

İNSAN HAKLARI KAVRAMINDA YENİ ANLAYIŞ VE SINIRLAMALAR

Prof. Dr. Çetin ÖZEK*

I. “İnsan hakları” kavramı çağlar içinde gelişmiş, önce kuramsal olarak belirlenip, özellikle 1789 Burjuva Demokratik Devrimi sonucunda siyasal sistemlerin özünü oluşturan kural olarak benimsenmiştir. Günümüzde, kuramsal olarak, insan hakları çağdaş devletlerin onur ve saygınlık ölçüsü olarak görülüyor. “İnsan hakları” kavramı, siyasal sistemi birbirinden farklı ülkelerin dahi katıldığı uluslararası sözleşmelerde yer almış, demokratik ülkelerin anayasalarında vurgulanarak, tekrarlanmıştır. Böylece, devletler, uluslararası hukuk ve iç hukuk açısından “insan hakları” kavramına bağımlı politikalar izlemeyi yükümlenmiş oluyorlar.

Her insanın özgür, onur ve haklar bakımından eşit olduğunu öngören uluslararası bildiriler/sözleşmeler/anayasalar, kişinin vazgeçilmez, dokunulmaz, devredilmez temel hak ve özgürlüklere sahip bulunduğunu belirtirler. Günümüzün somut olgusu ise, belirtilen ilkenin, ülkeden ülkeye, göreceli olarak değişen ölçülerde ihlâl edildiği gerçeğidir. Diğer bir deyişle, bildiri, sözleşme ve anayasalarda yer alan “insan hakları” kavramının tam anlamıyla uygulanmadığı açıktır ve insanın insan olarak dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu inancı hayalci (ütöpik) bir kavramdan öteye gitmemektedir. Değinen olgu, insan haklarına saygıyı ve işlerliği sağlamak amacıyla, bitmez tükenmez uluslararası toplantılar yapılmasıyla, güvence arayışlarıyla, insan hakları uygulamalarını izleme komiteleri kurulmasıyla, ek protokollerle belirgin insan haklarına karşıt davranışların yasaklanmasıyla da kanıtlanmaktadır. Gerçekten, siyasal ikti-

*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

darlar, “insan hakları” kavramına ve bu kavramı somutlaştıran hak ve özgürlüklere uygun davranışa, belirtilen güvenceleri ve denetimi sağlama çalışmalarına da gerek kalmazdı.

Günümüzde, sosyalist ülkelerin insan haklarına saygın “sosyalist model” oluşturmak çabaları olumlu bir gelişim olarak belirirken, özellikle geri kalmış/gelişmekte olan ülkelerde insan haklarına aykırı uygulamalar “devleti korumak” bahanesine dayanan ve insan haklarını sınırlamak amacına yönelik askerî darbeler birbirini izliyor. Dünyanın bir çok ülkesinde ırk ayrımcılığı, işkence, hoşgörüsüzlük gibi insan haklarına saygınlık, insan haklarının varlığı koşulları ile çelişen uygulamalar gerçekleştiriliyor. Özellikle, temelde düşünce açıklamak hakkını ve dolayısıyla kitle iletişim araçlarının özgür haber dolaşımını sağlamalarını, siyasal örgütlenme/siyasal iktidar alternatifi olma olanaklarını engelleyici uygulamalar, anayasal/yasal düzenlemeler yürüyor, yeniden yaratılıyor. Belirtilen olgunun büyük çağdaş demokrasi örneği oluşturduğu ileri sürülen gelişmiş kapitalist ülkelerin, çok uluslu şirketlerin çıkarlarını güvence altına almak yönelişinin ürünü olması gerçeği de, bir paradoks yaratıyor.

Gerçekten, günümüzde, “demokrasinin krizi”nden ve dolayısıyla “insan hakları” kavramının gereğince geçerlilik kazanamamasından söz edilebiliyor. II. Dünya Savaşı sonrası, bir yandan demokratik, insan haklarına saygılı, barışçıl siyasal düzenleri amaçlayan bildiriler kaleme alınırken, uygulamada devlet/kişi ilişkileri anlayışının yarattığı yeni sorunlar, demokratik siyasal yapının ve insan haklarının işlerliğini sınırlandırıyor. II. Dünya Savaşı sonrasında bağımsızlığını kazanan ülkelerin hemen hemen hiçbirisinde, demokratik siyasal sistem sağlıklı bir biçimde kurulamadığı gibi, insan haklarının bu ülkelerde uygulama alanı bulamadığı da görülüyor. Demokrasinin yerleşik sayıldığı ülkelerde de, bireyin karar oluşturma mekanizması dışına itilmek istendiği, sağlıklı siyasal tercihlerin yapılmasını sağlayıcı, “özgür haber dolaşımı”nın sınırlanıp saptırılmasına yönelik etkinliklerin yaygınlaşmasına çalışılıyor. Böylece, demokrasinin ve dolayısıyla insan haklarına saygının temeli “ortak karar oluşturma”, “toplumun bireyselliği” kuralları işlerliğini bir ölçüde yitiriyor. Karar oluşturma sürecinde etkinliği artan, aşağıda değinilecek “görünmeyen iktidar”, demokrasinin “çoğulcu”, “katılımcı” temel öge kurallarının dejenere olmasına yol açıyor. So-

nuçta da, “devlet hakları – insan hakları” gibi, kuramsal olarak özünde çelişik bir ayrıma varılıyor. Varılan bu ayrım kapsamında “kişi hak ve özgürlükleri” ile “devletin varlığı – siyasal iktidar düzeni” arasında çelişki olduğu inancının yaygınlaşması ve “devletin, siyasal iktidar düzeninin korunması” için insan haklarının sınırlandırılması gerekliliği konusunda kamuoyu oluşturmaları ve uygulamalar gerçekleştiriliyor. Çoğulculuk ve bireyin ortak iradesi ile siyasal iktidar düzeninin belirlenmesi zorunluluğu ile bağdaşmaz bir biçimde, “devleti korumak” görüntüsü ardında, “görünmeyen iktidar” ve savunucularının yeğlediği siyasal iktidar düzenine karşıtlık suçlandığında, gerçekte anayasal/siyasal düzenin değişmezliği anlayışı egemen kılınmış oluyor.

İnsan haklarının geçerliliğini sağlamak amacıyla, siyasal iktidarların sınırlandırılmasına yönelik güvence arayışları, kendiliğinden, belirtilen anlayışın yarattığı sonuçları önlemeye yönelmiş oluyor. Gerçekten, “devlet hakları-kişi hakları” ayrımı “insan hakları” kavramı ile tümünden çeliştiği için “devlet haklarını korumak” amacına yönelik düzenleme ve uygulama, insan haklarının sınırlandırılması sonucunu yaratıyor. Belirtilen nedenle de, insan haklarının korunması amacı, “devlet-kişi” ilişkisinin yeniden değerlendirilmesi zorunluluğunu gündeme getiriyor. Gerçekte, yukarıda değinilen, devlet-kişi ayrımı ve “insan haklarının siyasal iktidara karşı korunması” gereksinmesinin ortaya çıkışı, 1789 Devrimi’ne giden yolda “insan hakları” kavramının niteliğini belirlemeye yönelik kavramsal kuramlardan kaynaklanıyor.

II. 1- Özellikle Hristiyanlığın yaygınlaşmasından ve Hristiyan teokrasisinin oluşmasından sonra, monarşik siyasal iktidarın dinselliği dolayısıyla varsayılmış ve yönetenler teokratik iktidarlarına dayanarak kişinin toplumdaki konumunu özgürce, hiçbir siyasal sınırla bağlı olmaksızın, tek yanlı kararlarla belirleyebilmişlerdir. “Dinsellik”, siyasal iktidarın geçerliliğini (yasallığını), emretme otoritesinin kutsallığını ve sınırsızlığını sağlayan bir kaynak olarak belirince, siyasal iktidarın, kişinin toplumdaki konumunu belirlemeye yönelik düzeni de dinselliğe uygun, tartışılmaz, tanrısal adaletin gereği olarak kabul edilmiştir.

Burjuvazinin gelişimi ve sınıfsal yönelişleri ise, bu yeni sosyal sınıfın amaçlarına uygun kuramların ve kuralların belirli bir tarihsel süreçte gelişmesinin belirlenmesini, etkenlik kazanmasını sağlamıştır. “Aydınlık çağ felsefesi” olarak adlandırılan “bireyci-özgürlükçü” kuramlar, burjuvazinin gelişiminin nedeni değil, sonucudur ve bu sınıfın amaçlarına ulaşmak açısından çağın toplumsal/sınıfsal yapısını değiştirme dinamizmini içermektedir. Önce dinselliğe dayanan siyasal iktidarların mutlaklığını sınırlamaya yönelik etkinlik kazanan “aydınlık çağ felsefesi”, giderek burjuvazinin büyük devriminin itici gücü ve devrimden sonra düzenleyici temeli olmuştur.

