşısında Yargıcın Önündeki Seçenekler 101
3.5.4. İdeolojik Yapı Karşısında Yargıcın Konumu 102
3.6. Radbruch Formülünde Halkın Rolü 104
3.7. Radbruch Formülüne Getirilen Eleştiriler 108

3.8. Radbruch Formülünün Etkinliği 111

SONUÇ..... 114

KAYNAKÇA..... 119

ÖZGEÇMİŞ..... 133

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletler
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	: Bakınız
BVerfGE	: Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi)
md.	: madde
No	: Number (Numara)
s.	: Sayfa
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Gustav Lambert Radbruch (1878-1949) Almanya'nın Lübeck şehrinde doğmuş olup yirminci yüzyılın en önemli hukukçu ve filozoflarındandır. Hukuk felsefesi, ceza hukuku, kültür tarihi gibi birçok alanda çalışmalar yapan Radbruch; makaleleri, konuşmaları, mektupları ve kitapları toplu olarak yayımlanan ilk Alman hukukçusudur. Hem aktif olarak politika içerisine bulunması hem de Almanya'da Adalet Bakanlığı yapması Radbruch'un hukuka eleştirel bir açılardan bakabilmesine yardımcı olmuştur. *"Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk"* adlı makalesinde yer alan Radbruch formülü ise büyük bir ilgi toplayıp düşünülerce tartışılmasının yanı sıra mahkeme kararlarında da uygulanarak teorik bir tartışmanın ötesine geçmiştir.

Uluslararası çalışmalarda sık sık incelenen ve anlaşılmaya çalışılan Radbruch, ülkemizde ne yazık ki *"Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü"*, *"Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı olarak Radbruch Formülü"*, *"Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi"* gibi az sayıdaki birkaç çalışmanın haricinde çok fazla incelenmemiştir. Azınlıkta kalan bu incelemeler de ya hukuk felsefesine ya da ceza hukukuna yakın bir perspektifte gerçeklemiş olup çalışmada bu sınırların ötesine geçmek hedeflenmektedir. Bu bağlamda Radbruch formülünün, siyasal iktidarla yani devlet ile ilişkisi incelenerek konuya devlet teorisi perspektifinde bakılacaktır.

Gustav Radbruch, Nazi öncesi dönemde, hukuki güvenliğin vurgulandığı hukuki pozitivizme daha yakın bir bakış açısı sergilerken Nazi döneminde yaşanan insanlığa aykırı uygulamaların sonrasında adalete yaptığı vurguyu güçlendirerek doğal hukuka yakın bir bakış açısı sergilemiştir. II. Dünya Savaşı sonrasında görüşlerinde yaptığı bu düzeltme, adaletsiz bir siyasal iktidarın (Hitler dönemi) uygulamalarıyla aynı dönem içerisinde gerçekleşmiştir. Bazı düşünürlere göre, doğal hukuk rönesansının lideri olarak görülen Radbruch ne saf bir hukuk pozitivisti ne de saf bir doğal hukukçudur.

Radbruch, Hitler rejiminin ceza hukuku vasıtasıyla tasfiye edilmesi sürecinde, yirminci yüzyılın en etkili tezi olarak değerlendirilen Radbruch formülünü ortaya

koymuştur. Radbruch formülü özet olarak, tahammül edilemeyecek kadar adaletsiz olan yasanın hukukun önünden çekilip adaletin tecelli etmesine izin verilmesi gerektiğini belirtir. Burada asıl görevi yargıçlara verip aşırı adaletsizliğin onlar vasıtasıyla engellenmesi gerektiğini açıklamıştır.

Çalışmada dikkat çekilmek istenen hususlardan birisi de, Radbruch'un bu formülü ileri sürmesinin, o dönemde adaletsiz bir siyasal iktidarın var olması ile yakından ilişkili oluşudur. Hukuk kılıfına büründürülmüş yasalar aracılığıyla bazen insanların yaşamına haksızca son verilmiş bazen de tahammülü imkansız adaletsizliklere sebep olunmuştur. Radbruch formülünün oluşumunda etkisi olan siyasal iktidar, formülün uygulanmasını gerektiren durumlarda da ön plana çıkmıştır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Tezin esas hareket noktası Radbruch formülü olmasına rağmen konunun bütünlüğünü sağlamak maksadıyla ilk olarak siyasal iktidar kavramına ve Nazi rejimine yer verilecek olup formül, ilerleyen bölümlerde incelenecektir. Siyasal iktidar, onun nitelikleri ve meşrulukla olan ilişkisi ilk bölümün temel inceleme kapsamlarıdır. Siyasal iktidarın; otorite, devlet gibi benzer kavramlardan ayrılması da kavram kargaşasının önlenmesini sağlayacaktır. Bu incelemelerin ardından yasama ve yargının siyasal iktidarla olan ilişkisine değinilecektir. Son olarak, Nazi rejimi incelenerek hem adaletsiz bir siyasal iktidar örneği verilmiş olacak hem de Radbruch formülünün oluşturulduğu döneme ışık tutmaya çalışılacaktır.

İkinci bölümde ise, Gustav Radbruch'un hayatına ve eserlerine kısaca değinilecek olup formülün oluşmasında etkili olan faktörlere yer verilecektir. Gerek yargı kararlarındaki görünümü gerekse de teorideki yeri ile Radbruch formül çalışmanın esas inceleme alanlarından biri olacaktır. Hart- Fuller tartışmasına da kısaca değinilecek olup bu tartışmada Radbruch'un yeri açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca, Radbruch'un hukukun üç temel direği olarak açıkladığı; adalet, hukuki güvenlik ve amaca uygunluğa da onun bakış açısıyla yer verilmeye çalışılacaktır.

Son olarak üçüncü bölümde, hukuk politika ilişkisine değinilerek hukukun esas olarak politika ile ayrılamayan bir yapıda olduğu açıklanmaya çalışılacaktır. Bu varsayım güçlendirmek için, hukuka eleştirel bir şekilde yaklaşan eleştirel hukuk teorisi ve benzer görüşlerden yardım alınarak bu teoriler de ayrıca açıklanacaktır. Öte yandan farklı siyasal rejimlerde Radbruch formülünün görünümü ve uygulanabilirliği incelenecektir. Radbruch'un kendi ifadelerinde de önemini ifade ettiği hukuk devleti kavramı ve bunun formül ile ilişkisi de açıklanmaya çalışılacaktır. Hukuk eğitiminde

formülün yeri, yargıçların ve halkın formüldeki yerleri de diğer inceleme konularıdır. Son kısımda ise, Radbruch formülüne yöneltilen eleştiriler ve formülün etkinliği incelenerek çalışma tamamlanacaktır.

Radbruch formülünün hukuk felsefesi ve ceza hukukuyla yakından ilişkili oluşu ve konunun siyasal iktidar ve devlet teorisi ekseninde farklı bir şekilde incelenecek olması ise çalışmayı multidisipliner bir zemine taşımaktadır. Hukukun farklı dallarından da yararlanarak devletin yasaların oluşumuna olan etkisi gün yüzüne çıkarılmaya çalışılacaktır. Bu sayede, tahammül edilemez derecedeki adaletsiz yasaların her zaman haksızlık rejimlerinin birer tezahürü mü olduğu yoksa adil de olsa her türlü rejimde kendini göstermesinin mümkün olup olmadığı incelenecektir. Adaletsiz yasalara ve haksızlık rejimlerine Radbruch formülü aracılığıyla engel olunup olunamayacağı da çalışma kapsamında incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SİYASAL İKTİDAR VE NAZİ REJİMİ

1.1.Genel Olarak İktidar Kavramı

Politika bilimi ile özelinde sosyal bilimler alanında yapılan çalışmalar çok uzun zamandan beri iktidar olgusu üzerine yoğunlaşmaktadır. İktidar kavramının hem siyasi olayların dinamiğini oluşturduğu hem de politika sürecinin anlaşılmasında ve açıklanmasında çok önemli bir rolü olduğu kabul edilmektedir[1]. İktidar kavramının genel olarak siyasal ile güçlendirilmiş haline aşina olunsa da iktidarın, hayatın her aşamasında karşılaşılan bir olgu olduğu kabul edilmektedir[2]. Yani iktidar; sadece siyasal perspektifte düşünülmemeli, sosyal yaşantının içerisinde ve hatta aile yaşamında dahi mevcuttur. En temel manada iktidar, bir olayı ve olayın sonucunda oluşacak durumları etkileyebilme yeteneği olarak tanımlanabilir[3]. Russell'e göre, fizik biliminde enerji ne kadar önemliyse sosyal bilimler de iktidar kavramı o kadar önemlidir[4].

Topluluk halinde yaşamlarda sosyal ilişkinin ve etkileşimin varlığı zorunludur. Bu ilişkinin sonucunda ise örgütlenme ortaya çıkar. Bütünüyle örgütlenmiş yani organize olmuş toplumsal yaşamda ise iktidar olgusu oluşur. İktidarı, toplumun üyeleri arasındaki istek farklılıklarından doğan çelişkileri azaltan bir araç olarak değerlendirenler olduğu gibi, kolektif iyinin gerçekleştirilmesini sağlayan bir olgu olarak değerlendirenler de mevcuttur[5].

---

1 Kapani, Munci, Politika Bilimine Giriş, BB101 Yayınları, 52. Baskı, Ankara 2016, s. 55; Parsons, Talcott, On the Concept of Political Power, Proceedings of the American Philosophical Society, Volume: 107, No: 3, 1963, s. 232.

2 Bierstedt, Robert, An Analysis of Social Power, American Sociological Review, Volume: 15, No: 6, 1950, s. 730; Bulut, Nihat, Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 17.

3 Grigsby, Ellen, Analyzing Politics An Introduction to Political Science, Cengage Learning, 5. Edition, 2011, s. 43.

4 Russell, Bertrand, İktidar, Çeviren: Erol Esençay, İlya Yayınevi, 1. Baskı, İzmir 2003, s. 13.

5 Bulut, s. 17, 18.

İktidarın kelime manası çeşitlilik göstermektedir. Türkçe manası *"bir işi gerçekleştirmek için gereken kuvvet, muktedir olma, yapabilme, kudret, devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet gücünü kullanma yetkisi"*[6] olarak tanımlanabilir. Bir kimse, başka kimseleri kendi arzu ettiği şekilde davranmaya sevk edebiliyorsa onlar üzerinde bir iktidara sahip demektir.

Düşünürler iktidarı birbirinden farklı şekillerde değerlendirmişlerdir. Örneğin; Max Weber iktidarı, *"sosyal ilişkiler çerçevesi içinde bir iradenin, ona karşı direniş gösterilse dahi kendi iradesini gerçekleştirme imkanı"* olarak tanımlamıştır[7]. Robert Dahl'a göre; iktidar terimleri olarak adlandırılan otorite, etki, ikna, güç, zorlama gibi birçok belirsiz kavramın varlığı tanım yapmayı zorlaştırmaktadır[8]. Dahl iktidarı, ona boyun eğmeyi reddedenlerin ağır kayıplara uğramasına sebep olan etki tipi şeklinde tanımlamaktadır. Ona göre *"etki"* ise, aralarında bir ilişki bulunanlardan birisinin diğerine, eğer o olmasaydı yapmayacağı şeyleri yaptırabilmesidir. Yani, A'nın B üzerindeki iktidarı, A'nın müdahalesi olmaksızın B'nin yapmayacağı bir şeyi ona yaptırabilme imkanıdır[9].

Polsby, karar alma sürecinde kimin etkin olduğunu belirlemenin, toplumsal yaşamda hangi kişilerin ve grupların daha çok iktidar sahibi olduğunu tespit etmenin en iyi yolu olduğunu, çünkü aktörlerin sonuçları etkileyebilme kapasitelerinin deneysel olarak iktidarın gücünü ölçebileceğini ve karar alma sürecinde gözlemlenebilir bir çatışmanın mevcut olduğunu belirtmiştir[10].

---

6 Arapça'dan dilimize geçmiş olan iktidar sözcüğünün diğer anlamlarını da incelemek için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c0e56d0ed1163.26087816 (Erişim tarihi: 10.12.2018). İktidarın İngilizce karşılığı olan "*power*" kelimesinin kökeni ise Latince olan "*potere*" kelimesine dayanmaktadır. Potere, iktidar sahibi ve güç demektir. Türkçe'deki anlamıyla benzerlik gösteren kelime, 14. yüzyıldan itibaren kullanılmaktadır. Bkz. Grigsby, s. 43, 44.

7 Weber, Max, Sosyoloji Yazıları, Çeviren: Taha Parla, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2004, s. 268. Kapani, s. 55, 56. İktidar kavramını; tek, iki ve üç boyutlu olmak üzere farklı bir şekilde inceleyen görüş için bkz. Lukes, Steven, Power: A Radicial View, Palgrave Macmillan, 2. Edition, 2005.

8 Çam, Esat, Siyaset Bilimine Giriş, Der Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2011, s. 90.

9 Duverger, Maurice, Siyaset Sosyolojisi, Çeviren: Şirin Tekeli, Varlık Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 1998, s. 124, 125; Akal, Cemal Bali, Devlet, Yasa ve Hakimiyet, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999, s. 43.

10 Steven, s. 18. Benzer bir şekilde iktidarın nicel olarak gözlemlenebileceğini ve iradesini en çok yerine getirenin en etkin iktidar tipi olduğunu açıklayan görüş için bkz. Russell, s. 37. Fakat bu görüşler iki noktadan eleştirilmektedir. İlk olarak, her zaman gözlemlenebilir bir çatışma mevcut olmayabilir. İkinci olarak ise, iktidar sahibi olanlar o kadar güçlü olabilir ki karşı grupların kararlarını şekillendirip belirleyerek çatışmanın doğmasına dahi engel olabilir. Bir başka deyişle, iktidar; onların isteklerini ve düşüncelerini kontrol ederek itaat etmeleri sağlayabilmektedir. Bkz. Steven, s. 27.

Foucualt'ya göre iktidarın olması için; bir ilişkinin mevcut olması, eyleme karşılık bir eylem yapılması ve bu eylem ile davranışların yönlendirilmeye çalışılması gerekir[11]. Ayrıca Foucault, iktidarın hiçbir zaman durağan bir şekilde tasvir edilemeyeceğini belirtmiştir[12]. İktidarı bir ilişki ağı olarak görüp onun nasıl uygulandığını da bu ilişkilerin incelenerek ortaya çıkarılabileceğini açıklamıştır.

Düşünürler arasında iktidara; çatışma ve karşı koyma olarak yaklaşanlar olduğu gibi kolektif bir kapasite ya da başarı olarak bakanlar da mevcuttur. Fakat sonuçların meydana getirilme nosyonu, bütün iktidar tiplerinde ortak amaçtır[13].

İster katılanların tümüne dağıtılması için belirleyici iktidar unsurlarının bertaraf edilerek eşit güçte bir iktidar pozisyonunun kazanılması yoluyla olsun isterse karşıtın iktidar konumunun tahribi olmasa dahi en azından zayıflatılması yoluyla olsun; eşit duruma gelmek isterken iktidar sahibi olan kimse iktidarını her zaman güçlendirmek istemese de en azından onu muhafaza etmeye çalışacaktır[14]. Bu da Hirsch'e göre iktidarı elinde bulundurulanların bir diğer ortak özelliğidir.

İktidar tarafından kontrol edilen ve etkilenen insanlar bunun farkında değillerse, bu iktidar tipine *"manipüle eden iktidar"* denir. Fakat iktidar rasyonel delillere dayanıyor ve bu şekilde yönetilenleri ikna etmeye çalışıyor ise bu takdirde onların rızasının olduğu belirtilebilir[15].

İktidar hakkında verilmiş tanımları artırmak mümkündür,[16] fakat konunun esasından uzaklaşılmaması maksadıyla bunlarla yetinilecektir. İktidar ile ilgili

---

11 Foucault, iktidarın hayatımızın her yerinde olduğunu ve bu sebeple de tanımını yapmanın çok zor olduğunu belirtmiştir. Yazar bu iktidar unsurlarını da aynı tanım içerisinde kullanmamıştır. Fakat tanımlama girişimlerinde ayrı ayrı da olsa bu unsurlar mevcuttur. Bkz. Koloş, Umut, Foucault, İktidar ve Hukuk, Modern Hukukun Soybilimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 118 vd.; Vergin, Nur, Siyasetin Sosyolojisi, Doğan Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2015, s. 146 vd.

12 Dominique Janicaud'a benzer bir şekilde iktidarı şu şekilde tanımlar: "*İktidar, her çeşit iktidar teorisini soyutlaştıran yer değiştirmelerin, evrimleştirmeleri, belirlenmedik dışlamaların belirtiği hareketli noktalardır. İktidar cıva gibidir, sürekli yer değişim halindedir. O mikrososyolojik düzeyde, durmadan kendi kendini oluşturan sonra yok eden, daha sonra yeniden yapılandıran bir çıkarlar kümesidir.*" Bkz. Akal, Devlet ve Yasa, s. 46, 47.

13 Koloş, s. 124 vd.; Bulut, s. 18; Çam, s. 91.

14 Hirsch, Ernest, İktidar ve Hukuk, Çeviren: Hayrettin Ökçesiz, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 1, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s. 299.

15 Daver, Bülent, Siyaset Bilimine Giriş, Siyasal Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 1993, s. 100. İktidarın seçkin olarak adlandırılan belli bir kesimin elinde olduğunu belirten farklı bir görüş için bkz. Mills, Wright, İktidarın Seçkinleri, Çeviren: Ünsal Oskay, Bilgi Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1974, s. 7 vd.

16 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çam, s. 91 vd.

tanımlamalardan anlaşıldığı üzere iktidar sadece siyasal anlamda kullanılmamaktadır[17]. Gerek ailede ebeveynlerin çocukları üzerinde görülen iktidarı olsun gerekse de bir dernek başkanın dernek üyeleri üzerinde görülen iktidarı olsun çok çeşitli iktidar tipleri mevcuttur[18]. Çalışmanın konusu gereği bu iktidar tiplerinden biri olan siyasal iktidar ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.2.Siyasal İktidar Kavramı

Siyasal iktidar, toplumun farklı gruplarında görülen sosyal iktidarların aksine, toplumun bütününü örgütleyen, geliştiren, koruyan ve toplumu başkalarına karşı savunan bir iktidar olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte tanımlamada iktidar kavramında olduğu gibi çeşitlilik ve belirsizlik mevcuttur. Modern devlet anlayışı siyasal iktidar kavramını günümüzde karmaşıklaştırmış ve kavramın analizini eskiye göre daha da zorlaştırmıştır[19].

Siyasal iktidar kavramına, gücü kullanan birini veya grubu anlatmak için başvurulduğu gibi bu kavram, iktidarda olmak iktidara gelmek gibi öznenin bulunduğu yeri ifade etmek için de kullanılır. Kavram, öznenin tabii gücünü, bir şeyi yapabilmedeki kuvvetini veya yeteneğini de anlatabilir. Bazen de gücü kullanma şekli, yani rejim anlamına gelmektedir[20]. Bartoli'ye göre; siyasal iktidar, devletin[21] vasıta ve ayrıcalıklarını kendi ideoloji ve hizmetine koyan kuvvetlerdir [22].

Bu tanımlama çeşitliliğine rağmen, siyasal iktidar kavramına ilişkin yaklaşımlar genel olarak iki grupta incelenebilir. Bunlardan ilki, iktidar kavramını sadece sahip olunan güç ile ele alan yaklaşımdır. Bu görüşe sahip olanlar, meşruiyete

---

17 Catlin ve Lasswell'in görüşüne göre; iktidar bilimini genel olarak politika biliminin içerisinde incelenmektedir. Bu görüşe göre, iktidar olgusu bütün görünüş ve beliriş şekilleriyle siyasal tahlilin alanına girmektedir. Bkz. Kapani, s. 56; Zabunoğlu, Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş (Devlet: Tanım, Kaynak, Unsurları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 328, Ankara 1973, s.9. Fakat modern siyasal bilimcilerin de belirttiği gibi, siyasi bilimlerin asıl inceleme konusu siyasal iktidardır. İktidar kavramını bu genişlikte incelemek sınırları belirsizleştirmekte ve faydasız bir çabadır.

18 Bierstedt, s. 730; Kapani, s. 56; Vergin, s. 144. İktidar ve siyasal iktidar ayrımının işlevsel olmadığı ve bütün iktidar kavramlarının az veya çok siyasi bir tarafının mevcut olduğu görüşü için bkz. Akal, Devlet ve Yasa, s. 40.

19 Bulut, s. 21; Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitapevi, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 327; Duverger, s. 132.

20 Bulut, s. 22. Günlük kullanımda siyasal iktidar kavramı, devletin yürütme organını yani hükümet kanadını ifade etmek için de kullanılmaktadır.

21 Devletin siyasal iktidarla olan ilişkisi tartışmalı olmakla beraber, devletin bir siyasal iktidar türü olduğu noktasında genel bir kanaat mevcuttur. Siyasal iktidar kavramı çok geneldir, devlet ise daha modern ve yeni bir kavramdır. Bkz. Bulut, s. 25.

22 Çam, s. 105.

vurgu yapmamaktadırlar ve iktidar uygulanan kesim göz ardı edilmektedir[23]. Fakat diğer görüş; siyasal iktidarın tek taraflı bir ilişki olmadığını ve iktidar uygulanan kesimin de ön plana alınması gerektiğini, onların rızasının önemli olduğunu belirtmiştir. Eğer rıza mevcut değil ise, iktidar ilişkisi mevcut değildir, sadece kaba güç vardır. İlişkinin bir yönü baskıya ve zorlamaya diğer yönü ise, yönetilen kesiminin bunun meşru ve gerekli olduğuna duydukları inanca dayanır[24].

Siyasal iktidar kavramında ortaya çıkan bir diğer ayrım ise siyasal iktidarın kapsamına ilişkin görüş farklılıklarıdır. Bir görüşe göre, siyasal iktidar global toplumda ortaya çıkar[25]. Diğer bir görüşe göre ise, siyasal iktidarın ortaya çıktığı tek topluluk milli devlettir. Görüldüğü gibi ikinci görüşte siyasal iktidar kavramı daha dar biçimde ele alınmıştır. Her ne kadar bu ayrım teoride mevcut olsa da birinci görüşte bahsi geçen *"global toplum"* ile ikinci görüşte yer alan *"devlet"* aslında aynı anlamda kullanmaktadır. Bundan dolayı pratikte bir farklılık söz konusu değildir[26].

Siyasal iktidar kavramı esas olarak gerçek ve teknik manada toplumun tümü üzerinde geçerli olan iktidar anlamında kullanılmaktadır. Herhangi bir yönüyle siyasal özelliği olan bir iktidar siyasal iktidar olarak tanımlanamaz[27]. Örneğin, mecliste temsil gücü olmayan bir siyasi partinin başkanı, o siyasi parti içinde iktidar sahibidir. Aynı şekilde bu parti, siyasi bir faaliyet yürütmektedir. Fakat toplumun geneline yayılmış bir iktidarları mevcut olmadığı için bu durumda siyasal iktidar kavramının kullanılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda bir tür sosyal iktidardan söz edilebilir.

Siyasal iktidarı elinde bulunduranlar, bütün vatandaşlar adına ve onları bağlayıcı nitelikte kararlar alma gücüne sahiptirler. Bu husus, siyasal iktidarı diğer sosyal iktidar çeşitlerinden ayıran en önemli ölçüttür. Yönetenlerin aldıkları kararlar, bir azınlık göz önüne alınarak alınmış olsa dahi herkese uygulanabilir. Siyasal iktidar, toplum hayatındaki tüm yapıları yönlendirme gücüne sahiptir[28].

---

23 Örneğin; Mills iktidarın devlet, ordu ve şirketler olmak üzere üç büyük kurum arasında paylaşıldığını belirterek iktidar ilişkisinin edilgen tarafını ihmal etmektedir. Bkz. Mills, s. 11.

24 Akal, Devlet ve Yasa, s. 45; Bulut, s. 23.

25 Global toplumun sınıflandırılması tartışmalı olmakla birlikte yaygın olarak benimsenen ayrıma göre; ilkel toplum, kent toplumu, feodal toplum ve ulus olarak dörde ayrılmaktadır. Günümüzde uluslar en büyük global toplum olarak görülmektedir. Bkz. Duverger, s. 28, 133 vd.; Uygun, Oktay, Hukuk Teorileri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 3.

26 Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Beta Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2009, s. 91, 92; Duverger, s. 133.

27 Kapani, s. 57; Uygun, Hukuk Teorileri, s. 3.

28 Çam, s. 105.

1.3.Siyasal İktidarın Nitelikleri

Siyasal iktidarı diğer iktidar gruplarından ayıran belirli nitelikler mevcuttur. Bunları incelemek siyasal iktidarı; ekonomik, dini ve ailevi vb. iktidar tiplerinden[29] ayırt etmeye yardımcı olacaktır. Siyasal iktidarın nitelikleri; genellik, üstün konumda olma, kuvvet ve zor kullanma tekeline sahip olma ve rızadır.

1.3.1. Kapsam Olarak Genelliği

Siyasal iktidar kapsam olarak diğer sosyal iktidarlardan farklıdır. Siyasal iktidarlara göre, daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Belirli sosyal iktidarlar yalnızca belirli gruplar içinde etkin olmalarına rağmen, siyasal iktidar milli topluluğun bütünü üzerinde etkisini göstermektedir. Ancak siyasal iktidar ülke içerisinde yaşayan tüm insanlar ve topluluklar adına karar alma ve bu kararları icra etme yetkisine sahiptir[30].

1.3.2. En Üstün Konumda Olması

Siyasal iktidar ile toplumdaki diğer iktidarlar arasında bir eşitlik ilişkisi değil, ancak hiyerarşik bir ilişki mevcuttur. Siyasal iktidar diğer iktidar tiplerine göre üstün konumdadır. Fakat çoğulcu ve demokratik toplumlarda siyasal iktidarın bu üstünlüğü, mutlak değil nispi bir üstünlüktür[31].

Duverger'in savunduğu global siyasal iktidar görüşünde günümüzde değişiklikler olmuştur. Siyasal iktidarın en üst otorite olması her zaman için geçerli olmayabilir. Örneğin, dini iktidarın çok güçlü olduğu bir devlette bazı insanlar siyasal iktidar yerine dini iktidara uymayı tercih edebilir[32].Yahut çok güçlü bir ekonomik iktidar, siyasal iktidarın belli konulardaki kararlarında etkin rol oynayabilir.

---

29 Bu iktidar tipleri esasen sosyal iktidarın çeşitleridir.

30 Erdoğan, s. 328; Kapani s. 58, 59; Duverger, s. 133; Öztekin, Ali, Siyaset Bilimine Giriş, Siyasal Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2010, s. 32, 33; Parsons, s. 232. Devlet ya da global toplumun kendinden başka hiçbir topluluğa tabi olmayan en üstün topluluk olduğu söylenebilir. Bu yüzden bu toplulukların iktidar sahipleri de en üstün iktidar sahipleridir. Fakat bu üstünlük diğer siyasal iktidarlarla çatışma veya anlaşmazlık yaşadıkları noktada sınırlanır. Ayrıca özel grup iktidarları da belli noktalarda siyasal iktidarları sınırlandırabilir. Bkz. Duverger, s. 133.

31 Öztekin, s. 33; Erdoğan, s. 328; Kapani, s. 58. Demokratik toplumlarda halk, tepkilerini gerek kamuoyu oluşturarak gerekse bir sivil toplum aracılığıyla duyurmaya çalışmaktadır. Siyasal iktidar ise, bazen meşruiyetini kaybetme korkusuyla bazen de halkın görüşlerine değer vererek bu tepkilere cevapsız kalmamaktadır.

32 Çam, s. 329.

1.3.3. Kuvvet ve Zor Kullanma Tekeli

Siyasal iktidarın en önemli özelliği, onun maddi kuvvet ve zor kullanma tekeline sahip oluşudur. Diğer iktidar tipleri kendi sosyal çevrelerinde kararlarını yürütebilmek için farklı yöntemlerden[33] yararlanabilirler. Fakat siyasal iktidar haricinde hiçbir iktidar meşru bir şekilde kuvvet kullanamaz. Meşru olarak kuvvet ve zor kullanma tekeli yalnızca siyasal iktidara verilmiştir[34]. Sadece siyasal iktidar sahipleri meşru kuvvet kullanacağını belirtebilir ve bu da iktidarlarının kanıtıdır[35]. Lipson, kuvvet kullanarak baskı oluşturabilecek kurumları genişleterek; polis, askeri güç, ordu, mahkeme ve hapishaneleri bunlar içerisinde saymıştır[36]. Kuvvet kullanma tekeli siyasal iktidarda toplanmadığı ve toplumun içindeki diğer gruplara dağıldığı takdirde düzen ortadan kalkar[37]. Devletin denetlemediği her bir güç, kendi iktidarını sarsabilecek potansiyel bir tehlikedir[38].

Burada vurgulanması gereken nokta, monarşileri betimlemek için kullanılan *mutlak* sıfatının, modern devletin kuvveti ile karşılaştırıldığında *görece* niteliğidir. Şiddet kullanımı devletin olağan veya tek aracı değildir. Fakat devletin mevcudiyeti, şiddet kullanımının yetkiye dönüşerek devletin tek kaynağının onda olduğunu gösterir[39].

Siyasal iktidar, emirlerinin ve kararlarının uygulanmasını sağlamak için gerekli olduğu takdirde kuvvete başvurabilir. Yasalar; hangi durumlarda, hangi organlar aracılığıyla ve hangi esaslara dayanarak kuvvet kullanılabileceğini belirlemektedir[40].

---

33 Weber, Sosyoloji Yazıları, s. 239. Örneğin, bir siyasal parti de disiplin cezası uygulanarak iktidar korunmaya çalışılabilir. Diğer iktidar tipleri de ikna, manevi baskı vb. yöntemler ile kararlarına uyulmasını sağlamaya çalışabilir.

34 Canetti, iktidar ve kuvvet arasındaki ilişkiyi bir örnekle şu şekilde açıklamıştır:
Kedi, kuvvetini, fareyi yakalamak, onu ele geçirmek, pençelerinin arasında tutmak maksadıyla kullanır. Ama fareyle oynamasının bir başka nedeni daha vardır. Kedi farenin uzaklaşmasına izin verir, birazcık kaçmasına, hatta arkasını dönmesine fırsat verir; bu süre zarfında fare artık kuvvete maruz kalmaz. Fakat hala kedinin iktidar alanı içerisindedir ve her an tekrar yakalanabilir. Hemen uzaklaşırsa, kedinin iktidar alanından kaçar fakat artık ulaşılamayacak olduğu noktaya gelene kadar hala kedinin iktidar alanının içerisindedir. Kedinin egemen olduğu alan, fareye yaşattığı umut anları, aynı zamanda da tüm bu zaman zarfında fareyi yakından izlemeye devam etmesi, onu öldürebilme kuvvetini hissettirmesi vb. hareketleri iktidarın fiili bedeni veya daha basit bir ifadeyle, iktidarın kendisidir. Bkz. Canetti, Elias, Kitle ve İktidar, Çeviren: Gülşat Aygen, Ayrıntı Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2006, s. 284.

35 Bierstedt, s. 733.

36 Lipson, Leslie, Siyasetin Temel Sorunları, Çeviren: Fügen Yavuz, İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2005, s. 75.

37 Öztekin, s. 33; Erdoğan, s. 328; Kapani, s. 58.

38 Lipson, s. 75.

39 Özenç, Berke, Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 123 vd.

40 Siyasal iktidar sadece fiziki değil manevi cebir de kullanabilir. Örneğin; idam mahkumlarının halkın gözü önünde idam edilerek halk arasında bir korku oluşturulması vb. bunun bir örneğidir.

Zor kullanma da kuvvete benzer bir araç olarak kullanılmaktadır[41]. Ancak kuvvet ve zor kullanma, yönetenler açısından en son çare olarak kullanılmalıdır. Kendilerine boyun eğilmesi için sık sık kuvvet kullanımına ihtiyaç duyan iktidar, sağlam temeller üzerine oturamaz[42]. Bu yönüyle kuvvet ve zor kullanma araçlarının bizatihi varlığı siyasal iktidar açısından gerekli olsa da bu yetkinin fiilen icrası her zaman zorunlu değildir.

1.3.4. Rıza ve İtaat

Siyasal iktidarın en önemli niteliklerinden biri kuşkusuz kuvvet kullanmasıdır. Fakat sadece kuvvete dayanan bir iktidarın istikrar sağlaması ve sürekli olması imkansızdır[43]. Kuvvetin yanı sıra yönetilenlerin, iktidara rıza göstermesi ve itaat etmesi de önemli bir husustur[44].

Günümüzde iktidarın bir ilişki olduğu ve karşılıklı olarak yöneten ve yönetilenlerin etkileşim halinde olduğu genel olarak benimsenmektedir. Bunun sonucunda yöneten ve yönetilen ilişkisi iki taraflı olup yönetilenlerin yönetenlerden etkilenmesi kadar yönetenler de yönetilenlerden etkilenmektedir[45].

İktidarın kararlarına itaat ve emirlerine uyma, bilinçli olabileceği gibi bilinçsizce de olabilmektedir. Gelenek ve görenekler, çevrenin etkisi, alışkanlık, eğitim, menfaat beklentisi, ceza korkusu ve çaresizlik duygusu gibi sebeplerle siyasal iktidara itaat edilebilir[46]. Russell, iktidarın üç farklı şekilde elde tutulup halkın etki altına

---

Fakat manevi cebri diğer iktidar tipleri de kullanılabileceği için her zaman siyasal iktidar için ayırt edici bir özellik taşımamaktadır. Bkz. Daver, s. 106.

41 Bu çalışmada zor kullanma terimi, fiziki anlamda zorlama manasında kullanılmaktadır. Zorlama ekonomik, sosyal vb. şekillerde olabilmektedir. Fakat siyasal iktidarı diğer iktidar türlerinden ayıran faktör, fiziki olarak kuvvet kullanmasıdır. Yoksa ekonomik zorlama gücü diğer iktidar türlerinde de görülebilir ve ayırt edici bir nitelik taşımaz.

42 Zabunoğlu, s. 40; Çam, s. 322, 323; Duverger, s. 129 vd. Toplum içinde düzeni sağlayan iktidar, daha sonra adaleti sağlamaya çalışır. Çünkü zamana karşı en dirençli olan düzen, insanların adil bir şekilde yaşayabildikleridir. Bkz. Lipson, s. 83. Lipson'nun bu görüşleri her koşulda aynı şekilde gerçekleşmemiştir.

43 Duverger, s. 129; Bulut, s. 23; Kapani, s. 59; Parsons, s. 232; 627. Rousseau'nun da Toplum Sözleşmesi kitabında yazdığı üzere: *"Eğer kuvvet hak, itaati de görev haline getirmeyi bilmiyorsa, toplumda en kuvvetli olan dahi sürekli olarak üstünlük sağlayabilmek için yeterince kuvvetli değildir."* Bkz. Rousseau, Jean Jacques, The Social Contract, Translated by: G. D. H. Cole, Fellow of Magdalen College, Oxford, London and Toronto: J.M. Dent and Sons, 4. Edition, New York 1923, s. 8.

44 Lipson'a göre; dünyadaki tüm devletler zor kullanmakta olup en diktatör rejimler dahi minimal düzeyde de olsa bir rıza ile desteklenmektedir. Bkz. s. Lipson, s. 79. İnsanların hukuki güvenliğe olan ihtiyaçları bazen onaylamadıkları yasalara dahi rıza gösterip onaylamalarını sağlamaktadır.

45 Koloş, s. 101; Bulut, s. 22; Kapani, s. 60.

46 Vergin, s. 45 vd.; Duverger, s. 129, 130; Kapani, s. 59. Devletsiz toplumlarda da siyasetin özünde olan itaat etmek ve boyun eğmek olguları mevcuttur. Fakat burada emiri veren ve bu emirin yerine

alınabileceğini belirtmiştir: fiziki kuvvet kullanmak, mükafat veya ceza vermek ve halkın düşüncelerini etkilemek (örneğin, bir konuda propaganda yapmak)[47].

Rıza ve itaat sadece siyasal iktidar için değil sosyal iktidarlarda da mevcut olması gerekmektedir. Fakat siyasal iktidarın genelliği ve üstünlüğü sebebiyle rıza ve itaatin olmaması diğer iktidarlardan farklı olarak bir yönetim krizine sebep olabilmektedir.

1.4.Siyasal İktidarın Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi

Siyasal iktidar kavramı, kullanım şekilleri benzer olması sebebiyle bazen otorite, egemenlik, devlet gibi kavramlarla karıştırılabilmektedir. Bu kavramların tanımlanarak açıklanması hem bu karışıklığı giderecek hem de siyasal iktidar kavramının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

1.4.1. Otorite

Otorite kavramı, *"yaptırma, yasak etme, emretme, itaat ettirme hakkı veya gücü"* olarak tanımlanabilir[48]. Otorite kavramı da iktidarda olduğu gibi sadece siyasal çerçevede değerlendirilmeyip daha genel anlaşılması gereken bir kavramdır. Aile içerisinde, okulda ve hatta yasa dışı bir çetede dahi otorite mevcuttur[49]. Ayrıca günlük kullanımda bir kimsenin bir konuda otorite sahibi olduğunu belirtmek, o kişinin o konudaki bilgi ve uzmanlık düzeyinin gelişmiş olduğunu ifade etmektedir[50].

Otoritenin, iktidar kavramından farklı bir anlamda olup olmadığı hakkında görüş birliği mevcut değildir. Bir görüşe göre[51], otorite ve iktidar kavramları farklı manalar taşımaktadır. Bu görüşe göre, meşru bir iktidara otorite denmektedir. İktidarın, kararlarına ve emirlerine tartışma konusu yapılmaksızın uyulması ve itaat edilmesi halinde otorite mevcut olmaktadır. Otorite genellikle kuvvete, zora ve tehdide

---

getirilmesini gözeten uzmanlaşmış bir siyasal kurum olmayıp toplum ve toplumu oluşturan bireylerdir. Bkz. Vergin, s. 37.

47 Russell, s. 38.

48 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=OTOR%C4%B0TE (Erişim Tarihi: 24.12.2018)

49 Daver, s. 118; Vergin, s. 44, 45; Kapani, s. 62, 63.

50 Kapani, s. 63.

51 Ball, Alan R., Modern Politics and Government, Macmillan Education, 4. Edition, 1988, s. 25; Zabunoğlu, s. 10; Daver, s. 117; Lipson, s. 80; Vergin, s. 46, 47; Öztekin, s. 34.

dayanmadan bir iradenin uygulanma yeteneğini ifade eder[52]. Gerektiğinde kuvvet kullanılması durumunda ise, kuvvet kullanmanın meşruluğu ve haklılığı vatandaşlar tarafından önceden kabul edilmiş olmaktadır[53]. Bierstedt'e göre ise; otorite kurumsallaşmış bir iktidardır. İktidar ise ne salt bir kuvvet ne de otoritedir, bu ikisinin sentezidir[54].

Diğer görüşte olanlar ise, iktidar ve otorite kavramlarını herhangi bir ayrım yapmadan aynı anlamda kullanmaktadır[55]. Kapani'nin de belirtiği üzere, iktidarın meşru olup olmaması ayrı bir tartışma konusu olup bundan yola çıkarak otorite tanımı yapmak isabetli değildir. Siyasal iktidar kavramı ise daha teknik bir kavramdır[56]. Daha önce de belirtildiği üzere siyasal iktidar kuvvet kullanma tekelini ancak ihtiyaç duyulduğu takdirde kullanmalıdır ve toplumda bu kuvvet kullanımını meşru kabul eden bir rıza olmalıdır. Bu yüzden sadece meşru iktidarlara otorite demenin yerinde olmadığı düşünülebilir.

---

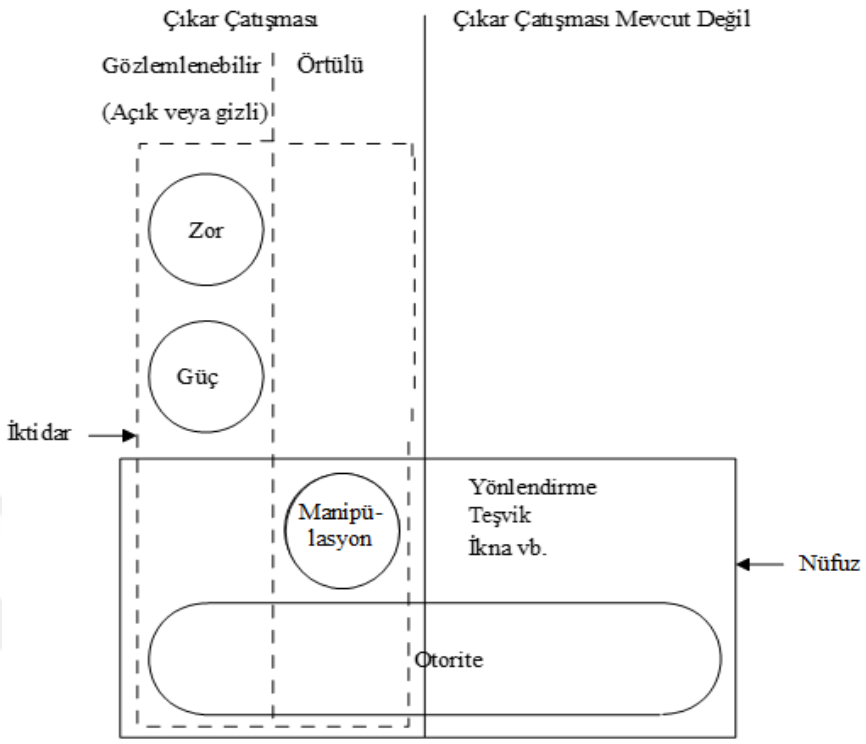
52 Lipson'a göre; iktidarla karşı karşıya kalan bireyin desteklemek veya karşı çıkmak olmak üzere iki seçeneği mevcuttur. Oysa otorite ile karşılaşıldığında tek seçenek ona boyun eğmek olmaktadır. İktidara direnç yasaldır, otoriteye oluşan direnç ise yasadışıdır. Otorite, meşruiyet kılığına bürünmüş bir iktidar çeşididir. Bkz. Lipson, s. 80.

53 Daver, s. 117; Kapani, s. 62.

54 Bierstedt, s. 733. İktidar; felsefi ve siyasal bir içeriğe ve anlama sahipken otorite psikolojik ve sosyolojik olarak bir yetkinliği belirtmektedir. Ball göre ise; siyasal iktidara genellikle otorite eşlik eder. Otorite, yöneticinin sahip olabileceği yaptırımları göz ardı edilerek hükmetme yetkisinin ona tanınmasıdır. Bkz. Ball, s. 28; Çetin, Halis, Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti Meşruiyetin İktidarı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 58 Sayı: 3, 2003, s. 65.

55 Kapani, s. 62.

56 Kapani, s. 63.



Şekil 1[57]

Lukes; şekilde de görüleceği üzere iktidar ve otorite kavramların arasındaki ilişkiyi değişik etkenlerden yola çıkarak belirlemeye çalışmıştır. Lukes'e göre; çıkar çatışması olmaksızın uzlaşmaya dayanan otorite bir siyasal iktidar biçimi değildir[58]. Otoritede ise çıkar çatışması mevcut olabileceği gibi bu her zaman mevcut olmayabilir. Nüfuz ise otorite de her daim vardır, ancak iktidar için aynı çıkarımda bulunmak mümkün değildir.

Son olarak siyasal iktidar ile otorite esasen birbirine yakın kavramlardır. Fakat genel kabulün aksine kavramlar arasındaki ayrımın meşruluk vasıtasıyla yapılmaması gerektiği söylenebilir.

---

57 Lukes, s. 36.

58 Lukes, s. 35. Yazarın görüşlerine tamamıyla katılmamakla birlikte değişik bir bakış açısı sunması sebebiyle burada yer vermeyi yerinde bulduk. İkna, teşvik, yönlendirme gibi unsurlar siyasal iktidarın da araçları olabilmektedir. Ayrıca, çıkar çatışmalarının olmadığı durumlarda da iktidar olabileceği söylenebilir.

1.4.2. Egemenlik

Klasik manada egemenlik kavramını, ilk kez tanımlayan ve sistematik hale getiren düşünür Jean Bodin'dir. Bodin, 16. yüzyılın sonlarına doğru yayımladığı "*Devletin Altı Kitabı*" adlı eserinde egemenliği, devlette yaşayan bütün vatandaşlar üzerinde yasalarla kısıtlanamayan en üstün iktidar olarak tanımlamaktaydı. Bodin'e göre, egemenliğin iki temel özelliği bölünmezlik ve sürekliliktir[59]. Jellinek ise, sadece devletin yetkilerin yetksine sahip olduğunu belirterek egemenliğin devlet üzerindeki görünümünü açıklamaya çalışmıştır[60].

Klasik egemenlik anlayışı[61] 20. yüzyılın başlarından itibaren tartışmalara konu olmuş ve çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Gerçekten de mutlak üstünlük, bölünmezlik, sınırsızlık gibi özellikleriyle bu kavramın değişen ve gelişen devlet anlayışında savunulması artık mümkün gözükmemektedir.

Öncelikle egemenin mutlak ve sınırsız olması görüşü hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Hukuk devleti, hukuk ile sınırlı ve bağlı bir devleti ifade etmektedir[62]. Fakat hukuk devleti görüşü bir yana bırakılırsa feodal düzenlerde ve hatta mutlakiyetçi monarşilerde dahi her istediğini yapabilen ve hiçbir sınır tanımayan bir egemenliğin mevcut olduğunu söyleyemeyiz. Egemenliğin tek olması federal devlet ve federe devlet arasındaki ilişkiyi açıklamakta yetersiz kalmakta olup egemenliğin bölünmez olması ise kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır[63].

---

59 Okandan, Recai Galip, Umumi Amme Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968, s. 742; Göze, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul 2016, s. 139; Akal, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitapevi, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 65; Erdoğan, s. 352; Kapani, s. 66. Bodin'e göre; iktidar yasayla sınırlandırılamaz, çünkü yasa zaten egemenin bir buyruğudur. Bkz. Akad, Mehmet/ Vural Dinçkol, Bihterin/ Bulut, Nihat, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 101.

60 Ağaoğulları, Mehmet Ali, Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 407 vd.; Teziç, s. 125. Benzer bir görüşe sahip olan Duguit'e göre, egemenlik bir iradedir ama öyle bir iradedir ki, diğer hiçbir iradenin sahip olmadığı özelliklere haizdir. Egemenlik diye adlandırılan irade, sadece kendi kendisi tarafından belirlenebilmektedir. Bkz. Akal, Devlet ve Yasa, s. 28.

61 Bodin dahi; egemenliği sınırsız olarak tanımlamasına rağmen, yöneticilerin doğal hukuka bağlı olması gerektiğini belirterek bir sınır getirmiştir. Bkz. Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s. 101, 102.

62 Uygun, Oktay, Devlet Teorisi, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 267, 268. Halkın özgürlük alanı ile devletlerin egemenliği genel olarak kriz dönemi olarak tabir edilen olağanüstü dönemlerde çatışabilir. Çünkü bu dönem de iktidarın otoriteyi sağlamak nedeniyle aldığı tedbirler halkın çıkarlarını yansıtmayabilmektedir. Bkz. Çam, s. 332, 333.

63 Teziç, s. 126; Uygun, Devlet Teorisi, s. 269, vd. Erdoğan, s. 354. Egemenlik kavramının sınırlanamayacağını belirten bazı ekoller devletin kendi iktidarını ancak kendi iradesi ile kısıtlayabileceği düşüncesini ileri sürülmüştür. Bu şekilde hukukun da devletin bir ifadesi olduğunu belirtip hukuk devleti görüşü ile egemenliğin çelişmediğini belirtilmiştir. Bkz. Kapani, s. 68, 69.

Egemenlik kavramı esasen, siyasal iktidarın niteliklerini belirtmektedir. Özellikle modern devlete geçişte egemenlikten yararlanılarak devlet kurumsallaşmış, güçlü bir siyasal iktidar kurulmaya çalışılmıştır[64]. Mutlak egemenliğin mevcudiyeti mümkün gözükmemesine rağmen sınırlı bir egemenliğinin varlığı kabul edilmektedir.

1.4.3. Devlet

Siyasal iktidar ve devlet birbirleriyle sıklıkla karıştırılan ve tartışılan kavramlardır. Bir görüş, devlete geniş bir açıdan bakarak iktidar ilişkilerinin mevcut olduğu her toplumu devletli toplum olarak değerlendirmiştir. Bu bakış açısına göre, kabileler, siteler ve feodal beylikler modern devlet olarak sayılamasa da onunla aynı doğayı paylaşan birer devlettir[65].

Diğer bir bakış açısı ise, siyasal iktidarı devleti aşan ve onu kapsayan bir olgu olarak kabul etmektedir. Yani her toplumu siyasal iktidarlı bir toplum olarak değerlendirir, fakat her siyasal iktidar biçiminin bir devlet olmadığını açıklar[66]. Gerçekten de modern devletin kuruluşu Fransız Devrimi'nden sonraya tekabül etmektedir. Bu yüzden İlk Çağ ve Orta Çağ'da meydana gelen iktidar yapıları siyasal iktidar olarak değerlendirilebilirken devlet olarak nitelendirmek güçtür[67].

Çalışmada devlet yerine siyasal iktidar kavramını kullanmasının nedeni, siyasal iktidarın daha kapsayıcı bir olgu olmasından kaynaklanmaktadır. Radbruch formülünün ileri sürüldüğü tarihte ve günümüzde artık modern devletlerin varlığı bir gerçektir. Fakat adaletsiz bir yasanın uygulandığı devletin yapısından çok onun özellikleri ve ona bu yetkiyi veren irade önemli olduğu için devlet yerine onu da kapsayan siyasal iktidar terimini kullanmak daha uygun olacaktır. Bu yüzden, çalışmada devlet kavramı kullandığında da aslında günümüzde yaygın olan kurumsallaşmış bir siyasal iktidar tipinden söz edildiği anlaşılmalıdır.

---

64 Akal, İktidarın Üç Yüzü, s. 72.

65 Duverger, s. 133; Akal, Devlet ve Yasa, s. 21 vd.; Bulut, s. 24. Uluslararası düzeyde kurulan kuruluşların meşruluğu tartışmaları için bkz. Soysal, Mümtaz, Değişen Egemenlik ve Meşruluk, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2003, s.174 vd.

66 Bulut, s. 24. Çam iktidarı; yalın iktidar, bireyselleşmiş düzeyde somutlaşmış iktidar, kurumsal düzeyde somutlaşmış iktidar olarak üçe ayırmaktadır. Yalın iktidarı bir siyasal iktidardan ziyade bir sosyal iktidar olarak tanımlamıştır. Bireysel düzeyde somutlaşmış iktidar ise, siyasal iktidar olmasına rağmen kurumların ve kuruluşların henüz oluşamadığı bir yapıdır. Kurumsal düzeyde somutlaşmış iktidar ise modern devlettir. Modern devlet siyasal iktidarın evrilerek oluşturduğu tarihsel bir olgudur. Bkz. Çam s. 335, 336.

67 Uygun, Hukuk Teorileri, s. 5.

1.5. Meşruiyet

Meşruiyet; sosyal bilimler alanında üzerinde çok tartışılan kavramlardan biri olmasına rağmen, meşruiyetin içeriği, ögeleri ve siyasi sistem üzerindeki etkileri gibi konularda genel bir uzlaşmanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Meşruluk, iktidarın bağlayıcı emretme ve karar alma yetkisine halkın rıza göstermesi yani onun bu yetkilere sahip olduğuna çoğunlukla itaat göstermesidir. Farklı bir anlatımla meşruluk, siyasal iktidara itaatin gönüllü olması anlamına gelmektedir. Bir iktidar, ona itaat edilmesi hususunda uzlaşma varsa meşrudur. Meşru olmayan siyasal iktidarın iktidarı ancak kaba bir güce dayanır[68]. Siyasal iktidar, iktidarına meşruluk sağlamak maksadıyla kendi yetkilerinin bir kısmını sınırlandırabilir[69].

