

EK:3; Adaletin bilinçli ve aşikâr inkarı

Altan Heper

2. Radbruch Formülü

Radbruch savaş sonrası savaş öncesi öğretisinden uzaklaşmıştır, Radbruch'a göre adalete yönelinmediği ve eşitlik bilinçli bir biçimde inkar edildiği takdirde, artık sözkonusu olan hukuk değildir, hukuk karakteri olmayan, yasal haksızlıktır. (Gesetzliches Unrecht).²²

Radbruch'un düşünceleri özlü bir biçimde toparladığı "Beş Dakika Hukuk Felsefesi" adlı konuşmaları (Prof. Hayrettin Ökçesiz tarafından yapılmış çevirisi), Radbruch'un tezlerinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.²³ Radbruch formülü tartışmalara yol açmış, fakat yüksek mahkemelerce de ki bunlar arasında Federal Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesi'ni de saymak gerekir, hala işlerliği olan bir formül olarak kullanılmaktadır.²⁴

Radbruch formülünün bugün için pratik önemi, haksız sistemlerin devrilmesi, iktidardan uzaklaştırmasından sonra bu dönemin (olağanüstü dönemin) sorunların çözülmesi, yasama faaliyetinin geçerliliği konusunda (Aufarbeitung der Unrechtssysteme) ortaya çıkmaktadır. Polonya, Şili, Güney Afrika bu yönde çalışma yapmaktadır.²⁵ Radbruch formülü Doğu Almanya'nın tarih sahnesinden yok olmasından sonra, Doğu Almanya hukuk uygulamalarının irdelenmesinde de ölçüt olmuş, ve

aktüelitesini 90'lı yıllarda tekrar kazanmıştır.²⁶

Radbruch formülünün uygulanması, yasaya uygun haksızlık ile ilgili tipik bir örnek olarak aşağıdaki karar verilebilir: Federal Anayasa Mahkemesi 14.12.1968 tarihli kararında göçmen yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybetmelerine temel teşkil eden İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına ilişkin 11. Tüzüğün hukuk karakteri ve hukuki geçerliliğini incelemiştir. Bu kararda yer alan temel düşünceler (1-3) şöyledir:

1. Nasyonal Sosyalist Hukuk Kuralları adaletin temel prensipleriyle çok açık bir biçimde çelişkiye düştüğünde, hakim bunları uygulaması veya bu kuralların hukuki sonuçlarını tanımak istemesi sonucu haklılık yerine haksızlığa karar verecek olması durumunda, hukuk kurallarının hukuk olma geçerliliği inkar edilebilir. (Bilinçli inkar)

2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası için çıkartılan 11.11.1941 tarihli 11. Tüzüğün adaletle çelişkisi o kadar büyük bir dereceye ulaşmıştır ki, bu tüzük başından beri batıl olarak değerlendirilmelidir. (Tahammül edilemezlik)

3. Hukukun temel prensiplerine açıkça aykırılık halinde bir kez meriyete girmiş olan haksızlık, uygulaması ve uyulması suretiyle hukuk haline gelmez.²⁷ (Yasal Haksızlık)

(22) Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" in Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. baskı, Stuttgart, 1950, s. 352.

(23) Gustav Radbruch, Beş Dakika Hukuk Felsefesi, çev. Hayrettin Ökçesiz, s. 2, HFSA, 1994, s. 7-8.

(24) Frank Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg, 1995; Helmut Lecheler, Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur Radbruch'schen Formel, Berlin, 1994; BGHSt. 39, 1= NJW 1993, 141; Claus Roxin, Strafrecht, AT 1, 4. baskı, 2006, 7. Bölüm Paragraf 7, 25; Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, 23, 94

(25) Eckardt Bucholz Schuster, Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln, 1998, Berlin; Olivia Jazwinski, Unrechtsaufarbeitung nach einem Regimewechsel, 2006, Baden-Baden

(26) Robert Alexy, "Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit" Berichte der Joachim-Jungius-Gesellschaft 3, 1993, 28; Klaus Lüderssen, Der Staat geht unter- das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, Frankfurt, 1992.