2- Burjuvazi “serveti sermayeye” dönüştürmek amacı çerçevesinde, “özgür emek”e gereksinme duymaktadır. “Özgür emek”in sağlanması yolu ise, feodal yapının çökertilmesini zorunlu kılmaktadır. Belirtilen nedenle, burjuvazinin kuramı açısından “kişi” temel ögeyi oluşturmaktadır. Burjuvazinin serveti sermayeye dönüştürmek gereksinmesi çerçevesinde, emeği toprağa bağlayan feodal yapının, aristokrasinin çökertilmesi zorunluluğunu yaratmıştır. Burjuvazi gelişip feodaliteyle çatışmaya başladığında, doğal olarak Kilise’yle de çatışım içine düşmüştür. Bütün düşünsel etkenlik alanlarında dinbilimin üstünlüğü, feodal egemenliğin en genel sentezi ve kutsaması olarak Kilise’nin belirlenmesi, feodaliteye karşı her çıkışın, doğal olarak Kilise’ye de karşı çıkılması anlamını taşımıştır. Bu açıdan, çağın bütün devrimci öğretileri zorunlu olarak dinsel mezhep kavgaları biçiminde oluşmuştur. XVI. yüzyılın dinsel sanılan olayları da, temelde sınıfsal bir kavga niteliği taşımışlardır. Belirli bir siyasal, toplumsal kuruma karşı girişilecek saldırı, o kuruma dinsel bir değer tanıyan Kilise’nin bu değer yargısının kırılmasını ve bu nedenle Kilise’ye de karşı çıkılmasını gerektirmiştir. Burjuvazi de gelişip, kendi sınıfsal çıkar yönelişleri nedeniyle feodaliteye karşı çıktıkça, feodal düzenden yana olan Kilise’nin üstünlük ve otoritesini de kırmak zorunluluğuyla karşılaşmıştır. **Belirtilen nedenle de, “aydınlık çağ felsefesi”nin diğer bir vazgeçilmez ögesi “lâiklik” olmuştur.**

3- Mutlak olsun, sınırlı olsun, her iktidar düzeninde, siyasal iktidarın geçerliliğini (yasallığını) sağlayıcı, emretme, kural koyma otoritesinin haklılığını belirleyici bir temele, kurama gereksinmesi vardır.

Feodal yapıya ve aristokrasiye karşıt eylemin 1789 büyük devriminden sonra da burjuvazinin siyasal iktidar düzeninin geçerliliğini sağlayacak, yığınları eylem ve “yeni düzen” etrafında toplayacak “kural koymak”, “yasaklamak” otoritesine halkın itaatini sağlayacak, kuramsal bir temele gereksinmesi söz konusudur. Burjuvazinin lâik niteliği, yeni siyasal iktidar düzeninin doğüstü, tanrısal temele oturtulması olanağını ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca, kişiyi toprağa bağlılıktan koparan, “özgür emek” durumuna getiren eylem, “birey”i de kutsallaştırmak zorundadır.

Belirtilen gereksinmeleri, devletin “doğal haklar”, “toplumsal sözleşme” gibi kuramların yeni siyasal düzeninin temelini oluşturmaya yol açmıştır. Siyasal iktidarın seçimle belirlenmesi, “kuvvetler ayrılığı”, “cumhuriyet”, yeni düzenin siyasal biçimini oluştururken, “ulusal egemenlik” de, kişilerden soyut bir kavram olarak, siyasal iktidar düzeninin geçerliliğini (yasallığını) sağlayan metafizik bir kavram olarak belirmiştir. **Değiş yerinde ise, “tanrı”nın yerini “ulus” almıştır.**

Devlet/siyasal iktidar düzeni de, ulusal egemenliğin ürünü olarak görülmüş; ulusal egemenlik “kişi” dışında, kişilerin toplamından oluşmayan, soyut bir kavram olduğu için, devlet de yine kişilerin dışında bir varlık olarak kavranmıştır.

“Doğal hak” anlayışı kişiyi yüceltirken, diğer yandan, kişide doğuştan varsayılan hak ve özgürlüklerin, ancak toplumsal yaşam içinde geçerli olabileceği inancına dayanmaktadır. Kişinin “toplumsal sözleşme” ile toplum içinde yer alışı, sonuçta “doğal hak” sayılan kişi hak ve özgürlüklerinin metafizik bir anlam kazanmasına yol açmış, hak “birey”in doğasında varsayılırken, “kişi” açısından, toplumsal sözleşme çerçevesinde toplumda yer alması nedeniyle, kendisine tanınan, verilen bir değer durumuna gelmiştir. Kısacası “doğal hak” kavramı da metafizik, soyut bir nitelik taşımaktadır, değişen siyasal, sınıfsal, toplumsal yapılara göre, devletin kişiye verilen hakları sınırlayabilmesi olanağı yaratılmıştır. “Doğal hak”, “liberal bireycilik”, “ulus”un soyut kavram olarak belirlenmesi, gerçekte kişinin dolaylı olarak hak sahibi sayılması, toplum içinde hakların geçerliliği söz konusu olduğu için, ulusun çıkarları adına kişinin haklarının yerine göre sınırlandırılmasının doğallığı sonucu doğmuştur.

“Kişi”, ulus içinde bir varlıktan öteye gitmeyip, “birey” olmayınca, “hak” toplumdaki istenecek nitelikten çıkıp, toplumun kişiye verebileceği bir olanak olmuştur. Nasıl devlet ve ulus doğa dışı bir kavram ise, hak da doğa dışı bir kavramdır. Belirtilen durumda, “toplumsal sözleşme” ve “doğal hak” kuramları, salt burjuvazinin devrimini sürükleyici metafizik bir ülküden öteye gitmemiştir. Kişinin, ancak toplum içinde bir varlık olacağı anlayışı, “kişi-toplum” ilişkisi sorununu yaratmış ve kişinin davranışlarının, hak ve özgürlüklerinin toplum adına sınırlandırılması girişimlerine kapıları açmıştır. Bir yandan “doğal hak ve özgürlükler” öngörülürken, diğer yandan “devlet-ulus-iktidar-kişi” metafizik ayrımı çerçevesinde kişi, toplumun amacı değil, soyut ulusal iradenin açıklanma aracıdır. Çelişkili bir görüntü de verse, *Hobbes*'un, *Rousseau*'nun demokrasinin ve insan haklarının temelini oluşturmaya yönelik öğretisi, gerçekte, insan hakları kavramına en büyük tehdidi yaratmıştır. “Toplumsal irade-bireysel inanç” bütünleşmesi, belirtilen kuramlarla önlenmiş, metafizik anlamda “devlet” ve “ulus” anlayışı, bu kavramların korunmasının, kişi hak ve özgürlüklerine yeğlenmesi sonucunu yaratmıştır. *Sieyes*'in “Tiers Etat” anlayışı, kişiyi tümünden siyasal işlerliğin dışında bırakan ve siyasal iktidarları güçlendirip, her tür despotik yönelişin “ulus çıkarları” adına geçerliliğinin (yasallığının) kabul edilmesi yönünde etken olmuştur. *Sieyes*'e göre, halk, ancak temsilcilerinin aracılığıyla herhangi bir işlemde bulunabilir. Seçime katılan halkın görevi, bir sonraki seçime kadar bitmiştir. Ulus doğal bir varlıktır ve her iktidarın kaynağı ulustur. Anayasaya uygun olarak, ulus, temsilcilerine yönetimi bırakır. Halk yönetici olmayıp, yönetilendir, yasama iradesi dışındadır, hiçbir kurucu iktidara sahip değildir. Halkın siyasal iktidardan sadece dilekte bulunma hakkı vardır. Bu anlayış çerçevesinde, yaratılan elitist düzen içinde, siyasal iktidarın devlet ve ulus adına insan haklarını sınırlama olanakları söz konusudur. Metafizik “devlet/ulus/siyasal iktidar” kavramları, sonuçta, insan hakları bildirgelerinde dahi, kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılacağı kavramının doğmasına yol açmıştır.

Kısaca değinilen ve insan hakları bildirilerinde büyük etkenlik sağlayan görüşler, kişi iradesinin dışında, soyut metafizik adalet ve hukuk kavramlarını yaratmıştır. İnsan hak ve özgür-

lüklerinin ancak yasal düzenlemelerle ve bu düzenlemelerin verdiği olanaklar kapsamında varsayılabileceği sonucuna varan realist pozitivist anlayış da, "hukuk", "yasa", "adalet", "özgürlük" kavramlarını kişilerin ortak iradesinin dışında, ulus adına siyasal iktidarca belirlenecek normatif yapı içine oturtmuştur. **Normatif düzen, kişinin iradesinin dışında, soyut, "ulus" adına siyasal iktidarı elinde bulunduranlarca gerçekleştirildiğine göre, adalet, hak ve özgürlükler de "ulus" adına kişinin iradesinin dışında belirlenmiş olmaktadır.** Böyle bir anlayış çerçevesinde, yasalara uygun olarak oluşan bir siyasal iktidarın, yine yasal kurallara uygun olarak hak ve özgürlükleri sınırlayıcı düzenlemesi, biçimsel/normatif açıdan geçerlilik (yasallık) kazanmaktadır. Buna karşılık, normatif düzenleme bireyin ortak iradesinin ürünü olmayıp, kişilerin dışındaki "ulus" kavramından geçerliliğini alış (yasallaşması), insan haklarını sınırlamalarının da geçerli sayılabilmesi anlayışını yaratmaktadır. Normatif düzenin, belirtilen anlaşılışı, hukukun siyasal iktidarı sınırlayıcı etkenliğini gidermekte ve hukuk ve adalet kavramları da metafizik "üstün değer" olarak belirlemektedir. "Ulus" adına normatif düzeni oluşturan güçlerin ortaya koyacağı yasalarla, özgürlükleri doğuştan var olan halklardan çok daha iyi koruyabileceği, siyasal iktidarın elinde işleyen hukuk tekniğinin özgürlükler-devletin çıkarları dengesini oluşturabileceği anlayışı, insan haklarına inancı sınırlı iktidarlar elinde, insan hakları için en büyük tehlikeyi yaratmaktadır.

