

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İHLAL EDEN VE KORUYAN OLARAK MODERN DEVLETİN
İNSAN HAKLARI PARADOKSU: HUKUK DEVLETİNDE FAİLİN
KAYBI

DOKTORA TEZİ

Oya AYDIN

Ankara, 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İHLAL EDEN VE KORUYAN OLARAK MODERN DEVLETİN
İNSAN HAKLARI PARADOKSU: HUKUK DEVLETİNDE FAİLİN
KAYBI

DOKTORA TEZİ

Oya AYDIN

DANIŞMAN

Doç. Dr. Özlem KAYGUSUZ

Ankara, 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Özlem Kaygusuz danışmanlığında hazırladığım **“İhlal Eden Ve Koruyan Olarak Devletin İnsan Hakları Paradoksu: Hukuk Devletinde Failin Kaybı”** adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

30/05/2022

Oya AYDIN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İHLAL EDEN VE KORUYAN OLARAK MODERN DEVLETİN
İNSAN HAKLARI PARADOKSU: HUKUK DEVLETİNDE FAİLİN

KAYBI

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Özlem KAYGUSUZ

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Doç. Dr. Özlem KAYGUSUZ

2- Doç. Dr. D. Çiğdem SEVER

3- Doç. Dr. A. Ersoy KONTACI

4- Doç. Dr. Özkan AĞTAŞ

5- Doç. Dr. Ozan ERGÜL

29.04.2022

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	VI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEZİN KONUSU, KAPSAMI VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

1.1. PLANLAMA	16
1.2. YÖNTEME DAİR.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

KORUYAN VE İHLAL EDEN OLARAK MODERN DEVLETİN İNSAN HAKLARI PARADOKSUNUN KAYNAĞI

2.1. İNSAN HAKLARI KAVRAMI.....	23
2.1.1. Neden ‘İnsan Hakları’?.....	23
2.1.2. İnsan Hakları Kavramından Vazgeçmeli miyiz?.....	26
2.1.3. ‘İnsan Hakları İhlali’ Üzerine.....	30
2.2. LİBERAL İNSAN HAKLARI KURAMININ AÇMAZLARI	32
2.2.1. Başlangıç Teorisi: Birey ve Uyrak Olarak İnsan.....	33
2.2.2. Uyraktan Yurttaş Hak Sahibi Özne Olarak İnsan.....	38
2.2.2.1. Öznenin İnşası	38
2.2.2.2. Özgür Birey- Tabi Nesne.....	42
2.2.3. Soyut ve Sınırlandırılmış İnsan Hakları Anlayışı.....	46
2.2.3.1. Soyut İnsanın Soyut Hakları.....	47
2.2.3.2.İnsan ve Yurttaş Ayrımı: Kavramsal Evrensellik Sınırlı Uygulanabilirlik.....	52
2.2.3.3. Sınırlandırılabilir İnsan Hakları: İnsanlığın ve/veya Hakların Askıya Alınması	58
2.2.4. Hayatı ve Ölümü Kontrol Eden Egemen Devlet	63
2.2.5. Modern Devletin İnsan Hakları Açmazında Şiddet Tekelinin Rolü.....	69
2.2.5.1. İnsan Haklarının İhlali ve Koruyucu Olarak Şiddet.....	69
2.2.5.2. İhlal Olarak Şiddet- Koruyucu Olarak Şiddet	72

2.2.5.3. Koruyucu Şiddet Hukuk İlişkisi	83
---	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN HAKLARINI İHLAL EDEN VE KORUYAN ÖZNE(LLİK) OLARAK MODERN DEVLET MODERN DEVLETİN YAPISI VE KİŞİLİĞİ ÜZERİNE

3.1. SİYASAL İKTİDARIN SOYUTLANMASI OLARAK MODERN

DEVLET	89
--------------	----

3.3.1. Devlet Kavramı.....	90
----------------------------	----

3.3.2. Modern Devlet.....	93
---------------------------	----

3.2. MODERN DEVLETİN KİŞİLİĞİ:..... 95

3.2.1. Devlet Kimdir?	95
-----------------------------	----

3.2. Siyasal İktidarın Soyutlanması: Devletin Gayrişahsiliği.....	100
---	-----

3.2.1. Kişisel Olmayan İktidar.....	100
-------------------------------------	-----

3.3.3. Kralın İki Bedeniinden Bedensiz Devlete: Siyasi Corpustan Ulus Devlete.....	107
---	-----

3.3.4. İktidarın Süreklilik Sorunu: Siyasi Bedenden Kişiliğe Geçiş. Corpus Mysticum'dan Persona Mystica (Gizemli Kişilik)ya Geçiş	115
--	-----

3.3.5. Kurgusal Bir Kişilik Olarak Modern Devlet	123
--	-----

3.3.5.1. Çokluk Nasıl Tek Kişi Olur?.....	123
---	-----

3.3.5.2. Hobbes'un Leviathan'ı Devlet Nasıl Bir Kişidir?	131
--	-----

3.3.5.3. Kralın Başının Kesilmesi: Leviathan'dan Akephalos'a	137
--	-----

3.3.6. Yasal- Hukuksal Egemenlik: Devlet'in Hukuki Kişiliği	145
---	-----

3.3.6.1. Hukuki Tüzel Kişi Olarak Devlet.....	150
---	-----

3.3.6.1.1. Devlet Tüzel Kişiliğinin Kapsamı	156
---	-----

3.3.6.1.1.1. Fiksyon Teorisi.....	157
-----------------------------------	-----

3.3.6.1.1.2. Gerçeklik Teorisi (Organ Kuramı)	160
---	-----

3.3.6.1.1.3. Kurum (Institution)Teorisi	167
---	-----

3.3.6.1.2. Tüzel Kişilik Teorileri Egemeni Belirleyebilir mi?.....	169
--	-----

3.3.7. Devletin Kişileştirilmesine Karşı Çıkan Görüşler	172
---	-----

3.3.8. Devlet Tüzel Kişiliğinin Kabulünün Etkisi	174
--	-----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN SOMUT ÖZNESİ OLARAK DEVLET GÖREVLİLERİ: FAİL Mİ KURBAN MI?

4.1. İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN SOMUT ÖZNESİ OLARAK

DEVLET GÖREVLİLERİ.....	178
4.1.1. Egemeni/ İhlalciyi Nerede Buluruz?	178
4.1.2. Bürokrasinin Doğuşu ve Bürokratik Rasyonalizasyon.....	183
4.1.3. Devletin İnsan Hakları Açmazında Devlet Görevlilerinin Fonksiyonu .	191
4.1.4. Devlet'in Eylemi Mi Devlet Görevlisinin Eylemi mi?	193
4.1.4.1. Atıf Kriterleri.....	196
4.1.4.1.1. Temsil Kuramı ve Organ Kuramı'nın Meseleye Yaklaşımı	197
4.1.4.1.2. Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayırımı	201
4.1.4.1.3. Görev Kusuru Kriteri.....	203
4.1.4.1.4. Kişisel Yetki Kriteri.....	204
4.1.4.1.5. Etkili Kontrol Kriteri	207
4.1.5. Kimlerin Eylemi Devlete Atfedilebilir?	210
4.1.5.1. Devlet Organlarında Yer Alan Kişilerin Eylemleri.....	210
4.1.5.1.1. Yargı	210
4.1.5.1.2. Yasama	212
4.1.5.1.3. Yürütme	214
4.1.5.2. Devlet Organlarında Yer Almamakla Birlikte Devlet Yetkisiyle Hareket Eden Kişi veya Oluşumların Eylemleri	214
4.1.5.2.1. Geçici İstihbarat Görevlileri	215
4.1.5.2.2. Özel Güvenlik Görevlileri	216
4.1.5.3. Devlet Faaliyetinde Yer Alan Diğer Kişilerin (De Facto Ajanlar) Eylemlerinin Devlete Atfı Sorunu	218
4.1.5.3.1. Paramiliter Gruplar	219
4.1.5.3.2. Kontrgerilla Benzeri Yapılar	221
4.1.6. Devlet Görevlilerinin İnsan Haklarını İhlal Potansiyeli	223
4.1.6.1. Çürük Elmalar Mı Sıradan İnsanlar mı?.....	224
4.1.6.1.1. Deneyimler, Deneyler.....	224
4.1.6.1.2. Sıradan İnsanlar	228
4.1.7. Devlet Görevlilerinin İnsan Hakları İhlallerinde Etkili Süreçler.....	233
4.1.7.1. Otoritenin Etkisi	235

4.1.7.2. Bürokratik İşleyiş: Hiyerarşik ve Yabancılaştırıcı İş bölümünün Etkisi.....	241
4.1.7.3. Bürokrasinin Vicdan Meselesine Çözümü: Bürokratik Ahlak .	244
4.1.7.4. Mağdurun Kişiliksizleştirilmesi/İnsandışılaştırılması	247
4.1.7.5. Tecrit-Anonimlik.....	251
4.1.7.6. Ulusal Güvenlik İdeolojisi.....	254
4.1.7.7. Resmi Eğitim.....	256

BEŞİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN İNSAN HAKLARINI KORUMA İDDİASI

DEVLETİN İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDEN SORUMLULUĞUNUN TEMELİ OLARAK HUKUK DEVLETİ

5.1. SORUMSUZ İKTİDARDAN SORUMLU DEVLETE	258
5.2. SİYASAL İKTİDARIN SORUMSUZLUĞU	261
5.2.1. Tanrının İnayetiyle Kral: <i>Rex Gratia Dei</i>	261
5.2.2. Hukuk Merkezli Krallık.....	264
5.3. SİYASAL İKTİDARIN SORUMLULUĞUNUN KABULÜ	268
5.3.1. Halkın İnayetiyle Kral: <i>Rex Gratia Populi</i>	268
5.3.1.1. Sözleşme Kuramı ve Siyasal İktidarın Sözleşme İle Sınırlanması	269
5.3.1.2. Sözleşme Kuramı'ndan Sivil Toplum / Devlet Ayırımına: Topluma Karşı Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu.....	272
5.3.1.3. Devlet Görevlilerinin Sorumluluğundan Devletin Sorumluluğunun Kabulüne: Davalı Devlet!	274
5.3.2. Hukukun İnayetiyle Devlet / <i>The Grace Of The Law</i>	277
5.3.2.1. Hukuki Devlet Anlayışı ve Devletin Sorumluluğu: Devletin Hukukuyla Bağlılığı Problemi.....	277
5.3.2.2. Devletin Hukukuyla Bağlılığı Sorununa Karşı Devletin Sosyal ve Hukuki Gerçekliği İddiası: Bağlanan İrade ile Bağlayan İrade Farklı mıdır?	283
5.3.3. Liberal Kuramın Mihenk Taşı Olarak Hukuk Devleti/Hukukun Üstünlüğü İlkesi Ve İnsan Haklarının Korunması	287
5.3.3.1. Gerçekleşmeyen İddia: Teorik Eleştiriler ve Tarihsel Deneyimler	291

5.3.3.2. Hukuk Devleti Krizine Karşı Maddi/İçeriksel Hukuk Devleti.	297
5.3.3.4. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Modern Devletin İnsan Hakları Paradoksuna Bir Cevap Sunabilir mi?	302
5.3.3.5. İnsan Haklarının Korunması Ve Hukukun Üstünlüğü'nün Mihenk Taşı Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Devletin İnsan Hakları Paradoksuna Bir Cevap Sunabilir mi?	308
5.3.3.5.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İnsan Hakları Rejimi.....	310
5.3.3.5.1.1. İstisna Hali İle Malul Sınırlandırılabilen İnsan Hakları Anlayışı	311
5.3.3.5.1.1.1. Yaşam Hakkı, İstisna, Sınırlandırma.....	312
5.3.3.5.1.1.2. İŞKENCE YASAĞI İSTİSNA SINIRLANDIRMA.....	323
5.3.3.5.1.2. İkincilik	326
5.3.3.5.2. AİHS sisteminde Devlet İhlalci mi Koruyucu mu? AİHS Failin Belirsizliği Problemini Çözer mi?.....	330
SONUÇ	339
KAYNAKÇA.....	351
ÖZET	376
ABSTRACT	377

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e. : Adı geçen eser

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AİİS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Bkz. : Bakınız

NATO : North Atlantic Treaty Organisation (Kuzey Atlantik Anlaşması Örgütü)

Prg : Paragraf

s. : Sayfa

S. : Sayı

Yay : Yayın

***DEVLET İNSAN HAKLARI GERİLİMİNDE DEVLET GÖREVLİLERİNİN
FONKSİYONU:
İHLAL EDEN VE KORUYAN OLARAK DEVLETİN İNSAN HAKLARI GERİLİMİ***

***Ros. : My lord, you must tell us where the body is, and go
with us to the king.***

***Hamlet: The body is with the king, but the king is not
with the body. The king is thing-***

(Hamlet)¹



¹ **ROSENCRANTZ:** Lord'um ölünün bedeni nerde lütfen söyleyin ve bizimle birlik- · · te Kral'ın yanına gelin.

HAMLET: Beden Kral'da ama Kral bedende değil. Kral bir şey ... (Türkçe çeviri; Bozkurt, Bülent Remzi Kitabevi, 2001)

GİRİŞ

Hobbes'un Leviathan kitabının yayınlanmasından elli yıl kadar önce Shakespere, ilk kez 1601'de sahnelenen Hamlet oyununda, Kral'ın artık bedende olmadığını, sadece 'şey' olduğunu dile getirmişti. Bu iki satırı, siyasal iktidarın gayrişahsileşmesinin² ilk ve en sade ifadelerinden biri olarak kabul edebiliriz. 16. yüzyılın sonunda, Kral, bir başka deyişle siyasal iktidar artık bedenın dışına çıkarılmış, gayrişahsileşmişti. Bununla birlikte, dışına çıkılan beden, doğal bir bedendi; hükümdarın ölümlü, doğal bedeni. Zira, siyasal düşünüşte beden, yapay bir metafor olarak Hristiyan kilise öğretisinin de etkisiyle Ulus, Halk veya Devlet tanımlarında işlevsel varlığını hep sürdürmüştür. Ancak kanımızca, modern devleti, önceki siyasal iktidar biçimlerinden ayırt eden temel olgu, siyasi bedenın yapaylığı değil, siyasal iktidarın, yapay beden metaforunun sağladığı olanaklar da kullanılarak kişileştirilmesidir.

Siyasi beden metaforunun Batı siyasal düşüncesinde devlet olgusunu anlamak ve anlatmak bakımından ne kadar merkezi olduğuna dair yaygın yorumların³ aksine, modern devlet çağında, merkezi kategorinin 'beden' değil, 'kişilik' olduğunu ileri sürerek başlamak iddialı görünebilir. Siyasal iktidara, beden metaforu üzerinden bakılmaya devam edilmesinin, konusu devlet olan genel kamu hukukuna yansması, başat tartışmanın halk/ulus, egemenlik ve egemenliğin sınırlandırılması üzerine yoğunlaşmış olmasında görülür. Devletin kişiliği, tek tek devlet organlarının tüzel kişiliği ile biçimlendirilerek ve ayrıntılandırılarak 'doğal bir olgu' olarak kabul edilir, üzerinde fazla durulmaz. Sadece ihlal eden devlet görevlisinin değil, o görevlinin eyleminin atfedildiği

² Gayrişahsilik Türkçeye yerleşmiş ve yaygın kullanıma sahip olması nedeniyle tercih edilmiş olup gerçek kişilerin dışına çıkarılmış 'kişisel olmayan (impersonized) iktidar' anlamında kullanılmaktadır.

³ Neocleous, M., **Devleti Tahayyül Etmek**, Çev.: Akın Sarı, Notanbene yay., 2015.s.20-45.

devletin de *insan hakları ihlallerinden sorumlu olması gerektiği savunulurken* devletin bir kişilik olarak algılanmasının anlamı sıklıkla sorgulanmaz.

Bu nedenle olsa gerek Ankara Üniversitesi Kamu Genel Hukuku doktora sınavında sorulan, “*İnsan hakları ihlallerine karşı devlete mi devlet görevlisine mi dava açılmalı?*” sorusunu, bu ön kabulle hareket ederek “*her ikisi de sorumlu olmalı ancak asli sorumlu devlettir*” diye yanıtlarken elbette pratiğin bilgisi ile hareket etmiştim. İşkence davalarında, ‘faili meçhul’ cinayet davalarında yargılanan polisler, askerler, sadece kendilerine verilen görevleri yerine getirdiklerini ve devletin bekasını koruduklarını, masum olduklarını savunuyorlardı; fail olmanın ötesinde figürana hatta kimi zaman kurbanı benzer halleri vardı. Devlet başkanlarının, bakanların sorumluluğu iddiaları nadiren ve uluslararası örneklerde görülebiliyordu. ‘Devlet’ ise, gizlenemeyecek, inkâr edilemeyecek ihlal vakalarında, hazineden bir miktar tazminat ödemekle sorumlu tutuluyordu.

İnsan hakları ihlallerinden kimin sorumlu tutulması gerektiği sorusu, ihlalin soyut ve somut iki öznesi üzerinden devletin kişiliği konusunun önemini fark ettirerek beni ihlalin kaynağına yönlendirdi; tek başına devlet mi, yoksa tek başına devlet görevlisi mi, ya da birlikte mi sorumlu tutulsun sorusunun cevabını ararken asıl sorunun, bir fail bulma meselesi olduğu anlaşıyordu; fail kayıptı ve ihlalin gerçek sorumlusu olan özne bulunmadan ihlalin yaptırıma tabi tutulması ne kadar olanaklı ve etkili olabilirdi?

Diğer taraftan, insan hakları ihlallerinin ulusal ve uluslararası boyutlardaki artışı, insan hakları alanında yaşanan büyük gerileme ile birlikte sorumluluk meselesinin önemini daha da artırıyordu. Milyonlarca insanın öldüğü, sakatlandığı, işkence ve göçlere maruz kaldığı iki büyük dünya savaşının acılarının akabinde, sömürge ülkelerin bağımsızlık ilanlarına, yeni uluslararası kurumların oluşturulmasına, insan haklarının ulusal ve uluslararası düzeyde evrensel ilkeler olarak kabulüne tanıklık edilen 20.

yüzyılın ikinci yarısı geride kalmıştı. Geride bırakılan ve ironik biçimde *soğuk savaş* olarak adlandırılan yarım yüz yıllık bu “barış” döneminde, Küba’da, Kore’de, Vietnam’da, Afganistan’da, İran’da, Irak’ta çok sayıda ölüm ve işkenceye tanıklık edilen sıcak savaşlar yaşanmış, yüzbinlerce insan bu savaşlarda ölmüş veya yaralanmış, Ortadoğu ve Asya’da, Afrika’da bir çok hükümet değişikliği, darbeler ve şiddetli güç kullanımları ile gerçekleştirilmiş olsa bile, Batı, insan haklarına dayalı hukukun üstünlüğü ile şekillenmiş medeniyeti temsil ediyordu. Eşitlik politikasına dayalı sosyalist rejimlerle yönetilen Doğu Bloku’nun yıkılmasıyla birlikte “*tarihin sonuna*” gelindiği iddia ediliyordu⁴; insan hakları temeline dayanan demokratik hukuk devleti evrensel ve *ebedi barışın* olanağı mertebesine erişmişti.

Çok geçmeden, 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri’ne yönelik yüzlerce insanın ölümüne, binlerce insanın yaralanmasına neden olan bombalı saldırılar sonrasında Batı demokrasilerinde yaşananlar, tarihin sonu söyleminin bir ahir zaman eskatolojisi olduğunu gösterdi; ülküsünü demokratik hukuk devletini içselleştirmiş *çağdaş Batı medeniyeti* olarak belirleyenler açısından yeni bir hayal kırıklığı yarattı. Bu hayal kırıklığıyla başlayan 21. yüzyıl, ulusal güvenlik kavramının yeni yorumu eşliğinde⁵ insan haklarını koruma olanaklarının gerilediği, ihlallerinin yoğunlaştığı bir başlangıçla, insanlığa, hak ve özgürlüklerinin hala büyük tehdit altında olduğunu gösterdi.⁶ Hobbes’un ve Carl Schmitt’in, egemenliğin bu iki büyük ama sevilmeyen kuramcısının adı sıkça anılır oldu. İnsan haklarının en önemli ihlal eden öznesi sıfatını koruyan devlet,

⁴ Tarihin sonu kavramını ilk kez 1989 yayımlanan bir makalesinde ve sonra 1992 yılında yayınlanan kitabın isminde kullanan Amerikalı siyaset bilimci Fukuyama, bu kavramla, Sovyetler Birliği’nin dağılmasının ardından ideolojilerin sona erdiğini, daha doğrusu Batı’nın ekonomik ve siyasal liberalizminin zaferini ilan ediyordu. Francis Fukuyama, **Tarihin Sonu ve Son İnsan**, Çev.:Zülfü Dicleli, Profil Kitap yay., 2011.

⁵ Neocleous, M, **Güvenlik, Şiddet ve Savaş**, Çev.: Ersin Embel, Gül Çorbacıoğlu, 2012, Dipnot Yay., Ankara.

⁶ Don, E. Scheid, “*National security , Indefinite Detention for Mega Terrorists?*”, **Coercion and the State** içinde , Edited by David A. Reidy and Walter J. Riker, Springer, 2010 s. 147

güç tehdidini doğrudan güç kullanımına tahvil ederek potansiyelini en yüksek düzeyde gerçekleştirebileceğini, yine, yeniden ortaya koydu. Terörle mücadele yasaları normlar hiyerarşisinde anayasanın yerini almaya, siyasal tartışmalar anayasalar üzerinden değil, terör yasaları üzerinden yürütülmeye, hukuktan, demokrasiden çok güvenlikten, ulusun güvenliğinden söz edilmeye başlandı. Son 20 yıl içinde yaşanan siyasal ve hukuksal olaylar nedeniyle, tarihin değil ama hukuk devletinin ve insan hakları söyleminin sonunun geldiğine dair iddialar daha çok ilgi toplamaya başladı.⁷

Aslında insan hakları hemen her ülkede ve her zaman ihlal edilmeye devam ediyordu. Özellikle 1970’lerde yaşanan ekonomik krizi aşmak için 1980’lerden itibaren yürürlüğe konan neoliberal dönüşüm programı, *Washington uzlaşması* ile, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi kurumlar aracılığıyla, gelişmekte olan ülkelere, piyasa kısıtlamalarını ve ticaret engellerini azaltmayı, sermaye akışını serbest bırakmayı, bu çerçevede yabancı yatırımların korunması ve sözleşmelerin uygulanması için zaruri görülen liberal demokrasinin geliştirilmesi ve hukukun üstünlüğü değerlerine yapılan çağrılarının paralelinde, talep edilen yeni ekonomik düzene yönelik direnişleri ortadan kaldırmak üzere gayri resmi yollarla askeri darbeler aracılığıyla Üçüncü Dünya ülkeleri kategorisinde yer alan ülkelerde insan hakları ihlallerinin en acı örnekleri yaşanıyor. Ancak çoğunlukla diktatör eğilimli liderler veya *çürük elmalar* ile açıklanan bu ihlaller, insan hakları kavramının bir değer olarak konumunu etkileyecek düzeyde değildi; daha doğrusu böyle sunulmuyordu ve insan haklarına saygı göstermeyen devlet imajı, Batı demokrasileri dışındaki devletlere özgülüyor. Ancak artık çağ değişmişti; Amerika Birleşik Devletleri başkanı Bush, ‘*savaştayız*’ (*We are at war*) diyerek yeni dönemin ruhunu henüz doğmuş 21. yüzyılın kulağına üflüyordu.⁸ ‘Robotic Warfare’ çağına

⁷ Paye, Jean Claude, **Hukuk Devletinin Sonu**, Çev.: G.Demet Lüküslü, İmge Yay., 2009, Douzinas, Costas, **İnsan Haklarının Sonu**, Dipnot Yay, 2015, Ank.

⁸ 11 Eylül öğleden sonra, video telekonferansla danışmanlarıyla buluşmasına “savaştayız” (We are at war) sözleriyle başlayan Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Bush, 20 Eylül Kongre açılış

girilmişti;⁹ başka devletin ülkesel alanında olsa bile, terörist olduğu düşünülen kişiler insansız hava araçlarıyla öldürülüyor, uçaklarda, tutulma yerlerinde işkence yapılması gibi insan hakları ve hukukun üstünlüğüne aykırı eylemler artık terörle savaşın silahlarından sayılıyordu.¹⁰

Demokrasinin beşiği kabul edilen İngiltere’de 14 Mayıs 2006 tarihli *The Sunday Telegraph* gazetesinde İnsan Hakları Yasası’nı temsil eden amblemin altına *Human* kelimesinin üzeri çizilerek ‘*The Criminals’ Rights Act 1998*’ yazılı bir karikatür yayınlanması büyük bir tepkiyle karşılanmamış, Birleşik Krallık Başbakanı May, Irak’ta savaş suçu işlemekle itham edilen askerleri insan hakları avukatlarına yem etmeyeceğini ilan ederek bu politikayı sürdürdüğünü ilan etmişti.¹¹ Örtbas edilmeye gereksinim dahi duyulmayan işkence ve aylar, hatta yıllarca yargıç önüne çıkarılmama gibi terörle savaşın ‘yasal’ araçlarının mekanı olan Guantanamo, CIA uçakları, Abu Garip Hapishanesi, yeni yüzyılda, olağanüstü halin olağanlığını ve yaygınlığını sembolize ediyordu.¹²

Terörle savaş çağına eşlik eden teknolojik gelişmelerle birlikte bireylere karşı, her türlü aracın ve mekanın kullanıldığı bu savaşta, insan hakları ihlal edilenlerin, nerede, kime karşı sorumluluk iddiasında bulunabilecekleri sorusu iyice muallak hale gelmiş, fail üzerindeki perde kalınlaşmıştı. Hollanda ve Almanya’daki kumanda merkezlerinin

toplantısında da terörle savaşta olduklarını, savaşın El Kaide ile başladığını ama onlarla bitmeyeceğini, son terörist yok edilinceye kadar devam edeceğini açıkladı.

https://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushaddress_092001.html. 12.2.2020.

⁹ A report by the All-Party Parliamentary Group on Drones Chair: Professor Michael Clarke Legal advisor: Professor Dapo Akande Concluding its Inquiry into the UK’s Use of Armed Drones: **Working with Partners** July 2018, https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-07/INH_PG_Drones_AllInOne_v25.pdf. 20.12.2020.

¹⁰ <https://www.theguardian.com/politics/2003/jul/22/september11.humanrights> 16.02.2020..

¹¹ <https://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/03/theresa-may-vows-to-protect-troops-from-legal-witch-hunt-by-opti/> 3.12.2019.

¹² https://www.amnesty.org.uk/guantanamo-bay-human-rights?utm_source=google&utm_medium=grant&utm_campaign=BRD_AWA_GEN_dynamic-search-ads&utm_content. 1.5.2022.

katkılarıyla uçan insansız hava aracıyla, sınırın ötesinde Afganistan'da öldürülen çocukların, sivil insanların ölümünden kim sorumlu tutulacak, mahkemeye kim çıkarılacaktı? Devlet mi, devlet görevlisi mi; birden fazla devletin yürüttüğü operasyonlarda hangi devlet, hatta pratikte sıkça karşılaşılan yeni bir olgu olarak kimi durumlarda özel güvenlik şirketleri mi suçlanacaktı?

Bu deneyim, devletin insan haklarından sorumluluğu, devletin güç kullanımının sınırları, insan hakları ihlallerine karşı olanaklar ve özellikle hukuk devleti üzerine tartışmaları canlandırdı. Devletin hükümlanlığı ile gücünün sınırlandırılmasının, bir başka deyişle insan haklarını koruma olanağının ne derece bağdaşabileceği sorunu, tozlu raflardan indirilerek yeniden ele alınmalıydı. *Kral hata yapmaz* özdeyişi ile özetlenebilecek kişisel yönetimlerin olduğu önceki siyasal iktidarlardan farklı olarak kişilerin değil, hukukun egemen olduğu iddiasına dayanan, kendisini insan haklarının koruyucusu olarak ilan eden, hukuk devleti ilkesinin yerleşmesiyle birlikte insan hakları ihlallerinden sorumluluğu temel bir ilke olarak kabul eden modern devlet ihlallerden sorumludur deniliyordu. Ancak devletin sorumlu tutulmasının pratikteki karşılığının ne olduğunun anlaşılması için, hukukun egemenliğinde, egemenliği kullanarak insan haklarını ihlal eden failin nasıl bir özne olduğu sorusunun da cevaplanması gerekirdi. İnsan hakları ihlallerinin faili kabul edilen devlet, nasıl olup da aynı zamanda insan haklarının koruyucusu sayılabiliyor, bu iki çatışmalı öznellik nasıl bir arada bulunabiliyordu? Hukuk devleti ilkeleri uygulanıp devlet tazminat ödediğinde, işkence yapan asker-polis hapse gönderildiğinde, devlet, insan haklarının ihlalcisinden koruyucusuna mı dönüşüyordu? Devlet bir soyut varlık olarak nasıl sorumlu fail kabul edilebilirdi? Bu tezin temel sorularından birisi, insan hakları ihlallerinin failinin kim olduğu sorusudur.

Merceği faile yönelttiğimizde, bir yanda soyut bir hukuki kişilik olarak tüzel kişi-devlet, öte yanda devlet faaliyetlerinde yer alan ancak kişisel zeminde hareket etmeyen, belli makamlarda hukuksal sınırlar içerisinde belirlenen görevleri yerine getiren somut devlet görevlileri ile karşılaşılır. Bu görevliler, bir ücret karşılığında görev yaparlar ve siyasal iktidarın sahibi olarak görülmeleri zordur; sadece kurumlarda yer alan ve belli kurallarla çalışan birer uygulayıcıdırlar. Devlet tüzel kişiliği ve devlet görevlilerinin bu biçimde kurumsallaşması, modern devletin temel ayırıcı özelliklerinden gayrişahsileşme ilkesinin gereğidir. Siyasal iktidarın bu biçimde gayrişahsileşmesine ilişkin olarak Ernest Cassirer, dinsel temellerinden kopan ve özerk hale gelen siyasal iktidarın soyutlanmasının siyasal erki nasıl güçlü kılarak tehlikeli olabileceğine dikkat çeker: “*Machiavelli ile devlet istenilen ereğe ulaşmış özerkleşmiştir... Devlet tümüyle bağımsızdır ama bunun bedeli pahalıdır: aynı zamanda devlet her şeyden soyutlanmıştır. Siyasal dünya sadece din ve metafizikle değil, aynı zamanda insanın ahlaksal ve kültürel yaşamının tüm öteki biçimleriyle bağlantısını koparmıştır.*”¹³

Siyasal iktidarın onu kullananlardan ayrılarak soyutlanmasının, dinsel temellerinden kopan siyasal iktidarın meşruiyeti açısından gerekli kutsallığı sağlamanın bir aracı olduğu ve soyutlanarak görünmez olan egemenliğin korkutucu boyutu olduğu doğrudur.¹⁴ Ancak daha önemlisi, bu soyutlama sayesinde, egemen öznenin kim olduğuna dair yaratılan muammadır. Modern kapitalist devlette ekonomik ve siyasal iktidarın biçimsel ayrılığına dair matrix sayesinde¹⁵ siyasal iktidarın, devlet formunda bir hukuki ve siyasal mekanizma olarak soyut görünüşü, iktidarın kullanıcılarını araçsallaştırarak egemeni görünmez kılar. Kapitalist toplumda modern devletin esas ayırt edici merkezi karakteri, bu ayrılığın bir sonucu olarak siyasal iktidarın gayri

¹³ Cassirer, Ernst, **Devlet Efsanesi**, Çev.: Necla Arat, İst., Remzi Kitabevi, 1984, s.144.

¹⁴ Akal, Cemal Bali, **Sivil Toplumun Tanrısı**, Afa Yay., İst., 1990, s. 69-71.

¹⁵ Engels, F., **Ailenin, Devletin, Özel Mülkiyetin Kökeni**, Sol Yay, Ank., 1992, s. 178 vd.

şahsileşmesidir. İktidar, kişilerden soyutlanmıştır. Tezin varsayımları egemenin kaybına dair bu tespiti dayandırılmıştır.

Modern devlette siyasal iktidarın gayrişahsileşerek soyutlanmasının, devlet faaliyetlerinin, bu çalışma bağlamında insan hakları ihlallerinin failini/öznesini görünmez kıldığı iddiası bu tezin temel varsayımlarından biridir. Hobbes'un fail olarak tanımladığı *siyasi corpus*'un temsilcisi olan *Bir*, Hobbes döneminde hala varlığını sürdüren *Hükümdar*'ın bedeninde olamayacağına göre fail kayıptır. Foucault öyle düşünmese de *Kral'ın başı kesilmiştir*. Artık *L'état c'est moi* (Devlet benim) diyen biri de yoktur.¹⁶ Devlet görevlisi sadece yasayla kendisine tanınan yetkiyi kullanan ve geçici olarak bir makamı işgal eden kişidir; gerçek egemenlerin kim olduğu sorusuna ise hiçbir zaman açık ve kesin bir cevap verilmez. Sistem veya soyut bir varlığın fail sayılması mantıklı ve de mümkün değildir. O halde fail ya da egemenin kim olduğu nasıl bulunacaktır?

Fail olmak, sorumlu tutulabilmektir; sorumluluk irade gerektirir. Soyut bir varlık nasıl irade sahibi görünecektir? Modern devletin teorisyeni Hobbes, bu açmazın farkındadır; bu nedenle yeni siyasal iktidar modelini anlattığı *Leviathan*'da, sihirli cevabı bulmuştur: *Person/Kişilik*.

Meşruti yönetimin varlığını sürdürdüğü bir dönemde yaşamış olmasına karşın, Hobbes, kişilerden soyutlanan gayrişahsi bir siyasal iktidarın hak ve yükümlülükler öznesi olmasının ancak kişileştirme ile mümkün olabileceğini öngörmüştür. İnsanlar, bir araya gelerek tek bir kişilik halinde birleşirler; kendi kişiliklerini taşıyacak olan bu tek/bir kişiliği Hobbes, *Civitas/Devlet/Commonwealth* olarak isimlendirir. Böylelikle paradoksal olarak kişisel olmayan siyasal iktidar modelinde devlet kişileştirilir. *Kişiler, Amiller ve Kişileştirilmiş Nesneler Üzerine* başlığı ile başlayan *Leviathan*'ın meşhur 16.

¹⁶ Fransa kralı XIV. Louis'e atfedilir.

Bölümü'nün karmaşık ve anlaşılmaz bulunarak farklı yorumlara tabi tutulmasının ve Hobbes'un aynı eserinin İngilizce ve Latince baskıları ile De Cive'de anlattıkları arasındaki farklılıkların arkasında esasen sözünü ettiğimiz bu yapısal açmazın taşıdığı güçlükler yer alır. Koruyan ve ihlal eden olarak iki çatışmalı öznelliğin aynı yapıda birleşmesi paradoksunun, kişisel olmayan iktidar modeli ile aşılması, hak ve yükümlülüklerle sahip olabilmenin önkoşulu olan kişilik kurgusu ile çözümlenmeye çalışılmış, kişisel olmayan siyasal iktidar kişileştirilerek yeni bir paradoks üretilmiştir.

Devletin irade sahibi bir fail olarak görülmesi, her türlü aşkınlığa karşı insanı ve insan doğasını temel alan ve özerk insani özneye dayanan modern felsefi düşüncede nasıl açıklanmaktadır? Devletten bir kişi olarak söz edildiğinde devletin insansılaşarak kendine ait bir istence sahip özne olarak tahayyül edildiği tespitine¹⁷ ek olarak kişileştirme ile birlikte insanın da hukukileşerek insani öznedan hukuki özneye dönüşmesinin arkasında aynı paradoks vardır. Shakespeare'in *King is the Thing* (Kral şeydir.) dizelerinin derinliği, sadece iktidarın soyutlanmasını ima etmesinden kaynaklanmaz; esas olarak Roma Hukuku'ndan gelen ve özel mülkiyetin temel biçimiyle bağlantılı kullanılan *persona* (*res*)¹⁸ kavramını hatırlatarak kendisinden yarım yüzyıl sonra Hobbes'un kuramında yeni siyasal iktidarın temel formu ve mistifikasyonu olarak yer alacak olmasındandır. Ancak bu kişilik insana has özelliklerle değil, *res* (thing) şeye dair bir kişiliktir.

Bununla birlikte, tüm açmazlarına karşın, kişilik kurgusu, bir kurum, bir organizasyon olarak örgütlenen soyut siyasal iktidar olarak devletin bir kişi olarak düşünülmesini sağlayabilmiş ve devletin eylemde bulunabileceği ve dahası

¹⁷ Neocleous, Mark, **Devleti Tahayyül Etmek**, Çev., Akın Sarı, Ankara, Nota Bene Yay., 2015, s. 14.