(27) Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, BVerfG, 23, 98 (106);

III. AKTUEL TARTIŞMALAR

1. Adalet Tartışmaları

John Rawls A Theory of Justice adlı 1971 tarihli eseriyle Almanya'da yeni bir adalet tartışması yarattı. Aslında siyaset felsefesi, genel felsefe çalışması olarak da görülen bu çalışma hukuk felsefesine de ilgiyi arttırdı. Rawls'ın teorisi prosedürel, yani yöntemsel bir adalet teorisidir (metafiziksiz hukuk etiği, doğal hukukun ve adalet probleminin mitolojisinden arındırılmış halidir).⁹⁴ Rawls'ın düşünceleri Almanya'da yankı uyandırmıştır, ve özellikle Robert Alexy'de izlerini görmek gerekir.⁹⁵

Ronald Dworkin'in temsilcisi olduğu, Anglo-Amerikan dünyada gelişen General Principles of Law Almanya'da da yankı yaratmıştır.⁹⁶ Dworkin teorisini pozitivistizme genel saldırı olarak düşünmektedir. Dworkin sadece kural- ların değil, ayrıca temel değerlerin önemini vurgulamaktadır. Dworkin'e göre adalet, hakkniyet ve hukuk devleti, pozitif hukuk görüşünün aksine, hukuken bağlayıcıdır ve bağlayıcılık bütün devlet erkleri için geçerlidir. Genel ilkelerin yardımı ile her hukuki önem taşıyan olay için bir tek haklı çözüm bulunur.

2. İşkence, İnsan Onuru Tartışmaları

Almanya'daki aktuel tartışmaları açıklayabilmek için şu olayı gözönünde tutalım;

Bir terörist bir büyük Alman şehrinde saatli bomba yerleştiriyor. Polis teröristi yakalıyor, terörist polise bombanın nereye yerleştirdiğini ve nasıl imha edileceğini söylemiyor. Polis bombanın kesin olarak yerleştirildiğini, her hangi bir zamanda patlayacağını, ve on binlerce insanın öleceğini biliyor. Burada soru teröriste bilgi almak için işkence yapılabilir mi?⁹⁷

Bu konudaki görüşleri ve dayanaklarını özetleyelim: AİHS md. 2. yaşam hakkını, 3. md. de işkence yasağı koruma altına alınmıştır. Alman hukuku açısından devletin işkence yapmaması Anayasanın 104 md. 1. fıkrası, 2. bendinde açıkça yer almıştır, Anayasa bütün yasaların üstündedir, bu nedenle işkence yapılamaz, sonucu çelişkilidir, çünkü bombanın kurbanları da insan onuruna sahiptir. Devletin Anayasanın 1. md. de yeralan insan onuru çiğnenemez hükmü gereğince kurbanların da onurunu düşünerek, koruma yükümlüğü vardır. Teröristin onuruna karşı mağdurun, kurbanının onuru düşünmek gerekir.

Böyle bir olayda gerçekten onurun onurla karşı karşıya kaldığı tartışmalıdır. Bu tartışma tanınmış iki hukuk felsefesi tarafından dinleyiciler önünde yapılmıştır.

Brugger işkencenin belli koşullarda meşruiyetini savunmakta, buna karşılık Schlink yaşamsal tehdidin insan onurunun tehdidi olmadığını savunmaktadır. Schlink'e göre yaşam ve insan onuru ve sonuç itibarıyla hayatı koruma (Anayasa

(94) Senthöfer, age. S. 110 vd, 124.

(95) Robert Alexy, Begriff und Geltung des Recht, Freiburg, 1992; Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, 1995.

(96) Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge 1977; Law's Empire, Cambridge, 1998.

(97) Olay Senthöfer'in Klausuren Training Rechtsphilosophie mit Allgemeiner Staatslehre, 2003, Kiel, adli kitabından, s. 66 alınmıştır. Senthöfer Prof. Dr. W. Brugger'in Heidelberg Hukuk Fakültesi öğrencileri için hazırladığı bir yazılı sınavdaki olaydan yararlanmaktadır. W. Brugger de N. Luhmann'ın verdiği bir örnekten N. Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen, 1993, s. 1 esinlenmektedir.

İkinci Dünya Savaşı Sonrası Almanya'da Hukuk Felsefesi

2. md. 2. fıkra) ve insan onuru (Anayasa 1. md) ayırımı yapılmalıdır.⁹⁸

İşkence taraftarı görüş şu şekilde temellendirilmektedir;

a) Onurun onurla karşı karşıya kaldığı durumlarda, devletin işkence yükümlülüğü vardır. İşkence hakkı polis hukukunda bir çok kez onurun onurla karşı karşıya kaldığı prensibinden doğmaktadır;

-devletin mağdur, kurbanlar için pozitif koruma fonksiyonu vardır.