Stamler gibi yeni "doğal hak" savunucuları da, insan özgürlüklerini kişinin doğasında var olan metafizik bir kavram olarak görmekten öteye gitmemiştir. Evrensel, fakat metafizik insan hakları kavramı, gerçekte özden yoksun, soyut bir mantıksal kavram olmaktan kurtulamamıştır. Normatif kavramsal doğal hak kuramı, hukuku yüceltip, siyasal iktidarı da bağlayıcı olduğu ve iktidar tarafından ihlal edilemeyeceği görüşüyle, tümüyle toplumsal, siyasal gelişim ve yapılardan soyutlanmış bir anlayışı simgelemektedir. Yasal düzenleme yapmak otoritesi, siyasal iktidarın tekeline verilip, yasaların geçerliliği "ulusal egemenlik" kavramına oturtulduğunda, insanın yasal düzenleme açısından iradesi etkin olmadığı için, siyasal iktidarların insan haklarını sınırlayıcı düzenleme yapmaları olanağına kapılar açılmıştır. Belirtilen durumda, siyasal iktidarın tutumu normatif açıdan hu-

kuksal olabilmekte, özü açısından ise, insan hakları kavramıyla çelişebilmektedir.

Nitekim, kısaca değinilen kuramlara dayanan Fransız İhtilali'nin hemen sonrasında, seçimlerde oy kullanmanın, belirli büyüklükte toprak sahibi olma koşuluna bağlanması, insan haklarının özünü oluşturan "eşitlik" kavramının nasıl yok edilebileceğini, siyasal katılma/temsil sisteminin sınırlanabileceğini göstermiştir. Devrimi izleyen kısa bir süreçte, despotik yönetimlerin kurulabilmesi de, siyasal ve toplumsal koşullardan soyutlanmış, kısaca değinilen kuramların ve bu kuramlar doğrultusundaki siyasal uygulamanın kişi hak ve özgürlüklerinin gerçekleşip, yerleşmesi açısından yetersizliğini kanıtlamaktadır.

III. Devletin yüceltilerek, kişinin dışında kalan "metafizik" bir varlık olarak görülmesi, İnsan Hakları Uluslararası Bildirge/Sözleşmelerinde dahi yer alan bir anlayıştır. Örnek vermek gerekirse, "İnsan Hakları Evrensel Beyanname, insan haklarının tanınmasından", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde de "Yüksek Akid taraflar..., her ferde işbu Sözleşmenin birinci faslında tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar" denilmektedir. Böylece insan hakları bir yandan insanın doğasında varsayılırken, diğer yandan Devletler imzaladıkları sözleşmelerle insan haklarını tanımak ve gerçekleştirmek yükümlülüğünü üstlenmektedirler. Bu paradoksal anlayış, devletin ve "ulus"un, hukukun, insanın dışında hukuksal varlığı olduğunun kabul edilmesi ve yerine göre siyasal iktidarlara "insanın haklarının sınırlandırılabilmesi" olanağının tanınması sonucuna ulaşıyor.

Gerçekte, insan haklarına güvence sağlamak amacıyla siyasal iktidarın sınırlandırılmasına yönelik kuramlar, Uluslararası Bildiri/Sözleşme hükümleri ve "anayasacılık hareketi" dahi, "devletin/ulusun" insanın dışında, metafizik/hukuksal ayrı "üstün varlık" olarak kavranmasının ve kavrayış doğrultusundaki uygulamanın ürünüdür. Diğer bir deyişle, devletin/ulusun çıkarları için insan haklarını sınırlama olanağı varsayıлып, somut olgular öngörüldüğü için, insan haklarının korunup, güvence altına alınabilmesi için siyasal iktidarların insan haklarını kısıtlama yetkisinin sınırlandırılması çabası gösterilmiştir.

Siyasal iktidarı sınırlamaya yönelik belirtilen çabalar, uluslararası belgelerde ve anayasalarda yer alan kurallar, gerçekte,

devletin insan haklarını sınırlamak olanak ve hakkının bulunduğu kabul edilmesi, bu olanak ve hakkın yaygınlaşmaması, insanın siyasal iktidara karşı korunması yöneliştir. Böyle bir yöneliş, gerçekte, devletin insanı kapsayan bir üst varlık olduğunun, bu üst varlığın kişi haklarını sınırlayabileceğinin temelinde öngörüldüğünü, insanın devlete karşı korunması gereksinmesinin doğduğunu göstermektedir. Böylece, insan bir "amaç" olmaktan çıkmaktadır.

Fransız Devrimi'nden günümüze devlet-kişi ilişkilerinde, "devlet", kişinin dışında ve üstünde, soyut ve mutlak bir varlık olarak kabul edilmiştir. Fransız Devrimi'ni izleyen dönemde, özgürlük, kişilerarası ilişki olarak görülmüş, devlet, kişiler arasındaki ilişkiye tepeden bakan, karışmayan, sadece kişilerarası ilişkiler düzenini kuran ve bu düzene aykırılıkları önlemekle yükümlü bulunan bir konumda olmuştur. "Jandarma devlet" anlayışının geçerli olduğu "liberal dönemde" de, kişi ve hakları güvencesiz bırakılmıştır. Toplumsal, ekonomik ve siyasal yapı içinde belirleyici azınlık güçler, kişilerarası ilişkilerde insan haklarını yadsıyan, hiçe sayan bir uygulamayı gerçekleştirebilmişlerdir. Siyasal iktidar-kişi ilişkisinin olmadığı bu dönemde, insan hakları korumasız, önemsiz ve kişilerarası ilişkilerde güçlü olanın kuralını koyduğu bir oyuna dönüşmüştür. Bu dönemde burjuva devleti, insan haklarını ne sınırlayıcı, ne de koruyucu bir davranışı üstlenmemiştir. Giderek liberal devletin temelini oluşturan ekonomik düzenin karşıtı kuram ve eylemlerin gelişmesi, devletin toplumsal ilişkiler dışında "jandarmalık" görevini yapmasının yetersizliğini göstermiştir. Belirtilen yetersizlik soyut, bireye egemen devlet kavramında bir değişiklik yaratmaksızın, düzenin korunmasına yönelik yeni siyasal biçimler oluşturmuştur.

Bu siyasal modellerden biri, sonuçta "sosyal devlet"e ulaşacak olan "katılımcı devlet"tir. Salt, kişisel ilişkiler eşitsizlik, insan haklarına saygısızlık, özgür emeğin tutsaklığı kaçınılmaz olduğundan ve bu olgular toplumsal düzene karşı tepki oluşturduğundan, tepkilerin önlenmesine yönelik önlemlerin alınabilmesi amacıyla "katılımcı devlet" türü oluşturulmuştur; bu devlet türü günümüzün sosyal devletine ulaşacaktır. Bu tür liberal devlet türünde dahi, "devlet" ve "ulus" yine soyut varlığını sür-

dürmekte, insan kendisine "hak verilen" ve "yönetilen" konumundadır.

Liberal düzene tepkileri önlemeye yönelik diğer bir siyasal model ise, faşist devlet'tir. Doğal olarak "katılımcı", "sosyal devlet" ile "faşist devlet" modellerinde, kişi-devlet ilişkileri, kişi hak ve özgürlükleri değişik yapıdadır. Buna karşılık, devletin ve ulusun bireyden bağımsız, bireye üstün, soyut ve metafizik bir anlamda kavranışı açısından bu modeller arasında uyumluluk vardır. Faşist devlette kabul edilmiş, kişinin düşünce açıklama özgürlüğünü tümünden yok eden yasal düzenlemelerin, liberal ve demokratik olduğu ileri sürülen devlet düzenlerinde dahi geçerliliğini koruyabilip, uygulanabilmesi, devlet ve devletin korunması kavrayışı açısından faşist devletle "sınırlı demokratik" devlet arasında özde bir fark olmadığını göstermektedir.

İnsan haklarının sağlanması, hakların güvence altına alınması istemleri, bu doğrultuda devletin daha da kapsayıcı ve etkin bir otoriteye ulaşması anlamını almıştır. Giderek "insan haklarının" tam anlamıyla uygulanmasının devletin/ulusun çıkarlarına uygunluğu denetimi söz konusu olmuştur. Diğer bir deyişle, "insan hakkı" dışında, "devletin hakları/çıkarları" var sayılıp, iki değer arasında çelişki ve çatışma olabileceği öngörülerek; devletin çıkar ve varlığının korunması bahanesiyle, "insan haklarının" sınırlandırılması olağan görülmüştür. İnsan haklarının kişiye "tanınmış" olduğuna yönelik kavrayış biçimi, sınırlandırmanın da doğallığı kavrayışını yaratmıştır. "Ulusal egemenlik-ulusun çıkarları" soyutluğunda, insan haklarını sınırlandıran normatif düzenlemelere de "geçerlilik/yasallık" sağlanmıştır.