Meşruluk zamana göre değişen bir kavramdır[70]. Başlangıçta meşru olan bir iktidar daha sonra meşruiyetini kaybedebilir. Bundan dolayı meşruiyet kavramı iktidarın kaynağı ile ilgili olduğu kadar iktidarın kullanılışı ile de ilgilidir[71]. İktidarın meşrulaştırılmasına duyulan ihtiyaç, iktidarının korumak veya güçlendirmek güdüsünün bir yan tezahüründen başka bir şey değildir[72].

Meşruluk ile konsensüs (temel anlaşma) arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Konsensüs, bir toplumda belirli bir konu hakkında toplum üyelerinin büyük çoğunluğu arasında görüş birliğini ifade eder. Konsensüs oy birliği değildir, toplumun önemli kesiminin (belki en az %75'nin) fikir birliğidir. Bir siyasal iktidarın da meşruluğu ne

---

68 Beetham, David, The Legitimation of Power (Issues in Political Theory), Palgrave Macmillan, 1. Edition, Great Britian 1991, s. 3; Coicaud, Jean- Marc, Legitimacy and Politics, Translated and edited: David Ames Curtis, Cambridge University Press, 1. Edition, 2002, s. 10; Levent, Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 50, 2001, s. 131; Erdoğan, s. 329; Kapani, s. 78; Teziç, s. 92, 93. Meşru güç, sınırlı olan güçtür. Meşruiyetini kaybetme yollarından biri de iktidar sahibi olanların gücünün sınırlarını aşmasıdır. Bkz. Beetham, s. 35.

69 Weber, Max, Theories of Society (Foundations of Modern Sociological Theory), Volume: 1, Edited by: Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D. Naegele, and Jesse R. Pitts, The Free Press of Glenceo, New York 1961, s. 627.

70 Beetham meşruiyetin üç farklı boyutunun olduğunu belirtmiştir. İlk olarak belirlenmiş kurallara uygun fiillerde bulunan iktidarın meşru görülebileceğini açıklamıştır. İkinci olarak hem alt hem de üst tabakanın birlikte, iktidarın meşruluğuna inanç göstermesinin önemine değinmiştir. Son olarak da halkın seçimlere katılmak gibi iktidar ilişkilerine dahil olmasının iktidarın meşruluğunu kabul ettiğinin göstergesi olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beetham, s. 16 vd.

71 Beetham, s. 34; Çetin, Meşruiyet, s. 70. Örneğin; hukuk kurallarına uymayıp onları kasıtlı ve sistemli olarak çiğneyen bir siyasal iktidar zamanla meşruiyetini kaybedebilir. Veya zamanla toplumda var olan meşruluk anlayışı değişime uğrayarak meşruluk krizi ortaya çıkabilir. Bkz. Kapani, s. 93; Atay, Ender Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 1997, s. 126.

72 Hirsch, İktidar, s. 301.

kadar yüksek olur ise, rejim o kadar sağlam bir temele oturmuş olur. Bu oran düştüğü takdirde rejim içerisinde siyasal mücadele söz konusu olabilir[73].

Siyasal iktidarın meşruiyet sağlama amacı, o anki durumu haklılaştırma, halk tarafından kabulünü yaygınlaştırma ve düzeni güvence altına almak içindir. Tüm siyasal iktidarlar, meşruiyetlerinin olduğu ve haklı bir şekilde devam ettiği hususunda dayanaklar ileri sürerler. Meşruiyetlerinin olmadığını belirten eleştirileri kabul etmeyerek bunların yüzeye çıkmasını engellemeye çalışırlar[74].

1.5.1. Meşruiyet Teorileri

Meşruluğun temellerini açıklamak amacıyla günümüze kadar birçok teori ileri sürülmüştür. Max Weber'in teorisi, teokratik ve demokratik teoriler bunlardan bazılarıdır. Bu teoriler hem değişik iktidar tiplerini hem de bunların temelini açıklama amacı gütmektedir. Çalışmanın niteliği gereğince ayrıntıya girilmeden bu konuda kısa açıklamalar yapılmakla yetinilecektir.

Tanrısal ve dinsel görüşlerine dayanan teokratik meşruluk teorilerinin günümüzde artık etkisinin zayıflamış olduğunu belirtilebilse de tamamen kaybolduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, Hitler zaman zaman *"Takdir-i İlahi'nin kendisini milletin başına Führer (önder) olarak getirdiğinden…"* söz ederek meşruiyetini sağlamlaştırmaya çalışmıştır. Bunlar da göstermektedir ki, günümüzde meşruiyetini halktan almayan yöneticiler, iktidarlarını meşru göstermek için bazen dinsel ve Tanrısal ögelerden yararlanmaktadırlar[75].

Teokratik teorilerin yavaş yavaş etkinliğini kaybetmesinin ardından, meşruiyet kaynağını dinsel temellerden ziyade toplumun içinde arayan yeni fikir akımları ortaya çıkmıştır. Siyasal iktidarın halk iradesine bağlı olması görüşü esasen yeni bir görüş olmayıp temelleri Antik Yunan'a kadar dayanmaktadır[76]. Fakat aydınlanma felsefesi ile demokrasi tekrar akli temeller ile açıklanmaya çalışılmıştır. Özellikle Jean-Jacques

---

73 Kapani, s. 97. Siyasal iktidara olan az bir güven onun meşru görüldüğü anlamına gelmemektedir. Bkz. Easton, David, A Re-Assessment of the Concept of Political Support, British Journal of Political Science, Cambridge University Press, Volume: 5, No: 4, 1975, s. 438.

74 Bu sistem kurgusunda meşruiyet ideolojik düzen inşasında dönüşebilmektedir. İdeolojiler kendilerini meşru göstermek için açık fikirlilik, bilimsel gerçeklik ve bütünleştiricilik iddiası içerisindedir. Ötekileştirme ise, siyasal iktidarın kendisi haricinde oluşabilecek iktidar kaynaklarının güçlenmesine engel olunarak kendi meşruiyetini güçlendirdiği bir araçtır. Bkz. Çetin, Meşruiyet, s. 71, 72.

75 Ball, s. 38 vd.; Göze, s. 48; Teziç, s. 96, 97.

76 Ball, s. 12 vd.; Göze, s. 48; Teziç, s. 96, 97.

Rousseau'nun düşünceleri 1789 Fransız İhtilali'nin oluşmasını tetikleyen milli egemenlik ve ona benzer bir kavram olan halk egemenliği[77] teorisine dayanmaktadır.

Max Weber otorite tiplerini başlıca geleneksel, karizmatik[78] ve yasal olmak üzere üçe ayırarak incelemiştir[79]. David Easton ise siyasi sistem ile çevre ilişkisinin unsurları girdiler ve çıktılar olmak üzere iki grupta incelemiştir[80]. Bunların haricinde de farklı şekillerde meşruiyet kavramı tanımlanıp açıklanmaya çalışılmıştır.

Bütün egemenlik teorilerinde olduğu gibi iktidarın meşruiyetinin kaynağı belirlenmesinin ardından bu kaynaktan çıkan bütün karar ve emirlerin sadece bu kaynaktan çıkmaları sebebiyle meşru oldukları ve dolayısıyla mutlak itaat ve saygı gerektirdikleri sonucuna varılır[81]. Bu çıkarım çok tehlikelidir. Hitler örneğinde olduğu gibi, seçimle iş başına gelmiş ve seçmen iradesinin çoğunluğunun tercih ettiği bir iktidarın sonrasında gerçekleştirdiği katliamlar bu tehlikeyi açık bir şekilde göstermektedir.

1.5.2. Hukukilik ve Meşruiyet

Meşruiyet kavramını pozitif hukuk ile bağdaştırıp pozitif hukuk kurallarına uyan bir siyasal iktidarın meşru olduğunu açıklayan bir görüş olmasına rağmen, meşruluğun hukukilik kavramından ayırt edilmesi önemlidir[82]. Zira hukuk kurallarının var olması her zaman meşruiyetin mevcut olduğunun bir kanıtı değildir[83]. Çünkü uygulanan hukuk

---

77 Uygun, Devlet Teorisi, s. 237 vd. Millet ve halk terimlerinin birbirinden farklı manalar taşıması teorileri açıklama hususunda önem arz etmektedir. Halk, belli bir dönemde birbirinden farklı özellikleriyle yaşamakta olan vatandaşları yani sosyolojik bir varlığı ifade eder. Millet ise belirli bir zamanda yaşayan vatandaşlar olmayıp geçmiş ve gelecek nesilleri de kapsayan manevi bir varlıktır. Yani millet, bir devlette yaşayan halk haricinde yaşamını kaybetmiş ve doğacak olan nesilleri de içermektedir. Bkz. Teziç, s. 100.

78 Hitlerin karizmatik bir lider olduğu ve halkı bu şekilde yönlendirebildiği açıktır. Fakat bunu yaparken hukuku da araç olarak kullanmıştır. Hitler, faaliyetlerini genel olarak hukuki temellere dayandırmıştır. Bu yüzden Nazi yönetimi, karizmatik bir otorite olmasına karşın hukuki bir meşruiyet çabasına girmesinden dolayı hukuki otorite olarak da incelenebilir.

79 Kapani, s. 99 vd.; Teziç, s. 107 vd.

80 Kapani, s. 104 vd.; Teziç, s. 109 vd.

81 Kapani, s. 89.

82 Coicaud, s. 46 vd.; Özenç, s. 204; Atay, s. 122. Meşruluğu hukukilik ile özdeşleştiren, yani hukukiliği meşruluğun yeter şartı sayan görüş, biçimsel hukuk devleti anlayışına sebep olur. Maddi hukuk devleti yaklaşımında ise, hukukilik genellikle meşruiyetin zorunlu, ancak tek başına yeterli olmayan şartı olarak görülmektedir. Bu anlayışa göre hukukilik asgari bir ölçüttür ancak yeterli değildir. Meşruluğun sağlanması için ayrıca insan haklarına uygunluk gibi kriterler de önemlidir. Bkz. Sancar, Mithat, "Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 85 vd.

83 Jhering, ilkel çağlarda kuvvetle hukukun birbiri yerine kullanıldığını iddia etmiştir. Hukukun bugün kazandığı anlam, uzun bir gelişimin ardından olmuştur. Bkz. Dikmen Caniklioğlu, Meltem, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 43.

normlarına her zaman meşruiyet atfedilmeyebilir. Örneğin, Nazi Almanya'sında gerçekleştirilen ağır insan hakkı ihlalleri, hukuk aracılığıyla yapılmıştır. Bu normların meşru görüldüğünü söylemek mümkün değildir[84].

Yöneticilerin hukuk kurallarına uymaları, yönetilenler gözünde meşru oldukları anlamına gelmez. Örneğin Carl Friedrich'e göre; Fransa'daki XVI. Louis'nin iktidarı hukukiydi, fakat toplumda meşruluğunu kaybetmiştir. Bazen ise bu durumun tam tersi geçerli olmaktadır. Yani hukuka aykırı davranılan bir rejimde yönetici meşru kabul edilmektedir[85].

Bir başka görüş ise, doğal hukuka uygun hareket eden iktidarın meşru olacağını açıklamaktadır[86]. Yani bir devlette pozitif hukuka uyulmasının nedeni, pozitif hukuk kurallarının ahlaka, adalete farklı bir ifadeyle doğal hukuka uygun olduğuna olan inançtır[87]. Fakat doğal hukuka uygun karar alan ve uygulayan devlet halk tarafından çoğunlukla meşru görülebileceği gibi, bunun her zaman bu şekilde olacağını belirtmek mümkün değildir. Adalete, doğal hukuka uygun davranan siyasal iktidarın da bazı zamanlar meşru kabul edilmeyerek değiştirilmesi talep edilebilir.

Hukukilik ile meşruluğu birbirinden tamamen koparmak da doğru değildir. Çünkü meşruiyet, tek başına hukukilik ile sağlanamasa da genellikle onun karinesi sayılmaktadır[88]. Meşruiyet ve hukukilik, doğru kuralın uygun şekilde uygulanması halinde aynı zamanda gerçekleşen ve birbirini tamamlayan süreçlerdir[89]. Günümüzde hukukilik olmadan meşruiyetin tesis edilmesi çok zordur. Ayrıca hukuka uygun

---

84 Coicaud, s. 46 vd.; Atay, s. 122. Yasa, meşruiyet sağlamak için kendisine başvurulan haklı ve adil kurallardır. "*Yasa*" olarak adlandırılan kural da ancak bu özelliği taşıması şartı ile meşruiyet değeri kazanır. Ayrıca yasanın meşruiyeti, ahlakiliğiyle sıkı ilişki içerisindedir. Hukuk etik değerleri içeren yasalar külliyatıdır. Bkz. Dikmen Caniklioğlu, s. 42, 43. Dönemin koşulları içerisinde çok adaletsiz olan normları uygulayan bir iktidar meşru olarak kabul edilebilir. Fakat meşruiyet somut olarak belirlenebilir bir kavram olmaması sebebiyle meşru olmayan bir iktidarda kendini çeşitli araçlarla meşru olarak gösterebilir. Halkın ise korku ve baskı gibi ögelerle bu iktidara itaat etmek zorunda kaldığı durumlar mevcuttur.

85 Dikmen Caniklioğlu, s. 40. Gönenç, Levent, Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 50, 2001, s. 134, 135. Diktatörlüklerde, diktatörün emir ve iradesi yasa şeklinde değerlendirilebilir. Ancak halk bu emirleri uygulasa da diktatör rejimi her zaman meşru bir iktidar olarak kabul ettiği anlamına gelmez. Bkz. Kapani, s. 92, 93.

86 Atay, s. 135. Schmitt, Carl, Kanunilik ve Meşruiyet, Çeviren: Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2016. s. 5. Littré sözlüğü meşru olan ile hukukilik arasındaki farklılığı şu şekilde açıklamıştır; *"Yasaya uygun olan hukukidir. Hakkaniyete uygun olan meşrudur. Yasayı ihlal eden hiçbir zaman hukuki olamaz, ancak şartlar gereğince meşru olabilir."* Bkz. Atay, s. 135.

87 Dikmen Caniklioğlu, s. 44, 45.

88 Kapani, s. 93.

89 Dikmen Caniklioğlu, s. 45.

davranmayan bir siyasal iktidarın meşru kabul edilmesi de yanlıştır[90]. Fakat hukukiliği meşruiyetin tek şartı olarak belirtmek de mümkün değildir[91].

1.5.3. Meşruiyetin Değerlendirilmesi

Evrensel geçerliliği olan, tek, mutlak bir meşruluk anlayışı veya ölçütü yoktur. Meşruluk somut şartlar çerçevesinde zamana ve mekâna göre değişiklik gösteren bir kavramdır. Bundan dolayı somut olarak tek bir meşruluktan değil, değişik meşruluk tiplerinden bahsetmek daha doğrudur[92].

Meşruiyetin objektif bir kriter ile belirlenmesi zordur. Objektifliğe en yakın kriter olan hukukilik dahi meşruluğu tespit etmek de yetersizdir. Meşruluk, hukuk alanını aşan bir kavram olması sebebiyle açıklanması için ideolojik ve politik ölçütlerden yardım alınması gerekir. Fakat bu ölçütler de objektiflikten ziyade, subjektif olacaktır. Her ideolojinin kendine münhasır meşruluk anlayışı ve ideal rejim tipi mevcuttur. Bu ideale yaklaşanlar meşru onun dışındakiler ise gayri meşru kabul edilir. Bu yüzden meşruluk ölçüsü, benimsenecek olan ideolojiye göre değişecektir[93].

Meşruluk, siyasal iktidarların çok değer verdiği bir kavramdır. Yönetilenler siyasal iktidarın meşruluğuna inandıkları ölçüde onun kararlarına uyma eğilimi gösterirler. Bu durumda, iktidar sınırlı hallerde zora başvurma gereği duymaksızın itaati sağlamış olacaktır. Aksi takdirde yönetilenler arasında iktidarın meşruluğuna olan inancın zayıflaması durumunda halkın onun emirlerine kendiliğinden uyma eğilimi düşük olacaktır. Düşük meşruluğa sahip iktidarlar, yapısal olarak istikrarsız ve köksüz olmaktadır. Bunlar ciddi bir kriz ile karşılaştıkları zaman çökme ve çözülme tehlikesiyle karşı karşıya kalırlar. Halkın itaatini sağlamak için ise siyasal iktidar fiziki kuvvete ve şiddete başvuracaktır[94].

---

90 Sancar, s. 87; Kapani, s. 93. Hukuk kurallarını daimi olarak ihlal eden bir siyasal iktidarı halkın meşru görmesi halinde bu devlette ne hukuki güvenlikten ne de adaletten söz edilebilir.

91 Almanya'da II. Dünya Savaşı ve Nazizmin ülkeye verdiği zararların ardından hukuk devletinin yasalara uygun davranmak olarak kabul edilen içeriği değişmeye başlamıştır. Yeni anlayışa göre hukuk devletinin yasallığı meşruluğun yerini tutmamaktadır. Günümüzde, yasanın hukuk devletini sadece hukuki güvenlik ve önceden bilinebilirlik ilkelerine indirgemenin yasanın içeriğinin boşatılmasına ve formülleştirilmesine sebep olması sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz. Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti", Hukuk Devleti, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, Afa Yayıncılık, Sayı: 4, İstanbul 1998, s. 23.

92 Kapani, s. 95.

93 Kapani, s. 94.

94 Daver, s. 110 vd.; Kapani, s. 94 vd. Meşruluk konusunda zaferin, fiili durumun ve başarının önemi büyüktür. Haklı olduğu ileri sürülse dahi devrilen, savaş kaybeden veya başarısızlığa uğrayan bir liderin haklı ve meşru olduğunu kabul ettirebilmesi çok güçtür. Bkz. Daver, s. 112.

Görüldüğü üzere meşruluk yönetimi sağlamlaştıran, kolaylaştıran onu daha etkili ve istikrarlı kılan bir etkendir. Bundan dolayı da iktidar sahipleri iktidarlarının halk arasında meşru olduğu inancını yaymaya çalışır. Geçmişten günümüze kadar bu yöntemlerde değişiklikler olmuştur[95]. Modern totaliter sistemler, yerleşmiş meşruluk kalıplarına uymaktan ziyade toplumda hâkim olan inancı değiştirmek ve kendi ideolojilerine uygun yeni bir meşruluk inancı yaymak gayesini güderler. Bunu da propaganda, eğitim, doktrin aşılama vb. yollarla yapabilirler[96]. Siyasal iktidarın meşruiyet sağlama yollarından bazıları; iktidarın bilimsel temellerle haklılaştırılması, sistematik bir şekilde fikirlerin, ilkelerin ve ideolojilerin üretilip topluma dayatılmasıdır. Tutarlı bir modelle tüm düşünce sistemleri, değerler tekleştirilerek halkın düşünce sisteminde entegrasyon sağlanmış olur[97]. Hukuk da meşruluk sağlama yollarından biridir. Siyasal iktidarlar yasalara uygun olarak icraatlarda bulunduklarını belirterek meşruiyetini sağlamlaştırmaya çalışmışlardır.

1.6. Yargı ve Siyasal İktidar İlişkisi

Siyasal iktidar kavramı bazı görüşlere göre, sadece yürütme organını ifade etmektedir[98]. Fakat bu görüş esas alındığı takdirde, siyasal iktidar kavramının içeriği daralmaktadır. Gerçekten günümüzde yaygın kurumsallaşmış siyasal iktidar yapısı olan devlettin faaliyet alanını sadece yürütmeyle sınırlandırmak mümkün değildir. Yasama, yürütme ve yargı erkleri bir bütün olarak devletin içerisindedir. Fakat gücün tek bir elde toplanmasının ortaya çıkaracağı sorunlar, geçmişten günümüze kadar daima tehlike arz etmiş ve bunu engelleyici teoriler ileri sürülmüştür.

Kamu hizmetlerinin iyi işleyebilmesi, devlet tarafından kişi hak ve hürriyetlerine saygılı olunması için yasama, yürütme ve yargı olmak üzere çeşitli devlet fonksiyonlarının belli bağımsızlığı olan organlar tarafından kullanılması klasik olarak kuvvetler ayrılığı olarak tanımlanabilir[99]. Kuvvetler ayrılığı teorisi rejimlerin

---

95 Orta Çağ'da meşruiyetini güçlendirmek isteyen yöneticiler, papadan taç giyerek dini iktidarın da desteğini aldıklarını göstermektelerdir. Bkz. Göze, s. 87. Günümüzde ise iktidarı darbe ile ele geçiren yönetimler, en azından şekli olarak halkın desteğini almak maksadıyla referandum ve plebisit gibi yollara başvurmaktalardır. Bkz. Kapani, s. 96.

96 Daver, s. 111; Kapani, s. 96, 97.

97 Çetin, Meşruiyet, s. 71.

98 Bulut, s. 22.

99 Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 18; Teziç, s. 408; Akgül, Emin Mehmet, Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/4, s. 81. Belirtildiği üzere yargı bir devlet fonksiyonudur fakat kişi hak ve özgürlüklerini korumak adına bağımsız ve tarafsız bir organa verilmiştir.

sınırlandırılması için mihenk taşı olmuştur. 19. yüzyılda birçok devlet, anayasalarını oluştururken bu teoriden yararlanmış ve siyasal iktidarın gücü bu şekilde sınırlandırılmaya çalışılmıştır.

Kuvvetler ayrılığı teorisi, dönem şartlarına göre mutlak monarşileri sınırlamak adına çok işlevsel bir teoridir. Fakat günümüz siyasi gerçeklerine uyum sağlamakta güçlük çekmiştir. Özellikle ilk ortaya atıldığı çağda siyasi partilerin mevcut olmayışı teorinin şu anki siyasal düzene cevap veremeyişinin en önemli nedeni olarak gösterilmektedir[100]. Bunun haricinde farklı rejimler ve sistemlerde de kuvvetler ayrılığı teorisine değişik eleştiriler getirilmektedir[101].

Yasama ve yürütme organları birçok devlette birbiriyle sıkı ilişki ve iletişim halindedir. Parlamenter sistemlerde yürütmenin aynı zamanda yasamanın da üyesi olması bu iş birliğini açıkça göstermektedir. Ayrıca, kuvvetler ayrılığı ilkesinin nispeten sert olduğu başkanlık sisteminde dahi anayasanın öngördüğü yasama ve yürütme arasındaki katı ayrılık, süreç içerisinde asgari bir iş birliği mekanizması oluşturmuştur. Fakat yargının konumu, yasama ve yürütmeden farklıdır. Ancak bağımsız ve tarafsız olan yargıçlar aracılığıyla gerçek manada adalet sağlanabilir[102].

Yargı organının dengeyi koruyacak bir denetim yapması ise şüphesiz bağımsız bir organ olduğu konusunda herhangi bir şüphenin olmaması şartıyla doğrudan ilgili olan bir konudur[103]. Fakat yargının uyguladığı yasaların da yasama makamınca hazırlandığını unutmamak gerekir[104]. Esasında yargı da gerek çalışanlarının özlük hakları hususunda gerekse uyguladığı yasalar hususunda devletin kurumlarıyla

---

100 Günümüzde, siyasi hayata yön veren genellikle siyasi partiler olmakta kurumlar, bunlara sadece biçimsel bir çerçeve hazırlamaktadır. Bkz. Gönenç, s. 138; Teziç s. 414.

101 Kuvvetler ayrılığı teorisine getirilen eleştiriler için bkz. Teziç, s. 413, 414; Özbudun, Ergun, Türk Anaysa Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 186.

102 Akgül, s. 85 vd.; Teziç, s. 420, 442.

103 Akgül, s. 98. Aksi görüş için bkz. Özbudun, s. 376. Yargının yasama ve yürütme organlarından ayrı, bağımsız bir kuvvet olup olmadığı tartışmalıdır. Yargının bir kuvvet olarak tamamen yasama ve yürütmeden ayrılması gerektiğini savunan bir görüş olduğu gibi; başka bir görüşe göre ise, bir devlette yasaları yapan ve bunları uygulayan olmak üzere iki kuvvet vardır. Yargı ise, bir uyuşmazlık dolayısıyla yasaların uygulanmasından ibarettir. Bundan dolayı yargı fonksiyonu da yürütmenin bir unsuru ve bunun bir parçasıdır. Hatta bazı yazarlara göre, yargının gerçek anlamda bağımsız olması ancak egemenliğin tek ve gerçek sahibi olan halk tarafından seçilmesi şartıyla gerçekleşir.

104 Devlet belirli bir hedefe ulaşabilmek için, hukuki işlemler koyarak hukukta değişikliklere sebep olur. Yani devlet hukuk kurallarını oluşturur, bildirir ve kaldırır. Yargı organı ise bu kuralları uygulamakla görevli olduğu için devletin diğer organları ile ilişki içerisindedirler. Bkz. Özbudun, s. 187.

yakından ilişkilidir[105]. Kaldı ki siyasal iktidar ile özleştirilen yürütme organı dahi düzenleyici işlemleri ile hukuk dünyasında düzenlemeler yapabilmektedir[106]. Fakat siyasal iktidarının yargıyla olan ilişkisi yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığına engel teşkil etmemelidir.

Özbudun'a göre, üçüncü bir kuvvet olarak yargının olup olmadığı konusunda hangi sonuca ulaşılırsa ulaşılsın, bu tartışma yargıçların bağımsızlığı sorunu ile ilişkili değildir. Yargıçların bağımsızlığı hukuk devletinin vazgeçilmez bir sonucudur. Yazara göre, yargıçların bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı teorisinin bir sonucu olmamakla birlikte diğer kuvvetlerden ayrı bir yargı kuvvetinin varlığını da bağlı değildir[107].

Sonuç olarak yargı mensupları karar verirken bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını engelleyecek tutumlara izin vermemelidir. Siyasal iktidarın gücü artıkça yargıyı etkilemek için sahip olduğu gücün arttığı düşünülebilir. Fakat devletin bir organı olan yargı, belirli noktalarda devletin diğer organları ile ilişki içerisinde olsa dahi bu bağlantılar karar sürecinde etkili olmamalıdır. Aksi takdirde yargıçlar bağımsızlığını ve tarafsızlığını yitirir. Bunun sonucunda başta yargıya olan güven azalmakla birlikte ilerleyen dönemlerde siyasal iktidarın meşruiyetine olan inanç da kaybolabilir.

1.7. Yasama ve Siyasal İktidar İlişkisi

Daha önce belirtildiği gibi, yasama organı ile siyasal iktidar birbirleriyle sıkı bir ilişki içerisinde olduğu için bu iki kurumu birbirlerinin yerine kullanan yazarlar da mevcuttur. Hukukun yasama organı tarafından yapıldığı her durumda halkın sorgulamadan bu yasalara itaat etmesi, yasamanın bu yetkisini bazı durumlarda kötü kullanmasına sebep olabilir. Günümüzde yönetmek kavramı, yasa yapmayla eş anlamlı hale gelmektedir[108]. Bu şekilde çok ve kontrolsüzce yapılan yasalar yeni hukuki düzende hukukun değerini düşürebilmektedir[109].

---

105 Modern politik sistemlerde yasaları koyanlar ile onları uygulayanlar arasında sert bir sınır çekmek zorlaşmaktadır. Bkz. Ball, s. 186.

106 Anayasamızda belirlenen sınırlı konularda olmak üzere, yürütme organı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkartarak hukuk dünyasında değişiklikler yapabilmektedir.

107 Özbudun, s. 376, 377.

108 Yasa biçimsel olarak yasama organı tarafından yürürlüğe koyulsa dahi esasen tüm devlet mekanizmasının eseridir. Bkz. Hirsch, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Baskı, Ankara 2001, s. 205.

109 Dikmen, Caniklioğlu, s. 41. Sartori'ye göre hukukun yasama organınca oluşturulması birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, yasa koyucular bu süreci yasa yapma çılgınlığına çevirebilmeleridir. Her bir meclisle birlikte sayıları binlerce artan yasalar ile gelecek

Mill'e göre de hukuk genellikle her şeye kadir bir yasama aracı olarak görülmektedir. Nazi döneminde de tüm ülke hukuk ve diğer vasıtalar aracılığıyla kana susamış bir haydut çetesine dönüşmüştür. Mill, hukuki cezalar şeklinde görünüme bürünen fiziksel gücün insanları geliştirmek için doğrudan bir araç olarak kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir[110].

Diğer taraftan *"kadavra itaati"* olarak adlandırılan etik olarak haklı görülemeyecek yasa kurallarına karşı gösterilen körü körüne itaat, adaletsiz yasaların şekli olarak doğru ve alışılagelmiş biçimde koyan iktidarın meşruiyetine olan inancın bir sonucu olduğu söylenebilir. Demek ki kanunilik meşruiyet inancının asıl kaynağı değildir, aksine kendisi de kendi açısından meşrulaştırılmaya muhtaçtır[111].

Adil yasa[112] oluşturma sorunu hukuk dışı olarak değerlendirilip yasayı oluştururken sadece hukuki ögelerden yararlanılması ise meşruluk sorununu yasallığı daha doğru bir ifadeyle salt biçimsel yasallığa dönüşmektedir[113]. Bu yüzden iktidar yasaları, şekli hukukilik görüntüsü ardında gizlenmek için kullanabilir. Fakat asıl önemli olan husus yasaların adalete uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasıdır. Aksi takdirde adaletsiz olsa da her yasayı uygulamak hukuk devletinden uzaklaşıp bir kanun devleti oluşmasına yol açacaktır.

1.8. Adaletsiz Bir Siyasal İktidar: Nazi Rejimi Örneği

Nazi rejimi, siyasal iktidarın zor ve kuvvet kullanma tekeli gibi olumsuz niteliklerini içerisinde barındıran belki de en adaletsiz rejimlerden birisidir. Bunun yanı sıra bu adaletsizliklere karşı isyan etmeyen halk ise itaat göstererek siyasal iktidarın başka bir niteliği olan itaatin sağlanmasına yardımcı olmaktadır. Siyasal iktidar

kuşakların üstesinden gelme zorluğunun yanı sıra yasa enflasyonu yasaların değerini düşürmektedir. Yani Sartori'ye göre; yasa yoluyla yönetim, uzun dönemde verimsiz sonuçlar doğurabilmektedir. Bir diğer sakınca da hukukun niteliğiyle alakalıdır. Hukukun değeri, yasaların fazla olmasının yanı sıra niteliğinin zayıf olması sebebiyle de azalabilmektedir. Bkz. Sartori, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çeviren: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Sentez Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 396.

110 Fuller, Lon L., Hukukun Ahlakı, Çeviren: Engin Arıkan, Tekin Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 202, 203.

111 Hirsch, İktidar, s. 303.

112 Roma hukukunda hak ve hukuk (*ius*) aynı anlamdadır. Yani yasa bir egemen tarafından konan kural (*iussum*) olarak düşünülmemekte, topluluğun adalet duygusunu (iustum) belirten ve somutlaştıran kural olarak düşünülmekteydi. Bkz. Sartori, s. 393. Bilimsel terminolojide, hak ve hukuk kavramları arzu edilen tek anlama ve kararlılığa henüz ulaşamamıştır. Gerçi hukuk kavramı, bazı eski yasalarda olduğu gibi haklar manasıyla kullanılmadığı gibi hak kelimesi de yasa deyimi yerine kullanılmamaktadır. Hak deyimi subjektif, hukuk kavramı ise objektif anlamda kullanılmaktadır. Bkz. Hirsch, Hukuk Felsefesi, s. 101.

113 Sartori, s. 397.

kavramının ve niteliklerinin değerlendirilmesinin ardından somut olarak bir örneğinin incelenmesi faydalı olacaktır. Kuşkusuz bu örneklendirme, siyasal iktidarın veya devletin olumsuz bir kavramla[114] özdeşleşmesi için yapılmamaktadır. Radbruch formülünün uygulanması gerektiği haksızlık rejimlerine en uygun siyasal iktidar örneği olması sebebiyle çalışma kapsamında ele alınacaktır.

Nazi rejiminin incelenmesi, siyasal iktidarın bir örneği olmasının yanı sıra ikinci bölümde açıklanacak olan Radbruch formülünün doğuşunda da önem teşkil eder. Radbruch, bu formülü Nazi rejiminin adaletsiz yasaları ve uygulamalarının ardından oluşturmuştur. Bu sayede formülün oluşturulduğu dönem koşullarına da ışık tutulmuş olacaktır.

1.8.1. Nazizimin Teorik Temelleri

Nazizim başka bir ifadeyle Nasyonal Sosyalizm, Dünya Savaşları arasında Almanya'da gelişen ırkçı, totaliter bir siyasi akımdır. Faşizmin Almanya'daki uygulaması olarak da görülen akım, devletten ziyade ırka yaptığı vurgu ile faşizmden ayrılmaktadır[115].

Faşizmin benzer bir pratiği olan Nazizmin oluşmasında farklı düşünülerin görüşleri etkili olmuştur. Düşünürlerin amacı faşist bir ideolojiye hizmet etmek olmasa da düşünceleri bu rejimin felsefi temellerini oluşturmuştur. İlk olarak Fichte, Avrupa'da farklı ülkelerde yaşayan Almanların birleşerek büyük bir Alman devleti kurması gerektiğini savunmuştur. Ona göre, ulus, devletten önce gelmektedir ve ancak devlet, ulusu bütünüyle kapsadığı takdirde mükemmel ve tam bir devlet olur. Bu mükemmel devleti ancak Alman ırkının kurabileceğini belirtmiştir. Fichte'nin önerdiği ütopik devlet; bireyselliğe karşı, otoriter ve ekonomik olarak da bağımsız olacaktır. Ayrıca eğitime[116] büyük önem veren Fichte, mükemmel olarak eğitilmeye yatkın tek ırkın Almanlar olduğunu belirtmiştir[117].

---

114 İktidarın iyi veya kötü olduğunu iddia etmek elektriğin, ısının, atomun parçalamasından doğan gücün iyi veya kötü olduğunu belirtmek kadar anlamsızdır. Bu nitelemeler, iktidar araçlarının kullanım çeşidi ve tarzı veya iktidar araçlarının ulaşmak için yararlandığı hedefler için kullanılır. İyi ve kötü etik kavramlardır. Bkz. Hirsch, İktidar, s. 304, 305.

115 Göze, s. 367 vd.; Çetin, Halis, Çağdaş Siyasal Akımlar, Orion Kitapevi, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 158 vd.

116 Benzer görüşlere sahip olan Hitler, hiçbir Alman gencinin kanının saflığının milleti için gerekli olduğunu anlamadan eğitimine son verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Hitler, Adolf, Kavgam, Çeviren: Selman Uğurlu, Berre Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 401.

117 Çetin, Siyasal Akımlar, s. 176, 177.

Güçlü ve mükemmel Alman devletini savunan bir diğer düşünür de Hegel'dir. Hegel bunun gerçekleştirilebilmesinin ise organik bir devlet ile mümkün olacağını savunmuştur. Hegel bu devleti *"düşüncenin en yüksek derecesi, ahlakiliğin en üst ve aklın en mükemmel belirtisi"* olarak tanımlamıştır. Hegel'in organik devletinde kişilerin iradelerinin ve çıkarlarının herhangi bir önemi yoktur. Kişi gerçek varlığına organik devletin bir parçası olarak ulaşabilecektir[118]. Ona göre, gerçek özgürlüğün devletin mutlak özgürlüğü olduğu, halkın devlete uymasının ise bireyin özgürlüğünü sağlayacağını belirtmiştir[119]. Faşizmin, devleti her şeyin üstünde tutan görüşlerinin temelinde bu düşünceler vardır.

Houston Stewart Chamberlain ise, Alman ırkının üstünlüğünü savunan İngiliz kökenli bir düşünürdür. 19. Yüzyılın Temelleri (Foundations of the Nineteenth Century) adlı eseriyle Nazileri ve Hitler'i çok etkilemiştir. En üstün ırkın Almanların olduğunu belirterek Yahudilerin fiziki, ahlaki ve ruhsal açıdan bozuk olduğunu söylemiştir[120].

Joseph Arthur Gobineau en gelişmiş ırkı *"ari"* olarak adlandırdığı beyaz halklar olduğunu belirtmiştir. İnsan Irklarının Eşitsizliği Üzerine Deneme isimli eserinde ırk hiyerarşisi olduğunu belirtip bunu açıklamaya çalışmıştır. Yazara göre, Yahudiler yaratıcı zekaya sahip değillerdir[121]. Bunların haricinde Charles Darwin, Carl Schmitt gibi düşünürlerin de Nasyonal Sosyalist rejim kurulurken görüşlerinden yararlanıldığı belirtilebilir[122].

1.8.2. Nazi Rejiminin İktidara Gelişi

Almanya'da 1919 Weimar Anayasası ile ilk kez demokratik denemesine geçilmiş olup parlamenter ve başkanlık sistemi arasında bir siyasal rejim kurulmuştur. Fakat nisbi temsil sistemi, siyasal güçlerin dağılmasını hızlandırmıştır. Mecliste güçlü bir çoğunluk sağlanamamış olup koalisyon hükümetleri kurulmuştur[123].

1930 dünya ekonomik krizine kadar sistem mevcudiyetini bu şekilde sürdürmüştür. Kriz döneminde ise olumsuzlukların atlatılabilmesi için başbakan

---

118 Göze, s. 262 vd.; Çetin, Siyasal Akımlar, s. 174, 175.

119 Mussolini'nin İtalyan ansiklopedisinde faşizmin karşılığı olarak yazdığı *"Gerçek tek özgürlükten, devletin özgürlüğünden yanadır, bireyin devlet içinde özgürlüğünden yanadır."* ifadeleri Hegel'in düşüncelerinden etkilenilerek oluşmuştur. Bkz. Çetin, Siyasal Akımlar, s. 175.

120 Heywood, Andrew, Siyasi İdeolojiler, Çevirenler: Ahmet K. Bayram, Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç vd., Adres Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 228.

121 Heywood, s. 228.

122 Çetin, Siyasal Akımlar, s. 178 vd.

123 Göze, s. 368; Çetin, Siyasal Akımlar, s. 182.

kararnamelerle meclisten yönetim yetkisini almıştır[124]. Bu süreç içerisinde partiler arası mücadele başlamış ve bunlar silahlı sokak çatışmalarına dönüşmüştür. 1932 yılında bu karmaşa ortamında Almanya'da yapılan seçimlerde Naziler başarı sağlamışlardır, fakat meclisin çoğunluğunu elde edememişlerdir. Dönemin başbakanın sürekli olarak meclisi feshetmesi, iç çatışmalar ve kargaşa ortamının doğurduğu bunalımlar sonucunda Adolf Hitler[125] 30 Ocak 1933'te Başbakanlığa getirilmiştir[126].

Hitler başbakan olduğunda on bir bakanlıktan yalnızca üçünü kazanabilen partisi, hükümette azınlıktadır. 1933'te çıkan Reichstag yangını[127] neticesinde Hitler, komünistleri tutuklamış ve yetkilerini genişleten bir kararname yayınlamıştır. 5 Mart 1933 seçimlerinde ise partisi oyların yüzde kırk dördünü alarak birinci parti olarak seçilmiştir[128]. Hitler 24 Mart 1933'te *"Yetki Yasası"* çıkartarak yasa yapma, bütçeyi denetleme, anayasada değişiklik yapma, diğer devletlerle yapılan anlaşmaların onaylanması gibi yetkileri parlamentonun elinden alarak dört yıl boyunca kabineye devretmiştir. Bunun sonucunda Almanya'da demokrasi son bulup diktatörlük dönemi[129] başlamış olur. Kısa bir süre sonra diğer partileri kapatılarak Nasyonal Sosyalistler tek siyasal parti olur. Bunların haricinde sendikaların kapatılması ve toplu sözleşmelerin yasaklaması, toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi temel hak ve özgürlüklerin süresiz olarak askıya alınması da Nazi rejimi döneminde gerçekleşmiştir[130].

Yasaklamalar bunlarla sınırlı kalmayıp hem belirli gruplar hedef gösterilerek hem de muhalif görüşlerin oluşması engellenerek adaletsiz bir siyasal iktidar kurulmuştur. Meclis Hitler'in emirlerine her daim uymuş ve isteklerini

---

124 Gregor, Neil, Nazism, Oxford University Press, 1. Edition, New York 2000, s. 66; 115 vd.

125 1889 yılında Almanya- Avusturya sınırında doğan Adolf Hitler 15 yaşında ailesini kaybettikten sonra Viyana'ya gitmiştir. Viyana'da açlık, yoksulluk gibi çeşitli güçlüklerle karşılaşan Hitler, Alman ulusunu tehdit eden iki tehlikenin Yahudiler ve Marksizm olduğuna inanır. 1919'da Münih'e dönmüş ve yeni bir parti kurma girişimlerine başlamıştır. Bu amacını gerçekleştirmek için Alman İşçi Partisi'ne girerek partiyi yeniden örgütlemiş ve partinin ismini "*Alman Nasyonal İşçi Partisi*" olarak değiştirmiştir. 1923'te düzenlediği bir yürüyüşte tutuklanır ve hapse atılır. Bu süreç içerisinde Kavgam *(Mein Kampf)* adlı kitabını yazar. Hapisten çıktıktan sonra partiyi tekrar örgütleyip adeta devlet içerisinde bir devlet kurmuştur. Bkz. Göze, s. 371.

126 Gregor, s. 93; Göze, s. 368; Çetin, Siyasal Akımlar, s. 182.

127 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fischer, Ernst Peter, Leipzig Duruşması, Çeviren: Bülent Habora/ Nedim Sel, Yar Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1995.

128 Gregor, s. 294; Naziler iktidara gelir gelmez ilan etikleri olağanüstü hali iktidar süresince hiçbir zaman kaldırmamışlardır. Bu şekilde olağanüstü hal, gündelik hayatın olağanına dönüşmüştür. Bkz. Agamben, Giorgio, Auschwitz'den Artakalanlar, Çeviren: Ali İhsan Başgül, Bağımsız Kitaplar, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 49.

129 Demokrasiyle seçilen bir partinin bunu kullanarak diktatörlüğe evrilmesi önemlidir. Demokrasinin de araç olarak kullanılabileceği hakkındaki görüşler ilerleyen bölümlerde yer verileceği için burada ayrıntılı olarak açıklanmayacaktır.

130 Özenç, s. 242, 243; Göze, s. 372.

yasallaştırmıştır[131]. On iki yıl süren diktatör rejim döneminde milyonlarca kişi öldürülmüştür. 1945 yılına kadar iktidarda kalan Hitler II. Dünya savaşını kaybetmesinin ardından intihar ederek hayatına son vermiştir[132].

1.8.3. Nazi Rejiminin Adaletsiz Yasaları ve Uygulamaları

Tarihteki en vahşi katliamlardan birine sebep olan Hitler, büyük bir insanlık suçu işlemiştir. Fakat Hitler bu vahşi katliama, iktidara gelmesinin ardından hemen başlamamıştır. İlk olarak antisemitizm[133] (Yahudi karşıtlığı) propagandası yapılarak halkın yasalara ve uygulamalara karşı hazır hale gelmesi sağlanmıştır. Bu propagandalar neticesinde Almanlar, Yahudilerin kendilerine karşı ihanet içerisinde olduklarına inanmıştır[134]. Bunun sonucunda toplumsal temelleri atılan düşüncelerini faaliyete geçirmek için gerekli yasal düzenlemeleri yapmışlardır. Ayrıca Hitler'in ayrımcılık uyguladığı tek kesim Yahudiler olmayıp Çingeneler, engelliler vb. bu haksızlık rejiminin mağdurları olmuşlardır.

1.8.3.1. Antisemitik Yasalar

Hukuk profesörü ve Nazi partisinin kurucularından olan Helmut Nicolia, Almanya'nın yeniden inşasında kullanılacak Irkçı Yasaların Doktrini *(Rassengesetzliche Rechtslehre)* isimli kitabını 1932 yılında çıkarmıştır. Bu kitabında Nicolia, yasal politikanın en önemli görevinin ırkı lekeleyen şeylerle mücadele olduğunu belirtip yasaların, yönettiği kişilerin ırksal ruhundan doğduğunu söylemiştir[135].

---

131 Nazi döneminin ilk altı ayında meclisten sadece dokuz adet yasa çıkarılmış daha sonraki dönemde ise sayıları artan yasa gücündeki düzenlemeler, hükümetçe hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur. Bu şekilde oluşturulan yasa olarak adlandırılan düzenlemelerin alışılmadık kısalıkları, açıklıkta yoksun ve içeriklerinin belirsiz oluşu, yargısal kontrollerini fiilen anlamsızlaştırmaktadır. Bu özellikler ayrıca yürütme organının takdir yetkisini nerdeyse sınırsız hale getirmiştir. Bkz. Özenç, s. 243.

132 Çetin, Siyasal Akımlar, s. 182 vd.; Göze, 368 vd.

133 Antisemitizm, Hristiyanlığın başlangıcından itibaren, özellikle Doğu- Avrupa siyasetini belirleyen önemli bir öge olmuştur. Bu görüşün temeli esas olarak teolojiktir. Yahudiler İsa'nın öldürülmesinden sorumlu olarak görülmüştür. Hristiyanlığa geçmeyerek de hem Tanrı'nın büyüklüğünü reddettikleri hem de ölümsüz ruhları tehlikeye attıkları düşünülmektedir. Yahudilerle kötülüğün ayın anlamda kullanılması Nazi döneminin oluşturduğu yeni bir durum olmayıp Orta Çağ'a kadar uzanmaktadır. Bkz. Heywood, s. 229.

134 Crew, David F., Hitler and the Nazis- A History in Documents, Oxford University Press, New York 2005, s. 70; Ruhi, Muhammet Emin, Adolf Hitler ve Nazizim Alman Faşizmi ve Yahudi Soykırımı, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 125.

135 Müller, Ingo, Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich, Translated: Deborah Lucas Schneider, Harvard University Press, 1. Edition, Cambridge Massachusetts 1991, s. 90.

Nazilerin önde gelen ideologlarından Alfred Rosenberg ise Almanya'da ırkçı görüşlerin ve yasaların oluşmasına temel oluşturacak 1930 yılında çıkardığı 20. Yüzyılın Efsanesi *(Der Mythos des zwanzigsten Jahrhunderts)* adlı çalışmasında Almanlar ve Yahudiler arasındaki evliliklerin yasaklanması gerektiğini belirtmiştir[136]. Bu ırkçı görüşler çerçevesinde kurulan Nazi rejiminin, iktidarı ele geçirilmesinin ardından ilk defa 1933 yılının Eylül ayında düzenlediği yıllık hukuk profesörleri konferansının gündemini genel olarak ırksal yasalar oluşturmuştur[137].

Antisemitik yasalardan ilki, 7 Nisan 1933'te yürürlüğe giren Devlet Memurluğu Mesleğinin İhyasına Dair Yasa'nın (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*) 3. maddesi, saf Alman kökenli olmayan devlet memurlarının derhal emekliye sevk edilmeleri gerektiğini belirtmekteydi[138]. Bahsi geçen yasadan dört gün sonra, hayata geçirilen diğer bir yasal düzenleme ise "*Aryan*"[139] kelimesini daha net bir şekilde açıklıyordu. Bu düzenleme ise şu şekildedir;

(1) Aryan olmayan, bilhassa Yahudi anne babadan veya büyük annebabadan-bir soydan gelenler Aryan olarak sayılmaz. Bunun için anne-babanın veya büyük anne-babanın bir kısmının Aryan olmaması yeterlidir. Bu, özellikle anne-babanın veya büyük anne-babanın bir kısmının Yahudi dinine mensup olması durumunda geçerlidir.

(2) Eğer bir devlet memuru 1 Ağustos 1914 evvelinde memur olmamış ise, Aryan kökenli veya dünya savaşında gazi, oğul veya babadan birinin şehit olduğunu ispatlamak zorundadır. İspat, belgenin (ailenin evlilik-doğum veya askerlik belgeleri) ibrazı ile yapılır. Bu düzenlemeye rağmen eğer kişinin Aryanlığı tespit edilemeyip kuşku duyulursa İçişleri Bakanlığı'nın Irkçılık masasından bilirkişi raporunun alınması zorunlu hale getirilmiştir[140].

---

136 Müller, s. 90.

137 Müller, s. 90. Bu konferansta Tübingen Üniversitesinde görev yapan özel hukuk Profesörü Heinrich Stoll; yasa kavramının ırk ile yakından ilişki içerisinde olduğunu belirterek yasanın insanın değil Tanrının kutsal bir emri olduğunu söylemiştir. Bkz. Müller, s. 90.

138 Devlet Memurluğu Mesleğinin İhyasına Dair Yasa'nın 3. maddesi şu şekildedir; *"Aryan olmayan memurlar emekliye sevk edilir.*" Bkz. http://www.verfassungen.de/de/de33-45/beamte33-v1.htm'den aktaran Asker, Ahmet, Nazi Irk Tasnifinde Türkler ve Ortadoğu Halkları, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 25, 2012, s. 82.

139 Hitler dünyadaki ırkları üçe ayırmıştır. Bunlardan ilki Herrenwolk olarak da isimlendirilen Arilerdir. Ari ırkın sanat, müzik, felsefe ve siyaset alanında tüm yenilikleri gerçekleştirmektelerdir. İkinci sınıf, Almanların icatlarından ve fikirlerinden yararlanabilen ancak yaratıcılıktan yoksun olan kültür taşıyıcılarıdır. Üçüncü grubu ise kötülüğün temsilcisi Yahudiler oluşturmaktadır. Bkz. Heywood, s. 229.

140 http://www.verfassungen.de/de/de33-45/beamte33-v1.htm'den aktaran Asker, s. 82.

Yasal düzenlemeler bunlarla sınırlı kalmamış artarak devam etmiştir. Bu yasaların en önemlisi olan Nürnberg Yasaları[141] 15 Eylül 1935'te kabul edilmeye başlanmıştır. Nürnberg Yasaları bir gün içinde nihayet bulmayıp sürekli yeni düzenlemelerle bunlara eklemeler yapılmıştır[142]. Nürnberg Yasaları kapsamında yer alan Alman Kanını ve Şerefini Koruma Kanunu[143] (*das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre)*, Alman kanını saf kalması maksadıyla Yahudilerin, Alman soyundan gelen veya onlara akraba olan kişilerin evlenmesini yasaklıyordu[144]. Bu yasanın ilk iki maddesi şu şekildedir;

1. Yahudiler ile Alman kanından veya akraba kandan gelen vatandaşlar arasındaki evlilikler yasaktır. Bu yasaya rağmen yapılan evlilikler geçersizdir…

2. Yahudiler ile Alman kanından veya akraba kandan gelen vatandaşlar arasında evlilik dışı ilişkiler yasaktır[145].

14 Kasım'da ilave edilen yeni düzenlemeler ile Almanlık ve Yahudilik oranları ile Alman ırkı daha net bir şekilde açıklanmıştır. Yani, evlilik için Yahudilerin büyükbabalarının ırk tespiti yapılıp buradan çıkan sonuçlara göre farklı düzenlemelere yer verilmekteydi[146]. 6 Haziran 1938 tarihli Evlilik Yasası'na göre de farklı ırkların evliliği artık tamamen yasaklanmıştır[147].

Yahudilerin haklarında yapılan kısıtlamalar sadece evlilik hakları ile sınırlandırılmamıştır. Birçok alanda yapılan düzenlemeler ile toplumdan tecrit edilmişlerdir. Yahudilerin çalışabilecekleri iş sahası da gittikçe daraltılarak çalışma

---

141 Nürnberg yasaları ilk olarak sadece Yahudiler için çıkarılmış olmasına rağmen daha sonra Çingeneleri de içerisinde alacak şekilde etki alanı genişletilmiştir.

