



## Tarihsel Kesitlerden Yargı(ç) Eliyle Hukuksuzluk Bildiri Özeti

**Doç. Dr. Sevtap Metin  
Dr. Altan Heper**

**Not:** *Kamu Hukukçuları Platformu'nun Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte 21-23 Nisan 2018 tarihlerinde Şile, İstanbul'da gerçekleştireceği HUKUK ve ADALET konulu 7. toplantısında sunulmak üzere hazırlanan bu bildiri nihai metin değildir. Yazar tarafından gözden geçirilmiş nihai metin, toplantı sonrasında Kamu Hukukçuları Platformu web sitesinde ve toplantı kitabında yayımlanacaktır.*

*KHP Girişim ve İcra Kurulu*

Halihazırda Türk Hukukunda bulunmayan bir suç tipi olan “hukukun yanlış uygulanması” suçunun incelenmesi, bize sadece Alman Hukukunu tanıtmakla kalmayacak bunun yanı sıra; yargıç bağımsızlığı, keyfiliğin önlenmesi, yargıçların hukuka ve hukuk devletine bağlılığı gibi kavramlar konusunda düşündürerek; aynı zamanda Türkiye’de 2007’den itibaren görülen ve kamuoyunun gündeminden düşmeyen bazı davalarda dahlî olan yargı mensuplarının hangi suçları işlemiş olabildikleri konusunda bir tartışma yaratabilecektir.

Bu suç tipinin genel hukuk teorisinin, hukuk felsefesinin, hatta hukuk metodolojisinin en temel sorunlarını da gündeme getirdiğini belirtmeliyiz. Gerçekten de pozitif hukuk üstü bir hukukun varlığı, varsa bunun içeriği, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiler, Radbruch formülünün geçerliliği, yasalı hukukun ne zaman hukuk karakterini kaybedeceği ve hukuk olmaktan çıkacağı, bir kararın hiç bir şekilde “savunulamayacak” olmasının ne zaman söz konusu olacağı gibi sorunlar bu suç tipiyle doğrudan ilişkilidir.

Alman Ceza Kanunu Md. 339- Hukukun Yanlış Uygulanması suçu řu şekildedir:

“Bir hâkim, başka bir kamu görevlisi veya bir hakem, hukuki bir meseleyi yönetirken veya bu meselede karar verirken, taraflardan birinin leh veya aleyhine hukuk ihlali suçu (*‘hukukun kasten yanlış uygulanması’ ç.n.*) işlenirse, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.“

‘Normal’ dönemlerde pek dikkati çekmeyen bu hüküm esas itibariyle olağanüstü dönemlerde bilhassa rejim değişikliği, sistemin yarattığı önemli ve büyük haksızlıkların giderilmesi gerektiği, yargının sistemin haksızlıklarının bir parçası olduğu örneğın Nazi Dönemi ve Doğu Almanya dönemleriyle hesaplaşmada birden bire güncelleşmektedir. Yargının haksızlıkların ve hukuk dışılığın sistemleşmesinin bir parçası olması, Türkiye’deki adıyla „paralel bir yargı“ oluşturmasıyla, olağanüstü bir dönemin oluştuğu bu nedenle Almanya ile hatta başka ülkelerle benzerlikler olduğu düşünülebilir.

Niçin böyle bir suç tipine ihtiyaç var?

Bu soruya cevap diğer ilgili sorulara cevaptan geçmektedir. Yargıçlardan verdikleri kararlarda niçin bağımsız ve tarafsız olmalarını istiyoruz? Buna ilk verilecek cevap; sezgisel olarak adaleti sağlamak veya bunun hukuk devletinin gereği olması gibi cevaplar olabilir. Yargıçların, hiç bir baskı olmadan verdikleri kararların adil olduğu gibi bir sezgimiz vardır. Yargıçların verdikleri kararlardan dolayı onların sorumlu olmamalarının, bağımsızlığı sağladığı ve bunun da adil kararı beraberinde getirdiği düşünülür. Bu sorumlu olmama mutlak mıdır? Şüphesiz mutlak değildir. Yargıcın verdiği kararla hukuk düzenini ihlal edebileceği apaçıktır. Buna karşı hukuk düzenlerinde ihlale karşı çeşitli olanaklar örneğın itiraz, acele itiraz, yargıcın reddi, çekilmesini isteme, istinaf, temyiz, karar düzeltmesi, yazılı emir, yargılamanın iadesi, insan hakları ihlallerinde uluslararası yargı yolları olanakları mevcuttur.