"Devletin/ulusun çıkarları" ile "insan hakları" ayrımını yapan ve "hak-çıkarcı" çatışması anlayışı, giderek, Devletin, kişisel haklara karşı "yasal savunma" durumunda bulunabileceği türünden görüşlerin savunulmasına dahi yol açmıştır. Böylece, insan haklarının kullanılması, Devletin çıkarlarına "haksız saldırı" sayılabilmekte ve Devletin insan haklarını sınırlayıcı/yok edici yasal düzenlemeleri hukuka/demokrasiye uygun birer davranış olarak görülmektedir. Kişiye karşı "devletin haklarını korumak" amacına yönelen ve "hukuk devleti" kavramını suçlayan 12 Eylül darbesi ve getirdiği anayasal/yasal düzenleme, belirtilen anlayış bu konuda en parlak örneği oluşturmaktadır. Bu örnek insan haklarının yadsınması anlamına gelmektedir.

Devletin korunmasına yönelik ceza normları da, ülkeden ülkeye değişik olmakla beraber, özünde devlet çıkarları-kişi hakları ayırımına dayanmaktadır. Devlet, kapsayıcı, en üst değer olarak görülmekte, devletin korunması ve böylece ulusal çıkarların sağlanması görüntüsü ardında, kişisel eylemler suç sayılmaktadır. O kadar ki, temelinde kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almaya yönelik ceza sorumluluğunun temel ilkeleri ve suç genel teorisinin kurallarıyla bağdaşmaz suç tipleri oluşturulmakta, dolayısıyla insan hakları sınırlandırılmaktadır. Belirtilen sınırlamanın kişiden soyutlanmış ve şahsiyet olarak kabul edilmiş devletin varlığını korumak görüntüsü ardında yapıldığı, TCK'nun, siyasal iktidar düzenine karşı suçları, "devletin şahsiyetine karşı suçlar" olarak adlandırmasıyla dahi ortaya çıkmaktadır. Esasen, TCK'na kaynaklık yapan 1930 İtalyan Ceza Kanununun Bakanlık Raporu'nda (Rocco Raporu), devletin, deşindiğimiz şekilde anlaşıldığını, devlet karşısında kişinin sadece "görevinin" bulunduğunu ve devletin korunması amacıyla kişisel olanakların sınırlandırılmasının doğallığını dile getirilmektedir. "Düşünce suçları" devlet-kişi çıkar çatışması anlayışının bir ürünüdür.

Gerçekte, "siyasal suç-adi suç" ayrımı dahi, kişilerarası çelişkiye oranla, devlet-kişi arasında varsayılan çelişkinin daha üst değer taşıdığı, daha önemli olduğu kavrayışının sonucudur. Siyasal suçlunun bencil eğilimlerle hareket etmediği, eyleminin ülke yararına olduğuna inandığı ve deşişen koşullara göre bugün siyasal suç sayılan bir eylemin, bir süre sonra bu niteliğini yitirebileceği ve siyasal suçlunun "ıslahı" gibi bir amaç güdülemeyeceği öngörülecek olursa, siyasal suçların despotizme yönelik siyasal iktidar düzenlerinde, adi suçlara oranla daha ağır cezalar ile cezalandırılması, gerçekte insan haklarının "görünmeyen iktidarların" yararına sınırlandırılması, siyasal iktidar düzeninin deşişmezliği amacının gerçekleşmesi içindir. Temelde güdülen amaç gözlerden saklanmakta, ulusal çıkarlar için devletin korunması gerekliliği perdesinin arkasına sığınılmaktadır. İnsandan kopuk, metafizik ulusal çıkarlar için devletin varlığının ceza normlarıyla korunması anlayışı, faşist siyasal modelden önce de, günümüzde de savunulmuştur. Örneğin, ceza hukukundaki "klasik okul", siyasal suçları "devletin ezeli ve ebedi" yasalarına aykırılık olarak nitelendirip, bu tür eylemlerin cezalandırılmasını "hikmet-i hükümet" gereği saymıştır.

"Özgürlüğü yok etmek özgürlüğü yoktur" deyişi de, özellikle ülkemizde düşünce açıklamak hakkının suçlanmasına dahi yol açan bir anlayış olarak kullanılmıştır. Bu görüş de, gerçekte, devlet-insan hakları çelişkisinin varsayılmasının sonucudur. Devlet ister metafizik anlamda ele alınsın, ister ortak iradenin oluşturduğu bir organizasyon olarak görülsün, elbette ki hukuksal yöntemlere aykırı siyasal iktidar düzenini değiştirmeye yönelik eylemlere karşı korunacaktır. Metafizik anlamda "ulus çıkarları ve devletin varlığı" anlayışında ise, "özgürlükleri yok etmek özgürlüğü yoktur" deyişi, siyasal iktidar düzeninin değişmezliğini sağlamaya yönelik bir formül oluşturmaktadır. Görünmeyen iktidarlar, ulus adına neyin iyi, neyin kötü olduğunu belirlemek ve bu belirlemeler doğrultusunda insan haklarını sınırlandırarak, hak kapsamındaki eylemleri suç saymak gücüne sahiptirler. İnsanın siyasal tercihlerini belirlemesini engelleyici bu tür yöneliş, insan hakları kavramına aykırıdır. Esasen, "özgürlüğü yok etmek özgürlüğü yoktur" formülü, "siyasal iktidar düzenini değiştirmek özgürlüğü yoktur" anlamına gelmektedir. Gerçekte ise, "ulusal çıkarları sağlamak için devleti korumak" metafizik anlayışına dayanan belirli güçlerin insan haklarını sınırlandırmak konusunda karar vermek, tercihler yapmak, düzenlemeler gerçekleştirmek yetkisi, silaha sarılarak "cumhuriyeti" kollamak hakkı söz konusu değildir.

Ulusal çıkarlar, devletin varlığı ve bu açıdan hak ve görevlerin belirlenmesi, ancak bireyin ortak iradesiyle saptandığında, gerçek geçerliliğini (yasallığını) kazanabilir.

Devletin, insanın/bireyin dışında "hukuksal varlık", metafizik bir kavram olarak görülmesi sonucu, siyasal gücün, bireyi hiçe sayarak "ulus"un çıkarlarını belirleyip, bu konuda yasal düzenlemeler yapabilmek iktidarını ele geçirmesi, yöntemlere uygun hukuksallığın mutlak geçerliliği sonucunu yaratmıştır. Ulusun/devletin yararları için yapıldığı varsayılan yasal düzenlemeler, bireyin hak ve özgürlükleri ile çatışabilmektedir. Bu durumda, "ulusal egemenlik" ve "hukuk devleti" kavramları da soyut ve insan haklarına güvence oluşturmaktan uzak bir nitelik almaktadır. Gerçekten, "toplumda birey" ile "ulus" özdeş anlamda kabul edilmedikçe, "egemenlik" bireylere/insanlara ait bir güç olamamakta, "ulus" kavramı gibi "soyut/metafizik egemen-

lik" kavramı yaratılmakta; yerine göre "despotik" nitelik taşıyan siyasal iktidar "ulus" yararına olduğu savına dayanarak insan haklarını sınırlayıcı düzenlemeler yapabilmekte ve bu düzenlemeler "ulusal egemenliğin" "tezahürü" sayılabilmektedir. Devlet-kişi ilişkisinde, kişinin devlete karşı salt görevlerinin varlığı öngörülüp, aralarında "üstlük-altlık" derecelendirilmesi yapıldığında, normatif yöntemlere uygun oluşan siyasal iktidar "meşru otorite" sayılıyor. Bu durumda da, "meşru otorite"nin koyduğu norma kişinin uygun davranma zorunluluğu doğmuş oluyor. "Ulus" yararına yapıldığı ileri sürülen yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin "yargısal uygulaması" "ulusal egemenliğin" ürünü sayılarak yasal düzene "geçerlilik" sağlandığında, siyasal iktidarın yasal düzene uygunluğu da "hukuk devleti"nin, "hukukla bağımlı siyasal iktidarın" gerçekleşmesi olarak kabul ediliyor. Bu durumda, "hukuka bağımlılık", "hukuk devleti" salt normatif açıdan gerçekleşiyor. "Ulusal çıkarları sağlamak için devleti korumak" yönelişi, gerçekte, siyasal iktidar düzeninin değişmezliği temeline dayandığı için, salt normatif açıdan hukuka bağımlılık "ideolojik tekel" yaratmaktadır. Bu durumda da, demokrasinin "çoğulculuk" ve siyasal iktidarın değişebilirliği kuralları, "izin verilen alanda" ve "izin verilen ideolojik" kapsamda geçerlilik kazanabiliyor. Böylece, ulusal çıkarları sağlamak ve "devleti korumak" görüntüsü ardında "hukuka dayanan siyasal iktidar despotizmi" kurulabiliyor.

Nitekim, insan hakları, kişinin doğuştan sahip olduğu haklar olarak öngörülürken, anayasal düzenlemelerle, hakların siyasal iktidarın yetkilerinin belirlenmesi, gerçekte hakların kaynağının Anayasa olduğu gibi, mantığında çelişik bir sonuç yaratmaktadır. "Ulusal egemenlik-devlet-siyasal iktidar düzeni" metafizik anlayışı kapsamında, Anayasa da, demokratik sistem içinde dahi, kişinin "hak ve görevini" belirleyen normatif düzenleme/kaynak olmaktadır. Eğer, insan hakları insanın doğasından kaynaklanıyorsa, yasal düzenleme yapılmadan önce vardır ve Anayasa insan haklarını "belirleyici/sınırlayıcı" bir nitelikte sayılmamak gerekir. Hele, 1982 Anayasamızda olduğu gibi, "kişiye karşı devleti korumak amacı" ile, insan hakları sınırlandırılıyorsa, "herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" türünden kurallar, Anayasanın mantığıyla çelişen boş sözden öteye gitmez.

