

Durmuş Hocaoğlu

Af Üzerine Felsefî Bir Egzersiz: “Af” Meşrû mudur?

Zaman., 17 Ağustos 1998, Pazartesi., s.02 [“Görüşler” sayfası]

Durmuş Hocaoğlu, *Zaman* Yazıları Sıra No: 12

Atıf:

- Hocaoğlu, Durmuş., “Af Üzerine Felsefî Bir Egzersiz: “Af” Meşrû mudur?“, *Zaman.*, 17.08.1998, Pazartesi., s.02



“Af” Üzerine Negatif ve Pozitif İki Kısa Târif: Nedir ve Ne Değildir?

Önce negatif tarif: Af, bir yargılama değildir.

Sonra pozitif tarif: Af, kanunlar tarafından ‘suç’ olarak kabul edilen belirli bir fiilin yine hukuk normlarınca öngörölmüş bulunan müeyyidesinin yargı organları tarafından uygulanmasına karşı, bu müeyyidenin, *hukuk dışı* bir irade ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasıdır. Yani, en genel anlamıyla Af, hukuk dışı bir irade tarafından yargıya müdahale edilmesidir. Buradaki “hukuk dışı irade” ise, Siyasî Otorite, veya diğer adıyla “Egemen Güç”tür.

İmdi, bu noktada şu sorunun sorulması elzemdir: Siyasî Otorite’nin yargıya müdahalesi, Hukuk Felsefesi açısından meşrû mudur? Buna cevap verebilmek için önce “hukuk nedir” diyelim.

Hukuk

Hukuk, bir ‘dünya’dır; bir ‘değerler dünyası’. O, ‘fizik dünya’ gibi objektif olarak bizim dışımızda bulunmaz, tersine, bizim tarafımızdan kurulur. Aksi olsaydı insanî ve eleştiriye açık olmazdı.

Ancak, hukuk kendi başına yani kendisi olarak bir anlam taşımaz; zira, madem ki bir değerler dünyasıdır, bu değerlerin ne(ler) olduğu sorulmalıdır. Bu değerlerin tümünün birden genel bir adı vardır: Adalet. Yani Hukuk, Adalet için kurulan bir dünyadır.

Adalet soyut bir kavramdır, somutlaşması Hukuk ve Yargı ile olur. Adalet denen değer için kurulan Hukuk, onu nesnel dünyasında Yargı ile somutlaştırır, teşahhus ve tecessüm ettirir.

Hukuk, Yargı, Adalet ve Siyâsî Otorite

İmdi: Siyâsî Otorite'nin Hukuk alanına müdahalesi, bir kamu sektörü olan Yargı'yı devre dışı bırakması demektir. Yargı'nın devre dışı kalması açık bir tecavüzdür ve bunun neticesi ise, Adalet'in somutlaşmamasıdır.

Burada karşılaştığımız problem, işbu “müdahale”nin zihniyet olarak ve hukuk sistemi içerisinde meşrûlaştırılması problemidir. Şayet Egemen Güç'ün hukuk ve yargı alanına müdahalesi prensip itibariyle kabul edilecek, yani meşrûlaştırılacak olursa, buradan iki tarafı da kesen bir kılıç elde edilir. Zira, Yargı'ya *siyaseten müdahale*, felsefî olarak, bizzat hukuk-dışıdır. Halbuki, Egemen Güç, Yargı'nın her türlü müdahalelerden masûn olmasının birinci ve tek teminatıdır. Böyle bir müdahalede bulunan siyâsî otorite, her türlü müdahaleye karşı koruması icap eden Yargı'yı bizzat kendisi bir müdahale nesnesi haline getirmekle, bir anlamda kendisinin de meşrûiyet gerekçesini kısmen veya tamamen tahrip etmiş olmaktadır. Zira, bir devletin mutlaka ve behemehal sağlaması gereken şeylerden birisi de “Adalet”tir.

Devlet, bir toplumun en üst düzeydeki organlaşmış şeklidir. Devlet, mahiyeti gereği bizzat “düzen” demektir, hattâ birçok bakımdan, “düzen” fikrinin somut ifadesidir. Bu noktada Devlet ile diğer düzen tesis eden organlar arasında bir kriter konması icap etmektedir ki bu kriter de “**meşrûiyet**” kavramıdır. Meşrûiyeti sarsıntıya uğramış bir devlet, bu sarsıntı oranında “devlet” olmaktan uzaklaşır ve gayri meşrû düzen tesis eden sistemlere yaklaşır; daha açık bir ifade ile dile getirilecek olursa, Devlet, meşrûiyet temelleri sarsıldıkça sadece zora dayanan bir sisteme, yani, “çete”ye dönüşmeye başlar.