Yargıç kararlarının (bilhassa kesinleşmiş mahkeme hükümlerinin) hukukun kesinliği, hukukun belirliliği ve hukuk güvenliğini ayrıca uyumsuzlıkların bir noktada sonlandırılarak uzayıp gitmesinin önüne geçmek suretiyle toplumsal barışı sağlaması karşısında bu suç tipiyle yargıç kararlarını sürekli tartışmalı hale getirmiş olmuyor muyuz? Bu da hukuk güvenliğini ve hukuk barışını önlemiyor mu? Bir yandan yargıçların kararlarından sorumlu tutulmamaları konusunda uluslararası hukukta ve anayasalarda güvenceler, yargıç bağımsızlığının güvenceye kavuşturulmuş olması, diğer yandan verdikleri kararlardan dolayı meslektaşları tarafından yargılanmaları ve verdikleri kararların suç teşkil etmesi. Bu ilk bakışta çelişkili görünmekle birlikte; öğretmen-öğrenci, doktor-hasta ilişkisi gibi asimetric bir ilişki içerisinde

konumlanan yargıca da hukuki bir ihtilafta davalı ve davacıyı veya ceza davasında sanığı, bazen mağduru emanet ediyoruz. Bu asimetrik ilişkinin istismarında meslek suçu olarak fail yargıcı yargılamaktayız, öğretmenin ve doktorun istismarında bu failleri yargıca emanet etmekten, yargıcın istismarında da onu meslektaşlarına emanet ediyoruz.

Yukarıda açıklandığı gibi, parlamentodan ve idareden bağımsız ve tarafsız bir adalet örgütünün varlığı, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri olması nedeniyle özel bir öneme sahiptir. Başka bir deyimle bağımsız ve tarafsız bir adliye örgütünün demokratik bir hukuk devletinin meşruiyet koşulu olduğu söylenebilir. Modern anayasalar, örnek olarak Türk Anayasasının 138.Md. si, Alman Anayasasının 97. Md. İspanyol Anayasasının 117. Md. , yargıcın yasayla bağlı olduğu ilkesini içerir. Montesquieu'nun anlayışından farklı olarak yargıçlar artık yasanın ağız olmaktan çıkarak, yasayı yorumlamaya başlamıştır. Yasalar ile, o ülkede yaşayan herkese haklar tanınmakta, yargıçlar ise bu hakları gerektiğinde sınırlandırmakta, zamanı gelince özgürlükleri kısıtlamaktadır. Yargıçların bu yetkisi ve gücü, bazı münferit kararlarının hukuku yanlış uygulamış olmalarına rağmen, bazı koşullar altında geçerli addedilmeleri zorunluluğu ve gerçeği karşısında daha da önem taşımaktadır.

#### Haksızlık Rejimlerinde Yargının Hukuku İhlali

Bir farazi örnekle haksızlık rejimlerinde yargının durumunu canlandırmaya çalışalım. 20. yüzyılda haksız bir rejimin hüküm sürdüğü ve aynı zamanda Alman Ceza Kanunu'nun 339. maddesinin aynısı bir normun geçerli olduğu bir devlet ve hukuk düzeni düşünelim. Bu devlette yasa koyucu şeklen geçerli şu yasayı yürürlüğe sokmuştur;

“Yahudilere yardım eden saf kan vatandaşlar, ölüm cezasıyla cezalandırılacaktır. İki saf kan vatandaş kadın merhametleri nedeniyle çok aç, sefil Yahudi çocuklarına yiyecek vermektedir, bu faaliyetleri tespit edilmiş, kadınlar tutuklanmış, haklarında dava açılmış ve şeklen usule uygun bir ceza davasında avukatlarla savunmalarını yapmış, yargıç Y tarafından ölüm cezasına çarptırılmış, cezaları kesinleşmiş, kesinleşen ceza infaz edilmiştir. Birkaç yıl sonra bu haksızlık rejimi çökmüş ve bu kez yeni rejimde yargıç Y hakkında verdiği bu karardan dolayı 339. madde benzeri norma dayanarak, hukuk ihlali nedeniyle ceza davası açılmıştır”. Yargıç objektif olarak suç işlemiş midir?