Görülüyor ki, "anayasa", "anayasaya uygunluk" kavramları dahi, "hukuk despotizmi" kapsamında olabilmektedir. Nitekim, yakın zamana kadar gündemde olan "141, 142, 163." maddelerin, 1982 Anayasasına uygunluğu gerçeğinden kalkılarak, "insan haklarına" uygunluk yanılığının savunulması, "siyasal iktidar düzeninin değişmezliği", ideolojik tekelcilik, monist özgürlük, normatif despotizm anlayışından kaynaklanmaktadır.

"Devlet/kişi" ayrımı, devletin çıkarlarının ulus adına korunmasına yönelik siyasal iktidar tutum ve işleyişinin "siyasal iklim" göre değişmesi, insan haklarının "siyasal etkinliğe" açıklığı sonucunu da yaratmaktadır. Bu olgunun çok canlı örnekleri ülkemizde sık sık gerçekleşmiştir. Bu örnekleri hepimiz biliyoruz. A.B.D. gibi demokratik bir ülkede McCarty döneminde yüksek mahkeme kararlarının değişip, "polis devleti"nin oluşabilmesi, bugünün İngiltere'sinde ülkenin klasik demokratik sisteminin giderek niteliğini yitirmesi, hep "devletin korunması" adına insan haklarını sınırlayıcı politikaların üretilebilip, uygulanabildiğinin örnekleridir.

TCK'nun 141, 142. maddelerinin İtalya'daki ve ülkemizdeki kavranış biçimi tümünden birbiriyle çeliştiği ve bu maddelerin Türkiye'de değişen siyasal iklime göre değişik uygulamalara konu oluşu dahi, devletin korunması kavramının ne derece siyasal etkenliğe açık olduğunu göstermektedir.

Böylece Devletin belirtilen anlaşılış biçimi, kendince bir dinsellik yaratmakta, "ölümlü tanrı" durumuna getirilmektedir; yaşamının sağlanması için, gerekli görüldüğünde, insan haklarının dahi sınırlandırılması, anayasal/siyasal yapının değişmezliğinin öngörülmesi anlamına gelmektedir. Düzenin değişmezliği konusunda ortaçağın "teokratik siyasal/tanrısal" anlayışı ile bireysel olsun/toplumsal olsun liberalizmin "devleti tanrılaştırma" kavrayışı birleşmektedir.

Belirtilen değerlendirmeler, demokrasilerde siyasal temsil, siyasal katılma yöntemlerinin uygulandığı ve bu nedenle siyasal iktidarların değişebileceği, bu açıdan da, bireyin yönetimde etken olup, "devletin tanrısal düzenini" değiştirebileceği türünden görüşlerle karşılanabilir. Siyasal biçimler açısından bakıldığında, itirazlar haklı görülebilir. Fakat özüne inildiğinde, siyasal

katılmanın, ülkeden ülkeye ölçüsü değişmekle beraber, insan haklarının "devletin korunması" kavramına feda edilmesi olgusunu engelleyebilecek işlevi gerçekleştiremediği açıkça saptanabilmektedir.

Demokratik olduğu ileri sürülen bazı ülkelerde ve örneğin ülkemizde, "siyasal örgütlenme", "siyasal iktidar alternatifi olmak" hakları esasen sınırlandırıldığından, siyasal tercihler ancak "izin verilen alanlar" için geçerli olabilmektedir. "İzin verilen siyasal iktidar/izin verilmeyen siyasal iktidar" sistemi benimsendiğinde ise, gerçekte, siyasal iktidar düzeninin ideolojik/siyasal anlamda değişmezliği, görünüşte, hukuka bağımlılığın doğal sonucu olarak görülmektedir. Kaldı ki, bireyin sağlıklı siyasal tercihlerde bulunması, "doğruları öğrenmek/bilgilenmek" olanağına sahip bulunmasına bağlıdır. Bazı ülkelerde ve ülkemizde düşünce açıklama özgürlüğü ve kitle iletişim araçlarının "özgür haber dolaşımını sağlamak" hakkı sınırlıdır. Belirtilen sınırlamanın olmadığı ülkelerde de, "haber/bilgi dolaşımının saptırılması", bazı kitle iletişim araçlarına sansür uygulanması halkın sağlıklı siyasal tercihlerini belirleyici "doğru bilgi edinmek" hakkının gerçekleşmesini engellemektedir.

"Devlet" ve "ulus" kavramlarının kişiden soyutlanması, "devlet sırrı", "ulusal çıkarlar için gizlilik" gibi kurallara ve bu kurallara aykırılığın suç oluşturmasına yol açmıştır. Bazı gelişmiş demokratik ülkelerde, "devlet sırrı", "kişiden gizlilik" gibi özgür haber dolaşım sürecini saptıran ve halkın bilgi edinme olanaklarını engelleyen kavramların sınırlandırılması konusunda önemli adımlar atıldığı bir gerçektir. Fakat, siyasal iktidar düzeninin değişmezliği amacına sıkı sıkıya bağlı ülkelerde ve ülkemizde, "devlet sırrı", "ulusal çıkarlara aykırılık" gibi özgür haber dolaşımını ve dolayısıyla "halkın bilgilenme, öğrenme, denetleme" olanaklarını sınırlayan/ortadan kaldıran yasal düzenlemeleri siyasal iktidarlar gönlünce gerçekleştirebilmektedir. Özgür haber dolaşımına getirilen belirtilen türden engellemeler, doğal olarak, bu ülkelerde sağlıklı siyasal tercihlerin yapılması olanağını da ortadan kaldırmaktadır.

Günümüzün değişen koşulları, teknolojik gelişim de, yeni tür yönetim biçimlerini ve bu yönetimlerde teknokratların egemenliğini sağlamış, bürokratik karmaşa yoğunlaşmıştır. Hal-

kın, yönetenlerin işlemleri konusunda bilgilenmesi, teknik ve ekonomik uzmanlık ve bilgi gerektiren bir nitelik almıştır. Belirtilen olgu da, halkın bilgilenme ve sağlıklı siyasal tercihlerde bulunmak olanaklarını sınırlamaktadır.

Esasen teknolojik gelişim ve computer uygulaması, bilgilerin giderek siyasal iktidarın elinde tekelleşmesine, kitle iletişim araçlarının haber kaynağına ulaşabilmek olanaklarının ve dolayısıyla özgür haber dolaşımının ve halkın bilgilendirilmesi hakkının sınırlandırılmasına yol açmaktadır. Bilgilerin merkezi computerlerde kümelenmesi, salt siyasal iktidarın tekeline girmesi, bir yandan, değinildiği gibi özgür haber dolaşımını sınırlayıp, bir tür çağdaş anlamda sansür uygulamasına yol açarken, diğer yandan "siyasal güçlerin" ve "görünmeyen iktidarların" kişileri doğumundan ölümüne izleyip, denetleme olanağını yaratmaktadır. Bu ise "polis devletlerini" oluşturmaktadır.

Belirtilen türden etkenlerle, birey, siyasal yapıda "yöneten" değil, sadece "yönetilen" bir konumunda, "denetlenenin denetlemesi" de sözde kalıyor. Siyasal iktidar düzeni ise "elitist" ve kişi için başkalarının karar verdiği "otokratik" bir nitelik alıyor. İnsan, siyasal karar oluşturma mekanizmasının dışına itiliyor; "Halkın iktidarı" amacı, soyut "ulusal egemenlik" kavramı karşısında tümünden değerini ve olasılığını yitiriyor.

Belirtilen durumda, "devletin korunması" gerçekte siyasal iktidar düzeninin ve düzende yönetimi gerçekte yönlendirip belirleyen "görünmeyen iktidarın" korunması anlamına geliyor.

"Alt yönetim" olarak adlandırılabilen, ekonomik güçler; "cripto yönetim" diye adlandırılabilen gizli servislerle birlikte hareket eden ve karar oluşturulmasında etkin siyasal güçler ve bireyin denetimini sağlayan teknolojik gelişimin sağladığı "bilgilenme" olanaklarına kavuşan siyasal iktidarlar, siyasal iktidar düzeninin koşullarını, bireyin bu düzen içindeki yerini belirleyip; siyasal iktidar düzeninin değişmezliğini güvence altına almak için bir yandan "geçerliliği saptanmış/yasallaştırılmış hukuksal despotizmi" kullanıyor, diğer yandan halkın bilgilenererek siyasal tercihlerini kullanmalarını engelliyorlar. Böylesine, monist özgürlük anlayışı, "siyasal iktidar"ın "saydamlık"tan yoksunluğu ve siyasal iktidarın "değişmezliği" anlayışı, demokrasinin çoğulculuk ilkesinin de işlerliğini ortadan kaldırıyor.