142 Müller, s. 93; Crew, s. 70.

143 Yasanın İngilizce tam metni için bkz. https://www.swisseduc.ch/immersion/hist/ww2/antisemitism/docs/nuremberg_laws.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

144 Crew, s. 70 vd. Yüksek bir ırkın, basit bir ırka karışması kabul edilemezdir. Çünkü yüz binlerce yıldan beri tabiatın insanlığı yüceltme hedefi bir anda boş bir iş haline gelir. Saf bir ırk kendi kanını daha aşağı bir topluluğun kanı ile karıştırırsa, ortaya çıkan melezlik milletin felaketine sebep olur. Bkz. Hitler, s. 283.

145 Crew, s. 71.

146 https://www.swisseduc.ch/immersion/hist/ww2/antisemitism/docs/nuremberg_laws.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2019); Agamben, s. 85. Nürnberg ırk yasasında, Aryan ölçütünden farklı olarak akraba kan (*artverwandten Blutes*) ölçütü kullanılmıştır. Yasada kimlerin ne şekilde akraba kanların tespit edileceğine dair bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat 19. yüzyıldan itibaren yayınlanan birçok bilimsel çalışmada akraba ırkların kimler olduğu belirtilmiştir. İngilizler, Fransızlar, İtalyanlar gibi Avrupa'da yaşayıp saflığını korumuş yerleşik halklar (*geschlossen in Europa siedelndes Volk*) veya Avrupa dışında olmasına rağmen saflığını koruyabilmiş Avrupa'dan göç eden insanlar (örneğin Kuzey Amerika'da yerleşik olanların bir kısmı) bu kategoridedir. Nazi rejiminde bir kişinin akraba (*Artverwand*) veya yabancı (*Artfremd*) olduğu ise vatandaşı olduğu ülke önemsenmeksizin biyolojik ırkı tespit edilerek belirlenir. Bkz. Asker, s. 83.

147 Müller, s. 96.

hakları kısıtlanmıştır. Yahudilerin mağazalarının girişine bu yönde ibareler *(Jüdisches geschäft)* konularak halkın buralardan alışveriş yapması engellenmeye çalışılmıştır[148]. Daha önce belirtildiği gibi kamu görevinde çalışan Yahudiler emekliye sevk edilip yeniden memur olmaları yasaklanmıştır. Gazetelerde çalışan Yahudilerin açıklanması zorunluluğu getirilerek sahibi Alman olan gazetelerin ise Yahudi çalıştırması yasaklanmıştır. Siyasi haklarına da müdahale edilerek seçme ve seçilme hakları ellerinden alınmıştır. Ayrıca toprak satın almaları ve kiralamaları[149] engellenerek iki kat daha fazla vergi ödemek zorunda bırakılmışlardır[150].

Naziler bu şekilde, ırkçı ideolojilerine hizmet eden yasalar oluşturarak Yahudileri tecrit ettikleri adaletsiz rejimlerine hukuki bir temel hazırlamaya çalışmışlardır. Sosyal, siyasi ve ekonomik alanda yasa kılıfında adaletsiz ve eşitliğe aykırı düzenlemeler yapılmıştır.

1.8.3.2. Öjenizm ve Öjeni Yasaları

Öjeni[151], ırkı kirlettiği düşünülerek genetik hastalığı olanlar ve engellilerin toplumdan ayrılıp sağlıklı bireylerin çoğaltılmasını amaçlayan ahlak dışı bir düşüncedir. Öjenistlere göre, devlet, insan ırkını ıslah etmek maksadıyla kişinin hayatına müdahale etme ve denetleme hakkına sahiptir. Bu şekilde insan ırkı saflaşacak ve genetik rahatsızlıkları olanlar ayıklanacaktır. Devlet bu görevini gerektiği gibi yapar ise, kusursuz ve mükemmel bir ırk oluşacaktır. Bunun yanı sıra, devlet, yaşamaya uygun olmayan insanların hayatına son vererek ekonomik bir kazanç da sağlamış olacaktır[152].

Naziler de bu düşünceyi benimsemiş ve Alman ırkının saflaştırılmasında bunlardan yaralanmışlardır. Francis Galton'un görüşleri Almanya'daki öjeni

---

148 Mağazalara bu tür ibarelerin konulması veya buna benzer şekilde bu mağazaların pencereleri farklı bir renkte boyanarak ayırt edilmesi sağlanmıştır. Bu eylemler ise herhangi bir yasa ile yapılmayıp ricalar doğrultusunda gerçekleşiyordu. Bkz. Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 189, 190. Naziler adaletsizliklerini sadece yasa yoluyla yapmayıp farklı araçlardan da destek almışlardır.

149 1928 tarihli Alman Kiracıyı Koruma Kanunu'na göre, kiracı sözleşmeye uyar ve herhangi bir zarar vermezse kiraya vereninin sözleşmeyi yenilememe hakkı yoktur. Bu madde de Yahudiler için herhangi bir istisna getirilmemiştir. Fakat yargıçlar kiracının Yahudi olması sebebiyle sözleşmenin feshedilebileceğini belirterek yasaları uygulamamaktalardır. Bkz. Müller, s.117, 118. Bu uygulamadan Nazi döneminde pozitivist hukuk ihlal edilerek de adaletsizlikler yapıldığı sonucu çıkarılabilir. Bu dönemde hem yasal hem de yasadışı adaletsizliklerin tespit edilebilmesi mümkündür.

150 Crew, s. 73; Ruhi, s. 126, 127.

151 Öjeni Latince'de iyi doğum anlamına gelmektedir. Bkz. Ruhi, s. 164.

152 Gregor, s. 14; Ruhi, s. 164.

uygulamaların temelini oluşturmuştur. Galton, 1880'ler de ırkçılığı evrim kuramıyla birleştirerek öjeninin temel ilkelerini ortaya koymuştur[153].

Nasyonal Sosyalistlere göre, Alman kanının saflığı için sadece ırkın saflığı yeterli olmamakta genetik sağlığa da ayrıca önem verilmesi gerekmektedir. Dönemin İç İşleri Bakanlığı gelecek nesillerdeki kalıtsal hastalıkların insanların ölümüne neden olacağını belirtmiştir. Bu yüzden Hitler, fiziksel ve zihinsel engeli olan bebeklerin öldürülmesi gerektiğini belirtmiştir. 14 Temmuz 1933'te bu amaca hizmet eden Kalıtsal Hastalıkların Önlenmesi Yasası *(Gesetz zur Verhütung Erbkranken Nachwuchses)*[154] çıkarılmıştır. Bu yasaya göre kalıtsal rahatsızlıkları olanlar zorunlu olarak kısırlaştırılmıştır[155].

Kalıtsal Hastalıkları Önleme Yasası'na göre, kalıtsal hastalığı olanların bu rahatsızlıklarının çocuklarında görülme olasılığı hekimlerce tespit edilecek ve bunun sonucunda kısırlaştırma işlemi gerçekleştirilecektir. Doğuştan zeka geriliği, şizofreni, manik depresif kişilik bozukluğu, kalıtsal epilepsi, kalıtsal körlük, kalıtsal sağırlık, ciddi kalıtsal fiziksel bozukluk, şiddetli alkoliklik gibi durumlar yasada genetik rahatsızlık olarak belirtilmiştir. Ayrıca bu yasada çocukların dahi kısırlaştırılmasına imkan tanınmıştır.

Kısırlaştırma (sterilizasyon) kararları içerisinde diğer mahkemelerden bir yargıç ve en az bir tanesinin öjeni uygulamalarına aşina olduğu iki hekimi[156] olan Kalıtsal Sağlık Mahkemeleri tarafından verilmekteydi. Mahkemelerin kararlarına karşı temyize başvuru yolu açıktır. Temyiz mahkemelerinin karaları nihai olup uygulanması zorunludur. Sterilizasyon kararının ardından iki hafta içerisinde hasta gönüllü olarak gelip bu işlemi yaptırmalıdır. Aksi takdirde bu işlem polis yardımıyla ve güç kullanarak zorla gerçekleştirilmekteydi[157].

Sterilizasyon işlemleri ayrıca hayati tehlike de içermekteydi. Würzburg Üniversite Hastanesi yöneticisi Profesör Gaus'a göre, bu işlem uygulananların yüzde

---

153 Ruhi, s. 166.

154 Bu yasanın İngilizce metni için bkz. http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/English30.pdf (Erişim Tarihi: 1.06.2019)

155 Müller, s. 120.

156 Hekimler görüşlerini bildirdikten sonra yargıçlar genellikle bunun aksine bir karar vermemiştir. Örneğin, bir olayda trafik kazası ve ağır kulak enfeksiyonu sonucunda sağır ve dilsiz olan kadının genetik olarak hastalıklı olarak tespit edilip kısırlaştırılmasına karar verilmiştir. Kadının sağlık bir çocuk dünyaya getirebileceği gerçeği tartışmalara sebep olmuştur. Mahkeme ise kararında bu hastalığın genetik olarak geçip geçmemesi tartışması olsa dahi sağlık çalışanlarının bu konudaki görüşlerinin kararlarını vermek için yeterli olduğunu belirtmiştir. Bkz. Müller, s. 123.

157 Müller, s. 121.

5'ten fazlası hayatlarını kaybetmekteydi. Sterilizasyon işlemleri neticesinde 350000 kişi kısırlaştırıldığı tespit edildiğinden yola çıkılarak en az 17500 kişinin hayatını kaybettiği söylenebilir[158].

Yargıçlar bu insanlık dışı hükümleri çekinmeden uygulayıp kararlarını bu doğrultuda vermişlerdir. Savaşın ilk yıllarında öjeni uygulamalarının aşırı derecede artması sonucunda bunların azaltılması için emir verilmiştir. Fakat görünürde verilen bu karar Nazi kaynaklarına göre, sterilizasyonları azaltmamış uygulamalar artarak devam etmiştir[159].

1.8.3.3. Diğer Adaletsiz Düzenlemeler

Naziler döneminde ayrımcılığa uğrayan tek kesim Yahudiler ve kalıtsal rahatsızlığı olanlar olmamıştır. Çingeneler[160] ve zenciler ve farklı milliyete sahip birçok grup saf Alman ırkı[161] olmadıkları için ayrımcılığa uğramıştır.

9 Ekim 1942 Adalet Bakanlığı toplantısında Yahudiler, Çingeneler, Ruslar, Ukraynalılar ve başka milliyete sahip olanların önleyici tedbir olarak Nazi subayları tarafından tutuklanmaları kararı alınmıştır. 13 Ekim'de ise Adalet Bakanı Thierack bu gruptaki insanların kovuşturulmalarının bütün olarak Heinrich Himmler[162] tarafından yapılacağını bildirmiştir. Bu adaletsiz uygulamalar ile Alman ırkı haricindeki insanların toplumdan tasfiyeleri hedeflenmiştir[163].

Çingeneler saf Alman ırkı olmadıkları için bir kısmı bazı gerekçelerle sınır dışı edilmeye[164] çalışılmıştır. Diğer bir kesim ise, bir sonraki bölümde incelenecek olan toplama kamplarına[165] gönderilip birçoğu işkence yapılarak öldürülmüştür[166].

---

158 Müller, s. 121. Hukuk Profesörü Karl Binding ve Psikiyatrist Alfred Hoche'nin ortak kaleme aldığı Yaşamaya Değer Olmayan Hayatların İmhasına İzin *(Allowing the Destruction of Life Unworthy of Life)* adlı kitapta yanlış teşhis koyulmasının ve sonucunda bu kişinin hayatını kaybetmesinin çok da önemli olmadığını şu şekilde belirtmişlerdir; *"Aile üyeleri için kayıp elbette ki çok acıdır fakat insan ırklarındaki kayıplar o kadar fazladır ki bir tane eksik veya fazla olması çok da önemli değildir."* Bkz. Müller, s. 121.

159 Müller, s. 125.

160 Daha önce belirtildiği gibi Nürnberg yasaları ilk olarak sadece Yahudi halkı için çıkarılmış olup daha sonra Çingeneleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir.

161 Hitler'e göre devlet; *"Bir ırk birliği, ırk örgütlenişi, ırkın varlığını koruma aracıdır, saf ırkın öteki aşağı ırkları sömürme aracıdır."*. Bkz. Ruhi, s. 73.

162 Heinrich Himmler, Nazi döneminde önde gelen devlet adamlarından biri olup Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'nin de lideridir.

163 Müller, s. 182.

164 21 Eylül 1939'da Berlin'de düzenlenen konferansta otuz bin Çingenenin Polonya'ya gönderilmesi kararı alınmıştır. Bkz. Gregor, s. 332.

165 Yirmi bir bin Çingenenin toplama kamplarına kayıt edildiğine ilişkin belgeler mevcuttur. Ayrıca bin yedi yüz kayıtsız Çingene de kamplarda öldürülmüştür. Yani toplamda yirmi üç bin Çingenenin kamplara alındığı belirtileblilir. Bkz. Gregor, s. 325.

Bunların haricinde Alman Ceza Yasası'nın 2. maddesinde yapılan değişiklik ile yasaların suç olarak düzenlediği fiillerin dışında *"Bir ceza yasasının temel amacı ve sağlıklı milli şuur (gesundes Volksempfinden) uyarınca cezalandırılmayı hak eden eylemler"* cezalandırılabilir hale getirilmiştir. Bu şekilde yasasız ceza olmaz ilkesi ihlal edilmiştir[167]. Yasa kılıfıyla yapılan bu düzenleme aslında hukuki güvenliği ihlal etmektedir. Benzer şekilde Führer kararnameleri ilan edilmeksizin yürürlüğe koyulmuştur[168].

1.8.3.4. Toplama Kampları

Hitler Yahudilerin Almanya'dan bütünüyle silinmesini arzuluyordu. Yahudilere getirilen kısıtlamalar bunun için yeterli olmamaktaydı. Bu amacını gerçekleştirmek için toplama kampları olarak adlandırılan ölüm kampları kurulmuştur. Bu kamplarda Yahudi Soykırımı (Holocaust) başlatılarak milyonlarca Yahudi'nin hayatına son verilmiştir[169]. Goebbels'in deyimiyle Nazi politikası, *"olanaksız görüneni olanaklı kılma sanatı"* olan bir politikanın mutlak doğrulmasıdır[170].

Auschwitz[171], Dachau, Buchenwald gibi farklı isimleri bulunan kamplar 1933 ile 1945 yılları arasında Almanya'nın farklı bölgelerine kurulmuştur. İnsanlar[172] bu kamplarda zorla çalıştırılmış, aç bırakılmış, toplu olarak kurşuna dizilmiş ve bir kesimi de gaz odalarında öldürülüp daha sonra da fırınlarda yakılmıştır[173]. Tarihte bu kadar dehşet verici ve sistematik bir katliama rastlamak zordur.

---

166 Müller, s. 263.

167 Özenç, s. 243.

168 Özenç, s. 244.

169 Yağcı, Öner, Nazi Kampları, Akılçelen Kitaplar, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 1 vd.

170 Agamben, s. 77.

171 En büyük ölüm kampı olarak da adlandırılan Auschwitz kampında yapılan vahşet dolu uygulamalar diğer kamplarda olmadığı kadar korkunçtur. Auschwitz'de öldürülen Yahudi sayısı diğer kamplardan çok daha fazladır. Bu kamp hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Agamben, s. 15 vd.

172 Toplama kamptaki insanların hali şu şekilde betimlenmiştir; "*Kişi bu evrede etraftaki her şeye karşı ilgisiz olurdu. Kendisini çevresiyle olan tüm ilişkilerden soyutlardı. Hala hareket edebiliyorsa dahi ancak çok yavaş dizlerini bükmeden hareket ederdi. Vücut sıcaklığı çoğunlukla 36,5 altında olduğu için sürekli olarak titrerdi."*. Bkz Agamben, s. 43.

173 Wachsmann, Nikolaus/ Caplan, Jane, Concentration Camps in Nazi Germany: The New Histories, Routledge, 1. Edition, New York 2010, s. 149; Yağcı, s. 1, 15 vd. SS ekipleri çıplak tutsakları gaz odalarında ölüme götürerek kargaşa çıkmasını önlemeye çalıştılar. Daha sonra rengi değişmiş cesetlerin üzerinde değerli bir şey olup olmadığını kontrol ederek cesetleri yakmışlardır. Kalan külleri ise fırına boşaltarak görevlerini yerine getirmişlerdir. Bkz. Agamben, s. 25.

Bu kamplarda çalışabilecek durumda olanlar ilk önce birkaç ay daha çalıştırılıp[174] gelir elde edilmekteydi[175]. Bazı gruplara ise, kan donduran deneyler[176] yapılarak bu kişiler kobay olarak kullanılmaktaydılar. Toplama kamplarında geri kalan kesim ise gaz odalarında hızlı bir şekilde öldürülmekteydi[177]. Kamptaki insanlar gaz odalarında öldürülmek maksadıyla seçilmemek için hastalık ve bitkinliklerini saklamaktaydılar[178].

Toplama kamplarından aynı zamanda ekonomik olarak bir kazanç elde etme beklentisi mevcuttu. Katledilen Yahudilerin; altın dişlerine[179] kadar tüm değerli eşyalarına el konuluyordu. Bunun haricinde Yahudilerin saçları kazılarak bunlar tekstil sanayisinde kullanılmıştır[180]. İnsan derilerini yüzerek bavul ve abajur yapan Naziler, vücut yağlarından ise sabun üretmişlerdir [181].

Nürnberg yargılamaları ile yıllar sonra bu insanlık suçunu işleyenlerin[182] bir kısmı yargılanmıştır. Bu yargılamalar sonucunda Auschwitz ve toplama kampları sorununun çözüldüğü düşüncesi yaygınlaşmıştır. Kararlar onaylanıp suç delilleri kesin olarak saptanmıştır. Fakat hukukun sorunu çözemediğinin aksine sorunun bizatihi hukukun sorgulanmasını, hukuku kendi çöküşüne sebep olacak sorgulamasını gerektirecek kadar büyük olduğunun anlaşılması çok uzun zaman almıştır[183].

---

174 Nisan 1941'de yeni bir imha programı içerisine girdiler. 14f13 programı ile Alman hekimler kampları ziyaret ederek çalışamayacak durumda olan mahkumları seçmişlerdir. Çalışamayacak durumda olanlar derhal öldürülmüşlerdir. Bkz. Wachsmann/ Caplan, s. 151.

175 Kamplarda çalışanlar genellikle orta yaşlı erkek kesimdir. Kadınlar, çocuklar ve yaşlıların çoğunluğu ise kampa geldiklerinde çalışamayacakları tespit edilerek ölüme mahkum edilmiştir. Bkz. Wachsmann/ Caplan, s. 160.

176 Örneğin; kahverengi gözlü çocukların gözüne şırınga ile mavi mürekkep damlatılarak göz renklerinin değişip değişmediği incelenmekteydi. Veya ikiz çocuklar birebirlerine dikilerek gözlemlenmekteydi. Bkz. Ruhi, s. 211.

177 Zyklon b gazı verilerek birçok mahkum saniyeler içerisinde öldürülmektedir. Bkz. Wachsmann/ Caplan, s. 29.

178 Agamben, s. 51.

179 Cesetlerin ağızları Yahudi esir dişçiler tarafından kontrol edilerek altın dişler sökülmüştür. Bkz. Wachsmann/ Caplan, s. 29.

180 Savaş bittikten sonra Auschwitz toplama kampında yedi ton insan saçı olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Ruhi, s. 212.

181 Lipson bu durumu şu şekilde açıklamamaktadır; *"Övülen bir uygarlığa sahip halk, on iki yıl süresince uygarlığın derisini yüzüp tekrar barbarlığa dönen bir partiye boyun eğmiştir."*. Bkz. Ruhi, s. 212.

182 Toplama kampında bulunan birçok kişi yalnızca emre itaat etiklerini belirterek sorumluluktan kurtulmaya çalışmıştır. Ancak toplama kampının komutanı Fritz Stangl'ın kampın kapanmasından yıllar sonra (27 Haziran 1971) ölüm döşeğindeki son cümleleri kamp görevlilerinin ruh hallerine ışık tutar niteliktedir; *"Bile bile hiç kimseye zarar vermedim… ama oradaydım… Öyleyse evet… Aslında suça ortak oldum… Çünkü benim suçum… Benim suçum bu işte."* Bkz. Agamben, s. 97, 98 vd.

183 Agamben, s. 20.

Siyasal ortamın sebep olduğu bu vahşet dolu düzenlemeler ve uygulamalar haksızlık rejiminin en bariz örneklerinden biridir. Adaletsizliğin artık tahammül edilemez dereceye ulaştığı bu süreç, Radbruch'un Almanya'yı terk etmesine sebep olmuş ve düşünce yapısının oluşmasında çok büyük etkisi olmuştur. Kan donduran bu vahşete, yasal düzenlemeler aracılığıyla temel oluşturulup yapılanlara yasal bir meşruiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemelerin akabinde akla gelen ilk soru şudur; adalet ve ahlakla bu derecede çatışan yasalar sadece yasa olarak onaylanması sebebiyle saygı gösterilmesi gerekmekte midir yoksa bu rezil yasalar hukukun önünden çekilip adaletin sağlanmasına imkan sağlamalı mıdır? Radbruch'un incelemeleri aslında bu tartışma çerçevesinde şekillenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

RADBRUCH FORMULÜ

2.1. Gustav Radbruch'un Hayatı

Gustav Lambert Radbruch, 21 Kasım 1878'de ünlü bir tüccar olan Heinrich Radbruch ve eşi Emma'nın son çocuğu olarak Almanya'nın bir kenti olan Lübeck'de dünyaya gelmiştir. Babasının da tavsiyesiyle hukuk eğitimini 1895-1900 seneleri arasında Münih, Leipzig ve Berlin'de tamamlamıştır[184].

Ceza hukuku alanında önemli bir isim olan Franz von List'le Berlin'de tanışan Radbruch, List'in görüşlerinden derinden etkilenmiş ve 1902 yılında doktora tezini List'in danışmanlığında tamamlamıştır. Radbruch, 1903 yılında Heildelberg'e gitmiş ve Türkiye'de doktora sonrası çalışma dönemine denk gelen *habilitation* çalışmasına başlamıştır. 1904 yılında bu süreci kısa bir zamanda başarıyla tamamlayan Radbruch, 1904-1910 yılları arasında Mannheim'de ders vererek akademik olarak nispeten daha durgun geçen bu dönemi doldurmuştur[185]. Hukuk Bilimine Giriş[186] eseri 1910 yılında yayınlanmıştır. 1910- 1914 seneleri arasında kadrosuz profesör olarak Heilderberg'e atanan Radbruch, Max Weber ve Emil Lask ile burada tanışmış ve bu düşünürlerin görüşlerinden etkilenmiştir[187]. Radbruch 1914 yılında Köningsberg'de profesör olarak

---

184 Metin, Sevtap/ Heper, Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, Tekin Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 15; Paulson, Stanley L., On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 26, No: 1, 2006, s. 20; Chroust, Anton Hermanm, The Philosophy of Law of Gustav Radbruch, The Philosophical Review, Volume: 53, No: 1, January 1944, s. 23.

185 Paulson, Significance of Radbruch, s. 20, 21; Metin/ Herper, s. 15; Kühl, Kristian, Radbruch Formülü, Çeviren: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 70, Sayı: 1, 2012, s. 370.

186 Orijinal ismi *Einführung in die Rechtswissenschaft* olan eser birçok dile çevrilmiş ve son baskısını 1969'da Konard Zweigert gerçekleştirmiştir. Bkz. Paulson, Significance of Radbruch s. 22.

187 Paulson, Significance of Radbruch, s.22; Metin/ Heper, s. 15, 16.

ders vermeye başlamıştır. Birinci Dünya Savaşı'nda gönüllü olarak çalışan Radbruch, Königsberg'teki görevinden bu sebepten ötürü ayrılmıştır[188].

Radbruch politika bilimiyle ilgilenmekle birlikte 1918'de Alman Sosyal Demokrat Partisi'ne katılarak ilk kez aktif siyasete atılmıştır. 1920'de Kiel Üniversitesi'nde profesörlük yaparken çıkan isyanda işçilerin tarafında yer almış aynı zamanda isyanı bastırmaya çalışan askerlerin işçilerce linç edilmesini de engellemiştir. Radbruch, bu olaylar sonucunda Sosyal Demokrat Partisi'nde ün kazanmıştır. Ayrıca Weimar Cumhuriyeti'nde iki dönem[189] Adalet Bakanı olarak görev yapmıştır[190].

1926 yılında Heidelberg'te profesör olarak akademik hayatına devam etme kararı almıştır. Burada iki yıl görev yapmasının ardından tekrar Adalet Bakanlığı görevi teklif edilmiş fakat Radbruch bu teklifi reddetmiştir[191].

Nazilerin iktidara gelmelerinin ardından Radbruch, 1933'te Yahudi ataları olan yahut politik olarak güvenilmez kamu görevlilerinin vazifelerinden uzaklaştırılması yasasına dayanılarak siyasi olarak güvenilmez ilan edilmiş ve Heidelberg'teki görevinden alınmıştır. Nazi rejimi iktidarda iken kendi ahlaki kurallarından hiçbir şekilde taviz vermeyen Radbruch için Nazi dönemi trajik geçmiştir. Bu dönemde yurt dışına çıkması kısıtlanmış olmasına rağmen belirli bir süre zarfı için bu kısıtlamaya son verilmiştir. Oxford Hukuk Fakültesi'nden gelen teklif ile 1935- 1936 yılları arasında İngiltere'ye gitmesine izin verilmiştir. Radbruch, 1945'te Nazi iktidarının sona ermesinden sonra Heidelberg'te profesörlük görevine geri dönmüş ve Heildberg Hukuk Fakültesi'nin dekanı olarak görev yapmıştır. Sağlık sorunlarına rağmen ders vermeye devam eden ve araştırmalarına ara vermeyen Radbruch, 1949 yılında vefat etmiştir[192].

Daha önce de belirtildiği gibi, Radbruch; bütün kitapları, makaleleri, mektupları toplu olarak basılan ilk Alman hukukçusudur. Arthur Kaufmann yönetiminde yapılan çalışma, 20 cilt olarak yayınlanmıştır[193]. Hukuk Felsefesine Giriş, İngiliz Hukuku'nun Ruhu, Sosyalizmin Kültür Öğretisi gibi belli başlı eserleri

---

188 Pock, Max, A; Gustav Radbruch's Legal Philosophy, Saint Louis University Law Journal, Volume: 7, No:1, 1962, s. 57; Paulson, Significance of Radbruch, s. 23.

189 Radbruch, ilk Adalet Bakanlığı dönemini Josef Wirt'in kabinesinde 1921 yılının Eylül ayından 1922 yılının kasım ayına kadar yapmıştır. İkinci dönemi ise 1923 yılında Ağustos ve Kasım ayları arasındadır. Bu dönemde Alman Ceza Yasa Tasarısı ile ceza hukukuna katkı sağlamıştır. Bkz. Metin/ Heper, s. 16; Paulson, Significance of Radbruch, s. 23.

190 Metin/ Heper, s. 16; Paulson, Significance of Radbruch, s. 23.

191 Radbruch yıllar sonra verdiği eserlerde, uzun dönemde akademik çalışmaların politikaya atılmaktan daha yararlı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Paulson, Significance of Radbruch, s. 24.

192 Metin/ Heper, s. 16, 17; Paulson, Significance of Radbruch, s. 24 vd.

193 Bkz. Radbruch, Gustav, Gesamtausgabe 1-20, düzenleyen: Arthur Kaufmann. C. F. Müller Verlag, Heidelberg.

mevcuttur. Radbruch hukuk teorisyeni olmasının yanında farklı alanları etkileyen çalışmaları onun; hukuk politikacısı, mukayeseli hukuk uzmanı, kültür tarihçisi gibi değişik sıfatlarla anılmasına sebep olmuştur[194]. Radbruch, kimi yazarlarca doğal hukuk rönesansının lideri olarak görülmektedir[195]. 20. yüzyılın en etkili tezlerinden biri olarak görülen Radbruch formülünün mucididir. Radbruch formülü mahkeme kararlarında uygulanmış ve birçok hukukçu tarafından tartışılmıştır.

2.2.Doğal Hukuk ve Hukuki Pozitivizm

Radbruch'un görüşlerini detaylı olarak incelemeye geçmeden önce onun düşüncelerinde önemli yere sahip olan doğal hukuk, hukuki pozitivizm ve bunlar arasındaki ilişkiye değinilmesi faydalı olacaktır. Radbruch'un bu teoriler hakkındaki görüşleri ise çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer alacaktır.

Pozitif hukuk ile doğal hukuk birbirlerinden belirli hususlarda ayrılmaktadır. Doğal hukukun mevcudiyeti kendiliğinden hissedilen, herhangi bir araca ve özellikle hiçbir normatif olguya dayanmaksızın algılanan, temellerini fizik tabiatla insanın ortak tabiatını temsil eden tabii akılda bulmaktadır. Bundan dolayı, doğal hukukun evrensel ve soyut olduğu iddiaları, pozitif hukuktan farklılığının doğal sonuçlarıdır[196].

Doğal hukuk genel olarak, insanlar tarafından oluşturulmayan, ancak keşfedilebilen, ahlaki olarak bağlayıcı normlar bütününden oluşmaktadır[197]. İlk Çağlar'dan günümüze kadar farklı doğal hukuk anlayışları savunulmuştur. Esasında doğal hukuk her kültürde daha iyi, doğru ve adil olduğu varsayılan üstün bir hukukun var olduğu görüşüne dayanmaktadır[198].

Bilginin yalnızca deney ve gözlemle kazanılıp geliştiğini varsayan pozitivizm, 19. yüzyılın ikinci yarısından beri, hukuk alanı da dahil olmak üzere neredeyse tüm bilimleri etkilemiştir. İnsan aklının olguların gözlemini aşan tüm faaliyetini değersiz ve boş bir faaliyet kabul etmiş; bunun sonucu olarak da yürürlükteki müspet hukukun haricinde başka hukuk idelerini arama eğilimini reddetmiştir. Her türlü değer kavramını inceleme alanlarının dışında bırakan pozitivistler, hukuk biliminin amacını, yürürlükteki

---

194 Kühl, s. 370.

195 Leawoods,

196 Keyman, Selahattin, Tabii Hukukun Doktrininin Epistemolojik Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 47, Sayı: 1, 1998, s. 18; Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi, 8. Baskı, Ankara 2009, s. 138.

197 Uygur, Gülriz, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 2, 1996, s. 146; Keyman, Tabii Hukuk, s. 18.

198 Uygun, Hukuk Teorileri, s. 5.

hukuk sisteminin açıklanması ve tahlili ile sınırlandırmışlardır[199]. Hukuki pozitivizme göre; adalet, hukuk ilkeleri gibi doğal hukukun dayandığı temeller gözlemlenebilir ve somut olmamasından dolayı bu belirsiz ögelere dayanarak hukuk bilimini oluşturmak imkansızdır[200].

Hukuki pozitivizmin birbirinden farklı görünümleri olmakla birlikte bir görüş hukuki pozitivizmin kaynağını sadece devlete dayandırmaktadır. Buna göre, hukuki pozitivizm, devlet tekelini benimseyen yani yalnızca devletin egemen gücü vasıtası ile koyduğu kuralları hukuk kuralı olarak kabul etmektedir[201]. Hukuki pozitivizmin hukukun müspetliğini egemen bir güce dayandırması[202] ve hukukun yegâne kaynağı olarak egemen iradeyi kabul etmesi; hukuku, toplumdan, toplumsal değerlerden soyutlaması anlamına gelmektedir[203].

Alman pozitivizmi de hukukun geçerliliği konusunda ahlaki değerlere önem vermemekteydi. Hukuku hukuk yapan ögenin haklılığından ziyade siyasal iktidarı ellerinde bulunduranların iradelerinin ürünü olmasından kaynaklandığı belirtilmekteydi. Bundan dolayı, devleti yönetenlerce çıkartılan her yasa, içeriğine bakılmaksızın hukuk sayılıyordu. Nazi döneminde Alman hukukçuları, yasa adı verilen her şeyi yasa olarak kabul etmeye ve bunlara tam olarak itaat etmekle yükümlüydü. Ayrıca Almanya'daki totaliter rejim (Naziler), darbe ya da zorlama ile değil hukuki yollarla iktidara gelmiştir. Bundan sonra hukuka karşı saldırılarda en büyük payı olanlar arasında, pozitivist geleneği benimsemiş hukukçu ve yargıçlar bulunmaktadır. Alman hukuk bilimi sert bir hukuki pozitivizmden kurtulabilse idi, Nazilerin hukuka verdiği zarar belki

---

199 Keyman, Selahattin, Hukuki Pozitivizm, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 1, 1978, s. 19, 20. Günümüzdeki hukuki pozitivistlerin hukuk ahlâk ilişkisiyle alakalı farklı görüşlerinden yola çıkılarak hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki ayrımın yavaş yavaş kaybolduğu hakkındaki görüş için bkz. Uygur, Hukuki Pozitivizm, s. 145, vd.

200 Uygun, Hukuk Teorileri, s. 55.

201 Bu görüşte (iradeci hukuki pozitivzm); hukukun kaynağı zor kullanma tekeline sahip bir gücün varlığına bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, pozitif hukuku oluşturan egemen güç yani devlettir. Bunun sonucunda da kaynağı kendisinde olan devlet bu kurallara uyulmadığı zaman zor kullanma tekelini kullanarak itaati sağlamaya çalışmaktadır. Bkz. Keyman, Hukuki Pozitivizm, s. 26, 27.

202 Hukuki pozitivizm yasaların geçerliliğini haklılaştırma ve açıklama yeteneğinden yoksundur. Pozitivist, yasanın geçerliliğini egemen güçle olan ilişkisinde bulur. Bir yasanın gereğini yerine getirmesi zorlamayı bir biçimde ortaya çıkarır. Ancak yürürlük ve geçerlilik bu anlamda zorlamadan yola çıkarak tanımlanamaz. Ancak yürürlük ve geçerlilik zorlamadan hareket edilerek anlaşılamaz. Adalete bağlı oluş zorlamayı ortaya koymalıdır. Yani adaletli olmanın bir zorlama gereği ortaya çıkması gerekir. Bkz. Işıktaç, Yasemin, Hukuk Yazıları II, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 309. İlk olarak pozitivizmin kaynağını açıklama yeteneğinden yoksun olmadığı düşüncesine katılmamakta olup bunun (egemen güce dayanma) haklılığı konusundaki tereddütleri paylaşmaktayız. İkinci olarak ise adaletin bir zorlama sonucunda değil, insanın doğası gereği davranışlarını şekillendirmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

203 Keyman, Hukuki Pozitivizm, s. 26, 27. Hukuk teorileri genellikle; felsefi düşünceler, ideolojik yaklaşımlar ve siyasal şartlar ile ilişkili olmuştur. Bkz. Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 275.

önlenebilirdi[204]. Radbruch'a göre, kürsülerde öğretilmiş olan hukuki pozitivizm; hukukçuları yasa olan her devlet iradesini hukuk olarak kabule alıştırmıştır[205].

2.3.Radbruch'un Hukuka Bakışı

Radbruch'un, savaş öncesi ve sonrasındaki eserlerinde yer alan düşüncelerinde farklılaşma olduğu genellikle öne sürülen bir iddiadır. Bu konuda öne sürülen görüşler iki grupta toplanabilir.

Birinci görüş, Radbruch'un savaş sonrası düşüncelerinin savaş öncesi düşünceleriyle uyum içerisinde olmadığı yönündedir. Bu düşünceyi savunanlar Radbruch'un hukuki pozitivizmden doğal hukuka doğru bir kırılma yaşadığını savunmaktadır. Kırılma (Umbruch) tezi olarak adlandırılan bu görüşe göre Radbruch'un Nazi öncesi ve sonrasında yer alan düşünceleri radikal olarak değişmiştir[206].

İkinci grupta yer alan düşünürler ise, Radbruch'un hukuka olan bakışında temel olarak bir değişim olmadığını bunun yanı sıra savaş sonrası verilen eserlerinin ancak savaş öncesini dönemin bir devamı niteliğinde olduğunu savunmuştur[207]. Bu farklı görüşlere rağmen, hiç kimse Radbruch'un savaş öncesi ve sonraki çalışmalarının tamamen aynı olduğunu savunmamaktadır[208].

2.3.1. Nazi İktidarı Öncesi Dönem[209]

Radbruch'un İkinci Dünya Savaşı öncesinde koyu bir pozitivist olarak değerlendirilmesine sebep olan ögelerden en önemlisi, bir normun geçerliliğiyle alakalı erken dönem ifadeleridir[210]. *Rechtsphilosophie* (Hukuk Felsefesi) adlı eserinin *"Hukukun Geçerliliği"* başlıklı onuncu bölümünde pozitif hukukun geçerliliğinin hukuk

---

204 Keyman, Hukuki Pozitivizm, s. 34, 35.

205 Radbruch, Gustav, Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler, Çeviren: Vecdi Aral, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 31.

206 Bu tezin savunucusu olan bazı düşünürler Fuller, Hart, Ernst von Hippel ve Alexy'dir. Bkz. Metin/ Heper, s. 27; Aydın, Melike Belkıs, Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 73, Sayı: 2, 2015, s. 8.

207 Bu görüşün savunucuları Ralf Dreier, Paulson ve Adachi olarak sayılabilir. Bkz. Metin/ Heper, s. 27.

208 Paulson, Stanley L., Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 15, Issue: 3, 1995, s. 493.

209 Radbruch'un düşüncelerinde meydana gelen değişikliği savaş öncesi ve savaş sonrası dönem olarak sınıflarından yazarlar olmasına rağmen Radbruch'un düşüncelerinde görülen değişikliğin temel nedeni Nazi iktidarının aşırı adaletsiz uygulamalarıdır. Fakat temellerini Nazi döneminde attığı bu düşüncelerinin eserlerine yansıması; II. Dünya Savaşı esnası ve sonrasında olması sebebiyle iki kullanıma birden yer verilmiştir.

210 Paulson, Significance of Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 19; Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 17.

güvenliği ile ilgili olduğunu belirtmiştir[211]. Radbruch'un bu görüşü, 1934 öncesindeki eserlerinde yer alan en sıkı pozitivist ögelerdendir.

"Ancak soyut bir bilinçle, yargıcın, adaletin değil yalnız hukuk güvenliğinin hizmetinde olduğunu içine sindirmiş bir kimse yargıçlık mesleğine yönelmeliydi. (1914)"[212].

"Ancak adalet (ve adalete aykırılık) sadece doğru (ve yanlış) hukuk değerler dünyasına ilişkin olabilir, yoksa olduğu gibi hukukun kendisi değildir. (1914)"[213].

Yukarıda yer alan satırlardan anlaşılacağı üzere Radbruch'un erken dönem eserleri pozitivizmi destekler niteliktedir. Radbruch'un çağdaşları dahil onu, bu düşüncelerinden ötürü pozitivist bir hukukçu olarak görmüşlerdir[214].

Nazi öncesi dönemde pozitivist olarak nitelendirilmesini sebep olan unsur ise yargıçların bu yasalara hukuki güvenliği sağlamak ve görevlerini yerine getirmek için uymalarını gerektiğini belirtmesidir[215]. Yani Radbruch; hukuku uygulayan kesim ile diğer insanlar arasında bir ayrıma gidip yargıçların adalet anlayışlarının pozitif hukukun önüne geçmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Radbruch; pozitivizm ve rölativizm arasında bir bağ olduğunu belirtmiştir. Eğer öğrenilebilen ve kanıtlanabilen bir doğal hukuk olsaydı, bu takdirde pozitif hukuka uymamanın bir gerekçesi olmayacaktır. Çünkü doğal hukuka uymayan pozitif hukukun buyurucu gücü ortadan kalkacaktır. Fakat tek bir doğal hukukun belirlenemez ve keşfedilemez olmasından ötürü pozitif hukuk geçerliliğini korumuştur. Hakikat için bir anlaşma yapılamamasından dolayı otorite için bir anlaşma yapılmıştır[216].

Hukuki güvenlik, Radbruch'un hukuk anlayışında her ne kadar önemli bir dayanak olsa da tek başına yeterli değildir. Radbruch hukukun; adalet, amaca uygunluk

---

211 Radbruch'un bu eserinde yer alan görüşleri şu şekilde özetlenebilir: Hâkimin görevi, pozitif hukuku uygulamaktır. Hâkim eğer pozitif hukuku uygulamak yerine, adaleti sağlamak adına ne yapılması gerektiğini araştırmaya başlar ise bu noktada hukuki güvenliğe zarar vermiş olur. Kendi kişiliğine göre bir adalet anlayışı benimseyen hâkim, gelecekte değişme olasılığı olan bir yaklaşım ile pozitif hukuk yerine düşüncelerini uygularsa görevine aykırı davranmış olur. Bkz. Paulson, Significance of Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 32, 33; Mertens, Thomas, Nazisizm, Legal Pozitivizm and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice, Law and Critique, No: 14, 2003, s. 284.

212 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 4.

213 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 126.

214 Haldemann, Frank, Gustav Radbruch vd. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law, Ratio Juris, Volume: 18, No: 2, June 2005, s. 163; Metin/ Heper, s. 28; Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 13.

215 Haldemann, s. 164; Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 17. Radbruch'a göre; hâkim yasaları uygulayarak hukuk emrettiği için adaletin hizmetkarı olmaktan çıkıyor ise de düzenin hizmetkarı olmaya devam edecektir. Bkz. Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 17.

216 Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 13. Radbruch'un hukuki güvenliğe yaptığı vurgunun gerekçesi de doğal hukukun farklı düşüncelere göre değişkenlik göstermesidir. Eğer tek ve değişmez bir doğal hukuk keşfedilirse bu takdirde pozitif hukukun yerine doğal hukukun uygulanacağını belirtmiştir.

ve hukuki güvenlik olarak hukukun üç temel ayağının olduğunu belirtmiştir. Savaş öncesi eserlerinde hukuki güvenliğe olan vurgusu açık olmasına rağmen adaleti hiçbir zaman göz ardı etmemiştir.

"*Geçtiğimiz Pozitivizm çağı korkunç bir tek yanlılıkla hukukun sadece pozitivitesini ve güvenliğini görüyordu ve yasal hukukun amaca uygunluğu ile birlikte adaletinin bile planlı bir araştırılmasının uzun zaman duraksatılmasına hukuk felsefesi ve hukuk politikasının onlarca yıl susturulmasına neden olmuştur. (1924)*"[217].

"*Açıkça doğru olmayan bir hukukun yürürlüğü için, hiçbir meşruiyet düşünülemez. (1914)*"[218].

Nazi iktidarı öncesinde kaleme aldığı bu satırlarda ise Radbruch, adaletli ve haksızlıkların önüne geçen bir hukuk düzeninin kurulmasının önemini belirtmiştir. Bu görüşlerinden yola çıkarak yazarın koyu bir pozitivist olduğunun belirtilmesi mümkün olmayıp, hukuk düzeni içerisinde adalete verdiği önem ise ön plandadır. Radbruch, rezil yasalar (*Schandgezetz*) olarak tanımladığı adalet unsurunun yoksun olduğu yasalara, bireysel vicdanın asla boyun eğmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Radbruch Yeni Kantçılık akımından etkilenmiştir. Radbruch'un Marburg Yeni Kantçılık Okulu'ndan etkilendiği ilk öge; olan ile olması gerekenin ayrımıdır. Hukuk kavramını hukukun idesine uyarlayan Radbruch, olan ile olması gereken arasında yapılan ayrımı kabul etmekle birlikte bu ayrımın keskin bir şekilde yapılmasını eleştirir. Olan ile olması gerekeni birbirlerinin üzerine kapatan iki çember olarak betimleyip hukukun idesinin ise adalet olduğunu belirtmiştir[219].

Kültür araştırmalarında değer ilişkisinin metot olarak kullanılması ise Radbruch'un Yeni Kantçılık'tan etkilendiği ikinci ögedir. Olan ile olması gerekenin arasında bir köprü kurulmasını ve bunun da kültür aracılığıyla yapılması gerektiğini belirtmiştir[220].

Radbruch Nazi iktidarı öncesinde de bir ara yol arayışı içerisindedir. Savaş öncesine ait eserlerinde doğal hukuka veya pozitivizme katı bir şekilde taraftar olmamaktadır. Radbruch'un bu uğraşı, doğal hukuk düşüncesi ile hukuki pozitivizmin birbirleriyle alakalı olduğunu ve birini diğerinden ayrı olarak düşünme mecburiyetinde

---

217 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 27.
218 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 4.
219 Chroust, s. 29 vd.; Paulson, Significance of Radbruch, s. 19; Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 9 vd.
220 Mertens, Nazisizm and Radbruch's Thesis, s. 285; Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 10.

olmadığımızı göstermektir. Bu görüşleriyle de üçüncü bir yolun olduğunu savunur[221]. Radbruch esas olarak, hukuki pozitivizmi ve doğal hukuku küçük ölçülerde değiştirmiş ve çelişen noktalarını birbiriyle uyumlu hale getirerek birleştirmiştir[222].

Radbruch'un Nazi iktidarı öncesinde koyu bir pozitivist olduğunu belirten görüşler olmasına rağmen, bu iddia yerinde değildir. Hukukun olması gereken ile bağına sık sık değinen yazar, doğal hukuk ve pozitivizm arasında üçüncü bir yol[223] seçmiştir. Nazi iktidarı öncesindeki dönemde hukuki güvenliğe yaptığı vurgu açık olan Radbruch, adaletin hukuk düzeni içerisindeki yerini hiçbir zaman göz ardı etmemiştir.

2.3.2. Nazi İktidarı Sonrası Dönem

Yakın tarihte iktidara gelmiş en adaletsiz rejimlerden biri olan Nazi rejimi Radbruch'un görüşlerinde meydana gelen değişiklikte etkili olmuştur. Radbruch'un savaş öncesi dönemde hukuki güvenliğe yaptığı vurgu adalet olarak yer değiştirmiştir. Siyasal iktidarın, Radbruch'un düşüncelerinde meydana getirdiği bu değişikliği açıklamak da çalışmanın gayelerinden biridir.

Radbruch'un düşüncelerinin savaş sonrasında tamamen değiştiğini savunan yazarlar olmasına rağmen Radbruch'un savaş sonrası eserleri savaş öncesi dönemin devamı ve düzeltmesi niteliğindedir[224]. Fakat bu tespit elbette Nazi iktidarının aşırı adaletsiz uygulamalarının, Radbruch formülünün geliştirilmesinin en önemli etkenlerden biri olduğu gerçeğini değiştiremez.

Savaş sonrası dönemde önceki görüşlerinde birtakım değişikliklere gittiği ilk çalışması olarak görülen Beş Dakikada Hukuk Felsefesi (*Fünf Minuten*

---

221 Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 10 vd. Aksi görüş için bkz. Paulson, Unjust Law, s. 489-500. Yazar bu makalesinde Radbruch'un savaş öncesi dönemde katı bir hukuki pozitif olduğunu belirtip savaştan sonra görüşlerinin tamamen değiştiğini vurgulamıştır.

222 Leawoods, Heather, Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher, Washington University Journal of Law and Policy, Volume: 2, 2000, s. 512.

223 Radbruch, hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezi ile doğal hukukçuların ahlakilik tezini birlikte değerlendirmemize yardımcı olan formül; her iki okulun adalet ve hukuk arasında kurdukları ilişkinin yapıbozumsal bir okumasıdır. Radbruch, bu şekilde her iki okula alternatif bir fikir ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Bkz. Arslan, Ezgi, Derrida ve Radbruch'ta Hukuk Adalet İlişkisi ve Hakimin Rolü, (Danışman: Eylem Ümit Atılgan), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 90.

224 Metin/ Heper, s. 34, 35. Radbruch, düşüncelerinde meydana gelen değişikliklere ilişkin yapılan eleştirilere, düşünceleri arasındaki farklılığın önceki düşüncelerinin bir reddiyesi olmayıp ancak daha önce açıklanmamış hususların aydınlatılması olduğunu belirtmiştir. Bkz. Işıktaç, s. 309.

Rechtsphilosophie), herhangi bir yasadan daha önemli olan hukuk prensiplerinin var olduğu ve bu prensiplerle çatışan yasanın uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir[225].

1946 yılında kaleme aldığı ve Radbruch formülünü somutlaştırdığı Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk (*Gesetzliches Unrecht und übergestzliches Recht*) isimli makalesinde aşırı adaletsiz yasaların yargıçlar tarafından uygulanmasına karşı çıkmış ve ilk eserlerindeki görüşlerinin bir düzeltmesini yapmıştır. Devlet aracılığıyla bireysel hakların tamamen reddedildiği hukuk düzenini mutlak olarak temelsiz bulup yasaüstü hukuka müracaat edilmemesini eleştirmiştir. Adalet ve hukuki güvenlik arasında uyuşmazlık ortaya çıktığı takdirde hukuki güvenliğin mutlak olarak ön planda tutulması gerektiği görüşünden de vazgeçmiştir[226]. Çalışmanın devamında Radbruch'un savaş sonrası dönemdeki düşünce sisteminin temelini oluşturan Radbruch formülünün incelenecek olması sebebiyle, hukuk ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi ilgili başlıklar altında verilecektir.

2.4. Radbruch Formülünün Oluşumu

Radbruch, bu formülü oluştururken dönemindeki adaletsiz hukuk düzeninden etkilenmiştir. Özellikle ceza hukuku alanında meydana gelen adaletsiz yargılamalar, Radbruch formülünün esas oluşturulma nedenidir. Yani Radbruch formülü, teorik kaygılardan çok pratik bir ihtiyaçtan dolayı doğmuştur. Radbruch'un asıl gayesi, pratik bir yarar sağlamak olsa da bu çalışması teorik alandaki eksikliği de doldurmuştur. Radbruch, Nazi rejiminin hukuk sistemini çok başarılı bir şekilde kullanıp yapılan adaletsizliklere karşı hukuku bir araç olarak kullandıklarını belirtmiştir[227].

Hukuki pozitivizmde yasaların temelinin adalet olmaması halinde ve yasaların içeriğinin sorgulamadan onlara uyulması olumsuz sonuçlar doğurabilir. Nazizmin hukuki pozitivizmin en katı uygulamalarından biri olduğunu belirten görüşler[228]

---

225 Radbruch, Gustav, Five Minutes of Legal Philosophy, Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Standley L. Paulson, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 26, No: 1, 2006, s. 15; Radbruch Gustav, Beş Dakika Hukuk Felsefesi, Çeviren: Hayrettin Ökçesiz, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 1, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s. 67.

226 Haldemann, s.165; Uygur, Gülriz, Adil Olmayan Kural Karşısında Yargıç: Radbruch Formülü, Gürgan Çelebican'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2011, s. 101; Metin/ Heper, s. 25.

227 Mertens, Nazisizm and Radbruch's Thesis, s. 278, 279.

228 Uygun, Hukuk Teorileri, s. 69. Nazi rejiminde gizli yasalar söylentisi yayılmıştır. Hart tarafından eleştirilen makalede Radbruch, toplama kamplarında olan tüm öldürmelerin, gizli bir yasa ile

olmasına rağmen diğer bir görüş ise Hitler iktidarının hukuki pozitivist olmadığı yönündedir[229].

Nazi iktidarında uygulanan adaletsiz yasalar vasıtasıyla milyonlarca insan katledilmiş, vatandaşlıktan çıkarılmış ve bunların tüm mal varlıklarına el konulmuştur[230]. Bu adaletsizlikler ise, bazen geçmişe dahi yürütülen yasalar aracılığıyla yapılmıştır. Nazi iktidarı, hukuki pozitivizmi araç olarak kullanıp diktatörlük rejimine meşruluk kazandırmaya çalışmıştır.