¹⁸ Karaman B., "Roma Hukukunda 'Persona' Kavramı", İstanbul, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:127-128, 2015.

eylemlerinden sorumlu olabileceği kabulünü sağlamıştır. Özellikle 19. yüzyıldan itibaren siyasal iktidarın kurumsallaşması ve hukuki görünümünün ağırlık kazanmasıyla birlikte hukuksal egemenlik modelinin inşasında çok daha fonksiyonel bir rol oynayan devletin kişiliği kurgusu, devletin tüzel kişiliği formunda kamu hukukunun temel biçimlendiricisi olmuştur. Devletin kişiliğinin kabulü sayesinde, siyasal iktidarı kullananların eylemleri, hak ve yükümlülükler öznesi olarak devlete atfedilebilmiş, görünüşte de olsa devlet tüzel kişiliğinin sorumluluğu kabul edilebilmiştir. Görünüştedir, çünkü hem iktidarın hem de özgürlüklerin dayanağı olarak kabul edilen hukuksal egemenlik modelinde, herkesin sadece hukuk kurallarına tabi olduğu varsayılmakla bir bakıma *hiç kimsenin egemenliği* söz konusu olduğundan yapılp edilenler konusunda hesap vermesi istenebilecek sorumlu kişinin kim olduğunu tespit etmek görüldüğü kadar kolay değildir. Bir hukuki yapı olan tüzel kişilik olarak devletin yakasına yapışılmaz; devletten talep edilebilecek şey eninde sonunda bir özel hukuk yaptırımı olan tazminattır; yani ihlalden sorumlu olduğu söylenen devletin kişiliği denilen şey, hazineden başka bir şey değildir. Kişisel bir nedenle hareket etmeyen devlet görevlisine verilecek ceza ise, yürekleri kısmen soğutsa da yeni ihlallerin olmasını önlemeyecektir. Bauman'ın, Milgram Deneyi üzerine yaptığı değerlendirmede, birden çok görevlinin katılımıyla işlenen suçlarda, failin zarar verme kapasitesi ve sorumluluğunun azalmasına dair tespitleri modern bürokratik işleyişin en iyi özetlerinden biri sayılabilir. Zarar verici eylemin kolektif niteliğinin fiziksel ve saf psikolojik uzaklığın etkisini daha da arttırmasının¹⁹ ötesinde, Bauman, aslolanın, ne yapıldığı değil, kimin için yapıldığı sorusu olduğunu söyleyerek modern devlette devlet görevlisinin ihlal kapasitesini ve sorumluluğun yapısal özelliklerini açığa çıkarır. Eylemi yapan kişi olarak devlet görevlisinin bir temsilci durumuna dönüşerek kendisini bir başka kişinin isteklerini

¹⁹ Bauman, Z. **Modernite ve Holocaust**, İstanbul, Sarmal Y. 1997, s.201.

yerine getiren biri olarak görmesi tam bir sorumluluk kayması olarak nitelendirilir²⁰ ki; bu durumda ihlal kolaylaşır, sorumlu ise tam olarak tespit edilemez.

Siyasal iktidarın her ihtiyaç duyduğunda insan haklarını ihlal edebildiği, devlet görevlilerinin birer makine dişlisi gibi kendilerinden istenilen her türlü vahşeti yapabildikleri tarihsel deneyimlere, ihlal eylemlerinde giderek yaygın biçimde özel şirket görevlileri, paramiliter gruplar gibi resmi devlet görevlisi dışında kişilerin katılması, dahası insansız hava araçları ve robotların kullanımının eklenmesiyle birlikte somut fail dahi belirsizleşmiştir. Belirsizlik sadece somut failin cephesinde değil, soyut fail olarak devlet cephesinde de giderek artmaktadır. İnsancıl müdahaleler adı altında yürütülen yeni tür çatışma, işgal ve savaşlarla birlikte NATO, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği gibi uluslararası kurumlar, koalisyon güçleri gibi geçici devlet ortaklıkları, yeni kurumsal failer/egemenler olarak devletin yanında yerlerini almaktadırlar. İnsan hakları ihlalcisinin kim olduğu giderek daha karmaşık hale gelmektedir.

Bu tespitten sonra sorulacak ilk soru, hukuka bağlı bir devlet modelinde veya daha spesifik olarak hukukun üstünlüğü ilkesine göre düzenlenmiş bir devlet düzeninde, modern devletin insan haklarına dair ihlallerine karşı, modern devletin insan hakları koruyuculuğuna sığınmanın nasıl mümkün olabildiği, kısaca ihlal eden ve koruyan özne paradoksunun aşıp aşılmayacağı sorusudur. Ancak devletin insan hakları ihlalleri üzerine konuşulduğunda, çoğunlukla devletin ne olduğu, hatta kim olduğu, egemenin fail olup olmadığı soruları bir yana bırakılarak ihlal fiilinin devlete mi devlet görevlisine mi yoksa her ikisine mi atfedileceği, atıf kriterlerinin neler olduğu tartışılır; sorun, idare hukuku ve hatta tazminat hukuku çerçevesinde ele alınır; en iyi çözüm olarak hukuk devleti ilkesi gösterilir. Hukuka bağlı olan, her türlü eylem ve işleminden sorumlu tutulan idareyi öngören hukuk devleti ilkesinin böyle bir yapıda ne kadar etkili olabileceği, daha

²⁰ Bauman, s.207.

açık olarak tezin temel sorusu olan ihlal eden koruyan özne paradoksunu aşıp aşmayacağı sorusunun cevabının, hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerine bakılarak bulunamayacağı kanaatindeyiz. Bu yöntem, sınırlı bir bakış açısı sunar. Bu nedenle çalışmamızda, hukuk devletinin ne anlama geldiğinden ziyade, devletin hukukuyla bağlılığı sorunu, hukuk devleti ilkesinin modern devlete özgü insan hakları açmazlarına yeni bir cevap üretip üretilmediği, devlete insan haklarının koruyuculuğu ödevi yükleyen hukuk devleti ilkesinin, devlet tüzel kişiliği ve fail görevli salınımlarında, ihlalciler ve sorumlu öznenin kimliği konusunda nasıl bir cevap verdiği çerçevesinden bakılmaktadır.

Devlet faaliyetinin gerçek sahibinin belirlenemediği gayrişahsî bir siyasal iktidar modelinde, failin/egemenin belirsizliğini ve anonimliğini ortadan kaldırmadan hukuk devleti ilkesine göre düzenlenen ve yaptırımı esas alan sorumluluk modelinin, ihlali önleme etkisinin son derece sınırlı kaldığı tarihsel deneyimlerle sabittir. Bu sınırlılığın nedeni olarak sıklıkla, hukuk devleti ilkesinin eksik uygulanması veya hiç uygulanmaması gösterilmektedir. Böyle bir yaklaşım, sadece eksik değil, aynı zamanda yanıltıcıdır. Zira, hukukun egemenliğinde, egemenliğin kullanımı sonucu meydana gelen ihlallerden korunmak için mağdur, yeniden hukukun kapısına yönlendirilmektedir. Hukuk, devletin insan haklarından koruyuculuğunun simgesi, aynı zamanda devletin ihlal eyleminin kökeninde yer alan egemenliğin kaynağı olarak gösterilir. Bu nedenle hukuk, modern devletin ihlal eden ve koruyan özne paradoksunun aşıldığı değil, bizzat üretildiği yerdir.

Modern devletin, koruyan ve ihlal eden olarak insan hakları paradoksunda devletin kişiliği olgusuna ve devlet görevlilerinin fonksiyonuna odaklanan bu çalışma, öncelikle bu paradoksun kaynaklarını görünür kılmayı hedeflemektedir. Kişisel olmadığı iddia edilen siyasal iktidarın nasıl olup da irade ve sorumluluk sahibi bir kişilik olarak kurgulanabildiği, bu soyut kişiliğin fail olarak kabulünün insan haklarının korunması

açısından ne anlama geldiği irdelenmekte, fail olan kişinin nasıl aynı zamanda koruyucu olabileceği tartışılarak liberal politik kuramın, insan haklarına dair açmazları gösterilmektedir. Cevap verilmeye çalışılan temel soru, insan hakları açısından modern devlete özgü hem koruyucu hem ihlalcı biçimindeki çatışmalı öznellik paradoksunun, devlet-devlet görevlisi ayırımı ve devletin kişileştirilerek hukuksal sorumluluğunun kabulü ile aşıp aşılamayacağıdır. Hukuksal sorumluluğun en iyi modeli olarak gösterilen hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin böyle bir kapasitesinin olmadığı, hatta devleti ihlal eden özne olarak göstermekle birlikte aynı zamanda koruyucu olarak kodlayarak faile dair paradoksu nasıl yeniden ürettiği sadece teorik paradokslarla değil, tarihsel deneyimlerle de ortaya konulmaktadır. Hatta hukukun üstünlüğünün mihenk taşı olarak gösterilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde, insan hakları meselesi, kısmen de olsa birey - devlet ilişkisi dışına çıkarılmış olmakla birlikte devletin hem ihlalcı hem koruyucu kimliği korunarak paradoksun ulus üstü alanda da varlığını sürdürdüğü iddia edilmektedir.

Gerek teorik açıklamalar gerekse tarihsel deneyimler, insan hakları ihlallerinden sorumluluk açısından devletin kişiliği kurgusunun ve özne sorununun başat olduğunu göstermektedir. Buna karşın devletin kim olduğu veya devletin kişiliğinin ne anlama geldiği konusundaki çalışmalar oldukça sınırlıdır; devlet teorisinin bu yönü çoğunlukla ihmal edilmiştir. Kanımızca kişilik kavramsallaştırması modern devletin en önemli ayırt edici noktalarından biri olarak daha fazla tartışmayı gerektirmektedir. Bu nedenle, siyasi iktidarın soyutlanarak görünmez olduğu bu sistemde, özel hukukta kullanılan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bir benzeri kamu hukukunda denenerek devlet kişiliği üzerindeki perdenin kısmen de olsa kaldırılması amaçlanmaktadır. Perde aralandığında, sahnede devlet görevlisinin trajedisi ile karşılaşılacaktır; kendisine ait olmayan bir çıkar için, ona ait olmayan, ama onun tarafından taşınan kılıçla gerçekleştirdiği ihlal eyleminden sorumluluğu, onun fonksiyonunu da ortaya koyar: ihlalcı arayışına somut bir

beden sunmak. Böylelikle gerçek egemenin kim olduğu sorusunun cevabını bulmak için, onu sahnenin ya da maskenin /persona'nın arkasında aramak gerektiği de anlaşılmış olur.

En temelde, bu tezde ileri sürülen fikir, modern devletin insan haklarını koruma iddiasının liberal insan hakları kuramına içkin yapısal paradokslar nedeniyle gerçekleştirilemeyeceği, hukuk devleti idealine en yakın demokratikleşen egemenlik modelinde dahi sınırlı kalacağıdır. İnsan haklarını koruma amacının, iddia edildiği gibi gerçekleşmemesi ve modern devlet teorisinde bir açmaza dönüşmesinin nedeni, modern devletin yapısı ve egemenlik anlayışıdır. Modern devletin yapısal özellikleri nedeniyle büyük bir insan hakları ihlali potansiyeli taşıdığı, uyruklaştırılan insanın bireyciliği üzerine oturtulan soyut, sınırlandırılabilen insan hakları anlayışının daima insan hakları ihlallerini mümkün kıldığı kriz anlarında daha keskin biçimde olmak üzere tarihsel deneyimlerle yeterince kanıtlanmıştır. Çalışmanın İhlal eden ve koruyan olarak devletin insan hakları paradoksunun insan hakları ihlallerinin failini belirsizleştirerek ihlallerin önlenmesini çözümsüz bıraktığı, devletin kişiliği kurgusunun dahi bu paradoksu aşmaya yeterli olamayacağı, tersine gayrişahsilikle tanımlanan modern devlete kişilik atfedilerek yeni paradoksalar yaratıldığı iddia edilmektedir. Söz konusu paradoksun ideal bir hukuk devletinde aşılabacağına dair yaygın inanca karşılık modern devletin insan hakları paradoksunun yapısal olduğu ve ister biçimsel ister içeriksel olsun hukuk devleti idealinin paradoksun aşılmasını sağlayamayacağı ileri sürülmektedir. Zira hukuk devleti olarak kavramsallaştırılan idealin temelinde hukukun yönetimi ilkesine dayalı modern devlet ideolojisi vardır. Hukukun yönetiminde, kişilerden değil kurallardan söz edilir; her türlü yetkinin kaynağı olarak gösterilen kurallar aynı zamanda bu yetkinin kullanımından doğan ihlallere karşılık koruyuculuk işlevini yüklenir. İşte bu nedenledir ki hukuk, modern devletin insan hakları paradoksunun çözümü değil, bizatihi temel formu olarak görülmelidir. Zira hukuk, birbiriyle çelişkili olarak hem egemenliğin hem de koruma talebinin merkezidir.

Ekonomik ve siyasal olanın ayrılığına dayalı kapitalist toplumun siyasal iktidar biçimi olarak modern devlette, yönetici özneye dair problemin üzeri örtölür. Problemi aşmak üzere kurgulanan, devletin kişileştirilmesi ise kişisel olmayan iktidar iddiasına sahip modern devlette yeni bir paradoksa dönüşür, tüzel kişi devlet ve devlet görevlisi salınımlında failin tam olarak belirlenemediği bir sistemde hiçbir yaptırım yeterince etkili olamaz.



BİRİNCİ BÖLÜM

TEZİN KONUSU, KAPSAMI VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

1.1. PLANLAMA

Skinner, Hobbes'un teorisine, özellikle temsil ve kişi kuramına yönelik ilgisinin nedenini açıklarken hala egemen devlet politik düzeni içerisinde yaşadığımızı ancak bu politik biçimi tam olarak kavramadığımızı söylerken son derece haklıdır.²¹ Son yüzyıl içerisinde deneyimlediğimiz korkunç insan hakları ihlallerini Hitler, Franco, Pinochet gibi despot liderlerin caniliği veya 'az gelişmiş' ülkelere özgü bir demokrasi ve hukuk devleti problemi ile açıklamanın gerisinde, devlete ilişkin bu kavrayış eksikliğinin olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle hukukçular açısından anayasalar ve temel hak ve özgürlüklere dair sözleşmeler birer kurucu kutsal metin, yasalar ve içtihatlar tefsir şeklinde algılanıp sorun bir uygulama problemi olarak değerlendirilmekte, çözümsüzlüğün devletin insan hakları açmazına dair kuruluşa/yapıya dair bir problem olduğu sıklıkla göz ardı edilmektedir.

Bu nedenle, insan hakları ihlallerinden sorumluluğa dair bu çalışmada ihlal eyleminin sorumlusu olarak devlet görevlisi ve devletin sorumluluklarının ne anlama geldiği araştırılırken öncelikle, liberal kuramın insan hakları ve devlet kurgusu ele alınarak çözümsüzlüğün nedeninin teorisinin yapısal paradokslarından kaynaklandığı gösterilmeye çalışılacaktır.

Tez, koruyucu özne ve ihlal eden fail özne üzerinedir; ancak korunması istenen ve de ihlal edilen temel değer olarak insan hakları kavramı ile başlamak iki açıdan gerekli

²¹ Skinner Q., *Hobbes and the Purely Artificial Person of the State*, The Inaugural Martin Hollis Memorial Lecture, University of Cambridge, **The Journal of Political Philosophy**: Volume 7, Number 1, 1999, pp. 1-29.

görülmüştür. İlk olarak, neredeyse eşitlik, adalet, özgürlük ideallerinin tümünü kapsayacak biçimde kullanılan insan hakları kavramının tezin sınırları çerçevesinde kapsamının belirlenmesi gereğidir. Bu yöntem, kavramsal çerçeve ile giriş yapma geleneğine bağlı kalma kaygısından değil, devlet ve insan hakları gibi son derece geniş ve tartışmalı bir konuda tez yazmanın zorluğundan kaynaklanmıştır. İkinci gereklilik, liberal insan hakları kuramına ilişkin yapısal paradokstan söz edilmeden devlet kuramına dair açmazların kavranmasının daha güç olacağı düşüncesidir. Bu nedenlerle, İkinci Bölümde, insan hakları kavramının ne anlama geldiği ve liberal kuramın insan haklarını koruma iddiasının neden paradoksal bir özellik arz ettiği ele alınmıştır. Bu çerçevede öncelikle hem hak sahibi birey özne hem de yönetimin nesnesi uyruk olarak insanın modern devlette nasıl çatışmalı soyut bir kategoriye dönüştüğü üzerinde durulacak, soyut insanın soyut haklarının daima sınırlandırılabilir olması nedeniyle nasıl güvencesiz ve kırılgan olduğunu en iyi biçimde anlatan istisna kuramına değinilecektir. Ölümü ve yaşamı kontrol eden şiddet tekeline sahip siyasal iktidar olarak modern devlette insan hakları ihlallerinin ulaşabildiği korkunç boyuta dikkat çekilerek koruma iddiasının ihlal deneyimleriyle birlikte yapısal bir paradoksa işaret ettiği gösterilmeye çalışılacaktır.

Üçüncü bölümün konusu, ihlal eden ve koruyan olarak fail devlete dairdir. Bu bölümde tüzel kişilik olgusunun, ihlal eden ve koruyan olarak devletin insan hakları açmazındaki kritik rolü ortaya konulmaktadır. Soyut bir varlık olarak modern devlet yapılanması, hukuksal-kurumsal egemenlik biçimi ve devletin gayrişahsiliği bağlamında ele alınarak kişisel olmayan iktidarın paradoksal biçimde nasıl kişiselleştirildiği ve kişilik kurgusunun siyasal iktidara sağladığı olanaklara odaklanılmıştır. Ortaçağ'dan itibaren siyaset teorisinin temeli olarak görülen siyasi beden mefhumunun yerini modern devlette devletin kişiliği kurgusunun aldığı yönündeki iddiamız, kişilik kurgusunun modern devlette tüzel kişilik olarak kurumsallaşması ile birlikte insan hakları ihlallerinde nasıl önemli bir işlev kazandığına dair tespitlerle ispatlanmaktadır.

Üçüncü bölümün başında, modern devletin yaygın olarak bilinen ayırt edici özelliklerinden kısa da olsa söz etmek, siyasal iktidarın önceki formları ile farklarını görünür kıldığı gibi aynı zamanda ülkeler arasındaki farklılıklara karşın bir genellemeye de olanak sağlamaktadır. Bu genelleme sayesinde kavramın Kıta Avrupası'nda ortaya çıkması ve *Commonwealth* kavramını kullanan Birleşik Krallık'ın temsil ettiği Anglo Sakson geleneği başta olmak üzere diğer ülkeler açısından geçerli olup olmayacağı sorusu da bir biçimde yanıtlanmış olur.²² Böyle bir genelleme, ekonomik, tarihsel ve sosyal farklılıkların göz ardı edilmesi olarak değil, üst düzeyde bir soyutlama yönteminin tercih edilmesi olarak görülmelidir.

İnsan hakları ihlallerinin faili üzerine odaklanan böyle bir çalışma, sadece ihlalin soyut öznesi olarak görünen devleti değil, ihlali gerçekleştirenin daima somut bir kişi olmasından hareketle, ihlalin somut öznesi olan devlet görevlisi üzerine ayrıntılı bir incelemeyi de zorunlu kılmaktadır. Siyasal iktidarın sahibi olmadıkları halde, kişisel bir neden olmaksızın görev gereği insanlara her türlü zulmü yapabilen, ihlalin somut faili olan devlet görevlilerinin, nasıl böyle hareket edebildikleri ve ihlal potansiyelleri Dördüncü bölümün konusunu oluşturmuştur. Bu çerçevede modern devletin ayırt edici özelliklerinden bürokratik örgütlenme modelinde devlet ve hükümet ayrımı, kimlerin devlet görevlisi olduğu, bu kişilerin hangi faaliyetlerinin devlete atfedilebileceği, hangi sıfatla hareket ettikleri ve bu sıfatın onlara nereden geldiği sorularının yanı sıra, sıradan insanlara zalimce işleri yaptıran sosyolojik, ideolojik, politik ve sosyo-psikolojik süreçlerin insan hak ve özgürlüklerini ihlal potansiyelindeki rolü tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu tespit, büyük ölçüde daha önce yapılmış olan deneysel araştırmalar ve öldürme, işkence ve kötü muamele suçlarını işleyen devlet görevlileri ile yapılan çalışmalardan yararlanılmıştır. Bürokratik yapıda yer almayan *de facto* görevlilerin

²² İngilizcedeki *state* kavramının sözlük anlamı bu genellenenin yanlış olmadığına bir kanıt sayılabilir.

bugünün insan hakları ihlallerinin önemli bir öznesine dönüşmeleri gerçekliği bu gruplara da yer verilmesini gerektirmiştir; diğer taraftan bu verinin, insan hakları sorununu bürokrasi ile ilişkilendiren söylemlerin test edilmesini sağlayacağı düşünülmektedir.

Son bölümde, devlet ve devlet görevlisinin insan haklarını ihlal potansiyeline dair olgular ışığında, modern devletin insan haklarını koruma iddiası, devletin ve devlet görevlilerinin sorumluluğu bağlamında ele alınmış, devletin insan haklarına dair paradoksunun hukuk devleti ilkesi ile aşılp aşılmayacağı tartışılmıştır. Failden yola çıkarak, modern devletin adeta varlık nedeni, meşruiyeti haline getirdiği insan haklarını koruma iddiasının anlaşılabilmesi bakımından, modern devlet öncesi dönemde siyasal iktidarın sorumluluğu/ sorumsuzluğuna kısaca değinilerek temel ayırt edici unsurun, gerçek kişinin iktidarından hukukun egemenliğine geçiş olduğu gösterilmektedir. Bundan sonra hukukun yönetiminde modern devletin insan haklarının koruyuculuğu iddiasını yerine getirme olanakları, -başka bir noktadan bakıldığında- olanaksızlıkları, en büyük dayanağı olan hukuk devleti kuramı çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır. Hukuk devleti ilkesinin, kendi kendini sınırlama problemi bağlamında devletin sorumluluğu konusunda getirdiği yenilikler genel olarak incelendikten sonra, bu kuramın insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve/veya ihlalcilerin etkili bir yaptırıma tabi tutulmasının ne kadar olanaklı kılabileceği tartışılacaktır. Tartışma, hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü ilkesinin, İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası alana taşınarak devletlerin sanık sandalyesine oturtulması evresinin, ihlal eden-koruyan açmazına yeni bir çözüm sunup sunmadığı ile devam edecek, en iyi örnek olarak gösterilen AIHS sistemi, bu bağlamda incelenecektir. Örneklerin, Sözleşme’de yer alan tüm hak ve özgürlüklere değil, sadece yaşam hakkına ilişkin 2. Madde ile sınırlı örneklerle yer verilecektir. Bu sınırlama, konunun dağılmaması bakımından kapsamı daraltma işlevi görmesi yanı sıra, doğrudan devletin meşruiyet gerekçesini oluşturan ve neredeyse mutlak biçimde korunan çekirdek hakları düzenlemesi bakımından da tercih edilmiştir. Böylelikle insan haklarına saygılı

ve hukukun üstünlüğüne dayanan AİHS sisteminin, insan haklarını koruma iddiası ve devletin insan hakları paradoksunun çözümü olup olamayacağı sorusu, en temel hak kategorileriyle, Sözleşme'nin minimum içeriğiyle test edilmiş olacaktır. Bu örnekler, yani devlet gücünün kullanılmasından doğan öldürme ve yine devletin fail olduğu işkence yasağı örnekleri, failin/ihlalcinin, aynı zamanda koruyucu olabileceği iddiasının en açık biçimde sorgulanabileceği ve ihlal eden ve koruyan paradoksunun hukuk devleti ilkesi özelinde nasıl devam ettiğinin en çarpıcı biçimde görülebileceği örneklerdir. Aynı zamanda geniş bir coğrafi alanı kapsayan ulusal iç hukuk uygulamalarının görülmesini de sağlayarak soyut iddiaların olabilecek en geniş alanda test edilmesine elverişlilik sağlar.

1.2. YÖNTEME DAİR

Konusu, ihlalcisi ve koruyucusu olarak modern devletin insan hakları açmazında devlet görevlisinin fonksiyonunu araştırmak olan ve *devletin kişiliği* ve devlet görevlisinin fonksiyonu meselesine odaklanılan bu çalışmada esas olarak sosyo-legal yöntem tercih edilmiştir; zira hem teorik hem pratik alana dair araştırmada, kaçınılmaz biçimde sadece hukuk alanından değil, sosyoloji, siyaset bilimi, kimi zaman sosyal antropoloji ve hatta sosyal psikoloji gibi alanlarda yapılan çalışmalardan da yararlanılmıştır.

Hukuki tartışma ise anayasa hukuku, ceza hukuku ve idare hukuku alanına sirayet etmekle birlikte, bu sirayetin sınırı genel ilkeler düzeyinde tutulmuş ve belirli bir pozitif hukuk düzeni ile temas edilmemiştir; zira tezin konusu idare hukuku, ceza hukuku ve anayasa hukukunun alanı ile kesişmekle birlikte bu çalışma, esas olarak bir genel kamu hukuku tezidir. Genel kamu hukuku, devletin doğuşunu, gelişmesini onun hukuksal niteliklerini ve niceliğini, fonksiyonlarını veya görevlerini, kişilerle olan ilişkilerini, genel bir teorik çerçeve içinde ele alır. Bu nedenle genel kamu hukuku, sosyoloji, tarih,

siyasal bilim ve ekonominin verilerinden ve bunların vardıkları bilimsel sonuçlardan büyük ölçüde yararlanır.

Öte yandan başlangıçta daha çok anayasa hukuku ve devletler hukuku ile iç içe geçmiş olsa da her iki disiplin de genel bir devlet teorisini kapsamaz.²³ Sancar'ın belirttiği gibi, “*genel kamu hukuku inceleme yöntemi açısından da diğer hukuk disiplinlerinden esaslı biçimde ayrılır ve bu disiplinlerden ziyade siyaset felsefesi, siyaset bilimi, siyaset teorisi gibi dallara yakınlaşır. Genel kamu hukuku için en elverişli yöntem, siyasal kurumların tarihinin ve yapısının hukuksal çözümlemelerle bağlantılı olarak incelenmesidir.*²⁴ Bu çerçevede devletin yapısı, siyasi tarih, siyaset sosyolojisi ve siyaset bilimi ve antropoloji verilerinden yararlanılarak ortaya konulmaya çalışılmış, devletin ve devlet görevlisinin insan hakları ihlallerinden sorumluluğu tartışması ise insan hakları hukuku, hukuk devleti ilkesi bağlamında ele alınmakla birlikte bu inceleme siyasal bir çerçevede yapılmaya çalışılmıştır.

Modern devletin özgül yapısını esas olarak devletin kişiliği bağlamında inceleyen bu çalışmada, somut bir devlet örneği üzerinden gidilmeyerek soyutlama tercih edilmiş, gerek rekabetçi-kapitalist-liberal devlet gerekse totaliter, faşist diktatörlükler, Bonapartizm ve hatta başkanlık sistemi, parlamenter sistem arasındaki önemli farklılıklar dışarıda bırakılmıştır. Bu nedenle somut örneklerle girilmesi gerektiğinde, hem modern devletin ortaya çıktığı yer olması bakımından hem de liberal kuramın her şeye karşın en iyi işlediği alan olması bakımından, çok geniş bir coğrafi alanı temsil etmesi itibarıyla da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen ihlal iddiaları arasından seçilmiştir. Ayrıca yüzden fazla ülkenin polis rejimini inceleyen *Use of Force Worldwide* çalışmasındaki

²³ Genel Kamu Hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Doehring, Karl, **Genel Devlet Kuramı**, Çev.: Ahmet Mumcu, İnkılap Yay., s.5-10 ve Zabunoğlu, Yahya, **Kamu Hukukuna Giriş**, Ank., s. 33.

²⁴ Sancar, Mithat, **Hukuk Devletin Genel Teorisi**, Doçentlik tezi tıpkı basım, Ankara, 2006.s. 13.

verilerden de yararlanılmıştır.²⁵ Türkiye’de yazılan bir doktora tezi olması nedeniyle örneklerin bir kısmının Türkiye’den seçilmesi, sorunun genelliğini etkiler nitelikte görülmemiştir.

Somut örnek seçiminde dikkat edilen bir diğer husus, insan hakları ihlalleri vakalarının, yaşam hakkının ihlali, işkence yasağının ihlali gibi bedene yönelik ihlallerle sınırlı tutulmasıdır. Böylece insan hakları kavramına dair belirsizlik ve kavramın bizzat kendisinin paradoksal olduğu eleştirileri ile, çeşitli hak kuramlarının farklı yaklaşımları, hakların çeşitliliği ve bunun getirdiği çelişkili hususlar dışarıda bırakılmıştır. Bu seçim, modern devletin, en temel, kutsal, dokunulamaz haklar olarak adlandırıp korumaya aldığını söylediği hakları dahi nasıl ihlal ettiğini göstermesi yanı sıra, modern devlette siyasal iktidarın, bedenleri kontrol eden bir bio-iktidar olarak tanımlanmakla birlikte, yaşam ve ölüm üzerindeki hakkını/yetkisini nasıl kıskançlıkla muhafaza ettiğini gösterme olanağı da sağlamaktadır.

²⁵ <https://www.policinglaw.info/?> 25.2.2017.

İKİNCİ BÖLÜM

KORUYAN VE İHLAL EDEN OLARAK MODERN DEVLETİN İNSAN HAKLARI PARADOKSUNUN KAYNAĞI

2.1. İNSAN HAKLARI KAVRAMI

2.1.1. Neden ‘İnsan Hakları’?

Modern devletin meşruiyet nedeni olarak ortaya koyduğu insan haklarını koruma iddiası ve bu iddiaya karşılık gelmeyen tarihsel ihlal deneyimi, aradaki mesafenin nedenleri üzerine daha fazla düşünülmesini gerektirir. Bu çalışmada da esasen insan haklarının faili üzerine odaklanılarak, söz konusu mesafenin aydınlatılmasına çalışılmaktadır. Bu çerçevede liberalizmin insan haklarını koruma iddiasına dair modern devlet teorisindeki paradokslara insan hakları söylemine dair paradoksla başlamak, tartışmanın temel zemini olan insan hakları kavramına dair kısa bir çerçeve çizmek imkanını da verecektir. İnsan haklarının tanımlanması, koruma iddiasının gerçekleşmediğinin görülmesi bakımından zorunlu olduğu gibi, kavrama yönelik biri daraltıcı, diğeri aşkın bir ideal olarak sunulan iki yaklaşıma ilişkin bir önsöz gerekliliğini de karşılayacaktır. Ayrıca liberal insan hakları kuramını eleştirirken, insan hakları kavramını tümünden reddetmediğimiz de görülmüş olacaktır.

İnsan hakları idealinin hukukileşerek yasa konusu haline gelmesiyle birlikte siyasal iktidarın tasarruf alanına girerek özündeki cevheri yitirdiğine dair eleştiriler, en ileri biçimde genel kamu hukuku alanında, insan hakları yerine, temel haklar ya da kamusal haklar kavramının kullanımı şeklindeki daraltıcı yorumda kendisini gösterir. Daha çok anayasal metinlerde karşılaşılan temel haklar deyimi, çoğunlukla anayasalar ve uluslararası sözleşmelerde yer alan hukuksal, kurumsal düzenlemeye kavuşmuş, bir başka deyişle devletçe tanınan insan haklarını ifade eder biçimde kullanılır. Kimi zaman da,

devlete negatif yükümlülükler yükleyen ve birinci kuşak haklar diye adlandırılan haklara gönderme yapar.²⁶ İnsan hakları deyimi ise temel haklardan farklı olarak devletçe tanınsın tanınmasın, bütün insanların sahip olması gereken haklar olarak tanımlanır.²⁷ Bir hakkın, temel hak olarak norm aracılığıyla düzenlenmesinin pratikteki karşılığı, yasa olarak kodlanmayan hakkın inkarını mümkün kılması yanı sıra aynı zamanda o hakkın sınırlandırılması, nasıl ve hangi koşullarda kullanılabileceğinin gösterilmesi demektir. Pozitif hukukta “yurttaş hakları”, “temel hak ve özgürlükler”, “kamu hürriyetleri” gibi kavramların kullanılmasının, insan hakları konusunda devletin sınırlayıcı tasarruf yetkisini işaret etmesi bakımından daraltıcı bir yoruma yola açacağı düşünülmektedir. Bu nedenle kamu hukuku alanında da insan hakları kavramının tercih edilmesi gerekir.

Bununla birlikte insan hakları kavramının, eşitlik, adalet ve her türlü sömürüye, ayrımcılığa karşı talepleri kapsayacak denli geniş kullanımının yarattığı aşkınlık eleştirisi de ciddiye alınmalıdır. Böyle bir tanımlama, hem belirsizlik nedeniyle hak taleplerinin somutlaşmasını güçleştirecek hem de bütün politik mücadeleyi hak kavramı çerçevesine sıkıştırarak, adalet, eşitlik ve benzeri diğer siyasal taleplerin alanını daraltacaktır. Biz bu çalışmada, Burges’in, insan hakları kavramının hem pozitif hukuk içinde hem de yasal ötesi bir anlamda kullanılabileceği, bu iki alana da karşılık gelen bir kavram olduğu düşüncesine katılarak her iki alanda da insan hakları kavramının kullanılmasından yanayız.²⁸

²⁶ Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Beta Yay. 2020, Ankara., Kapani Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yay. 2013

²⁷ Tanör, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yay, İstanbul, 1990, s.15-16. Sancar, 1995, s.3., Tepe, Harun, İnsan Hakları Felsefesi, Düşünüyorum – **İnsan Hakları Özel Sayısı** içinde. 2019. http://dusunuyorumdergisi.com/wp-content/uploads/dergi-pdf/bulten_insan_haklari_sayisi.pdf. Erişim T:12.2.2020.

²⁸ Burges, J.Herman, “*The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights*”, **Human Rights in a Pluralist World**, Meckler Ltd, London, 1990, s. 63-73. Aktaran Semih Gemalmaz, s. 1002, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay. 2005

Birleşik bir kavram olarak insan hakları kavramının kullanılması, insan kelimesinden ayrı düşünülen hak (*ius*) kelimesinin ulaşabileceği pozitif yola sapmama anlamında da önemli bir olanağa sahiptir. Ayrıca, öznenin insan olduğuna dair vurgu, hakların ölçüsü insan doğası, insan aklı, insan onuru veya tür olarak insanın ereksel potansiyeli gibi değişik gerekçelendirme ve hak standardına dayansa bile, insana dair ortak bir özellikten söz edilmesi nedeniyle tüm insanları kapsayan bir tanımlamayı elverişli kılar. Bütün diğer kimliklerinden -vatandaş, mülteci, yabancı, terörist, kadın-bağımsız olarak sadece insan olma ile sahip olunan haklardan söz etmek, bu kategorilerin dışlanması bağlamında değil, tersine, hak taleplerinin, insan kavramının içeriğinin somutlaştırılmasının aracı olarak görülmesini işaret eder. İnsan kelimesinin yurttaş vs. herhangi bir kavramla yer değiştirmemesi, insan hakları kavramının özünü ortaya çıkarır; insandan daha az insan olan -terörist, düşman, mülteci- insanlar yoktur. Temel haklar, kamusal haklar vb. ifadeler yerine ısrarla insan hakları kavramı kullanılması, özellikle devlet görevlilerinin ve devletin insan hakları ihlallerinde mağdurun insandışlaştırılması deneyimi karşısında, hiç kimsenin insandışlaştırılarak veya başka toplumsal kurum ve kurallar nedeniyle farklılaştırılarak bu kategorinin dışında kalmamasını sağlamak işlevine sahiptir.

Bu noktada, tür olarak insana yapılan vurgunun, modern doğal hukuk anlayışına yönelen eleştirilerde dile getirilen ezeli ve ebedi değişmez bir soyut insana değil,²⁹ bütün insanların eşitliği fikrine gönderme yaptığını vurgulamak gerekir. Her insan ölümden kaçınır, acıya karşı endişe duyar, açlığını gidermek ister, ayrı ayrı bireyler olarak ilişkide bulundukları insanlarla bağları vardır. Böyle bir yaklaşım, insanın değer dünyasının

²⁹ Sancar, Mithat, “*Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü veya İnsan Hakları İle Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki*” **Elli Yıllık Deneyimler Işığında Türkiye’de ve Dünyada İnsan Hakları**, 1999, Ankara, TFK yay., s.320, dipnot, 20., Bu konuda insan haklarının yasal mı yoksa yasal olmayan bir düzeyde mi anlaşılması gerektiğine dair tartışma için bkz. Nino, C. S. **The Ethics of Human Rights**, Oxford University Press, 1991.

hukuk alanına yansıtılmasına elverişli; hukukun, insan onuru, acıdan kurtulma, özgürlük ve adalet gibi değerleri tanımak zorunda olduğuna ima eder.³⁰ İnsan hakları kavramındaki insan, acıları, akli ve onuruyla eşit biçimde *kendisini gerçekleştirme kapasitesi olan*³¹ evrensel bir varlıktır.

2.1.2. İnsan Hakları Kavramından Vazgeçmeli miyiz?