İşte, bu meşrûiyet gerekçelerinden birisi de “adalet”tir; Adalet'in tam ve noksansız olarak temini ve tevzii yalnız ve ancak Devlet'in tekelindedir. Devlet işletme açmayabilir, sanayi tesisi kurmayabilir, bunları “Kamu Alanı”ndan “Özel Alan”a aktarabilir; ama “Adalet” asla ve kat'a Özel Alan'a kısmen veya tamamen aktarılamaz, aktarılması zihnen dahi tasarlanamaz.

En eski çağlardan beri, her devlet kendisini kaçınılmaz olarak Adalet temin etmekle yükümlü addetmiş, Adalet'in temin ve tevziini tekeline almıştır. Adalet'in temin ve tevzii, bir devlet için, tam anlamıyla bir hükümlanlık sembolü ve şartıdır.

Devlet, bir ülkedeki en yüksek otoritedir; onun üstünde, onu aşabilecek ve rakip olabilecek başka bir kuvvet kaynağı olamaz, olmaması gerekir. Bu büyük kuvvet, “egemen iktidar”ın elinde toplanmıştır. Bahis mevzuu olan bu “egemen iktidar” bir monark, bir oligarşi, bir meclis, ya da demokratik bir mekanizma olabilir. İşte, burada çok zorlu bir problemle karşılaşmaktadır: Bu denli büyük bir dünyevî gücü şahsında temerküz ettiren otorite, Adalet sahasına müdahalede bulunacak olursa ne yapılabilir? Bu sorunun cevabı pek meşhur “kuvvetler ayrılığı” prensibinde aranmalıdır.

“**Kuvvetler Ayrılığı Prensibi**”, şu basit ve sağlam gerekçeye dayanmaktadır: Tek ve karşı konulamaz bir egemen güç, bir hükümlan kuvvet, hem “kanun yapma” (teşrî, yasama), hem “icra” (kaza, kanunlara göre iş yapma, yürütme), hem de “yargılama” (muhakeme etme, kaza) güçlerini elinde toplayacak olursa, bu, “siyâsî ve hukukî hükmetme”nin tek elde birleşmesi demek olacaktır ki bunun bir “despot devlet” anlamına geleceği ve “otokrasi”ye (istibdat) yol açacağı âşikârdır.

İşte, bu sebeptendir ki, Kuvvetler Ayrılığı Prensibi, Adalet alanının iktidarların keyfi müdahale ve tasallutlarına karşı emniyet altına alınması ve Adalet'in ve "Kanun Hâkimiyeti"nin gerçekleştirilebilmesi için tek şartı değildir, ama en önemli şartlarındandır.

Modern Devlet, "transandantal devlet"ten "enstrümantal devlet"e geçmekle kurulabilir. Halbuki, bütün bu yetkileri tek elde toplayan bir devlet gücü, bir "transandantal devlet" haline dönüşecektir.

Af ve Meşrûiyet

Meşrû kelimesi Arapça'da Şerîat ile aynı kökten gelmektedir ki, "şerîata uygun olan" anlamındadır. 'Şar' kökünden türetilmiş olan *Şerîat* kelimesi ise bir kavram olarak en geniş anlamıyla 'hakka uygun, doğru ve haklı olan kurallar sistemi' anlamındadır. Şu halde meşrûiyet kavramı, özü itibariyle haklılık, hakikate ve doğruluğa uygunluk demektir. Herhangi bir fiil, davranış ve düşünceye meşrûiyet tanımak, onu doğru ve hakka uygun kabul etmek demek olacaktır.

Konumuzla ilgili olarak meşrûiyet kavramını ele alacak olursak, Siyasî Otorite'nin Yargı'ya müdahalede bulunarak 'Affetme' gibi bir yetkisi bulunduğunu meşrûlaştırmak, bu yetkiyi doğru, hakka ve hakikate uygun bulmaktan başka bir anlama gelemez.