IV. 1- Devletin soyut kavranışının demokratik sistemlerde dahi despotik siyasal iktidar düzenlerine yol açabileceğinin gözlenmesi, insan haklarının zedelenmesine ilişkin olgular, devleti somut ve halk iktidarı olarak kavrayan *Kant*'ın öğretisinin günümüzde etkinlik sağlamasına yol açtı. *Kant*'ın özellikle "devlet", "bilgilenme", "kalıcı evrensel barış" ve "örf ve adetlerin toplumda oluşması"na yönelik görüşleri, insan haklarının doğrudan bireyle ilgili olduğuna, bireyin dışında metafizik anlamda "devlet" ve "ulus" kavrayışının geçersizliğine, "devlet-birey" çıkar çatışmasının söz konusu olamayacağına yönelik anlayış açısından etkinlik sağladı.

Kant'ın "insanı herşeyin odak noktası" sayan ve felsefeyi insan için, insanla ilgili düşünce olarak nitelendiren her olguyu, insana hizmeti ölçütüne göre değerlendiren anlayışı, devlet-kişi ilişkileri açısından daha somut dayanaklar yaratmış ve çağdaş siyasal bilimde önemli ölçüde etkili olmuştur. *Kant*'ın kuramlarına, siyasal örgütlenme ve katılma hakkı, bu hakkın işlerliği açısından bilgilenme gerekliliği açıklamalarında sık sık yollama yapılmaktadır.

Kant, şu üç soruyu sorup, cevabını vermektedir:

— Ne bilebiliriz?

Somut olguları bilebiliriz.

— Ne yapabiliriz?

Birey için genel kanun sayılabilecek davranışları gerçekleştirebiliriz. Olması gereken dünyanın yaratılmasında etkinlik sağlayabiliriz.

— Ne umud edebiliriz?

Mutlak'a ulaşmak umudu gereksiz olup, değişim, dönüşüm bilgilenmeyi ve yapabileceğimizin gerçekleşmesini umud edebiliriz.

Kant, böylece, metafizik nitelik taşımayan, somuta indirgenmiş bir anlayışı dile getirmiş olmaktadır. Metafizik nitelikten arınmış öğretisi, fanatik, değişmez sayılan kavramları yıkmış, körü körüne itaat anlayışının geçersizliğini savunmuştur.

Kant "aydınlanma çağı" kuramcılığının doğaüstü, fanatik

otoritelere tutsak ettiği insanı, öğretisinde bu tutsaklıktan kurtarmıştır. "Salt akıllı" bir kural haline getirerek, siyasal iktidarı ele geçirenin saptayacağı "faydalı ve gerekli" olana itaati zorunlu gören despotik yönetimleri de "salt aklın eleştirisiyle" kuramsal temelinden yoksun bırakmıştır. *Kant*'ın, "salt aklın eleştirisi", soyut "devlet", "ulus" kavramlarının kişiye egemenliğini, kişiye rağmen kişisel davranışları sınırlandırma otoritesinin de geçersizliğini belirlemiştir. *Kant* felsefesinde, bilgide tecrübe ve sınırlılık, harekette ise özgürlük söz konusudur. Bu anlayış, "bilgilenme ile tecrübeyi sağlama", "mutlak değer yargılarının yanlışlığını belirleme", "bilgilenmeye göre özgür davranış" sonuçlarını yaratmıştır.

Böylece, siyasal yaşamda fanatizm, dogmatizm, bilgi gelişmesini ve gerekeni aramayı engellemeye yönelik anlayışları çöktürmektedir. *Kant* da, devleti "toplumsal sözleşme" anlayışıyla açıklamaktadır. *Kant*'ın "toplumsal sözleşme" anlayışı metafizik nitelik taşımamakta, birey iradesini kanun yapıcı, ortak kamusal iradenin oluşması olarak yorumlamaktadır. "Toplumsal sözleşme" aklın iradesidir. Kanun yapıcı bu iradeyi gerçekleştiren güçtür. Kanun yapıcı, ulusun ortak iradesinden doğan, bireyin doğrudan katıldığı yasal düzenlemeler yapmalıdır; bu açıdan "toplumsal sözleşme", "halk hakimiyeti" anlamına gelmektedir. "Toplumsal sözleşme" bireylerin ortak amaçta birleşerek, ortak yaşamlarını düzenleyici yasaları yapma konusunda uzlaşmalarıyla gerçekleşmektedir. Bireyin özgürlüğü, belirtilen uzlaşmaya varması koşuluna bağlıdır. Böylece, çoğunluk ve azınlık ortak iradesi özgür düzende oluşacaktır.

Aklın gereğine göre hareket, sağlıklı davranışa ve dolayısıyla özgürlüğe yol açar. Duygunun yerini bilgilenme aldığı anda, spekülasyon akıl egemenliği de giderilmiş olacaktır. "Bilgilenmeye" dayanan "etik" in yarattığı özgürlük düzeyi, kişiler açısından "görev" i de gerektirir. Fakat görev de, bireyin iradesinin kapsamındadır, bireyin dışındaki bir otorite bireyin görevlerini belirleyip, onu mutlak itaate zorlamaktadır.

"Toplumsal sözleşme", bu anlamda, bireylerin devlet denilen siyasal organizasyonu oluşturmalarını sağlamaktadır. Birey, "akıl" yoluyla kendi oluşturduğu düzene, hukuka bağımlılığın doğallığını kavrayacaktır. Bu bağımlılık, dış iradenin değil, bi-

reyin kendi iradesinin ürünüdür. Hukuka bağlılık, salt aklın "kategorik emperatif" kapsamında "özgür davranış" zorunluluğunun gereğidir. Hukuk, genel ve evrensel özgürlüğü sağlayacak normatif düzendir. Diğer bir deyişle, hukuk ve özgürlük genel evrensel özgürlük yasasına göre, herkesin tercihini başkalarının tercihi ile birleştirebildiği kural ve koşulların bütünüdür. İnsanın kendi koyduğu kurala uygun davranmak bilinci "moralite"yi oluşturur. Halbuki dış iradelerin zorladığı kurallara itaat ve uygun davranma zorunluluğu, sadece "legalite"yi oluşturur. Özgürlükçü düzende, esas olan "moralite"dir ve halkın anayasası "moralite"ye dayanmak gerekir.

2- Gerçekte, insanın özünden yoksun, metafizik kavramlara dayanan açıklamalarla siyasal iktidar düzenine geçerlilik sağlamaya yönelik kuram oluşturmaya gerek yoktur. Önemli olan, toplumsal/siyasal yapıdaki işlerliklerdir. **İnsanın düzenini insan kurar.** "Oyunun düzeni"ni, insanın dışında kuramlarda aramak "oyunun" saptırılması sonucunu yaratır. İnsan hakları, sübjektif bir hak ve kişinin toplumsal/siyasal yapıdaki konumuna göre belirlenir. Hakkın kaynağı ise, doğrudan insanın kendisidir. İnsanlar, haklarının güvencesini sağlamak amacıyla, "devlet" kavramını değiştirmek zorundadırlar. Kişiler, "mutlu", "güvenli", "korkusuz" yaşamı sağlamak konusunda iradelerini birleştirerek, haklarının geçerli olacağı bir siyasal düzeni gerçekleştirebileceklerdir. Bu açıdandır ki, siyasal düzenin "var oluş" nedeni değil, "işleyiş düzeni oyunun kuralı" önem taşır.

Çağdaş anlayışa göre, siyasal yaşamda, kişinin durumu, siyasal iktidarın düzeninin niteliği ve "toplumdaki bireyin genel/ortak iradesinin" etkinliği önem taşır. Belirtilen nedenledir ki, "genel irade", "ulus" kavramı gibi soyut bir kavram değildir. "Ortak irade", bireyin "varoluşu"dur ve "siyasal iktidar düzenine" geçerlik (yasallık) sağlayan tek güçtür. Siyasal iktidar düzeninin "ortak irade" tarafından belirlenmesi, hem insan haklarına kusursuz/eksiksiz bir işlerlik sağlayacak, hem de, yasalara uygun davranılması konusunda "moral", "etik" değer oluşturacaktır. Yasal düzen de "toplumdaki insan"ın üretimi olduğu için, yasal düzene uygun davranmak da ortak "bilinç" ile, gönüllü bir davranış olarak belirecektir. Normatif/pozitivist görüşün "norma uygunluğu", "yasa egemenliği" olarak öngören ve "itaati" zorba-

lığa dayandıran anlayışının yerini "insanın kanunlarına insanın uygun davranışı" olgusu alacaktır.

Çağımızda, inanç ve ideolojilerin çoğulculuğu söz konusudur. Tüm inanç ve ideolojilerin, "genel/ortak irade" içinde yer alabilmesi, "çoğulcu siyasal düzeni" gerçekleştirecektir. "Genel/ortak iradenin" tüm siyasal/ideolojik görüşleri kapsamına alması, "siyasal iktidar düzeninin değişimi" dinamizmini de içerir. Siyasal iktidar düzeni değişimi de, "genel/ortak iradenin" ürünü olduğu için, bu yeni düzenin kurallarına uygun davranmak konusunda da, "moral+etik" değerler ve bilinç işlerlik kazanacaktır; aynı nedenle, yeni siyasal iktidar düzeni de "geçerlilik" (yasallık) kazanacaktır.

3- "Genel ve ortak irade" iki temel konuda uzlaşmak zorundadır:

a) Neden, "devlet" denilen bir siyasal organizasyon, "toplum" mevcuttur? Zira fonksiyonların işlerliğinin bir düzene bağlanması gerekir.

b) Bu durumda, fonksiyonları düzene koyan normları koymak, konulan normlara uygun davranmak gerekir. Konulan normlara uygun davranmamak anarşiyle eş anlamdadır ve "oyunun kuralı" kaosa dönüşmüş olur.