Her insanın sırf insan olduğu için insan haklarına sahip olması gerektiğini ileri sürmek, hayata geçirilmesinden bağımsız olarak bu mücadelenin bir ifadesi olarak görülebilir. Bu ifadeyi doğal hukuk yaklaşımının soyut ve tarih dışı söyleminin bir tekrarı gibi değerlendirmenin doğru olmadığı, hak mücadelelerinin tarihinden bakıldığında da net biçimde görülebilir. Antik dönemde, geleneksel egemen otoriteye karşı doğa bir dışsal sınırlama standardı olarak siyasal iktidarın sınırlanması ve ona karşı mücadelenin aracı olmuştur. Modern dönemde liberalizm tanrısal ve feodal otoriteye karşı mücadelesinde, nesnel doğa yasaları yerine insan doğasını koymuştur. Donnelly, hakkın dayanağı ve standardı olarak gösterilen insan doğasının ahlaki bir postula olduğunu, insan olarak var olabilmeye ilişkin ahlaki bir görüş olarak değerlendirilmesi gerektiğini söyler.³² Kant, 16. ve 17. yüzyıllardaki liberal insan hakları kuramını ileriye taşıyarak ahlâk yasaları olan diğer bütün yasalarda olduğu gibi, yükümlülük nedeni insanın doğal yapısında ya da içinde bulunduğu dünyanın koşullarında değil, a priori olarak doğrudan doğruya saf aklın kavramlarında aranmalıdır der. Kendini ve eylemlerini yargılayabilmek için her akıl sahibi varlık, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceği maksime göre eylemde

³⁰ Adorno'nun haksızlık tecrübesinin bilinçlenmedeki rolüne dikkat çeken Sancar da benzer bir yaklaşımdan yola çıkarak insan hakları kavramının haksızlık pratiklerine bir yanıt olarak mücadelelerden doğduğunu söyler. Sancar, Mithat, **“Devlet Akli” Kısılcacında Hukuk Devleti**, İletişim yay. 2000, s. 117, dipnot 22.

³¹ Ioanna Kuçuradi'nin insan hakları tanımından esinlenilmiştir. Kuçuradi, İoanna, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, TFK (Türkiye Felsefe Kurumu) Yay., Ankara, 2007.

³² Donnelly, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev.: Mustafa Erdoğan - Levent Korkut, Yetkin Yay. Ank., 1995. S.15-18.

bulunmalıdır.³³ Aklın olgusal gerçekliği ve işleyişinin ürünü olan genel yasa da soyutluk eleştirisinden muaf değildir.

Haksızlığa, iktidara ve pozitif hukuka karşı verilen mücadelede, insan hakları mücadelesinin taleplerini temellendirme arayışında başvurulacak hak standartları olarak, doğaya, tanrıya, sonrasında akla ve insan onuruna dayanılmasının, bir yanı sıra, tarihsel bir perspektifi ifade ettiği söylenebilir. İnsan doğası, insan aklı veya şimdilerde olduğu gibi insan onuru kavramına dayanan temellendirmede önemli olan, insanın, bir tür olarak her üyesinin, bir *hayat tarzı* talebinin dile getirilmesidir. Kuçuradi'nin dediği gibi, böyle bir temellendirme, insanın bu değerinin farkındalığına işaret eder. İnsan haklarının, tür olarak insanın değerini oluşturan böyle olanakların gerçekleşebilirliğinin nesnel koşulları olduğunu söyleyen Kuçuradi, tarihsellik ve toplumsallığı içeren evrensel bir insan hakları tanımı yapmaktadır.³⁴

İnsan haklarının iktidar ilişkilerinden koparılarak anlaşılamayacağını savunan Neil Stammers'ın eleştirileri gibi Arendt'in, yaşadığı yüzyıldaki acı deneyimlerden yola çıkarak insan haklarının ancak bir topluluğa, hatta bir devlete ait olan kişilerin hakları oldukları, doğuştan gelen, evrensel insan hakları söyleminin gerçekliğe uygun olmadığı eleştirileri elbette akılda tutulmalıdır.³⁵ Gerçekleşemeyen hakkın evrenselliğini kaybedeceği eleştirileri,³⁶ hakların toplumsal yaşamın bir ürünü olarak toplumca verildiği iddiası ile birlikte, bizi kolaylıkla, devletçe tanınan hakların gerçekte bir hak olduğu

³³ Kant, Immanuel, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, (Okuma Parçası) Çev. Ioanna Kuçuradi, <https://ederslik.files.wordpress.com/2017/11/immanuel-kant-ahlak-metafiziğinin-temellendirilmesi.pdf>. Erişim 2.12.2020.

³⁴ Kuçuradi, 2007, s.72.

³⁵ Arendt, Hannah Totalitarizmin Kökenleri,... Stammers, Neil, "Human Rights and Power", Political Studies, vol. 41.1993'den aktaran Cem Deveci, "*İnsan Haklarını Aristoteles Evrenselciliğiyle Anlamanın Olanaklılığı*", **Düşünüyorum- İnsan Hakları Özel Sayı** içinde, s. 69-80, 2019.

³⁶ Shue, H. (1980), "Temel Hakların Evrenselliği", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**. Çev. Ülker İnce, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1980.

yoluna çıkarabileceği gibi “*hak eden insanların*” hakları olduğu iddiasına da götürebilir. İnsan hakları kavramını gerçekçi olmak adına pozitif düzence tanınan haklarla sınırlamak, tam da devletlerin istediği sonucu yaratır. Kimin ne kadar ve hangi koşullar altında hak sahibi olabileceği sorusuyla birlikte hakkın özü çoğu zaman ortadan kaldırılmış olur.

İnsan haklarının mücadelesini verenlerle, hakları güvence altına almak adına hukuksal bir norma dönüştüren siyasal iktidarın sınırlandırılmış hak anlayışı arasındaki çatlak, kavrama yönelik belirsizlik eleştirisini güçlendirse de bu belirsizlik, Lefort’a göre insan haklarını siyasal bir mücadele alanı haline getiren özelliğidir ve insanı ve haklarını tanımlama ve içeriğini doldurma mücadelesi, kendiliğinden devrimci bir mücadeledir.³⁷ Ağırlıkla liberal kuramın söyleminde dile gelen insan hakları kavramının, kötüye kullanıma dair ampirik kanıtlarla, içerdiği paradokslar nedeniyle ve daha önemlisi eşitlik, adalet ve her türlü sömürüye, ayrımcılığa karşı talepleri kapsayacak denli geniş kullanımının yarattığı aşkınlık nedeniyle ağır ve bir o kadar da haklı eleştirilerle karşı karşıya kalması, bu kavramdan vazgeçilmesini gerektirmez.

İnsan haklarının evrenselliğine ve insanın değişmez doğasına yönelik eleştirilerde dahi kaçınılmaz biçimde *insanlık (humanity)* kavramına başvurulduğu görülür. İnsan haklarının evrenselliğinden, türün her bir üyesinin bu haklara sahip olması anlaşılmazsa, Rancière’nin Arendt eleştirisinde dile getirdiği gibi bir açmazla karşılaşırız: “*ya vatandaş hakları insan haklarıdır –halbuki insan hakları siyasallığından arınmış kişilerin hakları demektir; bu durumda bu haklar hiçbir hakkı olmayan insanların hakkıdır, ki bu da bir hiç anlamına gelir – ya da insan hakları vatandaş hakları, yani şu ya da bu hukuk*

³⁷ Lefort, C., “*Politics and Human Rights*”, **The Political Forms of Modern Society** içinde, Cambridge: Polity Press, s.239, Akt. Aykut Çelebi, “*Haklara Sahip Olma Hakkı ya da Siyasal Haklar: İnsan Hakları Üzerine Bir Deneme*”, s. 88, **İnsan Hakları: Nasıl Hak, Hangi İnsan?**, Tesmeralsekdiz 04, Ank., Mattek Yay., 2009.

devletinin vatandaşı olmak sonucunda haiz olunan haklardır. Bu da insan haklarının zaten hak sahibi insanların hakları olduğu anlamına gelecek ve bir totolojiyle sonuçlanacaktır.”³⁸ Rancière “*insan hakları, sahip oldukları haklara sahip olmayıp sahip olmadıkları haklara sahip olan kişilerin haklarıdır*” önermesini dile getirirken, haklarından mahrum edilmelerine karşı bir ihtilaf yaratmak için kullanılan hakların, bunu yaratanların hakları olduğunu söyleyerek insan hakları kavramının taşıdığı dinamizme ve cevhere dikkat çekiyor. Fransız Devrimi sonrası hak sahibi görülmeyen kadınların, devrim düşmanı ilan edilip giyotine gönderilmelerine karşın siyasal alana ait görülmemeleri, Olympe de Gouges örneğinde olduğu gibi, eşitlik ve özgürlük hakkını, tam da haktan yoksun bırakılan kadınların temel talebi haline getiriyordu.³⁹

Bu nedenle insan haklarının sonu’nun⁴⁰ gelmesi söz konusu değildir. Yukarıda kısaca özetlenen insan hakları kavramına dair tartışma, insan hakları kavramına yönelik eleştirilerin, çoğunlukla insan hakları iddiasının gerçekleştirilmemesine yönelik olduğunu göstermektedir. Bu çalışmada da bir kavram olarak insan hakları değil, liberal kuramın soyut ve genel insan hakları kuramı eleştirilmektedir. İnsan haklarının evrensel olarak tanınmasının gerçekleştirilmesinden bağımsız var olduğu gerçekliği, hakların ihlali durumundaki kadar çarpıcı biçimde görünmez. Yaşam hakkı ihlal edilen, öldürülen bir insan veya işkence ve kötü muameleye maruz kalan her bir insanın ortak deneyimi, insan haklarının evrenselliğinin kanıtıdır.

³⁸ Rancière, J., “Who is the Subject of the Rights of Man” **The South Atlantic Quarterly**, C.103, s. 302.

³⁹ Rancière, J., s. 301-304.

⁴⁰ Douzinas, Costas, **İnsan Hakları ve İmparatorluk**, (çev. Kasım Akbaş-Rabia Sağlam), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.

2.1.3. ‘İnsan Hakları İhlali’ Üzerine

*Killing a man is murder unless you do it to the sound of trumpets.*⁴¹

-Voltaire

Kavramsal çerçeve, konunun hangi bağlamda ele alınacağını, sınırlılıklarını gösterdiği gibi, yaygın kullanılan bazı kavramların işlevleri üzerine bir kez daha düşünülmesini de sağlar. Edward Said, *Entelektüel* adlı yapıtında, Orwell’in *Siyaset ve İngiliz Dili* adlı denemesine atıfla dilin çürümesinden söz ederken, dilin statükoyu korumak, işlerin herhangi bir değişim ve meydan okumaya uğramadan yolunda gitmesini sağlamak işlevinin altını çizer. Said, siyasal dilin, yanlışları doğru, cinayetleri saygın göstermek ve içi tamamen boş sözlere doluymuş görüntüsü vermek amacıyla tasarlandığını söylerken son derece önemli bir noktaya işaret eder.⁴²

İnsan hakları ihlallerinden söz ederken ihlal kelimesinin kullanımının tam da Said’in dediği gibi dilin statükoyu koruma işlevine dair bir sorgulamayı gerektirdiğini, bu nedenle insan hakları ihlallerinden söz ederken bu kaygıyı hep akılda tutmanın gerekli olduğu kanısındayız. İhlal kelimesinin etimolojik kökeni Arapça *halel*’den gelmektedir. Halel getirme, bozma anlamındadır. Öldürme, işkence, kötü muamele, özgürlüğünden yoksun bırakma, doğru yargılamama gibi eylemlerin de ihlal kategorisinde değerlendirilmesinin, eylemin niteliğine ilişkin algıyı fail lehine hafiflettiği ve bunun hukuksal sonuçları olduğunu ileri sürmek yanlış olmaz. Almanca’da insan hakları ihlalleri için yaralama, acıtma anlamına gelen *verletzungen* kullanılır. İngilizce ve Fransızca’da kullanılan *violations*, *violence* (şiddet) kökeninden gelir ve suçlu çağrıştırmaya daha yakın olmakla birlikte, *crime* olarak algılanmaz.

⁴¹ “Bir insanı öldürmek, bunu trompet sesleri eşliğinde yapmadığın sürece, cinayettir.”

⁴² Said, Edward W., *Entelektüel, Sürgün Marjinal, Yabancı*, çev.:Tuncay Birkan, Ayrıntı yay., İstanbul, 2018, s.41-42.

Cassirer'in anlattığı öyküye göre, Talleyrand, Engtrien Dükü'nün Napoleon Bonaparte tarafından idam edilmesinden sonra şöyle demiştir: “*Bu bir cinayetten çok bir yanlıştır.*”⁴³ Bir cinayeti yanlış veya ihlal diye nitelemenin, ilk elden, eylemin niteliğini ve dolayısıyla sorumluluğu hafifleten bir yanı olduğu açıkça görülmektedir. Bu yaklaşımın bugünkü yansıması devlet görevlilerinin, görevleri aracılığıyla devlete atfedilen fiillerinin ihlal olarak nitelenmesinde görülmektedir. Bu yaklaşımda bir devlet adamında çirkin ve bağışlanamaz olan şeylerden, suçlardan değil, sadece siyasal yanlışlardan söz edilebileceğini savunan Makavelizm'in izleri dikkat çekicidir. Suçtan çok ihlalden, bir başka deyişle, yanlıştan söz edilmesinin modern hukuk literatüründeki anlamı, kimi zaman, cinayet yerine silah kullanma yetkisinin aşımı, kimi zaman işkence yerine görevini kötüye kullanma, kötü muamele ve benzeri biçimlerde karşımıza çıkar.

Devlet görevlileri öldürme suçundan ceza alsalar da bu sonuçsal bir durumdur; eylemin niteliğine ilişkin değildir. Silah kullanma yetkisini aşan veya sorgu yetkisini kötüye kullanarak ölüme neden olan görevlinin insan öldürmeden sorumlu tutulması, onu sıradan katil yapmaz. İnsan öldürdüğü halde katil sayılmayan, kendisini katil saymayan bu kişinin karşısında yaşam hakkına son verilen insanın durumu, Agamben'in Roma Hukuku'nda, *Sacratio* kelimesinin kökenine ilişkin ortaya çıkardığı *homo sacer*'in durumuna benzer. *Homo sacer*, öldürülmesi ceza gerektirmeyen kişidir; bu nedenle özgür bir insanı öldüren kişi katil sayıldığı halde *homo sacer*'i öldüren kişi katil sayılmaz. Öldüren kişinin, kurbanın kutsal olduğunu ileri sürmek suretiyle mahkemede yargılanmayı reddedebilmesinden dolayı bir *exceptio* (istisna) durumunun söz konusu olduğunu belirten Agamben, buradan yola çıkarak egemenlik alanının, cinayet işlemeksizin ve kurban etmeksizin insan öldürmenin meşru olduğu alan olduğunu ileri

⁴³ Cassirer, s. 149.

sürerek bugün egemen iktidarın karşısındaki mutlak bir temel hak olarak sunulan hayatın kutsallığının gerçek değerini anlamamıza büyük katkı sunar.⁴⁴

İnsan hakları ihlalleri kavramsallaştırmana dair bu bilginin gölgesi, yani çoğu zaman cinayet olarak gerçekleşen eylemlerin yaşam hakkı ihlali veya güç kullanma yetkisinin aşımı olarak nitelenmesinin, ihlallere nasıl katkı sunduğu, fail açısından nasıl bir koruma işlevi taşıdığı ve siyasal iktidara sağladığı olanaklar ileride Üçüncü Bölüm’de devlet görevlilerinin suç işleme ya da yaygın kullanımıyla ihlal eylemlerini gerçekleştirme potansiyelini anlatırken hissedilecektir.

2.2. LİBERAL İNSAN HAKLARI KURAMININ AÇMAZLARI

Modern devletin, insan hak ve özgürlükleri alanında hem ihlal eden hem de koruyan olarak tek öznde birleştirdiği kimliğindeki çözümsüz dilemmanın/açmazın nedenini, Robert Paul Wolf *Defence of Anarchism*’de çok doğru biçimde tespit eder. “Devletin belirleyici özelliği otoritedir, yönetme hakkıdır. İnsanın birinci yükümlülüğü ise özerk kalmaktır, yönetilmeyi reddetmektir. Bu durumda, bireyin özerkliği ile devletin varsayılan otoritesi arasındaki çatışmanın çözüme kavuşturulması mümkün değildir.”⁴⁵

Modern liberal devletin ihlal eden ve koruyan olarak insan hakları açmazının devletin yapısına içkin olduğu, birbiriyle çatışmalı iki öznelğin - devlet bir özne olarak varsayılsa bile - ortaya çıkardığı paradoksların devletin kişiliği ve devlet görevlisinin fonksiyonu sayesinde aşılmaya çalışıldığını, ancak bu çabanın yapısal paradokslar nedeniyle görünüşten öteye gidemeyeceğini iddia ettiğimiz bu çalışmada, ilk olarak

⁴⁴ Agamben, 2001, s.111-113.

⁴⁵ Rosen, Michael-Wolff Jonathan, **Siyasal Düşünce**, Çev. Sevda Çalışkan, Hamit Çalışkan, Dost Yay. Ankara, 2006, s. 112.

liberal kuramın devletin insan haklarını koruma iddiasının neden paradoksal bir özellik arz ettiği ele alınmıştır.

Bu çerçevede öncelikle sözleşmeye dayalı başlangıç teorisi ve Fransız ve Amerikan İnsan Hakları Bildirgeleri'nde hem hak sahibi birey özne hem de yönetimin nesnesi uyruk olarak insanın modern devlette nasıl çatışmalı soyut bir kategoriye dönüştüğü üzerinde durulacaktır. Ardından, birey ve uyruk çatışmasının Hobbes'la özdeşleştirilerek hak sahibi insan ve yurttaş kategorisiyle aşıldığı iddialarının doğruluğu sorgulanacak, özerk ve irade sahibi öznenin hukuki kişiliğe dönüşerek sınırını yasada bulan soyut bir kategoriye dönüşmesiyle kendisini nasıl geçersiz kıldığı gösterilmeye çalışılacaktır. Bu çatışmacı öznellik paradoksu nedeniyle soyut bir kategoriye dönüşen soyut bireyin soyut haklarının evrensellik iddiasının, yurttaşlık ve ona eşlik eden milliyetçiliğin gölgesinde, yerellik sınırında nasıl dışlayıcı ve daima sınırlandırılabilir olduğu, bu nedenle de güvencesiz olduğuna dair eleştirilere yer verilecektir. Başlangıç teorisine dair paradokslardan söz edildikten sonra, hakların sınırı olan yasanın egemenliğinde, ölümü ve yaşamı kontrol eden şiddet tekeline sahip siyasal iktidar olarak modern devletin insan hakları ihlallerinin ulaşabildiği korkunç boyuta dikkat çekilerek koruma iddiasının ihlal deneyimleriyle birlikte ele alındığında insan haklarının korunmasına dair yapısal paradoksu daha somut kıldığı gösterilmeye çalışılacaktır.

2.2.1. Başlangıç Teorisi: Birey ve Uyruk Olarak İnsan

Kant'tan esinlenerek, ihlal olduğu zaman insan hakkının bilincine vardığımızı söyleyebiliriz. Şunu da biliriz; iktidar varsa ihlal vardır. İktidarın en basit ve genel tanımı, bir başkasına, iradesi hilafına da olsa, bir şeyi yaptırma gücüdür, bu bir bakıma “*özgürlüğün iptalidir*”.⁴⁶ İnsanların özgürlüğünün siyasal iktidar tarafından ihlal/iptal

⁴⁶ Esgün U., Makro Mikro İktidar, **Birikim**, sayı:118, 1999.

edilmesi olgusu elbette modern devlete özgü değildir. Kölecî dönemde de feodal dönemde de imparatorluklarda da siyasal iktidar, insanların hak ve özgürlüklerini ihlal etmiştir. Modern devlete özgü olan, devletin varlık nedenini, bizzat insan haklarının korunması olarak ortaya koymasındır.⁴⁷ Amerikan ve Fransız hak bildirgeleri modern devletin bu iddiasının ilanı olarak da okunabilir.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesine göre, her bir politik birleşmenin amacı; doğal ve dokunulamaz insan haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır. Amerikan Haklar Bildirgesi'nde insanların *yaradan*'ları tarafından bağışlanmış, yaşam, özgürlük ve mutluluğa erişme gibi vazgeçilemez haklara sahip oldukları ve bu hakları güvence altına almak amacıyla, kendi aralarında yönetimler kurdukları söyleniyordu.

Ancak modern devletin bu iddiasının paradoksal bir nitelik arz ettiği, insan haklarının koruyucusu olması gereken devletin, aynı zamanda insan haklarının ihlalcisi olduğu kısa sürede deneyimlenmiştir. Voltaire'in *"Kral, o güne dek kargaşa içindeki bir ulustan, yalnızca düşmanları için tehlikeli olan barışçı bir ulus yaratmayı başardı"* iddiasına karşılık olarak Condorcet şu görüştedir: *"Yasaların bir kısmında hala var olan barbarlığa, yönetim kademelerindeki bütün hatalara, vergilerin ağırlaştırılmasına, hükümetin ticareti ve üretimi yönlendirmede kullandığı ilkelerin kötülüğüne ve Protestanlar üzerindeki onca baskıya rağmen, kraliyet sınırları dahilindeki halkların yasaların korumalığı altında barış içinde yaşadıkları söylenebilir."*⁴⁸ Condorcet'in Devrim'in hemen ardından yaptığı bu eleştirileri, onun adını anmadan verdiğimizde, bu

⁴⁷ Elbette modern devletten önce de siyasî iktidar kişilerin haklarını korumayı vaat etmiş ve bazı korumalar sağlanmıştır. Örneğin, İ.Ö. 2750 yılında Kral Lugalzaggisi, din adamlarının dinsel törenler vesilesiyle halkı soymasına son verdiğini anlatır. Ancak Şenel'in vurguladığı gibi, burada sağlanan koruma, insan haklarına değil, uyruk haklarına yöneliktir. İnsanın sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu haklarının bulunduğu iddiası, modern döneme özgüdür.

⁴⁸ Elias,N., *Uygurlık Süreci* s.126,127.

eleştirilerin, bugün her hangi bir hükümete karşı yapılabilir biçimde güncel olduğunu görürüz. Üstelik aradan geçen zamanda bu eleştirilerin naif kaldığı bile söylenebilir. Bildirgelerin ardından gelen iki yüzyıllık deneyimin sonunda, devlet artık, insan haklarını koruyan değil, tehdit eden kimliğiyle algılanmaya başlanmıştır. Bu açmaz, en açık biçimde, ölüm cezası örneğinde karşımıza çıkmıştır. Yasa koyucu ölüm cezasını düzenler, yargıç, kişinin öldürülebileceğine karar verir, infaz memuru öldürme eylemini tamamlar. Bu esnada, herkesin yaşam hakkının güvence altında olduğunu, güvencenin temel dayanağının yasama, yürütme ve en önemlisi yargı güçlerinin ayrılığı olduğunu iddia eden bildirgeler kutsanmaya devam eder. Meşruiyetini insan haklarının güvence altına alınması olarak tanımlayan ve egemenliğin ulusa ait olduğu varsayılan modern devletin, insan haklarının ihlali ve koruyuculuğu paradoksunun en iyi göstergelerinden biri, insan hakları kavramının, başlangıç teorisinde kayıtlı, *'doğal halde birbirinin kurdu olan'* insanların birbirlerine zarar vermelerini engelleme ve birbirlerinin şiddetine karşı koruma iddiasının, giderek daha berrak biçimde devletlerin güçlerini kötüye kullanmalarına ilişkin bir anlama kavuşmasıdır. İnsan hakları, artık esasen devlete karşı konumlanan bir noktadadır.

İnsan haklarını koruma amacının, iddia edildiği gibi gerçekleşmemesi ve modern devlet teorisinde bir açmaza dönüşmesinin nedeni, modern devletin yapısı ve egemenlik anlayışıdır. Hobbes, - modern devletin en önemli teorisyei olarak - modern devletin insan hakları yaklaşımını çok açık biçimde özetler: “Egemen uyruklarından herhangi biri tarafından adaletsiz olmakla suçlanamaz. Çünkü bir başkasından aldığı yetkiyle herhangi bir şey yapan kişiye bu şeyle haksızlık etmez.”⁴⁹

Hobbes bu iddiasını desteklemek için Yefta'nın kızını kurban ettirmesi örneğini verir; Eski Ahit Hakimler kitabında, İsraili kabile reisi Yefta'nın, “eğer Ammonlular'ı

⁴⁹ Hobbes, **Leviathan**, s. 133.

yenersem, dönüşümde beni karşılamaya gelen karşıma çıkan ilk canlıyı kurban edeceğim" diye söz verdiği için tek çocuğu olan kızını kurban ederken haksız sayılamayacağını söyler. "Çünkü ölen kişi, ondan ötürü haksızlık olmadan öldürüldüğü eylemi yapma hakkına sahiptir. Çünkü her uyruk, egemenin yaptığı her bir eylemin amilidir; bu nedenle, kendisi Tanrı'nın bir uyruğu olması ve böylece doğa yasalarına uymak zorunda olmasından başka bir biçimde, hiçbir şey üzerinde haktan yoksun değildir. Dolayısıyla, devletlerde, bir uyruk egemen gücün emriyle öldürülebilir ve yine de ne uyruk ne de egemen birbirlerine haksızlık etmiş olmayabilir."⁵⁰

İktidarın gözünden bakıldığında ordularına, tanrı buyruğu savaşı kazanmak için Artemis'in rüzgârı serbest bırakması karşılığında kendi kızı İfigeneya'yı kurban eden Agamemnon da haksızlık etmiş sayılmaz. Çünkü haksızlık olmadan öldürülebilen insanlar, siyasal iktidarın vazgeçilmez yetkesinin en saf ifadesidir. Eski Ahit'in veya Antik Yunan tragedyalarının savaşı kazanmak için kendi çocuklarını bile kurban eden iktidar sahiplerinin eylemlerinden bugüne siyasal iktidarın ölüme karar verme yetkisi bakidir. Bugünkü anayasalarda ve insan haklarının en iyi korunduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde dahi, kaçan bir kişinin öldürülmesi şeklindeki devletin yasal yetkisi bu anlayışın bir uzantısı olarak değerlendirilmelidir.

İnsan hakları ve özgürlüğünün modern liberal devlet teorisinde açmaza dönüşmesinin özü, yeni bir siyasal iktidar modeli olarak devletin doğuşunda kayıtlı kodlarda bulunur. Bu kodu da onun teorisini açık yüreklilikle ortaya koyar: "*Çünkü hem yükümlülüğümüz hem de özgürlüğümüz boyun eğmemiz eyleminden oluşur. Bütün insanlar doğal olarak eşit olduğu için, hiç kimse, kendi yaptığı bir eylemden doğmayan*

⁵⁰ Hobbes, **Leviathan**, s.157.

bir yükümlülük altında olmayacağına göre; özgürlük, bu boyun eğmeden alınan kanıtlardan çıkarılmalıdır.”⁵¹

Denilebilir ki Hobbes’un egemenlik yaklaşımı otoriter ya da mutlak idari monarşiler dönemindeki egemenlik anlayışını temsil eder; devrim sonrası dönemde, egemenliğin ulusa ait olduğu söylenen demokratik egemenlik kuramlarında ya da bireysel özerkliğin önemine dikkat çeken liberal demokratik egemenlik kuramlarında siyasal iktidar, meşruiyetini hak ve özgürlüklerin korunmasından aldığı gibi genel oy ile birlikte, parlamenter demokrasilerde egemenlik de demokratikleşir. O zaman cevaplanması gereken şu soru ile karşılaşırız: *“Demokrasi, hem de en yüksek noktasına ulaştığı ve bütün düşmanlarını nihayet alt ettiği bir zamanda (bile), mutluluğu için varını yoğunu harcadığı zoē’yi⁵², tarihte eşi benzeri görülmemiş felaketlere sürüklenmekten neden kurtaramadı?”⁵³* Egemenin mutlak iktidarını haklı kılan şeyin tam da doğal durum ile şiddetin aynı şey olmasıyla açıklayan Agamben, herkesin herkesle savaş halinde olduğu varsayılan doğa durumundan kurtulmak için egemene tabi olma halinde de bu çelişkiyi bulur. *“Hobbes’un anlayışında, insanlığın doğal durumu, egemenin kişiliğinde yaşıyor; egemenin, yani bu durumun doğal ius contra omnes’ini koruyacak olan tek kişinin şahsiyetinde yaşıyor. Dolayısıyla, egemenlik, doğal durumun topluma sokulmasıdır.”⁵⁴* Modern demokrasinin, göz kamaştırıcı post-demokratik toplumlardaki çöküşü ve gittikçe totaliter devlete doğru kayışının kökeninde yatan çıkmazın, modern demokrasinin başlangıcında bulunduğunu düşünen Agamben, bu açmazın, *“onu en azılı düşmanıya suç ortaklığına zorladığı”* düşüncesinde haklı görünmektedir. Bu başlangıçta, *“insan hem*

⁵¹ Hobbes, **Leviathan**, s.159.

⁵² Agamben’in Antik Yunanlıların yaşamı ifade etmek için iki farklı kelimeye sahip oldukları tespitinde zoe, hayvanların ve insanların ortak özelliği olan canlılık anlamında kullanılmaktadır. (Agamben, **Kutsal İnsan**, 2001, s. 9 çevirenin notu)

⁵³ Agamben, **Kutsal İnsan**, 2001, s.19-20

⁵⁴ Agamben, **Kutsal İnsan**, 2001, s.52

devlet iktidarının örgütlendiği hem de bu iktidardan özgürleşmenin gerçekleştiği mekân haline geliyor.”⁵⁵

Douzinaz da benzer görüştedir; güvenlik için yaratılan Leviathan’ın doğar doğmaz kendi öncülü olan doğal hakları ve kendisini yaratmak üzere sözleşme yapan öznelere doğal haklarını yok ettiğini söyler. “*Doğal hakkın tanınması ve korunması, onun ortadan kalkmasını hazırlar*”.⁵⁶ Hakkın bireye ait olduğu Başlangıç teorisinde, yalıtılmış birey ve onun hakları, kolaylıkla onlar adına bu hakları ortadan kaldıran kadiri mutlak devletle sonuçlanabilir.

2.2.2. Uyruktan Yurttaş Hak Sahibi Özne Olarak İnsan

2.2.2.1. Öznenin İnşası

Liberal insan hakları teorisi, birey ve uyruk olarak insanın çatışmalı kimliğine dair paradoksun Hobbes’un mutlakiyetçi teorisine özgü olduğunu iddia ederek Fransız ve Amerikan Bildirgeleri ve bu bildirgelere hakim felsefi ve siyasi ruhun insanı uyruk olmaktan çıkarıp hak sahibi özne olarak kabul ettiğini iddia eder. Gerçekten de Bildirgelerin dilinde güvenlik uğruna özgürlüğünü kaybederek uyruklaşan birey yerine hak sahibi olan insan ve yurttaş kategorisi ortaya çıkar. Lyotard’ın deyişiyle “*Tanrı’nın yerine varlığın ve anlamın yeni temeli olarak Bildirgenin başına adını koyan insan,*” hakların gerekçesi olarak antropolojik varlığından ayrı bir insan doğasına atıfla yeniden inşa edilir.⁵⁷

Yeniden inşa edilen insan, akıl ve irade sahibi özerk özne olarak kurulur. Ancak Bildirgelerin akıl ve irade sahibi, özerk insanı inşa ettiği iddiasının da sorgulanmaya

⁵⁵ Agamben, **Kutsal İnsan**, 2001, s.19

⁵⁶ Douzinaz, 2018, s.96.

⁵⁷ Lyotard, J-F., **The Differend**, Manchester Uni. Press, 1968, s.145’den aktaran Douzinaz, 2018, s.112.

muhtaç olduğu açıktır. Bu sorgulamayı en etkili biçimde yapanlar, kuşkusuz Eleştirel Kuram'dan gelen felsefecilerdir. Aydınlanmanın inşa ettiği yeni insan doğasına dair iddiaları sorguladıkları Aydınlanma'nın Diyalektiği adlı yapıtta, Adorno ve Horkheimer, Descartes'çi düzenleyen aklıyla doğayı egemenliği altına alan insan ile yaratan tanrının, doğanın hakimi olarak birbirine benzediğini iddia ederler. *“İnsanın, tanrının modeli olması, varoluş üzerindeki egemenlikten, efendinin bakışından, emirden ileri gelmektedir. İnsanlar otoritelerindeki artışın bedelini, egemenlikleri altına aldıkları şeylerden yabancılaştırmakla ödüyorlar.”*⁵⁸ Doğa'ya yabancılaştıran insanın, onu özerk özne yapan aklı da nesnelleşip araçsallaşır. Araçsallaştıran aklın düzene sokma girişimi, *“doğanın tamamını toplum için malzeme durumuna getirirken insanları da egemenin malzemesi”* haline getirir.⁵⁹

Tehlikeli olanın hakimiyet altına alınması, bizi özerk kılan aklın hesapçı, planlamacı işleyişinin bir sonucudur. İnsanı, doğanın tehlikesi ve şiddetinden korumayı vaat eden Descartes'çi düşünen akıl, bu defa, alt sınıflardan, düzen karşıtlarından gelebilecek tehlikeleri hedef alır. Şiddetten kaçınmak için doğayı egemenlik altına alan akıl, iddiasının aksine, özgür ve özerk bireyi inşa edemez; sürekli tehlike algısı eşliğinde yönetmek, düzene sokmak için daima nesneleştirmeye gereksinim duyar.

Adorno'nun, Sade'nin Juliettesi'ne atıfla aktardığı Napoli Kralı Ferdinand'ın balosunda Prens Francavilla söylediği sözler, modern devletin ezeli ve ebedi *ratio* 'su değil midir? *“Demek ki dinsel evhamların yerine aşırı terörü geçirmek gerekiyor, ki böylece halk gelecekteki cehennem korkusundan kurtarılmış ve aynı zamanda, bu korku yok edildikten sonra, kendini her şeye vakfetmiş olsun; ama bu hayali korkunun yerine,*

⁵⁸ Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., **Aydınlanmanın Diyalektiği, Felsefi Fragmanlar 1**, Çev.:Oğuz Özügöl, Kabalcı Yay., 1995. S.25.

⁵⁹ Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., 1995. s.105.

yalnız halk için geçerli çok katı ceza yasaları konmalıdır, çünkü devlette huzursuzluk yaratan yalnız onlardır... ”⁶⁰

Kategorik buyruğa göre hareket etmesi beklenen akıl ve irade sahibi özerk insan, tıpkı eşitlik, özgürlük vaadi gibi modern devlette bir temenni olmanın ötesine geçememiştir. Liberalizmin iddialarına karşın deneyimlere bakıldığında, “*evdeki hesabın çarşıya pek uymadığının*” altını çizen Adorno, bu nedenle “Aydınlanma’nın en liberalist dönemde bile sosyal baskıya hep yakınlık duyduğunu”⁶¹ söylerken son derece haklıdır. Aydınlanmış aklın, “*insanlardan korkuyu kaldırmak ve onları kendilerinin efendisi olan özerk özne durumuna getirmek*” iddiasına karşılık karşılaştığımız *muzaffer felakete* yapılan vurgu,⁶² Adorno ve Horkheimer’in Nazi deneyimini yaşamış Yahudiler olmaları nedeniyle kişisel ve Nazi deneyimiyle sınırlı bir zeminde algılanmamalıdır. Aushwitz bir kez yaşanmıştır; ama bu deneyim, tek başına, aklın araçsallaştırılması ve insanın nesneleştirilmesinin yeterli kanıtını oluşturur.

Diğer taraftan, akıl ve irade sahibi bir varlık olarak insanın hak sahibi hukuki özne olarak tanımlanmasının, aynı zamanda insanın hukukileşmesinin de dayanağını oluşturduğu iddiası Bildirge’nin temeline insanın adı yerine hukuksal bir kişiliğin kaydedildiğine işaret eder. Hukukileşen insan hakları, yasa formunda, kaçınılmaz biçimde aynı zamanda sınırını bulur. Uyrukluktan özerkliğe terfi ederek hakların sahibi özne olarak insan, güce değilse de yasaya, yasada formüle edilen egemenliğe tabidir. Dozuzinas’ın yerinde tespitiyle, “*özgürlük yasası aynı zamanda zor uygulama yasasıdır; hukukiliğin polisle, cezaeviyle ve darağaçlarıyla vazgeçilmez bağları vardır.*” İnsan hakları hem özgür hem de hukuka tabi hukuki özneyi kurar. Özgür iradenin tek sınırı olan

⁶⁰ Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., 1995. s.105.

⁶¹ Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., 1995. s.29.

⁶² Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., 1995. s.19.

yasa, şiddet ve zor ile aynı eylemden doğar.⁶³ Liberal insan haklarının akıl ve iradeyi esas alan en radikal Kant'çı yorumunda dahi öznenin yasaya tabi kılınmasından kaçınılamaz. Öznenin dayanağı olarak kurgulanan insanın akıl sahibi bir varlık olmasından çok artık, hukukun aklına tabi bir iktidardan söz ediliyor.