Yargıç ne zaman 339.maddeyi –diğer ihlal tipleri dışında- ihlal edebilir? Bunun için öncelikle pozitif hukukun, pozitif hukukun üstündeki hukuku ihlal etmesi gerekir. Burada da Gustav Radbruch tarafından 1946'da geliştirilmiş Radbruch formülü kullanılmaktadır.

Pozitif hukukun üstünde ayrı bir hukuk olabilir mi? Buna, yaygın görüş olumlu cevap vermektedir. İkinci soru; yürürlükteki hukuka uygun fakat pozitif hukukun üstündeki hukuka aykırı bir yasayı uygulayan yargıcı cezalandıracak mıyız? Alman Anayasası'nın 97.Md.1. fıkrası, yargıçların sadece yasayla bağlı oldukları hükmünü getirmiştir, fakat Anayasa'nın 20.Md.3 fıkrası; yargının ve idarenin hukuka ve yasaya bağlı olduğunu düzenlemektedir. Ülkemizde ise Anayasa'nın 138.maddesi gereği hâkimler, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Alman Ceza Yasası 339.md. de yasa ihlali yerine hukuk ihlalinden söz edilmektedir, yani suçun konusu hukuk olmaktadır. Tabii buradaki asıl sorun, sunumun en başında belirtildiği gibi hukukun ne olduğu, pozitif hukuk üstünde bir hukukun, hukuk kavramına dahil olup olmayacağıdır. Bu sorun da herkesin bildiği gibi dogmatik nitelikte değil, hukuk felsefesinin en temel sorunlarından biri olan hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki hukuk kavramı ve hukuk idesi üzerine yapılan bitmez tükenmez tartışmalarla ilgilidir.

Pozitif hukukun üzerinde yer alan hukuk ile bu bağlamda kastedilen, “hukukun genel ilkeleri” olarak da bilinen prensiplerdir. Hukukun genel ilkeleri konusunda hukuki pozitivizmin ve doğal hukuk anlayışının farklı yaklaşımlarının yansımalarını, çağdaş hukuk tartışmalarında Dworkin ve Hart arasında görmekteyiz. Hart'ın, birincil ve ikincil kurallar ayrımını selefi Dworkin, bir hukuk sisteminin prensipler ve “siyasa anlamında politikalar”dan oluştuğunu ve bunların pozitif hukuk kurallarından ayırt edilmesi gerektiğini söyleyerek eleştirmektedir. Bu ilke ve politikalar özü itibarıyla çoğunlukla ahlakidir ve yürürlükteki hukuk kurallarının ötesine geçerek prensiplere gider. Hart, birincil ve ikincil hukuk kuralların bir hukuk sisteminin merkezinde olduğunu ve onun özünü oluşturduğunu söylerken, Dworkin bunun aksine kurallardan çok genel hukuk ilkelerinin hukukun merkezinde yer aldığını ve hatta normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alarak hukuk sistemine meşruiyet kazandırdığını iddia etmektedir. Dworkin'in hukuk felsefesi yaklaşımında en önemli boyutu “kural” – “ilke” meselesi oluşturur. Ona göre hukuk, ne yalnızca kurallardan ne de sadece ilkelere ibarettir. Hukuk, hem kuralları hem de ilkeleri kapsar. Ancak bunlar arasında bir ilişki de vardır. Kurallar, çözülmesi zor olmayan ve düzenledikleri uyuşmazlıklara dair davaların neticelendirilmesi için tek başlarına yeterlidir. Ancak bazı davalarda mevcut hukuk kurallarının tek başlarına uygulanması uyuşmazlığı çözmeye yetmez ya da açıklanmaya muhtaçtırlar. Bu gibi durumlara Dworkin “zor davalar” (*hard cases*) adını verir ve uyuşmazlığa bakan hâkimin yapması gerekeni, kuralın eksenine sınırlı kalmamak, kuralların

da üzerinde yer alan ve yazılı olmasa da geçerli olan ilkelere başvurmak olarak tarif eder. Yani zor davalar söz konusu olduğunda hâkim kurallarla yetinemeyecek ve zorunlu olarak ilkelere başvuracaktır.