Hitler'in "*Hukuk, devletin korunmasında zaaf yaratırsa, bir kenara bırakılabilir.*" veya "*Halkın esenliği yasa maddelerinden üstündür.*" ifadeleri Hitler'in hukuk anlayışı hakkında bilgi vermektedir[231]. Hitler için hukuk veya yasalar sadece düşüncelerini gerçekleştirmek için bir araçtır. Kendi ifadelerinden de anlaşıldığı üzere hukuk eğer politikalarını uygulamasına engel olur ise bir kenara bırakabilir. Hitler'in katı bir hukuki pozitivist olduğunu söylemek yerinde değildir. Fakat kurduğu adaletsiz düzene, hukuku araç olarak kullanarak temel oluşturmaya çalışması Hitler'in hukuki pozitivist olarak değerlendirilmesine neden olmuştur.

Radbruch, yasa ve adalet ayrımını savunan hukuk kültürünün Almanya'yı Nazizme karşı savunmasız bıraktığını belirtmiştir. Pozitivist hukukun Nazizmin oluşmasına temel sağladığını belirtip, Nazi korkusunun asla tekrarlamamak üzere Almanya'da sona ermesini pozitivist hukuk kültüründen uzaklaşarak sağlanabileceğini vurgulamıştır[232].

2.5. Radbruch Formülünün İçeriği

Radbruch'a göre, hukukun üç temel direği vardır. Bunlar; hukuki güvenlik, adalet ve amaca uygunluktur. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu ögeler incelenecektir, fakat Radbruch formülünün içeriği açıklanırken de bu ögelerden yararlanılması gerekmektedir. Radbruch; adalet ve hukuk güvenliği arasındaki

---

hukukileştirildiği hakkında bir rapor olduğunu açıklar. Bkz. Fuller, Lon L., Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, Harvard Law Review, Volume: 71, No: 4, 1958, s. 651.

229 Mertens, Nazisizm and Radbruch's Thesis, s. 283. Nazi baskısı altındaki mahkemeler, yasa yorumlandığında yukardakilerin hoşnutsuzluklarına yol açacağı takdirde herhangi bir yasayı, bu yasa bizzat kendileri tarafından çıkarılmış olsa dahi, görmezlikten gelmeye hazırlardır. Bkz. Fuller, Positivism, s. 652. Nazilerin kendi hukuki düzenlemelerini dahi önemsememeleri aslında sıkı bir pozitivist olmadıklarını gösterir.

230 Uygun, Hukuk Teorileri, s. 71.

231 Sancar, s. 24.

232 Işıktaç, s. 309; Metin/ Heper, s. 23.

çatışmaya önceki çalışmalarında da değinmiştir[233]. Fakat Radbruch formülünün önemi, artık bu tartışmanın teoriden öteye geçerek bir çözüm önerisi sunmasıdır[234].

Radbruch'un Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk makalesinde yer alan Radbruch formülü; tahammül edilmezlik ve yadsıma/inkar olmak üzere iki parçadan oluşmaktadır. Formülün birinci parçasına göre, adaletten ayrılmak tahammül edilmez seviyeye ulaştığı zaman yasa, adalet karşısında geri çekilip hukuki geçerliliğini kaybeder[235].

Formülün ikinci parçasına göre, adaletin özü olan eşitliğin yasama faaliyetinde bilinçli olarak uygulanmaması halinde pozitif yasalar hukukilik özelliklerini kaybederler[236]. Bu takdirde pozitif yasa artık hukuki uyuşmazlıklara uygulanmaz. Adaletin özü olan eşitliğin göz ardı edilerek adaleti bilinçli olarak ihlal[237] eden pozitif yasa, sadece adalete aykırı olmayıp hukukun doğasından da bütünüyle yoksundur. Yadsıma tezi, hukukun kavramsal niteliğiyle ilgilenerek neyin hukuk olup neyin hukuk olmadığını ayırt etmeye çalışmaktadır[238].

---

233 Radbruch, Gustav, Vorschule der Rechtsphilosophie, Vandenhoeck & Ruprecht, 3. Auflage, Göttingen, 1950, s. 24 vd.

234 Bix, Brian H., Radbruch's Formula and Conceptual Analysis, American Journal of Jurisprudence, Volume: 53, 2011, s. 47; Aydın, Dönemsel Vurgu, s. 23.

235 Radbruch, Gustav, Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law, Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Standley L. Paulson, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 26, No: 1, 2006, s. 7; Metin/ Heper, s. 21; Saliger, F, Content and Practical Significance of Radbruch's Formula, КЛАСИКИ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА: ГУСТАВ РАДБРУХ, 2004, s. 68.

236 *"Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki çelişkiyi şu şekilde çözülebilir: meriyete ve güç tarafından güvenceye alınmış pozitif hukuk, muhteva bakımından haksız ve amaca uygunsuz olsa bile üstünlüğe sahiptir, zira pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi, 'yanlış yasa' olarak, adalet karşısında geri adım atmasını zorunlu kılacak derecede katlanılmaz bir dereceye ulaşmış olsun. Yasal haksızlık halleri ile yanlış içeriğine rağmen geçerli yasalar arasında kesin bir sınır çizmek imkansızdır. Fakat bir yerde kesin bir sınır çizilebilir; adaletin hedeflenmediği, adaletin özünü içeren eşitliğin pozitif hukuk yapılırken bilinçli olarak ihmal edildiği yerde yasa, yalnızca 'yanlış hukuk' değil, daha çok her türlü hukuki tabiatından yoksundur. Çünkü hukuk ve elbette pozitif hukuk da hedefleri bakımından adalete hizmet etmekle belirlenmiş bir düzen ve kural koyma olmaktan ziyade bir şey olarak tanımlanamaz."* Bkz. Radbruch, Statutory Lawlessnesss, s. 7.

237 Mertens'e göre bu formülde iki unsur olup, bunlardan ilki tahammül edilmezlik ile alakalıdır. İkincisi ise adaleti bilinçli olarak ihlal etme niyetiyle alakalıdır. Nazilerde ikincisi baskın olup, eşitliği geliştirme ve ona saygı gösterme niyeti yoktur. Bundan dolayı geçerli hukukun doğasına ulaşılamamıştır. Bkz. Mertens, Thomas, Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration, Ratio Juris, Volume: 15, No: 2, June 2002, s.191

238 Radbruch, (Statutory Lawlessness), s. 7; Nazi İdeloğu Alfred Rosenberg'e göre, "*İnsanlar birbirine benzemez, katilleri birbirine benzemez, pasifist Jaures'in katili, Fransa'da milliyetçi Clemenceau'yu öldürmeye kalkışmaktan daha farklı bir bakış açısıyla değerlendirmektedir. O yüzden vatanperverlik hisleriyle suç işleyen failin, (Nazilerin gözünde) halka zarar verici motiflerle suç işleyenlerle aynı cezaya çaptırılması imkansızdı.*". Naziler, adaletin temel ereklerinden biri olan eşitlere eşit muamelede bulunmaya karşı çıkmışlardır. Bundan dolayı, hukuk doğasından bütünüyle yoksun kalıp yanlış bir hukuk olmanın ötesinde, hiçbir şekilde hukuk değildir. Bkz. Metin/ Heper, s. 21.

Konularındaki farklılığa rağmen iki formülün[239] de adalete yaptığı vurgu açıktır. Radbruch makalesinde; ikinci formülün, birinci formülün somutlaştırılmış hali olup onun bir uygulaması olduğunu açıklamıştır. Buna rağmen bazı yazarlar, bunların birbirinden bağımsız iki formül olduğunu belirtmişlerdir. Yargıçlar ise davalarda, ilk formülü uygulamaya eğilimli iken yasa koyucunun subjektif niyetleriyle ilgilenen ikinci formülü uygulamakta tereddüt etmişlerdir[240].

Ayrıca, formülün ikinci yarısı olan yadsıma tezinde geçen hukukun tabiatı kavramı, tartışmalara sebep olmuştur. Bazı yazarlar, Radbruch'un hukukun tabiatı ve geçerliliği ile ilgili yaptığı açıklamalardan yararlanarak, formülle yargıçlara bir direktif vermenin ötesinde genel bir hukuk teorisi oluşturulmaya çalışıldığını belirtmişlerdir. Diğer grupta olanlar ise, tek gayenin yargıçlara bir çözüm önerisi sunmak olduğunu belirtmektelerdir[241]. Bix'e göre, Radbruch'un esas gayesi ise, geçerli olan hukuk ile geçersiz hukuk ayrımı yaparak bir teori oluşturmak değil aşırı adaletsiz olan yasaların uygulanmasına engel olmaktır[242]. Bu hususta akla ilk gelen soru ise, eğer Radbruch'un tek amacı yargıçlara birtakım direktifler vermek idi ise, bunu neden doğrudan yapmayıp hukuki geçerlilik hakkında bazı ifadelerde bulunarak belirttiğidir? Bu noktada ise konunun aydınlatılması için; dönemin koşulları, hukuki ve politik kültür gibi faktörlerin incelenmesi gerekmektedir. Radbruch'un, yargıçlara sunduğu bu reçeteyi, bir hukuk tanımı içerisinde vermesinin nedeni de dönem koşullarıdır. O dönemde, yargıçların yasayı her durumda eksiksiz olarak uygulamaları konusunda genel bir kanaat vardı. Yargıçlara, yasaları düzeltmesi veya geçersiz kabul etmesi hususunda tavsiye vermek ise genel olarak çok zordu. Bix ise, Radbruch'un hukukun geçerliliği ile ilgili yaptığı bu açıklamalar aracılığıyla yargıçlara öneri verdiği kanaatindedir[243].

---

239 Işıktaç, iki formülü şu şekilde sıralamıştır; adaletten uzaklaşmanın tahammül edilemez duruma ulaşması ve mevcut hukukun adaleti tesis etmek için bir girişim olmaktan yoksun olmasıdır. Yani formülün ikinci kısmında yanlış hukuk yanlış olmakla kalmamakta ayrıca özünü de yitirmektedir. Bkz. Işıktaç, s. 308.

240 Bix, Conceptual Analysis, s. 46, 47; Haldemann, s. 166. Bazı yazarlar ise ilk formülün yargıçlar için ortaya konduğunu, ikinci formülün ise doğal hukukun olması gereken hukuka yaptığı vurgu olarak değerlendirmiştir. Bkz. Bix, Brian; Robert Alexy, Radbruch's Formula and the Nature of Legal Theory, Rechtsheorie, Volume: 37, 2006, s. 141.

241 Bix, Conceptual Analysis, s. 51, vd. İki grup da Radbruch'un hukuki karar verme sürecine ilişkin bazı tavsiyeler verdiğini kabul etmektedir. Bu konuda bir tartışma yoktur.

242 Bix, Conceptual Analysis, s. 53.

243 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bix, Conceptual Analysis, s. 51 vd. Dönemin koşulları farklı olsa dahi, Radbruch'un sadece yargıçlara bazı direktifler vermek maksadıyla formülü oluşturduğunu düşünmek zordur. Yargıçlara bir çözüm önerisi sunan formül, aynı zamanda hukuki güvenlik ile adalet arasında oluşan gerilime dikkat çekip doğal hukuk pozitivist hukukun yeniden düşünülmesine yardımcı olmaktadır.

Adalet, hukuki güvenlik ve amaca uygunluğun her zaman tam anlamıyla yerine getirilmesi zordur. Birinin uygulanması, bazı noktalarda diğer ikisinin ihmal edilmesine neden olabilmektedir. Radbruch, savaş öncesi eserlerinde hukuki güvenlik ve adalet arasında çatışmanın olduğu durumlarda hukuki güvenliğe öncelik verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yani hukuki güvenliğin varlığı adalet ve amaca uygunluktan daha önemlidir. Adaletsiz yasaları uygulamayan yargıç, en son uygulanabilir bir yasa bulamayabilir bu da hukuki güvenliği tehdit etmektedir[244].

Savaş sonrasında ise, sebep olunan ağır insan hakkı ihlallerine sadece hukuki güvenlik ile çözülemeyeceği açıkça anlaşılmıştır. Nasyonal Sosyalist hukuk düzeninin sorumlularını bulmak ve tahammül edilemez derecede olan adaletsizlikleri düzeltmek maksadıyla Radbruch formülü ileri sürülmüştür. Yasaya adaleti ağır şekilde ihlal etmesi halinde dahi, sadece yasa olması sebebiyle itaat etmenin, büyük zararlara sebep olduğu açıktır.

> *"Nasyonal Sosyalistler, 'Emir, emirdir' 'yasa, yasadır' maksimleri aracılığıyla kendine tabi olanları, askerleri ve hukukçuları saygıyla bağlamanın yolunu bulmuştur. Önceki eğilim, her zaman onun uygulanabilirliğiyle sınırlıydı; askerlerin suç amacına hizmet eden bir emire itaat yükümlülükleri yoktur. Diğer taraftan 'yasa, yasadır' maksimi hiçbir sınır tanımamaktadır. Bu pozitif hukuk düşüncesinin, Alman hukuk düşünleri arasında tartışmasız olarak on yıllardır kabul gördüğünü göstermektedir."*[245].

Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk makalesinin ilk satırlarında yer alan bu cümleler Radbruch formülünü açıklamakta çok önemlidir. Yasanın içeriğinde ve adaletle olan ilişkisine hiçbir inceleme yapılmadan sadece hukuki bir norm olması sebebiyle kayıtsız olarak uygulanması telafisi güç zararlar doğurmaktadır. Almanya'da bahsi geçen dönemlerde hukukçuların derin bir saygı beslediği hukuki pozitivizm düşüncesi, Hitler'in hukuk aracılığıyla birçok adaletsizliğe imza atması ile sonuçlanmıştır.

Hukuk düzeni eğer adaleti açıkça yadsırsa hukukçuların ve halkın bu yasaya karşı direnme hakları ortaya çıkmaktadır. Fakat yargıçlar, bu yasaları uygulamaktan kaçınırken ilkesiz ve keyfi bir şekilde davranmamalıdır. Yasaların hukuki karakterlerini

---

244 Spaak, Torben, Meta Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch, Law and Philosophy, 2009, No: 28, s. 269 vd.

245 Radbruch, Statutory Lawlessness, s. 1.

yitirmiş olduklarını gerekçe göstererek uygulanmaz olduğunu belirtmelidirler. Tahammül edilemez derecede adalete aykırı bir yasanın[246] uygulanması yargıçları sorumluluktan kurtaramaz. Yasayı çıkaranlar gibi uygulayanlar da bu adaletsiz yasa karşısında sorumludur. Radbruch, biraz daha ileriye giderek tahammül edilmez derecede adalete aykırı olan yasaları uygulanmamayı hak değil bir sorumluluk olarak gördüğünü belirtmektedir. Bu yasaları uygulayanlar da döneminin yazılı ve geçerli hukukuna uydukları gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacaklarını ayrıca belirtmiştir[247].

Radbruch, yazılı yasanın dayanması gereken insan hakları ve adalet düşüncesinin mutlak itaatin kaynağı olarak belirtir. Yazılı yasaların dayanması gereken temel, doğal hukuk ve evrensel insan haklarıdır. Radbruch'un tahammül edilemez derece de adalete aykırı yasaların ihmal edilmesi noktasında yaptığı vurgu yasasızlığa yaptığı övgü anlamına gelmez[248]. Aksine yasalar var olmalıdır, fakat bu yasaların üzerinde olan doğal hukuk ilkeleri ve adalet hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir[249].

Radbruch'un pozitif hukuk ve doğal hukuk arasında üçüncü bir yol benimsediğini daha önce de vurgulamıştır. Radbruch devletin içinde bulunduğu hali, olağan dönem ve olağan üstü dönem olmak üzere ikiye ayırmıştır. Olağan dönemlerde hukuki güvenlik ön plandadır. Olağanüstü dönemler de ise adalet ön plana geçmektedir. Yani iki ögeden birine kayıtsız üstünlük tanınmamıştır[250]. Radbruch, ayrıca neyin adil

---

246 Bir yasanın hangi noktada tahammül edilemez dercede adalete aykırı olduğunu belirlemenin zorluğunu belirten düşünürler mevcuttur. Bkz. Künzler, Adrian, Judicial Legitimacy and the Role of Courts: Explaining the Transitional Context of the German Border Guard Cases, Oxford Journal of Studies, Volume: 32, No: 2, s. 364. Fakat adaletsizliğin birçok kişi tarafından açık bir şekilde tespit edilebildiği noktada artık bu tartışmadan söz edilmez. Toplumun tüm üyelerinin aynı görüşte olmalarını beklemek yerine, çok büyük bir çoğunluğun bu görüşte olması yeterlidir. Çünkü, yasayı koyanlar ve onların destekçilerinin de toplumunun üyesi olduğunu düşünülürse tam bir görüş birliğini sağlamak imkansızdır.

247 Aydın, Melike Belkıs, İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İthaki Yayınları, 2. Baskı, 2017, s. 116, 117.

248 Alexy, pozitivist olmayan görüşlerin hukukilik ile ahlakilik arasındaki ilişkiyi açıklarken üçe ayrıldığını belirtir. Bunlardan ilki, ahlaki açıdan sorunlu olan her türlü kuralın hukuki geçerliliğini yitireceğini, ikinci grup ise sadece bazı durumlarda geçerliliğini yitireceğini savunur. Üçüncü görüştekiler ise, ahlaki açıdan yoksun olmanın hukuki geçerliliği etkilemeyeceği yönündedir. İlk görüş çok radikal olup savunucusu pek azdır. Bkz. Uygur, Hukuki Pozitivizm, s. 101. Bu bakımdan değerlendirildiğinde erken ve sonraki dönem çalışmalarında hukuk ve ahlak arasında bir ilişki olduğunu belirten Radbruch'un, Nazi dönemi öncesinde, üçüncü gruba dahil olduğu söylenebilir. Sonraki dönemde ise, ikinci grubun savunucularından olmuştur. Bkz. Arslan, s. 29.

249 Uygur, Radbruch Formülü, s. 101. Aydın, Kötü Kurallar, s. 118, 119.

250 Metin/ Heper, s. 35; Leawoods, s. 503 vd.; Haldemann, s. 166, 167; Bix, Conceptual Analysis, s. 48 vd. Fakat bu ayrımdan Radbruch formülünün olağan veya olağanüstü dönemde uygulanması gerektiği sonucu çıkarmak doğru değildir. Tahammül edilemeyecek derecede adalete aykırı bir yasa ister olağan dönemde isterse de olağanüstü dönemde olsun, bu yasanın uygulanması doğru değildir.

veya neyin doğru olduğunun belirlenemediği durumlarda hukuki güvenliğe kesin olarak üstünlük tanınması gerektiğini belirtmiştir[251].

Adaletin esasen sürekli istikrar sağladığını, fakat adaleti güçlü bir şekilde ihlal eden her istikrar düşüncesinin, kendisiyle korunulmaya çalışılan istikrarsızlıktan daha kötü bir istikrarsızlığa sebep olduğu açıktır[252].

Nazi döneminde olduğu üzere tahammül edilemez derecede adaletsiz uygulamalarda bulunulan bir iktidar olduğu zaman, olağanüstü dönemin olduğu söylenebilir. Bu dönemlerde daha önce belirttiğimiz üzere hukuki güvenlikten ziyade adalet ön plana alınmalıdır. Fakat olağan dönemlerde, hukuki güvenlik ve hukuki uyuşmazlıklara uygulanacak yasaların önceden belirlenmiş olması önemlidir. Yasaların temelindeki adalet ereği hep var olmakla birlikte, hukuki güvenliğe yapılan vurgu olağan dönemlerde daha fazladır.

2.6. Radbruch'a Göre Hukukun Üç Temel İlkesi

Radbruch; adalet, hukuki güvenlik ve amaca uygunluk olmak üzere üç ilkenin hukuk düzenin olması gerektiği gibi işleyebilmesi için çok önemli olduğunu belirtmiştir. Kendi ifadelerinden yararlanılarak bu ilkeler açıklanmaya çalışılacaktır.

2.6.1. Adalet[253]

Radbruch'a göre adalet, hukukun yönelmesi gereken asıl amaçtır[254]. Hukuk adalete hizmet eden bir gerçekliktir[255]. Fakat adalete; hukuki güvenlik ve amaca uygunluğun eşlik etmesi gerekir. Bu üç unsurdan birinin diğerine mutlak olarak üstünlüğü olmamakla birlikte, adaletten yoksun olan yasalar hukuki geçerliliklerini ve hukuki karakterlerini kaybedeceklerdir[256].

---

251 Leawoods, s. 494.

252 Ökçesiz, Hayrettin, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: "Radbruch Formülü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 56, 2005, s. 172.

253 Adalet kelimesi Arapça'da "*adl"* kökünden gelmektedir. Adl kelimesi; doğru, dürüst, düz, dengeli anlamların çağrıştırmaktadır. Esas olarak adalet hak edene hak ettiğini vermektir. Aşırı adaletsizlik hali ise zulüm olarak tanımlanmaktadır. Osmanlı'da da padişahın zulme sebep olmaması ve zulme sebep olanların cezalandırılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Osmanlı'da kanunsuz vergi toplamak, kanunsuz iş yaptırmak ve zor kullanarak menfaat sağlamak zulüm olarak değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güriz, Adnan, Adalet Kavramının Belirsizliği, Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu Seminerler Dizisi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 22 vd.

254 Radbruch, Gustav, Hukuk Kavramı, Çeviren: Melike Belkıs Aydın, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2015, s. 145.

255 Radbruch, Hukuk Kavramı, s. 147.

256 Radbruch, Hukuk Kavramı, s. 145; Aydın, Kötü Kurallar, s. 124.

Radbruch, adaleti subjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Subjektif adalet ile objektif adalet arasındaki ilişkiyi hakikat ile gerçeklik arasındaki ilişkiye benzetmektedir. Subjektif adalet, erdem olarak adalettir; yani kişisel bir özelliktir (örneğin; adil yargıç). Objektif adalet ise, iki insan arasındaki ilişkinin sonucunda doğan adalettir (örneğin, adil bir ücret). Objektif adalet birincil, subjektif adalet ise ikincil öneme sahiptir. Bu yüzden Radbruch, objektif adaleti daha sıklıkla vurgulamıştır[257].

İkinci olarak Radbruch, dağıtıcı ve denkleştirici adalet ayrımına değinmiştir. Denkleştirici adalet, başarının ve başarısızlığın mutlak eşitliği olarak tanımlanabilir. Dağıtıcı adalet ise kişilerin özel durumları ve yetenekleri göz önüne alınarak davranmayı savunan adalet biçimidir. Radbruch, özel hukuku, eş konumda olan insanların hukuku; kamu hukukunu ise, üst ve ast konumlu insanların hukuku olarak açıklamaktadır. Bu çıkarımdan yola çıkarak denkleştirici adaleti özel hukukun, dağıtıcı adaleti ise kamu hukukunun adaleti olduğunu belirtmektedir[258].

Adalet kendi içinde genellik ve hakkaniyet arasında bir gerilim taşır. Hakkaniyet; tekil olay ve kişilere göre davranma yani bireyselleştirilmiş adalet biçimidir. Her tekil duruma göre ve ona özgü adalet uygulamak mümkün değildir. Aşırı hakkaniyet, bazı durumlarda adaletsizliğe yol açabilir. Fakat genelliğin de bir sınırı vardır, özel kurallar da genel olanın bir biçimidir. Bundan dolayı, hakkaniyet göz ardı edilmeden genelleştirilebilir niteliklere sahip kurallar oluşturmak adaletin amaçlarından biridir[259].

Radbruch; hukuku, idesi olan adalete yönelmiş gerçeklik diye tanımlamaktadır. Bu tanım hukukun içeriğinden ziyade biçimini belirlemektedir[260]. Radbruch, savaş öncesi zamanda şekli adalete vurgu yaparken savaş sonrası dönemde ise daha çok esasa ilişkin adalete önem vermeye başlamıştır[261].

Adalet eşit olana eşit, eşit olmayanlara ise farklı davranmayı öngörmektedir. Radbruch, mevcut eşitlik ve eşitsizliklerden yola çıkmaktadır. Fakat dağıtıcı adaletin bu

---

257 Aydın, Kötü Kurallar, s. 126; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 24.

258 Radbruch, Hukuk Kavramı, s. 146; Aydın, Kötü Kurallar, s. 127. Radbruch'un kamu hukuku tanımı devleti içermemesinden ötürü eksiktir. Ast ve üst konumlu insanlardan ziyade devlet ile kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalına kamu hukuku denir. Sosyal devletin gereği olarak devletin bazı alanlarda (örneğin; vergi adaletini sağlamak için vergi hukukunda) dağıtıcı adaleti uygulaması gerekir. Fakat genel olarak böyle bir çıkarımda bulunmak doğru değildir.

259 Radbruch, Hukuk Kavramı, s. 147; Aydın, Kötü Kurallar, s. 127 vd.; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 24, 25.

260 Spaak, s. 267; Metin/ Heper, s. 31; Aydın, Kötü Kurallar, s. 124.

261 Haldemann, s. 170; Spaak, s. 267.

tanımından yola çıkarak kimin kime eşit olduğu veya kimin kimden farklı olduğunu belirlemek güçtür[262]. Bu tanımı, eşitlik ilişkisinin biçimsel niteliklerini açıklamakla birlikte eşitlikçi davranma hakkında bir şey söylememiştir. Bundan dolayı adalet, amaca uygunluk ile doldurularak bu eksiklik giderilmeye çalışılmalıdır[263].

2.6.2. Amaca Uygunluk

Formel ve soyut eşitlik kavramı, doğru ve adil bir normun içeriğinin neyin oluşturduğu noktasından daha ileri bir açıklama yapmaz. Hukukun somut içeriği, insanların eşitliği ve eşitsizliği ancak hukukun amacına atıf yaparak çözümlenebilir. Amaca uygunluk, rölatif bir kavram olup belli yer ve zamanda o dönemdeki felsefe, politika, ekonomi ile belirlenir[264].

Radbruch, amaca uygunluğu adaletin içinin doldurulması olarak tanımlamaktadır. Amaca uygunluk, hukukun kendisine bir amaç olarak belirlediği şeye nasıl ulaşacağını açıklamaktadır. Hukukun hizmet edebileceği farklı etik değerler mevcuttur. Hukukun amaç edineceği değere göre, farklı düzenler ve siyasal sistemler ortaya çıkmaktadır. Radbruch; bireycilik, toplumculuk, kültürel değerler olmak üzere üç temel değeri diğerlerinden önemli görerek açıklamıştır. Bu üç değer hukuka eşit olarak hizmet etmez[265]. Bazı siyasal sistemlerde bireycilik ön plana çıkarken bazılarında ise toplumculuk ön plana çıkmaktadır.

Bireycilik bakış açısında, birey ön plana çıkarılmaktadır. Bireyi amaç edinen bir hukuk sisteminde, birey ve bireyin bütünlüğü, toplumdan veya herhangi bir teknik, kültürel değerin üstündedir. Bireysellikte yasal düzen bireylerin haklarını korumak için bir araç olarak kullanılmaktadır. Bireyciliğin sloganı, özgürlük olmakla birlikte bu bakış açısında liberal ve demokratik sistemlere daha yakın bir bakış açısı mevcuttur[266].

Toplumculuk bakış açısında ise, toplum; birey ve kültürel değerlerden üstün tutulmuştur. Bu hukuk sisteminde kolektif toplum ve ulusa amaç olarak

---

262 Spaak, s. 268; Metin/ Heper, s. 31.

263 Işıktaç, s. 309.

264 Pock, s.62; Metin/ Heper, s. 31.

265 Chroust, s. 36; Pock, s. 61; Aydın, Kötü Kurallar, s. 130; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 27, 28.

266 Chroust, s. 37; Friedmann, Wolfgang, Gustav Radbruch, Vanderblit Law Review, Volume: 14, 1960, s. 200; Pock, s. 61; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 27.

yaklaşılmaktadır. Toplumculuğun sloganı iktidar ve güçtür. Faşist hukuk sistemine yakın bir bakış açısı mevcuttur[267].

Radbruch, son olarak kültürel değerlerin ön plana çıkarıldığı hukuk sistemini incelemiştir. Bu hukuk sisteminde insandan öte onun oluşturduğu eserler ön planda tutulmaktadır. Medeniyetin ürünlerinin meydana çıkarılmasında kurban edilen hayatlar, bu eserlerin daha önemli olduğunu göstermektedir. Sloganı, medeniyet ve kültürdür[268].

Radbruch'un hukuk felsefesinde bireysel (kişisel) değerler ön plandadır. Kişiyi aşan eserler ise objektif olmaları sebebiyle bireyin kendisini ve çıkarlarını göz ardı etmektedir. Ayrıca kollektif değerler; bireyi bulunduğu toplumun bir parçası görerek bireylerin çıkarları pahasına sadece toplumsal değerler ile ilgilenir. Bireyci bakış açısı ise, daha önce belirtildiği üzere bireyi her şeyin üstünde tutar. Genellikle tüm hukuki sistemler, bireyci bakış açısına uygun olarak sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisine dayanmaktadır. Radbruch'a göre, hukuk düzeni sadece bireysel hakları korumanın bir aracı olarak meşrulaştırılabilir[269].

2.6.3. Hukuki Güvenlik

Hukuki güvenlik ilkesi[270], temel olarak hukuk kurallarında sık sık değişiklikler yapılmak suretiyle hukuki istikrarı ve belirliliği yok eden kurallar düzenlenmemesini, geriye yürüyen kuralların kazanılmış haklara dokunmadan bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alması gerektiğini belirtmektedir. İnsanlar suçların ve cezaların yasalar ile düzenlenmiş ve belirli olmasını kendileri için bir güvence olarak görürler. Zamanın şartlarına göre suç olmayan bir davranışın bir süre sonra suç olarak kabul edilmesi hukuki belirlilik ve hukuki güvenliği ihlal eder.

Sınırlı olmayan hukuksuz bir gücün yalnızca bilinen bir kurala göre hareket etmediği için daha adaletsiz olduğu belirtilebilir. Yani hukuki güveliğin olmadığı bir iktidar aslında adaletsiz bir rejime de dönüşmektedir. Bu iktidardaki adaletsizliğin daha belirgin ortaya çıkarılması ise eylemlerine temel teşkil eden gizli emirlerinin tespit edilmesiyle sağlanır[271].

---

267 Chroust, s. 37; Friedmann, s. 200; Pock, s. 61; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 27.

268 Metin/ Heper, s. 31; Chroust, s. 37; Friedmann, s. 200; Pock, s. 61; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 27.

269 Friedman, s. 200 vd.; Metin/ Heper, s. 31, 32.

270 Hukukun karakteristik görünüm şekli kanun, devlet zorunun karakteristik haklılığı ise kanuniliktir. Bkz. Schmitt, s. 5.

271 Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 189.

Radbruch'a göre, insanların birlikte yaşayabilecekleri düzen rölativist anlayışa göre belirlenirse her bireyin farklı bir adalet anlayışına sahip olması olasıdır. Böyle bir düzenin kargaşa ortamına yol açacağı açıktır. Bu kargaşayı engellemek için, bireylerin fikir aykırılıklarının ötesinde tek bir düzen olmalıdır. Bu da hukukun üçüncü idesi olan hukuki güvenlik ile sağlanabilir. Yasa koyucu neyin hukuk neyin hukuk olmadığını belirler ki bu da hukuki güvenliği sağlar[272]. İçerik yönünden ne kadar adaletsiz olursa olsun, yasanın varlığı ile her zaman hukuki güvenliğin amacı kesinlikle gerçekleştirecektir[273].

Radbruch, hukuki güvenliğin tanımında dört önemli ölçüt saymaktadır. İlk olarak, geçerli hukuk yasa ile düzenlenmiş olmalıdır. İkinci olarak, yasa ile düzenlenmiş olan hukuk, olgular üzerine inşa edilmelidir. Yargıçların kişisel değer yargılarını somut olaya uygulamalarına imkân tanımamalıdır. Üçüncü olarak, hukuki bir yapıda temellendirilmiş olgular mümkün olduğu kadar tutarsızlıktan ari bir şekilde ortaya konmalıdır. Ve son olarak, geçerli hukukun çok kolay bir şekilde değiştirilmesini engelleyen düzenlemeler yapılmalıdır. Her düşüncenin kolayca yasalaşması uygun değildir[274].

Hukuk güvenlik yalnızca bireyler için değil, devlet için de geçerli olmalıdır. Yani devlet kendi koyduğu yasalar ile bağlı olmalıdır. Eğer devlet kendini yasalara bağlılıktan muaf görürse başarısızlık ile sonuçlanmış olur. Hukuki güvenlik, devletin de de yasalarla bağlı olmasını gerektirir. Eğer bu yasalara uymaktan kaçınır ise, onun hukuk koyma yetkisi sona erer[275].

Hukuki güvenlik ile adalet arasında sıkı bir ilişki mevcuttur[276]. Bireyler bugün uygulanan yasanın değişmediği takdirde gelecekte de uygulanacağını, aynı fiili

---

272 Pock, s. 62; Metin/ Heper, s. 32. *"Ortak birlikte yaşama düzeni, beraber yaşayan bireylerin hukuk anlayışlarına bırakılmaz zira bireylerin birbiriyle çatışan yönlere gitmeleri olasıdır. Bunun yerine bireylerin üstünde bir otorite tarafından tek düzenle yönetilmelidirler. Şayet hiç kimse neyin doğru/ adil olduğunu belirleyemiyorsa birisi neyin hukuki olduğunu söylemek, birbirine karşıt hukuki görüşler arasındaki çatışmayı sonlandırmak zorundadır. Bu irade tarafından yürürlüğe konulan hukuk, bunu yapmaya muktedirdir."* Bkz. Metin/ Heper, s. 32.

273 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 26. Kaosa karşı, kusurlu da olsa bir yasanın mevcudiyeti hukuki güvenliğin sağlaması açısından tercih edilebilir, ancak bu yasa düzeltilmelidir. Bkz. Işıktaç, s. 308.

274 Aydın, Kötü Kurallar, s. 131, 132; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 30.

275 Radbruch, Gustav, "Hukuk Devleti", Hukuk Devleti, Çeviren: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, Afa Yayıncılık, Sayı: 4, İstanbul 1998, s. 15.

276 Adalet aranmalı bununla birlikte adaletin bir parçası olan hukuki güvenli de korunmalıdır. Her iki ilkeyi de olanaklarınca gerçekleştirecek bir hukuk devletini yeniden inşa etmeliyiz. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 20.

işlemeleri halinde kendilerine verilen cezanın diğer bireylere de verileceğini öngörebilirlerse hukuki güvenliğin yanı sıra adalete de hizmet edilmiş olur[277].

Hukuki güvenlik ile adaletin birbirini tamamladığı noktalar olduğu gibi ikisinin birbiriyle çatıştığı noktalar da mevcuttur. Daha önce de belirttiğimiz üzere Radbruch, bir değeri mutlak olarak yüceltip diğerini göz ardı etmemektedir. Olağan dönemlerde hukuki güvenliğe yaptığı vurgu ve verdiği önem açıktır. Fakat adaletsizlik tahammül edilemez dereceye ulaştığı takdirde yasanın adaletin önünden çekilmesi gerekmektedir. Sadece hukuki güvenliği korumak maksadıyla yargıç, tahammül edilemez adaletsizliklere yasalar ile dayanak sağlanmasına müsaade etmemelidir[278].

2.7.4. İlkelerin Değerlendirmesi

Nazi dönemi öncesinde kaleme aldığı *Rechtsphilosophie* (Hukuk Felsefesi) adlı eserinde hukukun bu üç ilkesinin eşit olarak değerli olduğunu ve bunlar arasında çıkacak çatışma halinde kişinin kendi vicdanına başvurması gerektiğini belirtmiştir. Bir yargıcın ödevinin, hukukun geçerlilik talebini yerine getirmek, adil olan ile alakalı bireysel kanaatini hukukun emredici buyruğu karşısında kurban etmek ve adil olanı değil de yasal olanı sormalı olduğunu söylemiştir[279]. Radbruch, Nazi dönemi öncesinde yargıcın, hukuki güvenliğe daha fazla önem vermesi gerektiğini belirtirken üç ilkenin değerli olduğunu açıklayarak yine de mutlak bir üstünlük tanımamıştır.

Radbruch, üç unsurun da aralarında çatışmalı bir ilişki olduğunu belirtmekle birlikte bu çatışmanın felsefi katedral[280] gibi birlikte sürdürülmesi gerektiğini belirtir.

---

277 Francis Bacon'a göre; *"Belirginlik yasa için o kadar önemlidir ki onsuz yasa adil olamaz."*. Aydın, Kötü Kurallar, s. 131.

278 Aydın, Kötü Kurallar, s. 132. Radbruch, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla zilyetliğin kazanılmasını adalete aykırılık olarak değerlendirmiştir. Hukuka aykırı bir durumun belirli bir süre geçtikten sonra hukuki bir duruma dönüşmesi adalete aykırıdır. Bkz. Aydın, Kötü Kurallar, s. 132. Zilyetliğin asıl korunma amacı kamu düzenini tesis etmektir. Kamu düzeninde oluşabilecek muhtemel kargaşayı engellemek maksadıyla da böyle bir düzenleme getirilmiştir. Zilyetliğin adaletsiz bir şekilde ele geçirilmesinde Radbruch formülünün uygulanabilmesi için adaletsizliğin tahammül edilemez düzeye ulaşması gerekir. Radbruch formülünün Nazi yönetiminde olan uygulamaları incelediğinde bu çıkarımı kolay bir şekilde yapabilmekteyiz. Fakat zilyetliğin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla elde edilmesinde, somut olaya bakmak gerekirse de adaletsizlik bu noktaya ulaşmamıştır. Bu yorum yöntemi ile yargıçların her adaletsizlik düşüncesini kararlara yansıtmaları engellenip tahammül edilemez düzeydeki adaletsizliklerin oluşması engellenecektir.

279 Bix, Conceptual Analysis, s. 48.

280 Yazar buradaki ifade ile üç unsur arasında kesin bir sonuca ulaşmanın yanı sıra, bu unsurlar arasında yapılan felsefi tartışmaların devam etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Aydın, Kötü Kurallar, s. 133.

Hukuka ilişkin çelişkileri çözmenin her zaman bir zorunluluk olmadığını belirten yazar, onları dengede tutmanın önemli olduğunu söylemiştir[281].

Amaca uygunluk, hukuki güvenlik ve adaletin birbiriyle çatıştığı noktalar olduğu gibi birbirlerini tamamladıkları noktalar da mevcuttur. Adaletin biçimsel doğasının içeriksel olarak doldurulması gerekmekte olup bu da amaca uygunluk ile sağlanabilmektedir[282].

Radbruch, amaca uygunluğun her zaman genel geçer bir saptamaya izin vermediğini belirterek, belli durumlarda keyfiliğe yol açabileceğini ifade etmiştir[283]. Bu keyfiliğin önlenmesinde ise hukuki güvenlik önem arz eder. Amaca uygun bir hukuk düzenin kurulması, pozitiflik ve hukuki güvenlik ile yakından ilişkilidir. Çünkü amaca uygun normlar, ancak hukuki güvenliğin mevcut olduğu bir hukuk düzeninde varlığını sürdürebilir.

Nasyonal Sosyalist iktidar, amaca uygunluğa diğer ilkelere göre daha çok önem vermiştir. Naziler; bireyi amaç edinen, insan haklarını üstün tutan bir hukuk düzeni yerine birey üstücülüğü (toplumculuk) amaç edinen hukuk düzeninin bir uç noktasını uygulanmışlardır. Nasyonal Sosyalizmin temel amacı, saf Alman ırkını korumaktır[284]. Naziler, bu amacı yerine getirmek için hukuku bir araç olarak kullanmışlardır. Hitler'in hukuki pozitivist olduğunu savunan görüşler olmasına rağmen Hitler bu ilkeyi, amacını gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanmıştır.

Hukuk ile amaca uygunluğun ilişkili olmasından da anlaşılacağı üzere, devletin temel aldığı amaç, toplumda oluşan hukuk düzenini etkiler. Nazi döneminde olduğu gibi, amaca uygunluğun temeline toplumsallığın yerleştirilmesi, bireyin ve bireysel hakların ikinci plana atılması demektir. Bu iktidarda, her ne kadar devlet benimsediği amaca uygun icraatlar yapsa dahi adaletsiz düzenlemeler ortaya çıkacaktır. Adaletin belirsiz sınırlarını doldurmasında, birey dışında başka bir amacın kullanılması olumsuz

---

281 Aydın, Kötü Kurallar, s. 133. Hukukun üç ilkesinin birbiriyle olan ilişkisinin şematik bir özeti için bkz. Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 32.

282 Aydın, Kötü Kurallar, s. 134. Adalet ve amaca uygunluk (ortak yarar) asla tam bir birlik içerisinde değildir. Bundan ziyade ancak uzlaşma ile somut olaylarda karşılıklı fedakarlıkla çözülebilecek gerilim ilişkisi içerisindedir. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 20; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 32.

283 Aydın, Kötü Kurallar, s. 134; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, s. 32.

284 Göze, s. 375 vd.; Aydın, Kötü Kurallar, s. 134, 135. Rosenberg'e göre; yasalar ve devletler gelip geçerler fakat ulus varlığını daima sürdürür. Nazi iktidarında önemli bir isim olan Rosenberg de bu ifadeleriyle, Nazizimdeki asıl amacın yasalar ve hukuki düzenden ziyade ulusun varlığı olduğunu belirtmiştir.

sonuçlar doğurabilir. Adaletli bir düzen ise ancak bireyin ön plana alındığı bir toplumda sağlanabilir.

Radbruch, her ne kadar üç ilkeyi de hukukun temel direği olarak kabul etse de adaleti, hukukun idesi[285] olmasından dolayı daha farklı bir yere koymuştur. Hukuki güvenliğin ise amaca uygunluktan daha üstün olduğunu belirtilerek bir sıralama yapmıştır[286]. Ancak, hukuki güvenliği amaca uygunluğun önüne koymak yerinde değildir. Uygun olmayan bir amaca hizmet eden devlet bunu pozitif hukuk ile güvence altına aldığı zaman adaletsiz uygulamalar ortaya çıkacaktır. Fakat aksi düşünüldüğünde, bireyi amaç edinmiş bir devlet bunu yasalar ile düzenlemedikçe yine keyfi uygulamalar olması kaçınılmazdır. Bundan dolayı üç ilkenin de birlikte değerlendirilmesi, hukuk düzenin inşasında önemlidir.

2.7. Radbruch Formülü Ekseninde Hart- Fuller Tartışması

Hukuk alanında yapılmış en önemli tartışmalardan biri olan Hart- Fuller[287] tartışması, Alman mahkemelerinin verdiği *"kinci muhbir"* olarak bilinen, kocasını ihbar eden kadının davasındaki karara dayanmaktadır. Tartışmanın çıkış noktası hukuksal pozitivizmin veya doğal hukukun uygulanmasındaki gerilimden doğmaktadır[288].

Davaya konu olan olayda 1944 yılında Alman bir asker, ordudan izinli olarak evini ziyaret ettiği esnada zaten başka bir erkekle ilişkisi olan ve kocasından ayrılmak isteyen kadın bunu fırsat bilerek Nazi rejimi ve Hitler hakkında hakaret içeren ifadelerde bulunması nedeniyle kocasını Nazi yetkililerine ihbar etmiştir. Yürürlükteki Nazi yasalarına göre Hitler ve Nazi rejimi hakkında hakaret içeren ifadelerde bulunmak açıkça hukuka aykırıdır[289]. Askeri mahkemede yargılanan koca ölüm cezasıyla

---

285 Işıktaç, s. 309.

286 Adalet amaca uyguluktan üstündür. Hukuki güvenlik ise amaca uygunluğa göre önceliklidir. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 21. Bu ilkeler değerlendirildiğinde amaca uygunluğu (ortak yarar) son sıraya koymak zorundayız. Hiçbir zaman halka yararlı olan şey (amaca uygunluk) hukuk değildir. Aksine hukuk, hukuki güvenliği sağlayarak adalete yönelir. Bunun sonucunda da halka yararlı olur. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s.20.

287 Hart hukuki pozitivizme yakın görüşlere sahipken, Fuller'in görüleri ise hukuk değerlere dayanan Radbruch'a daha yakındır. Bkz. Pappe, H. O., On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, The Modern Law Review, Volume: 23, No: 3, 1960, 260.

288 Metin/ Heper, s. 37.

289 Aktaş, Sururi, Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 91, 92. Savunmanın dayandığı 1938 tarihli yasa, Alman Silahlı Kuvvetlerindeki hizmet yükümünü yerine getirmeyi alenen reddi veya buna teşvik ederek ulusal savunma gücünü, Alman halkının iradesini yok etmeyi veya zayıflatmayı ölüm cezası ile cezalandırmaktadır. 1934 tarihli yasa ise, Alman Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi'nin önde gelen

cezalandırılmış fakat bir süre cezaevinde kaldıktan sonra cezası infaz edilmeden tekrar cepheye gönderilmiştir. Nazi rejimi değiştikten sonra kocasını ihbar ederek cezalandırmasına sebep olduğu gerekçesiyle yargılanan kadın; hiçbir suç işlemediğini aksine yaptığı ihbarın Nazi rejimi dönemindeki 1934 ve 1938 tarihli iki yasaya[290] da uygun, hukuken meşru olduğunu ve eylemin suç oluşturmadığını belirterek kendisini savunmuştur[291].

Bamberg İstinaf Mahkemesi, bu davada kocanın yargılanıp ceza verildiği Nazi dönemi yasalarını vicdan ve adalet hislerine aykırı bularak dikkate almamıştır. Bamberg İstinaf Mahkemesi, "*eş olma sıfatıyla ihbar yükümlülüğünün olmadığı ve hakaret içeren sözlerin karı- koca arasında mahremiyet sınırları içinde kalan bir sohbet olduğu, hakaretin alenileşmediği*" gibi gerekçelere dayanarak kadının dolaylı fail[292] sıfatıyla 1871 tarihli Alman Ceza Yasası'na göre hürriyeti tahdit suçunu işlediğine karar verir. Eğer kocanın cezalandırıldığı yasaların geçerli olduğu kabul edilseydi, kadının ihbarı o dönemdeki yasalara göre suç sayılmayacaktır[293].

Hart, 1958 tarihli makalesinde Radbruch formülünün ve ona dayanarak mahkemenin ihbar yasalarını başından itibaren geçersiz kabul eden uygulamalarının, yerinde olmadığını belirtmiştir. Hart'a göre, bu davada ya kadını cezasız bırakmak ya da geriye yürürlük gücüne sahip bir yasa çıkararak bu şekilde cezalandırmak gerekmektedir. Hart ikinci yolun hukukun belirlilik ilkesine daha uygun olacağı görüşündedir[294]. Kadını cezasız bırakmak ve cezada kanunilik ilkesini terk etme

---

veya devlete liderlik eden kişilerin hakkında kışkırtıcı beyanların hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Bkz. Metin/ Heper, s. 38.

290 Kriegsonderstrafrecht oluşturan yasanın 5. kısmı şu şekildedir. *"Her kim, Alman silahlı kuvvetleri veya Almanya'nın müttefiki olan silahlı kuvvetlerdeki askerlik mükellefiyetini yerine getirmeyi reddetmeye tahrik veya teşvik ederse yahut Alman halkının veya düşmanlarına karşı kendini Almanya'nın sadık müttefiki addeden halkların direnme iradesini alenen yok etmeye veya zayıflatmaya teşvik veya tahrik ederse; ölüm cezasıyla cezalandırılacaktır."* Bkz. Fuller, Positivism, s. 653.

291 Fuller, Positivism, s. 652 vd.; Pappe, 261 vd. Benzer bir dava için bkz. Metin/ Heper, s. 44; benzer bir şekilde Hitler aleyhindeki ifadeleri gerekçe göstererek şikayetçi olan kadın; eşinin idam cezasına çarptırılmasına sebep olmuştur.

292 Pappe, s. 267. Dolaylı faillikte; suçun kanuni tanımında yer alan fiili yapan kişi, cezai anlamda kusurlu değildir. Bu durumda da görünürde suçu işleyen kişi bir araç olarak kullanılmıştır. Dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişi cezalandırılmazken, dolaylı fail başkasına işletmiş olduğu fiili sanki kendi işlemiş gibi cezalandırılır. Somut olayımızda, kadının mahkemeleri araç olarak kullanılmak suretiyle dolaylı fail olduğuna karar verilmiştir. Alman Yüksek Yargısının içtihatlarıyla geliştirdiği *"mahkemelerin araç olarak kullanılması suretiyle dolaylı* faillik" kurumuna, Türk Ceza Hukukunun teorisinde veya pratiğinde uygulanmasına rastlanmamaktadır. Bkz. Metin/ Heper, s. 43, vd.; Radbruch, Statutory Lawlessness, s. 9.

293 Mertens, Grudge Informer, s. 199 vd.; Aktaş, Fuller, s. 93.

294 Dyzenhaus, David, The Grudge Informer Case Revisited, New York University Law Review, Volume: 83, 2008, s.1004; Metin/ Heper, s. 38, 39. Hart'ın geriye yürürlük gücü olan yasalar

kötülüğü arasından birinin seçilmesi gerektiğini belirten Hart, kanunilik ilkesini terk ederek yasaları geriye yürütmenin[295] daha uygun olacağını belirtmiştir. Hart'a göre, her toplumun kendine has bir sosyolojik hukuk pratiği mevcuttur. Nazi dönemindeki yasalar, baskıcı veya ahlaka uygun olmamalarından öte biçimsel olarak uygun oluşturulmuş yasalardır. Bundan dolayı bu yasalar hukuksal olarak geçerlidir[296].

Fuller ise Hart'ın aksine, Radbruch formülü ve Alman mahkemelerinin bu formüle dayanarak verdiği kararları yerinde olduğunu savunmaktadır. Nazi döneminde yapılan her şeyi yasadışı saymak imkansız olmakla birlikte bu dönemde hukuk adına yürürlüğe koyulan her yasayı da hukuk olarak kabul etmek mümkün değildir. Fuller, Hart'ın Nazi dönemindeki tüm yasaların geçerliliği hususunda esaslı bir eleştiri yapmadan hukuk olarak kabul etmesine karşı çıkmıştır. Hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin koparılması, siyasal iktidarın diktatörlüğe yaklaşan bir yönetim sergilemesine imkan tanımaktadır. Hukuki pozitivizmi savunan hukukçular hukukun içsel ahlakına duyarsız kalmışlar ve hukuk adına yapılmış her yasayı hukuk kabul etmişlerdir. Buna bağlı olarak Fuller, Alman hukukçularının bu yaklaşımının Nazizimin güçlenmesinde etkili olduğunu belirtmektedir[297]. Fuller'e göre, Nazi dönemindeki tüm yapılanları yasadışı olarak değerlendirilmek nasıl mümkün değilse, bu süreçte hukuk adına yapılan her şeyi de hukuk olarak tanımak yine mümkün değildir[298].

Hart ve Fuller'in görüşlerindeki farklılığın temel noktası hukuk kavramını oluşturan fikirler arasındadır. Hart, hukuksal pozitivizmde yer alan ayrılabilirlik tezi

---

çıkararak bunları uygulanmasının hukukun belirlilik ilkesine, o dönemki yasaları uygulamaktan daha çok hizmet ettiği görüşüne katılmamaktayız. Geriye yürüyen bir yasa hukuki belirlilik ilkesini ağır bir şekilde ihlal eder.

295 Fuller, içsel ahlak açısından geriye yürürlük gücüne sahip yasaların ne kadar tehlikeli olabileceğini görmek için bütün yasaların geriye yürür olduğu bir devleti düşünmemizin yeterli olduğunu belirtir. Bkz. Fuller, Positivism, s. 650, 651. Ayrıca Fuller, geriye etkili yasa, tek başına değerlendirildiğinde ya da hukuk düzenindeki muhtemel işlevi bir kenara bırakıldığında bir gaddarlık abidesi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 69. Fuller, geçmişteki hukuki düzensizlikleri onarıcı yasalara başvurmada genel bir artışın onsuz hukukun tek başına var olmayacağı hukuka ilişkin ahlaki formda bozulmayı temsil ettiğini belirtmiştir. Bu şekilde çıkarılan yasaların tehdidi bütün hukuk sisteminin temeline zarar verir ve hukuk olarak öğrenilen şeyi önemsiz hale getirir. İşlenildiği zaman cinayet olan bir eylemi yasal bir infaza dönüştürmek için üzere bu tür yasayı kullanmak isteyen bir hükümet, şüphesiz ki böyle genel bir tehdidin varlığına işaret eder. Bkz. Fuller, Positivism, s. 651.