Hak sahibi, özerk özne olarak insanın bildirgelerin başına adını koyduğu iddiasına yönelik dikkate değer bir başka eleştiri Agamben tarafından dile getirilir. Şiddetle özdeşleştirilen doğanın alt edilerek insanın inşa edildiği iddiasına karşılık gerçekte Bildirgelerin temeline doğaya ilişkin olan doğumun yerleştirildiğini ileri sürer. “1789 Bildirgesinde yer alan ‘İnsanlar, özgür ve haklar itibariyle eşit olarak doğar ve yaşarlar’ sözü, yakından incelendiğinde hakların taşıyıcısı ve kaynağı olarak ortaya çıkan şeyin tam da çıplak/doğal hayat, yani saf doğum olgusu olduğunu gösterir. Üstelik modernliğin biosiyasetinin başlangıcı olarak düzeninin temeline yerleştirilen doğal hayat, Bildirge’nin 3. maddesinde egemenliğin ulusa ait olduğunu belirtilmesi ile devletin temeline, özgür ve bilinçli bir siyasal özne olarak insanı değil, insanın çıplak hayatını, doğumu yerleştirerek şahsında, hakların korunduğu vatandaş figürüne devredilerek yok oluyordu. *Ancien régime*’de Tanrı’ya ait olan ve siyasal anlamda nötr olan, klasik antik dünyada *zoé* olarak siyasal hayattan (bios) ayrılan çıplak hayat, modern dönemde bugün artık, tamamen devlet yapısına giriyor ve devletin meşruiyet ve egemenliğinin dünyevi temeli haline geliyor.”⁶⁴ Çıplak hayatı aynı anda hem siyasal düzenden dışlayan hem de bu düzenin içine hapseden istisna durumunun (*state of exception*), siyasal sistemin dayandığı gizli temel olduğu, bütün istisnaların kural olma süreciyle birlikte siyasal düzenin sınırlarının bulanıklaşmaya başladığı, bu süreçte, çıplak hayatın siyasal düzendeki çatışmaların hem öznesi hem de nesnesi haline, hem devlet iktidarının örgütlendiği hem de bu iktidardan özgürleşmenin mekanı haline geldiğini belirten Agamben, bu durumu

⁶³ Douzinas, 2018, s.111.

⁶⁴ Agamben, 2001, s.171.

modern demokrasinin açmazı olarak niteliyor: “*Modern demokrasi, insanların özgürlük ve mutluluklarını, insanların bağımlılıklarının ve boyun eğmelerinin sergilendiği mekanda –“çıplak hayatta” – arıyor. Hakların ve resmi özgürlüklerin kabul edilmesi sürecinin arkasında ikizi egemen ile birlikte öldürülebilen ama kurban edilemeyen kutsal insanın vücudu bulunuyor.*”⁶⁵

Agamben’in modern demokrasinin çıkmazı diye gösterdiği açmaz, aslında liberal insan hakları teorisinin başlangıcına kayıtlı, süregelen paradoksudur. Yukarıda kısaca üç temel eleştiri ile ifade edildiği üzere, teorinin temel argümanı olan özerk özne olarak insanın inşası iddia edildiği gibi gerçekleşmemiştir. Doğanın egemenlik altına alınması ile insan özgürleşmediği gibi, hak sahibi olmanın halen en geçerli formu olan yurttaşlığın doğumla belirlenen bir kategori olması karşısında doğal olanın hala dışlayıcı bir belirleyen olarak kullanıldığı söylenebilir. Modern devlette rasyonalite, aklın egemenliğinde hakların sahibi, özgür, özerk öznenin inşası olarak değil, egemene tabi insanların hakların taşıyıcısı ve yükümlülüklerin sahibi hukuksal kişiliğe dönüşerek nesneleştirilmeleri biçiminde işlemiştir. Toplama kamplarındaki *muselman*, bir istisna değil, her an yinelenebilecek bir gerçekliktir. Çünkü öznenin aynaya baktığında gördüğü imgesi, tabi kılınmış uyruktur.

2.2.2.2. Özgür Birey- Tabi Nesne

Mutlakiyetçi Hobbes’tan ulus egemenliğinin savunucusu Rousseau’ya, modern devletin kuruluş miti olan liberal sözleşmecî egemenlik kuramı, hem uyruk hem de hak sahibi özgür birey olarak insanı, egemenliğin hem öznesi hem de nesnesi olarak konumlandırır. Birey, egemeni yetkilendiren ve haklara sahip özne iken, yetkilendirdiği egemenin buyruğu altına girer. Buyruğu verenin hükümdar olduğu durumda mesele daha

⁶⁵ Agamben, 2001, s.19.

basit görünürken, buyruğu veren *ulus* adına egemenliğin kullanıcıları olduğunda paradoks daha da karmaşılaşır. Kuruluşa dair bu paradoksu Foucault, klasik egemenlik kuramının, uyruktan uyruğa yönelen, uyruklar arasındaki siyasal ilişkiyi kuran çevrim özelliği olarak tanımlar. “*Bir uyruğun -doğal olarak (ya da doğası gereği) haklara, olanaklara sahip bir birey olarak anlaşılan kişinin- bu kez bir iktidar ilişkisi içerisinde tabi kılınmış bir öge olarak kavranan bir uyruğa nasıl dönüşebildiği ve nasıl buna dönüşmek zorunda olduğunu,*” sözleşmecî hukuksal egemenlik teorisinin birincil özelliği olarak görür.⁶⁶

Birey, uyruğa dönüşmek zorundadır; zira siyaset felsefecilerince iktidarın meşruiyetini sekülerleştirmek, tanrısal olanın yerine insani olanı koymak amacıyla yaratılan sözleşme kuramında insan, sözleşme yapan hak sahibi özne konumuna yükseltilmiş ise de kurgunun diğer ögesi olan, sosyal antropologların da haklı olarak belirttiği gibi, tarih dışı, doğrulanamaz ‘doğal durum’⁶⁷ hükümlerliliğin gerekçesini oluşturur. İnsanlar, doğal durumdan kaçınmak için gönüllü olarak özgürlüklerinin bir kısmını egemene devrederler. Sözleşme kurgusu, en demokratik modeli olan halk egemenliğinde dahi, uyruk ve birey olma paradoksundan kaçınamamıştır. Rousseau’nun, herkesin bütün haklarını ve iktidarını devrettiği genel iradenin yönetimine dayalı toplum sözleşmesi modelinin demokratik rejimlere olduğu kadar, despotik yönetimlere de ilham verdiğini biliyoruz.

Modern devletin kurgusu budur, ancak gerçekte ne Fransızlar bir sözleşme yapmıştır ne de Amerikalılar; Fransız Bildirgesi, soylular sınıfına ve Kral’a karşı, Amerikan Bildirgesi ise Britanya Krallığı’na karşı burjuvazinin öncülük ettiği mücadelenin ürünleridir. Fransız Devrim’i üzerine en iyi yapıtlardan biri olan *Eski Rejim*

⁶⁶ Foucault, M. **Toplumu Savunmak Gerekir**, Yapı Kredi yayınları, s. 52 vd

⁶⁷ Abélès, M., **Devletin Antropolojisi**, Çev.: Nazlı Ökten, Dipnot yay., 2012, Ankara, s.23.

ve Devrim’de Alexis de Tocqueville, “Devrim’in devirmiş olduğundan da daha güçlü ve çok daha mutlak bir hükümetin, o zaman nasıl bütün erkleri kapıp kendinde topladığını, onca yüksek bir bedel ödenmiş olan bütün o özgürlükleri ortadan kaldırdığını ve yerlerine nafile imgeler koyduğunu; ne aydınlanabilen, ne toplaşabilen ne de seçebilen seçmenlerin oy kullanmalarına halk egemenliği; suskun ya da köleşmiş meclislerin boyun eğişine verginin özgürce oylanması adını vererek; ve bir yandan ulusun kendi kendisini yönetme yetisini, hukukun başlıca güvencelerini, düşünce, yazma ve konuşma özgürlüğünü, yani 89’un kazanımları içinde en değerli ve en soylu olan şeyi ortadan kaldırırken, bir yandan da kendini hâlâ nasıl o büyük adla süslediğini” gösterir.⁶⁸ Egemenliğin tüm haklarına sahip olan bir bütün halindeki ulus idi; teker teker her bir yurttaş ise, en dar bağımlılığın içinde sıkıştırıldı; “özgürlüğün kellesi, tutsak bir gövdenin üstüne yerleştirmekle yetinildi.”⁶⁹ Egemen olan ulus, kendisini oluşturan Devrim, iddia edildiği gibi, herkes için hak ve özgürlük getirmemiştir. Hatta Tocqueville’e göre, *Eski Rejim* döneminde var olan yerel sınırlamalar da ortadan kalktığından çok daha despot bir merkezi iktidar vardır ve hak ve özgürlükleri ihlal etmeye devam eder.⁷⁰

Eski Rejim’le Napolyon dönemi Fransa’sını karşılaştırmanın modern devletin insan hakları yaklaşımı için güncel ve genellenebilir olmadığı eleştirileri getirilebilir. Ancak zamansal ve ülkesel açıdan istisnai dönemler dışında, demokratik ulus egemenliği ile tanımlanan 20. yüzyıl Avrupa’sında yaşanan hak ihlallerinin boyutu, despotik, faşist yönetimlerle liberalizmin ilişkisini ve birey-uyruk çatışmasının kurama içkinliğini sürekli hatırlatır. Ekonomik ve siyasal olanın ayrılığında biçimlenen ve egemenliğin soyut ulus kavramında kaybolduğu modern devlette, insanın bireyselleştirilmesinin daima uyruklu

⁶⁸ Tocqueville, A. *Eski Rejim ve Devrim (L’ancien régime et la Révolution)* Çev.: Turhan Ilgaz Kesit Yayıncılık, 1995, s.31.

⁶⁹ Tocqueville, 1995,s261.

⁷⁰ Tocqueville, s.218 ve 265.

süreci ile paralel işlediği görülür. Bu çatışmayı en açık biçimde görebileceğimiz metinlerden birisi, Hegel'in Hukuk Felsefesinin Prensipleri kitabının 261. paragrafıdır:

*"Özel hak ve özel etik gönenç alanları, aile ve burjuva- sivil toplum alanları karşısında devlet, bir yandan bir dış zorunluluk ve onların üstün erkini oluşturur, ailenin ve burjuva-sivil toplumun yasaları ve çıkarları bu üstün erkin doğasına bağlı ve bağımlıdırlar; ama öte yandan devlet, onların içkin ereğidir ve gücünü de kendi evrensel erekliliğinin ve bireylerin özel çıkarlarının birliğinden, kendini bireylerin devlet karşısında hem ödevleri hem de aynı ölçüde hakları olması olgusunda gösteren birlikten alır."*⁷¹

Marx, Hegel'i, burada ortaya çözülmemiş bir çatışkı koymakla eleştirir. "Bir yanda dış zorunluluk, bir başka yanda içkin erek var. Devletin evrensel son ereği ile bireylerin özel çıkarı arasındaki birliğin şuna dayandığı kabul ediliyor: bireyin devlet karşısındaki ödevleri ve devlet üzerindeki hakları özdeşir (böylece örneğin mülkiyete karşı saygılı olmak ödevi mülkiyet hakkıyla örtüşecektir)." ⁷²

Kanaatimizce bu çatışma Hegel'e özgü değildir; söz konusu olan sivil toplum-devlet ayırımına dayalı kapitalist toplumda, liberal modern devlet teorisine içkin bir birey-uyruk çatışmasıdır; Hegel bu çatışmayı özdeşlik aracılığıyla çözümlemeye çalışmıştır. Hak ve ödev, devlette, bir tek ve aynı ilişki içinde birleşir. İhlalci ile koruyucu kimliğinin birbiri içerisinde kaybolduğu bu tür bir kurguda özgürlüğün mümkün olamayacağı açıktır.

⁷¹ Marx, K., **Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, Çev.: Kenan Somer, Sol Yayınları, Ankara, 2009,

⁷² age, s.14.

2.2.3. Soyut ve Sınırlandırılmış İnsan Hakları Anlayışı

Liberalizmin insan haklarının koruyucusu devlet iddiasının, ihlal eden ve koruyan olarak devletin kişiliğine dair çatışmalı öznelliğine odaklanan bu çalışmada, sadece devlet kişiliğinin değil, insan haklarının öznesi olarak sunulan bireyin de benzer biçimde çatışmalı bir kategori olduğunu göstermek iki açıdan önemlidir. İlk olarak modern devletin insan hakları açmazının yapısal boyutuna dikkat çekilmektedir; diğer taraftan da insan hakları kavramının liberal içeriği somutlaştırılmaktadır.

Yukarıda başlangıç teorisine kayıtlı özgür birey ile tabi kılınmış uyrukluğa dair paradoksu anlattıktan sonra, bu çatışmanın mutlakiyet dönemine aitmiş gibi gösterilerek sınırlandırılmış siyasal iktidarın karşısına hakların sahibi özne olarak insan ve yurttaşın çıkarılmasıyla aşmaya çalışıldığını, Fransız ve Amerikan bildirgelerinin bu iddianın ilanı olarak okunabileceğini söylemiştik. Ancak ilanda adı geçen insanın gerçekliğe tekabül etmediği, bir hukuki kişilik olarak soyut bir varlığı varsaydığı, bir bakıma insanı yeniden inşa ettiği eleştirileri bu paradoksun kolay aşılmayacağını göstermiştir.

Bildirgelerle deklere edilen hakların gerçeklikte iddia edildiği gibi herkesin hakları olarak işlemediğinin görülmesi, hakların evrensel eşitliğinin ancak soyut bir ilke düzeyinde kaldığının kanıtıdır. Hak sahibi insanın hukuki kişilik olarak inşası ve soyutlanması, bir bakıma siyasal iktidara insanın kim olduğunu belirleme yetkisi verir. Haktan fiilen yararlanabilecek olanlar hakkın öznesi insan olarak kabul edilirler. Aydınlanma düşüncesinin akıl sahibi özerk öznesi, pratikte siyasal iktidarın nesnesi olmaktan kurtulamaz. İnsanın bu biçimde soyutlanması, insan haklarından yararlanabilecekleri yani hak sahibi olarak kabul edilecekleri belirlediği gibi, buna paralel olarak kimlerin hak sahibi insan ve/veya yurttaş kabul edilmeyeceğinin belirlenmesi yetkisini de içerir. Bu nedenle soyut insanın soyut haklarının anlamı üzerinde durmak liberal modern devletin insan hakları iddiasının gerçekleşmemesinin, otoriter liderler ve

kötü bürokratlarla açıklanması yerine bu iddiasının arkasındaki yapısal paradoksun yeterince görünür kılınmasını sağlayacaktır.

2.2.3.1. Soyut İnsanın Soyut Hakları

Liberal hak kuramında insanın özne olarak inşasının gerçekliğe tekabül etmediğini, hak sahibi insan öznenin ancak görünüşte olabileceğini belirtmiştik. Bu görünüşü mümkün hale getiren üst düzeyde bir soyutlamadır. Soyut düzlemde herkes eşit olarak hak ve özgürlüklere sahiptir. Bu noktada “*eşit-olmayanla eşit-olanı topladığın zaman ortaya eşit-olmayanın çıkması bir kural değil midir*”⁷³ sorusu cevaplandırılmayı bekler. Bacon’dan bu yana matematiksel sayının hem adaletin hem de matematiğin bir ilkesi olarak burjuva adaleti ile meta değiş tokuşuna egemen olduğunu söyleyen Adorno ve Horkheimer, soyutlamanın “*burjuva toplumuna egemen eşdeğerlik*” ile olanaklı kılındığını söyler. “*Bu toplum aynı adı taşıyanı soyut niceliklere indirgeyerek karşılaştırılabilir duruma getirmektedir. Aydınlanma sayılara, sonuçta Bir’e karışarak kaybolmayan şeylerin görünüşüne dönüşmektedir.*”⁷⁴

Liberalizmin totaliterliğe olan yakınlığında, bu eşdeğerlik anlayışının ve şeyleştirmenin etkisi çalışmamız bağlamında siyasal iktidarın ve hak sahibi bireyin kişi olarak şeyleştirilmesi ile de kanıtlanmaktadır. “*Her şeyin her şeyle özdeşliğinin bedeli hiçbir şeyin kendisiyle özdeşlik hakkına sahip olamaması ile sonuçlanır. Değişik olan her şey eşit duruma getirilmektedir.*”⁷⁵

Bildirgelerin vadettiği hakların soyut insanın soyut hakları olduğu, realitede herkesi kapsamadığı, evrensele değil yerele hitap ettiği eleştirileri bildirgelerle aynı yaştadır denilebilir. Cinsiyet, sınıf ve yurttaşlık bağlamında evrensellik ve yerelliğe dair

⁷³ Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., 1995. S.23.

⁷⁴ Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., 1995. S.24.

⁷⁵ Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., 1995. S.29.

üç temel eleştirisi, liberal devlet ve insan hakları teorisinin bugün hala cevaplandıramadığı önemli argümanlar getirdiler. Devrim'in hemen ardından ilk olarak kadınlar, bu soyut bireyin kadınları kapsamadığını ileri sürerek, eşitlik çağrısını Devrim'i yapanlara yöneltip, kadınların da hak sahibi, özgür insan kategorisine ait görülmeleri gerektiğini dile getirdiler.⁷⁶ Bu çağrının sembol ismi, Olympe de Gouges, Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni 1791'de, İngiliz Mary Wollstonecraft, *Bir Kadın Hakları Savunusu (A Vindication of the Rights of Woman)*'nu 1792'de kaleme almıştı. Olympe de Gouges, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin insanı olan erkeğe seslenerek “*Bir kadın soruyor, cinsiyetime baskı yapma egemen hakkını nereden aldınız, gücünüzden mi, yeteneklerinizden mi? Kendinize tanıdığınız bu tirani hakları bize de tanımaya cesaretiniz var mı?*”⁷⁷ diye soruyordu. Cevabı iki yıl sonra giyotine gönderilmek oldu. Hakların taşıyıcısı ve sahibi olan insanın kadınları kapsamadığı çarpıcı biçimde gösterilmiş oldu. Bugün halen devam eden kadınların eşitlik ve özgürlük mücadelesi, kadınların kendi hak ve özgürlük bildirelerini yazmaya götüren bu süreç söz konusu eleştirilerin bir sağlaması olarak değerlendirilebilir. Hak ve özgürlüklerin kadınları dışladığı yönündeki ilk eleştiriler, feminist hareketin gelişmesiyle birlikte liberal kuramın hak ve özgürlük idealinin sorgulanmasına evrilmiştir. Liberal eşitlik söyleminin bir cinsin tabiyetini nasıl kurumsallaştırdığı, anayasalarda yer alan ifade özgürlüğünün yüzyıllarca susturulmuş bir cinsin kendi sözünü kurmasını olanaklı kılmadığı gibi, pornografinin ifade özgürlüğünün bir biçimi olup olmadığı üzerine yapılan tartışmalar, egemen cinsin söyleminin güçlenmesini sağladığını çarpıcı biçimde göstermiştir.⁷⁸

⁷⁶ Scott, Joan Wallach, **Only Paradoxes to Offer, French Feminists and The Rights of Man**, Harvard Uni. Press, 1996.

⁷⁷ The Rights of Woman (to The Queen) https://www.olympedegouges.eu/rights_of_women.php Erişim: 20.01.2021.

⁷⁸ Güncel feminist liberal hak kuramı eleştirisi için bkz. MacKinnon Catherine A. **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, çev. T. Yöney, S. Yücesoy, İstanbul: Metis, 2003, Donovan J. **Feminist Teori**, çev. A. Bora, M. Ağduk, F. Sayılan, İstanbul: İletişim, 2010 Butler J. **Cinsiyet Belası Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, çev. Başak Ertür, İstanbul: Metis, 2012, Cameron D. and Frazer E. ‘On the question of pornography and sexual violence: moving beyond cause and effect’, in C. Itzin (ed.)

Liberal sözleşmecî anayasal kuramların, hak öznesi olan insanın, toplumsal ilişkilerinden koparılmış soyut bir kurgu olduğu iddialarına dair en etkili eleştirilerden biri kuşkusuz Karl Marx tarafından yapılmıştır. Bildirgeler ve anayasal metinlerde sözü edilen soyut insanı, 1843'te 'Yahudi Sorunu' üzerine yazarken din özgürlüğü bağlamında devlet olarak kurgulanmış politik yaşam ve sivil toplum arasındaki ayrılık ekseninde somutlaştırarak anlaşılabilir kılar. Daha önce Hegel tarafından formüle edilen sivil toplum ve devlet ayırımına dayalı kapitalist toplumdaki bu ayrılığa, insanın her iki düzeydeki ayrılığının eşlik ettiğini söyler. Hakların sahibi görülen soyut bireyin, sivil toplumun egoist, bağımsız bireyi olduğunu söyleyen Marx, bunun karşısına politik yaşamda yer alan *citoyen*'i koyar. Liberal kuramda politik özgürleşmenin, insanın bir taraftan sivil toplum üyeliğine, egoist, bağımsız bireye, diğer taraftan da yurttaş, tüzel kişiye indirgenmesi olarak kurgulanması nedeniyle, bir ileri aşama olarak gördüğü bu sistemde, özgürlüğün ancak istisnai olabileceğini çok etkili biçimde gösterir.

*“İnsan en dolayimsız gerçekliğinde, sivil toplumda, dünyasal bir varlıktır. Kendini gerçek bir birey saydığı ve başkalarınca da öyle sayıldığı burada o, düzmece bir fenomendir. Buna karşılık insanın cinsil varlık sayıldığı devlette o, yanılsamalı bir hükümdarlığın hayali bir üyesidir, kendi gerçek bireysel yaşamından yoksun bırakılmış ve gerçeksiz bir genellekle yüklenmiştir.”*⁷⁹ Böylelikle, politik devlet ile sivil toplum arasındaki dünyasal çatlakta sivil toplum üyesi olarak insan için 'politik özgürleşme', görüntüden ya da öze ve kurala ilişkin anlık bir istisnadan başka bir şey değildir.⁸⁰

Marx, 1791 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Deklarasyonu'nun 6. maddesinde yer alan; 'özgürlük, insanın, bir diğerinin haklarına zarar vermeden her şeyi yapabilme

Pornography: Women, Violence and Civil Liberties: a Radical New View, Oxford University Press, Oxford., s.359-383. 1992, Dworkin, Andrea, **Men Possessing Women**, The Women's Press, London: 1981.

⁷⁹ Marx, Karl, **Yahudi Sorunu**, Sol Yayınları, Ankara, 1997, s. 40

⁸⁰ age, s. 40-41.

hakkıdır' biçimindeki özgürlük tanımıyla, 1793 Anayasasının 8. maddesinde yer alan; *'Güvenlik, toplumun kendi üyelerinden her birine kişiliklerini, haklarını ve mülkiyetlerini korumaları için sağladığı korumadan ibarettir'* şeklindeki polis kavramı olarak egoizmin sigortası olan güvenlik tanımı arasındaki çatışma üzerinden insani özgürleşmenin ve insan haklarının gerçekleşme kapasitelerinin sınırlılığını gösterir:

*"Böylece özgürlük, insanın insana bağlılığına değil, tersine insanın insandan ayrılışına dayanır ki bu sınırlanmış bireyin hakkıdır. Bu tanım her insanın, öteki insanlarda, özgürlüğünün gerçekleştirimini değil, sınırını bulmasına yol açar. Bu nedenle güvenlik bir insan hakkı olarak tanınırken haberleşmenin gizliliğinin ihlalden söz edilir. Böylece insanın özgürlük hakkı politik yaşamla çelişkiye düşer düşmez bir hak olmaktan çıkar. İnsan haklarının veya insani özgürleşmenin yolu, insanın sivil toplumun egoist bireyi ve bir tüzel kişi olarak yurttaş ayırımından çıkarak kendi gücünü toplumsal güç olarak tanıyıp örgütlemesinden, toplumsal gücü kendisinden politik güç olarak ayırmamasından geçer."*⁸¹

Sadece liberal hak teorisinin temel dayanağını oluşturan mülkiyet hakkına dair Birleşmiş Milletler belgelerindeki verilere bakıldığında bile, tüm mücadelelere karşın milyarlarca insanın yaşadıkları yer üzerinde hiçbir hakları olmadığı, Afrika kıtasının yüzde 80'inin hala ulusal düzeyde kayıt altına alınamadığı ve Batılı devletlerdeki kadın hareketinin yarattığı dönüşüme rağmen kadınların hala dünya çapında taşınmaz mülkiyetinin sadece yüzde 20'sine sahip olduğu gerçekliği,⁸² Marx'ın eleştirilerinin güncelliğini koruduğunun çok açık ve basit, bir o kadar da gerçek kanıtı olarak değerlendirilmelidir.

⁸¹ age, s. 32 vd.

⁸² <https://www.weforum.org/agenda/2017/01/women-own-less-than-20-of-the-worlds-land-its-time-to-give-them-equal-property-rights/>. 20.01.2021.

Politik yaşam ve sivil toplum ayrılığına kayıtlı bu iki insan arasındaki ayrılık giderilmeden tam anlamıyla insani özgürleşmenin imkansızlığına dair başlangıç eleştirisi sonrasında, Marksizm, sözleşmecî liberal insan hakları kuramının sivil toplumda hak sahibi olarak kodladığı, tüm statülerinden ayrı bir varlık olarak soyut bireyin, evrensel bir insana tekabül etmediğini, maddi güç ilişkileri içerisinde sömüren ve sömürülen -ki ihlallerin kaynağı bu sömürü ilişkileridir- insanların yasal, biçimsel haklardan aynı biçimde yararlanmalarının somut olanaksızlığı üzerinden liberalizmin soyut insan hakları iddiasının çelişkileri üzerine ciddi bir yazın üretmiştir.⁸³

Sadece insan hakları kavramına değil, insan kavramına da eleştirel bakan Douzinas bu soyutlamayı net biçimde özetler: *“Bu insan haklarının insanı, tarihi, arzuları ya da ihtiyaçları olmayan bir kimse, mümkün olduğu kadar az insanlığa haiz bir soyutlamadır, zira insan kimliğini inşa eden tüm bu özellikleri ve nitelikleri başından savar.”*⁸⁴ Modern devlette sadece devlet değil, insan da hukuksal bir kişi olarak kurgulanır.

Burjuva kapitalist toplum, sivil toplum-devlet ayrımı ile sadece siyasal iktidarı değil, insanı da soyutlayıp bölerek, evrensel hak sahibi özne olarak insanın hakları

⁸³ Marksist kuramın insan hakları yaklaşımına ilişkin bkz. Maria Hirsztowisz, **A Marxist Approach to Human Rights, United Nations Educational Scientific Cultural Organization, Round Table Meeting on Human Rights**, Oxford, Nov11-19,1965, UNESCO Archives, Douzinas, Costas, **İnsan Haklarının Sonu**, Dipnot Yay, 2015, Ank., Steven Lukes, **Can a Marxist Believe in Human Rights?** PRAXIS International (PRAXIS International), issue: 4 / 1981, Online at www.cceol.com Tony Evans, **Marx And Democratic Rights, The Politics of Human Rights: A Global Perspective**, 24 December 2005, Balibar, E. (1994), **Masses, Classes, Ideas. Studies on Politics and Philosophy Before and After Marx**, London: Routledge.Elster, J. (1999), **An Introduction to Karl Marx**, Cambridge: Cambridge University Press. Leopold, D., **The Young Karl Marx. German Philosophy, Modern Politics and Human Flourishing**, Cambridge: Cambridge University Press. 200 Lukes, S. 'Can a Marxist Believe in Human Rights?', **Praxis International**, 1 (4) (1982): 334-346., Lefort, Cl. **The Political Forms of Modern Society. Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism**, Cambridge: MIT Press. 1986., Althusser, Louis (2002), **Marx İçin**, (Çev. A. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, İstanbul., Anderson, Perry (2007), **Batı Marksizmi Üzerine Düşünceler** (Çev. Bülent Aksoy), Birikim Yayınları, İstanbul.. Pashukanis, Evgeny B. (2002), **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul. Ranciere, Jacques (2004), “Who is the Subject of the Rights of Man”, **The South Atlantic Quarterly** 103:2/3, Spring/Summer, s. 297-310

⁸⁴ Douzinas, C. İnsancılığın Bin Bir Yüzü. çev.: R. Sağlam ve K. Akbaş Hukuk, **Adalet ve İnsan Hakları Eleştirel Bir Yaklaşım** içinde s. 27-76. Ankara, Nota Bene Yayınları, 2016.

iddiasının imkansız zeminini yaratır; haksızlıkların kaynağı sivil toplumdaki eşitsizlikler ve çatışmalar olduğu halde, bu çatışmayı ve bundan doğan sorumluluğu politik alana havale ederek ilahi/aşkın bir zemine gönderir. Haksızlıkları yapan ve neyse ki büyük bir övünçle sorumluluğu kabul eden *Sivil Toplumun Tanrısına*, *soyut devlete* yapılan bu göndermede bulabileceğimiz şey sadece çözümsüz paradokslardır.

2.2.3.2. İnsan ve Yurttaş Ayrımı: Kavramsal Evrensellik Sınırlı Uygulanabilirlik

Modern devletin insan haklarını koruma iddiasının soyut bir iddia olduğu, en azından herkesi kapsamadığı ve çözümsüz açmazlar içerdiğine dair toplumsal cinsiyet ve sınıf eleştirilerini yukarıda özetlemiştik. Nazi deneyimi sonrası, akıl sahibi özne ve onun akıl ve istencinin tek sınırı olan evrensel yasa ile formüle edilen liberal insan hakları kuramına dair inanç temelden sarsılmış, insan istencinin sınırları, aklın pratik deneyimleri ve yasanın evrensel koruyuculuğu iddiaları modern devletin pratik dersinde sınıfta kalmıştır.

Savaş sonrası göç dalgaları ve yeni sömürü ilişkileri dolayısıyla ortaya çıkan mülteciler meselesi, devletin insan haklarını koruma iddiasının liberal kuramcılarının dahi görmezden gelemediği bir başka krize işaret eder. Habermas, bu krizi, insan haklarının evrensel anlamı ile gerçekleştirilmelerinin yerel koşulları arasındaki bir gerilim olarak niteler. Janus-yüzlü olup aynı anda hem ahlâka hem hukuka dönük olan insan haklarının geriliminin, *“ahlâkî normlar gibi, “insanî olan” her şeyle ilgili, fakat hukukî normlar olarak tek tek kişileri ancak onların bir hukuk topluluğuna ait olmaları -kural olarak ulusal devletin yurttaşlığıdır bu- ölçüsünde koruma özelliğinden kaynaklandığını”* düşünür.⁸⁵ Hannah Arendt, iki dünya savaşı sonrası ortaya çıkan göç ve mültecilik

⁸⁵ Habermas, J., Meşruiyet Dayanağı Olarak İnsan Hakları, çev.: Tanıl Bora, **Birikim** Sayı 118 - Şubat 1999.

olgusuna dayanarak “*mükemmel bir insanın farazi varoluşu üzerine bina edilen insan hakları*” anlayışının, buna inanan insanların, gerçekten de hala insan olmaları dışında bütün öteki niteliklerini ve özel ilişkilerini yitirmiş olan insanlarla karşı karşıya geldikleri ilk anda yıkıldığını söyler. Buradan yola çıkarak “*aslında insan haklarını en tipik biçimde cisimleştirmesi gereken şahsiyetin yani mültecinin, bunun yerine insan hakları kavramının radikal krizine işaret ettiği*” düşüncesine ulaşır.⁸⁶

Bu noktada, vatandaşın, Marx’ın politik yaşama katılıma bağlı hak sahipliği olarak ifade ettiği *citoyen*den farklı bir anlama sahip olduğunun/dönüştüğünün görülmesi gerekir. *Citoyen*, politik hakların öznesi olarak kurgulanmış genel ve nesnel bir kategori değil, doğum veya soy nedeniyle elde edilen ulus devlet vatandaşlığı bağlamında bir statü hakkına, ayrıcalığına sahip insana dair bir kategori olarak işlemiştir. İnsan ve yurttaş arasındaki ilişkinin niteliğine dair incelemesinde Agamben, insan ve yurttaş hakları ayrımındaki insan hakları açmazının nedenini, “*doğumlu olanın (nativity) ulus devletin hukuki düzenine işlenmesini düzenleyen temel kavramlardaki muğlaklığa*” bağlar; bunun 1789 Beyannamesi’nin isminde zımni olarak var olduğunu söyler. İnsan hak ve özgürlüklerinin ulus devlet sisteminde bir devletin vatandaşına ait haklar biçiminden çıktıkları anda ortada korumasız kalıp gerçekliklerini yitirdiklerini söylerken 1789 tarihi Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde yer alan *homme* ile *citoyen* terimlerinin iki otonom varlığı mı yoksa ikinci terimin birinciyi içerdiği üniter bir sistemi mi oluşturduğunun belli olmadığına işaret eden Agamben’in, bu durumda “*bir ‘İngiliz’in haklarını insanların ellerinden alınamayan haklarına tercih eden*” E. Burke’a hak vermesi anlaşılabilir görünüyor.⁸⁷

⁸⁶ Arendt, Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları-2 Emperyalizm**, Çev. Bahadır Sina Şener İletişim Yay., İstanbul, s. 299.

⁸⁷ Agamben, 2001, s. 166-168.

Fransız Devrim’ine düşman, monarşist Burke’un soyut haklar yerine, atalarından gelen, geçmişe dayalı, somut feodal ayrıcalıkları savunması⁸⁸, bugünden bakınca arkaik gibi görünebilir. Ancak vatandaş ile insan arasındaki ayırım, sadece mültecilik sorunu olarak bir ülke vatandaşlığının hukuken kazanılması veya kaybedilmesi bağlamında işlemediği, ırk, etnik köken, doğumla iç içe geçen bir dizi değiştirilemez doğal nedenlere dayalı hak ve haksızlık pratikleri olarak halen varlığını sürdürmektedir. Burke’un 21. yüzyılda, insan hakları çağında aynı şeyi söylemeyeceğini düşünenler, 2020 İngiltere’inde, Bangladeşli göçmen bir ailenin kızı olarak Londra’da doğan ve Birleşik Krallık vatandaşı olan, 15 yaşında İŞİD örgütüne katılmak üzere Suriye’ye giden Shammima Begum’un, riskli gebeliğine ve vatandaşı bile olmadığı Bangladeş’e dönerse ölüm cezası ile cezalandırılacak olmasına rağmen ülkeye kabul edilmeyerek vatandaşlığının iptal edilmesi karşısında, dokunulmaz soyut insan hakları yerine, ‘İngiliz soyundan bir Birleşik Krallık vatandaşı’ olma ayrıcalığının daha güçlü koruma sağladığını kabul etmek zorunda kalacaklardır.⁸⁹

İnsanın ve haklarının soyutlanması, *homme* ile *citoyen*’i, siyasal iktidar tarafından içeriği her an değiştirilebilir, sürekli yeniden tanımlanabilir nesnel kategoriler haline getirir.

Devrim öncesi siyasi tartışmalar ve özellikle 1640 yılında yazılan ve Fransız edebiyatının, döneminin en önemli klasik trajedisi sayılan Pierre Corneille’nin *Horace*’si gibi edebi metinlerin etimolojisi üzerinde sürdüğü izlerden yola çıkarak insan ve vatandaş

⁸⁸ Edmund Burke (1729–1797). Reflections on the French Revolution, **The Harvard Classics**. 1909, s. 53. <https://www.bartleby.com/24/3/3.html> Erişim tarihi: 15.7.2020.

⁸⁹ https://www.bbc.co.uk/news/uk-50137470?intlink_from_url=https://www.bbc.co.uk/news/topics/c347vzp58nzt/shamima-begum-case&link_location=live-reporting-story 11.03.2020.

kategorilerini yaratmanın 150 yıllık bir edebi-politik girişim olduğunu belirten Susan Maslan'ın ulaştığı sonuca göre, eğer 'insan' ve 'vatandaş'ın birbirini kapsayan, kuşatan, birbirine denk ve uyumlu bir şekilde sürekli kategoriler olduğunu düşünmeye eğilimliyse, bunun nedeni 1789 Bildirgesi'nin ardından düşünmemizdir. Zira, “*erken modern siyasi hayal gücünde bir vatandaş olmak, insan olmaktan vazgeçmek demektir. Deklarasyonun üstesinden gelmeye çalıştığı ve gizlediği miras budur. Bildirge, birbiriyle şiddetle koparak ayrılan bu iki varoluş formunu yeniden uyumlulaştırmaya, uzlaştırmaya çabalamıştır.*”⁹⁰

Amerikan Devrimi'nin Fransız kahramanı, Marquis de Lafayette, 11 Temmuz 1789'da deklarasyon için sadece 'Haklar Bildirgesi' (déclaration des droits) ismini önerirken, Bildirgenin orijinal ikiliğinin, insan ve vatandaş kategorisi değil, insanın iki yetisi, akıl ve duygu yetileri üzerine olduğunu altını çizen Maslan, “*aydınlanma ile ilgili yaygın varsayımlara rağmen, insan kategorisine dahil edilmek için birincil niteliğin, akıl yürütme kapasitesi değil, hissetme kapasitesi olduğunu*” söyler ki bu insanları eşdeğer görmek açısından daha elverişli bir yaklaşımı işaret eder. Ancak bir ay sonra, Ağustos 1789'da, başka bir ikilik üzerinden deklare edilen Bildirge, Ulusal Meclis üyesi Lally-Tollendal'ın Lafayette'e yanıtı ile biçimlenmiştir: “*Haklarımızın beyanı herkesin haklarının beyanı olsun; insan, vatandaş, özne ve hükümdar her biri, haklar ve güçler hiyerarşisi çerçevesinde kendisine uygun olanı bulabilir; tebaa hükümdarla aynı haklara sahip olmadığı gibi, vatandaşlık haklarına da katılmaz.*”⁹¹ “*Bildirgenin yazarları, iki farklı hak türünü geliştirme sürecinde olduklarını biliyorlardı: herhangi bir siyasi organın dışındaki bir bireye tanınan özel haklar - yani 18. yüzyılın dilinde, doğal haklar*

⁹⁰ Maslan, “The Anti Human: Man and Citizen, Before the Declaration of the Rights of Man”, **The South Atlantic Quarterly**, C.103, 2004,s. 352-374.