Hukuk Kavramıyla İlgili İki Temel Pozisyon:

Bu pozisyonlar katı pozitivism ve pozitivist olmamadır. Bir normun belirli bir hukuk düzenine dahil olup olmadığına ilişkin olarak; pozitivist bakış açısına göre, normu kimin koyduğu önem taşır. Hukuk kavramı için içerik perspektifi önem taşımamakta, buna göre her türlü şey hukuk normunun içeriğini oluşturabilmektedir. Bu perspektifte hukuk ve ahlak katı bir şekilde ayrılmalıdır. Tabii katı pozitivism açısından, pozitif hukukun üstündeki hukuk, (md. 339.maddedeki suç anlamında) hukuk ihlaline yol açamaz. Bu katı pozitivism için zorunlu bir sonuçtur, Pozitif üstü hukuk, katı pozitivism için hukuk değildir. İkinci temel duruş pozitivist olmama (hukuki ahlakçılık [Rechtsmoralismus], doğal hukuk) olarak nitelendirilir. Bu temel anlayışa göre; hukuk sadece pozitif vazedilen hukuk değildir ve bu hukukta tükenmez. Pozitif olmayan hukuk da hukuktur. Pozitivist olmama duruşunda içerik perspektifi rol oynar. Hukuk sadece içeriksel belirli nitelikteki normlardır. Hangi nitelik aranacaktır, bugün büyük ölçüde negatif test ile belirlenmektedir. Bu belirlenmede meşhur ölçülerden biri Radbruch formülüdür. Dayanılmaz, tahammül edilemez hukuk hukuk değildir, aksine yasal haksızlıktır. Mahkemeler, yargı Nazi Dönemi ve Doğu Almanya dönemi ile hesaplaşmada bu formülü kullanmıştır. Bu formülün somutlaşması insan haklarında (özünde hukukun genel ilkesi olan ve bu ilkelerle bağlantılı bulunan) kendini göstermektedir. Ağır insan haklarını ihlalini içeren normlar hukuk değildir.

Örneğin az önce yukarıda verilen örnek olayda, katı pozitivistlere göre yargıcın 339. Md. benzeri maddeden, hukuk ihlalden suç işlemiş olması söz konusu olamaz. Yasa şeklen geçerli ve böylece pozitif hukuktur. Yasanın içeriği önem taşımamaktadır. Bu durumda hukuksal pozitivistler yargıcı beraat ettireceklerdir.

Haksızlık rejiminden sonra, pozitivist hukuk politikası açısından haksız kararların ortadan kaldırılması ve mağdurların zararlarının giderilmesi, itibarlarının iade edilmesi için çalışılabilir. Pozitivist, bu gibi uç olaylarda Hart'ın da önerdiği gibi ehveni şer olarak en fazla geriye yönelik bir yasa ile cezalandırmayı savunabilir. Ama esas itibariyle bir pozitivist için iki kadının ölüm cezası ile cezalandırılması, ahlaki olarak aşırı bir haksızlık olmasına rağmen bu kararı veren hâkimler için cezalandırılabilir bir fiil olmamaktadır.

Buna karşılık modern pozitivist olmama tutumuna yönelik bir eleştiri, doğal hukukun tanınması ve anlaşılması, içeriğinin saptanması ile ilgilidir. Buradaki benimsenen pozitif hukuk üstü anlayışının, aydınlanma öncesi özcü ortaçağ ontolojik doğal hukukla bir görülmesi yanlıştır. Radbruch formülünde kendini gösteren pozitivist olmama tutumu negatif felsefe olarak sadece aşırı haksızlığı vurgulamak çabasıdır ve eski epistemolojik yükü taşımamaktadır. Burada iş bir yandan aşırı haksızlıkların tanınması ve anlaşılması, bu haksızlıkların sadece ağır insan haklarına hasredilmesiyle, bunların da açık seçik olması nedeniyle kolaylaşmaktadır. Böylece diğer yandan yasal haksızlığın bireyler tarafından anlaşılması da kolaylaşmaktadır. Diğer yandan pozitif hukuk günümüzde birçok uluslararası sözleşmede yer almaktadır.

Ama diğer yandan hukuki pozitivistliğe de ön yargılarla yaklaşmamak gerekir. Bunlardan en önemlisi ve yaygını “hukuki pozitivistliğin, Alman hukukçularını Nasyonal Sosyalizme karşı savunmasız hale getirdiği”dir. Bu iddia çok da isabetli değildir. Diğer bir konu da hukuki pozitivistlerin, adalete veya ahlaki tutuma ilgisiz kaldıkları iddiasıdır. Bu da yanlıştır. Hukuki pozitivistlik taraftarları, hukuk kavramı ile ahlak ve adalet arasında doğrudan bir bağlantı kurmamaktadır. Yukarıdaki örnekte bir pozitivist, haksızlık devletine karşı ahlaki olarak direnişe geçme çağrısı yapabilir. Pozitivistler haklı olarak ceza adaletinin her zaman bu tür durumlarda yetersiz kalacağını vurgulamaktadır. Sistem haksızlığının ceza hukukuyla üstünden gelinmesinde sınırlı olanaklara işaret etmektedirler. Bu da çok şekli ( formel ) olarak anlaşılan kanunilik ilkesinin ve geriye yürümezlik yasağının bize ödediği bedeldir, ama aynı zamanda bilgeliğidir de.