296 Dyzenhaus, s.1005; Metin/ Heper, s. 39. Hart, pozitivizmin ayrılabilirlik tezini savunarak hukuk ve ahlak arasında esaslı bir ilişkinin bulunmadığını belirtmektedir.

297 Fuller, Positivism, s. 655; Metin/ Heper, s. 39, 40; Aktaş, Fuller, s. 91, 95.

298 Fuller, Positivism, s. 648. Fuller'e göre; Nazi dönemindeki tüm yasaları hukuk olarak kabul edilecek olursak söz konusu suçları işleyenler cezasız kalacaktır. Bu da şüphesiz savunulamayacak bir sonuçtur. Bkz. Fuller, Positivism, s. 649.

gereği hukuku ahlaktan bütünüyle ayırırken, Fuller ise, hukuk ve ahlak arasında mutlak bir ilişki olduğunu savunur. Bu iki farklı yaklaşım tartışmanın temelini oluşturur[299].

Fuller'in hukuka yaklaşımı Radbruch'a yakın olmasına rağmen ondan farklıdır. Fuller, yasaların içeriğine bazı kriterler[300] getirerek maddi anlamda doğal hukuku savunmuştur. Ayrıca Radbruch'un daha yüksek bir hukuka yaptığı vurguya da Fuller katılmamaktadır[301]. Hart'ın görüşleri ise Radbruch ile bütünüyle farklıdır. Hart'ın Radbruch formülüne eleştirisi, bir zamanlar hukuk olanın belli bir zaman sonra hukuk olmaktan çıkmasının hukukun öngörülebilirlik ilkesine aykırı olduğuna, bu hukuki yorumların birer ahlaki çıkarım olduğu yönündedir. Pozitivistler Radbruch formülünün şeffaflık sağlamaktan öte buna engel olduğunu belirtmiştir[302]. Fakat tahammül edilemez derecede adalete aykırı yasaların uygulanmaması gerektiği, yasa yürürlüğe koyulduğu andan itibaren belirlidir. Adaletsizliğin o dönemki yargıçlar tarafından göz ardı edilmesi bu adaletsizliğin mevcut olduğu gerçeğini değiştirmez. Aşırı adaletsiz yasalar zaten hukuk normu özelliği taşımadığı için bunların ileri bir tarihte iptali, yasaların geriye yürümezliği ilkesinin ihlali olmamaktadır.

2.8. Radbruch Formülünün Yasal Düzenlemelere Yansıması

Almanya'da Nazilerin sebep olduğu ağır insan hakkı ihlallerinin cezasız kalmaması maksadıyla dört müttefik devlet yargılama yapılmasını savunmuştur. Bu devletler, Londra Antlaşması'nı imzalayarak Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'ni *(Internatiol Military Tribunal)* kurmuştur. Nürnberg Mahkemesi, savaş suçlarının soruşturulması ve cezasız kalmaması maksadıyla önemli bir adım atmış,

---

299 Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 118 vd.; Metin/ Heper, s. 40, 41. Fuller'e göre Hart'ın; *"Nazi hukuku ile İngiliz hukuku arasındaki tek farkın, Nazilerin kendi yasalarını herhangi bir İngiliz'in çirkin olarak değerlendireceği amaçları gerçekleştirmek için kullanmış olmalarıdır."* görüşü yanlıştır. Çünkü bu değerlendirmede iki hukuk arasında amaçları dışında aslında bir fark yoktur. Fuller, Positivism, s. 650; Aktaş, Fuller, s. 95.

300 Fuller'in hukukun iç ahlaksallığının sağlanması için belirlediği kriterler; genellik ilkesi, ilan edilme ve yayınlanma ilkesi, geriye yürümezlik ilkesi, açıklık ilkesi, çelişmezlik ilkesi, süreklilik ilkesi, resmi eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesi ilkesi, imkansızı istememe ilkesi olmak üzere sekiz tanedir. Bkz. Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 47 vd.; Aktaş, Fuller, s. 16 vd.

301 Fuller, Positivism, s. 656. Fakat Fuller, Radbruch'un hukuki kurumları tekrar inşa etmede Almanya'nın karşı karşıya olduğu çıkmazı görmedeki başarısının Hart'a göre çok daha yüksek olduğu görüşündedir. Bkz. Fuller, Positivism, s. 657.

302 Metin/ Heper, s. 39 vd.. Hart, Radbruch formülünde yer alan belirsizlikten yola çıkarak formülü eleştirmektedir. Kinci muhbir davasında geriye yürütülecek bir yasayı uygulamaya koyarak kadının cezasız kalmasını engellemeye çalışan Hart'ın bu çözüm önerisi, hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmektedir. Bir devlette her an geriye yürütülebilecek bir yasanın uygulanabileceği ihtimali hukukun öngörülebilirlik ilkesinin sürekli tehdit altında olması demektir. Radbruch formülü'ndeki öngörülmezlik bu duruma kıyasla daha azdır.

ayrıca insanlığa karşı suçları ilk defa tanımlamıştır. Hukuki düzenlenmeler ile yargılamalara hukuki temel oluşturulmuştur[303].

Nürnberg Mahkemesi Şartı'nın 6/II-c bendinde yapılan düzenleme ise kanunilik ilkesinin ihlal etmektedir. Bahsi geçen bent şu şekildedir; "*Mahkemenin yargılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı fiiller veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler, işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler.*". Görüldüğü üzere kanunilik ilkesi ikinci plana atılmıştır[304]. Bahsi geçen fiillerin, o dönemde yer alan yasalara aykırı olup olmamasına bakılmaksızın içerdiği aşırı adaletsizlik sebebiyle cezasız bırakılmaması gerekmektedir. Kanunilik ilkesine aykırı olan bentte Radbruch formülünün etkisi olduğu düşünülebilir[305].

Radbruch formülü ile bahsi geçen bent arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Radbruch formülü, adaletsiz normlara yönelmesine karşılık bent aşırı adaletsiz fiillere yönelmiştir. Ayrıca, bentte bazı fiiller sayılarak adaletsizliklere Radbruch formülünden farklı olarak bir sınırlama getirmiştir. İçerikteki birtakım farklılıklara rağmen, ikisi arasındaki ilk ortak nokta aşırı adaletsizliklere engel olma amacıdır. İkinci olarak, kanuniliğin sert bir şekilde uygulanışı ve doğal hukukun göz ardı edilmesinin doğuracağı olumsuz sonuçlar engellenmeye çalışılmıştır. Radbruch'un görüşleri ve doğal hukuka yaptığı vurgunun sonraki dönemleri ve yasal düzenlemeleri etkilediği söylenebilir.

II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan diğer uluslararası mahkeme olan Tokyo Uluslararası Uzak Doğu Askeri Mahkemesi de Nürnberg Mahkemesi Şartı'nda yer alan hükme benzer bir düzenleme getirilmiştir. İlgili hükümler kanuniliği ve hukuki belirlilik

---

303 Balan, Arzu, Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 2018, s.85.

304 Balan, s. 86. Müttefik devletler kendilerince adaletsiz olan fiilleri belirlemektedir. II. Dünya Savaşı'nda mağlup olan devletlerde bu adaletsiz fiiller işlenmesi halinde, müttefik devletlerce kurulan mahkemenin cezalandırılma yetkisine sahip olmaktadır. Müttefik devletlerde böyle bir mahkeme kurulmamış ve başka ülkelerde savaş suçları işlense dahi yargılananlar savaştan mağlup çıkan Almanya ve Japonya olmuştur. Bu eşitsizliğin uygunluğu ve adaleti sağlama konusundaki etkinliği tartışmalıdır.

305 Balan, s. 86.

ilkesini ihlal etmesi sebebiyle eleştirilmiş fakat mahkemelerce uygulanmasına devam edilmiştir[306].

AİHS 7. maddesi[307] için de yukarıda yapılan açıklamalar geçerlidir. Radbruch formülü çerçevesinde doğal hukuk anlayışına uygun olarak düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrası kanunilik ilkesine istisnai bir düzenleme getirmiştir. Bu şekilde ulusal hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmese dahi, adalet anlayışlarına aykırı olması halinde hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirme yetkisine sahip olunmuştur[308].

Yukarıdaki yasal düzenlemeler Radbruch formülünün bir uygulama şekli değildir. Fakat Radbruch'un asıl gayesi olan aşırı adaletsiz olan düzenlemeleri engellemek, bu metinlerde adaletsiz fiilleri engellemek şeklinde biçim değiştirmiştir. Kanuniliğin sert biçimde uygulanmasının sebep olacağı olumsuzluklar bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Bundan dolayı, Radbruch'un düşünceleri ve Radbruch formülünün, kendinden sonra da form değiştirerek var oldukları savunulabilir.

2.9.Radbruch Formülünün Yargıdaki Görünümü

Sadece teorik bazı fikirler olmakla kalmayan formül[309], yargı kararlarında[310] uygulanmıştır. Bazı davalarda ise, formül somut davada uygulanmamasına rağmen uygulanabilir olduğunu savunan görüşler vardır. Hem formülün uygulandığı mahkeme kararları hem de uygulanabilirliği savunulan davalar incelenecektir.

---

306 Balan, s. 86. Şüphesiz bu benzeri düzenlemelerin etkilendiği başka düşünürler ve somut olaylar vardır. Oluşturulurken tek dayanak noktasının Radbruch olduğu elbette savunulamaz bir görüştür. Fakat hiçbir ilişkilerinin olmadığını söylemek de çok güçtür.

307 AİHS md. 7'e göre; "*(1) Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*
(2) Bu madde işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

308 AİHS 7. maddesinin ilk fıkrasında kanunilik üzerine yaptığı vurgu ve ardından 2. fıkrasında getirdiği istisnai hüküm Radbruch formülüyle benzetilmesine sebep olmuştur. Radbruch' da adalet ve kanunilik arasında sert bir tercih yapmayıp orta bir yol tercih etmiştir. Bkz. Balan, s. 87, 88.

309 Hukuk teorilerinin davalarda uygulanması açısından üç görüş ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre, Dworkin'ne göre; yargıcın benimsediği hukuk teorisi davayı etkilemektedir ve davada çıkacak karar bu teori ile yakından ilişkilidir. Alexy ise, orta bir yol seçmiştir ve yargıcın benimsediği hukuk teorisinin çok az davada etkili olabileceğini belirtmiştir. Son görüşe göre ise, hukuk teorilerinin somut davayı çözmede bir etkisi olmadığı yönündedir. Bkz. Bix, Robert Alexy, s. 143.

310 Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesinde Radbruch formülünün uygulandığı daha fazla karara bakmak için ayrıca bkz. Dreier, Ralf, Recht- Staat- Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, Suhrkamp Verlag, 2. Auflage, Germany 2016, s. 100.

2.9.1. Yahudilerin Alman Vatandaşlığından Çıkarılması Davası

Radbruch formülü, Alman Federal Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemelerince birçok kararda uygulamıştır. *"11. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası"* on birinci yönetmeliği uyarınca; Yahudilerin, Alman Devleti vatandaşlıkları ırksal nedenler ile ellerinden alınmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.1968[311] tarihli olan bu kararında Radbruch formülünü şu şekilde ifade edilmiştir[312];

1. Nasyonal Sosyalist hukuk kurallarının hukuk olarak geçerliliği, bu kuralları uygulamak veya tanımak isteyen yargıcın hukuk yerine bir haksızlık hükmü vermiş olacağı hallerde adaletin temel ilkelerine belirgin bir şekilde ters düşmesi nedeniyle reddedilebilir[313].

2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası'nın 11.11.1941 tarihli on birinci Yönetmeliği'nin adaletsizliği o derece katlanılmaz dereceye ulaşmıştır ki, bu normun başlangıçtan itibaren yok sayılması gerekmektedir[314].

3. Adaletsiz bir yasa, hukukun kurucu ilkelerine açıkça ters düşmesi halinde uygulanmakla veya kendisine uyulmakla hukuk olma özelliğini kazanmaz[315].

Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1968 tarihli bu kararında hukuk ve adaletin kendi aralarında çatışma halinde olamayacağından yola çıkarak, Alman İmparatorluğu Vatandaşlık Yasası için 1941 senesinde (Naziler dönemi) 11. tüzüğün bütün olarak geçersiz olduğuna ve uygulanamayacağına karar vermiştir. Çünkü, yasa koyucu ırkçı sebeplerle Yahudilerin vatandaşlık kaybetmesini sebep olacak bir yasal düzenleme yapmıştır. Mahkeme böylelikle, hukukun temel ilkeleri ile çelişen yasal haksızlığın meşruiyeti olmayacağına hükmetmiştir. Adaleti sağlamaktan çok uzak olan bu tüzüğün uygulanamayacak ve takip edilemeyecek nitelikte olduğuna ve bundan dolayı başlangıçtan itibaren ölü doğduğuna kanaat getirmiştir[316]. Yani Radbruch formülünü geçmişe etkili olarak uygulasak dahi ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan ceza yasalarının geriye yürümezlik ilkesini ihlal edilmemiş olacaktır.

---

311 BVerfGE 23, 98.
312 Dreier, s. 100.
313 Dreier, s. 100.
314 Dreier, s. 100, 101.
315 Dreier, s. 101.
316 Yumak, Semih, Özgürlükler Ülkesinde Bir Adalet Bakanı Vekilinin Adalet Bakanlığına İhaneti, https://www.hukukihaber.net/ozgurlukler-ulkesinde-bir-adalet-bakani-vekilinin-adalet-bakanligina-ihaneti-makale,5141.html (Erişim tarihi: 07.02.2019)

2.9.2. Sınır Muhafızı Davaları

2.9.2.1. Yerel Mahkemelerin Yaklaşımı

Radbruch formülüne gönderme yapan diğer dava örneği, sınırı geçmeye çalışan vatandaşlara ateş açan Doğu Alman sınır muhafızları ve onlara emir veren üstlerinin yargılanmasıdır. Bu davada mahkemeler, temel ilkelerin içeriğini insan hakları evrensel değerleriyle yeniden tanımlamıştır[317].

Doğu Almanya yasaları gereğince, Batı Almanya'ya geçmeye çalışanlara karşı sınır muhafızları tarafından ateş açılmıştır. İki yüzü aşkın insan sınırı aşmaya çalışırken hayatını kaybetmiştir. Birleşmenin ardından muhafızların ve onlara ateş açma emirini verenlerin bir kısmı yargılanmıştır. Yargılama sonucunda mahkemelerin kanaati başlıca iki temel gerekçe üzerine şekillenmiştir. Pozitivist olan ilk gruba göre, Doğu Alman Sınır Yasalarının geçerliliklerini sürdürdüğünü, fakat bu yasaları yorumlanırken insan haklarının argümanlarından yararlanılması gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir grup ise, doğal hukuka yakın bir görüş sergileyerek tahammül edilemez derecede adaleti ihlal eden yasaların uygulanamaz olduğunu belirterek Radbruch formülüne atıf yapmıştır[318].

Federal Anayasa Mahkemesi'nin 26 Ekim 1996 davası[319] da bu yargılamalardan bir tanesidir. Birçok sınır davası benzer şekilde gerçekleşmiştir. O dönemde ödüllerle onurlandırılan askerler, birleşmenin ardından cinayet işlemekle suçlanmışlardır. Dönemin yasalarına uygun olan bir davranış yıllar sonra cinayet olarak nitelendirilmiştir[320].

11 Haziran 1968'de yürürlüğe giren Alman Halk Polisinin Görev ve Yetkileri Hakkında Yasası'nın *(Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei)*[321] 17. maddesinin 2. fıkrası ve 1982 tarihli Doğu Alman Sınır Yasasının

---

317 Metin/ Heper, s. 54; Saliger, s. 69.

318 Geiger, Rudolf, The German Border Guard Cases and International Human Rights, European Journal of International Law, No: 9, 1998, s. 542, 343; Künzler, s. 359 vd.

319 29 yaşında olan W., sınırı nehri yüzerek geçmeyi planlamaktadır. İki sınır muhafızı ateş etmeden önce sesli olarak yüzücüyü uyarmışlar fakat karşılık alamamışlardır. Muhafızlar 40 metre mesafeden sürekli olarak ateş etmektedirler. Elde edilen delillere göre ilk ateşlerin uyarı maksatlı olmadığı açıkça anlaşılmıştır. Bir süre sonra adam suyun üstünde görünmemeye başlamış, başından vurulan adam boğularak hayatını kaybetmiştir. Muhafızlar sonraki gün madalya ve yüz elli bonus puan ile ödüllendirilmiştir. Olayın üstünden dört hafta geçmesinin ardından, adamın karısına eşinin intihar ettiği bildirilmiştir. Adamın cansız bedeni ise yakılarak imha edilmiştir. Daha sonra yargılanmaya başlanan muhafızlar sadece kendilerine verilen emirleri yerine getirdiklerini belirterek kendilerini savunmuşlardır. Bkz. Künzler, s. 355, 356.

320 Künzler, s. 355, 356.

321 Bkz. http://www.verfassungen.ch/de/ddr/polizeigesetz68.htm (Erişim tarihi: 18.11.2018).

(Grenzgesetz)[322] 27. maddesinin 2. fıkrası sınır muhafızlarının savunmalarının temel dayanağını oluşturur. Bu yasalar duruma göre suç olarak nitelendirilebilen bir fiilin devam etmesini engellemek maksadıyla sınır muhafızlarına ateş açılabilme yetkisi vermiştir[323].

Bir görüş, Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin yazılı yasalarının bu ölümlerin yasal dayanağı olduğu ve emirleri yerine getiren askerlerin ceza almasının yerinde olmadığı kanaatindedir. Fakat Alman Federal Mahkemesi *(Bundesgerichtshof),* sınır muhafızları ve onlara emir veren subaylarını, Alman Ceza Yasasına göre adam öldürme suçunu işledikleri gerekçesiyle mahkûm etmiştir. Alman Sınır Yasasının 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanamaz olduğu belirtilmiştir[324]. Alman Federal Mahkemesi açık bir şekilde Radbruch formülüne atıf yaparak ilgili fıkranın adaletin gereklerine tahammül edilemez ölçüde uygunsuz olduğunu belirtmiştir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz *(Nulla poena sine lege)* ilkesinin taşıdığı güven dahi adaletsizlikler karşısında geçerliliğini kaybetmişti [325]. Nazi dönemi yasaları ile Sınır Yasası arasında farklılıklar olmasına rağmen aşırı adaletsiz bir düzenleme olma hususunda birleşmeleri Radbruch formülünün Sınır Yasasına da uygulanabileceğini göstermiştir[326].

İnsan haklarının temel ilkelerine vurgu yapan bazı mahkemeler ise Radbruch formülüne atıf yapmaksızın Sınır Yasası'nın insan onuruna ve adalete aykırı olduğunu belirtmiştir. Berlin Mahkemesi'ne göre, Sınır Yasası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne aykırıdır ve yok hükmündedir. Bu yüzden sanıkların bu iç hukuk normlarına dayanamayacakları kararına varılmıştır[327].

---

322 Bkz. http://www.chronik-der-mauer.de/material/180391/gesetz-ueber-die-staatsgrenze-der-ddr-grenzgesetz-25-maerz-1982 (Erişim tarihi: 18.11.2018).

323 Geiger, s. 542; Künzler, s. 359; Paulson, Unjust Law, s. 492.

324 3.11.1992 tarihli mahkeme kararında da formülüne dayanarak şu şekilde karar vermiştir; "*Pozitif hukuk ile adalet arasındaki çatışma o kadar dayanılmaz olmalıdır ki, 'haksız yasa' adalet karşısında geri çekilmelidir. Bu şekilde formülasyonlar yapılarak Nazi diktatörlüğünün yıkılmasından sonra, en ciddi hukuk ihlallerini karakterize etmek için çaba harcanmıştır. Bu bakış açısını somut davaya uygulamak kolay değildir. Almanya sınırındaki insanların öldürülmesi, Naziler tarafından işlenen toplu cinayetlerle eşleştirilemez. Fakat daha önce edilen bulgular bunun için de geçerlidir; şöyle ki, devlet adına işlenen eylemleri değerlendirirken, devletin her ülkede genel hüküm verme konusu olarak belirlenen en dış sınırın ötesine geçip geçmediğini sormak gereklidir."* Bkz. Paulson, Unjust Law, s. 492.

325 Ökçesiz, Radbruch Formülü, s. 170.

326 Alman Sınır Yasasının 27. maddesinin 2. fıkrası Radbruch formülü uygulanarak başlangıçtan itibaren yok sayılmıştır. İlgili fıkranın başlangıçtan itibaren yok sayılmasından dolayı Alman Federal Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi uygulamaların suç ve cezanın geriye yürümezlik ilkesinin ihlali olmadığını belirtmiştir. Bkz. Künzler, s. 359, 360.

327 Metin/ Heper, s. 55; Geiger, s. 543, 544. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi; "*Herkes kendi ülkesi dahil olmak üzere herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir*." 6. maddesi ise; "*Hiç kimsenin yaşamı keyfi olarak elinden alınamaz*" şeklindedir. Fakat bu sözleşme 1966 yılında

İleri tarihli kararlarında mahkeme Radbruch formülüne daha sık gönderme yaparak yaşam hakkı veya bir kimsenin ülkesini terk etme hakkına getirilen sınırlayıcı yasaların, adaletin tahammül edilmez derecede ihlal edilerek oluşturulduğu durumlarda asla geçerli kabul edilemeyeceğini belirterek ayrıca Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ne de atıf yapmaktadır. Böylece mahkeme, iç hukukun üstünde daha yüksek hukuk formuna bürünmüş adaletin temel unsurları hakkında ortak kanaatlere, uluslararası sözleşmelerden daha çok vurgu yapmaktadır[328].

2.9.2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

AİHM'nin 22.03.2001 tarihli Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya kararı[329], birleşmenin ardından Birleşik Alman Federal Mahkemelerince Soğuk Savaş yıllarında Doğu Almanya'dan kaçışları önlemek maksadıyla çok sayıda insanın öldürülmesinin yargılanmasını AİHS'nin 7. maddesinin 1. fıkrasına[330] aykırı bulmamıştır. AİHM Alman mahkemelerine benzer bir hüküm vermiştir. Ancak Alman mahkemelerinden farklı olarak AİHM, gerekçesinde Radbruch formülüne dayanmamıştır[331].

AİHM karar gerekçelerinden biri olarak, ilgili Alman mevzuatında sınır muhafızlarının ancak ciddi suç işlenmesi tehlikesinde ateş edebileceklerini belirttiğini açıklanmıştır. Ciddi suç tanımına da ancak insan yaşamını veya sağlığını tehlikeye atmak gibi suçlar gireceğinden dolayı sınır muhafızlarının silahsız ve masum insanlara ateş ederek öldürmesinin ilgili mevzuatça korunmadığı belirtilmiştir[332]. AİHM kararındaki bu gerekçesi yerinde değildir. Alman Halk Polisinin Görev ve Yetkileri Hakkında Yasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında sınır muhafızlarına ateş etme yetkisi veren suçlar sayılmış ve kapsam belirtildiği kadar dar tutulmamıştır. Örneğin, devlet düzenine aykırılık da sayılan kapsam içerisinde yer almaktadır. Sınır muhafızlarının

---

kabul edilmiş ve 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önceki olayalar uygulamaya elverişli değildir. Fakat sözleşmenin 12. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Bu maddenin hiçbir hükmü işlenildiği sırada uluslararası topluluğun kabul ettiği genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmal yüzünden bir kimsenin yargılanmasını ya da cezalandırılmasını engelleyemez.*"

328 Metin/ Heper, s. 54; Geiger, s. 545; Künzler, s.360.

329 Streletz, Kessler ve Krenz/ Almanya kararının İnglizce metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22radbruch%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-59353%22]} (Erişim tarihi: 21. 11 2018).

330 AİHS md. 7/1: "*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."*

331 Miller, Russell, Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership, Leiden Journal of International Law, Volume: 14, Issue: 3, 2001, s. 658.

332 Miller, s. 659.

Batı Almanya'ya geçmeye çalışan insanların devlet düzenine aykırılık oluşturduğunu değerlendirerek silah kullanmaları olasıdır ve böyle de olmuştur. Bundan dolayı, AİHM'nin bu gerekçeye dayanarak karar vermesinin yerinde olmadığı söylenebilir.

İkinci olarak mahkeme, insanların yaşam hakkına saygı gösterme, seyahat özgürlüğü gibi Almanya Anayasası'nın temeline aykırı olan bu yasaların o dönemde uygulanmasının yerinde olmadığı görüşündedir. Asıl sorun teşkil eden hususun tek amaçları sınırı geçmek olan silahsız insanların öldürülmesinin soruşturulmaması olduğu belirtilmiştir. Uluslararası nitelikte olan insan haklarına ve en üstün haklardan biri olan yaşama hakkına aykırılık taşıyan normların yürürlükte olmaması gerektiği ifade edilmiştir [333].

Sınır muhafızları, o dönemde zor bir süreç içerisinde görev yapmalarına rağmen üstelerinin verdiği emirler, yalnızca ülkeyi terk etmeye çalışan silahsız insanların öldürülmesini haklı kılmamaktadır. AİHM ayrıca, askerlerin Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin temel ilkelerini bilmekle yetinemeyeceği bunun yanı sıra insan haklarına ve hukukun temel ilkelerine itaat etmesi gerektiğini belirtmiştir. 1946 tarihli Nürnberg ilkelerine de atıf yaparak sanığın bir emir uyarınca hareket etmesinin cezanın hafiflemesinde dikkate alınsa dahi insan haklarına aykırı fiillerinden dolayı sorumluluktan kurtulamayacağını belirtmiştir. AİHM bu davalarda AİHS'nin 7/1. fıkrasına dayanmamıştır ve yargılananlar suçlu bulmuştur[334].

AİHM'nin kararı yerinde olmasına rağmen Radbruch formülüne dayanmaması eksikliktir. İnsan hakkının bir üst norm olduğu ve ona aykırı olan yasaların hukuki olarak yerinde olmadığı açıktır. Fakat geçmişten günümüze kadar, hatta insan haklarının yazılı metinlerle tanınıp kabul edildiği dönemlerden sonra dahi, insan hakkı ihlalleri tam olarak engellenememiştir. Radbruch'un ifade ettiği olağanüstü dönemlerde, adalete yapılan vurgunun artmasının sebebi de bu dönemlerde insan hakları ihlallerinin daha çok olmasıdır. Olağan bir şekilde işlemeyen düzende tüm yasaların insan haklarına uygun ve adaletli bir şekilde oluşturulmasını beklemek yerinde değildir.

İnsan haklarını korumak maksadıyla yargısal düzeni tam olarak sağlayamayan devletlerde, ikinci alternatif vatandaşların uluslararası mahkemelerde haklarını aramalarıdır. Fakat hukuka aykırı bu fiillerin yerel mahkemelerde çözülemeyip uluslararası mahkemelere intikal etmesi hem süreci uzatmakta hem de şekli şartlara

---

333 Miller, s. 659, 660.

334 Metin/ Heper, s. 60.

aykırılık gibi gerekçelerle ihlal edilen hakkın hiç elde edilememesine sebep olabilmektedir. Aşırı adaletsiz bu tür uygulamalarda sürecin uzaması, telafisi imkânsız zararlara yol açabilmektedir. Asıl olan yerel mahkemelerde süreci uzatmadan tahammül edilemeyecek derecede adaletsiz olan normun hiç uygulanmamasıdır. Bu yüzden, insan hakları ihlalinin ardından AİHM'nin denetleyici bir rol üstlenip aykırılığı tespit etmesini beklemek yerine normu baştan itibaren geçersiz saymak en uygun çözüm olacaktır.

Yukarıda açıklanan AİHM'nin 2001 yılında vermiş olduğu karar[335], 1980'li yıllarda oluşan hukuka aykırı bir duruma karşı verilmiştir. Yıllar sonra verilen bu kararın, adaletsiz durumu ortadan kaldırmadaki etkisi tartışmalıdır. Birçok insan hayatını kaybetmiş ve belki ölenlerin yakınları dahi bu süreç içerisinde hayatını kaybetmiş olabilir. Bu yüzden otuz yıl kadar sonra sağlanan adaletin somut olayda çok da bir anlamı kalmamaktadır. Oysa mahkemeler, yasa ilk yürürlüğe girdiği tarihte aşırı adaletsiz olmalarından dolayı uygulanamayacağını Radbruch formülüne atıf yaparak belirtmiş olsalardı, bu ölümlerin önüne geçilmiş olabilirdi. Ayrıca siyasal iktidarın baskısı da bu dönemde yadsınamaz derecededir. Böyle bir karar vermek veya sınır muhafızlarının bu emirleri yerine getirmemesi bir yanda siyasal iktidarın iradesini hiçe saymak olarak değerlendirilebilir. Ancak adalete çok aykırı emirler kimden gelirse gelsin yerine getirilmemesi gerekir. Bu yüzden, Radbruch'un aşırı adaletsiz yasaların engellenmesi için sunduğu çözüm önerisi önemlidir.

2.9.3. Diğer Davalar

Kinci muhbir davasında Federal Anayasa Mahkemesi, Radbruch formülünden etkilenerek karar vermiştir[336]. Alman Federal Mahkemesi kararını açıklarken şu gerekçelere dayanmıştır; *"Nazi dönemi hukuki düzenlemeleri adaletin temel ilkeleri çok açık bir şekilde çeliştiği takdirde geçerli bir hukuk olarak uygulanabilmesi reddedilebilir. Yargıç, bunları uygular veya hukuki sonuçlarını kabul ederse, o adaleti sağlamaktan ziyade adaletsiz bir hukukunun sözcüsü olacaktır[337]."* Radbruch formülünün değindiği temellere vurgu yapan mahkeme, yargıçların aşırı adaletsiz

---

335 AİHM bu kararında belirtilen görüş aksine insan haklarının daha belirgin bir temele oturduğunu ve Radbruch formülünde belirsizliğin mevcut olduğunu ifade edilmiştir. Bu yüzden de insan haklarına ayrılıklara dayanarak karar verilmiştir.

336 Mertens, Grudge Informer, s. 187.

337 11. Devlet Vatandaşlık Kanunu Yasası (*11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz*) (1941) dayanarak Federal Anayasa Mahkemesi Kararları'nda (*BVerfGE*) (23, 1968, 98-113, 106) da belirtildiği üzere mahkeme aşırı adaletsiz yasaların uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir.

yasaların sözcüsü olmaması gerektiğini belirtmiştir. Hukuki pozitivizmi sert bir şekilde uygulamanın adalete aykırı sonuçlar doğuracağı mahkeme tarafından belirtilmiştir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Hart- Fuller tartışması da bu davanın sonucunda mahkemenin vermesi gereken kararın ne olduğu hususunda çıkmıştır.

Güney Afrika'da yer alan ırkçı yasalar için de formülün uygulanabileceği savunulmuştur[338]. Özellikle Ian Smith döneminde Güney Afrika'da ırk farklılarına göre farklı hukuki sonuçlara bağlanan bu yasalar açıkça adaletsizdir. Beyaz ve siyahi ırkın birbirleriyle evlenemeyeceğini belirten bir yasa[339] Nazi dönemindeki yasaları anımsatmaktadır. Bu yasanın uygulanmasını gerektiren bir davaya bakan yargıç, eğer seçmiş olduğu mesleğin değerine saygılı ise yasanın kendisinden yapmasını beklediği keyfi manipülasyonlara karşı derin bir tiksinti duyacaktır[340].

İlk bölümde açıklanan öjeni yasaları da formülün uygulanmasını gerektirecek adaletsizliktedir. Çalışma kapsamında Nazi dönemindeki öjeni yasaları açıklanmasına rağmen Amerika da dahil olmak üzere birçok devlette buna benzer yasalar yürürlüğe konmuş ve uygulanmıştır. Bütün bu yasalar adaleti ağır şekilde ihlal etmekte olup uygulanmamaları gerekmektedir.

Diğer bir tartışma konusu ise ABD başkanı Trump'ın düzenlemeleridir. Trump, ülkesine bazı Müslüman devletlerin vatandaşlarının girişini engelleyecek yasal düzenlemeler yapmıştır[341]. Yüksek mahkeme bu düzenlemelerden bir kısmını iptal etmiştir. Fakat bazı ülkelerin vatandaşlarının ülkeye giriş yasağı, belirli bir süre devam etmiştir. Seyahat özgürlüğünü açıkça ihlal eden, din ve ırk ayrımcılığı içeren bu kararnameler tahammül edilemeyecek derecede adaletsiz bir düzenlemedir. Yüksek Mahkeme'nin kararı bu düzenlemeyi iptal etse dahi vatandaşların belirli bir süre ayrımcılığa uğramaları kabul edilemez. Radbruch formülü somut olaya uygulandığı takdirde, bu kararname baştan itibaren geçersiz olacaktır. Bu düzenlemeye uygun davranılması hususunda gümrük personeline bir emir verilmesi durumunda dahi, aşırı derecede adaletsiz olan kararnamenin uygulanması uygun değildir. Radbruch formülü, bir ilke olarak gerçek manada benimsenirse kısa süreli dahi olsa ağır insan hakkı ihlalleri belli noktalarda engellenmiş olacaktır.

---

338 Metin/ Heper, s. 70.

339 Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 193.

340 Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 193.

341 Yumak, https://www.hukukihaber.net/ozgurlukler-ulkesinde-bir-adalet-bakani-vekilinin-adalet-bakanligina-ihaneti-makale,5141.html (Erişim tarihi: 07.02.2019)

Bazı yazarlar Ergenekon davalar için de Radbruch formülünün uygulanmasının yerinde olacağını belirtmişlerdir. Ergenekon davası, askeri makamlarda bulunan birçok kişinin içerisinde darbeye teşebbüs ve terör örgütü kurma suçlarının da bulunduğu değişik suçlarla suçlandığı, beraat edenler olmasına rağmen çok sayıda insanın hapis cezası ile cezalandırıldığı yargılama sürecidir. Yıllar sonra cezalandırılan insanların haksızlığa uğradığı belirtilip görevlerine geri dönerek iade-i itibar yapılmıştır. Bazı yazarlar, bu aşırı adaletsiz yargılama sürecini engellemek için Radbruch formülünün uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir[342]. Fakat ortaya çıkan adaletsiz durum yasalardan ziyade bir kumpas sonucu oluşmuştur. İddianamede yer alan suçlamaların çoğu aslında gerçekle bağdaşmamakta olup itibar zedeleme maksatlı yapılmıştır. Ayrıca yargılama sürecindeki yargıçların da süreci olumsuz etkilediği açıktır. Sonuç olarak, Ergenekon davasındaki adaletsiz sonuçların mevcut yasalar ile ilgili olmamasından dolayı Radbruch formülünü uygulamak yerinde olmayacaktır. Bunun yerine yargıçların, iddianamede yer alan suçlamaların, gerçek ile bağdaşıp bağdaşmadığını titizlikle incelemesi gerekirdi.

Yargılama faaliyeti devam ettiği sürece, adaletsizlikler var olmaya devam edecektir. Hak kaybına ve adaletsizliğe uğradığını düşünen insanlar, bu formülü kullanarak adaletsizliğe uğradıklarını belirtebilirler. Fakat özellikle üzerinde durulması gereken husus, Radbruch formülünün uygulamaya konması için adaletsizliğin tahammül edilemez düzeye ulaşması gerektiğidir. Her adaletsiz yargılama veya yasal düzenlemenin kapsam içine alınması hukukun içeriğini boşaltır ve hukuki güvenliği ihlal eder.

2.10. Türk Hukukunda Radbruch Formülünü Uygulamaya İlişkin Değerlendirme

Radbruch formülünün yargıdaki en benzer uygulama şekli ABD hukukunda yer alan anayasa[343] uygunluk denetimidir. Bu modelde, anayasaya uygunluk denetimi tüm mahkemelere verilmiştir. Böylece hem kanunların şekli ve usul açısından hukuka

---

342 Sarıkaya, Muharrem, Ergenekon İçin de Radbruch Gerekir, https://www.haberturk.com/yazarlar/muharrem-sarikaya/1228589-ergenekon-icin-de-radbruch-gerekir (Erişim tarihi: 8.02.2019)

343 Kelsen'e göre, hukuk normları hiyerarşik yapı halinde piramit şeklindedir. Piramidin en üstünde anayasa olmakla birlikte bunu yasalar, yönetmelikler takip eder. Kelsen'e göre, üst norm geçerlilik sebebidir. Anayasa aykırı bir yasanın mevcut olması ise onun ihmalini gerektirir. Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 312 vd.

uygun olarak çıkarılıp çıkarılmadıklarını hem de normlar hiyerarşisine uygunluğunu tüm mahkemelerce denetlenmektedir. Bunlara uygun olmayan norm yok hükmündedir ve geçerliliğini kaybeder[344]. Bu şekilde anayasaya aykırılık mahkeme tarafından uygulanmadan derhal engellenmektedir.

Merkezi modele[345] göre ise, anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi olarak adlandırılan yüksek mahkeme tarafından yapılmaktadır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bu model Avrupa'da çoğunluklu olarak uygulandığı için Avrupa modeli olarak da anılmaktadır. Ülkemizde de benimsenen bu modele göre, normun anayasaya aykırılığı ancak belli şekil şartları sağlanması halinde somut ve soyut norm denetimi olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır[346]. Soyut norm denetiminde Anayasa'da belirtilen bazı organlar kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne dava açmaları şeklinde gerçekleşmektedir[347]. Somut norm denetimi ise, bir mahkemede görülmekte olan davanın karara bağlanmasının, o davada uygulanacak olan normun anayasaya uygun olup olmamasına bağlı olması durumunda yapılan denetim türüdür. Bu denetim, yargıç tarafından re'sen yapılabileceği gibi tarafların talebi üzerine de yapılabilir[348].

Aşırı adaletsizlik içeren yasalar genellikle Anayasa da aykırıdır. Bu yüzden anayasa yargısı, adaletsiz yasaların engellenmesini sağlayan bir yoldur[349]. Bununla birlikte yaygın sistemden farklı olarak merkezi sistemde aykırılık tespiti Yüksek Mahkeme tarafından yerinde görülmeyebilir. Yani ilk derece mahkemesi anayasaya

---

344 Erdoğan, s. 103, 104; Teziç, s. 188 vd.

345 Bazı ülkelerde hem yaygın hem de merkezi denetim yapılmaktadır. Örneğin; Yunanistan. Bkz. Erdoğan, s. 103.

346 Özbudun, s. 425 vd.; Erdoğan, s. 103 vd.

347 Anayasa'nın 148. maddesine göre: *"(1) Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz.*
(2) Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez."

348 Özbudun, s. 428.

349 Anayasa yargısı şüphesiz yasaların denetlenmesinde önemli bir kurumdur. Fakat totaliterleşen bir devlette her kurumda olduğu gibi yargının da baskı dolu rejimin etkisi altında kalacağı söylenebilir. Yüksek Mahkeme yargıçlarının bu rejim içerisinde bağımsız karar verebilme olasılıkları olduğu gibi, bu yargıçların totaliter rejimin etkisinde kalıp iktidar sahiplerinin istekleri doğrultusunda karar verme tehlikeleri de mevcuttur.

aykırılığı tespit etse dahi Anayasa Mahkemesi bu talebi yerinde görmez ise yasanın uygulanması gerekmektedir. Fakat Radbruch formülü uygulandığı takdirde, tahammül edilemez seviyede adaletsizlik gerçekten mevcut ise her ne kadar bunun olmadığı yönünde farklı merciler görüş bildirse dahi yargıç bu yasayı ihmal ederek uygulanmasına engel olması gerekir.

Açık ve kesin bir kanun hükmü olmasına rağmen bunu uygulamayan yargıcın bu fiili sebebiyle sorumlu olduğunu düzenleyen kanun maddesi[350] uyarınca Radbruch formülünün ülkemizde uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülebilir. Fakat Anayasa'nın 138. maddesine[351] göre, yargıcın sorumluluğu sadece yasa ile sınırlandırılmayıp hukuk kavramı da kullanarak geniş bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Ayrıca bahsi geçen maddede vicdani kanaat vurgusu yapıldığı göz önüne alınırsa yargıçları karar otomatı olarak değerlendirmenin uygun olmadığı söylenebilir.

Formülün uygulandığı dönemlere bakıldığında ise, hiçbir zaman mevzuatta formülün uygulanmasına ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Mahkemeler kararlarında formüle ve Radbruch'un ifadelerine atıf yaparak uygulamışlardır. Bundan dolayı formülün pozitif hukuk düzenince tanınması veya mevzuatlarda yer alması önem arz etmez. Bu yargıç etiği ve vicdanıyla alakalı bir durumdur. Ülkemizde de böyle bir yasal düzenlemenin olmaması formülün uygulanmamasına engel teşkil etmez. Fakat tekrar belirtilmesi gerekir ki formül ancak çok açık ve aşırı adaletsiz yasaları engellemek maksadıyla oluşturulmuştur. İstisnai olan bu formülün genel bir norm haline dönüşmesi tehlikelidir.

---

350 Hukuk Muhakemeleri Kanunun 46. maddesine göre: *"Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:*
…c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması…"

351 Anayasa md. 138'e göre: *"(1) Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."*

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİYASAL İKTİDARA KARŞI RADBRUCH FORMÜLÜ

3.1. Hukuk Politika İlişkisi

Hukuk kavramını ele alan teorilerin değerlendirmelerinde benimsedikleri usul ve bakış açılarını, hukukun kavranmasına ilişkin yöntemler olarak nitelendirmekteyiz[352]. Hukukun incelenmesi, tek bir yöntemle veya tek bir bakış açısıyla kısıtlanmamalıdır. Hukuk teorilerinin[353] ve disiplinlerinin hukuku değerlendirmek için kullandıkları yöntemler nasıl bir hukuk anlayışının oluşturulduğunu belirlemede önemlidir. Bu, hukuk kavramının çok yönlü olmasının bir gereğidir[354].

Her hukuk teorisi neyin hukuk olacağı konusunda açık ya da örtülü bir varsayım olduğu kadar, hukuka duyulan inancı da ifade etmektedir. Zira bir hukuk teorisi oluşturma uğraşı, ilk olarak hukukun bir gereklilik olarak kabul edildiğini göstermektedir. Fakat hukuk teorileri, her zaman olumlayıcı[355] veya kurucu özellikte olmak zorunda değildir[356]. Bazı hukuk teorileri, hukuku eleştirel olarak inceleyerek yasaların sadece var olmasından dolayı onun her zaman adaleti tesis ettiği görüşüne katılmaz.

Formalizme bağlı modern hukuk bilimi, politikayı reddeden saf bir hukuksal akıl yürütme varsayımını kabul eder. Bu anlayışa göre, hüküm kurma faaliyeti mekanik bir süreçtir. Siyasi düşüncelerin hüküm kurma sürecinin dışında tutulması gerektiğini ve

---

352 Aktaş, Sururi, Hukuk Kavramının Analizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 67, Sayı:2, 2018, s. 228.

353 Hukukun değişik cephelerden ve boyutlardan incelenmesi sebebiyle birbirinden fazla hukuk teorisi ortaya çıkmıştır. Doğal hukuk teorisi, hukuki pozitivizm, hukuki realizm, eleştirel hukuk teorisi oluşturulan bu teorilerden bazılarıdır. Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 137 vd.

354 Hunt, Alan, Explorations in Law and Society- Toward a Constitutive Theory of Law, Rotledge, 1. Edition, New York 1993, s. 25; Aktaş, Hukuk Kavramı, s. 228.

355 Ayrıca bir adaletsizlik formu olarak hukukun incelenmesi için bkz. Uygur, Gülriz, Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 115.

356 Akbaş, Kasım, Hukuk Büyübozumu, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 1; Aktaş, Hukuk Kavramı, s. 228.

karar verme sürecini rasyonel olduğunu belirten bir varsayımdır. Bu anlayışa göre hukuk ve politika tamamen birbirinden ayrılmakta olup nötr bir hukuk düzeni vardır[357]. Bu yaklaşımda hukuk, siyasal iktidarın rolünü sorgulamaksızın, hukuk düzeninin dışarıdan gözlemlenebilir bileşenlerinin ilişkisine dikkat çekmekte ve bunu da bilimsel açıklama açısından yeterli saymaktadır. Fakat bu varsayımların pratikte ödün vermeden işletilebildiğini söylemek çok güçtür. Hukuk düzeninin aydınlatılmasının başarılı bir şekilde yapılabilmesi için hukuka etki eden siyasal iktidarın[358] incelenmesi gerekmektedir[359].

Hukukun formalist ve objektif karakterini ön plana çıkaran ve hukuk sisteminin politikadan ve siyasetten tamamen ayrı bir alan olduğunu belirtenler mevcut olmasına rağmen bu görüşlere karşı çıkan teoriler de mevcuttur. Bunlardan en önemlilerden sayılabilen eleştirel hukuk teorisi[360], 1970'li yıllarda ABD'de bir konferanslar dizisi ardından ortaya çıkmıştır[361]. Hukuk biliminde var olan çalışmaların oluşturduğu tatminsizlik bu akımının oluşmasında etkili olmuştur.

Eleştirel hukuk çalışmalarının asıl gayesi hukukun anlaşılmasına ve analizine imkan sağlamaktır. Bu akımın mensuplarının düşüncelerinin bütün olarak karakterize edilmesi zordur. Çünkü bu düşünürler, hukuka ilişkin geleneksel yaklaşımları eleştirmekle birlikte; onların, ortak bir yöntem benimsediklerini söylemek güçtür[362].

---

357 Aktaş, Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmalar, Kazancı Kitap, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 172, 173.

358 Hirsch'e göre, hukuk ve iktidarın arasındaki ilişkiyi incelemede doğan zorluklardan biri de İngilizce'de ki deyim bolluğunun aksine (law, right, just, legal, lawful) Almanca'da tek bir kavram (Recht) yer almasıdır. Bu kavramın hem sübjektif hem de objektif haklılığı birlikte karşılaması, nesnel uygun olan anlamının etik olarak uygunu karşılayan adil kavramına çağrışım yapmasına sebep olmaktadır. Bu da kasıtlı veya kasıtsız yanlış anlaşılmalara sebep olmaktadır. Bkz. Hirsch, İktidar, s. 300. Türkçe'de İngilizce'de olduğu gibi bunu karşılayan birçok kavram (hukuk, adil, yasal…) olduğu için açıklamalarda dilsel zorluklarla karşılaşılmamaktadır.

359 Özcan, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Kavim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2007, s. 127. Burdeau, bir ülkenin siyasal kurumları çerçevesinde gerçekleştirdiği bütün eylemlerin aslında politik olduğunu belirtmiştir. Herhangi bir konuda hukuki bir düzenleme yapıldığı zaman konu politik bir olay olmuş olur. Bundan dolayı hukuk, siyasal iktidarın istediklerini gerçekleştirme aracı olduğunu belirtir. Bkz. Mızrak, Dilan/ Temiz, Özgür, Hukuk ve Politika (Türkiye'de yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi), Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2009, s. 81.

360 Hukukun politikayla olan ilişkisini sadece Eleştirel Hukuk Çalışmaları ile sınırlandırmamak gerekir. Özellikle Marksist kanaat içerisinde hukukun ideolojik niteliğiyle ilgili çalışmalar yapılmıştır. Markszizm'e göre hukuk toplumun üst yapısının bir parçasıdır. Hukukun rolü, ne hukukun minimum çerçevesini çizmek ne de siyasal iktidara karşı bireyi koruma görevini üstlenmektir. Hukukun rolü ideolojik ve politiktir. Marksizm'e göre, hukuk kapitalist sistemi destekleyerek baskı aracı olarak kullanılmaktadır. Devlet ise yapı koruyucu olarak objektif yapılanma olup anahtar bir rol üstlenmiştir. Bkz. Göze, s. 314 vd., Aktaş, Hukuk Kavramı, s. 188 vd.

361 Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 429.

362 Akbaş, s. 10, 11.

Fakat eleştirel hukukçular, genel olarak hukukun siyaset ile ilişkili olduğu hususunda birleşmektedirler[363].

Eleştirel hukuk çalışmaları[364], hukuk kavramına yönelik saf bir entelektüel hukuk düşüncesinden çok politik bir harekettir. Zaten bu akıma göre, hukuk bir politikadır ve ideolojik mücadelelerden ayrı olarak değerlendirilemez[365]. Eleştirel hukuk yazarlarından olan Kairys de hukuk ve politika ayrımını reddeder. Ona göre, hukuk, politik olarak esnetilebilir, her hukuksal sonuç için mantıklı gerekçeler üretilebilir[366].

Klare'ye göre de modern hukuk teorisi, hukuk ile politika ilişkisini incelemekten kaçınmaktadır. Hukuk ile politikanın sınırını güvenceye almak için stratejiler geliştirmekte ve politikanın hukuka sızmasını en aza indirmeye çalışmaktadır. Fakat ona göre, bir teorisyen ne kadar sofistike düşünürse düşünsün, hukuk ile politika arasındaki sınır yine de zayıf olur[367].

Radbruch'a göre, hukuk ve devletin arasında olan bu ilişki ve gerilimin sebebi, idelerinin farklı olmasından kaynaklanır. Hukukun idesi adalettir ve devletin idesinden farklıdır. Devletin amaçları kendisine yabancı adalet idesi ile çatıştığı zaman gerilim doğabilir[368].

Duncan Kennedy, daha da ileriye giderek yargıçların da saf bir akıl yürütme içerisine giremeyeceklerini belirtmektedir. Politik değerlerin yargıçların karar verme sürecinde etkili olduğunu ifade etmektedir. Kennedy bu durumu olumsuz bir durum olarak ifade etmekten ziyade bir mecburiyet olduğunu açıklar. Ona göre hukuk metinlerinde yer alan belirsizlik ve çelişkilerin politikayla birlikte değerlendirilmesi

---

363 Aktaş, Eleştirel Hukuk, s. 168 vd.; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 429. Bu akımın temsilcileri hukukta şekilciliği ve nesnelliği reddetmektedir. Onlara göre, değer yargılarını içermeyen bir hukuk düzeni mümkün değildir. Hukukun var olan ideolojik çekişmelerden ayrı olarak oluşması da imkansızdır. Bkz. Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 429.

364 Eleştirel hukuk çalışmalarının esinlendiği kaynaklardan en önemlisi eleştirel teoridir. Eleştirel teori ile alakalı okul Fransız Okulu olarak da anılır. Sosyal Araştırma Enstitüsü'nde faaliyetlerini yürüten okul devlet aleyhine söylemlerinden dolayı Almanya'da, 1933 yılında Nazi rejimi tarafından kapatılmıştır. Fakat okul farklı ülkelerde faaliyetlerine devam etmiştir. Bkz. Aktaş, Eleştirel Hukuk, s. 19, 20.

365 Aktaş, Eleştirel Hukuk, s. 18.

366 Aktaş, Eleştirel Hukuk, s. 176.

367 Klare, Karl, The Politics of Duncan Kennedy's Critique, Cardozo Law Review, 2011, Vol: 22, s. 1077. Hukukun görünmeyen ve görünmesi çok da istenmeyen yüzü, hukuk düzeni aracılığıyla sistem içerisindeki egemen unsurların korunması ve ekonomi politik sistemin bekasının sağlanmaya çalışılmasıdır. Devlet bu şekilde hukuku hem ideolojik hem de baskı aracı olarak kullanılabilmektedir. Bu görüşe göre, siyasal iktidar sahiplerince çok da fark ettirilmek istenmeyen ve üzerinde tartışılmasının fazla arzu edilmediği hukuk ve politika birbirleriyle yakinen ilişki içerisindedir. Bkz. Akman, Şefik Taylan, Hukuk Politika İlişkisi (Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirilmesi), İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 23.