⁹¹ Maslan, 358.

- ve örgütlü bir siyasi organın veya devletin üyesi olan kişilere tanınan politik, sivil haklar.”⁹²

Bildirgenin isim babası Lally-Tollendal’ın önerisiyle şekillenen haklara sahip olma bakımından insan ve vatandaş arasındaki farklılığın temeli olarak insanlar arasındaki hiyerarşiye göre belirlenen hak anlayışı, liberal anayasacılığın kökenine kazınmıştır. Ayrı bir insan öznesine yer verilmeyen *Amerikan Haklar Bildirgesi*’nin yayınlanmasının üzerinden üç asırdan fazla zaman geçtikten sonra, Guantonomo sürecinde tutuklu bulunanların Amerikan Anayasasında belirlenen temel haklardan yararlanıp yararlanmayacakları tartışmasında insanla vatandaş arasındaki hiyerarşik ayrımın izlerini görmek mümkündür.

Ulus devlet formunda biçimlenen modern devlette, 21. yüzyıl’da, ‘insancıl müdahale’ ve benzeri yeni savaş biçimleri ile evrensellik - yurttaşlık gerilimi, ülkesel sınırlama ve egemenlik alanı tartışmasıyla (extra territorial jurisdiction) çok daha ileri bir noktaya taşınmıştır. İsrail, tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin sadece İsrail’de kendisini sorumlu kıldığını, işgal ettiği Batı Şeria’da kendisini bağlamadığını iddia ederek Uluslararası Adalet Divanı’na sunulan görüşte insan hakları hukukunun sınırlarına dair argümanını şöyle özetliyordu: “*İnsancıl hukuk, Batı Şeria ve Gazze şeridi arasındaki gibi bir çatışmaya uygun olan bir koruma şeklidir, oysaki insan haklarına ilişkin enstrümanların amacı, barış zamanında vatandaşların kendi hükümetine karşı korunmasını sağlamaktır.*”⁹³ İsrail’in argümanı, bir çok devlet tarafından sıkça başvurulmuş bir argümandır. Örneğin, Irak sırasında gerçekleşen işkence ve öldürme olaylarına dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen dosyalarda, Birleşik Krallık, Irak’ta askerlerinin ‘sivil ölümlerden’ bile sorumlu tutulmaması

⁹² Maslan, 360.

⁹³ Al Skeini v.UK, par.90. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606> 15.5.2020.

gerektiğini, zira Irak'ta egemen devlet olmadığını ileri sürmüştür. Barış zamanında ve sadece vatandaşların kendi hükümetine karşı korunması argümanı, Adalet Divanı ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından haklı olarak kabul edilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise bu konuda bir adım ileri iki adım geri diye özetlenebilecek bir tutum içerisinde.

Çalışmanın odağında insan hakları ihlallerinde devletlerin sorumluluk esaslarının soyutluk ve gayrişahsilik gerekçeleriyle eleştirisi varken, AİHM, Birleşmiş Milletler, NATO, Avrupa Birliği gibi birden çok devletin üye olduğu kurumların aldığı kararlar sonucunda meydana gelen ihlaller/suçlar giderek daha sık karşımıza çıkmaktadır. İnsan hakları ihlallerine neden olan kararları bu tür uluslararası kurumlara ait olduğunda, ilgili devletlerin sorumluluğunun kabulü daha da zorlaşmakta failin kaybı meselesinde çita iyice yükseltmektedir. Bangović kararından sonra, Behrami ve Behrami / Fransa başvurusunda, Kosova'daki mayın çıkarma denetiminin Birleşmiş Milletler Geçici Yönetim Misyonu'nun yönetimi altında olduğundan ve etkin olabilmek için üye devletlerin desteğine dayandıklarından, Sözleşme, Sözleşmeciler tarafların faaliyetlerinin ve ihmallerinin Mahkeme'nin denetimine tabi tutulacağı bir şekilde yorumlanamaz kararı vermiştir. Kararın en dikkat çekici yanı Birleşmiş Milletler'in üyelerinden ayrı bir kişiliğe sahip olduğunu, Sözleşme'ye taraf olmadığı için sorumlu tutulmayacağına dair vurgudur.⁹⁴ Saddam Hüseyin başvurusunda Mahkeme, koalisyon güçlerinin şikayette adı geçen Sözleşmeciler Devletlerin her birinden destek aldıklarını kabul etmekte, ancak, başvuranın her bir devletin rolüne ve sorumluluklarına veya AB ile aralarında olan iş/güç paylaşımına atıfta bulunmadığını gözlemleyerek başvuranın, Avrupa Birliği dışında hangi davalı devletin yakalanmasında, tutuklanmasında ve teslim edilmesinde nasıl etkisi olduğuna işaret etmediği gerekçesiyle Saddam Hüseyin ve Sözleşmeciler Devletlerin

⁹⁴ http://www.rulac.org/assets/downloads/ECtHR_Bankovic_Admissibility.pdf 1.5.2022.

arasında Sözleşme'nin 1. Maddesinin anlamı çerçevesinde herhangi bir yargısal bağlantı bulunmadığına hükmetmiştir.⁹⁵

Hak sahibi olabilecek insan ve yurttaş kategorisinin dışında bırakılanlara, devletlerin sınır ötesi operasyonları ve egemenliğin sınırlarının değişmesiyle birlikte, ülkesel yetki temelinde yeni bir dışlama kategorisi dahil edilmiştir. Fail egemen ile mağdur arasında ülkesel yetki bağlantısının olmaması gerekçe gösterilerek hak sahibi özneye dair yeni sınırlar üretilmektedir. Her sınırlama, aynı zamanda, siyasal iktidar tarafından hakları ihlal edilebilecek olanları işaret etmektedir. Bu nedenledir ki Bildirge'nin deklere edilmesinden bu yana, hak mücadeleleri bir bakıma işte bu soyut ve hiyerarşik insan hakları kuramına karşı insanlık saflarına dahil edilme mücadelesi olarak seyretmiştir.

2.2.3.3. Sınırlandırılabilir İnsan Hakları: İnsanlığın ve/veya Hakların Askıya Alınması

Koruyuculuğuna soyunduğu hakların ihlalcisi olan devletin, ihlal kapasitesinin temel dayanağı egemenlik yetkisinin bir gereği olarak sınırlandırılabilen insan hakları anlayışıdır. Sınırlamayı olası kılan şey sadece soyut egemenliğin hükümranlık yetkisi değil, hak sahibi insanın da soyutlanmasıdır. Böylelikle siyasal iktidar insanların haklarını ihlal ederken, sınırlama yetkisinin meşruiyetine dayanarak varlık nedeni olarak gösterdiği koruma iddiasının sorgulanmasından kaçınma olanağı elde eder.

Bildirgelerin ilanında açıkça tartışılan ve varlığı kabul gören hiyerarşik insan hakları anlayışının yerini, bugünkü modern anayasalarda, daha soyut ve 'medeni' görünen sınırlandırılabilen insan hakları anlayışı almıştır. Sınırlandırılabilen insan hakları

⁹⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_TUR.pdf 15.5.2020.

anlayışı üzerine kurulu anayasalara hakim ruhu en iyi biçimde kavrayabileceğimiz yer kuşkusuz istisna kuramıdır. Bu kuramı en yetkin biçimde anlatanların başında gelen Agamben, ilk kez Devrim'in 8. yılında anayasaya sokulan, anayasanın askıya alınması fikrinin, bir yandan askeri yetkilerin sivil ortamı kapsayacak şekilde genişletilmesi, diğer yandan, bireysel özgürlükleri koruyan anayasal normların askıya alınması olarak zamanla istisna hali adı verilen tek bir hukuki olgu içerisinde bütünleşen bir paradigmaya dönüştüğünü söyler.⁹⁶ Bu paradigma, sadece mültecilerin değil, siyasal iktidarın haktan yoksun bırakmaya karar verdiği herkesin insan haklarından mahrum bırakılabileceğini göstererek modern devletin insan hakları politikasını daha açık biçimde ortaya koyar. Sınırlandırılabilirlik, pratikte, devlet görevlilerinin hak ihlallerinin temel dayanağını oluşturur.

İnsan haklarının, devletçe tanınması yani normatif düzenlemeye dönüşmesiyle birlikte sınırlanabilen, dolayısıyla istisnaları ile var olan bir anayasal hakka dönüştürülmesi, Atina'da hukuk aracılığıyla açıkça ilan edilen ayrımcılığın modern halidir. Cümleye herkesin yaşama hakkı, maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkı var diye başlanır; takip eden satırda, kamu düzeni, ulusal güvenlik ve benzeri soyut ve genel kategorilerle sınırlar çizilir; kimi zaman kadınlar, kimi zaman mülteciler, yabancılar, Çingeneler, anarşistler, komünistler ve elbette teröristleri insan haklarından yoksun bırakmanın dayanağı bu sınırlamada bulunur. Sadece insan değil, haklar ve dahi hakların sınırları da belirsiz ve soyuttur. Bu tarz sınırlı bir insan hakları anlayışı insan hakları kavramının özünü zedeler. Dördüncü bölümde detaylı olarak yer verilen ihlal eylemlerinin faili olan devlet görevlilerinin deneyimlerine bakıldığında, devlet görevlisi için esas dersin, 'ancak' ile başlayan ikinci fıkralarda yer alan bu sınırlamalarla örülen istisna alanının derinliğine ilişkin bir bilgi olduğu anlaşılır.

⁹⁶ Agamben, Giorgio, **İstisna Hali**, çev. Kemal Atakay, Otonom yay., İst 2005, s.20.

Tüm anayasalar ve bildirgelerde istisnası olmayan işkence ve insanlık dışı muamele yasağı deneyimlerine bakıldığında sadece az gelişmiş demokrasilerde değil, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri gibi demokrasi ve insan hakları kuramının beşiği olarak kabul edilen ülkelerde son yirmi yılda tanık olduğumuz işkence ve kötü muamele örnekleri, siyasal iktidar için hiçbir hak ve özgürlüğün mutlak ve dokunulamaz olmadığını gösteren en tipik örnektir. Yaygın cezasızlık pratiklerinin en fazla işkence suçlarında görülmesi dışında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne getirilen dosyalardaki vakalarda görüldüğü üzere, gözaltına alma sırasında direnişle karşılaşma savunması⁹⁷, özellikle psikolojik işkencenin ispat yükü, eylemin kötü muamele olarak nitelendirilmesi gibi ispata ve tanımlamaya dair güçlükler sınırlamaların sadece hukuksal düzenlemelerin 'ancak' ile başlayan ikinci fıkralarında yazılı olmadığını, devlet ve görevlileri için hiçbir mutlak ihlal edilemez hak yasağının olmadığını gösterir. Hükümlerlik yetkisine sahip siyasal iktidar için mutlak bir hak yoktur; açıkça istisna yetkisinden söz edilmediğinde bile çeşitli yönetsel ve hukuki hilelerle haklar daima sınırlandırılabilir; ihlal edilebilir.

Kutsallık atfedilen yaşama hakkını ele alalım; yaşama hakkı, kendisine yüklenilen öneme rağmen mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde hiç yer verilmeyen, ama günümüzde tüm anayasalarda ilk sırada düzenlenen yaşam hakkı, özü gereği sınırlandırılmaz bir hak iken pratikte çokça ihlal edilmesi bir yana tüm anayasa ve sözleşmelerde daima sınırlandırılabilir bir hak olarak düzenlenmektedir. Amerika Birleşik Devletleri ve Çin başta olmak üzere bir çok ülkede ölüm cezası bugün hala uygulanmaktadır.⁹⁸ Ortak bir hukuksal belge ve ileri bir metin

⁹⁷ Douglas-Williams/Birleşik Krallık davasında gözaltına alınmasından bir saat on dakika sonra postural asfiksi (vücudun sokulduğu biçimin sonucunda nefes almanın imkânsızlaşması) neticesinde hayatını kaybeden kişinin direniş gösteren mağdurun hareketlerinin kısıtlanması amacıyla polisler tarafından uygulanan muameleyi haklı çıkardığı sonucuna ulaşan AİHM, 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. https://www.omct.org/files/2006/11/3633/handbook1_full_turkish.pdf 15.5.2020.

⁹⁸ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/death-penalty-in-2019-facts-and-figures/> 01.02.2020.

olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinde, '*Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır*' dedikten sonra istisnaları saymıştır: Ölüm cezasının yerine getirilmesi, sözleşmenin ilk halinde, kasten öldürme yasağının devlete tanınan istisnasıydı.⁹⁹ Herkese tanınan meşru savunma hakkı dışında devlete, şüpheli birini yakalamak için veya tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için ve de ayaklanma veya isyanın bastırılması için öldürme yetkisi tanınmıştır. Gerçi burada bir öldürme yetkisinin verilmediği, yasaya uygun kuvvet kullanma yetkisi verildiği, ölümün bir istenmeyen sonuç olarak düzenlendiği, yasaya uymayan devlet görevlisinin cezalandırılacağı ileri sürülür. Ancak bu argüman, mahkeme salonlarında devlet görevlilerinin ve devletin avukatlarının savunma argümanına kaynaklık etmek dışında önemli bir fonksiyona sahip değildir. Kaldı ki terörle savaş gerekçesiyle 'terörist' olduğu düşünülen kişilere suikast düzenlenmesi (targeted killing), sadece vakayı adiyeden kabul edilmiyor, alkışlanıyor.¹⁰⁰ Hedef imhası biçiminde planlanmış suikastler, İsrail, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkeler tarafından yaygın biçimde kullanılıyor. 'Terörist hedefler' dışında, onların yanında bulunan çok sayıda 'sivil' insanın da öldürüldüğü veya yaralandığı bu saldırılar nedeniyle hiçbir devlet ve devlet görevlisi hakkında bir sorumluluk söz konusu bile edilmiyor.¹⁰¹ Son dönemde drone gibi insansız hava araçları kullanılarak yapılan bu saldırılarda çoğunlukla gizli servis görevlileri, özel operasyonel birlikler kullanılıyor. Bu nedenle değil insan hakları hukuku, insancıl hukuk kuralları dahi gözetilmiyor. Zira anayasalarda yer alan yaşam hakkı maddesi, askıya alınabilir bir haktır ve öldürme her zaman başka bir hayatın korunması ile meşrulaştırılır.

⁹⁹ Ölüm cezası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde olmakla birlikte Sözleşme'ye ek 13 No'lu Protokol'le kaldırılmıştır.

¹⁰⁰ <https://www.nytimes.com/2020/02/06/world/middleeast/terror-yemen-drone-attack.html> 25.4.2020.

¹⁰¹ Hunter, Thomas Byron. "Targeted Killing: Self-Defense, Preemption, and the War on Terrorism." *Journal of Strategic Security* 2, no. 2 (2010) : 1-52. DOI: <http://dx.doi.org/10.5038/1944-0472.2.2.1> Available at: <https://scholarcommons.usf.edu/jss/vol2/iss2/1>. 28.01.2020.

Foucault'ın dediği gibi “*tehlike kültürü olmadan liberalizm de olmaz. Liberalizmin simgesi, tehlikeli yaşamaktır.*”¹⁰²

Ancak Foucault'nun düşüncesinden farklı olarak modern liberal devlette siyasal iktidarın her koşulda yaşatmaya odaklanmadığını, tehlike algısının gerçekleşme potansiyelini öldürme yetkisinde saklı tuttuğunu ve yaşam hakkının ancak sınırlı bir hak olarak var olabildiğini eklememiz gerekir. Zira, modern siyasal iktidar yaşam üzerindeki iktidarını ölüm üzerindeki iktidarından alır. Hapishaneden ya da polis takibinden kaçan kişinin öldürülebilmesi sayesinde itaat sağlanır. Tehlikeye dayalı koruma vaadi ile ihlal yetkisinin daima birbirine eşlik ettiği iddiası, çalışmamız boyunca yaşam hakkı ihlallerine dair verilen örneklerde somut olarak görünürlük kazanmaktadır.

İnsan hakları teorisinin hem çekirdeği, özü hem de açmazının en berrak şekilde görülebileceği yer olarak yaşam hakkı, aynı zamanda devletin hayata ve ölüme karar verme yetkisi olarak egemenliğin zeminidir; somut olarak kurşunu atan, bombayı, roketi fırlatan her kim olursa olsun, buna karar veren sis perdesinin arkasındaki *egemendir*. Bu nedenle, hayatı ve ölümü kontrol eden egemenlik yetkisi ve bununla doğrudan bağlantılı olan şiddet tekelinin incelenmesi, ihlal eden ve koruyan olarak devletin insan hakları açmazının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Şiddet tekeli ile hayatı korumayı vadeden devletin, bu iddiasının ne kadar gerçek olduğu somut veriler ışığında tartışılacak, şiddet tekelinin, hayatı koruma iddiasından ziyade ölüme karar vermenin olanağı olarak işlediği ileri sürülecektir.

¹⁰² Foucault; Michel **Biyopolitikanın Doğuşu Collige De France Dersleri (1978-1979)**, Çev.: Alican Tayla, Bilgi Üniversitesi yay., 2015, s.56-57.

2.2.4. Hayatı ve Ölümü Kontrol Eden Egemen Devlet

Weber, devlet yeryüzündeki en yüksek güç olduğu için yaşam ve ölüm üzerinde söz sahibidir derken modern devletin en yüksek güç olarak tanımlanan egemenliğinden söz ediyordu. *“Eğer devlet, toplumun varlığı ve bütünlüğünün korunması olan en yüksek nihai çıkarına hizmet ediyorsa ve bu çıkarın peşinde koşarken yurttaşlarını zamansız ve acılı ölümlere gönderebiliyorsa, işlevsel belirliliğinde bir koşullu boyut olduğu görülür.”*¹⁰³

Devletin bu özelliği, devlet üzerine çalışan Schmitt tarafından da aynı biçimde sunulur. *“Tayin edici siyasal birlik olarak devlet, devasa bir yetkiyi kendinde toplamıştır: Savaşma olasılığını ve böylelikle insanların yaşamları üzerinde açıkça tasarrufta bulunma yetkisini. Çünkü jus belli insanların yaşamları üzerinde tasarruf yetkisini de kapsar. Bunun iki anlamı vardır: kendi halkından ölümü ve öldürmeyi göze almayı talep etme ve düşmanını öldürme yetkisi.”*¹⁰⁴

İnsanların yaşamları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisiyle, bir başka deyişle hayatı ve ölümü kontrol etme yetkisiyle donanmış bir egemen devlet; işte devletin insan hakları paradoksunun kavranabileceği en temel yer. Burada hayat, yukarıda açıklanan birey ve uyruk olma kapasitesine paralel olarak paradoksal biçimde egemenliğin alanına dahil olur. Hayat, egemenliğin alanına girdikten sonra, özgürlüğün ne kadar mümkün olabileceği sorusunun cevabı, sorunun içerisinde mevcuttur.

Siyasal iktidarı, kökenine dair doğal haklar veya sözleşme kuramları çerçevesinde değil, Weber ve Schmitt gibi güç ilişkileri çerçevesinde ele alan yaklaşımlar insan hak ve özgürlüklerinin iktidar karşısındaki konumunu çok daha doğru biçimde tahlil

¹⁰³ Mommsen, Max Weber und die Deutsche Politik'ten aktaran Poggi, G., **Modern Devletin Gelişimi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İst., 2005, s. 122.

¹⁰⁴ Schmitt, C., **Siyasal Kavramı**, Metis Yay., 2006, s.65.

etmektedirler. Yaşam hakkının kutsallığı ve mutlaklığına dair ezberler yerine, siyasal iktidarın, yaşamlarımızı ve bununla bağlantılı olarak bedenlerimizi nasıl yönettiği, hayatı ve ölümü kontrol etme kapasitesi üzerinden tahlil edilir. Devletin baskı aygıtı olarak, örgütlenmiş fiziksel şiddetinin, esasen bedenler üzerindeki şiddet olduğunu söyleyen Poulantzas’a göre, “*iktidarın başlıca görünümlerinden biri, kuruluşunun ve ayakta tutulmasının koşulu, her zaman için bedenlerin zorlanması, ama aynı zamanda da bedenler üzerindeki tehdit, cezalandırma tehdididir.*”¹⁰⁵

Ancak bu noktada modern devletin kendisini, diğer siyasal iktidar modellerinden ayırarak, öldürme yetkisi üzerinden değil, yaşatma ve hayatı koruma üzerinden tanımladığı, liberal insan hakları teorisinin de buna dayandığı iddialarının tartışılması gerekir. Bu tartışmaya dair iki farklı yaklaşıma kısaca değinmek yaşam ve ölüm üzerinde kontrol açısından modern siyasal iktidarın önceki iktidarlardan farklılığı veya devamlılığı iddialarının yanıtını bulmamıza yardımcı olacaktır.

Agamben Roma’dan bu yana siyasal iktidarların hayata ve ölüme karar verme yetkisinin sürekliliğine işaret ederek, Foucault modern devlette bunun değiştiğini, klasik hükümlerlik gücü yerine biyo iktidar çağında devletin yaşatmayı düzenlediğini iddia eder. Devletin egemenliğini tanımlamak için kullanılan ‘*hayat ve ölüm üzerinde hak*’ ifadesinin ilk kez Roma hukukunda, babanın oğulları üzerindeki mutlak yetkisi anlamında *vitae necisque potestas* kavramında karşımıza çıktığını belirten Agamben, Foucault’dan farklı olarak *biosiyasetin*, sadece modernliğe özgü olmadığını, ancak siyasetin bugüne dek eşi benzeri görülmemiş bir derecede totaliter hale gelmesini mümkün kılan şeyin, çağımızda siyasetin tamamen biosiyasete dönüşmesi olduğunu söyler.¹⁰⁶ Agamben, “*siyasal hayatın temel dayanağı öldürülebilen, öldürülebilme*

¹⁰⁵ Polountzas, Epos, s.32.

¹⁰⁶ Agamben, 2001, s. 159.

özelliği ile siyasallaştırılan insan hayatıdır ve yöneticinin imperium'u babanın vitae necisque potestas'ının bütün vatandaşlara yayılmış halinden başka bir şey değildir" der.¹⁰⁷

Kantorowichez de siyasal iktidarın, daima hayat ve ölüm üzerinde yetki olarak işlediğini düşünenlerdendir. Ortaçağ üzerine araştırmasında, bir çok hükümdar gibi II. Frederik'in de göklerden ilham alma yanı sıra Tanrı'nın vekili olduğunu iddia ederken imperatora benzer bir görevin verildiğini ima eder: *"Onlara takdiri ilahiyi infaz ederlermişçesine her bir insanın kaderini, yani payına düşeni belirleme ve halklarının yaşamasına ya da ölmesine karar vermesi görevi verildi"*.¹⁰⁸

O halde siyasal iktidarın hayat ve ölüm üzerindeki yetkisinin modern devlete özgü olan farklılığı nedir? Foucault'nun, modern siyasal iktidarın etkisinin öldürme hakkı üzerinde değil, düzenleyici denetim yoluyla yaşam üzerindeki iktidara dayandığı iddiası bu sorunun en iddialı cevaplarından biridir. Öncelikle şunu belirtelim; Foucault, modern siyasal iktidarın örtük biçimde 'daha iyi' olduğu imasında bulunmaz, hangisinin daha iyi olduğu karşılaştırması yapmaz, sadece iktidarın yaşam ve ölüm üzerinde nasıl işlediğini gösterir. Hükümlanlık döneminde var olan 'öldürme veya hayatta bırakma' biçimindeki uygulamanın liberalizm döneminde, modern devlette 'yaşatma veya ölüme bırakma' biçiminde işlediğini, 19. yüzyılın en temel olaylarından birinin, yaşamın iktidar tarafından göz önüne alınması olduğunu belirtir. *"Hükümlanlık kuramı, bedenler ve bedenlerin ne eylediğinden çok toprak ve toprağın ürünleri üzerinde uygulamada olan*

¹⁰⁷ Agamben, Roma'da, baba hukuku (ius patrium) ile egemenin sicili arasındaki bağ, Brutus'un kendisine ihanet ettiği gerekçesiyle oğullarını öldürüp sonra da "Roma halkını evlatlık edinerek" öldürme yetkisini tüm halka yöneltmiş olmasıyla sadece doğal baba – oğul ilişkisinden kaynaklanan babanın bu yetkisi ile yöneticinin imperiumu arasında bir bağlantı kurulduğuna dikkat çeker. Agamben, 2001, s. 120.

¹⁰⁸ Kantorowichez s. 167.

bir iktidar biçimine bağlı iken” yeni disiplinci iktidar “...bedenlerden, mal ve zenginlikten çok, zaman ve emek elde etmeyi sağlayan bir iktidar mekanizmasıdır.” ¹⁰⁹

Hükümlanlığın klasik teorisinde, yaşam ve ölüm hakkının onun temel ayrıcalıklarından bir tanesiyken ve öldürebilme gücünden ibaret olan bu büyük, mutlak, dramatik, karanlık iktidarın berisinde şimdi, biyo-iktidar teknolojisiyle birlikte, canlı varlık olarak insanın üzerinde *"yaşatma iktidarı olan sürekli, çok bilgili bir iktidarın"* ortaya çıktığını söyler. *“Böylece bedenlerin uyruklaştırılıp nüfusun kontrolü ile yaşamın tarihe ve siyasal teknikler alanına girdiği bio iktidar çağına geçilmiştir; yaşam olgusu, bilmenin, denetim ve iktidarın müdahale alanına kaymıştır. Siyasal iktidarın bedene kadar yaklaştığı ve yaşamın sorumluluğunu aldığı bu çağda, ölçme, değerlendirme ve hiyerarşiye sokma faaliyetleriyle egemenlik alanında söz konusu olan, ölümü öne sürmek değil, değer ve yararlılık alanında yaşam dağıtmaktır.”*¹¹⁰

İlk okunuşta ‘yaşam dağıtma’ meselesine şüphe ile yaklaşılsa da burada gözden kaçmaması gereken şey, Foucault’nun bir yer değiştirmeden değil, bir tamamlamadan söz ettiğine dair vurgusudur. *“XIX. yüzyılda siyasal hukukun en büyük değişikliklerinden bir tanesi, o eski hükümlanlık hukukunu -öldürme ya da hayatta bırakma hakkını, yeni bir hukukla, değiştirmek demiyorum açıkça, ama onu tamamlamaktan ibarettir; ki bu, ilkinin silip atmayacak ama ona nüfuz edecek, içine işleyecek, değiştirecek ve tam anlamıyla tersi bir hukuk ya da daha çok tersi bir iktidar olacaktır: yaşatma ve ölüme bırakma iktidarı.”*¹¹¹

Modern iktidarın ölüme boş verdiği iddiası, haklı olarak hükümdarlık iktidarının giderek gerilediği manasına gelir. Önemli olan bu gerilemenin insan haklarının

¹⁰⁹ Foucault, Michel, **Toplumu Savunmak Gerekir**, s.49-51.

¹¹⁰ Foucault, M., **Cinselliğin Tarihi**, çev.:Hülya Tufan, Afa Yay. 1993, İstanbul, s.140-144.

¹¹¹ Foucault, **Toplumu Savunmak Gerekir**, s.252.

korunması bakımından yarattığı sonuçlardır. Yaşatmaya odaklı bir iktidar modelinde, insanların yaşam hakkının daha çok korunması gerekir. Ancak 19. ve 20. yüzyılda devlet kaynaklı insan ölümlerinin sayısına bakıldığında sorunun cevabının sanıldığı kadar basit olmadığı görülecektir. Disipline dayalı, düzen ayarlayıcı biyo-iktidar döneminde nasıl bu kadar insan ölmüş, önceki çağları aratmayan acılar yaşanabilmiştir sorusuna Foucault'un cevabı, bu noktada ırkçılığın devreye girdiği, daha doğrusu, *“kökeni eski olan ırkçılığın biyo-iktidarın birden belirimi ile devletin mekanizmalarına dahil olmasıdır.”* Böylelikle *“iktidarın sorumluluğunu yüklediği o yaşam alanı içerisinde bir kopukluk yaratılır ve yaşaması gerekenle ölmesi gereken arasındaki kesinti oluşturulur.”*¹¹² Irkçılığın ilk önce sömürgeleştirmeye, yani sömürgeci soykırımla geliştiğini söyleyen Foucault, hükümler öldürme yetkisinin ortadan kalkmadığının da farkındadır. Bu nedenle Nazizmin hükümler öldürme hakkıyla biyo-iktidarın mekanizmaları arasındaki etkiyi doruk noktasına ulaştırdığını söylerken, bu etkinin gerçekten bütün devletlerin işleyişinde bulunduğunu da tespit eder.¹¹³

Siyasal iktidarın hayatı ve ölümü kontrol etme gücünün asli oluşu ve hatta modern dönemde bunun doruğa ulaştığı kanaatindeyiz. Zira modern devlet, öldürme üzerindeki hakkı/yetkisi nedeniyle sadece ‘ötekileri’ değil, kendi insanlarını da ölüme gönderebilmiştir. Siyasal iktidara özgü en temel güç olan hayata ve ölüme karar verme yetkisinin, bio-iktidar döneminde yaşamı öne çıkarmasının en önemli sonuçlarından birisi, *‘yaşamak istiyorsan, öldürmelisin’* mottosunun ve bunun bir sonucu olarak tehlikeli olanın diskalifiye edilmesinin normalleştirilmesidir. 19. yüzyılda sömürgecilik, 20. yüzyılda ırkçılık, yaşadığımız çağda ise terörizm adı altında, tehlikeli görülenlerin öldürülmesi, yeni moda deyimle ‘etkisiz hale getirilmesi’, siyasal iktidarın öldürme

¹¹² Foucault, **Toplumu Savunmak Gerekir** s. 260

¹¹³ Foucault, **Toplumu Savunmak Gerekir**, s.263.

hakkını kıskançlıkla koruduğunu, bu yetkisini, yaşamaya değmeyen hayatları belirleme biçiminde kullandığını göstermektedir.

Foucault'un, modern devletin yaşam ve ölüm üzerinde yetkisinin farklılığına dair görüşlerinin gerisinde onun liberalizm çözümlemesi yatar. Bu yeni iktidar mekaniğinin öncelikle, toprak ve bunun verdiği üründen çok, bedenler ve bedenlerin ne yaptığıyla ilgilendiğini, bedenlerden, mal ve zenginlikten çok, zaman ve emek elde etmeyi sağlayan bir iktidar mekanizması olarak kurulduğunu göstererek bedenin modern devlette nasıl başat bir nesneleştirmeye dönüştüğünü gösterir. Öte yandan Foucault'ın, liberalizmin vadettiği özgürlüğün, üretilen bir özgürlük olduğu ve bu nedenle faydacılık çerçevesinde güvenlik ekseninde kurulduğu ve tehlikelilik nosyonu ile işlediğine dair tespitleri, modern devletin insan hakları kurgusunu ve pratiğini anlamamıza büyük katkı sunar. *“Bedene, sağlığa, mutluluğa, gereksinimlerin doyurulmasına sahip olma hakkı, tüm ezilme ve ‘yabancılaşma’ların ötesinde, insanın ne olduğunu ve ne olabileceğini görebilme hakkı”*¹¹⁴ olarak tanımladığı insan hakkını, klasik hukuk sisteminin asla kavrayamayacağını söylemesi, bu paradoksu çok iyi çözümlemesinden kaynaklanmaktadır.

Bu paradoks aynı zamanda devletin insan hakları alanındaki açmazıdır; insan hak ve özgürlüklerini korumak için donatılan egemenlik, insanın hayatına ve ölümüne karar verme yetkisi olarak işler. Bu işleyişte hayat orijinal haliyle, *yani hem ölümüne bir iktidara tabi kılınır, hem de mutlak bir terk edilme ilişkisine maruz bırakılır*. Yaşam hakkına yer veren tüm anayasa ve sözleşmelerde yaşam hakkının daima istisnaları ile tanınmasından da anlaşıldığı üzere, ancak egemen istisna içinde kaldığı sürece yaşam hakkı kutsal bir hak olarak kabul edilir. Yasal öldürme yetkisi, idam cezası, savaş hali, kaçan kişinin yakalanması vb. istisnalar, devletin ölüme karar verme yetkisinin kapsamı

¹¹⁴ Foucault, 1993, s. 149

içerisindedir. Bedeni bu biçimde nesneleşen ve egemenliğin konusu haline gelen insanın, *bedenine, sağlığa, mutluluğa, gereksinimlerin doyurulmasına sahip olma hakkının* ne derece mümkün olabileceği, *tüm ezilme ve 'yabancılaşma'ların ötesinde, ne olduğunu ve ne olabileceğini görebilme hakkının* gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorusunun cevabı, böyle bir yapı içerisinde, açık biçimde *hayır* olacaktır.

Yaşamı korumak iddiasıyla ortaya çıkan devlet, öldürme yetkisiyle yaşam hakkının en büyük ihlalcisi olur. İhlalden sorumluluğun devlet görevlisine veya kurgu bir tüzel kişiliğe atfedilmesi, bu açmazdan görünüşte de olsa kurtulma çabası olarak okunmalıdır.

2.2.5. Modern Devletin İnsan Hakları Açmazında Şiddet Tekelinin Rolü

2.2.5.1. İnsan Haklarının İhlali ve Koruyarı Olarak Şiddet

Devletin insan haklarını koruma iddiasına ilişkin olarak, modern liberal devlet teorisinin içerdiği paradokslara dikkat çekerek başlangıç teorisinden itibaren anayasa ve bildirgelerde ifade edilen soyut ve sınırlandırılabilir hak anlayışının nasıl bir açmaza dönüştüğünü göstermeye çalıştık. Hak sahibi özne olarak sunulan insan, birey formunda soyutlanmış ve böylelikle aynı kurgu içerisinde devlet egemenliğinin nesnesi uyruk olarak tabi kılınmıştır. Evrensellik iddiası, hak sahibi olmanın temel kategorisi olan vatandaşlık bağlamında sınırlandırılmış, son yüzyıla damgasını vuran ırkçılık politikalarıyla birlikte insanlığa karşı suç nitelemesine elverir bir dışlama ile sonuçlanmıştır. Yaşamı koruma iddiasının izdüşümü, daima ölüme karar verme yetkisi olmuştur. Koruyan ve ihlal eden olarak modern devletin insan hakları açmazının kaynaklarına dair yukarıdaki açıklamalardan sonra, bu açmazın en açık ve somut olarak görüldüğü şiddet tekeli olgusunu bu çalışma konusu bağlamında inceleyerek devletin insan hakları açmazı bölümünü bitireceğiz.

Sınırlandırılabilen insan hakları anlayışı ve egemenlik kuramı çerçevesinde egemenin çıkarını temel alan aklıyla modern devletin insan haklarını koruma iddiasının gerçekliğe tekabül etmediğini göstermek için haklar bildirgelerine kayıtlı terminolojiye yönelik teorik eleştirilere gitmeden, sadece modern devletin şiddet dolu tarihine bakmamız gerektiğini söyleyenlerin iddiaları, somut örnekler ışığında son derece haklı görünmektedir. “*Egemen devlet, yönetimindeki halka soykırım uygulama ya da kitlesel katliamlar yapma hakkını egemenliğinin bir parçası olarak savunuyor ve Birleşmiş Milletler pratik amaçlar için bu hakkı koruyor*” diyen Kuper¹¹⁵ gibi düşünenlerin sayısı hiç de az değildir. Modern devletin insan hak ve özgürlükleri karnesinin en zayıf örnekleri olarak iki dünya savaşı ile birlikte duran Auschwitz, Gulag, Hiroşima ve şimdilerde Guantanamo deneyimlerine bakınca devleti, ‘*belirli bir toprak parçası üzerinde suç işleme tekeli iddiasında olan ve onu uygulayan*’ bir örgüt’ olarak niteleyen Albert Nock’un,¹¹⁶ “demos” ve “genocide” kavramlarının birleşimiyle oluşan “democide” halk-kırım anlamında, devletin kendi halkına silahını yöneltmesini anlatmak için kullanan ve 20. yüzyılda kendi devletleri tarafından *demoside* uğrayan insan sayısının yüzotuz milyon civarında olduğunu söyleyen Rummel’in sesine kulak tıkamak olanaksız görünmektedir.¹¹⁷ Bu seslere kulak verdiğimizde modern devletin insan haklarını koruma iddiasının, onun ihlalcı kimliğiyle nasıl bir dilemma /açmaz oluşturduğu gerçekliğiyle daha somut olarak karşılaşırız.