Kanunilik ilkesinin pozitivist olmayan bir hukuk kavramını içinde barındırıp barındırmayacağı, yani kanunilik ilkesi bakımından böyle bir hukuk kavramının olanaklı olmadığını da tartışmak gerekir. Şüphesiz kanunilik ilkesi ve geriye yürürlük yasağı hümanist bir ceza hukukunun temel esasları arasında yer alır. Tabii ki hukuki pozitivist olmayanlar, pozitivist olanlardan farklı olarak kanunilik ilkesini şekli değil de maddi, içeriksel olarak yorumlanmasının mümkün olduğunu savunmaktadırlar. Kanunilik ilkesini bunun karşıtı olan zorbalık ve keyfilikten yola çıkarak kavradığımızda, şu tuhaf durumla karşı karşıya kalıyoruz; kanunilik ilkesi niçin haksızlık devletlerindeki, diktatörlüklerdeki zalimleri, canileri korusun? Geriye yürürlük yasağı bakımından konuya yaklaştığımızda bu ilkenin temelinde, nedeninde hukuk devletine uygun yasalardan hareket eden özel bir güven ilişkisinin varlığını tespit ediyoruz. Bu özel güven ilişkisinin, devlet gücünün aşırı haksız yasalar vazetmesiyle ortadan kalktığını görürüz. Böyle bir hukuki pozitivist olmayan, kanunilik ilkesi ve geriye yönelik

cezalandırma ilkesi pozitivist olmayan sınırlarına varmaktadır. Pozitivist olmayan anlayış böylece haksızlık devletlerine, diktatörlüklerdeki yasa koyuculara sinyal göndermektedir. En uç haksızlık sınırlarının aşılması bu yasa koyucular için ceza hukuku bakımından riziko doludur. Diğer bir sinyal bu ülkelerin vatandaşlarına, aşırı haksızlıklar karşısında teslim olmamalarıdır.

Yukarıda anılan 339.maddenin uygulanmasında Alman Yargıtay'ı bir yandan Radbruch formülüne dayandığını söylemekte, öte yandan Doğu Alman hukukunu, onun yorum ölçülerine göre yorumlamakta ve sınırın aşıldığı fiilleri cezalandırmaktadır. Böyle bakarsak Yargıtay da pozitivism ile pozitivist olmayan yaklaşım arasındaki bir kombinasyonu, ama sonuç itibarıyla pozitivist olmayan bir pozisyonu savunmaktadır. Ama Federal Yargıtay'ın cezalandırmayı geniş tuttuğu ise söylenemez. Federal Yargıtay diğer yandan Doğu Alman adliyesi mensuplarının cezalarını, ağır insan hakları ihlalleri olaylarında onaylamıştır. Buradan çıkartılacak sonuç haksızlık devletlerinde hukukun kasten ihlali suçunun cezalandırılmasında Radbruch formülünün normatif pozitif olmayan yaklaşımı esas aldığıdır.

Radbruch formülü negatif test olarak, Falsifikasyon olarak haksız hukuk uygulamalarının önünde bir konsept olarak önümüzdeki dönemlerde de tartışılacak gibi görünmektedir. Ancak Radbruch formülünün eleştirenlerin tezlerini de ciddi bir şekilde ele almak gerekir, kanunilik ilkesi ve geriye dönük cezalandırma yasağı da doğal hukuk ilkeleridir, bu ilkelerin ihlali kusur ilkesinin de ihlalidir, bu da hukuk devletinin yadsınması sonucunu doğurur.

Şimdi çeşitli ülkelerde diktatörlüklerde sistemin yarattığı haksızlıkların mağduriyetlerinin giderilmesi, geçmişle hesaplaşma yöntemleri konusundaki İngilizce bir şemayı ele alacağız. Bu şemada haksızlıkların üstünde gelmede farklı yöntemler izlendiğini görüyoruz.