368 Radbruch, Hukuk Devleti, s. 14.

zorunludur[369]. Yargıçların politik temellere dayanmadan verdikleri kararlar hukuku felce uğratır[370]. Bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında yargıçların adaletsiz yasa karşısındaki konumuna değinilecek olup buradaki açıklamalar ayrıntılı olmayacaktır. Yargıçların siyasal yapıdan etkilenerek verdiği kararlarda, yargıç artık hukukçu kimliğinden sıyrılarak siyasal iktidarın maşası haline gelir. Yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi düzenlemeler bu tür olumsuz sonuçlara engel olmak için oluşturulmuştur. Yargıçların siyasal yapıdan etkilenmesini doğal bir süreç olarak açıklamak bu konuda verilen çabaları boşa çıkarmak olur. Radbruch formülünün çözüm önerisinde de yargıçların yeri önemlidir. Yargıç, politik gayelerle belli bir amaç için ortaya koyulan yasanın müdafisi olmak yerine adaletsizliğe engel olmalıdır. Bu yüzden politik yapı yargıda etkili olmaya çalışsa dahi, yargıçlarca bunlar, göz önüne alınmaması gerekir.

Eleştirel hukukçular hukukun bağımsız ve tarafsız olmadığı ve belirsiz olduğu[371] hususunu da dile getirmişlerdir. İlk olarak hukukun belirsizliği siyasal gündem ile incelenmiştir. Hukuktaki bu belirsizliğin siyasal unsurlar aracılığıyla doldurulduğu belirtilmiştir. İkinci olarak ise hukukun tarafgirliğine vurgu yaparak siyasetten bağımsız olarak hukukun ele alınmasının imkansızlığını dile getirmişlerdir[372]. Hukukun belirsiz hükümler içermesi ve siyasal iktidarın bu belirsizlikler aracılığıyla lehine bazı çıkarımlar yapması mümkündür[373]. Fakat günümüzde özellikle pozitivist hukuk anlayışı aracılığıyla hukuk normları belirsiz içeriklerinden sıyrılıp hukuk güvenliği sağlanmaya çalışılmıştır. Türk hukuk sistemi incelediğinde de belirsiz hukuk

---

369 Klare, s. 1080 vd. Klare bu eserinde, Kennedy'nin görüşlerini belirterek bunları eleştiriler bir şekilde incelemiştir.

370 Aktaş, Eleştirel Hukuk, s. 174.

371 Realist yaklaşım da hukuksal kesinliğin olmadığını belirtmektedir. Bu yaklaşım da hukuk toplumsal kontrol aracı olarak görmektedir. Hukuk politikaları vasıtasıyla hukukçu, toplumsal değişim sürecine, amaçlı bir aktör olarak katılmaktadır. Bkz. Özcan, Hukuk Sosyolojisi, s. 42 vd.

372 Akbaş, s. 89 vd. Hukuk normlarının belirsizliği karar verme sürecinde politikanın daha fazla etkili olmasına sebep olmaktadır. Bkz. Aktaş, Eleştirel Hukuk, s. 207. Hukuk kurallarının anlamından farklı çıkarımlar yapabildiğimiz zamanlarda hukuk dışındaki ögelerde bu süreçte etkili olabilmektedir. Bu da hukuk güvenliğinin önemini açıkça göstermektedir. Radbruch formülünün adalet ve hukuki güvenlik arasında seçtiği orta yolun yerindeliğini tekrar göstermiştir. Belirsiz hukuki düzenlemeler ve yargı üzerindeki baskılar sonucunda aslında adaletsiz bir norm oluşturmadan da adalete aykırı bir hukuk düzeni oluşturulabileceği açıktır. Bu yüzden Radbruch'un da belirttiği üzere hukukun üç temel direğinden biri olan hukuki güvenlik asla göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

373 Franz Neumann, iki savaş arasındaki süreçte Alman hukukunun şekilsiz ve her şeyi meşrulaştırabilen bir hale geldiğini savunmuştur. Bu dönemde bir taraftan hukukun objektifliği ortadan kaldırılırken diğer taraftan genel prensiplerin farklı şekillerde yorumlanması keyfilik dercesine ulaşan belirsizliğe yol açmıştır. Bunun sonucunda mahkeme kararlarının siyasal tercihe göre şekillenmesi kaçınılmazdır. Özcan, Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 12. Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 240.

normları azınlıkta kalmaktadır[374]. Bu belirsiz hükümler ise çoğu zaman yargıçlara takdir hakkı vererek somut olaya göre yorum yapmalarına yardımcı olmak amacıyladır. Eleştirel hukukçuların hukukun bağımsız ve tarafsız olmadığı konusunda tespitleri ise, Naziler de olduğu gibi zaman zaman tezahür etmiştir. Fakat bunu genellemek hukuka olan güveni sarsıp olumsuz sonuçlar da doğurmaktadır. Hukukun sosyal bilim olması sebebiyle toplumdan, siyasal yapıdan, politikadan etkilenmesi doğaldır. Fakat bu hukukun her zaman tarafgir bir nitelik taşıyacağını göstermez.

Radbruch'a göre; herkes tarafından mahkeme üzerindeki parti politikası, olumsuz olarak tanımlanır. Bu olumsuzlama veya ret sadece belirli bir parti tarafından temsil edileceği için politik değerlendirmelerin reddinden ziyade mahkemelerin politik yapı karşısında boyun eğmelerinin reddini deyimler[375]. Yani halkın politik etkinin yargıda etkin olmaması için gösterdiği tepki; somut olayda bir politik bir değerin etkin olmaması için verilen bir tepki olmanın ötesinde, bu düzen karşısında mahkemelerin politik güç karşısında boyun eğmesine verilmektedir.

Hukuk ve yasa yapım süreci her ne kadar siyasi kurumlarla ve devletle ilişkili[376] olup yürürlüğe koyulan yasalar siyasi iktidarın bir tercihi olarak değerlendirilse[377] de esas olan yasaların adalete, hukukun temel ilkelerine ve değerlere uygun olmasıdır. Düşünce boyutu güç boyutundan soyutlandığı takdirde her emirin anlamı bir norm olmaktan öteye gidemez[378]. Adalet, insan hakları ve insan onuru göz ardı edilerek oluşturulan yasalar da sadece devletin kendi çıkarlarını korumak için verdiği emirler haline gelebilir. Asıl tehlikeli olan durum da budur.

Hukukun araç olarak kullanılması veya ideolojik bir aygıt olması da hukukun politikayla olan ilişkisinin bir sonucudur. Aşağıda yer alan iki alt başlığın doğuş sebebi

---

374 Aktaş, Eleştirel Hukuk, s. 182 vd. Bu çalışmada bazı yasa maddeleri incelenerek Türk hukuk sisteminde yargıca takdir yetkisi verilen hallerin kısıtlı olduğu açıklanmıştır. Takdir yetkisi verilen hallerde dahi, yargıcın bu yetkisini nasıl kullanacağı belirtilerek belirli ilkelerle sınırlandırıldığı belirtilmiştir.

375 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 127.

376 Bu ilişki daha da ileriye götürülerek hukuk toplum mühendisliği aracılığıyla kullanılabilir. Farklı bir ifadeyle siyasal iktidar tarafından amaçlanan bir toplumsal değişmede hukukun rasyonel bir araç olarak kullanılabileceği belirtilmelidir. Hukukun politikayla olan ilişkisinde olduğu gibi bu düzenleme çabası toplumun ihtiyaçları belirlendiği ve bu şekilde düzenlemeler yapıldığı takdirde iyi sonuçlar doğurabileceği gibi tam tersi de mümkündür. Bkz. Özcan, Hukuk Sosyolojisi, s. 191 vd., 202.

377 Hukukun politikadan tamamen nasıl ayrılacağını tartışmak yerine politikanın hukuk ile ilişkisinden ne tür sonuçlar doğacağı ve bu konuda hangi tedbirler alabileceğimizi tartışmalıyız. Örneğin; biz yargılama da politikanın etkili olabileceği konusunda ne kadar bilinçliyiz? Siyasal unsurlar çeşitli dava türlerinde, hukuk alanlarında ya da yasal kültürlerde farklı etki gösterir mi? şeklinde sorular yönelterek siyasal düzeninin yargıya etkisi çözümlenmeye çalışılabilir. Bkz. Klare, s. 1077.

378 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 10.

de bu ilişkinin mevcudiyetinden kaynaklandığı için çalışmanın bu kısmında ayrı olarak incelemekte yarar görülmüştür.

3.1.1. Hukukun Araçsallaştırılması

Hukukun esas amacı adaleti tesis etmek ve insan hak ve özgürlüklerini korumak olmalıdır. Fakat bazen bu amaçtan sapılarak hukuk, siyasal iktidar tarafından araç olarak kullanılabilmektedir. Devlet; hukuku, kendini sınırlandırıcı bir öge olmaktan ziyade toplumu düzenlemek için başvurulan bir vasıta olarak görebilir.

Radbruch'a göre; devlet için hukuk, amaca giden araçtır; fakat neredeyse bilimde olduğu gibi aynı anlamda kullanılmıştır. Yani devlet, hukuka ve bilime hizmet ederek onları kendine yararlı kılar[379]. Burada Radbruch'un ilk cümlesi, hukukun devlet için bir araç olarak kullanabileceğini ve asıl amaç olmadığını belirtir niteliktedir.

Hukukun en önemli dayanağı olan adaleti koruma işlevi, siyasal iktidarın birliğini ve bütünlüğünü koruma işlevine dönüşebilmektedir. Yani hukuk; adalet, eşitlik ve özgürlük sorunu olmaktan ziyade disiplin hiyerarşi, birlik ve bütünlük sorununa dönüşebilir. Siyasal iktidarın emirlerine olan bağlılığı ve bağımlılığı sağlamakta vasıta haline evrilir[380]. Devlet, yasa yapma ve hukuku belirleme tekelini elinde bulunduran iktidar olduğu için toplumu kontrol etme, düzenleme ve belirlediği ilkelere göre disipline etme aracı olarak hukuku kullanır[381].

Yasa bazı zamanlarda, yapanın en güvenilir meşru işbirlikçisi haline gelir. Yasa koyucu, yasalar aracılığıyla çıkarlarını, politik arzularını[382], gayri ahlaki emellerini halkın talebi gibi göstererek haklılaştırmak isteyebilir. Esas olarak eşitliği ortadan kaldıran adalet içeriğinden yoksun yasalar, süslü paketlere konulmuş zehire benzetilebilir. Bunlar sadece yasa oldukları için uygulanırsa, amaç aracın önüne geçmiş

---

379 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 57.

380 Çetin, Halis, Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2002, s. 9, 10

381 Dikmen, Caniklioğlu, s. 217. Bundan dolayı hukuk, siyasal iktidarca yorumlanan, uygulanmaya koyulan gerekirse siyasal iktidarın çıkarlarına göre değiştirilebilen bir hali gösterir. Mutlak egemenlikle kutsanmış siyasal iktidar hukukun kendisini denetlemek, yargılamak ve cezalandırmak korkusuyla kendi tekelinden ayrılarak bağımsız olmasına müsaade etmez. Bkz. Dikmen, Caniklioğlu, s. 218.

382 Hukuk burjuvazi tarafından yapıldığı gibi, ekonomik ve politik çıkarlar hukuk kisvesine büründürerek öne sürebilir. Ezilen kesim ise, kendini koruduğunu düşünerek bu düzenin koruyucusu olmaktadır. Oysa, hukuk şekli olarak ezilen kesime hizmet ediyor gibi gözükse de hukukun içeriği farklı bir amaç taşıyabilir. Bkz. Radbruch, Hukuk Devleti, s. 16.

olacaktır. Çünkü yasaların asıl amacı adaleti sağlamaktır ve hiçbir yasanın bizatihi kendisi amaç değildir[383].

Hukukun politikayla olan ilişkisinden dolayı bazı yasaların ve hukukun siyasallaşması kaçınılmazdır. Fakat bu durum her zaman tehlikeli sonuçlar meydana getirmez. Asıl tehlikeli olan husus, çıkar çevrelerinin, politikacıların amaçlarına ulaşmak maksadıyla hukuku bir araç olarak kullanmalarıdır[384]. Hukuk ve yargı, bireysel ve toplumsal amaçların bir düzen ve uyum içerisinde gerçekleşmesine birlikte katkıda bulunabilir. Kabul edilemez olan, parlamento çoğunluğuna dayanan yasama ve yürütme birliğinin demokrasiyi istedikleri gibi kullanarak kendi tercihlerini, politikalarını milli irade olarak yasalaştırma hususunda keyfi bir tutum izlemeleridir. Yargıdan da bu yasaları onaylamalarını bekleyerek, mevcut duruma temel oluşturmak için çoğunluğun gücüne dayanıp istedikleri hukuki zemini oluşturmaları tehlikelidir. Başka bir ifadeyle, sorun hukukun siyasal alanı düzenlerken siyasallaşması değil, hukukun siyasal kuvvete yenilerek araçsallaştırılmasıdır[385].

Esasen hukukun araçsallaştırılması ve ideolojik aygıt olarak kullanılması birbirine benzer kavramlardır. Fakat devletin bir ideolojiyi benimseyerek bunu topluma hakim kılmaya çalışması hukukun araç olarak kullanılmasından daha baskın bir süreçtir. Yoksa hukukun ideolojik bir aygıt olarak kullanılması da aslında hukukun araçsallaşmasıdır.

3.1.2. Bir İdeolojik Aygıt Olarak Hukuk

İdeoloji, bir devletin sahip olduğu politik sistemin meşruiyetini sağlamak maksadıyla iktidarın temel karakteristiğini belirleyen, bunu toplumsal ve bireysel alanlar üzerinde hukuktan eğitim sistemine kadar farklı aygıtlar aracılığıyla kişiselleştiren, dolayısıyla mevcut iktidar ilişkilerinin tekrar üretilmesini mümkün kılan

---

383 Otacı, Cengiz, Hukuka Rağmen Kanun, Hakimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 120. Sayı, 2015, s. 576.

384 Krichheimer'e göre; adli yargılama siyasi amaçlar için kullanıldığında burada artık siyasi adalet ve siyasal yargı oluşur. Yazara göre, siyasi adalet sadece vatana ihanet, devlet güvenliğini tehdit gibi siyasetle ilişkili sayılabilecek davalarda değil, özel hukuk alanı da dahil olmak üzere bazı davalarda siyasi adaletten söz edilebilir. Bkz. Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti ve Yargıcı", Hukuk Devleti, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, Afa Yayıncılık, Sayı: 4, İstanbul 1998, s. 245. Hukuk araç olarak kullanılması, sadece yakın çağa özel bir durum değildir. Gerek Orta Çağ'da krallık papalık çatışmalarında gerekse Napoli döneminde, hukukun araç olarak kullanıldığını incelemek için bkz. Ağaoğulları, s. 267, 268.

385 Dikmen Caniklioğlu, s. 219, 220.

bir zihniyet örüntüsüdür[386]. Toplumsal bir düşünüş olarak ideoloji, etkileri ilk olarak siyasal alanda ortaya çıkan fakat aynı zamanda toplumu ve bireyi dönüştürebilme kapasitesi sayesinde sistemin sürdürülebilmesi ve bireyleri ikna etmek için kullanılan elverişli bir araçtır[387]. Gerek muhalif siyasal tutum sahipleri gerekse de iktidar sahipleri kendi çıkarları karşısındakilerden daha meşru olduğunu iddia edenler meşruluk araçlarına yani ideolojiye başvurmaktalardır[388]. Egemen ideolojiye duyulan ihtiyaç, aslında bireylerin sürekli zor veya baskı altında tutulmadan gönüllü olarak siyasal iktidara itaatlerinin rutinleşmesini amaçlamaktadır[389].

İlk bölümde incelediğimiz meşruiyetin sağlanmasına yarayan en önemli araçlardan bir tanesi ideolojidir. Hirsch'e göre ideoloji ile, o anda mevcut olan herhangi bir iktidar konumunun ya da ileri sürülen iktidar talebinin mutlak meşruiyetini, mantık ya da sözde mantık ile akli bir yol takip edilerek halkın zihninde yerleştirmek gayesi güdülür[390].

Althusser'e göre, devletin ideolojik aygıtları ve baskı aygıtları (polis, ordu, hapishaneler, mahkeme vb.) birbirinden farklıdır. Devlet baskı aygıtlarını genellikle zor kullanarak işletir, oysa ideolojik aygıtlarda ideoloji ön plandadır[391]. Hukuku ise ayrı bir yere koyarak hem ideolojik hem de baskı aygıtı olduğunu belirtmektedir[392]. Zira hukuk, oluşturduğu hukuk bilinci ve ideolojisi aracılığıyla bireylerin sisteme entegrasyonunda

---

386 Özcan, Hukuk Sosyolojisi, s. 128, 129; Hirsch, Hukuk Felsefesi, s. 202; Akman, s. 238. İdeolojinin düşünceleri değiştirme, düzenleme, birleştirme hususundaki gücü büyük önem teşkil eder. Bkz. Hunt, s. 121.

387 Özcan, Hukuk Sosyolojisi, s. 129. İdeoloji, bizim onayladığımız ya da karşı çıktığımız bir iktidar sistemi koşullarında oluşur, içeriğini oluşturan ögelerin bilimsel olması veya olmaması önemli değildir. İkna etme bilimsel veya bilimsel olmayan bir ideolojiyle sağlanabilir. Örneğin, ırkçı ideolojiler Darwin'e dayandırılabileceği gibi dini inanç temellerine de dayandırılarak da meşruiyet sağlanabilir. Bkz. Hirş, s. 278, 279; Özcan, Hukuk Sosyolojisi, s. 129.

388 Özcan, Hukuk Sosyolojisi, s. 201.

389 Özdemir, Ali Murat, Sözün Mülkiyeti- Hukukun Ekonomik Politiği, Dipnot Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 191; Akman, s. 239.

390 Hirsch, İktidar, s. 302. Başka bir ifadeyle, uygun etki araçlar ve metodlar vasıtasıyla o ana kadar onlar için en tiksinti gelen şeyler meşru gösterilebilir. Yani insanların ruhuna adeta bu düşünceler perçinlenir. Bkz. Hirsch, İktidar, s. 302. Tıpkı Almanya'daki toplama kamplarında yapılanlar gibi iktidar vasıtasıyla tiksinti uyandıran faaliyetler bir süre sonra olağan bir şekilde yapılmaya başlanılabilir.

391 Althusser, Louis, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, Çeviren: Yusuf Alp, Mahmut Özışık, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1994, s. 33 vd. Althusser, her ne kadar bu iki aygıtı birbirinden ayrı olarak tanımlasa da aslında bunların birbirleriyle ilişki içerisinde olduğunu belirtmiştir. Örneğin; ordu ve polis hem zor kullanmakta hem de dışarıya sundukları değerler ile aynı zamanda ideolojiyi kullanarak işlerler. Althusser, s. 35.

392 Althusser, s. 33 vd. Hunt'a göre hukukun hem zorlayıcı hem de ideolojik karakteri vardır. Hukuk sistemi, devletin organize olmuş güç unsurlarına başvurmak zorundadır. Örneğin; polis, ordu, mahkemeler bu unsurlar arasında sayılabilir. Bu hukukun baskı içeren yüzünü gösterir. Bkz. Hunt, s. 21.

önemli bir araç ve meşruiyetin en önemli kaynaklarından bir tanesi olarak baskı aygıtını faaliyete geçirecek yasallığın da kaynağını teşkil etmektedir[393].

Toplumsal düzenin hukuka dayandırılması hem mevcut siyasal iktidarın kurallar koymasına hem de bireylerin bu kuralları içselleştirerek onlara itaat etmesi ve bunun sonucunda kuralların meşruluğunun halk tarafından onanması şeklinde iki yönlü bir ilişki meydana getirir[394]. Hukukun gerek içerik olarak gerekse de şekli niteliğinin anlamlandırılmasında bir biçimde hukukun mevcut siyasal iktidar, tahakküm ve hiyerarşi ilişkilerinin içerisinde hatta bu ilişkilerin odağında araçsallaştırmanın var olduğu göz önüne alınmalıdır. Bu araçsallaştırma ise ideolojinin belirleyiciliği dışında gerçekleşmemekte olup ideolojik şekillenmeyle doğrudan bağlantılı bir anlam kazanmaktadır[395].

Hukuk normları ile hukuksal süreç ve kurumlar egemen gücün çıkarlarını doğrulamanın haricinde, egemen güce karşı toplumun ezilen kısımlarının hak ve özgürlüklerini korunmak ve geliştirebilmek için kullanılmalıdır. Keza hukukun mevcut oluşunun en önemli meşruiyet gerekçesinin de adalet idesiyle[396] ilişkilendirilerek haksızlıkların giderilmesini sağlayan bir anlam kazanmasıdır. Yani hukuk, siyasal iktidarın egemenliğini meşruiyetini sağlamasını kolaylaştırmak yerine, egemenliğin kurallar aracılığıyla sınırlanmasına ayrıca teori ve pratikte önerilen görüşler ile insanların özgürleşmelerine de imkan sağlamalıdır[397]. Fakat hukuk, kendi meşruiyetini sağlayabilmek için adalet, eşitlik, özgürlük gibi bazı simgeleşmiş kavramlara atıf yapıp onları kendi ideolojik işleyişi içinde fetişleştirmiş ve bunların toplumsal hayatta uygulanmasının somutlaşmış hali olduğu inancını yerleştirmiştir. Aynı zamanda bu kavramların içini boşaltarak işlevsiz hale getirebilme kudretine de sahiptir[398]. Adalet

---

393 Althusser, s. 33 vd.; Akman s. 243.

394 Özdemir, s. 177.

395 Akman, s. 245. Hukuk sisteminin belirli bir ideoloji çerçevesinde oluşması her zaman için olumsuz olarak da düşünülmemelidir. hukuk sistemlerinin çoğunluka belirli bir ideoloji ve siyasi bakış etrafında oluştuğunu söylemek mümkündür. Örneğin, liberal bir ülkenin Ticaret Kanunu daha serbestlik içeren normlar taşırken tam tersi durumlarda kısıtlayıcı hükümlerin çoğaldığını görmek mümkündür. Bkz. Mızrak/ Temiz, s. 77.

396 İngiliz tarihçi Thompson'ın vurguladığı husus, tarafsızlık ve adalet idealleri üzerine inşa edilen hukukun üstünlüğü retoriğinin, hukukun araçsal özelliğini gizleyip ideolojik niteliğini yerine getirebilmesi için, hakikaten belli oranda adil ve tarafsız olması, bu nitelikte sonuçlar oluşturmasının gerekliliğidir. Bkz. Özenç, s. 245.

397 Akman, s. 290.

398 Akman, s. 246, 247. Hukuku bütünüyle ampirik olarak değerlendirildiğinde (hukuki pozitivizm), bazı sorunlar ile karşılaşılır: adalet, haklılık, itaat zorunluluğunun temeli gibi. Pozitif hukuku bir siyasi güce (egemenlik) bağlamak veya bir ideoloji ile temellendirmek ile bu sorunlardan kurtulamayız. Bu sorunları hukuku egemen güce bağlayarak çözmek veya varlıklarını reddetmek,

gibi hukukun temel kavramlarının içinin boşatıldığı dönemlerde[399] dahi hukuk, formal kalıpların arkasına gizlenerek kendisini izole edebilmektedir. Yani eşitsizlikleri gizlemek amacıyla şekli bir eşitliği ön plana çıkartarak bilinç üzerinde egemenlik kurmaktadır[400].

Eğer yasaların sürekliliği ve hukukun üstünlüğünden ziyade iktidarın iradesi ve belirleyiciliği üstün tutulursa yani hukuk planlamacılığı yapılırsa devlet bu planlamacılığın tarafı olarak toplumu bu planlara uydurmak maksadıyla hukuku ideolojik baskı aracı olarak kullanır. Çünkü devlet bir yönüyle ahlaki bir kurumdur ve iyi, kötü haklı haksız artık devlet tekelinde bir olgudur. Hukuk planlamacılığı arttıkça, hukuki ilkelerin yerini devletin belirlediği bir fiilin iyi, makul veya adil oluşu alır. Bu ise iktidarın takdir alanını kişilerin aleyhine genişletir. İktidarın çıkarına ve o dönemin şartlarına göre; iyi, makul ve adil olan şey değişebilir ve siyasal iktidar bunu yasalar ile düzenleme yoluna gidebilir. Yasa hakimiyeti kimi durumlarda diktatörlüğe evrilmeyi kolaylaştırabilir[401].

Neticede hukuksal düzenlemeler, adaleti sağlamanın dışında ideolojik ve siyasi güç kaynaklarının onu biçimlendirdiği ve bunun sonucunda, içeriğini kendi amaçları doğrultusunda dönüştürüldüğü inşa edici bir sürecin ürünü olarak da kullanılabilmektedir[402].

Hukukun, perdelenmeye çalışılan politikayla ilişkili olan yüzünün fark edilebilmesi, kavramsal ve formal özelliği ile bütünsel mantığı ve yapısal karakterinin algılanabilmesi maksadıyla ilk olarak onu, bağlı bulunduğu ve meşruiyetinin sağladığı politik ve siyasal düzeni dikkate alarak değerlendirip yorumlamak gerekmektedir. Yani hukuksal söylemin mantığının anlaşılabilmesi maksadıyla, hukuku sadece nesnel kurallar ve normlar bütünü olarak değil, yürürlükte bulunduğu politik sistem içerisinde;

---

güç ile doğru ve haklıyı eş anlamda kullanmaktır. İdeolojiler ise, başlı başına birer değerler sistemidir. Bkz. Keyman, Tabii Hukuk, s. 33.

399 Benedetto Croce hukuku farklı amaçlarla kullananlar iktidarlardan şöyle söz etmiştir; *"Hukuka saldırarak kuramlarını kuranlar bunu kaygısızca yapmaktadırlar; çünkü bu kimselerin çevreleri yasalarla çevrilidir, yasalarca korunurlar ve ayrıca yasalarca yaşamları güvence altına alınmıştır; fakat yasalar yok olmaya başladığı an kuram yaratma ve gevezelik yapma beğenilerini de birdenbire yitiriceklerdir"* Bkz. Croce, Benedetto, Filosofia della Pratica, Bari Laterza, 4. Baskı, 1932, s. 333'den aktaran Sartori, s. 392.

400 Hukukun bir inanç sistemi olarak betimlenmesinde onun bizatihi belirli değerler dizgesi oluşturarak hızlı bir şekilde ideolojiye dönüşümüne sebep olmaktadır. Onu, bireyler için kolaylıkla kabul edilerek onaylanmasına imkan tanıyacak bir toplumsal fonksiyon niteliğiyle donatmaktadır. İnsanlar arası ilişkilerin özellikle bireysel güvenliğin sağlanması gibi gerekçeler hukukun kurucu etkinliğinin ve varlığının meşruiyet kaynağı olmaktadır. Bkz. Akman, s. 249.

401 Dikmen Caniklioğlu, s. 217.

402 Özdemir, s. 208.

ideoloji, iktidar, toplum vb. ögelerle bir arada bulundurarak karşılıklı bir ilişkiler ağı içerisinde değerlendirmeyi mecburi kılmaktadır[403]. Bunun için biz de farklı siyasal rejimlerde hukukun görünümünü inceleyerek siyasal iktidarın ve politik yapının hukukun oluşumunda etkisini incelemeye çalışacağız.

3.2. Hukukun Farklı Siyasal Rejimlerde Değişen Görünümü

Hukuk ya siyasal iktidarın yanında ya da karşısındadır. Bundan dolayı hukuku tanımlama sorunu aslında siyasal iktidarı tanımlama sorunudur. Siyasal iktidarın hukuka bakış açısı, hukukun düzendeki yeri siyasal sistem farklılıklarının esasını oluşturmaktadır[404]. Hukuku, siyasal iktidarca kullanılan ve belirlenen bir araç olarak değerlendiren totaliter ve otorite yönetimler, onu güç, otorite, hegemonya ve baskı unsuru olarak ele alırken; özgürlükçü düşünceler hukuku, toplum ve bireyin belirleyiciliği altında kullanılan bir güvenlik aracı olarak değerlendirir. İlkinde hukuk; mutlak, aşkın bir bütün, sınırlandırılamaz ve tek siyasal iktidarın aracı iken ikincisinde bireysel haklara, adalete, toplumsal rızaya, özgürlüklere ve siyasal iktidarın sınırlandırılıp denetlenmesini amaçlayan bir araç olarak değerlendirilir[405]. Çalışmanın kapsamında totaliter, otoriter ve demokratik rejimlerde[406] hukukun görünümüne bakılarak Radbruch formülünün kullanım alanları incelenecektir.

3.2.1. Totaliter Rejimlerde Hukuk

Totaliter rejim; Nazizim, Komünizm[407] gibi örnekleri bulunan tek bir partinin egemenliğinde bütün siyasi, ekonomik ve toplumsal faaliyetlerin devlet tarafından kullanıldığı, muhalefetin baskı altında tutulduğu ve özgürlüğün çok fazla sınırlandığı bir

---

403 Hirsch, Hukuk Felsefesi, s. 295 vd.; Akman, s. 23, 24.

404 Çetin, Egemenlik ve Hukuk, s. 9.

405 Dikmen Caniklioğlu, s. 212. Radbruch, İncil'de iki ayetin birbirleriyle gerilim içerisinde olduğunu belirtir. İlki, size karşı gücü olan otoritelere karşı itaatkar olun. İkinci ise, insanlardan ziyade Tanrı'ya itaat edin. Bu sadece dindarca bir dilek olmayıp geçerli bir hukuk önermesidir. Radbruch'a göre bu iki emir arasındaki gerilimin çözümü, üçüncü bir hükme başvurularak çözülemez. Bkz. Radbruch, Five Minutes, s. 15.

406 Siyasal rejimlerin; saf olarak bu üç tip de görülmesi zordur. Bu rejimlerin alt tipleri ve kendi içlerinde değişen sistemleri mevcuttur. Bkz. Linz, Juan J., Totaliter ve Otoriter Rejimler, Çevirmen: Totaliter ve Otoriter Rejimler, Çevirmen: Ergun Özbudun, Liberte Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 141 vd. Çalışmanın kapsamında bunlara ayrıntılı olarak değinilmeyecek olup genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

407 Sartori; totalitarizmi eski bir rejime bağlı kalarak açıklamanın sınıflandırma çalışmasını olumsuz etkileyeceği ve karışıklığa yol açacağını belirtmiştir. Bu yüzden yazar totalitarizmi günümüze kadar adlandırılmamış bir şeye verilen yeni bir isim olduğu görüşünü benimsemektedir. Bu görüş için bkz. Sartori, s. 244.

rejimdir. Totalitarizm özel ve siyasi yaşamın her yönünün iktidar sahiplerince kontrol altında bulundurulduğu bir sistemi ifade eder[408].

Totaliter rejimler kendi içerisinde farklılıklar göstermesine rağmen ortak özellikleri şu şekilde sıralanabilir; halkın tüm kesimlerinin en azından edilgen bir şekilde bağlı bulunduğu resmi bir ideoloji, tek bir adam veya tek bir parti diktatörlüğü, merkezden yönetilen bir ekonomi, kitle iletişim araçları[409], eğitim, hukuk[410] gibi araçlarla denetim sağlama gayesi.

Totaliter rejimlerde yargıçlar ve savcılar da bağımsızlıklarını yitirerek siyasal iktidarın tetikçisi konumuna gelmektedir. Bu rejim türünde, yargı gücünden de yararlanılarak iktidarın keyfi istekleri uygulamaya koymaktadır. Bundan dolayı, iktidar sahipleri yargıçların sadece kendi görüşlerine hizmet edecek kişilerden oluşmasına önem vermiştir[411].

Totaliter rejimler amaçlarını gerçekleştirebilmek maksadıyla ceza hukukunun uygulama alanını genişleterek faaliyetlerine temel oluştururlar. Ulusal çıkar[412] ve devletin güvenliği gibi kavramlar geniş yorumlanarak birçok yasal kavram özünden saptırılıp bazen de orijinal niyetlerinin tersine dönüştürülür. Bireyler arasındaki davalara dahi devlet müdahil olmak ister ve bunlar rejimin ideolojik kaygılarının etkisinde kalır[413]. Yargının siyasal baskı aracı olarak kullanılması totaliter rejimlerde oldukça

---

408 Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2005, s. 1631.

409 Cevizci, s. 1632; Linz, s. 35, 36. Totaliter rejimde bunların haricinde özellikleri olmasına rağmen çalışmanın kapsamını aşması maksadıyla bunlara değinilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Friedrich, Carl J./ Brzezinski, Zbigniew K., Totalitarian Dictatorship and Autocracy, Harvard University Press, 2. Edition, Cambridge 1965, s. 22 vd. Sartori, totaliter sistemin oluşması için sayılan koşulları yerinde bulmamıştır. Toptancı anlayışla belirtilen özellikler, bu rejim içerisinde yer alan sistemleri yeksaneleştirerek incelenmesini zorlaştırdığını belirtmiştir. Örneğin, Nazizim merkezden yönetilen bir ekonomiye sahip olmamıştır ve bu bakış açısıyla totaliter rejim olmaktan çıkmaktadır. Bkz. Sartori, s. 245, 246. Sartori'nin bu görüşlerine kısmen katılmakla birlikte esas alınan amaç, bu tür özellikler taşıyan siyasal sistemlerde, hukukun görünümünü genel olarak incelemeye çalışmaktır. Yoksa bu sistem içerisinde sayılabilecek her rejimin kendine has özellikleri mevcut olduğunu göz ardı edemeyiz.

410 Gramscici anlamda tüm hegemonya ilişkileri esas olarak eğitim ilişkisidir. Eğitim süreciyle ilgili olan kurumlar ise hukuk, kitle iletişim araçları vb. ideolojik aygıtlar olarak sıralanabilir. Bu kurumlar halkın içerisinde bulundukları toplumsal düzene ilişkin rızalarını üretir. Bunun için ileride hukukçu olacak gençleri eğitmek (öğrencinin içine gireceği hukuk sitemine rızasını üretmek) aslında ideolojik bir yöne sahiptir. Bkz. Çataloluk, Gökçe, Piyasaya Hukukçu Yetiştirmek: Hukuk Fakültelerinin Sistemsel Dönüşümdeki Rolü, Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, Derleyenler: Ali Murat Özdemir, Muammer Ketizmen, İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 308.

411 1934 yılında çıkarılan Hükümet Hizmetleri Kanunu yargı mensuplarına da uygulanarak Yahudi ve Nazi partisine bağlılığından şüphe edilen yargıç ve savcılar görevlerinden uzaklaştırılmıştır. Bunların yerine Nazi iktidarına bağlı hakim ve savcılar atanmıştır.

412 Yalnızca ortaklaşa iyiye hizmet etmek gayesi olan ve bireysel çıkarları göz ardı eden bir düzen, hukuk adını taşımak savında bulunamaz. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 5.

413 Friedrich/ Brzezinski, s. 121, 122.

yaygındır[414]. Hirsch'e göre ise, totaliter rejimlerde insan yaşam alanının tüm ayrıntılarına kadar hukuk aracılığıyla yönlendirildiği görülebilmektedir. Öyle ki iktidar kullanımının hep hukuka dayandırılmaya çalışması aksi durumun istisna olması yaygındır[415].

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü gibi ilkelerin yayılması ile artık rejimler faaliyetlerine hukuki temel hazırlamak için çaba göstermeye başlamıştır. Her ne kadar egemenliği güçlü olsa da hukuki ögeleri kullanmak hem meşruiyetini güçlendirmeye yardımcı olmakta hem de sorumluluğunu azaltmaktadır. Hukuku bu şekilde kullanan rejimlerde ise aşırı adaletsiz yasaların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Radbruch formülünün uygulanmasını gerektiren aşırı adaletsiz yasaların çıktığı dönemlerde genel olarak totaliter rejimler hakimdir. Totaliter rejimlerde hukuk, ideolojilerini gerçekleştirmek ve bütünlüğü sağlamak maksadıyla araç olarak kullanabilir[416]. Hukukla ahlak arasında bulunan zorunlu bağın koparılması da diktatörlüğe elverişli bir sistem ortaya çıkmasına yol açacaktır[417].

Diktatör bir hükümet, hedeflerine uygun bazı yasalar yapabilir fakat tüm maddi hukuk düzenini değiştiremez. Bunun teknik imkansızlığından dolayı bazı zamanlarda keyfi kararlar vermesi daha kolaydır. Suçun belirlenmesi ve cezalandırılmasında mahkemeler, hükümetin emirlerine uyuyorsa çok ağır bir şekilde hukuk ihlal edilmiş olur. Nazi döneminde olduğu gibi mahkemeler bir partinin görüş ve çıkarları doğrultusunda hareket edebilir. Devlet tiranlığının etkin hale gelmesi için mahkemelere korkutma ve gözdağı verebilir. Bu gibi dönemlerde yargı bağımsızlığı ve hukuka bağlılık ağır bir şekilde sarsılmaktadır[418].

Fakat totaliter bir rejim için hukuk çok elzem değildir. Bu rejim yöneticileri, gayelerine engel oluşturduğu zaman hukuku ihlal ederek hedeflerine ulaşmaya çalışırlar[419]. Radbruch'un olağan zamanlarda hukuki güvenliğe yaptığı vurgu da bunun

---

414 Sancar, s. 189. Sancar'a göre; bu rejimlerde mahkeme kararları ana hatları ile yargılama faaliyetleri başlamadan önce yazılmıştır. Devletin yargılamaya ilişkin ilgisi ise, hükümden ziyade duruşmalardan resmi propaganda için çıkarılacak malzemeye yoğunlaşmaktadır. Yazara, bunun bazı durumlarda diğer rejim türlerinde de görülebileceğini belirtmektedir. Bkz. Sancar, s. 189.

415 Hirsch, İktidar, s. 307. Her şeyi düzenlemek isteyen totaliter rejimin dahi aşamayacağı bazı sınırlar vardır. Cezalar insani ihtiyaçların bir gereği olarak onlara karşılık vermek için oluşturulmaktalardır. Goethe'nin belirttiği üzere; *"Kanun güçlüdür fakat zaruret daha güçlüdür."* Bkz. Hirsch, İktidar, s. 308.

416 Çetin, Egemenlik ve Hukuk, s. 9, 10.

417 Aktaş, Fuller, s. 95.

418 Pappe, s. 268, 271.

419 Naziler, sadece adaletsiz yasalar çıkararak değil aynı zamanda hukuk güveliğini ihlal ederek de amaçlarına ulaşmaya çalışmışlardır. Radbruch, Nazilerin hukuku harabeye çevirdiğini belirterek

sonucunda oluşacak olumsuz durumların engellenmesi için önem arz eder. Bu durumda Radbruch formülü totaliter rejimlere karşı iki yönlü bir koruma sağlamaktadır. Hem pozitif hukuku ihlal ederek adaletsiz bir düzenleme yapan rejim hem de hukuku araç olarak kullanarak aşırı adaletsiz yasalar çıkaran devlet erkine karşı adalet korunmaya çalışılmıştır.

Diktatör rejimlerin sapkın yasaları formül aracılığıyla, rejim değiştikten sonra veya hala hüküm sürerken onarılabilir. Tabi ki bu görev aslında yasa koyucularındır. Fakat bu görev yasa koyucularca yerine getirilmediğinde yargıca önemli bir misyon yüklenmiş olur. Bu gibi durumlarda pozitif hukuka uygun karar vermek, telafisi imkansız zararlara sebep olabilir[420].

Yargıcın tahammül edilemeyecek derecede adaletsizlik içeren yasaların hukuk olmadığını belirtip uygulamayı reddetmesi ise totaliter rejimlerde nispeten daha zordur. Çünkü bu rejimlerde baskı[421] şiddeti yoğun olup farklı düşünmeye çok da imkan tanınmaz[422]. Fakat ne kadar zor olursa olsun yargıçlık etiği gereğince insan haklarını aşırı derecede ihlal eden bu yasaların uygulanmaması gerekir.

Yasallık ve nesnellik gibi değerlerle hukukun sorularına cevap verilebileceğini ve hukukun en zor sorunlarının aşılabileceği düşünülmemelidir. Yasallık ve nesnellik, devlet yönetimi dürüst ellerde bulunduğu zaman yeterli olur. Fakat Augustinus'un da belirtiği gibi devlet büyük bir çeteye dönüşürse yalnızca yüksek değerlere inanç bunun engellenmesine yardımcı olabilir. Bunun için adaletin gerçek manada tüm devlette hakim olması gerekmektedir[423].

3.2.2. Otoriter Rejimlerde Hukuk

Siyasal rejimler genel itibariyle totaliter ve demokratik rejimler olarak ikiye ayrılmakta olup otoriter rejimler ise bunların gölgesinde kalmaktadır. Otoriter rejimler,

---

hukukçuların hukukun yeniden inşası gibi zorlu bir görevleri olduğunu belirtmiştir. Hukuksal güvenliği tekrar kurmak, devleti kendi çıkardığı yasalarla yeniden bağlamak hukuk devletini yeniden kurmak zorundadır. Hukuki güvenliğinin ihlali yanı sıra, Nasyonal Sosyalistler caniliklerine, haksızlıklarına yasal kılıf uydurmaya çalıştılar. Bkz. Sancar, s. 101. Yani Naziler hem yasaları adalet gibi değerlerden koparark hem de hukuki güvenliği ihlal ederek haksızlık rejimlerine temel oluşturmaya çalışmışlardır.

420 Dreier, s. 101.

421 Sartori, totalitarizmde baskıdan çok kapsamanın hedef alındığını belirtmiştir. Ona göre, totalitarizmde her alanda baskı yapıldığı yönünde bir çıkarım mevcuttur. Fakat bütün alanlar denetim altına alındıktan sonra artık kaba kuvvet başvurma ihtiyacı azalacaktır. Bu görüş için bkz. Sartori, s. 253.

422 Çetin, Egemenlik ve Hukuk, s. 10.

423 Ağaoğulları, s. 221; Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 21.

sınırlı fakat sorumlu olmayan bir siyasal plüralizme sahip olan sert bir ideolojiden ziyade kendine has zihniyetleri[424] olan, gelişmelerinin bazı aşamaları haricinde yoğun ve yaygın mobilizasyon oluşturmayan, bir liderin ve bazen küçük bir grubun, biçimsel açıdan iyi belirlenmemiş fakat fiiliyatta tahmin edilebilir sınırlar içerisinde iktidarı kullandıkları siyasal sistemlerdir[425].

Çoğu zaman bu rejimler, toplum hayatına nüfuz ederek bazı grup menfaatlerini zor kullanarak yasaklar veya müdahaleci politikalar yoluyla bu menfaatlere biçim verirler[426]. Otoriter rejimler, bireysel özgürlükleri aşırı miktarda sınırlamaktadır[427]. Totaliter bir yönetim kadar baskın olmasa dahi otoriter rejimlerde de genel olarak baskı ve kontrol etme istediği ön plana çıkmaktadır.

Aşırı adaletsiz bir yasanın olması Radbruch formülünün uygulanabilir olduğunun göstergesidir. Adaletsiz yasanın ihmal edilmeden uygulanması, onu hukuk yapmaz. Bu yüzden Radbruch formülünün uygulanarak ihmal edilen yasaların haricinde, bunun göz ardı edildiği yasalarda da tahammül edilemez derecede adaletsizlik var ise bunun uygulanmaması gerekmektedir. Bundan dolayı sadece yargı kararıyla Radbruch formülünün uygulandığı yasalar değil, uygulanmadığı halde uygulanması gereken durumlar da düşünülmelidir. Bu düşünüş tarzı, otoriter rejimlerde formülünün kullanımının mümkün olduğunun görülmesine yardımcı olacaktır. Otoriter rejimlerde aşırı adaletsiz yasaların çıkarılması totaliter rejimlere göre, nispeten daha az olsa da olasıdır. Totaliter rejimlerde yapılan açıklamalar, genel itibariyle otoriter rejimlerde de geçerlidir.

Yargının; demokrasiyi, hukuk devletini, bireysel hak ve özgürlükleri koruma görevini yerine getirmediği hallerde her zaman için siyasal iktidarın otoriter bir yönetime kayma tehlikesi mevcuttur. Yargının bu görevini ifa edebilmesi için ise, öncelikle siyasal iktidardan bağımsız olması gerekmektedir[428].

---

424 Geiger'e göre ideolojiler, fikri bakımdan az çok işlenmiş ve örgütlendirilmiş düşünce sistemidir. Zihniyet ise değişik durumlara kodlaştırılmamış tepkiler içeren, rasyonel olmaktan ziyade duygusal özellik taşıyan düşünce ve duygu tarzıdır. İlk olarak zihniyet, daha sonra ideoloji oluşur. Zihniyet değişken ve şekilsizdir, ideoloji ise katı bir şekle bürünmüştür. Fakat her ikisi de eyleme dönük idealleri oluşturan fikirler gibi, daha geniş kapsamlı bir kategorinin ögeleri olup bu fikirler de iktidar ilişkisinin kurumsallaşmasının bir cephesini oluşturur. Bkz. Linz, s. 166 vd.

425 Linz, s. 161.

426 Linz, s. 163.

427 Sartori, s. 239, 240.

428 Çatlı, Mehmet, Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Muktedir/ Erkli Demokrasi, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 120; Dikmen Caniklioğlu, s. 234. Bir sistem hukukunu ve hukuku uygulamakla görevli yargıçların genel saygısızlığına dayandırıyorsa geçmişteki en kötü hukuki düzensizlikleri/ usulsüzlükleri geçmişe etkili yasalarla meşru hale

Ancak yargıcın bağımsızlığını sağlayan güvenceler otoriter rejimlerde yeterince korunmadığı hallerde dahi yargıç, diğer rejim türlerinde olduğu gibi aşırı adaletsizliği tespit edip bunun uygulanmasını engellemelidir. Baskının şiddeti, otoriter rejimlerde, totaliter rejimlere oranla daha az olduğundan yargıcın bu ihlali belirtmesinin nispeten daha kolay olduğu söylenebilir. Fakat yine de bu cesurca bir davranışı gerektirmektedir.

3.2.3. Demokratik Rejimlerde Hukuk

Demokrasi kelime manası olarak halk yönetimidir[429]. İlk Çağ'da Eski Yunan uygarlığında ortaya çıkan bu kavram zamanla değişip geliştirilerek günümüze kadar gelmiştir. Demokrasi asıl olarak yönetilenlerin çıkarlarının yönetimde temsil edilmesi gayesine yönelik siyasal katılma talebi şeklinde ortaya çıkmıştır. Ancak bazı örneklerde demokrasi ile seçilen iktidarın diğer kesimlere göre güç ve olanaklar yönünden üstün olması sebebiyle başlangıçtaki demokratikliğin sonraki dönemlerde sürdürülemeyebileceğini gösterir[430]. Radbruch'a göre ise; demokrasi bir dünya görüşü değil ancak toplum içerisinde dünya görüşü ile alakalı karşıtlıkların uzlaşması için geçerli olan bir yöntem şeklidir[431].

Yasama organının, temsili demokrasinin bu düzen içerisinde kendi payına düşen yetkiyi kullanarak yasa yapması, pratikte çoğunluğun iradesini herkesin itaat edeceği bir kurala dönüştürmektedir. İlke olarak yasaların yönetimi yasa koyucuların yönetimine evrildiğinde baskının farklı bir çeşidi için yol açılmış olmaktadır[432].

---

getirmeyi bir alışkanlık haline getiriyorsa, sahte bir kanuniliğin dahi sınırlandırmalarından kaçmak maksadıyla sokaklarda hiç kimsenin karşı koyamayacağı terör baskılarına müracaat ediyorsa ve bütün bunlar bir diktatörlükte meydana geliyorsa, bu düzene hukuk adını vermek mümkün değildir. Bkz. Fuller, Positivism, s. 660.

429 Latince'de demos (halk) kratein (yönetmek, hükmetmek) sözcüklerinden birleşerek oluşmuş bir birleşik isimdir. Bkz. Erdoğan, s. 232. Demokrasi kavramına eleştirel bir bakış için bkz. Çatlı, s. 57, 120 vd.

430 Özcan, Hukuk Sosyolojisi, s. 52.

431 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 60. Demokrasi iyi ayarlanmış bir makine değildir. Aksine demokrasi, birbiriyle çekişen karşıtların bir çokluğu olarak değerlendirilir. Demokrasi için söyleneceklerin en değerlisi ise, bu çokluğun dengelenebilmesi için etkin insanların akıl ve becerisinin gerekli olmasıdır. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 59. Demokrasinin prensip olarak tam manasıyla uygulanamayacağını belirten görüşler için bkz. Erdoğan, s. 235 vd.

432 Dikmen Caniklioğlu, s. 160.

Günümüz demokrasilerinin en büyük tehlikelerinden biri oy çokluğu veya konsensüs ile insan haklarına, adalete ters düşen normların yasalaştırılmasını ve bunlara aykırı olan kararların alınmasını olanaklı kılmasıdır[433].

En demokratik kuralların mevcut olması dahi bazı durumlarda diktatörlük rejiminin kurulmasına engel olamayabilir. Esas olan kural, önlem ve müesseselerin amaç ve ruhlarına uygun şekilde kullanılmalarıdır[434]. Tıpkı hukukun araçsallaştırılması gibi demokrasinin de araçsallaştırılması mümkündür[435]. Örneğin, Hitler demokratik seçimler[436] ile seçilerek göreve gelmiş olmasına rağmen sonraki dönemde demokrasiye aykırı düzenlemeler yapmıştır. Dernek ve parti kurma özgürlüğünü kaldırılarak yerine tek parti sistemi kurmuştur. Seçim yasalarında bir değişiklik yapılmamakla birlikte artık pratikte var olan seçimler gerçek anlamını yitirmiştir. Hitler bu sistemi hukukun ve demokrasinin kendine sağladığı olanaklardan yararlanarak oluşturmuştur[437].

Siyasetin hukuk ile dizginlenmesinin bir hukuk devleti geleneği ve demokratik terbiye sonucunda olduğu gerçeği benimsenmedikçe, siyaset, hukuka ve hukukun sözcüsü olan araçlara popüler demokrasinin şişirilmiş argümanlarını araç olarak kullanarak saldırmaya devam edecektir[438].

Demokratik rejimlerin hepsini aynı başlık altında incelemek ve onlara aynı özellikleri atfetmek zordur. Kendi içerisinde dahi farklı modellere sahip olan demokrasinin[439] birbirinden farklı uygulamaları vardır. Fakat dikkat edilmesi gereken sadece bu etikete sahip olmanın Radbruch formülünü uygulamayı gerektirecek kadar adaletsiz bir yasanın oluşturulamayacağını göstermemesidir. Yani halk aracılığıyla seçilen yasama organı da aşırı adaletsiz yasalar oluşturabilir. Özellikle günümüzde

---

433 Kuçuradi, İoanna, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 64. Günümüzde belirli bir norm hakkında sadece konsensüs sağlamakla yetiniliyor, konsensüs sağlanan normun epistemolojik ve değersel nitelikleri pek önemsenmiyor. Bkz. Kuçuradi, s. 64.

434 Hirsch, Hukuk Felsefesi, s. 299.

435 Dikmen Caniklioğlu, s. 220. Siyasal iktidar, kendi çıkarlarını yasa kılıfına büründürerek kamusal çıkar haline getirmemelidir. Aksi takdirde iktidar, haksızlık rejimine dönüşmüş olur. Bkz. Otacı, s. 587.

436 Hitler, Kavgam adlı eserinde demokrasiyi şu şekilde tanımlamıştır; *"Alman demokrasisi hür şekilde seçilmiş liderin bütün hareket ve jestlerinin tam olarak tüm sorumluluklarını üzerine almak zorundadır. Bu demokrasi anlayışında sorunların bir çoğunluk kararıyla çözülmesi kabul edilemez. Kararı tek bir kişi verir…"* Bkz. Hitler, s. 101, 102.