Belirtilen uzlaşma, insan davranışının egemen olduğu, insan iradesine dayanan bir "düzen" oluşturmaktadır. Böylece, toplumun ve devletin temelini "üstün bir irade" ve "egemen oyun düzeni" oluşturmaktadır. "Oyunun düzeni" insanın yeniden varoluşunun sağlandığı düzendir.

Belirtilen düzende, **birinci kural** "çoğulculuk kuralı"dır. Çoğulculuğun kendi mantığına dayanan uygulamayı geçerli kılması hakkı sayılır.

İkinci kural "azınlığa saygıdır". Genel/ortak irade, azınlık/çoğunluk bütünlüğünü ifade ettiği için, çoğunluğun, azınlığın iradesine değer vermek zorunluluğu söz konusudur. Azınlık, çoğunluk dışında bağımsız korunan, üstün bir irade sahibi değildir. Buna karşılık, "azınlık", çoğunluğun iktidar alternatifidir ve çoğunluğun azınlık iradesine hoşgörüsüyle yaklaşması zorunludur.

Üçüncü kural ise, siyasal iktidar düzeninin değişimi olasılı-

ğıdır. Genel/ortak irade, ideolojik ve inançta çoğulculuğu kapsadığına göre, her görüş/inanç/ideoloji siyasal iktidar alternatifi olarak görülmek, kabul edilmek gerekir. Siyasal yaşamın özü, ruhu, niteliksel, ideolojik iktidar, yasal düzen değişiminin de öngörülmesi temeline dayanır. Belirtilen değişim, yukarıda değinilen "etik", "moral" değerlerin değişimi anlamına gelmeyeceğinden, siyasal iktidar düzeni değiştiğinde de, bu düzene uyumluluk bilinci varlığını sürdürür. Özgür toplumda, "oyunun düzenini" ve "değişim koşul ve sınırlarını" belirlemekle yetkili "hakem" söz konusu değildir. **Hiçbir güç, "genel/ortak iradeyi" sınırlandırıcı ve "değişimi, siyasal iktidar alternatiflerini" belirleyici yetkiye, hakka sahip değildir.** Belirtilen nedenle, "genel iradeyi" sınırlayan ve sadece "izin verilen alanlar" için geçerli sayan bir siyasal sistemle insan hakları bağdaşmaz. **İnsan insan olarak "hak sahibi" olduğuna, hakkı veren, tanıyan, geçerli kılan bir güç olamayacağına göre, "genel/ortak iradeyle" dahi, siyasal iktidar alternatifi sınırlandırılmaz; "izin verilen/izin verilmeyen siyasal iktidar düzeni" ayrımı yapılamaz.** Aksi halde "genel/ortak irade" parçalanmış, "oyunun düzeni" konusundaki uzlaşma bozulmuş olur.

Belirtilen nedenledir ki, insan hakları, kuramsal olmaktan çok, siyasal bir anlam taşır; siyasal/toplumsal yapının koşullarına bağımlı olarak işlerlik kazanır.

4- Kısaca değinilen kurallar çerçevesinde, "devlet" kişinin dışında metafizik anlamını yitirmiştir. Aynı şekilde, soyut/metafizik "ulus" kavramı da, geçerliliğini yitirmiştir. "Devlet" kurucu, belirleyici, tanrısal soyut otorite değildir. "Genel/ortak irade", toplumdaki fonksiyonları düzene koymakla görevli, somut bir siyasal organizasyon olarak biçimlendirmiştir. İnsan, esasen, tarihin her döneminde, "türü" ve genişliği ne olursa olsun, "toplum yaşamını" gerçekleştirmiştir. Her toplumsal yapıda da, belirli bir "yönetim sistemi" vardır. Devlet, çağın genişlemiş, karmaşık bir yapı almış "toplum yaşamında" gerçekleştirilen "yönetim sistemi"dir. Bu nedenle de, insan haklarına geçerlilik sağlayan da "devlet" olmayıp, insanın kendisidir. Doğa ve yaşam koşulları, insanların belirli bir yönetim sistemi içinde yaşamalarını zorunlu kılmaktadır. İnsan bu zorunluluğu gördüğü için, "devleti" yaratmıştır. Bu durumda, devletin varlık ne-

deni, insanın mutlu/korkusuz yaşamını sağlamaktır. "Genel/ortak irade" insanın belirtilen amaca erişmesini sağlayacak siyasal yapıyı oluşturmakta özgürdür.

Esasen, halkın gözünde, "somut devlet", o günkü "hükümet" ile özdeşleşmiştir. Hükümeti (siyasal iktidarı) belirleyen de, "toplumdaki birey"dir. Bu durumda, "siyasal iktidar" da, "genel iradenin" belirlediği koşullarla bağımlı olarak, bireyin "mutlu yaşamak" işlevini gerçekleştirmek, insan haklarına geçerlilik sağlamakla yükümlü, görevlidir.

Belirtilen durumda, "devlet/siyasal iktidar-kişi ilişkilerinde", hak sahibi birey, görev yükümlenen ise siyasal iktidar (devlet)dir. Metafizik anlayıştan farklı olarak, "insan hakları" kişiye "verilen/tanınan" haklar değildir. Birey, insan haklarının işlerlik kazanması için siyasal iktidarı görevlendirmiş; görevin koşullarını ve sınırlarını da belirlemiştir. **Bu durumda, siyasal iktidarın, insan haklarını, saptanan koşullara göre "düzenleme görevi" söz konusudur; "düzenleme görevi", "sınırlama yetki ve hakkını" kapsamamaktadır.**

İnsan hakları uluslararası bildiri/sözleşmelerinde, anayasalarda vurgulanan, insan haklarına güvence sağlanması yükümlülüğüne ilişkin kurallar da, "hakkın 'siyasal iktidarca tanınması yetkisi" olarak anlaşılmamak gerekir. Söz konusu olan, siyasal iktidarın, "görevlerini" koşullarına uygun yerine getirmesidir.

Belirtilen çağdaş anlayış çerçevesinde birey "yönetilen", siyasal iktidar da "yöneten" değildir. Siyasal iktidar, koşulları saptanmış, sınırlandırılmış, "görevlendirilmiş" otoritedir.

Siyasal iktidarın, "yöneten" olmaya, insan haklarını sınırlayıcı yetki gasbına, "görevlendirme" koşullarını aşmaya yönelik girişimlerine karşı, bireyin demokratik tepki göstermek, direnmek hakkı da vardır. "Direnme, tepki gösterme, güvencelere başvurma" hakkı da, koşullarına uygun olduğunda, "insan hakları" kapsamındadır.

Bireyin "insan hakları düzenini" gerçekleştirici düzeni kurmak konusundaki "genel/ortak iradesi" bir açıdan "toplumsal sözleşme" oluşturmaktadır. Bu toplumsal sözleşme kapsayıcı bir nitelik taşımakta olup, yeni bir toplumsal düzenin temelini kurmaktadır. Tam, somut ve gerçek "yeni uzlaşma", gelişen,

karmaşık nitelik alan toplumsal/siyasal yapıdaki kronikleşmiş sorunları, "yönetilemezliği" giderecek, ortak karar ve politika üretimini sağlayacaktır. **"Yasal güçler tekelinin ve despotizminin" giderilmesi, özgür bilgi dolaşımının gerçekleştirilmesi ve siyasal tercihlerin çeşitlenmesi amacıyla yönelik "uzlaşma", kişiyi "yönetilen" olmaktan kurtaracak; "insanların yönetimi" yerini "yasaların yönetimine" bırakacaktır.**

İnsan haklarının da temelini, "uzlaşmaya dayanan kurumsallaşmış protokol/toplumsal sözleşme" oluşturmaktadır. Hukuksal/siyasal anlamdaki "uzlaşma", "oyunun düzenini" belirlemek konusundaki egemenliğin bireye geçmesini sağlayacaktır. Böylece, "devlet-kışı çıkar çatışması" gibi bir anlamsızlıktan ve sonuçta bireye ve insan haklarına karşı toplumsal düzenden kurtulabilecektir. Çağdaş anlamında "toplumsal uzlaşma" soyut bir kavram da değildir. Kuralları belirlenen "genel irade yönetimi" konusunda "uzlaşma" normatif düzeni kuran iktidarın da "toplumdaki birey" olması sonucunu yaratacaktır.