Modern devlet biçimine özgü olan ve yaşamların güvence altına alınması gerekçesiyle meşru kılınan devlet şiddetinin, aynı zamanda hak ihlallerinin nedeni olması, modern devletin doğuş teorisinde kayıt altına alınmıştır; bu nedenle özgürlüğe karşılık güvenlik iddiası biçimindeki bu başlangıç, modern devletin insan hakları

¹¹⁵ Kuper, Leo, *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century*; Yale University Press, 1981, S.30

¹¹⁶ Rothbard, Murray, *The Ethics of Liberty*, Newyork University Pres, 1998, s. 172.

¹¹⁷ Hague, R., Harrop, M., *Comperative Goverment And Politics*, Macmillan, London, 2004, s. 135-136.

iddiasını paradoksal kılar. Bu nedenledir ki, yaşamı koruma vaadiyle egemenliğini meşrulaştıran modern siyasal iktidarda yaşama ve ölüme karar verme yetkisinin kullanımı doruğa ulaşır.

Devletin insan haklarını koruma iddiası ile meşrulaştırılan şiddet tekelinin, aynı zamanda insan hakları ihlallerinin kaynağı olması karşısında, özellikle teknik gelişmelerle birlikte devlet şiddetinin ulaştığı rakipsiz ve mutlak güç dikkate alındığında, söz konusu koruma işlevi ile ihlal potansiyeli arasındaki çatışmanın daha fazla tartışılması gerektiği açıktır. Bu nedenle çalışmamız bağlamında şiddet tekeli ve insan hakları ilişkisine dair tartışma, ihlal olarak şiddet ve koruyan olarak şiddet ayırımı çerçevesinde yürütülecektir. Böylelikle birbiriyle çatışan bu iki özelliğin modern devlete ilişkin liberal insan hakları teorisinde nasıl bir yarılmayı işaret ettiği ve açmaza dönüştüğü gösterilebileceği gibi ihlal eden şiddet ile koruyan şiddet arasındaki farklılığın bu yarılmaya karşı nasıl bir kapatma tekniği olarak kullanıldığı da görülebilecektir.

Şiddet tekelinin daha çok örgütlü kurumsal şiddet aygıtları olarak merkezi ordu ve polis teşkilatı ile özdeşleştirilmesi, söz konusu kurumları güvenliğin teminatı olarak göstermektedir. Şiddetin uygulayıcısı olarak bu aygıtlarda yer alan devlet ajanlarının gösterilmesi ihlalci kimliğini, siyasal iktidardan ve hatta şiddet kurumlarından uzaklaştırıp devlet görevlilerini işaret ederek hak ihlallerini bireysel karar ve hataya indirgemektedir. Diğer taraftan şiddet tekelinin temel kurumsal mekanizması olan hukuk, devletin koruyucu gücü sıfatıyla şiddete karşı bir yapı olarak takdim edilerek, ihlalci devlet ile koruyucu devlet kimliğinin çatışması görünmez kılınmaktadır. İhlal, devletin görevlisine, koruyuculuk ise devletin hukuku aracılığıyla soyut devlete atfedilerek modern devletin insan hakları paradoksu gözlerden uzaklaştırılmakta, yok sayılmaktadır. Bu nedenle, modern devletin insan haklarını koruma iddiasının sorgulanabilmesi bakımından, ihlal eden ve koruyan devlet paradoksunun uzaklaştırıldığı yerden

çağırılması ve görünür kılınması gereklidir. Modern devletin kavranabileceği temel araç olarak gösterilen ve hem ihlalin hem de koruma vaadinin temelinde yer alan bir olgu olarak şiddet tekelinin bu bağlamda incelenmesi, söz konusu paradoksun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

2.2.5.2. İhlal Olarak Şiddet- Koruyan Olarak Şiddet

İnsan haklarının ihlalcisi ve koruyanı olarak devlet paradoksunun izdüşümü ve somut görüntüsü, ihlal olarak ve koruyan olarak şiddet tekeli ayrımında bulunabilir. Doğal durumda var olduğu söylenen güvensizlikten kaçınmak için razı olduğu varsayılan şiddet tekeli, özgürlüğe karşılık güvenlik vaadinin sonucudur. Burada güvenlik karşısında taviz verilen özgürlük, hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin bir yetkidir. Koruma vaadi, en başından, adeta ihlal yetkisine karşılık verilmiş gibidir. Ancak devletin şiddet tekeline bahsedildiğinde, çoğunlukla, güvenlik aracı olarak koruyucu şiddetten söz edilir. Şiddet tekelinin ihlalcisi boyutu göz ardı edilir. Söz gelimi mülteci teknesini sınıra yaklaştırmayan sahil güvenlik yetkisi, devletin sınır güvenliğini sağlarken göçmenlerin ölümüne neden olabilir; güvenlik yetkisi başkalarının yaşamına son verme yetkisi ile iç içedir. Son yıllarda İtalya ve Yunanistan'da bu biçimde öldürülen yüzlerce insan vardır.¹¹⁸ Bu nedenle devletin şiddetinin özgürlükleri ihlal boyutu dikkate alınarak ihlal olarak şiddet tanımlamasının paradoksun anlaşılmasını kolaylaştıracığı kanısındayız.

Şiddet tekelinin ihlal kaynağı olması sözcüğün anlamında mündemiçtir. Her türlü zor kullanma yetkisinin kaynağı olarak tarif edilen şiddet tekeline, şiddetin İngilizce karşılığı olan *violence*, kontrolsüz kuvvet anlamına gelen Latince *violentia* kelimesinden

¹¹⁸ <https://www.theguardian.com/world/2021/dec/22/boat-sinks-greece-folegandros-refugees> Erişim T.: 12.1.2022.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/130/DR/3042/2017&Lang=en Erişim 27.01.2021.

türemiştir. Öte yandan ihlal anlamında kullanılan ve Latince *violare* kelimesinden türeyen ‘*violation*’ sözcüğünün, *violence* (şiddet) sözcüğü ile olan yakınlığı, bu türden bir kuvvet/güç kullanımının, hakların veya kuralların ihlal edilmesi ile sonuçlanacağına dair güçlü bir ima içerir. Şiddet üzerine yapılan çalışmalarda kuvvet/güç olarak şiddet ve ihlal olarak şiddet ayırımına neden olan bu etimolojik vurgu, şiddet kavramının dar anlamda (kuvvet/güç uygulamak olarak şiddet) ya da daha geniş anlamda (ihlal olarak şiddet) tanımlanması gerekip gerekmediği konusunda iki karşıt perspektifin belirlenmesi için önemli bir özellik olarak değerlendirilir.¹¹⁹ Ancak kanaatimize göre, modern devletin sahip olduğu şiddet tekeli, şiddete içkin bu iki perspektifin birbirini tamamlayan niteliği nedeniyle birleştirici bir biçimde ele alınmasını gerektirir. Aksi bir yorum, siyasal iktidarın şiddetinin anlamını daraltarak insan hakları ihlallerinin münferit, bireysel suç eylemleri gibi görünmesine ve gerçek doğasının anlaşılmamasına neden olur.

Siyasal iktidar, elbette her zaman şiddet araçları üzerinde kontrol sahibi olmayı gerektirir ve her siyasal iktidar şiddet araçlarına sahip olmuş, iktidarını şiddet araçları sayesinde kurmuş ve korumuştur. Modern kapitalist liberal devletteki farklılık, merkezileşerek tekel haline gelen şiddetin iktidarın kurulması ve korunmasının bir aracı olmaktan öte, toplumun güven içerisinde yaşamasının garantörü olarak koruyuculuk vaadi ile meşrulaştırılmasıdır. Kapitalizm öncesi toplumlardan farklı olarak sömürünün temel kaynağı olan artı ürüne el koymanın ücretli emek ve meta değişimi sürecinde doğrudan şiddet gerektirmeyişi, hatta göreceli ve biçimsel serbestlik gerektirmesi nedeniyle fiziksel şiddetin ekonomik alandan uzaklaştırılması, modern devletin güvenlik iddiasının gerisindeki temel maddi gerçekliktir. Ancak Tilly’nin de dediği gibi, “*bu uzaklaştırma - meta değişim sürecinde bir sorun yaşanmadığı sürece, şiddet uzaklaştırıldığı yerde bekler; sorun olduğunda çağırılır- neticesinde fiziksel şiddet devlet aygıtında*

¹¹⁹ Bufacchi, V. **Şiddetin İki Kavramı**, https://ayrintidergi.com.tr/siddetin-iki-kavrami/#_ftn19 Erişim: 2.06.2020.

toplanmıştır. Paralı askerlikten bütün yurttaşların asker olduğu büyük ordulara geçişle birlikte yurttaşların silahsızlandırılması ve özel orduların dağıtılması sonucu tekel haline gelen devlet şiddet kapasitesinin boyutu inanılmaz ölçüde artmıştır.”¹²⁰

Fiziksel şiddetin devlet aygıtında toplanmasının modern siyasal iktidarı tanımlayan temel özellik olduğunu en net biçimde ifade eden kişi kuşkusuz Max Weber’dir. Modern devleti meşru şiddet tekeline sahip bir organizasyon olarak tanımlayan Weber’e yapılan atıfların sıklığı, onun modern devletin ancak meşru şiddet tekeli elinde bulunduran devlet olarak araçlarıyla¹²¹ kavranabileceği görüşünün yaygın kabulü yanı sıra, merkezi şiddet tekelinin modern siyasal iktidarın işleyişindeki rolünün önemini de göstermektedir.¹²² Weber’in modern devlet tanımında şiddete ilişkin olarak daha çok tekel vurgusu öne çıkmakla beraber, şiddet tekelinin meşruluk sıfatını haiz olduğu bilgisi buna eşlik eder. Meşruluk, doğa durumunda var olduğu söylenen bireysel şiddetlerin potansiyel tehlikesinden kaçınmaya dair bir güvenlik vaadi karşılığında özgürlüğünden vazgeçme anlamında kullanılmaktadır. Bu iddiadan hareketle Macfarlane, şiddetin meşrulaştırıldığı zaman, artık şiddet olmadığını savunur ve devletlerin, şiddet değil, kuvvet uyguladığını söyler.¹²³ Türkçe yazında da meşruluğa vurgu yapılmak istendiğinde şiddet tekeli yerine güç tekeli kavramının daha çok kullanıldığı görülür.¹²⁴ Şiddetin, meşruluk varsayımı üzerinden kuvvet, güç olarak

¹²⁰ Tilly, Charles, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, Ankara, İmge Kitabevi, 2001, s.148.

¹²¹ Oysa Arendt, şiddetin araçsal karakterine dikkat çekerek (devlet) iktidarını tartışırken iktidarı, emir ve itaat terimleriyle düşünmek ve böylece şiddetle eşitlemek tutumunu eleştirir: *iktidar devletin özüne ilişkindir ancak şiddet değildir; şiddet, doğası gereği araçsaldır. Ve başka bir şeyle meşrulaştırılma ihtiyacındaki hiçbir şey, başka hiçbir şeyin esası olamaz.* Arendt, 1997, s.52- 57.

¹²² Weber, Max, 1996, s.132 vd.

¹²³ Macfarlane, L. J. **Violence and The State**, Nelson, London: 1974.

¹²⁴ Bu noktada bir parantez açarak şiddeti, başkalarını rızaları dışında davranmaya zorlayan meşru olmayan güç olarak tanımlayan Wolff’u, ve elbette şiddetin hiçbir zaman meşru olamayacağını, sadece gerekçeleri gösterilerek haklılaştırılabileceğini söyleyerek devletin şiddet tekeli meşrulaştırma gerekçesini inandırıcı bulmayan Hannah Arendt’i hatırlamanın tam yeridir: *“Şiddetin gerekçeleri, niyetlenen amaç geleceğe kaydırıldıkça inandırıcılığını yitirir. Kimse meşru müdafaa amacıyla gerçekleştirildiğinde şiddeti sorgulamaz. Çünkü şiddet aracını haklı kılan amaç hemen oracıktır.”* Arendt, H, Şiddet Üzerine, Çev. Bülent Peker, İletişim Yay., İst. , 1997, s. 58.

nitelenmesi, devlet şiddetinin toplumsal algılanışını da etkiler. Devlet kaynaklı şiddet nadiren suç olarak nitelenir; suçtan çok ihlalden söz edilir. Savaş ilanı, değil suç ihlal bile sayılmaz. Zira modern devletin sahip olduğu bu tekel, ona içkin mutlak egemenliğinin tezahürüdür. Modern devletin büyük teorisyeni Hobbes, militiaya komutanlık yapmanın, başka hiçbir şeye gerek olmaksızın komutayı elinde bulunduranı tek başına egemen yapacağını söyleyerek şiddet tekelinin egemenliği kurma fonksiyonuna işaret eder.¹²⁵ Lenin de devleti bir güç organizasyonu olarak niteler: “*Devlet, bazı sınıfların baskı altına alınması için yapılan bir şiddet organizasyonudur.*”¹²⁶

Önceki siyasal iktidarlardan farklı olarak şiddetin çalışma ilişkisinden çıkarılmasıyla birlikte gelen pasifleştirmenin gündelik yaşamı görel olarak daha güvenli kılması, modern devletin insan haklarının koruyuculuğu iddiasının en önemli dayanağı olmakla birlikte bu iddia aynı zamanda şiddetin merkezileşmesi ve biçim değiştirmesi ile ilgilidir. Merkezileşmenin toplumun genel olarak şiddetten uzaklaştırılması işlevi kabul edilmekle birlikte, merkezileşmenin tehlikelerine, ihlal potansiyeline de dikkat çekmek gerekir. Modern devlete geçişte feodal dönemin çok merkezli ve çoğulcu iktidarlar yapısından, bölünmemiş bir sosyal düzende hüküm süren tek bir (mutlak) iktidar merkezine kaymanın önemli bir yer tuttuğunu söyleyen Pierson, devlet iktidarının bu merkezileşmesi sürecinin can alıcı noktasının, örgütlü suç ve aile içi şiddet gibi¹²⁷ devletin etkin denetimini aşındıran iki kronik şiddet alanı bulunmasına karşın, toplumun giderek daha fazla yatıştırılmasının olduğunu söyler; akabinde diğer taraftan merkezileşmenin hak ihlallerini nasıl olası kıldığını da belirtir. “*Ancak bu içsel*

¹²⁵ Hobbes, **Leviathan**, sh. 138..

¹²⁶ Lenin, **Devlet Ve Devrim**, Çev.: Sol Yay., Ank., 1998., S. 84.

¹²⁷ 2008 yılında Birleşmiş Milletler Genel sekreteri yaptığı bir konuşmada, dünya genelinde, yaşamı süresince her üç kadından en az birinin dayak tehdidi altında yaşadığını, cinsel ilişkiye zorlandığını ya da başka bir biçimde istismara maruz kaldığını söylemiştir.<http://www.un.org/news>

yatıştırmaya, modern devletin, kesinlikle, modern öncesi devletlerin en despot olanının bile kabul edemeyeceği bir şekilde yurttaşlarının gündelik hayatlarının en mahrem ayrıntılarına müzmin bir şekilde karışması gerçeği eşlik etmektedir.”¹²⁸

Gelişmiş izleme teknikleri ve endüstriyel savaş teknolojisi ile askeri gücün değişen doğası dikkate alındığında, hepsi eşit düzeyde olmasa da tüm modern devletlerin totaliter olduğunu söyleyen Giddens da merkezileşmeyle gelen despotluğun olası boyutlarına dikkat çeker.¹²⁹ Feodalizmin çöküş döneminden 18. yüzyılın başına kadar lider ülkelerin ordularının boyutlarının büyümesinin Avrupa askeri tarihinin en çarpıcı özelliklerinden birisi olduğunu söyleyen Giddens, şiddet tekelinin ve dahili pasifleştirmenin arkasında düzenli ordu ve polis teşkilatının kurulmasının olduğunu söyler.¹³⁰ Dahili pasifleştirmenin, ulus-devletlerin iç işlerindeki şiddetin sürekli azalmasıyla ilgili birkaç fenomen içerdiği görüşünde özellikle Foucault tarafından özel önem verilen bir unsura, yasal sistemle ilişkili şiddetle cezalandırma biçimlerinin ortadan kalkmasına dikkat çeker. Cezanın gizliliği, gözetimin artması, iş sözleşmesinden şiddetin çıkartılması ve ordunun içişlerine karışmaktan uzaklaşması gibi nedenlerle, toplumda şiddet azalmış gibi görünmektedir.¹³¹ Ancak yine Giddens’ın çok haklı olarak belirttiği üzere, *“burada askeri ve normal polis arasındaki ayırıma, aynı zamanda bu ayırımın ender şekilde belirgin olduğu gerçeğine, polisin ciddi iç rahatsızlıklar olarak kabul edilen durumlarda kullanılan paramiliter bölümlere sahip olması ve de askeriyeinin doğrudan çağrılabilmesi gerçekliğini de akıldan çıkarmamak gerekir.”¹³²*

¹²⁸ Pierson Christopher, **“Modern Devlet”**, Çiviyazıları İst. 2000, s.29.

¹²⁹ Giddens, 2008, s.401.

¹³⁰ Giddens, Antony, **Ulus Devlet ve Şiddet**, Çev: Cumhur Atay, Kalkedon Yay., 2008, s.151.

¹³¹ Giddens, s.245-247.

¹³² Giddens, 2008, s. 253.

Hobbes'un ve Bodin'in iç çatışmanın sonlandırılması hedefiyle sundukları şiddet tekeline sahip egemenin bu vaadinin gerçekleştirildiğine dair iddianın en önemli modern temsilcisi Norbert Elias şiddet tekeli, insan türünün çatışmaların çözümü için bulduğu büyük bir sosyo teknik buluş olarak nitelendirmekle beraber çift anlamlı ve tehlikeli olduğunu kabul eder. *“Diğer birçok insani buluş gibi; bunlar da çift anlamlı olmuşlardır: Tıpkı ateşin bulunmasının yemek pişirmeye yaraması yanı sıra barbarlar tarafından evlerin yakılıp yıkılmasında kullanılmasına, atom enerjisinin hem verimli bir enerji kaynağı hem de tehlikeli bir silah olması gibi, fiziksel şiddet üzerinde tekel oluşturulması yönündeki toplumsal buluş da eşit dereceli biçimde çift anlamlıdır. Tehlikeli bir araçtır.”*¹³³

Elias'ın çifte anlam olarak ifade ettiği olgu, ihlalcı ve koruyucu şiddet olarak devletin insan hakları açmazının iki çatışmalı yönünü oluşturur. Ne var ki Elias'ın şiddet tekelinin, çatışmaları büyük ölçüde çözdüğü iddiasının doğruluğunu sorgulayanların ortaya koydukları veriler¹³⁴, şiddetin azaldığına dair iddiaların sorgulanmaya açık olduğunu gösterir. Birleşmiş Milletler United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) yıllara göre bireysel ve devlet kaynaklı şiddet verilerini paylaşmakta¹³⁵ ve Birleşmiş Milletler raporlarında, çatışma ve ölümlere ilişkin olarak, küresel ölçekte savaş ölümlerinin mutlak sayısının 1946'dan beri azaldığı söylenmektedir. Birleşmiş Milletler verilerinin kaynağına bakıldığında atıf yapılan temel çalışmalardan birinin, Pinker'in *'The Better Angels of Our Nature: Why Violence has Declined?'* adlı kitabı olduğu

¹³³ Elias, Norbert, “Şiddet ve Medeniyet Fiziki Şiddet Üzerindeki Devlet Tekeli ve Bunun İhlali”, **Sivil Toplum ve Devlet** içinde, John Keane, Yedikita Yay. Ankara. 2004, s. 200.

¹³⁴ Giderek artan ve kimyasal, biyolojik ve nükleer silahlarla boyut değiştiren şiddet verileri için <http://www.sipri.org>. ABD, Birleşik Krallık ve Fransa gibi modern devletin insan haklarını koruma iddiasının ilk olarak ortaya çıktığı bu devletler ile Rusya'nın vetosu nedeniyle nükleer silahların yasaklanması mümkün görünmemektedir. <https://www.sipri.org/commentary/essay/2017/2017-year-which-nuclear-weapons-could-be-banned> 4.12.2019.

¹³⁵ <https://dataunodc.un.org/crime>. 21.03.2020.

görülür. Pinker, dünyada şiddetin hem uzun vadede hem de kısa vadede azaldığını savunuyor ve bunun nedenlerini en başta şiddet tekeli olmak üzere beş başlıkta topluyor. *“Ulus devletin şiddet tekeli, diğer insanları ölümden daha değerli hale getiren ticaret, feminizasyon, okuryazarlık ve iletişimin yanı sıra rasyonel problem çözme yönelimi.”*¹³⁶

Historical Reflections, 2018 yılı Mart ayında yayınlanan 44. Sayısının tamamını Pinker'in kitabına yönelik eleştirilere adanmıştır. Bu eleştiriler, şiddetin pasifleştirme etkisine dair diğer çalışmalara da teşmil edilebilir niteliktedir. Sayı editörleri Illinois Üniversitesi tarih profesörü Mark S. Micale ve Newcastle Üniversitesi tarih profesörü Philip Dwyer, sunuş yazısında, dergide yer alan on iki bilim insanının Pinker'in teziyle ilgili, metodoloji ve kaynakların tartışmalı olduğu konusunda hemfikir olduklarını belirtirler. Dwyer, Pinker'in, olağanüstü düzeyde Batı merkezli bir biçimde modern çağın sözde barışçillığı ile karşılaştırmak için geçmişin şiddetini abartma eğilimine dikkat çeker; en önemlisi, kronolojik ve sosyokültürel açıdan farklı bağlamlarda meydana gelen çeşitli şiddet türleri ve şiddet ölçeklerinin karşılaştırılmasının yanlışlığını dile getirir.¹³⁷

Diğer taraftan cinayetlerin, mafyanın ve suç örgütlerinin şiddetinde bir azalma olduğu gözlense bile militarist şiddetin doğasındaki değişim ve dönüşümün göz ardı edilmemesi gerektiği de haklı olarak sıkça söylenir. Cinsel saldırılar ve aile içi şiddet verileri de dahili pasifleştirme iddiasına karşı önemli bir argüman olarak varlığını sürdürmektedir. Milyarlarca kadın ve kız çocuğu, dünyanın her yerinde sistematik biçimde şiddete maruz kalmaya devam ediyor.¹³⁸ Çatışmalarda artık devletlerden ziyade yerel topluluklar, ‘terörist’ gruplar ön plana çıkmakta, savaşlar daha az kitlesel olmakla

¹³⁶ Pinker, Steven, **The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined**, Penguin Books, 2012

¹³⁷ Dwyer, Philip Whitewashing History Pinker's (Mis)Representation of the Enlightenment and Violence, **Historical Reflections** Volume 44, Issue 1, Spring 2018: 54–65.

¹³⁸ https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet_5.pdf, 21.03.2020.

birlikte sık sık ve süregelen biçimde yürütülmekte ve kronik biçimde devam etmektedir.¹³⁹ Aynı zamanda çatışmalar daha da parçalanmaktadır. Örneğin, Suriye iç savaşında yer alan silahlı grupların sayısı çatışmanın patlak vermesinden bu yana sekizden birkaç bine kadar çıkmıştır. Ölümcül otonom silahlar ve siber saldırılar, botların ve dronların silahlandırılması gibi teknolojik gelişmeler şiddeti kontrol edilemez kılıp kolaylaştırırken savaşı yönlendiren devletlerin veya diğer çıkar güçlerinin salınımlı varlığı, savaşların daha uzun sürmesine ve geleneksel çözüm biçimlerine daha uzak olmasına neden olmaktadır.

Dünyanın çatışma altında yaşayan bölgelerini görmezden gelerek başka coğrafyalarda çatışmanın tarafı olan siyasal iktidarların çatışmalardan mekânsal olarak uzak tuttuğu Batılı toplumlarda dahi, gündelik yaşamda süren görelî bir pasifleştirmeye diğer insanlardan gelecek şiddeti azaltması karşılığında her şeyin gözetim altında tutulduğu, yaşamın her alanının kontrol edildiği bir güvenlik toplumu yaratılmıştır. Savaşın kendisinin bir insan hakkı ihlali olarak görülmediği, tersine, bazı kısıtlar olsa bile devletin savaş ilan etme yetkisinin hala korunduğu, insansız hava araçları, nükleer silahlar, kimyasal silahların, iç çatışmaların ‘bir gece ansızın gelebileceği’ güvensiz bir hayat deneyiminde, şiddet tekelinin ihlalcî yüzü ile karşılaşırız.

Açık şiddetin görelî azalması iddiası sorgulanırken sadece faşizm, dünya savaşları ve sınıf mücadelelerinin hatırlanması ile sınırlı düşünülmemelidir. Şiddetin azalmadığına dair ciddi veriler, karşı şiddet sarmalı, devlet şiddetinin görünmezliği ve şiddetin coğrafi yer değiştirmesi ile biçim değiştirmesi olguları da dikkatle değerlendirilmelidir. 1998 yılında yapılan bir çalışmada, yirminci yüzyıl boyunca devletlerin sorumluluğu altındaki olaylarda en az yüz altmış milyon savunmasız insanın öldürüldüğü, bu sayının önceki

¹³⁹ <https://www.britannica.com/list/8-deadliest-wars-of-the-21st-century>. 23.04.2020.

yirmi beş yüzyılda gerçekleşen bu tip ölümlerin hepsinden daha fazla olduğu belirtiliyordu.¹⁴⁰

Öte yandan, modern devletin sahip olduğu mutlak şiddet tekelinin, bir şiddet döngüsü yaratarak ancak şiddet yoluyla karşı konulabileceği hissine neden olup devrimci ve muhalif hareketleri ve ezilen grupları da silahlı eyleme iterek karşı şiddeti ürettiği ve bu dehşet diyalektiği içerisinde, paramiliter birlikler, özel güvenlik şirketleri, olağan dışı iade, kaybetmeler, işkencenin yeniden devreye sokulması ile şiddet döngüsünün bir üst seviyeye sıçradığı iddiası da dikkate değerdir.¹⁴¹

Toplumsal yaşamın şiddetten arındırıldığı iddiasının örtbas ettiği bir başka gerçeklik ise devlet şiddetinin, birey şiddetine nazaran görünmezliğidir. Bu konuda Mark Twain'in, Fransız Devrimi'nin yüzüncü yıldönümü kapsamında söyledikleri son derece önemli bir olguya işaret eder: *"Hatırlayabilsek ve değerlendirebilsek, iki farklı 'Terör Krallığının' hüküm sürdüğünü göreceğiz. Bunlardan birincisi cinayeti ateşli bir tutkuyla işlerken, ikincisi işini vicdansız bir soğukkanlılıkla yapıyordu. Birincisi sadece birkaç ay sürerken, diğer binlerce yıl devam etmişti. Birincisi on bin kişiye ölüm acısını tattırırken, diğer yüz milyon kişiyi mezara gönderdi. Fakat nedense, bizi ürperten korkular hep, tabir caizse, küçük terörden, geçici terörden kaynaklanıyor... Bir kent mezarlığı bile, korkmamız ve yasını tutmamız gerektiği bize itinayla öğretilen bu küçük terörün doldurduğu tabutları alabilir. Oysa, kökü çok daha eskilere uzanan, içimizden hiç kimsenin gerçek büyüklüğü ve acıları ile görmeyi öğrenmediği, tarif edilemeyecek kadar dehşetli ve korkunç olan gerçek Terör'ün kurbanlarını gömmeye, tüm Fransa toprakları ancak yeterli olabilir."*¹⁴² Twain bunu yazdıktan sonra geçen iki yüzyılda, sözünü ettiği

¹⁴⁰ Rummel, Rudolph J., **Statistics of Democide, Genocide and Mass Murder since 1900**, Londra, 1998.

¹⁴¹ Bernstein, Henry, Leys, Colin, Panitch, Leo, "Günümüzde Şiddet: Güncel Düşünceler", **Socialist Register** 2009, Çev.:Umut Haskan, Yordam Y., 2010, İst. S.17-18.

¹⁴² Aktaran, Bernstein, Henry, Leys, Colin, Panitch, Leo, "Günümüzde Şiddet: Güncel Düşünceler", **Socialist Register** 2009, içinde, s.22.

büyük Terör'ün öldürdüğü insanların mezarları için, değil Fransa toprakları, Avrupa Kıtası'nın topraklarının yetmediğini gördük.

Şiddete ilişkin pasifleştirme iddialarının, ağırlıklı olarak İkinci Dünya Savaşı sonrası çeyrek yüzyıllık bir Avrupa deneyimi üzerinden kurgulandığı da unutulmamalıdır. Özellikle 20. yüzyılın son çeyreği ve 21. yüzyılın ilk yıllarında tanık olduğumuz şey, şiddetin azalmasından ziyade bir bakıma yer değiştirmesidir. Uygarlığa dair tezlerin yazıldığı Batı dünyasından uzaklaşan şiddetin, güçlü kapitalist ülkelerin giriştiği rejim değişikliği ve kaynaklara el koymanın yeni biçimleri ile birlikte, silahlı çatışmalardan ayaklanmalara, yerel şiddetin giderek arttığı, iktidara sahip elitlerin yerel düzeyde muhalifleri sindirme yolunda asker ve polis kuvvetlerini kullanmaktan çekinmediği yağmaya konu yoksul ülkelere, uluslara yönelmesidir. Nijerya'nın uranyum yataklarının olduğu Nijer Deltası bölgesinde, Darfur ve Sudan'da, Angola'nın petrol kaynaklarına sahip Cabinda eyaletinde, Irak, Afganistan, Libya, Suriye, Yemen ve benzer pek çok yerde görülen tam da budur.¹⁴³

Şiddet tekelinin toplumu yatıştırdığı iddiası karşısında, şiddetin aldığı biçimlerdeki değişime de dikkat çekmek gerekir. Şiddetin aldığı yeni biçimler konusunda kendisine en fazla atıf yapılan Foucault, modern devlette iktidarın açık şiddet-baskı üzerine kurulu olmaktan çok, daha incelikli disiplin mekanizmaları üzerinden işlediğini ileri sürerken¹⁴⁴ iktidarın yaygınlığını ve yeniden üretimini anlamamızı kolaylaştırmakla kalmaz, modern dönemde şiddetin azaldığı iddiaları karşısında, çıplak şiddetin yeni

¹⁴³ Klare, Michael T., "The New Geopolitics of Energy", **The Nation**, 19.5.2008, s.24

¹⁴⁴ Foucault'un Hapishaneler, Tıp, Okullar, Akıl Hastaneleri ve cinsellik üzerine yaptığı çalışmalarda ortaya koyduğu üzere disiplin temel kontrol ve iktidar aracı haline gelmiştir. Şiddetin yeni biçimi, özellikle kadınlar, yoksullar, mğülteciler vb toplumsal olarak zayıf gruplar üzerinde....¹⁴⁴ 2008 yılında her yüz Amerikalıdan birinin hapiste kalmış olduğu ve yüz kişiden ikisinin de ayrıca ceza yargılamasının devam ettiği¹⁴⁴ düşünüldüğünde hapishanelerin rolüne ilişkin iddiaların ciddiliği anlaşılır. FOUCAULT, Michel, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev. M.Ali Kılıçbay, İmge K.Y., Ank.,1992., Gilmore, Ruth Wilsonm, "İrk Ayırımı, Hapishaneler ve Savaş: ABD Şiddet Tarihinden sahneler" Günümüzde Şiddet: Güncel Düşünceler", **Socialist Register** 2009, içinde, s.85.

disiplin teknikleriyle kurulan tahakküm sayesinde gerçekleştiğini gösterir. Zira disiplin ve itaat, insanın kendisini gerçekleştirebilmesi anlamında insan hak ve özgürlüğünün en sinsi düşmanıdır. Wagner'in dediği gibi, *“kendisini özgürlük ve özerklik olarak kuran modernizmin hayat bulmasını sağlayan özgürlük söyleminin, disiplin süreçleriyle içi boşaltılıyor ve söylem düzeyine geri çekiliyor.”*¹⁴⁵

Baumann, şiddete dair bu değişimin en iyi anlatıcılarından. *“Olağan ve yaygın insan ilişkilerinin şiddet içermemesi, baskının merkezileşmesinin vazgeçilmez koşulu ve değişmez ürünüdür. Modern uygarlığın şiddet içermeyen karakteri tam bir yanılsamadır. Uygarlaşma sürecinde gerçekte olan şey, şiddetin daha etkili biçimde yeniden düzenlenmesi ve şiddete yeni alanlar açılmasıdır. Şiddetin varlığına son verilmemiş, yalnızca gözden uzaklaştırılmıştır. Şiddet bir tekniğe dönüştürülmüş ve tüm teknikler gibi heyecandan ve duygulardan arınmış ve tümüyle akılcıdır.”*¹⁴⁶ Tüm bunların sonucu, şiddetin yoğunlaşmasıdır. Şiddetin uygar toplumun gündelik yaşamından çıkarılması, toplumlararası ilişkilerde ve toplum içi düzenin sağlanmasında tam bir militaristleşmeye daima çok yakından eşlik etmiş; ordular ve polis güçleri, teknik yönden üstün silahlarla bürokratik yönetimin üstün teknolojisini bir araya getirmiştir.¹⁴⁷

Şiddet tekelinin insanların bir arada barış içerisinde yaşamalarını sağlama iddiası, insan hak ve özgürlüklerinin koruyucusu devlet söyleminin bir uzantısıdır. Ancak Poulantzas'ın dediği gibi *“her şey, sanki bu devlet, gücün meşru tekeli elinde tuttuğu ölçüde onu daha az kullanmak zorundaymışçasına cereyan etmektedir. Tabii eğer olağanüstü kapitalist devlet biçimlerini (faşizmler, askeri diktatörlükler), son yüzyılda*

¹⁴⁵ Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi Özgürlük ve Cezalandırma**, Çev.: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., 2005.

¹⁴⁶ Bauman, Z. s.131.

¹⁴⁷ Giddens, A. S.252-253.

yaşanan Dünya Savaşları ve öteki savaşların yol açtığı en üst derecede terör olayları ve sınıf mücadelelerinin kızışma koşulları bir tarafa bırakılırsa.”¹⁴⁸

2.2.5.3. Koruyucu Şiddet Hukuk İlişkisi

Devletin şiddet tekeli ile kurulduğu gerçekliği ile insan hakları ve özgürlüklerinin korunması arasındaki gerilimde, bir ihlal olarak şiddetin, çoğunlukla ordu ve polis kurumları ve bu kurumlarda bulunan devlet görevlileri ile özdeşleştirilmesi eğilimine dikkat edilmelidir. Bu eğilimde, hukuk, insan hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olarak şiddetin karşısında konumlanır. Oysa pek çok siyaset kuramcısı, haklı olarak devletin sahip olduğu bu tekelin sadece fiziksel şiddetten ibaret olmadığını altını çizerek hukuk-şiddet ilişkisinde liberal devlet kuramının bir başka paradoksuna işaret ederler. Şiddetin bu biçimde açıklanması üzerinde kısaca durmak, ilerde şiddete karşı insan hak ve özgürlüklerinin korunması için hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi olarak görülen hukuk devleti ilkesinin zaaflarını anlamak açısından da faydalı olacaktır.

Kapitalizm öncesi devletlerin tersine, şiddetin ve en aşırı terörün tekeli, savaşın tekeli elinde tutanın, bu modern hukuk devleti olduğunu ve şiddetin iktidarın gündelik icrası içerisinde güncelleşmese de hiçbir dönemde olmadığı kadar belirleyici olduğunu söyleyen Poulantzas, bu eğilime karşı çıkar. “*Hukuk devletinde yasa, sanıldığı gibi aksine şiddeti sınırlandıran, onun karşısında konumlanan bir olgu değil, örgütlenmiş siyasi şiddetin kodudur. Devlet tarafından tekelleştirilmiş fizik şiddet, doğrudan icra edilmediğinde bile, iktidar tekniklerini ve baskıya katlanma mekanizmalarını sürekli olarak destekler, disiplinci ve ideolojik düzeneklerin örgüsünde kayıtlıdır ve hakimiyetin onun üzerinde etkidiği toplumsal bedenin maddiliğini biçimlendirir. Şiddetin açık olarak*

¹⁴⁸ Poulantzas, Nicos, **Devlet, İktidar, Sosyalizm**, Çev.: Turhan Ilgaz, Epos Yay., Ankara, 2004, s.89.

yer aldığı kurumsal bir ordu olmaksızın hapisanelerin hatta parlamentoların var olmaları olanak dışıdır.”¹⁴⁹

Şiddetin (violence) karşıtı olarak gösterilen hukukun (nomos/yasa) bizzat şiddete dayalı olduğunu ileri sürerek devletin hukuk aracılığıyla toplumsal şiddeti ortadan kaldırma iddiasının nasıl çelişkili olduğunu en çarpıcı biçimde gösteren kuşkusuz Walter Benjamin’dir. Kısa ve çok etkili makalesi *Şiddet Üzerine Eleştiri*’de Benjamin, hukuku iktidar kurmak olarak tanımlayarak şiddetin dolaysız tezahür ediş eylemi olarak değerlendirir. Ne doğal hukukçuların yaptığı gibi adil amaçların şiddeti haklı kıldığı ne de pozitif hukukçuların ileri sürdüğü gibi hukuka uygun araçların şiddeti meşrulaştıracağını, zira hukukun şiddet tekeli bireye karşı ele geçirmekteki menfaatinin, hukuksal amaçların korunmasında değil, hukukun salt kendisini koruması saikinde yattığını iddia eder ve buna örnek olarak ölüm cezasını verir: Ölüm cezasının amacının bir ihlali cezalandırmak değil, doğrudan hukuk yaratmak olduğunu söyler: “*hukuk şiddetin icrası yoluyla hayata ve ölüme hükmederek, başka hiçbir alanda olmadığı kadar kendisini onaylamış olacaktır.*”¹⁵⁰ Ölüm cezasının, bir ihlal olarak şiddet eylemi değil, bir ihlalin cezalandırılması, meşru bir ceza olarak kodlanması, Benjamin’in haklı olduğunu düşündürür.¹⁵¹

Derrida, Benjamin’in *Şiddet Üzerine Eleştiri*’si üzerine konuşurken, hukukun her zaman yetkilendirilmiş bir güç (une force autorisée) olarak kendisini haklılaştırdığını,

¹⁴⁹ Poulantzas, 2004,s.85 vd.