437 Göze, s. 374. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra demokrasiyi bu tür tehditlerden korumak maksadıyla militan demokrasi olarak adlandırılan bir kavram ortaya çıkmıştır. Militan demokrasi anlayışına göre, demokrasi kendini ortadan kaldıracak özgürlüklere sınırsız olarak müsaade etmemelidir. Bkz. Göze, s. 374.

438 Dikmen Caniklioğlu, s. 259.

439 Farklı demokrasi modelleri için bkz. Erdoğan, s. 238 vd. Ayrıca muktedir demokrasi kavramı için bkz. Çatlı, s. 120, vd.

devletlerin çoğu, demokratik seçimler aracılığıyla yöneticilerini seçmektedir. Demokratik seçim yoluyla seçilmiş bir iktidarın totaliterleşmesi ve otoriterleşmesi de göz önüne alınarak yasaların aşırı adaletsiz içeriklerine karşı dikkatli olunması gerekmektedir.

Totaliter rejimlerde, aşırı adaletsiz yasaların yürürlüğe koyulması daha sık görülmesine rağmen bu diğer rejim türlerinde çıkan tüm yasaların adalet temellerine dayanarak oluşturulduğu göstermez. Demokratik rejimlerde ise tahammül edilemeyecek düzeyde olan bir yasaya diğer rejim tiplerine kıyasla yargıcın tepki vermesi nispeten daha kolay olup Radbruch formülünün uygulanabilirliği daha olasıdır. Fakat temenni edilen ve beklenen de demokratik temellerle oluşturulan bir rejimde, aşırı adaletsiz bir yasanın yürürlüğe girmemesidir.

Son olarak Radbruch, hukuk devleti ile demokrasi arasında bağlantı olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, demokrasi övülmeye değer bir nimettir, fakat hukuk devleti ise günlük ekmek, içilecek su ve solunacak hava gibidir. Demokrasinin en önemli özelliklerinden biri ise hukuk devletini sağlamaya yalnızca onun elverişli olmasıdır[440]. Gerçekten de demokrasinin mevcut olmadığı bir ülkede gerçek anlamda hukuk devletinin oluşmasını tahayyül etmek zordur.

3.3. Diktatörleşen Rejimlere Karşı Hukuk Eğitiminin Önemi ve Tehlikeli Hukukçular

Hukuk fakültelerinin ders programları incelendiğinde, yürürlükte olan hukukla alakalı derslerin ön planda olduğu dikkati çekecektir[441]. Kısa bir süre sonra değişecek oldukları bilinmesine rağmen, hukukçular yoğun bir şekilde pozitif hukuka dair bilgiler ile yüklenip hukuk eğitiminde sorgulama ve eleştiri yetenekleri kazandıracak derslerin[442] öneminin azaltılması hukuk eğitimini[443] olumsuz olarak etkilemektedir.

---

440 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 56. Hukuk devletini sağlayan tek şartın demokrasi olduğunu belirtmek eksik bir düşünce olmasına rağmen, Radbruch'un demokrasi ile hukuk devleti arasında bir bağlantı olduğunu açıklaması ve birbiriyle ilişkilendirmesi değerlidir.

441 Stolleis, Micheal, Tarihle İlgilenmeyen Hukukçu Tehlikelidir. Yürürlükteki Hukuku Bilmek Niçin Yeterli Değildir? Hukuk Eğitimi Nasıl Olmalıdır, Çeviren: Muhammed İkbal İmamoğlu, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 7, 2009 (Bahar), s. 48.

442 Genel Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, Hukuk Tarihi, Hukuk Meslek ve Etiği gibi dersler bunlara örnek olarak verilebilir. Ayrıca hukuk dersleri; sanat, edebiyat gibi dersler ile de birleştirilerek düşünsel ögeler daha fazla eğitim sürecine katılabilir. Bu şekilde hukuk eğitimi sığ ve teknik bir öğrenim türü olmaktan çıkarılabilir. Bkz. Nussbaum, Martha, İnsanlığın Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi, Çeviren: Aysima Çalışkan, Eray Yağanak, Arke Logos Felsefe Dergisi, Sentez Yayınları, Sayı: 4 (Güz), 2017, s. 147, 148.

Zira günümüzde bilgiye ve dolayısıyla pozitif hukuk normlarına ulaşmak geçmiş zamanlara göre çok daha kolay ve buna yardımcı olabilecek farklı imkanlar mevcuttur. Asıl önemli olan bu yasaları yorumlamak ve eleştirel gözle bakma yeteneği[444] kazandırmaktır[445].

Müfredattaki eleştiri yeteneği kazandıracak derslerin eksikliğinin yanı sıra pozitif hukuka ilişkin derslerin içeriğindeki tarihsellik ve eleştirellik eksikliği göze çarpmaktadır. Sınırlı olarak yapılan eleştiriler ise genellikle hukuk uygulamalarındaki çarpıklıklar ve hukuksal kavramların algılanış biçimlerinden öteye gidememektedir[446].

Hukuk eğitiminde, hukukun gün geçtikçe değişen, farklı menfaat ve ideolojilerin destekçileri tarafından yönlendirilmeye müsait olan bir yapıya sahip olabileceği gerçeğinin artık görülemiyor olması ve güncel menfaat sağlayan anlık bilgilerin peşinde koşan hırslı hukukçuların sayısının artması vahimdir[447]. Pozitif hukukun adaletsiz yasalarını[448] göz ardı edip[449] eleştirel düşünemeyen bir hukukçu ise potansiyel olarak tehlikeli bir hukukçudur. Çünkü o, tüm dikkatini yürürlükteki hukuk üzerine yoğunlaştırdığından dolayı, hukukun değerlerle ve asıl idesi olan adalet ile olan ilişkisini görememektedir[450].

Avukatların da davacıları ve adaleti önemsememesi de günümüzde karşılaşılan sorunlardandır. Hukukçular işe alınırken dahi, adayın davada gerçeğin ne olduğunu soruşturma yeteneği yerine, hitabetini göz kamaştıracak şekilde etkili bir şekilde

---

443 Hukuk eğitiminde Radbruch Formülünün öneminin incelenmesi için ayrıca bkz. Ökçesiz, Radbruch Formülü, s. 167 vd.

444 Nussbaum'a göre, Sokratik yöntem hukuk fakültelerindeki eğitimde önemlidir. Sokratik yöntem, antik dönem Yunan filozofu Sokrates'in felsefi düşünüşü ve bilgiyi tecrübe ederek öğretme yöntemidir. Fakat bu yöntemde önem verilmesi gereken eleştirel soruşturma ve sükûnettir. Yoksa sorunlara hızlı bir şekilde cevap verebilme yeteneği kazandırılmaya çalışılan bir özellik değildir. Bkz. Nussbaum, s. 142.

445 Kia Akkaya, Rukiye, Bir Ders Konusu Olarak Devlet ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 215; Stolleis, s. 51; Çataloluk, s. 300.

446 Çataloluk, s. 300.

447 Stolleis, s. 51, 52.

448 Alman hukuki pozitivizmi, hukukta herhangi bir ahlaki amaç kaygısını hukuk biliminin haricinde tutmakla kalmamış hukukun kendi içsel ahlakına karşı da kayıtsızdır. Bundan dolayı, Alman hukukçusu, kendisine hukuk ismi veren hükümet adına yayınlanan her şeyi uygulamaya ve hukuk olarak kabul etmeye dünden razıdır. Bkz. Fuller, Positivism, s. 659.

449 Hukukçu yasanın mutlak kölesi değildir. Bir Roma hukuk metnin de yazıldığı gibi; *"Hukuk kuraldan çıkmaz ancak hukuktan çıkanın kural olması gerekir."*. Yasayı somutlaştıran yargı kararının da adalet duygusunu karşılaması gerekmektedir. Bu yüzden hukuk bilimi aslında bir adalet bilimidir. Bkz. Kia Akkaya, s. 1.

450 Stolleis, s. 52. Hukuk eğitiminin temel dayanağı, yasayı uygulamayı bilip öğretmekten ziyade doğru hukuku bulmaktır. Hukukçu yalnızca yasa adamı değil, hukuku uygularken devletin sürekli olarak muhatap olduğunu fark eden kişidir. Hukuki problemlerin çözümünde, adalet ihtiyacının sağlanabilmesi için bu muhatabın karakterini iyi anlamak ile mümkün olabilir. Bkz. Kia Akkaya, s. 215.

yapabilme yeteneğine odaklanılmaktadır[451]. Oysa avukatın asıl görevi hakikatin ortaya çıkarılması olmalıdır.

Halk arasında sıklıkla karıştırılsa dahi hukuki adalete ulaşmak ile ahlaki hakikate ulaşmak aynı şey değildir. Hukuk fakültelerinde yoğunlaşılan daha çok hukuki adaleti yani yasaları öğretmek olup ahlaki hakikat üzerinde düşünülmeyen bir kavram haline gelmiştir[452]. Bu iki kavramının hem birbirlerinden ayrılması hem de gerektiği şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Statükonun koruyuculuğunu üstlenen hukukçular, devletin ideolojisini üretmekte ve sağlamlaştırmaktalardır. Kirchman bir üstyapı kurumu olarak gördüğü hukukun rolünü şu şekilde açıklamıştır; *"Temeli atmak, binayı sağlam şekilde yapmak hukukçuların elinden gelmez. Ancak bina yapıldıktan sonra, sütunlar binayı taşımaya başladıktan sonra hukukçular kargalar gibi, binlerce gelirler. Binanın her köşesine yuvalarını yapar ve taşlarının sınırların ve büyüklüklerini milimetresine kadar ölçerler, bu binayı kabartmalar ve resimler ile donatırlar, öyle ki yöneticiler ve halk artık bu binanın kendi yaptıkları bina olduğunu dahi anlayamazlar."*[453]. Yani yazara göre, yeni düzen kurulurken geri planda kalan hukukçular sistemin sürdürülmesinde ve şekillendirilmesinde önemli bir role sahiptir.

Siyasi olarak baskı rejimlerinin hâkim olduğu süreçlerde, adaletsiz olsa dahi yasaların[454] nasıl uygulamaya koyulabileceğini bildikleri için bu hukukçular tehlikeli bir konuma gelebilir. Kaldı ki adaletsiz yasaların uygulanmasına aracılık etmenin yanı sıra, siyasi dengelerin değiştiğini fark ettikleri zaman kimin haklı olup olmadığını değerlendirmeksizin güçlü olanın tarafına geçmek de pekâlâ tehlikeli hukukçulardan beklenebilecek bir davranıştır. Bu zamanlarda tehlikeli hukukçular, kanunların diliyle konuşmayı çok iyi bildikleri için her türlü hukuksuz anlayışı baskı rejiminin soğuk çarklarının dönmesi maksadıyla insaniyetten uzak soyut bir dille yasa kılığına sokuverirler. Böylece onlar, adaletsiz yasaların aslında yönelmiş oldukları subjektif gayeleri de kolay bir şekilde gizleyiverirler. Artık hukuksuzluk, hukukçular eliyle kanunilik maskesine bürünmüş olur. Bundan böyle hukukçular ve yasayı yürürlüğe

---

451 Nussbaum, s. 142.
452 Nussbaum, s. 143.
453 Çataloluk, s. 298.
454 Radbruch, hiç kimsenin neyin adil olduğunu belirtmediği bir rejimde neyin hukuk sayılacağının araştırılmasının ehemmiyeti üzerinde durur. Bkz. Işıktaç, s. 308.

koyanlar çalışma masalarının ve kendi yazdıkları kanunların arkasına gizlenerek[455] oluşturdukları adaletsiz düzeni yönlendirirler.

Hukuk eğitimi, kendisine her söyleneni yapan hukukçular yerine bağımsız ve eleştirel düşünebilen[456] hukukçular yetiştirmeye yönelmezse bu tür olumsuzluklar önlenemeyecektir[457]. Nispeten kısa olan eğitim hayatında hukuk öğrencilerini daha uzun ömürlü bilgilerle donatmak daha önemlidir[458].

3.4. Maddi ve Şekli Hukuk Devletinde Radbruch Formülünün Yeri

Geçmişten günümüze adaletin tesis edilmesi ve hukukun siyasal iktidar tarafından araç olarak kullanılmasını engellemek maksadıyla çeşitli teoriler ve pratik uygulamalar öne sürülmüştür. Bu kavramlar, yüzyıllarca oluşan adaletsizliklere ve bunalımlara bir çözüm önerisi getirmek maksadıyla savunulmaktadır. Hukuk devleti[459] de bu kavramlardan bir tanesidir. Hukuk devleti esas olarak, siyasal iktidarın hukukla sınırlanması ve hukuka bağlanması gayesiyle oluşturulmuş olup yönetenlere adil olmaları için yol göstericidir. Buradaki asıl amaç, herkesin çıkarlarını muhafaza eden hukuki güvenceleri kurumsallaştırmaktan öte, hukuki düzenin sağladığı istikrar aracılığıyla üst sınıfların egemenliğindeki iktidar yapısının korunmasıdır[460].

Hukuk devleti biçimsel ve maddi olarak ikiye ayrılmaktadır. Biçimsel hukuk devletinin özellikleri; devletin üstün bağlayıcı bir kuvveti haiz bir hukuk metni (anayasa) ile çerçevelenmesi, devlet kudretinin farklı organlar arasında paylaştırılması (kuvvetler ayrılığı teorisi), tüm devletsel faaliyetlerin hukuk kurallarına bağlanması, bu bağlılığın bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca denetlemeye tabi olması olarak

---

455 Stolleis, s. 54.

456 Hukukta adaletsizliği görebilmek için hukukun kendi adaletsizliğinin de bilincinde olmak gerekir. Uygur, Adaletsizliği Görmek, s. 117.

457 Kia Akkaya, s. 215; Stolleis, s. 54.

458 Stolleis, s. 55. Hukukun otoratif buyruğuna kendi hukuk duygusunu feda etmek; sadece uygun olanın ne olduğunu sormak asla onun adaletli olup olmadığını değerlendirmemek; adalet sevgisi olmaksızın zevk ile yürütülemeyecek bir meslekte belki de adaletsizliğe hizmet etmek hukukçunun ödevi ve trajedisidir. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 127.

459 Hukuk devleti dilimize Almanca bir ifade olan *Rechtsstaat*'ın karşılığı olarak girmiştir. Kavram çok eski olmayıp 19. yüzyılın başlarında ortaya çıkmış olup ilk defa kim tarafından ve ne zaman kullanıldığı konusunda bir görüş birliği yoktur. Bkz. Sancar, s. 32, 33; Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 17 vd.; Özenç, s. 171. Hukuk devleti kavramında hukukun mu yoksa devletin mi öncelikli olduğu hakkında ayrıntılı tartışmalar için bkz. Radbruch, Hukuk Devleti, s. 11 vd. Ayrıca hukuku devlet ile özleştiren görüşler için bkz. Özcan, Hukuk Devleti, s. 239.

460 Özenç, s. 173.

sıralanabilir[461]. Biçimsel hukuk devletini sağlayan ögeler önemli olmasına rağmen bunların içeriğinin boşaltılarak sadece şekli bir özellik olarak varlık göstermesi tehlikelidir[462]. Hukuk devletinin yasa koyucunun mutlak egemenliği olarak görülüp herhangi bir sınırlanmaya imkân tanımayarak formelleşmesi bu tehlikelerden bir tanesidir. Örneğin; Nasyonal Sosyalistler de hukuk devleti olarak anılmak istemektedir[463]. Kendi ideolojilerini hukuk devletinin yeni tanımına yerleştirerek meşruiyetlerini güçlendirmeyi amaçlamışlardır[464]. Özellikle II. Dünya savaşından sonra, hukuk devletinin şekli ögelerinin mevcudiyetinin temel hak ve özgürlükleri yeterince koruyamadığı düşüncesi ön plana çıkmış[465] ve biçimsel hukuk devletine karşılık olarak maddi hukuk devleti fikri öne sürülmüştür.

Maddi hukuk devleti[466] hukuk devletinin yalnızca yasallık ilkesinden ibaret olmadığı[467] bunun yanı sıra yasaların içeriğinin de önem arz ettiğini belirtmektedir. Maddi hukuk devletinde yasaların mevcudiyeti önemlidir ancak tek başına yeterli değildir[468]. Bu şekilde hukuk devleti tanımında, amaç ve değer unsurlarını öne çıkarılmaktadır. Hukuk devletinin içeriği özgürlük, adalet, insan hakları gibi temel değerler ile doldurularak kavramın içinin boşaltılması engellenmeye çalışılmaktadır[469].

---

461 Sancar, s. 34, 35. Dicey, hukuk devletini üç asgari ilke ile betimlemiştir. İlk olarak, olağan mahkemeler dışında hukuk ihlalleri cezalandırılamaz ve malvarlığıyla alakalı herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulamaz. İkinci olarak, herkes eşit olarak ülkenin kanunlarına tabii olmalıdır. Ve son olarak, toplumsal düzende hukuki ruhun önde gelmesi gerekmektedir. Bkz. Özcan, Hukuk Devleti, s. 201.

462 Özenç, s. 231.

463 Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 22, 23. Schmitt' e göre, hukuk devleti ilkesinin ana ögesi adalet değil tüm devlet faaliyetlerinin öngörülebilir olmasıdır. Bu ise ancak önceden ilan edilen, içeriği belirli ve açık kurallar aracılığıyla sağlanabilir. Bkz. Özenç, s. 240. Hatta Carl Schmitt; Nazi döneminin (en azından ilk dönemleri için) hukuk devleti ibaresini kullanmış ve hukuk devleti ibaresinin Nasyonal Sosyalizmden yola çıkılarak yeniden belirlenmesini talep etmiştir. Schmitt, Carl, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, Juristische Wochenschrift içinde, 1934, s. 713'ten aktaran Sancar, s. 31.

464 Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 24. Sadece biçimsel unsurlara indirgenmiş hukuk devleti anlayışının, devletin egemenlik sisteminin özünü gizlemeye çalışılarak ideolojik bir kullanıma uygun olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Bu anlayışa dayanan hukuk devleti modelinin esas olarak normativizme dayandığı haklı olarak iddia edilebilir. Normatizm, bu devlet için en güçlü meşruluk kaynağını oluşturur. Çünkü, burada siyasal iktidar ve onun vazgeçilmez ögesi olan şiddet ve cebir bir norm etkisi olarak ortaya çıkar. Bkz. Sancar, s. 45.

465 Ökçesiz, Yargıç, s. 253.

466 Ökçesiz bu kavram yerine içerikli hukuk devletini kullanmaktadır. Bkz. Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 25.

467 Kelsen'e göre; "*Devlet dokunduğu herşeyi hukuk haline getiren bir Kral Midas'tır*." Bkz. Sancar, s. 87.

468 Sancar, s. 87; Özcan, Hukuk Devleti, s. 237.

469 Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 28 vd.; Sancar, s. 87. Nazi hukukçularından Freisler hukuk devletine bakışını şu şekilde açıklamıştır*; "Nasyonal Sosyalizm, hukuk devleti fikrini biçimsel bir fikirden maddi bir fikir düzeyine yükseltmiştir. Bu maddi hukuk devleti, biçimsel özgürlük güvencelerine ihtiyaç duymaz; çünkü bütüncül dünya görüşünün birliği gibi çok daha güçlü bir maddi özgürlük*

Rawls, hukuk devletini[470] açıklarken şekli ve maddi adalet kavramlarından yararlanmaktadır[471]. Rawls'a göre; şekli adaletin, hukuk sistemine entegre edilmesi ile hukuk devleti oluşturulmuş olur[472]. Şekli adaleti, meşru beklentileri destekleyen ve güvence altına alan hukuk devletinin bir yönü olarak açıklamakla birlikte burada ciddi adaletsizliklerinde oluşabileceğini belirtmektedir. Fakat bir bakıma bu adaletsizliklerin önceden öngörülebilir olması, insanlar için hukuki güvenlik sağlamaktadır. Bu yüzden, bazı durumlarda adaletsiz muamele edilenlerin normdan ayrılmalarının azaltılması daha iyi olabilmektedir. Akla en uygun maddi adalet ilkelerinin belirsiz özellikler taşıması gibi nedenlerle, Rawls maddi adaleti detaylı bir şekilde açıklamamıştır. Fakat yazar, maddi ve şekli adaleti tamamen birbirinden ayırmayıp aslında aralarında bir bağ olduğunu belirtmiştir[473].

Hukukun içeriğinin insan hakları, adalet gibi temel değerlerle doldurularak şekli anlamda mevcudiyetinin yanı sıra içerik olarak da adalete hizmet etmesi gerektiği yaklaşımı Radbruch'un ifadelerini akla getirmektedir. Radbruch'a göre, devletin kendisi tarafından konulan pozitif hukuka bağlı olması, hukuk devletinin asgari ölçüsü olup pozitivist bir sığlaştırmadır. Hukuk devleti esas olarak, insan haklarına ve devlet üstü doğal hukuka bağlılıktır. Bu yüzden hukuk devletindeki *"hukuk"*un içeriğinin adalet ile doldurulması önemlidir[474]. Devlet gücünü elinde bulunduranlar da zorunlu olarak hukuk devleti olma yükünü de üstlenmektelerdir[475].

Radbruch da yasalara hukuki güvenlik sağlaması maksadıyla değer verdiğini fakat aşırı adaletsizlik içermesi halinde ise yasaların hukukun önünden çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Maddi hukuk devletini gerçek manasıyla benimseyip uygulayan

---

güvencesine maliktir." Bkz. Sancar, s. 89. Bu sözlerden de anlaşıldığı üzere hukuk devletinin içeriğini olması gerektiği gibi bu içeriğin evrensel değerler ile doldurulmadığı takdirde, hukuk devleti ideolojilere hizmet eden bir araç haline dönüşebilmektedir.

470 Metinde "*rule of law"* olarak geçen terimi hukuk devleti olarak çevirmemize rağmen hukukun üstünlüğü olarak da anlaşılması mümkündür. Bkz. Rawls, John, A Theory of Justice, Harvard University Press, United States of America 1971, s. 59 vd.

471 Rawls, s. 59, 235.

472 Rawls, s. 235.

473 Rawls, s. 59,60. Hukuki pozitivzm, şekli adaleti temeline alarak hukuk devleti kavramını açıklar. Yasaların, kuralların mevcudiyeti ve her durumda tarafsız şekilde uygulanması esas olandır. Bu noktada yasalara çok büyük anlamlar atfedip devletin kanun devletine dönüşmesine karşı dikkatli olunması gerekir. Tabii hukuk da ise, maddi adalet ön plana alınarak hukuk devleti anlayışı oluşturulmaktadır. Burada adaletin belirsiz içeriğinin değişken adalet tanımlarıyla doldurulup tabii hukuk teorisine sığınılarak öngörülemez bir sistemin oluşmaması için da tedbirler alınması gerekmektedir. Radbruch'un seçtiği yol ise hem iki teoriyi hem de iki adalet tanımını birleştirmekte önemlidir.

474 Radbruch, Hukuk Devleti, s. 16.

475 Radbruch, Hukuk Devleti, s. 15.

bir devlette Radbruch formülünün uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Fakat Nazi döneminde olduğu gibi hukuk devletinin içerik olarak boşaltılması halinde aşırı adaletsiz yasaların çıkması kaçınılmazdır.

3.5. Radbruch Formülünde Yargıcın Rolü

Radbruch formülünde yargıca biçilen rol çok önemlidir. Bu başlık altında hem yargıcın adaletsizliği belirtmesi için gereken güvencelerin önemine değinilecek hem de yaşadığı ve yetiştiği dönemin siyasal yapısının karar verme sürecine etkisi olup olmayacağı açıklanacaktır.

3.5.1. Yargı Etiği

Yargı etiği; hüküm verirken yansız olmayı, yargı konusu olay veya kişiye mümkün olabildiği kadar nesnel bir şekilde yapabilmeyi, doğru değerlendirme yapabilmek için çaba göstermeyi ifade etmektedir. Etik olmak yargının önkoşuludur. İnsan onurunu göz ardı eden veya çiğneyen hükümlerden ancak etik bir yargılama yaparak uzak durulabilir[476].

Yargının etik olmasının iç ve dış olmak üzere koşulları mevcuttur. Aşağıda açıklanacak olan yargı bağımsızlığı kavramı ise yargı etiğinin dış koşullarındandır. Dış koşullar kuvvetler ayrılığı ile yakından ilişkilidir. Yargının adil yargılama yapabilmesinin ana koşulu bağımsız olmasıdır. Siyasi mekanizmalara bağımlı, onlardan etkilenen bir yargının adil bir yargılama yapması beklenemez. Yargının etkilenebileceği tek dış koşul siyaset değildir. Ekonomik, sosyal ve kültürel sebepler de kimi zaman yargı makamlarını etkileyebilmektedir[477].

Yargı etiğinin içsel koşulları ise yargıç ve savcılarla ilişkilidir. Bu meslek grubunun mesleklerini icra ederken etik değerlere uygun davranmaları maksadıyla Birleşmiş Milletler'in 2003/43 sayılı kararı ile Bangolar Yargı Etiği İlkeleri[478] kabul edilmiştir. Bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olmak üzere altı değerden oluşan Bangolar Yargı Etiği İlkeleri bu değerlerin

---

476 Tepe, Harun, Yargı Etiği ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?, Hacettepe Hukuk Felsefesi Dergisi, Cilt:7, Sayı: 1, 2017, s. 87.

477 Tepe, s. 88 vd.

478 İlkelerin İngilizce metnini incelemek için bkz.: https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/bangalore_principles/bangaloreprinciples.pdf (Erişim Tarihi: 07.06.2019)

tanımını yapmaktan ziyade bu değerlerin yargı etiği için önemini ilke olarak açıklamaktadır. Her değer ve ilkenin altında ise yargının etik işleyişinin tesisi için yargıcın yapması ve yapmaması gereken davranışlar sıralanmaktadır[479].

Bangolar Yergi Etik İlkerleri yargılamanın adil olması için gereklidir. Fakat bu ilkeler tek başına yeterli değildir. Bu ilkelerin haricinde yargıcın adil karar verme gayesiyle uyuşmazlığı incelemesi gerekmektedir. Özellikle yargıcın yargılama yaparken kendini insanlık adına, insani değerler adına sorumlu hissederek karar vermesi önemlidir[480].

3.5.2. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Yasaların aşırı adaletsiz olması halinde bunu belirtmesi gereken yargıcın, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi güvenceler ile korunması şüphesiz önemlidir. Bu güvenceler de aynı zamanda hukuk devletinin de temelini oluşturur. Kendini baskı altında hissetmeyen ve özgür bir ortamda karar veren yargıcın aşırı adaletsiz yasanın mevcudiyetini bildirmesi daha kolaydır.

Yargılamada çatışan çıkarlar arasında denge sağlanması ancak yargıcın adil bir hükme ulaşmasıyla gerçekleşir. Hükmün adil olması ise yargı bağımsızlığının mevcut olup yargıcın etki altında kalmadan karar vermesi ile sağlanır[481]. Yargıç bağımsızlığı içerik olarak emir almama, özgürce karar verme ve hukuka bağlı olma[482] gibi şekli özellikleri içerisinde barındırır[483]. Anayasada ve uluslararası belgelerde de yargı bağımsızlığı kısmında isabetli olarak belirtiği üzere yargıç sadece yasaya bağlı olmayıp

---

479 Tepe, s. 90, 91. Örneğin; doğruluk ilkesi altındaki uygulamalardan ilki *"Yargıç, davranışlarının makul bir kişinin gözünde tasvip edilebilir nitelikte olmasını sağlamasıdır."* şeklinde düzenlenmiştir.

480 Tepe, s. 94.

481 Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s. 6. Yargı bağımsızlığının ortaya çıkmasında, Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı teorisini öne sürmesi önemli bir mihenk taşıdır. 18. yy. başlarından itibaren yargı bağımsızlığı anayasalarda yer almaya başlamıştır. Türk hukukunda ise, ilk kez 1876 Kanun-i Esasi'de yargıç bağımsızlığı ilkesine yer verilmiştir. Bkz. Centel, s. 8, 9.

482 Eğer burada bahsi geçen hukuk evrensel hukuk ilkeleri değil de devletin mevcut hukuk düzeni (yani yasalar) ise yargıç hüküm verme süreci büyük oranda kısıtlanmış olur. Çünkü yargıcın vicdani kanaatinin de bu çerçeveye uygun düşmesi beklenmektedir. Bkz. Ökçesiz, Yargıç, s. 254, 255. Fakat hukuk kelimesi, yasadan ayrı olarak kullanılarak evrensel değerleri, ilkeleri ve adaleti de içine alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır.

483 Anayasa md. 138'e göre: *"(1) Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*
(2) Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz."

hukuka da uygun karar vermek zorundadır[484]. Gerçekten de hukuk sadece yasadan ibaret değildir; genel ilkeleri, adalet, etik gibi değerleri de içerisinde barındıran bir bütündür. Yargıç da somut olayda hüküm verirken bunların hepsini birlikte değerlendirmek zorundadır.

Yargı bağımsızlığının sadece anayasalarda var olması bunların korunması için yeterli değildir; onu fiilen gerçekleştirecek güvencelerin[485] de sağlanması gerekmektedir. Yargıçların bağımsızlığı, azledilemezliği ve yerlerinin değiştirilemezliği yaşam boyu memuriyetlerinin ellerinden alınmaması yargıçların niteliğinden ayrılamaz ve uygun olmayan en derin öfke dahi yargıçlara müdahale etmeye müsaade etmez[486]. Bu gibi güvenceler verilmesi halinde yargıcın daha özgür bir şekilde hüküm vermesi sağlanacaktır. Adaletin ve hukukun tesis edilmesi dışında başka bir kaygısı olmayan yargıç, bu güvencelerden de destek alarak kararını yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre verir.

Yargıcın somut olayda yargılama içi ögelerden etkilenmemesi ise yargı tarafsızlığı ilkesiyle gerçekleşir. Yargıcın tarafsız olması; yargılama yaparken taraf tutmaması, dava taraflarına karşı objektif olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi ile mümkündür. Aynı davada taraflar ve yargıç değişmesi halinde dahi aynı karar verilecekse yargı tarafsızlığı mevcuttur[487].

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı[488] gerek ulusal düzeyde gerekse de uluslararası sözleşmeler[489] aracılığıyla korunmaktadır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı birbirinden farklı ilkeler olmasına rağmen birbirleriyle sıkı bir ilişki içerisindelerdir. İki ilke de hukuk devletinin önemli ögelerinden olup[490] göz ardı edilmesi adaletin sağlanmasında ciddi yaralar açar.

---

484 Centel, s. 14.

485 Anayasamız'da da yargı bağımsızlığını sağlamak maksadıyla 139. md.de yargıçlara birtakım güvenceler verilmiştir; *"Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz."*

486 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 128.

487 Centel, s. 28, 29. Gerek medeni usul gerekse de ceza muhakemesi usul yasalarında yargıcın reddi, çekinmesi gibi güvencelere yer verilerek hem taraflara hem de yargıca; tarafsız olacağından şüphe duyulan hallerde başka bir yargıcın davaya bakmasını sağlayan kurumlar sağlanarak tarafsızlığın güvencesi oluşturulmuştur. Bkz. Centel, s. 30 vd.

488 Çalışmanın konusu itibariyle yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerine hakkında kısa açıklamalar yapılıp ayrıntıya girilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, s. 5 vd.

489 Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi md. 10, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi md. 6 vb.

490 Ökçesiz, Yargıç, s. 242, 243.

Radbruch, hukukun yöneticinin emirlerinden başka bir anlam ifade etmediği bir yerde yöneticilerin hukukla bağlılığının ve hukuk devletinin bir anlam ifade etmediğini belirtir. Eğer hukuk, sadece yöneticilerin ortak yarar hizmetindeki emri olsaydı ve buyruğa boyun eğmenin dışında kendine özgü bir düzen geliştirmeseydi mahkemelerin bağımsızlığı anlamsız bir ifade olacaktır[491].

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının olması gerekene uygun bir şekilde uygulandığı bir devlette de aşırı adaletsiz bir yasanın çıkma olasılığı vardır. Yargıcın özgürlük alanı geniş olduğu bu durumda ise bu adaletsizliğin belirtilip uygulanmasına engel olması daha kolaydır. Ancak yargıç bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi anayasal ilkeler gerekçe gösterilerek aşırı adaletsiz yasalara hukukilik kazandırılamaz[492]. Bu teminatların esas gayesi adaleti sağlamak olduğundan amacına aykırı bir şekilde kullanılması engellenmelidir.

Tahammül edilemez derece de adaletsiz bir yasanın oluşmasına imkan veren bir siyasal ortamda yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı mutlak olarak uygulanmayabilir. Ancak bu durumda dahi yargıç tüm baskılara ve etkileme çabalarına rağmen aşırı adaletsiz olan yasanın hukuk olmadığını ve uygulanamayacağını belirtmesi gerekir. Yargıç, karar otomatı olmaktan çıkıp diğer insanlar için olağanüstü bir sorumluluk yüklenen konuma gelmelidir[493]. Ahlak bakımından yargıç, yaşam pahasına dahi de olsa adalete yönelmiş olmalıdır[494].

3.5.3. Adaletsiz Yasa Karşısında Yargıcın Önündeki Seçenekler

Adaletsiz yasalar karşısında yargıçların ne şekilde davranması gerektiği hakkında farklı fikirler ortaya atılmıştır. Bunlardan ilkine göre, yargıç yasayı uygular. Bunun yanı sıra yargıç, bu yasanın adaletsiz olduğunu açıklayabilir hatta bu açıklamalarını mahkeme salonunda dahi yapabilir. Ancak vicdanını rahatlatmak için yaptığı bu açıklamalar onun adaletsiz yasayı uygulamasını engelleyememektedir[495]. Bu gibi durumlarda, adaletsiz olarak değerlendirilen normlar, yargıçlarca da adaletsiz

---

491 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 19.

492 Metin/ Heper, s. 70, 71. Yargıcın kararların da hiçbir şey ile bağlı olmadığını ve serbest bir şekilde yasaya uygun olarak karar verebileceğini belirtmek Nasyonal Sosyalizmde olduğu gibi adaletsiz yasaların uygulanmasına yol açabilir.

493 Ökçesiz, Yargıç, s. 253.

494 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 127.

495 Oleson, James C., The Antigone Dilemma: When the Paths of Law and Morality Diverge, Cardozo Law Review, Volume: 29, No: 2, 2007, s. 695, 696.

olarak görülse dahi, yasal zorunluluk gereği olarak bunlara uyulur[496]. İkinci seçenek ise adil olmayan yasayı uygulamamak maksadıyla yargıcın istifa etmesidir[497]. Yargıcın bu tepkisi sembolik bir önemi olup bu tepki yasanın yürürlükten kalkması için her zaman yeterli değildir[498]. Bu hususta siyasal iktidarın tutumu önemli olup yargıcın bu tepkisini göz ardı etmemesi gerekir.

Üçüncü olarak ise yargıç, yasayı uygulamak rolünü bir tarafa bırakarak adaletsiz yasa yerine adalete uygun olanı yaparak karar verebileceği belirtilir. Burada yargıcın yasaya uymadığını belirtmesi yeterli olmamakta ayrıca yargıç değerlere en uygun cevabı da ortaya koymaya çalışmalıdır[499]. Dördüncü yolda ise, pozitivizmin egemen olduğu bir rejimde bazen adaletsiz yasanın üstesinden gelmenin tek çaresinin ona karşı hileye başvurmak olduğunu ileri sürülmüştür. Bu seçenek çok nadir olarak uygulamakta olup yargıçlarca genellikle tercih edilmemektedir[500].

Radbruch formülünün, bu seçeneklerden ikincisi olduğunu belirten görüşler[501] olmasına rağmen formül yargıcın istifa etmesi gerektiğini belirtmemektedir. Radbruch'a göre, yargıcın aşırı adaletsiz yasayı uygulamaması gerekmektedir. Bu görüşleri uyarınca hem ikinci yolun hem de üçüncü yolun buna hizmet ettiği söylenebilir. Yargıç aşırı adaletsiz yasayı uygulamamak için istifa edebileceği gibi bu yasayı uygulamayıp değerlere uygun yeni bir hüküm verme çabasına da girebilir. Fakat üçüncü yolda yargıcın yasa koyucu (yasama merci) yerine geçerek adeta yeni bir yasa koyması arzu edilen bir durum değildir.

3.5.4. İdeolojik Yapı Karşısında Yargıcın Konumu

Adil olanın mevcut olan ideolojik düzen olduğu yönünde toplumda genel bir kanı oluşturulması halinde, bu muhakkak hukukçuları da etkileyecektir. Böyle bir düzende yetişmiş hukukçu, kendisine aşılanan ideolojik ilkeleri uygulayıp buna uygun

---

496 Bix, Conceptual Analysis, s. 54, 55.

497 Oleson, s. 696. *"Mandatory sentencing"* olarak adlandıran cezalar da yargıcın suçun niteliğine bağlı olarak daha yüksek veya daha düşük bir ceza verme yetkisi olmayıp verilecek ceza önceden belirlenmiştir. Yargıç J. Lawrence Irving bu ceza türünü daha fazla uygulayamayacağını belirterek istifa etmiştir. Bkz. Oleson, s. 696.

498 Oleson, s. 697. Yargıçlar, aşırı adaletsiz yasalara karşı ahlak değerleri uygulaması halinde Nazi soykırımının engellenebileceği görüşleri olmasının yanı sıra daha ileri gidilerek bunun II. Dünya Savaşını dahi engelleyebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Oleson, s. 674. II. Dünya savaşının bu şekilde engellenebilmesi ütopik bir görüşten ileri gidememektedir. Ancak, yargıçların tutumunu belki Nazi soykırımının bu kadar dehşet verici olmasını engelleyebilirdi.

499 Uygur, Radbruch Formülü, s. 105, 106; Oleson, s. 697.

500 Oleson, s. 700.

501 Uygur, Radbruch Formülü, s. 105, 106.

yorumlar yapabilir. Yargıçlar da hakim olan ideolojiye esir olurlar ise verdikleri kararlar da yerleşmiş zihniyetin ürünü haline gelmektedir[502]. Bu gibi durumlarda yargıç doğduğu ve yaşadığı dönemdeki ideolojik yapıyı ve buna uygun olarak hazırlanmış yasal düzenlemeleri o kadar kanıksar ki doğrunun ve adil olanın bu düzen olduğuna inanmaya başlar.

Yürürlükteki hukukun dışında başka bir hukuk bilip tanımayan pozitivizmin etkisiyle deforme olmuş yargıçlar söz konusu olduğunda durum ne olacaktır? Pozitif hukukun yasalarını uygulayan bu yargıçlar hukuku tarif etme amacını taşıyorlar mıydı? Ve hatta bu niyetle hareket etmiş olsalar dahi onlar için son bir hukuki savunma daha mevcuttur. Onlar Nasyonal Sosyalist hukukunun, yasalı hukuksuzluk olduğunu belirtmiş olsalardı yaşamlarının riske gireceğini dile getirerek Ceza Kanunu'nun 54. maddesindeki zorunluluk haline sığınmaktalardır. Bu savunma sıkıntılıdır, çünkü yargıcın etiği, kendi hayatı dahil ne pahasına olursa olsun adalete yönelmelidir[503].

Alman Ceza Kanunu'nun 54. maddesinde ifade edilen, kişinin kendi veya bir yakının hayatı tehdit edildiği için suça konu bir eylemde olması hali sebebiyle ceza almayacağıdır. Oysa Nazi döneminde yargıçlar tehditten ve korkutmadan istifa yoluyla kurtulabilecekleri için ceza almamaları gerektiği zayıf bir savunma olur[504].

Adaletsizliği açık bir şekilde bilinen yasal bir düzenlemenin hukuk olarak yürürlüğünü koruyacağı hiçbir makul gerekçeyle savunulamaz[505]. Yargıçların bu haksız yasalara ve yürütmenin baskılarına rağmen hem direnme hakları hem de görevleri vardır. Yasaüstü hukuk aracılığıyla, devlet görevlilerinin ve yargıçların, yargılanabilmeleri ve kendisinden sonra göreve gelen yargıçlarca mahkum edilebilme olasılığı aşırı adaletsizlikleri engelleyebilir[506].

Gerçekten de adaletin soyut niteliğinden dolayı kişiden kişiye değişen görüşler olsa da hangi ideolojik düzen içerisinde yetişilirse yetişilsin ağır insan hakları ihlalleri

---

502 Hirsch, Hukuk Felsefesi, s. 279.

503 Radbruch, Statutory Lawlessness, s. 9, 10. Yargıçların adaletsizliğe karşı adaleti koruma çabaları siyasal iktidarla çatıştığı durumlarda ya sürgün ya görevden alınma ya da kendi isteği olmaksızın görevi bıraktırma halleri ile karşılaştıkları belirtilmiştir. Bkz. Mızrak/ Temiz, s. 92.

504 Fakat kendi veya yakını ölümle veya benzeri bir şekilde tehdit edilen yargıcın istifa ile dahi bu tehditlerden kurtulamayacak olması halinde verdiği aşırı adaletsiz karar ile sorumlu olması doğru değildir. Yargıcın tehdit edilerek iradesi dışında verdiği karar geçersiz olmalıdır. Yargıcın, gerçek iradesini belirtip bu kararı baskı sonucunda verdiğini ifade etmesi bu tehdidin ve baskı ortamının kalkmasından sonra mümkün olabilir. Dolayısıyla istifa ve başka yollarla yaşam hakkı gibi önemli bir hakkına yöneltilmiş tehditlerden kurtulamayan yargıç, bu hakkını korumak için verdiği karar sonucunda sorumlu olması doğru değildir.

505 Radbruch, Hukukta Bilgelik s. 5.

506 Metin/ Heper, s. 52.

içeren aşırı adaletsiz yasaların varlığı aşikardır ve bunların tespiti için yoğun tartışmalar gerekmez. Bu yasaların uygulanması halinde ise yargıç yaşadığı dönemdeki düzeni ve yasaları dayanak gösteremez. Uyguladığı tahammül edilemez derecede adaletsiz yasadan dolayı yargıcın, sorumlu tutulması ve cezalandırılması gerekmektedir.

Bir yargıç yalnızca adaletsiz olmakla kalmayıp canice bir yasayı uygulayarak asla adaleti tesis edemez. Tüm yazılı yasaların üzerinde insan haklarına dayanan ve insanlık dışı tiranların suç oluşturan buyruklarının geçerliliğini göz ardı eden, zamanını bilemeyeceğimiz kadar eski ve yabancılaşmamış hukuka müracaat etmeliyiz. Bu düşünceler ışığında hümanizm ve insanlık duygularıyla tutarlı olarak önemsiz ve ciddi olmayan hususlarda ölüm cezası veren yargıçlar kovuşturmalı ve aleyhlerine ceza davası açılmalıdır[507].

Fakat yargıç eğer bir normun adil olup olmadığına karar veremiyorsa artık tereddüt içerisinde olsa dahi o normu uygulaması gerekir. Çünkü Radbruch'a göre, neyin adil olduğunun belirlenemediği hallerde en azından neyin hukuk olduğunun tespit edilmesi gerekir[508].

3.6. Radbruch Formülünde Halkın Rolü

Radbruch formülünde yargıca somut olarak bir görev yüklenmektedir. Yargıç aşırı adaletsiz yasayı ihmal etmesi gerekir. Yargıca verilen bu misyona rağmen halka somut olarak bir görev verilmemiştir. Fakat halkın, aşırı adaletsiz yasaların mevcut olduğunu ve uygulanmaması gerektiğini gerek kamuoyu oluşturarak gerekse de sivil toplum örgütleri aracılığıyla belirtmesi yargıcın bu davada yalnız kalmamasını sağlayacaktır.

Gerçekten de formülünü açıkladığı makalesinde halka yer vermeyen Radbruch, kaleme aldığı başka yazılarında, halka somut olarak değinmiştir. Beş Dakikada Hukuk Felsefesi yazısının üçüncü dakikası şu şekildedir; *"Eğer yasalar kasıtlı olarak adalet oluşturma iradesine aykırı davranırsa (örneğin, keyfi olarak insan haklarını tanımaktan çekinirse) bu yasaların geçerliliği yoktur, halk kendilerine itaat ile borçlu değildir ve hukukçular bu yasaların hukuki karakterlerini inkar etme cesaretini bulmalıdır."*[509].

---

507 Radbruch, Statutory Lawlessness, s. 5.
508 Haldemann, s. 164.
509 Radbruch, Five Minutes, s. 14.

Radbruch, burada yargıçlara bir görev yüklemenin yanı sıra halkın da itaat borcu olmadığını belirtmiştir.

"Halkın ve hukukçuların bilincine şu yerleştirilmelidir ki; bazı yasalar o kadar topluma zarar verir ve adaletsizlik oluşturur ki onlara yürürlük ve hukukilik karakteri tanınmaması zorunludur[510]*."* Radbruch bu ifadelerinde de halka vurgu yapmıştır. Adaletsizliği aşırı derecede ihlal eden yasanın tanınmaması gerekliliği sadece hukukçulara değil halkın da bilincinde olması gerektiğini belirtmiştir.

Bu satırlarda şuna dikkat çekilmeli ki Radbruch, aşırı adaletsiz yasalar karşısında, halkı bir karmaşa ortamına veya isyana sürüklemek istememektedir. Sadece aşırı adaletsiz yasanın varlığında halkın buna itaat ile yükümlü olmadığını belirtmiştir.

Radbruch'a göre, esasen halkın haksız dahi olsa yasalara itaat ödevi varken, yargıçların bu haksız yasalara karşı direnme hakları ve görevleri vardır. Yargıç bu hakkını kullanmaz veya görevini idrak etmezse halk onların yerine geçer. Yargıç bu yüzden kendisinde bu cesareti bulmalı ve sorumluluğu yüklenmelidir[511]. Yani asıl görev yargıçlarda olmasına rağmen, onların buna cesaret edemediği hallerde halkın itaat ödevi kaybolmaktadır.

Radbruch'un bu ifadeleri akla sivil itaatsizliği getirmektedir. Sivil itaatsizlik nispeten adil ilişkilerin hüküm sürdüğü demokratik bir sistemde ortaya çıkan ciddi adaletsizliklere karşı, tüm yasal imkanlar tüketildiği noktada son bir çare olarak müracaat edilen şiddeti reddeden yasadışı politik bir eylemdir[512]. Burada sivil itaatsizliğin Radbruch'un görüşleriyle kesiştiği nokta ciddi bir haksızlık veya adaletsizliğin mevcut olmasıdır. Yani yasal yollarla sonuç alınamayan her durumda sivil itaatsizliğe başvurulamaz. Böyle bir durum sivil itaatsizliği işlevsiz duruma getirip eyleme katılanların inandırıcılığını azaltacaktır. Haksızlığın diğer haksızlıkların bertaraf edilmesinde engel teşkil eden ciddi bir düzeye ulaşması gerekmektedir[513]. Sivil itaatsizliğin diğer bir özelliği ise bu haksızlık kime yapılırsa yapılsın aynı tepkinin verilmesidir. Önemli olan haksızlığın yapılmış olmasıdır[514]. Bu özelliğinde Radbruch'un hukuk anlayışıyla benzerlik gösterdiği söylenebilir.

---

510 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 29.
511 Ökçesiz, Radbruch Formulü, s. 171.
512 Coşar, Yakup, Sivil İtaatsizlik, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Ayrıntı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 10.
513 Coşar, s. 14, 15.
514 Coşar, s. 15.

Konuya farklı bir açıdan bakılırsa; Radbruch formülünün uygulanabilmesi için adaletsiz normun uygulanması gereken olayın, dava konusu yapılması gerekmektedir. Genel olarak idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı dava yolu açıktır. Fakat bazı durumlarda bunlara istisnalar getirilmiştir[515]. Bu istisnaların mevcut olduğu hallerde aşırı adaletsiz bir düzenleme yapılırsa yargı yoluna başvurulamayacağı için Radbruch formülünü uygulamak da mümkün değildir. Bu yüzden, bu konuda formül de belirtilmese dahi halka önemli bir rol düşmektedir. Siyasal iktidarın aşırı adaletsiz düzenlemenin kaldırılması yönünde karar verme olasılığı; adaletsizliğin mevcudiyeti hususunda kamuoyu oluşup toplumun tepki vermesi, hiçbir tepki oluşmaması halinden daha kuvvetlidir.

Bu hususta halkın tepki vermesi ve bu konuda kamuoyunun oluşması yasanın uygulanmasını engellemek için önemlidir. Halkın tepkisi ardından iki durum meydana gelebilir. İlk olarak, siyasal iktidar yasada değişiklik yaparak uygulanmasına engel olabilir.

İkinci bir ihtimal ise siyasal iktidarın halkın bu tepkilerini göz ardı ederek yasayı yürürlükten kaldırmayıp uygulamaya devam etmesidir. Bu durumda da yine halka önemli bir görev düşmektedir. Aşırı adaletsiz yasanın mevcut olduğu konusunda kamuoyu oluşturulup halkın sesini duyurmaya çalışması önemlidir. Aşırı adaletsiz yasaların uygulanması halkın yoğun tepkisine rağmen devam ederse siyasal iktidar belli bir süreden sonra meşruiyetini kaybedebilir. Neticede bu yasayı yürürlüğe koyan siyasal iktidardır. İktidarın meşruiyet kaygısı vardır ve halkın desteğini kaybetmek istemeyecektir. Bundan dolayı da siyasal iktidar büyük bir tepkiyi göz ardı edemeyecektir. Henry David Thoreau da bu husus ile alakalı önemli tespitlerde bulunmuştur.

> *"Adaletsiz birtakım yasalar vardır. Onlara boyun eğmekle yetinelim mi, yoksa onları değiştirmeye çalışalım, değişinceye kadar boyun eğelim mi; yoksa hiç beklemeden çiğneyelim mi onları? İnsanlar böyle bir yönetim altında genel olarak şöyle düşünüyor ve şöyle diyorlar; 'Çoğunluk yasaların değişmesine ikna oluncaya kadar bekleyelim.'. Yasaya karşı gelirsek, deva derdin kendisinden daha beter olur diye düşünüyorlar.*

[515] Anayasa'nın 125. maddesinde; Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma haricindeki kararlarına yargı yolu kapatılmıştır. Buna ek olarak 159. maddeye göre; Hâkim ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. Bunun gibi bazı sınırlı sayıda getirilmiş istisna dışında idarenin işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

Eğer haksızlık hükümet makinesinin zorunlu sürtünmesinden ayrılmaz bir şeyse, varsın olsun. Zamanla pürüzü mürüzü kalmaz belki; ama makine muhakkak aşınır gider. Eğer haksızlığın, (salt kendisi için) makarası, yayı, ipi ya da vinci varsa, o zaman, devanın dertten daha iyi olup olmayacağını düşünebilirsiniz belki; ama eğer bu, sizin başkasına yapılan haksızlığa alet olmanızı isteyecek yapıdaysa, o zaman da yasayı çiğneyin, derim size. Hayatınızda makineyi durduracak bir karşı sürtünme olsun. Benim dikkat etmem gereken şey, hiç değilse, kötülediğim bir haksızlığa alet olmamaya çalışmaktır."[516].

John Locke göre de haklı ve meşru olmayan kuvvete ve şiddete karşı kuvvetle cevap verilebilir. Yöneticilerin yasa dışı eylem ve işlemleri büyük çoğunluğu ilgilendiriyorsa ve topluma karşı bir saldırı niteliğini taşıyorsa veya yapılan haksızlıklar ve baskı birkaç kişiyi ilgilendirmekle birlikte çok önemli konuları kapsıyorsa halk direnme hakkına sahip olur. Fakat yasal yollara başvurmadan direnme hakkını kullanmak uygun değildir[517].