"Hak" ve "görev", "toplumsal uzlaşma/sözleşme" ile belirlenecek ve böylece yasaya "itaat" değil, "uygun davranma bilinci" söz konusu olacaktır. Bu açıdan, yasal düzenin güvencesi "salt akıl" değil, "kamusal ortak yarar inancıdır". "Genel ve ortak iradenin" belirlediği "hak/görev düzeni", bireyin kendi kendisini sınırlayıp, kurallarını koyduğu "oyunun düzenine" işlerlik sağlaması anlamına gelecektir. Birey kendi "hakkını" da, "görevini" de kendisi saptamış olacaktır. Kurucu iktidar "birey" in kendisi olduğuna göre, siyasal iktidar "toplumdaki bireyin" karar, tercih ve kurallarıyla sınırlı bir iktidardır. Anayasalar ve yasalar, gerçekte, siyasal iktidarın uygun davranmak zorunda olduğu "şart" niteliğine sahiptir. Böylece, insan hakları ve güvencesi, doğrudan "yeni toplumsal sözleşme/uzlaşmanın", toplumsal düzenin varlık sebebidir. **Bu durumda, "devletin/siyasal iktidarın kendisini sınırlaması" anlayışı da söz konusu değildir.** Zira, "kendi kendini sınırlama" dahi iki ayrı süjeyi gerektirir. Halbuki, devletin birey dışında bir "varlığı" olmadığı gibi, en üst egemen güç de, "toplumdaki birey" dir. **Bu nedenledir ki, devleti/siyasal iktidarı sınırlamak değil, görevlendirmek söz konusudur. Görevin koşullarını ve görevin icrasında kullanılacak yetkileri "genel irade" belirlediğine göre, "sınırlama" değil, "oyunun düzenini kurmak" söz konusudur.**

Bu durumda da, "devlet/siyasal iktidar" esasen bir "hak", "kendiliğinden yetki/iktidar" sahibi değildir; belirlenen koşullara uygun davranmakla yükümlüdür. Esasen, Anayasa da, bireyin haklarını tanıyan ve haklara güvence sağlayan bir belge yasa değildir; "ortak iradenin" oluşturduğu "çağdaş toplumsal sözleşme/uzlaşmanın" kapsamında, siyasi iktidar düzeninin işleyişi, siyasi iktidarın görev ve yükümlülükleri Anayasa ile, toplumdaki birey tarafından saptanmaktadır.

Belirtilen nedenle de, siyasi iktidarın insan haklarına geçerlilik sağlayıcı düzenlemeleri bir "lütuf" olmayıp "göreve" uygun davranmak anlamına gelir.

Değinen "toplumsal uzlaşma/sözleşme" kapsamında, "devletin çıkarları-insan hakları" çelişkisi ve bu çelişki nedeniyle "devletin korunması" için insan haklarının sınırlandırılıp, sınırlara aykırılığın "suç" sayılması söz konusu değildir.

Esasen, hangi açıdan bakılırsa bakılsın "insan hakları" kavramına aykırı düşen "devletin çıkarları-insan hakları" ayrımı, birbirinin yansıması olan aynı değer birbirinden ayrı iki objenin iki kişi olarak kabullenilmesinden doğuyor. Belirtilen nedenle, insan haklarının korunması için devletin gücüne başvuru gereksinmesi duyuluyor, diğer yandan devletin gücünün sınırlandırılması yöntemleri aranıyor. Böylesine çelişik bir tutum, temelde devletin metafizik bireyden ayrı bir varlık olarak kavranmasının sonucunda doğuyor. Gerçekte ise, devlet insanın ürünü olduğuna ve toplumdaki iktidar düzeni açısından üst iktidar insan iken, devlet üst iktidarın haklarını koruyucu bir konuma getiriliyor.

Çağdaş "toplumsal sözleşme/uzlaşma" anlayışı kapsamında ise, yukarıda değinildiği gibi, "toplumdaki birey" kendisi hak ve görevlerini belirleyerek "oyunun düzenini" oluşturduğuna göre, korunması gereken "oyunun düzeni" ve genel iradenin belirlediği kurallar olmak gerekir. "Toplumsal uzlaşma"nın amacı "insan hakları" olduğuna göre, insan haklarına aykırılık ve insan haklarını sağlamaya yönelik "düzenin" yıkılması amacını taşıyan "eylem", geleneksel deyişle, "devletin korunması kapsamında görülebilir. "Genel irade", çoğulcu nitelik taşıdığına ve yine "genel irade"nin belirlediği "düzen" de çoğulcu olduğuna göre, "çoğulculuk" kapsamındaki hiçbir eylem hukuka aykırı sayılamaz, suç

olarak nitelendirilemez. "Kurucu iktidar" genel irade, kendisi çoğulcu olduğu, "dönüşüm" "oyunun düzeninin" temel kurallarından birini oluşturduğuna göre, "izin verilen-izin verilmeyen" siyasal iktidar düzeni ayrımı da söz konusu değildir. Bu açıdan da, siyasal iktidar düzeninin, anayasal sistemin değişmezliği diye bir anlayış, "genel irade" kavramının ve "toplumsal uzlaşmanın" özüne aykırıdır. "Düzenin değişmezliği" anlayışı monist özgürlük, metafizik devlet/ulus anlayışı açısından geçerlidir ve bu nedenle de bu anlayış insan hakları kavramıyla çelişmektedir.

"Toplumsal uzlaşma/sözleşme" çoğulcu ve "dönüşümcü" özü içerdiğine göre gerek siyasal örgütlenme, gerek bireyin siyasal tercihi, gerek bireyin siyasal tercih hakkını kullanabilmesi için varlığı zorunlu "öğrenme olanakları" açısından getirilecek her sınır "toplumsal uzlaşma" ile çelişecektir. Toplumsal uzlaşmayı oluşturan "genel iradenin" ise kendisiyle çelişen düzenlemeler yapmayacağı, yapamayacağı açıktır. Belirtilen nedenledir ki, düşünce açıklamak özgürlüğünün devleti korumak bahanesiyle de olsa, sınırlandırılmasına, "toplumsal uzlaşma" varsayıldıkça olanak dışıdır; genel iradenin "çoğulculuğunun" inkarı anlamını taşır.

Yukarıda değinildiği gibi, "genel irade" bireyin "hak" ve "görevlerini" benimseyen bir "düzen" meydana getirmekte ve bu konuda "toplumsal uzlaşma" oluşturmaktadır. Aynı şekilde, "çoğulculuğun ve dönüşümcülüğün" kuralları da belirlenmekte ve bu kurallara uygun davranmak konusunda da "toplumsal uzlaşma" gerçekleştirilmektedir. "Devletin korunması", ancak "toplumsal uzlaşma" konusu olan "çoğulculuğun, dönüşümcülüğün" gerçekleştirme kurallarına aykırılık durumunda söz konusu olabilir. Bu durumda, "genel irade"nin ve "toplumsal uzlaşma"nın kapsamı dışına çıkmıştır.

Bu sonucu yaratan davranış, "oyunun düzeni kuralına" aykırı somut eylemdir. "Dönüşümcülüğün" kuralı dışında gerçekleştirilmeye yönelik eylemin hukuka aykırı, suç sayılmasının nedeni ve amacı da "devletin çıkarlarını" sağlamak değildir. Esasen, devletin kendine özgü çıkarları yoktur. Bu durumda da, "toplumsal uzlaşmaya" "genel iradeye" aykırı davranıldığı, "toplumdaki bireyin iradesi"ne karşı çıktığı için, eylem suçtur. Diğer bir deyişle, yine korunan hukuksal değer bireyin iradesi, onun haklarıdır. Si-

yasal iktidar düzeni birey tarafından oluşturulmuştur. Bu düzenin değişimi de kurala uygun olmak gerekir. Bu durumda da, "siyasal iktidar düzeninin" değişmezliğini sağlamak değil, "toplumdaki bireyin" genel iradesini egemen kılmak amaçtır.

Nitekim, demokratik düzenle güçlendirilmiş ülkelerde de, mantığı ne olursa olsun, siyasal iktidar düzeninin değişmezliği kavramı olmadığı için "dönüşümcü" eylem ve düşünce hukuka uygundur. Hukuka aykırılık, dönüşüm ve değişimin bu konudaki kurallara aykırılık halinde söz konusu olabilir. A.B.D.de kabul edilen "yakın ve berrak tehlike-clear and present danger" anlayışı, bu konuda örnektir. Aynı şekilde, TCK'nun 141, 142. maddelerinin, Türkiye'deki ve İtalya'daki uygulanış biçimleri de, anlayış farklılığını göstermektedir. Türkiye'deki "düzenin değişmezliği", "devletin çıkarları" fanatizmi, tutuculuğu İtalya'da olmadığı için, aynı maddeler uygulama alanı bulamamaktadır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, "genel iradenin-toplumsal uzlaşma" düzeninin "siyasal iktidara" karşı korunması da söz konusudur. Yukarıda belirtildiği gibi, "siyasal iktidar" belirli kural, görev ve yetkilerle "kurulmuş" bir iktidardır; genel iradenin belirlediği kurallara uymak, görev ve yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Siyasal iktidarın aykırı davranışı, "genel irade" tarafından değerlendirilip, iktidar alternatifleri oluşturulur. Siyasal iktidarın veya "siyasal iktidar düzeni" içinde yer alan herhangi bir gücün, "oyunun düzenini" değiştirmeye, "toplumsal uzlaşmayı-genel iradeyi" hiçe saymaya yönelik eylemi, tümüyle hukuka aykırıdır. Tarihsel örnekler bu tür eylemlerin, genellikle, "devleti korumak/kollamak" amacıyla yapıldığını göstermektedir. Çağdaş, "toplumsal uzlaşma" kapsamında bireyin dışında hiçbir "güc"ün bu türden yetki ve görevi yoktur. Bu nedenle "güc"ün niteliği ne olursa olsun, görünüşteki "bahane" nasıl kamuoyuna yansıtılırsa yansıtılsın, eylem insan haklarına, hukuka aykırıdır ve suçtur. Fakat, insan haklarını yok etmeye yönelik "kaba güç eylemi", başarıya ulaştığı takdirde cezalandırılmamaktadır.