¹⁵⁰ Benjamin, W., *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Derleyen: Aykut Çelebi, Çev.Ece Göztepe, Metis Yay., 2010, İstanbul,s 23-28.

¹⁵¹ Bu nedenle Derrida’nın hukukun şiddetini en saf biçimde yaşam ve ölüm hakkına dokunduğu yerde göstereceği, bu nedenle hukukun doğaya karşı bir şiddet olduğunun delili olan ölüm cezasının kaldırılması ile bizzat hukukun ilkesi inkar edildiği yorumu kanımızca doğru değildir. Salt ölüm cezasının kaldırılması ile, devlet yaşam ve ölüm üzerindeki hakkından vazgeçmiş sayılamaz. Burada hukukun ilkesinin inkarı değil, yaşam ve ölüm üzerindeki yetkinin başka biçimlerde kullanımı imkanı devreye girer; sözgelimi, devletin öldürme yetkisi, yargısız infazlar, kaybettirme ve işkenceler ya da baskı altında biyolojik bir varlığa dönüştürülmüş bir hayat. Derrida, 2010, s103.

‘enforcibility’ yani güç kullanılarak uygulanma imkanını ima etmeyen hukukun yok hükmünde olduğunu söyleyerek hukuka içkin bu güç (force) ile her zaman haksız olduğuna hükmedilen şiddet arasındaki farkı sorar. Derrida da hukukun, kökeninde olduğu gibi ereğinde, kuruluşunda ve korunuşunda, dolaysız veya dolaylı, mevcut veya temsil edilen şiddetten ayrılamaz olduğu görüşündedir. Ancak bunu iddia ederken ve şiddet olarak hukukun kendisini korumaya eğilimli olduğunu ileri sürerken hem şiddet hem de meşru iktidar anlamında kullanılan Almanca *Gewalt* kavramının, şedit anlamında *Violence* olarak şiddetten farklılığına dikkat çeker.¹⁵²

Bu iki tür şiddet veya bir başka deyişle şiddetin bu iki ifade edilişi arasındaki farkı, veya fark olup olmadığını anlamak için bunların birbirini dışlayıp dışlamadığına bakılmalıdır. Bu noktada dikkatimizi *Şiddet Üzerine Eleştirinin* en çok üzerinde durulan çözümlmelerinden biri olan hukuku yaratan (rechtsetzende) ve hukuku koruyan (rechterhaltende) şiddet ayırımına yöneltebiliriz. Hukuk kuran şiddeti, asli ve arketip olarak askeri şiddetten yola çıkarak doğal amaçlara yönelmiş her türden şiddet olarak tanımlayan Benjamin, hukuk kurmanın, yasa olarak yaratılan şeye şiddeti araç olarak kullanıp erişmeye çalışırken, hukuk olarak kurulması anında da şiddetin geri çekilmediğini çünkü hukuk kurmanın iktidar kurmak olduğunu söyler¹⁵³. Hukuk kurmanın en önemli sonucu, anayasa hukukunda hakların sınırlandırılması ile iktidarın güvence altına alınmasında görünür. Bu noktada hukuku koruyan şiddet devreye girer. Yurttaşların yasalara tabi kılınması hukuksal amacını gerçekleştirmeye yönelik hukuku koruyan şiddetin militarist güçlerde özellikle poliste temsil edildiği düşünülür.

Benjamin, hukuku kuran ve koruyan şiddet ayırımının kolluk gücünde ortadan kalktığını iddia eder. Kolluk gücünün açık bir yasal düzenlemenin olmadığı pek çok olaya

¹⁵² Derrida, *Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli, Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Derleyen: Aykut Çelebi, Çev.Zeynep Direk Metis Yay., 2010, İstanbul, s 47,48.

¹⁵³ Benjamin, 2010, s.37.

güvenlik gerekçesiyle müdahale ederek devletin artık hukuk düzeni aracılığıyla güvence altına alamadığı noktada hukuk yaratan işlevini vurgular. Bu biçimdeki “*kolluk gücü şiddeti, ‘medeni’ devletlerde ele gelmez, her tarafa yayılmış hayaletimsi varlığının biçimsizliği, yasa koruyan şiddet ile yasa kuran şiddet arasındaki ayırımı ortadan kaldırarak şiddetin bu iki biçimi arasındaki salınımını iyice belirsizleştirmek suretiyle*” insan hakları ihlallerinin gerçekleştiği ve hukuk devletinin bütün argümanlarının boşa çıktığı istisna haline davetiye sunar.¹⁵⁴ Düzen sorununun hukuka havale edildiği liberal anayasal sistemde, temel görevi suçu önlemek olarak sunulan polisin, hem yargısal hem de idari bir misyonu üstlenmesi,¹⁵⁵ bu iki fonksiyonun polis nezdinde birleşimi, hukuk-şiddet ilişkisinin hukuk devletindeki çarpıcı bir görünümünü oluşturur.

Benjamin’in kolluk gücünün kullandığı şiddete ilişkin bu *salınlı belirsizlik* tespitini, polis kavramının, sadece gücü kullanan somut devlet görevlileri olarak değil, devleti en iyi yansıtan kurum olarak esasında kamu düzeninin sağlanması, “*otoritenin tesisi anlamında tarihsel ve kökensel anlamına uygun ‘civil administration’ (sivil yönetim) ‘administration of public order’ (kamu düzeni/asayışı yönetimi) olarak*”¹⁵⁶ okunduğunda, söz konusu belirsizliğin, bir bakıma devlet şiddetine içkin bir belirsizlik olduğunu ileri sürmek yanlış olmaz. Nihayet Derrida, kurucu ve koruyucu şiddetin hayaletimsi karışımı olan kolluk gücü benzetmesinden ziyade, modern polisin kullandığı yöntemler yüzünden değil, yapısal özellikleri nedeniyle itici, onu kuran ikiye bölünmüşlük nedeniyle özü itibarıyla tiksiniç olduğunu ileri sürer. *Bu iki şiddet arasındaki sınır yokluğu, polisin iğrençliği asıl buradadır; Sınırının olmamasının nedeni, baskı ve gözetleme konusundaki gelişmelerden*

¹⁵⁴ Benjamin, s. 29.

¹⁵⁵ Neocleous, Mark, **Toplumsal Düzenin İnşası: Polis Erkinin Eleştirel Teorisi**, Çev.: Ahmet Bekmen, Boğaziçi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2006.

¹⁵⁶ Neocleous, M., 2006, s.7, ve **Online Etymological Dictionary**: www.etymonline.com.

ziyade, polisin bizzat devlet olmasından kaynaklanır. ...Devletin hayaletidir o ve res publica'nın düzenine savaş ilan etmeden ona çatılamayacağı söylenebilir. Çünkü polis güç kullanarak yasayı uygulamakla (enforced) kalmaz, onu icat eder. Polis yasanın gücüdür, o yasa gücüne sahiptir. Yasa gücü olan her yerde polis mevcuttur. Kendini yasa koyucu kılar, resmen ilan etmese bile modern zamanlarda polis bir yasayıcı/yasa koyucu gibi davranır. Modern polisin imkanı, aynı zamanda kaçınılmaz zorunluluğu olan kurucu ve koruyucu şiddetin birbirinden ayırlamadığı bu nokta, iki şiddet arasındaki ayrımı tahrip eder.”¹⁵⁷ Derrida'nın polisin iğrençliği asıl buradadır dediği ve iki şiddet arasındaki sınır yokluğu olarak tanımladığı şey, devletin ihlalcı ve koruyucu kimliğinin aynı “özne” birleşmesinden kaynaklanan bir belirsizliktir. Bu nedenle Derrida'nın, Benjamin'in hukuk kuran ve koruyan şiddet ayrımının korunabilir ve temellendirilebilir olmadığı biçimindeki yorumu yerine, bu ayrımın, liberal hukuk teorisinde şiddetin işleyişine ve işlevine dair yeniden düşünme ve devlet şiddetine dair söylemin açmazlarını daha iyi anlamamıza yarayacak önemli bir ayrım olarak değerlendiriyoruz. Bu ayrım, devletin ikili rolünü ve özündeki çatışmayı özellikle polis nezdinde en çarpıcı anlatan metinlerdendir.

Hukuku kuran ve koruyan şiddet ayrımının belirsizliği, aslında kuvvet/güç olarak şiddet ve ihlal olarak şiddet ayrımında karşımıza çıkan açmazdır. *Gewalt* veya *violence* olarak şiddet tekeli, hem kuvveti hem de ihlali içerir; bu iki özellik bir farka değil, tamamlayıcılığa dayanır, dahası birbirini bütünler. Her iki şiddet türünün arasındaki ilişki ve polisin rolü doğru kavranmadığında insan hakları ihlalleri, koruyucu şiddet alanında görülen bir kötüye kullanma olarak damgalanır; kurucu şiddete içkin hukuk ise bu kötüye kullanımın engeli olarak sunulur. Modern devletin insan hakları açmazı ile bir kez daha karşı karşıya olduğumuz bu noktada, demokrasideki yozlaşmanın bir başka göstergesi

¹⁵⁷ Derrida, 2010, s. 104-105.

olarak insan hakları ihlalleri, polis olarak devlete değil, memur olarak polise atfedilir. Polis olarak memur ihlalci, en iyi ihtimalde devlet aygıtının bir başka bürokratik mekanizmasında yargı önünde hesap vermeye çağrılır.

Hukuku kuran şiddetten kaçınmak için hukuka sığınmak, modern hukuk düzeninin insanı karşı karşıya bıraktığı paradokslardan biridir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN HAKLARINI İHLAL EDEN VE KORUYAN ÖZNE(LLİK) OLARAK MODERN DEVLET:

MODERN DEVLETİN YAPISI VE KİŞİLİĞİ ÜZERİNE

3.1. SİYASAL İKTİDARIN SOYUTLANMASI OLARAK MODERN DEVLET

İhlal eden ve koruyan olarak modern devletin insan hakları açmazını anlattığımız birinci bölümde, bu açmazın nedenleri görünür kılınmaya çalışıldı. Başlangıç teorisine kayıtlı birey - uyruk çatışmasında hem hakların öznesi hem de devlet iktidarının nesnesi olan insanın hukukileşerek soyutlandığını, soyut insanın soyut haklarının sınırlandırılabilir normatif, pozitif haklara dönüşerek ihlal kapısını ardına kadar açtığını, ulus devlet formunda evrensellik yerellik geriliminin insan haklarının korunması iddiasını insandan vatandaşa aktararak hakların öznesi insan idealinden nasıl uzaklaştırdığını, modern devleti tanımlayan araç olarak şiddet tekelinin koruyuculuğunun ihlal olarak şiddet görünümünün ihmal edildiğini anlatarak liberal insan hakları kuramının çözümsüz paradokslar ürettiğini göstermeye çalıştık. Paradoksun kalbinde ihlal eden ve koruyan olarak bu iki çatışmalı öznelliğin yer aldığını söyledik.

Bu bölümde ihlalci ve koruyucu olarak bu iki çatışmalı öznelliğin, nasıl olup da yapay bir kurum olarak devlete atfedilebildiği, devletin kişileştirilerek hak ve yükümlülöklere sahip iradi bir varlık olarak nasıl özneleştirilebildiği ve bunun sonucunda siyasal iktidarın hukuksal bir kişilik formunda nasıl soyutlanarak görünmez kıldığını ve bu görünmezliğin insan hakları alanında siyasal iktidara sağladığı olanakları göstermeye çalışacağız.

Devlet kimdir sorusu sorularak kişilerin egemenliği yerine hukukun egemenliği iddiasının, devletin kişiliğinin kabulü ile nasıl paradoksal biçimde var olabildiği ile devam eden tartışma, modern dönemde siyasal iktidarın hukuksal kurumsal egemenlik olarak gayrişahsileşmesi süreci ile başlayacak, devamında devletin kişileştirilmesi ve devlet tüzel kişiliği derinlemesine incelenerek, devletin insan hakları açmazında devlet kişiliğinin önemi üzerinde durulacaktır. Devlet, hak ve yükümlülük sahibi iradi bir kişi olarak kabul edilebilir mi, hangi eylemler devlete atfedilebilir, kimlerin eylemleri devlete atfedilebilir ve de devletin hak ve yükümlülük sahibi bir kişilik olarak kabulünün insan hakları ihlalleri açısından fonksiyonu nedir sorularına cevap aranacaktır. Ancak devletin kişiliği ve hak ve yükümlülük sahibi olabilmesi tartışmasına başlamadan önce kısaca, devlet kavramı ve modern devlete ilişkin bir kavramsal girişle başlamak bir bakıma zorunluluktur. Modern devlet, siyasal iktidarın belli bir döneme denk düşen bir modeli midir; bir başka deyişle, siyasal iktidarın modern devlet biçiminden önce farklı biçimlerde tezahür eden biçimlerine devlet denilebilir mi, modern devleti diğer siyasal iktidar yapılarından ayıran özellikleri nelerdir sorularının cevaplanması, çalışmanın bağlamını ve sınırlarını da göstermiş olacaktır.

Pasukinas'ın gerçeklikten koparsak devlet, Prusya'lı bir memurun kuruntusu gibi görünebilir uyarısını daima akılda tutarak, kapitalist üretim biçiminde meta değişim süreci içerisinde soyut, biçimsel hukuki bir kişiliğe dönüşen insan ve soyut bir kendinde varlık olarak devlet olgusunun liberal kuramda nasıl kurgulandığını ortaya koymak, bu kurgunun gerçeklikte neye karşılık geldiğini somutlayarak insan hakları ihlalleri ve ihlallerden sorumluluk açısından işlevini de ortaya koyacaktır.

3.3.1. Devlet Kavramı

Başlık, siyasi iktidarın devleti aşan bir kavram olduğunu ve devletin, belli bir tarihsel dönemde ortaya çıkan bir siyasal iktidar modeli olduğu ön kabulünü gösterir.

Yöneten-yönetilen ilişkisi olarak ya da yasa-uygulama ilişkisi olarak¹⁵⁸ her iki tanımda da siyasi iktidarın modern devleti aşan bir içeriğe sahip olduğu görülür. Kimilerince önünde yer alan bir sıfatla –kölecî, feodal – ayrımı vurgulanarak tüm siyasal iktidarlar devlet olgusu içerisinde değerlendirilir ise de bu kullanıma yönelik devlet olgusunun tarihin belirli bir dönemine ait olduğu yönünde ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Passerin d’Entrèves, Ortaçağ siyasi dil dağarcığında *devlet* kelimesinin olmadığını söyler.¹⁵⁹ “*Buna şaşırmamak gerekir*” diyen Brancourt, kökeninin *status*¹⁶⁰ olduğu konusunda genel bir kanı olan, *Etat* sözcüğünün İtalya’da 1489’da Floransa Cumhuriyeti ile anlaşma yapan Giovanni di Carpegne’nin, tüm “*Etat’ının yargı gücü ve zenginlikleriyle Floransalılar’ın koruması altına girdiğini*” belirtirken, anonim ve kişileştirmeden arınmış modern devlet tasarılarının henüz ortaya çıkmaya başladığına dikkat çeker.¹⁶¹ 16. yüzyıldan 18. yüzyıla *Estat* kelimesi, “*belli bir toprak üzerinde yaşayan ve hukuki açıdan kurumsallaşmış bir topluluğun düzenlenmesi olarak*” yani devlet olarak siyasi tarihte yerini almıştır. Belli bir toprak ve belli bir halk üzerinde güç kullanan aygıt olarak modern anlamında *Devlet* kelimesini *Hükümdar* adlı yapıtında ilk kez kullanan kişi Machievelli’dir.¹⁶² Devleti “*16. yüzyıldan 20. yüzyıla uzanan bir çağda, siyasi birliğin her şeye hükmeden düzen kavramı*” olarak niteleyen Schmitt,¹⁶³ devlet kavramının, 19.

¹⁵⁸ Akal, Cemal Bali, **Devlet Kavramı**, Dost yay., Ank., 2000, s.14 vd.

¹⁵⁹ Passerin d’Entrèves, “*Devlet Kavramı*”, Akal, **Devlet Kuramı** içinde, s.179.

¹⁶⁰ *Status* kelimesi Latince’de hem sosyal ve ekonomik özel bir durumu, bir sosyal grubu anlatmak için hem de belli bir topluluğun hukuki yapısını betimlemek amacıyla kullanılmaktadır.

¹⁶¹ Brancourt, J.P. “*Estat’lardan Devlete Bir Sözcüğün Evrimi*”, Akal, **Devlet Kuramı** içinde, s.177.

¹⁶² age, s.179.

¹⁶³ Zaman zaman bir birinin yerine kullanılsa da siyasal iktidar ile devletin eş anlamlı olmadığı yönündeki tezi, devlet ile siyasal olanın kesin biçimde birbirinden bağımsız olgular olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki düşünce Schmitt’te ileri bir noktaya götürülür. Schmitt, “siyasal kavramı” adlı yapıtına, siyasal kavramı devlet kavramından önce gelir cümlesiyle başlayarak bu farklılığa özel vurgu yapmaktadır. 18. yüzyılda olduğu gibi devletin toplumu karşısında bir aktör olarak kabul etmediği veya toplumun üstünde durduğu zamanlarda -ki burada devlet siyasal olan konusunda bir tekele sahip görülür- siyasal olanın devletle özdeş olmasının anlaşılabilir olduğunu belirtir. Ancak devlet ve toplumun birbirini karşılıklı etkilediği demokratik biçimde örgütlenmiş bir devlette siyasal olanın devlete ilişkin olarak algılanmasının yanlışlığını savunur. Schmitt’in bu özdeşliğe karşı çıkışında, siyasal kavramına yüklediği özgül, ayırt edici özelliğin –dost-düşman ayırımına karar vermek- önemi için bakınız. Schmitt, Carl, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, Metis yay., İst. 2006, S.39.

yüzyılda tüm zamanlar ve halklar için kullanılmasını (Çinliler, Türkler, Arapların devletleri) eleştirerek bu şekilde kavramın kendi tarihi mekanı ve kendi özgül içeriğini yitirdiğini söylerken bu görüşün uç örneğini oluşturur.¹⁶⁴

Devleti, özel tarihsel koşullarda iktidar ve sömürü ilişkilerinin aldığı politik bir biçim olarak gören¹⁶⁵ materyalist devlet teorisinde¹⁶⁶ de devlet, siyasal iktidarın başka tarihsel biçimlerinden ayrılır. Kapitalist toplumsal yapının politik biçimi olarak modern devlette, siyasal iktidar aygıtı ile ekonomik iktidar aygıtı biçimsel olarak ayrılmıştır; diğer siyasal iktidarlardan farklı olarak ekonomik açıdan egemen olan sınıfın aynı zamanda fiziksel şiddet araçlarına da doğrudan sahip olması söz konusu değildir. *“Bu ayrılık sayesinde devlet, görünürde rekabetin ve sosyal mücadelelerin üstünde durarak yabancılaşmış ve nesnelleştirilmiş, böylece biçimsel de olsa toplumun politik birlikteliği olarak sunulmuştur. Bu nedenle kapitalist politik biçim olarak devlette yalnızca sınıf şiddeti değil, aynı zamanda bireylerin biçimsel eşitlik ve özgürlüğü de ifadesini bulur. Ancak bu ayrılık biçimseldir”*;¹⁶⁷ zira şiddet tekeli devlet aygıtında toplanmış olsa da, *“şiddet aygıtı olarak devletin temel işlevi, sermayenin yeniden üretimi ve buna bağlı olarak sömürü ilişkisinin sürdürülmesini sağlamaktır.”*¹⁶⁸

¹⁶⁴ Schmitt, Carl, *“Somut Ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet”* Cemal Bali Akal, **Devlet Kuramı** içinde s. Dost Yay., yıl, Ank.,245 vd.

¹⁶⁵ Hirsch, Joachim, **Materyalist Devlet Teorisi**, Çev.: Levent Bakaç, Alan Yay., İst, 2011, s. 24.

¹⁶⁶ Materyalist devlet teorisi birbirinden çok farklı yaklaşımları kapsamaktadır. Ortak nokta Marx’ın geliştirdiği tarihsel materyalizmi ve onun politik ekonomiye yönelik eleştirilerini baz alması ve maddi üretim ilişkilerini çıkış noktası saymasıdır. Marx Alman İdeolojisi esersinde Materyalist tarihsel yaklaşımı şöyle açıklar: *“Bu tarih anlayışı, demek ki, gerçek üretim sürecinin, yaşamın dolaysız maddi üretiminden başlayarak açıklanmasına ve bu üretim tarzına bağlı ve onun tarafından yaratılmış karşılıklı ilişki biçimlerinin, yani değişik aşamalarındaki sivil toplumun, bütün tarihin temeli olarak kavranmasına; ve onun Devlet halindeki eylemi içinde gösterilmesine, bütün değişik teorik ürünlerinin ve bilim, din, felsefe, eti, k vb biçimlerinin açıklanmasına ve bunların kökenlerinin ve gelişmelerinin bu temelde ele alınmasına dayanır; bu da doğal olarak işi bütünlüğü içerisinde göstermeye olanak verir.”* Marx K., Engels F., **Alman İdeolojisi**, Çev.:Sevim Belli, 1992, Ank., Sol Yay., s.63

¹⁶⁷ Hirsch, 2011, s.30-32.

¹⁶⁸ Clarke, Simon, **Devlet Tartışmaları, Marksist Bir Devlet Kuramına Doğru**, Çev.:İbrahim Yıldız, Ütopya Yay., Ankara, 2004, s.19-21.

Siyasal iktidarın ekonomik-politik ayrılığına yapılan vurgu ile birlikte, biçimsel olarak toplumun politik birlikteliğinin ifadesi olan devletin, kişilerin özgür istenci olarak değil, nesnelleştirilmiş bir fetiş, bir zorunluluk olduğu argümanına dayanan materyalist devlet teorisi, ihlallerin failinin kim olduğuna ve devletin kişiliği meselesine odaklanılan bu tez çalışmasına önemli katkılar sunar. Modern devletin insan hakları ihlallerinin kaynağını sömürü ilişkilerinin sürdürülmesinin gerekliliği olarak işaret ettiği gibi, toplumun politik birlikteliği iddiasının sadece biçimsel olduğuna dair iddialar, ihlal eden ve koruyan açmazının anlaşılmasını sağlar.

Diğer taraftan siyasal iktidarın ekonomik-politik ayrılığına ilişkin argüman, çözümsüzlüğün kaynağına işaret ederek failin kaybolduğu/kaybedildiği yeri gösterir. Bu ayrılıktan kaynaklanan nesnelleştirme ve fetişleştirme bir sonucu olarak kişiler, özgürlüklerine karşı ihlal eylemlerinde çoğu zaman devlet görevlisinin, polisin askerinin veya istisnai olarak en ileri halde hükümet üyesi olan resmi görevlilerin yakasına yapışır; kimi durumlarda kimin yakasına yapışacağını dahi anlayamaz. Toplumun politik birlikteliği olarak sunulan bu yapıda sınıflar değil, birey ile devlet görevlisi karşı karşıyaymış gibi bir görüntü yaratılır; dolayısıyla ihlal edenin kimliğini belirlemek güçleşir.

3.3.2. Modern Devlet

Devlet kavramının belirlenmesi açısından cevaplanması gereken bir başka soru, devlet kelimesinin önüne ‘modern’ ibaresini eklemenin gerekli olup olmadığıdır. Modern ön ekinin, devlet kavramının geniş insan toplulukları üzerindeki yönetiminin yoğunlaşması, devamlılığı ve kurumsallaşması gibi en bariz özellikleriyle ilk kez Batı’da ortaya çıkmış olması nedeniyle gereksiz fazla bir sözcük olduğu savunusuna sıkça

rastlanır.¹⁶⁹ Çalışmamızda ‘modern devlet’ kavramı tercih edilmiştir; çünkü, ‘modern’ kelimesi, çok tartışılan mutlakiyet dönemi ile zamansal bir sınırlamayı içinde taşır; ancak daha önemlisi, mutlak devlet ile kesin bir ayrıştırmayı da ifade eder.

Modern öncesi dönemde siyasal iktidar, egemen sınıfların diğer sınıfları dışlamasının zemini iken, modern dönemde sınıfların uzlaşma zemini olarak takdim edilmektedir. Bu doğrultuda modern dönemde devletin, diğer iktidar ya da devlet biçimlerinden farklı olarak özerk bir organizasyon olduğu ve özerkliği sayesinde tüm bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvencesini sağlama potansiyeline sahip olduğu iddia edilir. Bu iddianın, meşru şiddet tekeli, yasal-kurumsal egemenliğe dayalı bir hukuk sistemi ve özerk biçimde organize olmuş kamu gücünü oluşturan bürokratik yapılarca gerçekleştirileceği varsayılır.

Modern devleti, diğer siyasal iktidar biçimlerinden ayırırken kullanılan şiddet tekeli, anayasallık, egemenlik, toprak, kişisel olmayan iktidar, kamu bürokrasisi, yurttaşlık, meşruiyet, vergilendirme gibi özelliklerin çoğunun, mutlak döneme de sirayet etmesi, özellikle bu iki dönem arasında bir ayırım yapıp yapılmayacağı, yapılacaksa modern devlete özgün olanın ne olduğunun ortaya konulması gerekliliğini doğurur.

Bu ayrımı esas alan tanımların devletin menşei, sınıfsal yapısı, işlevi gibi hususlardan ziyade devletin organizasyonu ve araçları üzerine yoğunlaştığını ve aralarında ciddi bir mutabakat olduğu görülür.¹⁷⁰ Bu tanımlardan yola çıkarak gücün merkezileştiği ve egemenlik kavramının ortaya çıktığı, bürokrasinin örgütlendiği, düzenli ordunun ve yaygın bir vergilendirmenin görüldüğü mutlakiyet dönemi ile;

¹⁶⁹ Poggi, G, **Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İst. 2007, s.35.

¹⁷⁰ Ayrıntı için Pierson, C., **Modern Devlet**, çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, 2000 s. 24, Poggi, 2007 ve 2005, Max Weber, **Sosyoloji Yazıları**, çev.. Taha Parla, İletişim yay. İst., 1996, Charles Tilly, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, çev. Kudret Emiroğlu, İmge Yay.,2001.

- gücün anayasal sınırlama ve erkler ayrılığı ile şekillenerek ve meşruluğunu ulusa dayandırarak hukuksal-kurumsal egemenliğe dayandığı,
- bütün yurttaşların yükümlülüğü ve hakkı olarak tesis edilen sürekli ordu ve yanı sıra polis ve ceza hukuku ile şekillenen kesin bir şiddet tekeli,
- feodal ayrıcalıklardan ve alınıp satılabilen statülerden tamamen arınmış hiyerarşik kamu bürokrasisi
- ve daha önceki siyasal iktidarlar açısından söz konusu olmayan kişisel olmayan bir iktidar anlayışı ile şekillenen modern dönemin ayırt edildiğini söyleyebiliriz.

3.2. MODERN DEVLETİN KİŞİLİĞİ:

3.2.1. Devlet Kimdir?

Yukarıda özetlenen ayırıcı nitelendirmede yeni bir siyasal iktidar modeli olarak modern devletin yapısal özellikleri onun araçları üzerinden tanımlanır ve daha çok siyasal iktidarın nasıl işlediğine odaklanılır. Ancak ihlal eden ve koruyan olarak irade sahibi bir varlık olarak devletin insan hakları açmazının tartışıldığı bu çalışmada odak noktamız, devletin ne olduğundan çok, devletin kim olduğu sorusudur.

Kamu hukuku ve siyaset bilimi tartışmalarında ‘*devlet kimdir*’ sorusu ile pek karşılaşmayız; bu sorunun, siyasal iktidarın işleyişinin daha önemli olduğu eleştirileri ve Krabbe’nin dediği gibi *mutlakiyet döneminden kalan bir tortu* olarak karşılanması muhtemeldir.¹⁷¹ Ancak tezin temel tartışması olan insan hakları ihlallerinden kimin sorumlu olduğu sorusu temel alındığında, verilen cevabın -devlet görevlisi yanı sıra -

¹⁷¹ Aktaran, Schmitt, C. **Siyasi İlahiyat**, çev. E. Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yay., Ankara. 2005 s. 35.

‘Devlet’ olması nedeniyle bu ikinci soruyu, ‘devlet kimdir’ sorusunu sormak gerektiği kanısındayız.

Devlet kimdir sorusuna pek rastlanmasa da sorun daha çok egemenliğin kime ait olduğu sorusu çerçevesinde ele alınmıştır. Carl Schmitt’in egemenin kim olduğuna dair tartışması bir istisna gibi görünse de esasında, Schmitt de egemenin, kim olduğundan çok onun eyleme kabiliyeti üzerinden neler yapabileceğini açıklayarak “*olağanüstü hale karar verene egemen denir*” diyerek yasa yerine karar olgusunu öncelemiştir. Karar veren egemenin bir sınıf, bir grup, bir kişi olup olmadığı üzerinde durmamıştır; egemenin kim olduğunu açıkladığı bölümün başlığı, “*Egemenliğin Tanımı*”na dairdir ve esas olarak egemenliğin ne olduğu açıklanmaktadır.¹⁷² Bu çerçevede bir sınıf, bir lider, devrim yapan bir grup veya darbe yapan generaller aynı biçimde karar sahibi olarak egemen kabul edilebilirler.

Egemenlik teorisinin hukuki yönünü ele alan ve egemen kimdir sorusuna net biçimde “*mülkiyet sahipleri*” diyen Grotious’un dışında, somut bir egemenden bahseden egemenlik kuramı teorisini pek nadirdir. Bu bakımdan, Mairret’in, Batı’da iktidar sorununun her zaman için, iktidar öznesinin -eğer bir iktidar varsa- ne olduğu sorunu olduğu tespitine¹⁷³ katılmak kolay değildir; en azından son iki yüzyılda iktidarın öznesinden çok nasıl işlediği tartışması başattır. Foucault yönetimsellik (governmentality) kavramı ile bunu daha ileri bir noktaya taşıyarak siyasal iktidarın kime ait olduğu sorusunun hükümlerlik dönemine ait bir problematik olarak geride kaldığını ve önemini yitirdiğini ileri sürer.¹⁷⁴

¹⁷² Schmitt, C. **Siyasi İlahiyat**, 2005 s. 13.

¹⁷³ Mairret G., Padova’lı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu, Çev.: Cemal Bali Akal, **Devlet Kuramı** içinde, Dost yay., Ankara s. 216.

¹⁷⁴ Lemke, Thomas, **Foucault, Governmentality, and Critique, Rethinking Marxism**, 14:3, s. 49-64, 2002. <https://doi.org/10.1080/089356902101242288>.

Devlete ilişkin siyasi literatür, iktidarı hukuken veya fiilen elinde bulunduranın kim olduğundan daha çok, iktidarı kullanmanın ne anlama geldiği üzerine yoğunlaşır. Siyaset teorisi veya sosyoloji alanında egemenin kim olduğu sorusundan ziyade, egemenliğin nasıl işlediği daha önemli olabilir; ancak insan hakları ve devlet kuramını konu edinen kamu hukuku açısından, egemenliğin kullanımından doğan ihlalden kimin sorumlu tutulacağı sorusunun yanıtı, egemenin kim olduğu sorusuna verilen cevapta bulunabilecektir. Bir başka deyişle, ihlalden sorumlu tutulan devlet ise ve ihlal bir eylemi gerektiriyorsa, bir eyleyen olarak devletin kim olduğu sorusu bulunamadığında ihlalin failinin tam olarak tespit edilmesi mümkün olmaz.

Egemenlik teorisinde insan haklarına ilişkin sorunun tam da bu noktada ortaya çıktığı kanaatindeyiz. Egemenliğin şiddete dayalı içeriği inkar edilerek ihlal olarak şiddet tekeline ziyade koruyucu olarak şiddet tekeline yapılan vurgu, egemenliği ulusta sembolleştirerek kişisellikten uzaklaştırır. Ulus egemenliği kişileştirildiğinde bile en fazla yasama organı ve temsilcilerini kapsayacaktır; ulus egemenliğinin temel formu olan hukuksal bir düzenleme olarak yasa, ihlal olarak şiddet kapsamında görülmediğinden egemenin kim olduğu sorusuna verilen cevapla, ihlalden kimin sorumlu tutulduğu sorusuna verilen cevap aynı olmayacaktır. Bu noktada, soruyu, egemenliğin kullanıcısının ve/veya sahibinin kim olduğu sorusuna evirtebiliriz; cevap yine farklı olacaktır. Egemenliğin sahibine ve kullanıcıya yönelik bu gizem, modern siyasal iktidarın kuruluş efsanesinin kaynağıdır. Max Weber, diğer özellikleri yanı sıra modern devlete özgü olan özelliklerden biri olarak politikanın, politika dışında olanlar tarafından dikte edildiğini söylerken¹⁷⁵ iktidarın kullanıcısı ve sahibini mi kastediyordu bilinmez ancak ihlalin failinin kaybedildiği yerin tam da bu gizemli nokta olduğu açıktır.

¹⁷⁵ Aktaran, Kelly, Duncan, **The State Of The Political Conceptions Of Politics And The State In The Thought Of Max Weber Carl Schmitt And Franz Neumann**, Oxford University Press, Newyork, 2003 S.

Egemenin kim olduğu sorusuna kimse kolaylıkla devlet görevlisi demez; ancak ihlalcinin kim olduğu sorusuna verilen cevapta, kimliği her zaman tespit edilemese de daima idari teşkilat içinde yer alan bir devlet görevlisine işaret edilir. Peki, egemen olmadığı halde ihlalcı konumunda olan devlet görevlilerinin egemenliğin birer taşıyıcısı olarak hareket ettiklerini söyleyebilir miyiz? İnsan haklarını ihlal eden devlet görevlisi, egemen otoritenin yasayı askıya alma kararının uygulayıcısı ve ikincil görünümü müdür? Bu nedenle mi ceza yasalarından çoğunlukla muaf tutulur? Yargıçlar, karar verirken – yukarıdaki soru onlar için de geçerlidir- yani belirsizlik alanında normu yorumlayıp, istisnanın kapsamını belirlerken otoritenin bu ikincil temsilcilerini birincil egemenin/egemenliğin ayrıcalıklarından mı yararlandırırlar? Bu bağlamda ihlal eyleminin devlet görevlisi üzerinde bırakılması, egemenliğin gizemini koruması yanı sıra, modern devletin insan haklarını ihlal eden-koruyan paradoksunu aşma çabasının bir ürünü olarak da değerlendirilmelidir.

İnsan hakları ihlallerinden devlet sorumludur denildiğinde, devlet görevlisinin sorumluluğunun üstlenilmesi veya atfedilmesi biçiminde bir sorumluluktan mı söz edilmektedir? Devlet bir organizasyondur denildiğinde, bir organizasyonun sorumluluğundan mı söz etmiş olacağız? Öte yandan, devletin sorumluluğundan söz ettiğimizde de aynı şekilde kişilik sorunu ile karşılaşırız; sorumluluk bir irade gerektirdiğinden devlet kimdir sorusunun bir biçimde cevaplanması gerektiği açıktır.

Hobbes'un, modern devlet teorisinin kurucusu olarak kişi, kişileştirme, yapay kişi gerçek kişi temsil, atfedilebilme ve sorumluluk konusuyla yakından ilgilenmesi, modern devlette özne ve kişilik meselesinin önemini kavramasından kaynaklanmaktadır. Çünkü, devletin teorisyenı, devlet denilen yeni yönetim modelinde, siyasal iktidarın köklü biçimde değişerek soyutlandığının ve bu nedenle artık kimin fail kimin amel olduğu, ya da failin eylemlerinden kimin sorumlu olduğuna dair sorulara bir cevap bulunması

gerektiğinin bilincindeydi. Ancak Hobbes'tan sonra, devletin kim olduğu veya devletin kişiliğinin ne anlama geldiğı konusundaki çalışmalar kamu hukukçuları ile sınırlı kalmış, devlet teorisinin bu yönü çoğunlukla ihmal edilmiştir. Kanımızca kişilik kavramsallaştırması modern devletin en önemli ayırt edici noktalarından biri olarak daha fazla tartışmayı gerektirmektedir.