İmdi:

1: Eğer, Egemen Güç'ün hukuk-dışı ve daha da mühimmi adalet-dışı "*affetme*" gibi bir yetkiye sahip bulunduğu fikri meşrûlaştırılacak olursa, bu Egemen Güç'ün *yasa dışı ve en önemlisi hukuk-dışı keyfi tasarruflarda bulunmasını meşrûlaştırmak* demek olacaktır.

2: Böyle bir meşrûlaştırma, kaçınılmaz olarak iki taraflı çalışan bir mekanizma yaratacaktır: Kendisine hukuk-dışı ve adalet-dışı olarak "affetme" yetkisi verilen Egemen Güç'e, aynı şekilde, yani, hukuk-dışı ve adalet-dışı olarak baskı uygulama, daha açık bir ifade ile, "zulmetme" yetkisi de verilmiş olacaktır. Bu takdirde, Af'tan memnuniyet duyanların Zulüm'den ikâyet etmeleri de anlamsız hale getirir.

3: Şayet Egemen Güç, icrasını hukuka ve adalete göre değil de keyfi tasarruflara göre yürütecek olursa, bu bizi Hobbes'un "despot devlet" kavramına geri götürür. Otoriter bir devleti savunan Thomas Hobbes, 1651'de kaleme aldığı başeseri Leviathan'ın 21. Bölümünde şunları söylemektedir:

"Uyruğun özgürlüğü, egemenin sınırsız gücüyle tutarlıdır. Ancak, bu özgürlükler, öldürmeye ve yaşatmaya kadir egemen gücün lağvedildiği veya sınırlandığı anlamına gelmez. Çünkü, ... egemenin hangi gerekçeyle olursa olsun bir uyruğa yapabileceği hiçbir şey, adaletsizlik veya haksızlık olarak adlandırılmaz; çünkü her uyruk, egemenin yaptığı her bir eylemin âmilidir.../ Dolayısıyla, devletlerde, bir uyruk egemen gücün emriyle öldürülebilir; ve yine de ne uyruk ne de egemen birbirlerine haksızlık etmiş olmayabilir."

Kanun, Hukuk ve Adalet

Af konusunu zihinlerde meşrûlaştırmak için ileri sürülebilecek gerekçelerden birisi, Af'ın *keyfi bir tasarruf* ile değil, *kanun* ile gerçekleştirileceği şeklindeki argüman olacaktır. Bu argüman Formel Hukuk açısından normal ve doğru görülebilir, ama, salt bir argüman olarak

Doğal (İdeal) Hukuk açısından reddedilmelidir. Zira, Kanun, özü itibariyle bir “mevzû hukuk” normudur; yani, kanun çıkarma yetkisini ve otoritesini haiz bir gerçek ve tüzel kişiliğin iradesinin bir eseridir. Ancak, yetki ve otorite ile bir hüküm konması, bu hükmün, bütün hukuk sistemlerinin tek ve biricik gayesi olan Adalet’in temin edilmesi hususunda yeterli ve tatminkâr olacağı anlamına gelemez.

Konuyu şöyle özetleyebiliriz: Bir kanunun meşrûiyeti şu üç ana referans çerçevesinde mütalea edilebilir:

1: Form Çerçevesi: Bir kanun, formel (şeklî) olarak, onu çıkarma yetki ve otoritesine sahip bir mercî tarafından tarafından çıkartılıyorsa, şeklen meşrûdur. Ancak, bu çerçeve sadece şekil ile ilgilidir, hukuk ve adalet ile ilgili olması zorunlu değildir. Zira, bizatihi Kanun, bir kurallar sistemi olarak Hukuk ve Adalet demek değildir. Kanunlar, birer müeyyide olmak itibariyle Hukuk-dışı ve Adalet-dışı da olabilirler. Çünkü, Hukuk-dışı ve Adalet-dışı bir zorba kuvvet de kanun çıkartabilir.

2: Hukuk Çerçevesi: Bir kanunun hukukî çerçevede meşrû olabilmesi, onun belirli bir müesses hukuk nizamına uygun olması anlamına gelmektedir. Bu müesses hukuk nizamı ise bir mevzû (vaz edilmiş, maddeler halinde tâdât edilmiş) bir anayasayı zorunlu kılmakta değildir. Bu zorunsuzluk (gayri zarûriyet) konusunda verilebilecek en mümtaz örnek, İngiltere gibi Modernite’nin ilk öncülerinden birisi olan bir ülkenin yazılı bir anayasasının bulunmamasıdır. Bugünkü bilinen şekli ile Anayasa, modern zamanlar hukuk anlayışının bir mahsulü olup o da netice itibariyle yine insan eliyle yapılmış (beşerî) bir kanunlar sistemi demektir ve bu haliyle, kanunun (veya kanunların) Anayasa’ya uygun olması tek başına bir meşrûiyet gerekçesi temin edemez.