Son olarak tekrar belirtilmesi gerekirse, Radbruch formülü halka açıkça bir direnme veya sivil itaatsizlik görevi yüklememiştir. Fakat yargıcın, bu formülü uygulamadığı veya uygulayamadığı durumlarda aşırı adaletsiz yasaların engellenmesi için bir çözüm önerisi getirilmeye çalışılmaktadır. Gerek sivil toplum örgütleri aracılığıyla gerekse kamuoyu oluşturularak bu adaletsizlikler engellenmeye çalışılmalıdır. Fakat totaliter ve otoriter rejimlerde baskının fazla olmasından dolayı yargıçlar da olduğu gibi halkın da her zaman böyle bir tepki vermeye cesaret edemeyeceği de başka bir gerçektir. Siyasal iktidar, kuvvet ve zor kullanma tekeli gibi araçlarını tehdit unsuru olarak kullanarak halkın tepkilerini engellemeye çalışabilir. Radbruch formülünün uygulandığı davalar incelediğinde, genellikle devletin bir politikayı veya amacı gerçekleştirmek için yasayı araç olarak kullandığını görülmektedir. Bu da siyasal iktidarın aşırı adaletsiz yasaların oluşturulmasında ne kadar önemli bir role sahip olduğunu tekrar göstermektedir. Fakat aşırı adaletsiz olan yasa, devletin mevcudiyeti ve politikasıyla direk olarak alakalı değilse siyasal iktidarın tepkilere direnmeyerek yasayı değiştirmesinin de olası olduğu düşünülebilir.

---

516 Thoreau, Henry David, Sivil İtaatsizlik, Çeviren: Melis Olçum, Kafekültür Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 21, 22.

517 Göze, s. 184.

3.7. Radbruch Formülüne Getirilen Eleştiriler

Her düşüncede olduğu gibi Radbruch formülüne de bazı eleştiriler getirilmiştir. Çalışmanın önceki bölümlerinde belirtildiği gibi[518] Radbruch formülüne getirilen eleştirilerden biri insan haklarının mevcut olduğu ve bunun uluslararası mahkemeler aracılığıyla korunduğu durumlarda Radbruch formülünün varlığının gereksiz olduğu yönündedir[519]. Fakat daha önce de belirtiğimiz üzere insan haklarını uluslararası düzeyde koruyan mahkemelerin mevcudiyeti her zaman aşırı adaletsiz yasaların engellenmesi için yeterli olmamaktadır. Kaldı ki Radbruch aşırı adaletsiz yasaları tanımlarken ve adaletsizlikleri incelerken insan haklarından[520] yararlanmıştır. Yani formül insan hakları ile çatışan bir konumda olmanın ötesinde[521] aynı amaca hizmet eden ve birbirlerini destekleyen bir haldedir[522]. Radburch'a göre; tüm yasaların üzerinde olan insan hakları ve adalet düşmanı yasalara yürürlük tanımayan tabii hukuk üzerine yeniden düşünmeliyiz[523].

İkinci olarak aşırı adaletsiz yasaların tespit edilmesinin zorluğu ve subjektif kararların ortaya çıkabileceği yönünde getirilen eleştiriler mevcuttur[524]. Öncelikle adalet kavramının soyut ve subjektif oluşu bir gerçektir. Fakat adaletsizlik daha belirlenebilir ve insan vicdanını rahatsız eden bir durumdur[525]. Kaldı ki Radbruch formülü normal bir adaletsizliği değil aşırı adaletsizlik içeren yasaları engellemeye çalışmaktadır.

---

518 Bkz. yukarı s. 70 vd.

519 Miller, s. 661 vd.

520 Hukuk, devletten önce gelir ve devletin üstündedir. Öyle ki devletin oluşturduğu yasa dahi yürürlük nedenini yasaüstü bir hukukta bulur; yoksa devletin kendi çıkardığı yasa ile bağlı olması, yasanın yürürlüğü için çok zayıf bir dayanak oluşturmaktadır. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 6. Hart ve Fuller, Radbruch'un yasa üstü bir üstün hukukun var olduğunu belirtmesini ve buna gönderme yapmasını eleştirmişlerdir. Bkz. Fuller, Positivism, s. 659. Bu üstün hukuku tespit etmede elbette ki insan hakkı düşüncesinden yararlanılabilir.

521 İnsan hakları düşüncesi, hukukta adaletsizliği tespit etmek için elverişli bir başlangıç noktasıdır. Diğer bir taraftan insan haklarını temele almak adalet ve adaletsizlik kavramları arasındaki uzaklığı gidermek için yerinde olacaktır. Bkz. Uygur, Adaletsizliği Görmek, s. 118, 120.

522 Hukukçular, büyük bir insan haklarını koruma birliği olarak kendilerini tüm politik partilerin üzerinde duyumsamalılardır. Kimin tarafından, kime karşı işlenirse işlensin zarar gören hukuk adına öfkeye varan hukuk duygusuyla birleşmelilerdir. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 125.

523 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 30.

524 Künzler, s. 364.

525 Kuçuradi'ye göre adalet bir fikir iken, adaletsizlik bir durumdur. Genel olarak adalet istemek ise belirsiz bir özlemdir. Adaletsizlik, adalet kavramının bilgisel olarak kavramlaşmasına ve ele avuca sığmasına yardımcı olmaktadır. Bkz. Kuçuradi, s. 28 vd. Uygur'da benzer ifadelerde bulunarak yalnızca neyi yapmamız veya yapmamız gerektiğine yoğunlaşmak yerine adaletsizliğe bakmak, teori ve uygulama arasındaki uzaklığı azalttığını vurgulamaktadır. Pip ise, dünyada hiçbir şeyin adaletsizlik kadar iyi hissedilemediği ve algılanamadığını belirtirmiştir. Bkz. Uygur, Adaletsizliği Görmek, s. 94. Gerçekten de adaleti sağlamanın en iyi yollarından biri, onun somut dünyada tezahür etmiş hali olan adaletsizliği ortadan kaldırmaktır.

Toplumun çoğunluğu hangi durumun adaletli olduğu konusunda farklı görüşlere sahip iken, neredeyse tamamı aşırı adaletsizlik içeren yasaların varlığı hususunda birleşebilir. Fakat bu yasayı oluşturanlar ve o kesimi destekleyenler bu çoğunluğun haricindedir. Aslında aşırı adaletsizlik, vicdanı ağır bir şekilde rahatsız eden bir durum olması sebebiyle yasa koyucular tarafından da fark edilmektedir fakat ideolojik sebeplerle göz ardı edilmektedir.

Tahammül edilemezlik seviyesini yargıçların belirlemesi önemlidir. Çünkü hakkı ihlal edildiğine inanan kişi, dışardan objektif bir şekilde incelendiğinde çok büyük bir hak ihlali yapılmadığı tespit edildiğinde dahi, kendisinin çok büyük bir adaletsizliğe uğradığına inanabilir. Yani adaletsizliği hisseden kişinin subjektif değerlendirmeler yapması olasıdır. Bundan dolayı, adaletsizlik tespitinin olaya objektif bakabilen üçüncü bir kişi tarafından yapılması önemlidir.

Diğer bir tehlike ise, yargıçların aşırı adaletsiz olmayan yasaları kendi kişisel ve politik görüşlerine aykırı görerek bu kategoriye sokmalarıdır. Yargıçların her adaletsizlik halini ve hatta adaletsizlik olmayan durumları dahi bu şekilde değerlendirmeleri engellenmelidir. Aşırı adaletsiz yasa vicdanı çok rahatsız eden ve herkes tarafından incelediğinde kolayca tespit edebilecek bir durumdur. Bu yüzden çok istisna durumlarda var olabilen adaletsizlikleri, yargıçlar sık sık tespit ederek yasaların uygulanmasını engellemeye çalışırsa, yasamanın görev alanına girmiş olurlar. Bu yüzden Radbruch formülün yaygınlaşması temenni edilen bir durum değildir. Bu formülün uygulanması istisna olup yaygınlaşması tehlikelidir.

Formülün yaygınlaşması iki şekilde olabilir. İlki gerçekten aşırı adaletsiz yasalar çok fazladır ve bunlar engellenmeye çalışılmaktadır. Bu durumda yasamanın ve dolayısıyla siyasal iktidarın oluşturduğu yasalar tehlikeli bir hal almış olur ve genellikle diktatör bir yönetim mevcuttur. Bu durumun, Radbruch formülü vasıtasıyla düzeltilmesi çok zordur. Ancak siyasal iktidar, değiştirilerek bu sorun çözülebilir. Diktatörlüğe yaklaşan ve siyasal iktidarın çok baskın olduğu bir rejimde Radbruch formülünün çok yaygın olarak uygulanması da engellenmeye çalışılacaktır. Bu yüzden siyasal iktidarın baskıcı bir rol aldığı dönemlerde daha önce belirtildiği üzere bu formülün uygulanmasını görmek zordur.

Formülün yaygınlaştığı ikinci bir hal ise, yargıçların kötü kullanımıdır. Bu durum kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil etmektedir. Yargı organın sürekli olarak ve yersiz bir şekilde yasamanın görev alanına karışarak müdahalelerde bulunması yerinde

değildir. Gerçi Radbruch formülünün uygulanmasına karşı tedbirli yaklaşan kesim, doğru bir şekilde uygulandığı hallerde dahi kuvvetler aykırılığının ihlal edildiğini savunmaktadır. Fakat yasamanın görevini aşırı bir şekilde kötüye kullanarak var oluş amacına (adalete) aykırı yasaları uygulamamak kuvvetler ayrılığını ihlal etmek olarak değerlendirilemez. Kuvvetler ayrılığının esas amacı bir gücün çok güçlenerek tüm alanlarda tahakküm kurmasını engellemektir. Yargının engellemeye çalıştığı durum ise, yasa görünümünde olan fakat içerik olarak hukuk özelliği taşımayan bu metinlerin aracılığıyla iktidarını güçlendirmeye çalışan makamları ve aşırı adaletsizlikleri önlemektir.

Diğer bir önemli husus ise; aşırı adaletsiz yasalar, Radbruch formülüyle engellenmeye çalışılmasına rağmen bu formül diğer adaletsizlik halleri için bir çözüm önerisi getirmemektedir. Zira bütün adaletsizlik içeren yasalar yargı yoluyla engellenmeye çalışılsaydı yargı tamamıyla yasamanın görev alanına girmiş olurdu. Gerçekten de ağır insan hakları ihlallerinin mevcut olduğu aşırı adaletsiz yasaların engellenmesi yargı yoluyla yapılabileceği gibi bunun genişlemesi ülkede erklerin görev alanlarının karışmasına ve devletin karmaşa ortamına sürüklenmesine sebep olacaktır.

Bir diğer tehlike ise benzer iki davada adaletsizliği ayrı ayrı sorgulanan yasanın bir yargıç tarafından uygulanıp diğer bir yargıç tarafından ise adaletsizliği aşırı derece de ihlal ettiği belirtilerek uygulanamayacağının belirtilmesidir. Bu durum hukuki güvenlik için büyük bir tehlike olup birbirine benzeyen olaylar için farklı hükümler verilmiş olur. Bu durumda iki yargıçtan birinin muhakkak yargılanması gerekmektedir. Eğer aşırı derecede tahammül edilemez bir yasa olmasına rağmen yargıç bunu göz ardı edip uygulamışsa bundan sorumlu olmalıdır. Diğer bir halde ise, aşırı adaletsiz bir yasa olmamasına rağmen böyle olduğunu belirterek uygulayan yargıç adeta yasama yerine geçerek hukukun uygulanmasına engel olması sebebiyle yine sorumludur. Ve fonksiyon gaspı[526] yapması sebebiyle ilk duruma göre daha ağır bir şekilde faaliyetlerinden sorumlu olması gerekmektedir.

---

526 Fonksiyon gaspı devletin üç erki olan yasama yürütme ve yargının haklı olmadıkları halde birbirlerinin yerine karar alıp işlem yapmaları halinde mevcut olur. Bu tür işlemlerin müeyyidesi yokluktur.

3.8. Radbruch Formülünün Etkinliği

Radbruch formülü genellikle geçiş dönemlerinde uygulanmaktadır. Eski rejimin politik düzeninin ortadan kalkıp yeni bir rejimin kurulduğu döneme geçiş dönemi[527] olarak adlandırılmaktadır[528]. Bu süreçte eski rejimin yasalarının geçerli olup olmadığı tartışması, açılan davaları hukuki zeminden dönüşmüş politik zemine taşımaktadır. Geçiş dönemlerinde ceza hukuku ve yasaları rehabilite etme, önleme gibi klasik işlevlerine hizmet etmekten çok retorik ve politik amaçlarla kullanılabilmektedir. Bu yaklaşımla iktidarın ilk gayesi geçmiş rejimin insan hakkı ihlallerini adil bir şekilde çözme gayreti içerisinde olduklarına halkı ikna etmektir[529].

Radbruch formülünün geçiş dönemlerinde uygulanması, geçmişte yapılan yanlışlıklar hakkında halkı bilinçlendirir. Yalnızca gelecekteki olası gaddarlıkları engellemek için geçmişteki hukukun kötüye kullanımlarını göstermek maksadıyla değil ayrıca bu uygulamaların kabul edilemez olduğu konusunda ulusal ve uluslararası görüş birliği oluşturulmasına da yardımcı olur[530]. Fakat geçiş dönemlerinde mahkemelerin katkısı daha çok semboliktir. Doğu Almanya'daki sınır muhafızları davasında ve Nazilerden sonra yapılan yargılamalarda görüldüğü gibi sanıkların ve suçluların seçiminde gelişigüzellik ve keyfilik ve bunun sonucunda da davalarda eksik yargılama yapılması kaçınılmazdır[531].

Hukuk politika ilişkisi özelinde incelediğimizde ise hukukun araçsallaşması geçiş dönemlerinde daha baskın olarak görülebilir. Hukuk güvenliğinin de azaldığı bu dönemde adaletsiz ve eşitsizliğe aykırı uygulamaların olması daha olasıdır[532]. Radbruch formülünün bu dönemlerde uygulanmasının aşırı adaletsiz yasaların uygulayıcılarını yargılamasını sağladığı için elbette yararlı olacaktır. Fakat yukarıda değinildiği üzere, bu yargılamalar da nihayetinde tüm faillerin tespit edilmesi noktasında eksik kalacaktır.

---

527 *Transitional Juctice Periods* olarak adlandırılan bu dönemde adaletsiz bir rejimden adil bir rejime geçiş sağlanmaya çalışılmaktadır. Bkz. Künzler, s. 367. Her diktatörlük, diktatörün ölümü ile birlikte tartışılmaya başlanır. Bkz. Hirsch, İktidar, s. 298.

528 Doğu Almanya'daki sınır muhafızları davaları ve Nazi dönemi sonrası da geçiş dönemi olarak nitelendirilebilir. Bu dönemde kurulan mahkemeler ise eğitici bir rol üstlenmişlerdir. Bkz. Metin/ Heper, s. 62; Künzler, s. 367.

529 Künzler, s. 367. Güç hukuktan önce gelmez ancak muzaffer güç yeni bir hukuki durum oluşturur. Bkz. Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 6

530 Metin/ Heper, s. 62.

531 Künzler, s. 376.

532 Künzler, s. 367, 368. Fakat bu dönem geçici bir süreç olup kaybedilmiş değerlerin yeniden yerleştirilmeye çalışıldığı olağanüstü bir süreçtir.

Radbruch'un bu formülü geliştirme gayesi incelendiğinde, sadece geçiş dönemleri için değil; tahammül edilemez adaletsizliklerin yaşandığı her dönemde kullanılmasını amaçladığını görmekteyiz. Bundan dolayı, yargıçların adaletsiz yasayı uygulamalarının ardından ilk başta bu tutumları göz ardı edilip yıllar sonra yargılanmaları formülün gayesi ile uyuşmaz. Aksine yargıçların her daim tahammül edilemez düzeydeki adaletsiz yasaları uygulamasını engellemek amaçlanmıştır. Bu yüzden formülün sınırını geçiş dönemleriyle çerçevelemek doğru değildir[533].

Her ne kadar olağan dönemlerde hukuki güvenliğin ön planda olması ve adaletsiz olsa dahi yasaların uygulanması Radbruch tarafından savunulsa da olağan dönemde de aşırı adaletsiz bir yasanın uygulamaya koyulabileceği bir gerçektir. Bu süreç olağan dönem olarak nitelendirilse de oluşturulan yasanın içeriği rejimde olağanüstü karakterli bir yapının oluşmasına sebep olmuş ve Radbruch formülünün uygulanmasına yol açmış olur. Yani Radbruch'un amacı olağan dönemlerde de aşırı adaletsizliklere yargıç aracılığıyla engel olunacak şekilde bu formülün kullanılmasıdır.

Tahammül edilemez derecede adaletsiz olan yasaların yürürlüğe konması pratikte çok nadir görülmektedir. Özellikle insan haklarının uluslararası düzeyde yaygınlaşması, devletleri yasal düzenlemeler yaparken daha titiz davranmaya zorlamıştır. Bu yüzden Radbruch'un da asıl gayesine uygun olarak formülün yaygınlaşması temenni edilen bir durum değildir. Ancak azınlıkta da olsa tüm uluslararası düzeyde insan hakları korumalarına rağmen yakın geçmişte bu tür yasaların çıktığına şahit olmaktayız. Formülün uygulandığı yasalar olduğu gibi uygulanmayıp aşırı adaletsizliğin vukuu bulduğu durumlarda[534] mevcuttur. Bundan dolayı formülün pratikte kullanımına çok az ihtiyaç olmakla birlikte tamamen ihtiyaç olmadığı da söylenemez. Bu adaletsizliklerin çok ağır olmasından dolayı üstünün kapatılıp uygulanması toplumda derin yaralar açabilir. Geçmişte olduğu gibi gelecekte de bu yasaları uygulayanların yargılanması olasılığı yargıçları daha dikkatli karar vermeye zorlayacaktır.

Radbruch'a göre, yasanın adaleti ağır bir şekilde ihlal etmesi halinde artık yasa hukuk olmaktan çıkar. Peki normun hukuk kuralı olmadığını belirtmek yeterli midir? Bu konuda siyasal iktidarın takınacağı tavır çok önemlidir. Pratikte zaten uygulanmayan

---

533 Bix, Conceptual Analysis, s. 53. Formülün esas gayesinin; yargıçların davalarda ne yönde karar vermeleri gerektiği ile alakalı yargısal davranışa yönelik olmanın yanı sıra, hukukun doğası hakkında analitik bir tartışma sunduğu hakkındaki görüşler için bkz. Bix, Robert Alexy, s. 141.

534 Güney Afrika'daki ırkçı yasalarda ve Şili'de 1973 darbesi sonrası Pinochet rejiminde formülün uygulanabileceği savunulmuştur. Bkz. Metin/ Herper, s. 70.

aşırı adaletsiz yasa şekli olarak da kaldırılmalıdır. Aksi takdirde pratikte uygulanmasa dahi adaleti aşırı derecede ihlal eden yasanın varlığı gelecek için tehlike arz etmeye devam edecektir. Nasıl içerik olarak doğru olmak pozitif hukukun görevi ise, pozitif olmak da doğru hukukun bir ögesidir[535].

Son olarak adil olmayan hukuki rejimler var olduğu sürece Radbruch formülü önemini kaybetmeyecektir[536]. Fakat temenni edilen, aşırı adaletsizlikleri yürürlüğe koyan bir siyasal iktidarın mevcut olmayıp formülün uygulanmasını gerektirecek yasaların hiç yürürlüğe koyulmamasıdır.

535 Radbruch, Hukukta Bilgelik, s. 10.
536 Uygur, Radbruch Formülü, s. 113.

SONUÇ

Siyasal iktidar, halk ve topluluklar adına karar alma ve bu kararları icra etme yetkisine sahip, diğer iktidarlardan üstün, meşru olarak kuvvet ve zor kullanma tekeline sahip bir iktidar çeşididir. Siyasal iktidarın en önemli niteliklerinden biri kuşkusuz kuvvet kullanmasıdır. Fakat sadece kuvvete dayanan bir iktidarın istikrar sağlaması ve sürekli olması imkansızdır. Kuvvetin yanı sıra yönetilenlerin, iktidara rıza göstermesi ve itaat etmesi de önemli bir husustur. Günümüzde iktidarın bir ilişki olduğu ve karşılıklı olarak yöneten ve yönetilenlerin etkileşim hallinde olduğu genel olarak kabul edilmektedir.

İktidarın meşruiyeti yukarıda izah edilen ilişki çerçevesinde rıza sonucunda ortaya çıktığı için meşruiyet kavramı da ayrıca incelenmiştir. Meşruluk, iktidarın karar alma yetkisine halkın rıza göstermesi yani onun bu yetkilere sahip olduğuna çoğunlukla itaat göstermesidir. Farklı bir anlatımla meşruluk, siyasal iktidara itaatin gönüllü olması anlamına gelmektedir.

Meşruiyet kavramını pozitif hukuk ile bağdaştırıp pozitif hukuk kurallarına uyan bir siyasal iktidarın meşru olduğunu açıklayan bir görüş olmasına rağmen, meşruluğun hukukilik kavramından ayırt edilmesi önemlidir. Zira hukuk kurallarının var olması her zaman meşruiyetin mevcut olduğunun bir kanıtı değildir. Fakat hukukilik ile meşruluğu birbirinden tamamen koparmak da başka bir tehlikeli durumdur. Çünkü meşruiyet, tek başına hukukilik ile sağlanamasa da genellikle onun karinesi sayılmaktadır. Meşruiyet ve hukukilik, doğru kuralın uygun şekilde uygulanması halinde aynı zamanda gerçekleşen ve birbirini tamamlayan süreçlerdir. Günümüzde hukukilik olmadan meşruiyetin tesis edilmesi çok zordur.

Belirtildiği gibi, meşruluk yönetimi sağlamlaştıran, kolaylaştıran onu daha etkili ve istikrarlı kılan bir etkendir. Bundan dolayı da iktidar sahipleri iktidarlarının halk arasında meşru olduğu inancını yaymaya çalışır. Geçmişten günümüze kadar bu yöntemlerde değişiklikler olmuştur. Modern totaliter sistemler, yerleşmiş meşruluk kalıplarına uymaktan ziyade toplumda hâkim olan inancı değiştirmek ve kendi

ideolojilerine uygun yeni bir meşruluk inancı yaymak gayesini güderler. Bunu da propaganda, eğitim, doktrin aşılama vb. yollarla yapabilirler. Hukuk da meşruluk sağlama yollarından biridir. Siyasal iktidarlar yasalara uygun olarak icraatlarda bulunduklarını belirterek meşruiyetini sağlamlaştırmaya çalışmışlardır.

Hukukun yasama organı yani başka bir ifadeyle devletin bir organı tarafından oluşturulması yasalar ile siyasal iktidarın sıkı bir ilişki içerisinde olduğunu gösterir. Halkın her durumda sorgulamadan bu yasalara itaat etmesi, yasamanın bu yetkisini bazı durumlarda kötü kullanmasına sebep olabilmektedir. Bu şekilde çok ve kontrolsüzce yapılan yasalar yeni hukuki düzende hukukun değerini düşürebilmektedir. Yasaları oluşturan merciinin de siyasal iktidarın bir organı olan yasama olması yürürlükteki yasalar ve devletin sıkı ilişki içerisinde olduğunu göstermiştir. Hukuku adaletsiz yasalardan korumak isteyen Radbruch ise aslında yasama eliyle sebep olunan adaletsizliklere yargıçlarca engel olunması gerektiğini belirtmiştir.

Adaletsiz bir siyasal iktidar örneği olan Nazi rejimi de formülün oluşturulduğu çağa ışık tutması açısından önemlidir. Nasyonal Sosyalistlerin Nürnberg Yasaları gibi adalet temelinden yoksun yasalar vasıtasıyla kendi ideolojilerine ve iktidarlarına destek oluşturmaya çalıştıkları incelenmiştir. Yahudiler ve saf Alman ırkı olmayan kesimler yasalar vasıtasıyla toplumdan tecrit edilmiş ve Naziler adaletsiz düzenlemelerini hukuki bir kılıfa sokmuşlardır. Milyonlarca insan katledilirken hukuki pozitivizmden yararlanılmıştır. Tabi ki bu katliamların tek sorumlusu hukuki pozitivizm değildir fakat onun hiçbir katkısının olmadığını da söylemek mümkün değildir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise adaletsizliklere ve adaletsiz rejimlere bir çözüm önerisi getiren Radbruch ve formülü incelenmiştir. Radbruch'un görüşlerinin şekillenmesinde Nazi yönetimi ve adaletsiz yasaları önemli bir yere sahip olmasından dolayı aslında ilk ilişki formülün doğuşunda tezahür etmektedir. Radbruch'un, Nazi dönemi öncesi ve sonrasındaki eserlerinde yer alan düşüncelerinde farklılaşma olduğu genellikle öne sürülen bir iddiadır. Bu konuda öne atılan görüşler iki grupta toplanabilir.

Birinci grup Radbruch'un savaş sonrası düşüncelerinin savaş öncesi düşünceleriyle uyum içerisinde olmadığı yönündedir. Bu düşünceyi savunanlar Radbruch'un hukuki pozitivizmden doğal hukuka doğru bir kırılma yaşadığını savunmaktadır. Kırılma (Umbruch) tezi olarak adlandırılan bu görüşe göre Radbruch'un Nazi öncesi ve sonrasında yer alan düşünceleri radikal olarak değişmiştir.

Çalışmada bizimde yerinde bulduğumuz ikinci grupta yer alan düşünürler ise, Radbruch'un hukuka olan bakışında temel olarak bir değişim olmadığını bunun yanı sıra savaş sonrası verilen eserlerinin ancak savaş öncesini dönemin bir devamı niteliğinde olduğunu savunmuştur. Radbruch'un savaş öncesi dönemde hukuki güvenliğe yaptığı vurgu adalet olarak yer değiştirmiştir. Yani, adalet ve hukuki güvenlik arasında uyuşmazlık ortaya çıktığı taktirde hukuki güvenliğin mutlak olarak ön planda tutulması gerektiği görüşünden vazgeçmiştir. Bu farklı görüşlere rağmen, hiç kimse Radbruch'un savaş öncesi ve sonraki çalışmalarının tamamen aynı olduğunu savunmamaktadır.

Radbruch formülünün oluşum sürecine değinildikten sonra formül detaylı olarak incelenmiştir. Radbruch'un Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk makalesinde yer alan Radbruch formülü; tahammül edilmezlik ve yadsıma/inkar olmak üzere iki parçadan oluşmaktadır. Formülün birinci parçasına göre, adaletten ayrılmak tahammül edilmez seviyeye ulaştığı zaman yasa, adalet karşısında geri çekilip hukuki geçerliliğini kaybeder.

Formülün ikinci yarısına göre ise, adaletin özü olan eşitliğin yasama faaliyetinde bilinçli olarak uygulanmaması halinde pozitif yasalar hukukilik özelliklerini kaybederler. Bu takdirde pozitif yasa artık hukuki uyuşmazlıklara uygulanmaz. Adaletin özü olan eşitliğin göz ardı edilerek adaleti bilinçli olarak ihlal eden pozitif yasa, sadece adalete aykırı olmayıp hukukun doğasından da bütünüyle yoksundur. Yadsıma tezi, hukukun kavramsal niteliğiyle ilgilenerek neyin hukuk olup neyin hukuk olmadığını ayırt etmeye çalışmaktadır.

Radbruch adaletin üç temel direği olarak saydığı hukuki güvenlik, adalet ve amaca uygunluk arasında yer alan gerilimin bir yönünü bu formül vasıtasıyla çözmeye çalışmıştır. Fakat adalete yapılan bu vurgunun ancak tahammül edilemez dereceye ulaşması durumunda olacağı kesinlikle unutulmamalıdır. Bu dereceye ulaşmayan adaletsizliklerde ise hukuki güvenliğe öncelik verilmiş bu şekilde hukuki öngörülebilirlik sağlanmaya çalışılmıştır.

Sadece teorik bazı fikirler olmakla kalmayan formül, yargı kararlarında uygulanmıştır. Almanya'da yapılan Yahudilerin Alman vatandaşlıklarından çıkarılması davasında ve sınır muhafızları davalarında formül somut olarak uygulanmıştır. AİHM başvurusu sonucunda tekrar incelenen sınır muhafızları davasında benzer bir karar çıksa

da mahkeme formüle dayanmakta imtina etmiştir. Çalışmada AİHM kararı uygun bulunmasına rağmen AİHM'nin bu tutumu eleştirilmiştir.

Nihayet üçüncü bölümde ise, hukuk politika ilişkisine yer verilerek aslında hukukun siyasal iktidar vasıtasıyla araçsallaşabileceği veya ideolojik bir aygıt olarak kullanılabileceği açıklanmıştır. Yani Radbruch'un hukuku korumak istediği adaletsiz yasaların çoğunlukla iktidar tarafından belli bir amaç ile oluşturulduğuna dikkat çekilmek istenmektedir.

Hukukun politikayla olan ilişkisinden dolayı bazı yasaların ve hukukun siyasallaşması kaçınılmazdır. Fakat bu durum her zaman tehlikeli sonuçlar meydana getirmez. Hukuk ve yargı, bireysel ve toplumsal amaçların bir düzen ve uyum içerisinde gerçekleşmesine birlikte katkıda bulunabilir. Asıl tehlikeli olan husus, çıkar çevrelerinin, politikacıların amaçlarına ulaşmak maksadıyla hukuku bir araç olarak kullanmalarıdır. Kabul edilemez olan, parlamento çoğunluğuna dayanan yasama ve yürütme birliğinin demokrasiyi istedikleri gibi kullanarak kendi tercihlerini, politikalarını milli irade olarak yasalaştırma hususunda keyfi bir tutum izlemeleridir. Yargıdan da bu yasaları onaylamalarını bekleyerek, mevcut duruma temel oluşturmak için de çoğunluğun gücüne dayanıp istedikleri hukuki zemini oluşturmaları engellenmelidir. Başka bir ifadeyle, sorun hukukun siyasal alanı düzenlerken siyasallaşması değil, hukukun siyasal kuvvete yenilerek araçsallaştırılmasıdır.

Totaliter, otoriter ve demokratik rejimlerde adaletsiz yasaların oluşumu ve bunların formül ile engellenmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Formül genellikle totaliter veya otoriter rejimler yıkıldıktan sonra onların adaletsiz düzenlemelerini engellemek için kullanılmasına rağmen, demokratik rejimlerde dahil olmak üzere tüm rejim türlerinde aşırı adaletsiz yasaların oluşturulabileceği belirtilmiştir. Demokratik rejimlerde yargıçların aşırı adaletsiz yasalara tepki vermesi nispeten daha kolay olabileceği gibi tüm durumlarda bu cesaret isteyen bir tavırdır.

Radbruch formülünün hukuk eğitimindeki önemine de değinilmiştir. Hukuk eğitimi, kendisine her söyleneni yapan hukukçular yerine bağımsız ve eleştirel düşünebilen hukukçular yetiştirmeye yönelmezse aşırı adaletsiz yasaların oluşması maalesef engellenemeyecektir. Hatta hukuksuzluk, hukukçular eliyle kanunilik maskesine büründürülür. Bu yüzden nispeten kısa olan eğitim hayatında hukuk öğrencilerini teknik hukuk bilgilerinin yanı sıra daha uzun ömürlü bilgilerle donatmak önemlidir.

Her düşünürün eleştirildiği gibi Radbruch da bu formül ile bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle adaletsiz yasaların tespit edilmesinin zorluğu ve sübjektif kararların ortaya çıkabileceği yönünde getirilen eleştiriler mevcuttur. Öncelikle adalet kavramının soyut olduğu ve kişiden kişiye değişebildiği bir gerçektir. Fakat adaletsizlik daha belirlenebilir ve insan vicdanını rahatsız eden bir durumdur. Kaldı ki Radbruch formülü normal bir adaletsizliği değil aşırı adaletsizlik içeren yasaları engellemeye çalışmaktadır. Toplumun çoğunluğu hangi durumun adaletli olduğu konusunda farklı görüşlere sahip iken, neredeyse tamamı aşırı adaletsizlik içeren yasaların varlığı hususunda birleşebilir.

Formülün içerdiği bir diğer sorun ise, yargıçların aşırı adaletsiz olmayan yasaları kendi kişisel ve politik görüşlerine aykırı görerek bu kategoriye sokmalarıdır. Yargıçların her adaletsizlik halini ve hatta adaletsizlik olmayan durumları dahi bu şekilde değerlendirmeleri tehlikeli bir durumdur. Aşırı adaletsiz yasa vicdanı çok rahatsız eden ve herkesin incelediğinde kolayca tespit edebileceği bir durumdur. Bu yüzden çok istisna durumlarda var olabilen adaletsizlikleri, yargıçlar sık sık tespit ederek yasaların uygulanmasını engellemeye çalışırsa, yasamanın görev alanına girmiş olurlar. Bu bağlamda Radbruch formülün yaygınlaşması temenni edilen bir durum değildir. Bu formülün uygulanması istisna olup yaygınlaşması tehlikelidir.

Radbruch formülü genellikle geçiş dönemlerinde uygulanmaktadır. Eski rejimin politik düzeninin ortadan kalkıp yeni bir rejimin kurulduğu döneme geçiş dönemi denmektedir. Geçiş döneminde formülün uygulanması her ne kadar geçmiş haksızlıklardan hesap sorulması sebebiyle olumlu bir gelişme olsa da Radbruch'un bu formülün geliştirme gayesine incelendiğinde sadece geçiş dönemleri için değil tahammül edilemez adaletsizliğin yaşandığı her dönemde kullanılmasını amaçladığını görmekteyiz.

Nihayet adaletsiz yasalar her iktidarda yürürlüğe girse de tahammülü imkansız adaletsiz yasalar genellikle siyasal iktidarın baskısı sonucunda ve amaçları doğrultusunda oluşturulmaktadır. Bu yüzden siyasal iktidara itaat onun yasalarını sorgulamayı engellememelidir. Aşırı adaletsizliklere itaat devletin haksızlık rejimine dönüşmesini kolaylaştırmaktadır. Radbruch formülünde görev aslında yargıçlara verilse de engel olunmak istenen iktidarın aşırı adaletsiz yasalarına itaattir.

KAYNAKÇA*

Agamben, Giorgio, Auschwitz'den Artakalanlar, Çeviren: Ali İhsan Başgül, Bağımsız Kitaplar, 1. Baskı, Ankara 2004.

Ağaoğulları, Mehmet Ali, Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2015.

Akad, Mehmet/ Vural Dinçkol, Bihterin/ Bulut, Nihat, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2016.

Akal, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitapevi, 8. Baskı, Ankara 2016. (İktidarın Üç Yüzü)

Akal, Cemal Bali, Devlet, Yasa ve Hakimiyet, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999. (Devlet ve Yasa)

Akbaş, Kasım, Hukuk Büyübozumu, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2006.

Akgül, Emin Mehmet, Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/4 s. 79-101.

Akman, Şefik Taylan, Hukuk Politika İlişkisi (Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirilmesi), İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2016.

Aktaş, Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmalar, Kazancı Kitap, 1. Baskı, İstanbul 2006. (Eleştirel Hukuk)

Aktaş, Sururi, Hukuk Kavramının Analizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 67, Sayı:2, 2018, s. 227-252. (Hukuk Kavramı)

* Yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde belirtilmiştir.

Aktaş, Sururi, Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2011. (Fuller)

Althusser, Louis, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, Çeviren: Yusuf Alp, Mahmut Özışık, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1994.

Arslan, Ezgi, Derrida ve Radbruch'ta Hukuk Adalet İlişkisi ve Hakimin Rolü, (Danışman: Eylem Ümit Atılgan), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

Asker, Ahmet, Nazi Irk Tasnifinde Türkler ve Ortadoğu Halkları, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 25, 2012, s. 79-99.

Atay, Ender Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 1997, s. 121- 166.

Aydın, Melike Belkıs, Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 73, Sayı: 2, 2015, s. 7-28. (Dönemsel Vurgu)

Aydın, Melike Belkıs, İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İthaki Yayınları, 2. Baskı, 2017, s. 113- 137. (Kötü Kurallar)

Balan, Arzu, Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 2018, s. 69-94.

Ball, Alan R., Modern Politics and Government, Macmillan Education, 4. Edition, 1988.

Beetham, David, The Legitimation of Power (Issues in Political Theory), Palgrave Macmillan, 1. Edition, Great Britian 1991.

Bierstedt, Robert, An Analysis of Social Power, American Sociological Review, Volume: 15, No: 6, 1950, s. 730-738.

Bix, Brian H., Radbruch's Formula and Conceptual Analysis, American Journal of Jurisprudence, Volume: 53, 2011, s. 45-57. (Conceptual Analysis)

Bix, Brian, Robert Alexy, Radbruch's Formula and the Nature of Legal Theory, Rechtsheorie, Volume: 37, 2006, s. 139- 149. (Robert Alexy)

Bulut, Nihat, Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2003.

Canetti, Elias, Kitle ve İktidar, Çeviren: Gülşat Aygen, Ayrıntı Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2006.

Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2005.

Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996.

Chroust, Anton Hermanm, The Philosophy of Law of Gustav Radbruch, The Philosophical Review, Volume: 53, No:1, January 1944, s. 23- 45.

Coicaud, Jean- Marc, Legitimacy and Politics, Translated and edited: David Ames Curtis, Cambridge University Press, 1. Edition, 2002.

Coşar, Yakup, Sivil İtaatsizlik, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Ayrıntı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 9-28.

Crew, David F., Hitler and the Nazis- A History in Documents, Oxford University Press, New York 2005.

Çam, Esat, Siyaset Bilimine Giriş, Der Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2011.

Çataloluk, Gökçe, Piyasaya Hukukçu Yetiştirmek: Hukuk Fakültelerinin Sistemsel Dönüşümdeki Rolü, Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, Derleyenler: Ali Murat Özdemir, Muammer Ketizmen, İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 297-315.

Çatlı, Mehmet, Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Muktedir/ Erkli Demokrasi, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2019.

Çetin, Halis, Çağdaş Siyasal Akımlar, Orion Kitapevi, 2. Baskı, Ankara 2011. (Siyasal Akımlar)

Çetin, Halis, Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2002, s. 1-16. (Egemenlik ve Hukuk)

Çetin, Halis, Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti Meşruiyetin İktidarı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 58 Sayı: 3, 2003, s. 61- 88. (Meşruiyet)

Daver, Bülent, Siyaset Bilimine Giriş, Siyasal Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 1993.

Dikmen Caniklioğlu, Meltem, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Dreier, Ralf, Recht- Staat- Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, Suhrkamp Verlag, 2. Auflage, Germany 2016.

Duverger, Maurice, Siyaset Sosyolojisi, Çeviren: Şirin Tekeli, Varlık Yayınları, İstanbul 1982.

Dyzenhaus, David, The Grudge Informer Case Revisited, New York University Law Review, Volume: 83, 2008, s.1000- 1034.

Geiger, Rudolf, The German Border Guard Cases and International Human Rights, European Journal of International Law, No: 9, 1998, s. 540- 549.

Gönenç, Levent, Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 50, 2001.

Göze, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul 2016.

Gregor, Neil, Nazism, Oxford University Press, 1. Edition, New York 2000.

Grigsby, Ellen, Analyzing Politics An Introduction to Political Science, Cengage Learning, 5. Edition, 2011.

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi, 8. Baskı, Ankara 2009. (Hukuk Felsefesi)

Güriz, Adnan, Adalet Kavramının Belirsizliği, Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu Seminerler Dizisi, 3. Baskı, Ankara 2013. (Adalet Kavramı)

Easton, David, A Re-Assessment of the Concept of Political Support, British Journal of Political Science, Cambridge University Press, Volume: 5, No: 4, 1975, s. 435-457.

Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitapevi, 9. Baskı, Ankara 2012.

Friedrich, Carl J./ Brzezinski, Zbigniew K., Totalitarian Dictatorship and Autocracy, Harvard University Press, 2. Edition, Cambridge 1965.

Friedmann, Wolfgang, Gustav Radbruch, Vanderblit Law Review, Volume: 14, 1960, s. 191-209.

Fuller, Lon L., Hukukun Ahlakı, Çeviren: Engin Arıkan, Tekin Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2016. (Hukukun Ahlakı)

Fuller, Lon L., Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, Harvard Law Review, Volume: 71, No: 4, 1958, s. 630- 672. (Positivism)

Haldemann, Frank, Gustav Radbruch v. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law, Ratio Juris, Volume: 18, No: 2, June 2005, s. 162- 178.

Heywood, Andrew, Siyasi İdeolojiler, Çeviren: Ahmet K. Bayram, Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç vd., Adres Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2017.

Hirsch, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Baskı, Ankara 2001. (Hukuk Felsefesi)

Hirsch, Ernest, İktidar ve Hukuk, Çeviren: Hayrettin Ökçesiz, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 1, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s. 296- 308. (İktidar)

Hitler, Adolf, Hitler, Kavgam, Çeviren: Selman Uğurlu, Berre Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.

Hunt, Alan, Explorations in Law and Society- Toward a Constitutive Theory of Law, Rotledge, 1. Edition, New York 1993.

Işıktaç, Yasemin, Hukuk Yazıları II, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2013.

Kapani, Munci, Politika Bilimine Giriş, BB101 Yayınları, 52. Baskı, Ankara 2016.

Keyman, Selahattin, Hukuki Pozitivizm, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 1, 1978, s. 17- 55. (Hukuki Pozitivizm)

Keyman, Selahattin, Tabii Hukukun Doktrininin Epistemolojik Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 47, Sayı: 1, 1998, s. 17-36. (Tabii Hukuk)

Kia, Rukiye Akkaya, Bir Ders Konusu Olarak Devlet ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2013.

Klare, Karl, The Politics of Duncan Kennedy's Critique, Cardozo Law Review, 2011, Vol: 22, s. 1073- 1103.

Koloş, Umut, Foucault, İktidar ve Hukuk, Modern Hukukun Soybilimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2015.

Kuçuradi, İoanna, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, 3. Baskı, Ankara 2016.

Kühl, Kristian, Radbruch Formülü, Çeviren: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 70, Sayı: 1, 2012, s. 369- 374.

Künzler, Adrian, Judicial Legitimacy and the Role of Courts: Explaining the Transitional Context of the German Border Guard Cases, Oxford Journal of Studies, Volume: 32, No: 2, s. 349- 381.

Leawoods, Heather, Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher, Washington University Journal of Law and Policy, Volume: 2, 2000, s. 489-515.

Linz, Juan J., Totaliter ve Otoriter Rejimler, Çevirmen: Totaliter ve Otoriter Rejimler, Çevirmen: Ergun Özbudun, Liberte Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2017.

Lipson, Leslie, Siyasetin Temel Sorunları, Çeviren: Fügen Yavuz, İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2005.

Lukes, Steven, Power: A Radicial View, Palgrave Macmillan, 2. Edition, 2005.

Mertens, Thomas, Nazisizm, Legal Pozitivizm and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice, Law and Critique, No: 14, 2003, s. 277- 295. (Nazisizm and Radbruch's Thesis)

Mertens, Thomas, Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration, Ratio Juris, Volume: 15, No: 2, June 2002, s. 186- 205. (Grudge Informer)

Metin, Sevtap/ Heper, Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, Tekin Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015.

Mızrak, Dilan/ Temiz, Özgür, Hukuk ve Politika (Türkiye'de yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi), Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2009, s. 77-97.

Miller, Russell, Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership, Leiden Journal of International Law, Volume: 14, Issue: 3, 2001, s. 653-663.

Mills, Wright, İktidarın Seçkinleri, Çeviren: Ünsal Oskay, Bilgi Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1974.

Müller, Ingo, Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich, Translated: Deborah Lucas Schneider, Harvard University Press, 1. Edition, Cambridge Massachusetts 1991.

Nussbaum, Martha, İnsanlığın Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi, Çeviren: Aysima Çalışkan, Eray Yağanak, Arke Logos Felsefe Dergisi, Sentez Yayınları, Sayı: 4 (Güz), 2017, s. 135- 148.

Okandan, Recai Galip, Umumi Amme Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968.

Oleson, James C., The Antigone Dilemma: When the Paths of Law and Morality Diverge, Cardozo Law Review, Volume: 29, No: 2, 2007, s. 669-702.

Otacı, Cengiz, Hukuka Rağmen Kanun, Hakimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 120. Sayı, 2015, s. 571- 616.

Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti", Hukuk Devleti, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, Afa Yayıncılık, Sayı: 4, İstanbul 1998, s. 17- 34. (Hukuk Devleti)

Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti ve Yargıcı", Hukuk Devleti, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, Afa Yayıncılık, Sayı: 4, İstanbul 1998, s. 242-261. (Yargıç)

Ökçesiz, Hayrettin, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: "Radbruch Formülü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 56, 2005, s. 167- 174. (Radbruch Formülü)

Özcan, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Kavim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2007. (Hukuk Sosyolojisi)

Özcan, Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 12. Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2008. (Hukuk Devleti)

Özbudun, Ergun, Türk Anaysa Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013.

Özdemir, Ali Murat, Sözün Mülkiyeti- Hukukun Ekonomik Politiği, Dipnot Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2008.

Özenç, Berke, Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2014.

Öztekin, Ali, Siyaset Bilimine Giriş, Siyasal Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2010.

Parsons, Talcott, On the Concept of Political Power, Proceedings of the American Philosophical Society, Volume: 107, No: 3, 1963, s. 232-262.

Paulson, Stanley L., Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 15, Issue: 3, 1995, s. 489-500. (Unjust Laws)

Paulson, Stanley L., On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 26, No: 1, 2006, s. 17-40. (Significance of Radbruch)

Pappe, H. O., On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, The Modern Law Review, Volume: 23, No: 3, 1960, 260-274.

Pock, Max, A; Gustav Radbruch's Legal Philosophy, Saint Louis University Law Journal, Volume: 7, No:1, 1962, s. 57-71.

Radbruch Gustav, Beş Dakika Hukuk Felsefesi, Çeviren: Hayrettin Ökçesiz, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 1, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s. 66- 67. (Beş Dakika)

Radbruch, Gustav, Five Minutes of Legal Philosophy, Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Standley L. Paulson, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 26, No: 1, 2006, s. 13-15. (Five Minutes)

Radbruch, Gustav, "Hukuk Devleti", Hukuk Devleti, Çeviren: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, Afa Yayıncılık, Sayı: 4, İstanbul 1998, s. 11- 16. (Hukuk Devleti)

Radbruch, Gustav, Hukuk Kavramı, Çeviren: Melike Belkıs Aydın, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2015, s. 144- 150. (Hukuk Kavramı)

Radbruch, Gustav, Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler, Çeviren: Vecdi Aral, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2008. (Hukukta Bilgelik)

Radbruch, Gustav, Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law, Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Standley L. Paulson, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 26, No: 1, 2006, s. 1-11. (Statutory Lawlessness)

Radbruch, Gustav, Vorschule der Rechtsphilosophie, Vandenhoeck & Ruprecht, 3. Auflage, Göttingen, 1950. (Vorschule der Rechtsphilosophie)

Rawls, John, A Theory of Justice, Harvard University Press, United States of America 1971.

Rousseau, Jean Jacques, The Social Contract, Translated by: G. D. H. Cole, Fellow of Magdalen College, Oxford, London and Toronto: J.M. Dent and Sons, 4. Edition, New York 1923.

Ruhi, Muhammet Emin, Adolf Hitler ve Nazizim Alman Faşizmi ve Yahudi Soykırımı, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017.

Russell, Bertrand, İktidar, Çeviren: Erol Esençay, İlya Yayınevi, 1. Baskı, İzmir 2003.

Saliger, F, Content and Practical Significance of Radbruch's Formula, КЛАСИКИ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА: ГУСТАВ РАДБРУХ, 2004, s. 68- 70.

Sancar, Mithat, "Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2016.

Sartori, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çeviren: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Sentez Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014.

Schmitt, Carl, Kanunilik ve Meşruiyet, Çeviren: Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2016.

Spaak, Torben, Meta Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch, Law and Philosophy, 2009, No: 28, s. 261- 290.

Stolleis, Micheal, Tarihle İlgilenmeyen Hukukçu Tehlikelidir. Yürürlükteki Hukuku Bilmek Niçin Yeterli Değildir? Hukuk Eğitimi Nasıl Olmalıdır, Çeviren: Muhammed İkbal İmamoğlu, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 7, 2009 (Bahar), s. 47-56.

Tepe, Harun, Yargı Etiği ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?, Hacettepe Hukuk Felsefesi Dergisi, Cilt:7, Sayı: 1, 2017, s. 85- 96.

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Beta Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2009.

Thoreau, Henry David, Sivil İtaatsizlik, Çeviren: Melis Olçum, Kafekültür Yayıncılık, İstanbul 2013.

Uygun, Oktay, Devlet Teorisi, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2014. (Devlet Teorisi)

Uygun, Oktay, Hukuk Teorileri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017. (Hukuk Teorileri)

Uygur, Gülriz, Adil Olmayan Kural Karşısında Yargıç: Radbruch Formülü, Gürgan Çelebican'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2011, s. 99- 114. (Radbruch Formülü)

Uygur, Gülriz, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 2, 1996, s. 145-176. (Hukuki Pozitivizm)

Uygur, Gülriz, Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu, 2. Baskı, Ankara 2016. (Adaletsizliği Görmek)

Yağcı, Öner, Nazi Kampları, Akılçelen Kitaplar, 1. Baskı, Ankara 2018.

Vergin, Nur, Siyasetin Sosyolojisi, Doğan Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2015.

Wachsmann, Nikolaus/ Caplan, Jane, Concentration Camps in Nazi Germany: The New Histories, Routledge, 1. Edition, New York 2010.

Weber, Max, Sosyoloji Yazıları, Çeviren: Taha Parla, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2004. (Sosyoloji Yazıları)

Weber, Max, Theories of Society (Foundations of Modern Sociological Theory), Volume: 1, Edited by: Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D. Naegele, and Jesse R. Pitts, The Free Press of Glenceo, New York 1961. (Theories of Society)

Zabunoğlu, Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş (Devlet: Tanım, Kaynak, Unsurları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 328, Ankara 1973.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Yumak, Semih, Özgürlükler Ülkesinde Bir Adalet Bakanı Vekilinin Adalet Bakanlığına İhaneti, https://www.hukukihaber.net/ozgurlukler-ulkesinde-bir-adalet-bakani-vekilinin-adalet-bakanligina-ihaneti-makale,5141.html (Erişim tarihi: 07.02.2019).

Sarıkaya, Muharrem, Ergenekon İçin de Radbruch Gerekir, https://www.haberturk.com/yazarlar/muharrem-sarikaya/1228589-ergenekon-icin-de-radbruch-gerekir (Erişim tarihi: 8.02.2019).

http://www.chronik-der-mauer.de/material/180391/gesetz-ueber-die-staatsgrenze-der-ddr-grenzgesetz-25-maerz-1982 (Erişim tarihi: 18.11.2018).

https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22radbruch%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-59353%22]} (Erişim tarihi: 21. 11 2018).

https://www.swisseduc.ch/immersion/hist/ww2/antisemitism/docs/nuremberg_laws.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts (Erişim tarihi: 10.12.2018).

http://www.verfassungen.ch/de/ddr/polizeigesetz68.htm (Erişim tarihi: 18.11.2018).

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı:	Büşra BEYDÜZ
Uyruğu:	Türkiye (TC)
Doğum Tarihi ve Yeri:	11.07.1992, Altındağ/ ANKARA
Medeni Durumu:	Bekar
Tel:	+90 352 438 06 61
Fax:	+90 0352 438 06 62
Elektronik Posta:	busrabeyduz@erciyes.edu.tr
Yazışma Adresi:	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi MELİKGAZİ/ KAYSERİ

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	ERÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü	2019
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2015
Lise	Ahmet Ulusoy Anadolu Lisesi	2011

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2016-halen	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi
2015-2016	Ankara Barosu	Stajyer Avukat

YABANCI DİL

İngilizce (İyi)

Almanca (Orta)

Felemenkçe (Orta)