-hukuku ihlal edenler hukukun sınırlarına çekilmek zorunluluğu vardır.

-tehlikenin etkili bir biçimde defedilmesi zorunluluğu vardır.

Sonuç itibarıyla nihai öldürme amacıyla ateş hemen hemen bütün eyaletlerde yasaldır (örneğin Baden-Württemberg'de), insan onurunun insan onuruyla karşılaştığı durumlarda, hukuk düzenin toplam bir hak talebinin (Gesamtanspruch) önceliği olmalıdır: Toplam talep mağdurların, suçtan zarar görenlerin korunması, suçluların korunmamasıdır.⁹⁹

b) AİHS'de önemli bir hak olarak 3. md. de işkence yasağı bulunması bir gerçektir, fakat yaşam hakkında istisnalar tanıyan 2. md. 2.fikrası lex speciales olarak özel hükümdür, olaya bağlı istisnalar getirmektedir. Buna göre öldürme, üçüncü kişilerin haklarını savunmak için mümkündür. Buradan da öldürme amacıyla ateş etme hakkı türetilmektedir. Sonuç olarak işkenceyi koruma amacıyla saldırganın öldürülmesine göre bir eksidir, öldürme hukuki ise, işkence haydi haydi hukukidir. Sonuç; işkence

bu tür olaylarda hukuki haktır, ahlaki bir hakkın bulunup bulunmadığı başka bir sorundur.

c) Büyük bir ihtimalle de hukuki olarak işkence yükümlülüğü de vardır, Brugger burada temel hak olarak koruma yükümlülüğüne işaret etmektedir. Bu olayda takdir hakkı sıfırdır. Kızıl Ordu Fraksiyonun kaçırıldığı Schleyer olayıyla ilgili Federal Anayasa Mahkemesi belirli olaylarda polisin kullanacağı aracın seçiminde, seçim imkanı daralır ve sadece bir aracın seçimine kalır.

d) Brugger, vatandaşın polisin müdahale etmesini isteme hakkı olup olmadığını irdelemektedir. Koruma norm teorisinden bu hak türetilir. Bu teori, bir devlet organının bir subjektif hakkın korunması için hangi koşullarda yükümlülüğü olduğunu öngörmektedir. Burada takdir hakkı sıfıra iner ve devletin harekete geçmesi, yani işkence yapması, vatandaşların kurban olarak korunan duruma geçirilmesi (yaşam hakkının korunması) sözkonusudur.

Brugger'e göre işkencenin koşulları;

-doğrudan tehlikenin açık seçik başgöstermesi

-suçla ilgisi olmayan bir üçüncü şahsın vucutsal bütünlüğüne saldırı

-bu saldırının kimliği belli bir saldırgan tarafından yapılması

-bu saldırganın tehlikeyi önleyebilmesi

-saldırganın bu tehlikeyi önleme yükümlülüğünün de hukuken bulunmasıdır.

(98) Humbolt Üniversitesindeki 28.06. 2001 tarihli W. Brugger, Dieter Grimm, Berhard Schlink'in katıldığı açık oturumdaki tartışma www.rewi.hu-berlin.de/HFR.

(99) Brugger'in görüşleri için aynı site ayrıca, Darf der Staat ausnahmsweise foltern in : Der Staat 35 (1996), s. 67-97; vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter, JZ 55 (2000), s. 165 vd.

hukuki haktır, ahlaki bir
bulunmadığı başka bir

ihimalle de hukuki
ikümlülüğü de vardır,
mel hak olarak koruma
şaret etmektedir. Bu
kı sıfırdır. Kızıl Ordu
dığı Schleyer olayıyla
asa Mahkemesi belirli
tullanacağı aracın seçi-
kanı daralır ve sadece
e kalır.

vatandaşın polisin
i isteme hakkı olup
lemektedir. Koruma
bu hak türetilir.Bu
rganının bir subjektif
için hangi koşullarda
uğunu öngörmektedir.
akki sifıra iner ve
geçmesi, yani işkence
şların kurban olarak
geçirilmesi (yaşam
sı) sözkonusudur.