3: Adalet Çerçevesi: Herhangi bir kanunun meşrûiyetinin asıl aranması icap eden referans çerçevesi, adalet çerçevesi olmak durumundadır. Zira, her ne şekilde olursa olsun, bütün hukuk sistemlerinin sadece ve yalnız ve ancak birtek gayesi vardır: Adalet’in temini. Bütün tüzükler ve yönetmelikler kanunlara, kanunlar ana-kanun olan Anayasa’ya uygun olmak mecbûriyetindedirler. Fakat hukuk konusuyla ilgili herhangi bir tartışmanın Anayasa’da bitirilmesi mümkün olamaz; Anayasa’nın da meşrûiyetini alacağı bir çerçeveye ihtiyaç vardır. Bu çerçeve Anayasa’yı vaz eden ve kabul ettiren Egemen Güç olamaz, bu, ancak, “şeklî bir meşrûiyet” demektir. Yani, adetâ matematiksel ispat metodunda “ispat zinciri” denen zincirin bir aksiyoma veya aksiyomlar grubuna istinad etmesi gibi, bütün hukuk sisteminin de sağlam bir aksiyoma istinad etmesi iktiza eder ki bu aksiyom da bizzat “Adalet”ten başkası değildir.

Adalet, insanlığın bütün içlem ve kaplamıyla tanımlamakta en ziyade zorlandığı kavramlardan birisidir; bu zorlanma konunun zorluluğundan (mudilliğinden) ileri gelmektedir.

Adalet’in en yalın, en berrak, en genel ve kapsayıcı tanımı, “Hakk’ın teslimi, Ölçü’nün konması”dır. Adalet’in miyarı ise, tartışmasız şekilde öncelikle “Vicdan”dır.

Hukuk felsefesinde bilinen şekliyle, Hukuk, ancak, Adalet için vardır ve Adalet ise, bir toplumun tüm hakkaniyetli ve adaletli düşünenlerinin vicdanlarına uygun bulunduğu için ve uygun bulunduğu sürece hukuktur.

Burada söz konusu olan “vicdan” ferdî vicdanlardan ziyade “kollektif vicdan” olarak anlaşılmalıdır. Zira, ferdî vicdan sübjektiftir, yanılmaya müsaittir, ayrıca ferdî vicdanlar arasında farklılıklar da söz konusudur. Halbuki Kollektif Vicdan, objektiftir; zira, topluma ait

vicdandır ve Tarih içerisinde tekevvün eder. Mecelle’de de zikredilmiş olduğu veçhiyle, “*Nâsın ekseriyeti yanlış üzere ittfiak etmez.*”. İşte burada söz konusu edilen “nâsın ekseriyetinin vicdanı”, ferdî vicdanlara nisbetle daha az yanılma durumunda olan Kollektif Vicdan’dır.

Şimdi, burada hulâsa etmeye gayret ettiğimiz bu çerçeveleri dikkatle gözden geçirdiğimizde konumuzla ilgili olarak şunu söyleyebiliriz: Yargı organları tarafından müesses hukuk nizamına göre vaz edilmiş kanunlara göre suçlu bulunan kişilerin, Egemen Güç tarafından, Yargı’ya müdahalede bulunarak affedilmesi, bir kanun ihdas edilmesi sûretiyle olacağı için şeklî olarak meşrû olacağı gibi, böyle bir affetme yetkisi Anayasa tarafından Egemen Güç’e verilmiş bulunduğu için hukukî referans çerçevesi bakımından da meşrû olacaktır. Ancak, asıl meşrûiyetin aranması gereken Hukuk Aksiyomu olan Adalet Çerçevesi ve Adalet’in de temelini teşkil eden Kamu Vicdanı noktai nazarından meşrûiyeti tartışmalara açık ve hattâ **gayri meşrû** olacaktır.

Toplumun bütün kesimlerinden yükselen sesler de göstermektedir ki, yapılması gereken, “Af” gibi çok yanlış bir mekanizmaya müracaat etmek değil, köklü, kalıcı ve âdil bir hukuk düzenlenmesini ve ıslahatını gerçekleştirmek olmalıdır.