re işkencenin koşulları;
tehlikenin açık seçik

olmayan bir üçünü
tünlülüğüne saldırı

n kimliği belli bir
n yapılması

un tehlikeyi önleye-

bu tehlikeyi önleme
de hukuken bulun-

Bu koşulların polis memurunun
ex ante bakış açısıyla tespit edilmesi
zorunludur.

e) İşkence hakkı toplum sözleşme
teorisinden de türetilir, Toplum
sözleşmesi teorisine göre, itaat edenler
devlete güç kullanma tekeli terket-
mişlerdir. Buna karşılık devlet özgürlüğü
ve yaşamı korumak zorundadır.Devlet
bunu yapmazsa, yapamazsa toplum
sözleşmesi artık geçerli değildir.
(Hobbes, Kant, Locke'da, yaşam ilk
önce gelmekte, sonra özgürlük, mülkiyet
gelmekte, yani sıralama yaşam, özgürlük
ve mülkiyettir). Devlet sözleşmeden
doğan yükümlülüklerini yerine getirmek
istiyorsa, yaşamı korumak için herşey
yapmalıdır. Bu sadece işkence ile müm-
künse, o zaman devlet işkence yap-
malıdır.¹⁰⁰

f) Faydacılık neticeye yönelmeyle
daha kolay bir biçimde çözüme ulaşır:
En fazla insanın en büyük mutluluğuna,
bomba patlamazsa ulaşılır. Bu nedenle
teröriste işkence yapmak faydalıdır
(Utilitât kuralı)

İşkenceye karşı görüşler şöyle
özetlenebilir: Schlink'e göre teröriste
işkence yapılmamalıdır, bu olayda insan
onurunun karşısında insan onurunun
konulması doğru değildir.Burada karşı
karşıya olan teröristin onuruna karşı
mağdurların yaşamıdır. Böylece Schlink
Brügger teorisinin esas dayanağını
çürütmektedir. Schlink'in hukuk dog-
matığı açısından getirdiği eleştiriler ise;

-Sadece Parlamentonun yetkisinde
olan konular: işkence , temel haklara
önemli bir müdahale olacağı için

anayasa dogmatığına göre, önemli
müdahaleler için yasal dayanak gerekir.

-Polis memuru için ex-ante bakış ile
koşullar ne zaman vardır ?, görünüşte bir
tehlike mi, yoksa tehlike şüphesi yeter-
lidir?

-Hangi aşamada işkence yapıla-
caktır? onbinlerce insanın bir bombayla
tehlikeye sokulduğunda mı?, yoksa bir
insanın ölüm tehlikesi işkence için yeter-
limidir?

Schlink, hukukçuluğun şahsi so-
rumluluğu her zaman düzenleye-
meyeceğini düşünmektedir. Hukuken
emredilen, veya sunulan ile ahlaka
uygun olan veya faydalı olan veya
ekonomik olan arasında fark vardır. Bu
farkları hukuk bilimi her zaman çöze-
mez. Hukuk ve ahlak arasında çatışma
olur, olmalıdır.¹⁰¹

g) İşkence ortaçağda vardı, engizis-
yon ve cadı avları işkenceyi bize hatırla-
tır. Fransız Devrimi 1791'de işkenceyi
kaldırdı, bu döneme kadar insanlar
asılırdı, acı çekerlerdi, devrim insanlar
daha az çeksini diye giyotini getirdi, bu
gelişme aydınlanmanın gelişmesidir.
İşkence yasağı, batı medeniyetinin bir
kazancıdır, bundan vazgeçmek evrensel
hukuk prensiplerinde bir geri adımdır.¹⁰²

3. Hukuk Felsefesinin Aktuel Tartışmalara Yansıması

Son 25 yıla baktığımızda maddi-
etik eğilimli hukuk felsefesi çalışma-
larının değerler tartışmasıyla hukuk
felsefesine ağırlıklarını koyduklarını
tespit etmekteyiz. Aktüel problemlerde,
hukuk uygulamasının ve siyasetin hukuk
felsefesine sunduğu problemlere baktığı-

(100) Brugger, aynı kaynaklar.

(101) Schlink'in görüşleri için Zenthöfer, age, s. 68.

(102) Zenthöfer, s. 69.