Devletin kişiliğı, sadece temsil, yani yetkilendirme ve eylemlerin sahiplenilmesi biçiminde kurgulanan dolaylı bir hukuksal sorumluluğun ötesinde, siyasal iktidarın kime ait olduğı, dolayısıyla insan hakları ihlallerinden kimin sorumlu olduğuna dair sorunun da cevaplanacağı yerdir. Bu nedenle, devletin insan hakları ihlallerinden sorumluluğuna ilişkin bu çalışmada, devlet kişiliğinin incelenmesi ve bu kişiliğın doğasını ortaya koymak temel zorunluluktur. Ancak devletin kişiliğı olgusunu anlatmadan önce karşımıza çıkan önemli bir sorunun, kişisel olmayan, gayrişahsileşmiş ve soyutlanmış siyasal iktidar modeli olarak devletin nasıl kişileştirilebildiğı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Bu noktada modern devlet teorisine özgü yeni bir paradoks ile karşı karşıya kaldığımız açıktır. Kişilerin değil, hukukun egemenliğinde soyut bir kurgu olarak tanımlanan devlet neden ve nasıl kişileştirilir? Temel karakteristiğı kişisellikten uzaklaşma olan siyasal iktidar niçin kişilik kurgusuna gereksinim duyar? Söz konusu paradoksun ve devletin kişiliğı kurgusunun anlaşılması bakımından öncelikle devletin soyutlanarak gayrişahsileşmesi sürecinin incelenmesi kaçınılmazdır. Bu inceleme, siyasal iktidarın dönüşümünü, yöneten yönetilen ilişkisinin egemenlik kavramı çerçevesinde nasıl kurumsallaşarak hukukileştiğini, farklı tarihsel süreçlerden ve çatışmalardan geçilmiş olmasına karşın kişisellikten uzaklaşma ve soyutlanmanın modern devletin temel karakteri olduğunu görmemizi sağlayacaktır. Kişilerden uzaklaştırma, siyasal iktidarın eylemlerini ve bununla bağlantılı olarak eylemlerin failini soyutlayarak sahnenin arkasında kaybedecektir. İhlallerden sorumluluk söz konusu olduğunda maskelere ilişitirilmiş yapay bir kişileştirme sahneye sürülecektir.

3.2. Siyasal İktidarın Soyutlanması: Devletin Gayrişahsiliği

3.2.1. Kişisel Olmayan İktidar

Devletin kim olduğu sorusunun cevabını bulmak için devletin kişiliği olgusunun incelenmesi gerektiğini söylediğimiz ilk anda karşımıza modern devletin kişisellikten uzak, gayrişahsi bir iktidar modeli olduğu iddiası çıkar. Modern devletin gayrişahsiliği, siyasal iktidarın kurumsallaşması ve somut kişilerden koparılmasını ifade eder. Gayrişahsi iktidar modelinde siyasal iktidar, hukuksal kurumsal egemenlik olarak işler.

Modern devleti diğer siyasal iktidar biçimlerinden ayırt ederken çeşitli kıstaslar getirildiğini belirtmiştik. Modern devleti, onun en ayırt edici özelliği olarak meşru şiddet tekeli ile tanımlayan Weber'in düşüncesinden farklı olarak kanımızca modern devletin en ayırt edici özelliği, kişisel olmayan iktidarı ifade eden gayrişahsilik bağlamında hukuksal-kurumsal egemenliğe dayalı bir iktidar modeli olmasıdır. Weber'in düşüncesinde de modern devletin doğuşu, meşru şiddet tekeli, rasyonel bürokratik yapı yanı sıra, aynı zamanda kişisel olmayan yasal otoriteye dayandırılır ancak otoritenin kime ait olduğundan ziyade, esas olarak belli bir ülkesel toprak parçası üzerinde meşruluğuna inanılan şiddet kullanma yetkisine odaklanılır.¹⁷⁶ Ancak bu tanımlama ulus devletleri birbirine göre tanımlayan dışarıya göre oluşan bir tanımlamadır. İç ilişkiler açısından bakıldığında “Ortaçağ’dan ve erken mutlakiyet döneminden farklı olarak modern siyasal iktidarın kullanımında tanrısal yetki ile meşrulaştırılan veya Papa tarafından atanma ile kurulan bir iktidar, dolayısıyla bir bağımlılığın olmadığı,”¹⁷⁷ iktidarın özerkleştiği

¹⁷⁶ Ancak hukuki devlet geleneğinden farklı olarak devleti bir egemenlik ilişkisi, bir sosyal ve siyasal olgu olarak değerlendiren Weber'in yasal otoriteye ilişkin görüşü, Laband ve Gerber'le şekillenip Kelsen'le doruğa çıkan hukuki pozitivizmle karıştırılmamalıdır. Max Weber on Politics, <https://www.panarchy.org/weber/politics.html>, 10.01.2020. Max Weber'in 1918'de Münih Üniversitesi'nde Free Students Union of Munich University tarafından yayınlanan denemelerinden *Politics as a Vocation*'dan derlenmiştir.

¹⁷⁷ Mairet, s.218-219.

görülür. Özerklik sayesinde iktidar onu kullanan kişilerden kolaylıkla soyutlanabilmiş, gayrişahsileşmiştir.

Siyasal iktidarın onu kullananlardan ayrılmasını sağlayan özerkliğin gerisinde, değişen ekonomik ve toplumsal yapının bir sonucu olarak kapitalist burjuva toplumunda ekonomik ve siyasal iktidarın biçimsel ayrılığı yatar. Bu ayrılık sayesinde siyasal iktidarın, devlet formunda bir hukuki ve siyasi mekanizma olarak soyut görünüşü, iktidarın kullanıcılarını araçsallaştırarak egemeni görünmez kılar. Bu nedenle kapitalist toplumda modern devletin esas ayırt edici merkezi karakteri, bu ayrılığın bir sonucu olarak siyasal iktidarın gayrişahsileşmesidir. İktidar, kişilerden soyutlanmıştır.

Hegel’de sivil toplum devlet ayrılığı olarak ifade edilen bu kökten değişiklik, Marksist kuramcıların ekonomik ve siyasal alanın ayrılığına dair ayrıntılı çalışmalarından çıkarsanan siyasal iktidarın yapısına dair temel yenilik, önceki tüm siyasal iktidarlardan farklı olarak siyasal iktidarın yapısının değişerek kişisellikten uzaklaşmasıdır. Gerstenberger, Ortodoks Marksistlerden farklı olarak bu iddiayı daha ileriye taşır, burjuva devrimini mümkün kılan kırılmanın siyasal iktidarın yapısındaki bu değişim olduğunu söyler. Kapitalist üretim ve dağıtım biçimlerinin ancak iktidarın kişisel karakteri (büyük ölçüde) ortadan kaldırıldıktan sonra egemen hale gelebileceğini, böylece ayrı bir ekonomik alanın gelişmesinin mümkün olduğunu, *Ancien Regime*’den burjuva topluma geçişin, kişisel iktidarın mülksüzleştirilmesini gerektirdiğini iddia eder.¹⁷⁸ Kapitalist üretim sürecinin bir sonucu veya onu mümkün kılan önkoşul olarak öncelik sonralık tartışması bu çalışma sınırları dışında bırakılarak denilebilir ki siyasal iktidarın kişisel olmaktan çıkarak gayrişahsileşmesi, bu yeni devlet modelinin temel ayırt edici unsurudur.

¹⁷⁸ Gerstenberger, Heide **Impersonal Power History and Theory of the Bourgeois State**, Translated by David Fernbach, ISBN 978 90 04 13027 2, 2007 by Koninklijke Brill NV, Leiden, s. 676-679.

Egemenin kim olduğuna dair soruya cevabı sınıf egemenliği olarak yanıtlayan Marksist kuramının önemli temsilcilerinden Pascukanis, sınıf egemenliğinde nüfusun bir kısmının diğerine tabiyetinin neden olduğu gibi kalmadığını, neden soyut ve nesnel bir kamu gücü niteliği kazandığı sorusunu sorarken¹⁷⁹ siyasal iktidarın yapısındaki bu radikal değişimin, yani siyasal iktidarın devlet formunda kişisel olmayan bir iktidar biçimi olarak kurulmasının arkasındaki toplumsal ve siyasal değişiklikleri işaret eder.

Siyasal kurumların genel ve soyut düşüncelerden hareket ederek değil, ama ancak onları toplumsal ilişkilerle bağlantıları içinde irdeleyerek anlaşılacaklarını düşünen Marx, modern devletteki bu dönüşümün nedeni ve nasıl işlediğine dair sorulara cevabını Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi adlı yapıtında verir.¹⁸⁰

Marx, burjuva-sivil toplum ile siyasal toplum arasındaki ayrılığı bir çelişki olarak görmesinin, Hegel'in en derin yanını oluşturduğunu söyleyerek modern devlet teorisini Hegel'in bu ayrımı üzerinden oluşturur. *“Burjuva-sivil toplum ile devlet birbirlerinden ayrılıyor; öyleyse devletin üyesi olarak yurttaş ile burjuva-sivil toplumun üyesi olarak burjuva da birbirlerinden ayrılıyor. Demek ki bireyin kendi kendisiyle özsel bir ayrılma gerçekleştirmesi gerekiyor. Burjuva olarak birey, gerçeklikte iki örgütlenme içinde yaşıyor: bürokratik örgütlenme ve toplumsal örgütlenme. Bürokratik örgütlenme, birey ile onun bağımsız gerçekliği üzerinde hiçbir etkisi olmayan aşkın devletin, hükûmet gücünün biçimsel ve dış bir belirlenimini oluşturuyor. Toplumsal örgütlenme burjuva-sivil toplumun, siyasal devlet olarak siyasal devlet üzerinde hiçbir etkisi olmayan örgütünü oluşturuyor ve bu örgüt içinde birey, devletin dışında yer alan özel bir kişi durumuna geliyor.”*¹⁸¹

¹⁷⁹ Paschukanis, s.119.

¹⁸⁰ Marx, Karl, **Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, Çev.: Kenan Somer, Sol yay., Ankara, 1997.

¹⁸¹ Marx, Karl, 1997, s. 112-113.

Marx, bireyin bu biçimde devlet dışında özel bir kişi olması yanı sıra Fransız Devrimi ile birlikte siyasal sınıfların da toplumsal sınıflar durumuna dönüştüğünü, sivil toplum sınıflarının farklılık ve çelişkilerinin siyasal yaşamda önem taşımayan, özel yaşama ilişkin basit toplumsal farklılıklar durumuna indirgendiğini söyleyerek siyasal yaşam ile burjuva-sivil toplum arasındaki ayrılığın bu biçimde tamamlandığını belirtir. *"Sınıfların siyasal rolünü ortadan kaldırarak ve onlara yalnızca toplumsal bir nitelik kazandırarak Fransız Devrimi toplumsal yaşam ile siyasal yaşam arasında zaten oluşmaya başlayan ayrılığı tamamlıyordu."*¹⁸²

Bu durum yeni bir siyasal ve toplumsal örgütlenmeye yol açıyordu ancak bu yeni örgütlenmede Hegel'in siyasal devlet ile burjuva toplum arasında kurduğu karşıtlık değil bu ikisi arasında oluşan ayrılık söz konusuydu. Burjuva toplum ile siyasal devlet arasındaki bu karşıtlık, toplumun üyesi olan burjuva ile devletin üyesi olan yurttaş arasındaki ayrılığı doğuruyordu. *"Özel mülkiyet rejimi insanların, doğurduğu rekabet nedeniyle, toplumda kendi gerçek doğalarına uygun kolektif bir yaşam sürmelerini engellediğinden, kolektif yaşamın gerekliklerine, evrensellik niteliği nedeniyle, hiç değilse teorik olarak yanıt veren siyasal devletin oluşmasına yol açıyordu."*¹⁸³ Her ikisinin hem temelini hem de içeriğini özel mülkiyet oluşturduğu için gerçek olmaktan çok görünüşte bir karşıtlık vardı; *"Burjuva toplumun olduğu kadar, özsel rolü bütün hukuksal ve siyasal örgütleri ile özel mülkiyetin çıkar ve haklarını savunmak olan siyasal devletin de tözünü özel mülkiyet oluşturmuyordu."*¹⁸⁴

Marx'a göre, devlet ile toplum arasındaki ayrılığın nedeni olan özel mülkiyetin bu özelliği Hegel tarafından doğru algılanmadığı için, devlet, somut evrenselliğiyle değil

¹⁸² Marx, Karl, 1997, s.117.

¹⁸³ Cornu, Aguste, **Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi (İki)**, Çev.: Kenan Somer, Sol yay., Ankara, 1997, s.236.

¹⁸⁴ Agy, s.234.

soyut evrenselliğiyle anayapiya indirgeniyordu. Hegel'in düşündüğünün tersine, anayapının devletin özünü değil ama yalnızca dış biçimini oluşturması nedeniyledir ki cumhuriyetçi bir anayapiya sahip olan Amerika Birleşik Devletleri ile bir krallık olan Prusya gibi gerçek içeriklerini özel mülkiyete dayanan aynı toplumsal düzenin oluşturduğu devletlerin çok farklı ana yapılara sahip olabilmeleri mümkün olabiliyordu.¹⁸⁵

Hegel'in teorisine ilişkin temel yanılgısının gerçek öznelerden hareket etmemek olduğunu söyleyen Marx, sorunun kaynağını çok doğru biçimde özne ve kişilik sorunu olarak tespit eder:

*“Hegel devletin temelini oluşturan gerçek öznelerden hareket etseydi, gizemli bir biçimde devleti bir özne durumuna getirme gereksinimi duymazdı. Hegel yüklemeleri, nesneleri kişiselleştiriyor, gerçek özne yükleme dönüşerek nesneleşiyor.”*¹⁸⁶ Marks, böylelikle Hegel eleştirisi üzerinden modern burjuva devlet kurgusunun temel karakteristiğini ortaya çıkarıyordu: Nesneler kişileştirilip gerçek özneler nesneleştirilerek insan hakları paradoksu örülüyor; böylece bir yandan nesneleşen öznenin hakları soyutlanıp sınırlandırılabilir hale getiriliyor; diğer taraftan soyut kurumlar kişiselleştirilerek egemenin kimliği, ihlal eyleminin faili kaybediliyordu.

Politik iktidar aygıtının bu biçimde bağımsızlaşıp soyutlanmasının bir sonucu olarak modern devlet, kişisellikten sıyrılarak hem iktidar sahiplerinden hem de iktidarı kullananlardan başka bir şeye dönüşüyordu. Bu dönüşümün en kısa ve etkili anlatımlarından biri Prusya Kralı Büyük Friederich'in kendisini devletin ilk hizmetkârı olarak nitelemesidir.¹⁸⁷ Modern devletin anahtar fikrinin, devletin, onu kendisinde

¹⁸⁵ Agy, s.238.

¹⁸⁶ Marx, 1997, s.37.

¹⁸⁷ Hirsch, Joachim, **Materyalist Devlet Teorisi**, Çev.: Levent Bakaç, Alan Yay., İst, 2011, s. 47, 58.

cisimleştiren kişilerden başka (ve daha fazla) bir şey olduğunu söyleyen Pierson, söz konusu gayrişahsileşmeyi daha net biçimde somutlar: “*Hükümetler, devlet başkanları gelir gider, oysa devlet kalır.*”¹⁸⁸ Böylelikle iktidarın somut kullanıcıları olan devlet başkanları, hükümet ve devlet görevlileri ile devletin farklılığı vurgulanır. Güç, kullananlardan ayrılır.

Gayrişahsileşmenin bir sonucu olarak kendisini kullananlardan ayrılarak iktidarın soyutlanmasıyla modern devletin kalmasını sağlayan özelliği Bodin’in egemenlik kuramında dile gelen sürekliliktir. Kendisini kullananlardan ayrılan devlet gücü süreklidir; yani güç, kullanılmadan önce vardır. “*Bu gücün sürekli olduğunu söyledim; çünkü belli bir süre için, bir ya da bir çok kişiye mutlak gücün verilmesini sağlayabilir; bu süre sona erdiğinde, onlar birer uyruktan başka bir şey değildirler; ve güce sahip oldukları sürece de, Halk ya da Prens gücü geri almayı isteyene kadar, bu gücü emanet alanlardan veya onun muhafızlarından başka şey olmadıkları için, onlara egemen prensler denemez; güç hep emaneten alınır.*”¹⁸⁹ Bu nedenle Bodin, Romalı Decemvirate, Spartalı Harmost, Selanikli Aesymnetes, ya da Atinalı Archon’un sadece mutlak gücü geçici olarak ellerinde tutan emanetçi kişiler olduklarını, bu mutlak iktidarın onları egemen kılmaya yetmediğini söyleyerek devlete özgü egemenliğin farkını vurguluyordu.¹⁹⁰

Egemenlik kuramının teorisyei Bodin, Machiavelli’den farklı olarak siyasal iktidarı hükümdar odaklı olmaktan çıkararak devlete yönelir; egemenlik soyut devleti (république) tanımlayan bir özelliktir. Böylelikle egemenlik, onu kullananlardan ayırt edilmiştir. Egemenlik kuramında güç, daha uygulanmadan önce vardır; böylece gücü

¹⁸⁸ Pierson s. 89.

¹⁸⁹ Mairet, Padova’da Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu, s.235.

¹⁹⁰ Lee, Daniel, Jean Bodin, **Popular Sovereignty, and Constitutional Government**, Print ISBN-13: 9780198745167, Published to Oxford Scholarship Online: April 2016.

uygulayanlar, hükümetler veya başkaları, onlardan bağımsız olarak ortaya çıkan güçten ayırırlar. “Söz konusu olan bugün bile sırlarını bütünüyle açığa çıkaramadığımız bir efsanedir” diyen Mairer, yerinde olarak “*tam da devlet ideolojisi diye nitelendirdiğimiz şey budur*” tespitini yapar.¹⁹¹

Sırların açığa çıkarılacağı en uygun zaman, kuşkusuz doğum anlarıdır. Bu nedenle kişisel iktidardan, gayrişahsi iktidara, kralların egemenliğinden yasanın egemenliğine nasıl geçildiğinin görülmesi, yeni iktidar biçiminin paradokslarının kaynağını da gösterecektir. Bu geçiş, aşağıda sırasıyla *Kralın İki Bedeni* teorisinde gizemli/mistik siyasi bedenin fiziksel bedenden ayrılması, sonrasında gizemli/mistik bedenden iktidarın gizemli/ mistik kişiliğine geçiş süreci ve bu sürecin Hobbes’la birlikte devletin kişiliği bağlamında nasıl kurgulandığı anlatılarak gösterilecektir. Kullanıcılarından ayrılarak soyutlanan ve gayrişahsilikle tanımlanan siyasal iktidarın bu aşamadan sonra, paradoksal biçimde nasıl hukuki bir tüzel kişilik olarak kurgulandığı, böylelikle hak ve yükümlülük sahibi bir özneye dönüştürüldüğü, bu kurgu sayesinde ihlallerden sorumlu tutulabildiği, kurguya yönelik eleştirilerle birlikte değerlendirilecektir. Modern devletin kanımızca en önemli karakteristiği olan kişisel olmayan iktidar anlayışına geçiş sürecinde ortaya atılan bu teoriler, Avrupa siyasi tarihi ile birlikte okunduğunda temel amacın, siyasal iktidarı monarktan ayırmak, soyutlamak olduğu görülecektir. Dikkatli bakıldığında, bu ayrılığın, bir bakıma doğum gibi olduğu fark edilecektir; yeni dünyaya gelen varlık, başka bir varlıktır ancak genetik olarak birçok çok özelliği -sorumluluk, üstün iktidar, kutsallık vs.- alarak monarkın bedeninden ayrılmıştır.

¹⁹¹ Mairer, s.234.

3.3.3. Kralın İki Bedeninden Bedensiz Devlete: Siyasi Corpustan Ulus Devlete

Kişiselleşmiş siyasi iktidardan kurumsallaşmış siyasi iktidara geçiş somuttan soyuta geçiştir. Bu geçiş sürecini en detaylı biçimde anlatanlardan biri, kuşkusuz “*The King’s Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*” (Kral’ın İki Bedeni: Ortaçağdaki Siyasal Teoloji Üzerine Bir Çalışma) adlı yapıtında hükümdarın ölümlü maddi bedeninden (*corpus naturale*) başka, siyasal iktidarın süreklilik sorununa bulunan bir cevap olarak ölümsüz siyasi bedeni (*corpus mysticum*) kavramlaştırmasına dikkat çekerek modern devletin doğuşunda önemli bir aşamayı işaret eden Ernst Kantorowicz’dır.¹⁹² Bir başka önemli yapıt, Kantorowicz’in çalışmasında da yararlandığı ve Kraliyet’in temsilcilerinin beden olarak da hala yaşadığı İngiltere deneyimi ışığında söz konusu kurguyu anlatan Maitland’ın 1901 yılında yayınlanan kısa ancak bir o kadar da etkili “*The Crown As Corporation*” adlı eseridir.¹⁹³

Bu iki yapıta bakarak siyasal iktidardaki değişimin teorik alt yapısının nasıl oluşturulduğunu, modern devlete giden süreçte Hristiyan Kilisesi ve Kral’ın İki Bedeni teorisinin egemenlik için gerekli sürekliliği nasıl inşa ettiğini ve de siyasal iktidarın onu kullananlardan ayrılarak gayrişahsileşmesi sürecini daha iyi anlayabiliriz. Kişisel iktidardan gayrişahsi iktidara geçiş süreci, modern devlete özgü olanın beden siyasetinden kişi siyasetine geçişi gerektirdiğini ve kişisel olmayan iktidarın fonksiyonlarını göstereceği gibi, açmazlarını da ortaya çıkaracaktır.

Kilise ve Devlet arasındaki sonsuz sayıda çapraz ilişkinin, Orta Çağlar boyunca her zaman faal olarak, her iki tarafta da melezler yarattığını, bunun başlangıçta daha çok

¹⁹² Kantorowicz, Ernst H. **Kral’ın İki Bedeni: Ortaçağ Siyasal Teolojisi Çalışması**, Çev.: Ümit Hüsrev Yolsa, Bilge Su, Ankara, 2018.

¹⁹³ Fredrick, Maitland (1901) “The Crown As Corporation” **Law Quarterly Review**. 17: 131–146, Çevirisi için bkz. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/95849>. Erişim T. 11.1.2022.

çeşitli işaretlerin, politik sembollerin, imtiyazların ve gurur haklarının karşılıklı kullanımı ve takası biçiminde gerçekleştiğini, bununla birlikte 13. yüzyılın başlarında, bu ilişkinin yöneten bireylerden yönetilen topluluklara, yeni ulusal monarşilere ve diğer insan topluluğu birliklerine kaydığını belirten Kantorowicz, Kilise ve devlet arasındaki alışverişin devam ettiğini, ancak hedefinin değiştiğini belirtir. Karşılıklı etkileşim alanı, bireysel liderlerden sıkıştırılmış toplumlara doğru genişleyerek kurumların politik yapısı ve yorumlanmasıyla ilgili yasal ve anayasal meseleler vasıtasıyla kararlaştırılmaya başlamıştır. “*Roma Kilisesi’nin hiyerarşik aygıtları, ‘Prens’ veya ‘Gerçek İmparator’ diye de adlandırılan Papa’nın pontificalis maiestas (majesteleri papa) unvanı altında, gizemli bir temelde mutlak ve akılcı bir monarşinin mükemmel bir prototipi haline gelme eğilimindeyken, Devlet de akılcı bir temelde ilerleyerek yarı Kilise ya da gizemli bir tüzel kişi haline gelme eğilimi gösterdi.*”¹⁹⁴ Burada dikkat çeken değişim, Kilise’nin “herkesi kapsayan tüzelkişi” anlayışının siyasi iktidarın temellendirilmesindeki kullanımıdır.

“*Kralın İki Bedeni*” kurgusunun dayanağı olan, ‘İsa’nın İki Bedeni’ (*duplex corpus Christi*) fikri, 1302’de Papa VIII Boniface tarafından Unam Sanctam’da (Papanın Kitabı’nda) özetlenmiş olan Roma Kilisesi’nin kurumsal doktrinine dayandırılır. Bu doktrinde, Hristiyanlığın gizemli kurumu olan Dünya cemaati kiliseydi; İsa’nın *mistik kurumu* olarak Kilise – yani *bütün inançlı geçmiş, gelecek ve mevcut, olaylar ve olasılıkların birleşimi* olarak Hristiyan topluluğu; *kilisenin başı İsa, görünürdeki lideri İsa’nın vekili, Roma başpiskoposuydu. ‘İsa’nın iki bedeni’ (‘doğası’ değil) doktrini – doğal ve mistik bedenleri veya bireysel ve toplumsal bedenleri – doğal olarak Kilisenin organik-kurumsal yapısına dayanıyordu.*¹⁹⁵

¹⁹⁴ Kantorowicz, s.261-262

¹⁹⁵ Agy .s.354.

Kantorowicz'in çalışmasındaki en önemli referanslardan biri, Avrupa'da Ortaçağ üzerine detaylı incelemeler yapan Ortaçağ Bilimleri uzmanı olan Maitland'ın araştırmalarıdır. Maitland'ın, “*ikiz-doğmuş majestelerinin*” merak uyandıran kurgusunun, bizleri “*Orta Çağların hukuki ve politik düşüncelerinin derinliklerine taşıyabilecek*” çok uzun bir geçmişe ve geleneğe sahip olduğunun ve bu teoremin, hükümetin kişisel olmayan yapıları kişisel yapılarla mutabık kılmasını sağlayan önemli bir keşifsel kurgu sunduğunun tamamen farkında olduğunu belirtir.¹⁹⁶

Maitland'a göre “*Ortaçağ'da kral her santimetresiyle kraldı ve tam da bu sebepten her santimetresiyle bir insandı ve onun hakkında saçma konuşmalar yapılmazdı. Ona ölümsüzlük veya her yerde hazır olma gibi hiçbir ölümlüye içkin olmayan güçler atfedilmezdi. İsa'nın Vekili olduğu söylendiği takdirde, bunun anlamı gerçekten kastettiğiniz şeydi ve tiranlığa doğru giderse şeytanın hizmetkârı olacağını da ekleyebilirdiniz. Onu, kapasitesinden fazla bir şeyle tanımlamak için çok az sebep vardı. Arada sırada, tacının hakkı olarak elinde bulundurduğu topraklar ile mirasçısı olmayan baronlardan veya sahipsiz bir piskoposluktan gelen topraklar arasında ayırım yapmak gerekiyordu. Ancak esas olarak, toprakları onun topraklarıydı. Ulusa vekaletin Ortaçağ belgelerimizde okunmayacağı hususunda dikkatli olmalıyız.*”¹⁹⁷

Öte yandan Maitland, Ortaçağ düşüncesinde ulusun bir topluluk olarak algılandığını ve kralın baş olduğu bir vücut olarak resmedildiğini de belirtir. Ancak burada kapsadığı ve bir şekilde kendisini oluşturan ve daha küçük vücutlara benzetmekle birlikte henüz ‘Devlet’ ve ‘Tüzel Kişilik’ arasındaki kontrast olarak bakmamız gereken şeyin, zorlukla görülebilir durumda olduğunu da ekler. Maitland, Kralın İki Bedeni

¹⁹⁶ Kantorowicz S.267

¹⁹⁷ Maitland F.W., **State, Trust and Corporation**, Edited by David Runciman and Magnus Ryan, Cambridge University, 2003, Cambridge, UK. S.33.

kurgusunun, ilk kez 16. yüzyıl ortalarında Kral'ın mülkiyet edinmesi ve mirasçılarına aktarmasına dair davalardaki tartışmalarda ortaya çıktığını ve Plowden'in Lanchester Dükü davası hakkındaki raporlarında, 1550 yılı civarında, yıllıklarda, teoriyi en azından ilk kez yazıya geçirdiğini söyler. *“Kral'ın, kraliyet mülkleri ve mevkisiyle donatılmış bir doğal vücuda sahip olması ve kraliyet makamı ve mülkünden kendiliğinden ayrı ve ayrışık bir doğal vücuda sahip olmaması ve bir doğal vücut ile siyasi vücuda birlikte ve bölünmez bir şekilde sahip olması nedeniyle bu iki vücut bir kişide birleşmiştir ve bu iki vücut birbirinden farklılaşmaz, tüzel kişilik doğal vücutta, doğal kişilik ise tüzel kişilikte farklı değil tek vücut olur. Doğal vücut, siyasi yapının ona katılması ve birleşmesi ve siyasi kişiliğin makam, hükümet ve kraliyet özelliklerini içermesi nedeniyle ihtişam kazanır ve söz konusu konsolidasyon ile içinde siyasi yapıyı taşır.”*¹⁹⁸

Kantrowicz ile Maitland'ın farklı tarihlendirmesinin gerisinde Maitland'ın çalışmasının odağında İngiltere deneyiminin yer alması yanında beden ve kişilik ile ilgili farklılık bulunur. İki bedenle iki kişilik birbirinden farklıdır. Başlangıçta sözü edilen kişilikten çok bedendir. Diğer taraftan her ne kadar Kantrowicz Adsız Normandiyalı diye bilinen yazarın risalelerine gönderme yaparak iktidarın ikili kişiliği kurgusunun, Ortaçağ'ın başlarına kadar uzandığını ve Sezar'ın hakkı Sezar'a sözünde Tiberius'tan ayrı, iktidarı (potestas) temsil eden ve hale ile kutsanmış ikinci bir kişilik olarak Sezar'dan söz edildiğini aktarsa da daha çok Ortaçağ'ın sonlarına doğru, siyasal bir kuruluş olarak Kilise'nin kurumsal, tüzelkişi yönünün üzerinde durulmaya başlandığını belirtir. *“Tiberius insan olarak adaletsiz olabilir ama Sezar olarak kutsal, iktidarın vücut bulması olarak kutsal, Deus ve Mesih nazarında da dominus'tur.”*¹⁹⁹

¹⁹⁸ Maitland, 2003, s.34.

¹⁹⁹ Kantorowicz, S.86.

Benzer alıntılara verilen bir başka örnek, Tournaili Simon'ın "*Mesih'in bedenleri ikidir; bakire'den aldığı insan maddi beden ve ruhani olarak beden, eklesiyatik ortaklık*" sözlerinde dile gelen ayırımın, çağdaşı Bergamolu Gregory tarafından daha açık hale getirildiğini söylemesidir: "*Biri kutsal olan beden, diğeri kutsal olanın bedenidir.*"²⁰⁰ Dönem yazarları Mesih'in birey bedeni *corpus personal* ile ortak bedenini *corpus mysticum* birbirinden ayırdılar. Kantorowicz '*Kralın İki Bedeni'nin tam örneğini, 'Tanrı'nın İki Bedeni' savında Mesih'in doğal ve gizemli, kişisel ve tüzelkişi, bireysel ve ortak bedenlerinde bulduk*' der.²⁰¹

Egemenliğin sadece Kral'la veya sadece halkla değil 'Parlamento'daki Kral'la özdeşleştiği İngiltere'de soyut bir devlet kavramına ulaşılması ve Prens'i devletle özdeşleştirme Kıta Avrupası'ndan farklı geliştiği için *Kralın İki Bedeni Teorisinin* İngiltere'deki etkisi ve tartışmaları çok daha ayrıntılı ve karmaşıktır. 27 Mayıs 1642 tarihli Lordlar ve Avam Kamarası Bildirisi ile doğal bedenindeki Kral dışlanırken siyasi bedenindeki Kral, Parlamento'da, bizzat Parlamento tarafından muhafaza edilmiştir. "*Kral Adaletin ve Himayenin Kaynağı olsa da Adalet ve Himaye Kanunları ne onun kişiliğinde uygulanır, ne de onun keyfine dayanır, Kral kendi kişiliğinde onları yasaklamış olsa bile görevlerini yerine getirmek zorunda olan mahkemelerince ve bakanlarınca uygulanır ve bu nedenle Yargı tarafından Kral'ın iradesine ve kişisel emrine karşı verilse de onlar Kral'ın yargılarıdır.*"²⁰²

Roma Kilisesi'nin egemenliğine son vererek Ortaçağ'ın Devlet - Kilise dualizmini sona erdiren ve siyasi iktidarı tek merkeze toplayan güçlü Kral VIII. Henry dahi kendisini imparatorluk tahtının şeref ve mülklerine sahip üstün bir yönetici baş, Kral

²⁰⁰ Kantorowicz, s.266.

²⁰¹ Kantorowicz, s.267. Böylece kutsallık ve yücelik Mesih'ten Kilise'ye aktarılmış ve Kilise'nin yöneticisi olan Papa'yı bütün Hristiyanları temsil eden Kilise'nin İmparatoru yaparak siyasallaştırmıştı.

²⁰² Kantorowicz, s. 44.

olarak tanımlayıp itaat edilmesini talep ederken bu Kral'a, her tür ve dereceden insanların dahil olduğu siyasi yapıyı dahil etmek zorunluluğunu hissediyordu.²⁰³ Maitland, temyiz hakkını kısıtlamak üzere sarf edilen Kral VIII. Henry'nin bu sözlerini, "*Leviathan kapağı şimdiden gözlerimizin önünde*" diye yorumlayarak sorar: "*Fakat, Hobbes için olduğu gibi, Kral Henry için de tüzel kişilik yapısının kişiliği, monarşinin başının kişiliğinde yoğunlaşmış ve absorbe edilmişti. Onun hükümlerinin zamanı, kralın topraklarının ulusun topraklarından, kralın serveti genel servetten, hatta kralın gücünün Devlet'in gücünden kopup ayrılacağı zaman değildi. İşte Kilisenin alanında hazırlanmış olan tek kişili tüzel kişi (corporation sole) fikri, burada iyi iş görebilirdi. Bütün İngilizler Kral Henry'ye dahil edilmemişler miydi? Kral Henry'nin yaptığı tüm iş ve eylemler hem ülke hem Kilise olan siyasi bedenin yapıp ettikleri değil miydi?*"²⁰⁴

Böylelikle iktidarı kullanan kişi ile iktidar ayrılmış oluyordu. Kilise'de temsil edilen herkes, şimdi ülkede yaşayan herkese doğru evriliyor ve bütün İngilizler Kral Henry'nin kutsal bedenine dahil ediliyordu. Bu ikinci beden, fiziki bedenden ayrılan soyut bir bedendi; güç, yavaş yavaş onu kullanandan ayrılıyordu.

Siyasi corpus metaforu henüz egemenliğin sürekliliğini sağlama işlevini yerine getirememiş olsa da egemenliğin soyutlanması mümkün kılınmıştır. Egemenliğin soyutlanmasını sağlama işlevi açısından ikinci bir bedenden söz edilmesi, egemenin/egemenliğin taşıyıcısı siyasi iktidarın, kendisini hala ancak bir bedende ifade edebileceği, fizik bedenden ayrı düşünülemeyeceği bir döneme işaret etmektedir. Egemenliği Kral'la özdeşleşmekten kurtaran *siyasi corpus*'un kökenini Ortaçağ'ın *universitas*²⁰⁵ kavramına dayandıranlar, bu kavram sayesinde kendisini oluşturan üyelerin

²⁰³ Maitland, 2003, s.33-36.

²⁰⁴ Maitland, 2003, s.35.

²⁰⁵ Hristiyanlardan oluşan topluluk anlamına gelmektedir.

fizik varlıklarından bağımsız, onlardan üstün, bir bedene sahip olmayan şey anlamında, soyut bütünü düşünme olanağının mümkün olabildiğini ileri sürerler.²⁰⁶ Ortaçağ'da Hristiyanlar topluluğunu ifade eden bu kavram, bir bedene sahip olmayan şey *res incorporalis* anlamında Suarez'le birlikte *societas* (bireylerden oluşan soyut bir topluluk) olarak *siyasi corpus*'u oluşturacaktır.²⁰⁷

Yeni siyasi iktidar kuramının yaratıcısı olan Machievelli'nin iktidarın kurucusu ve kullanıcısına odaklandığı, bu nedenle soyut bir bütün olarak devlet olgusuna ancak Bodin ile ulaşıldığı doğrudur. Bodin'de ilgi odağı hükümdar değil, *respublica*dır; ve onu tanımlayacak olan da 'egemen güç' kavramıdır. Egemenlik, hükümdarın eylemini değil, siyasi iktidarın soyutlanarak onu kullananlardan ayrılmasıyla devleti niteler. Güç, daha uygulanmadan önce vardır; böylece gücü uygulayanlardan bağımsız olarak daima vardır.²⁰⁸ Böylece iktidarın hem kullanım gücünü hem de yasa yapma ilkesini elinde bulunduran bu yeni siyasi iktidar modelinde, "egemen gücü taşıyan kimdir" sorusunun cevabı, '*siyasi corpusu* oluşturan insanların tümüdür' diye cevaplanabilir hale gelmiştir. Ancak yine de gücü elinde bulunduran egemeni halkla özdeşleştirmek mümkün değildir; Akal'ın deyişiyle "egemen Güç'ü halkın da kralların da dışına taşıyacak olan, Sözleşme'yle kurulmuş Mistik Siyasi Corpus'tur; siyasi İktidar'ı Delegasyonla kullandıracak olan da... İnsansızlaştırma işlemi başlamıştır".²⁰⁹

Kral'ın İki Bedeni teorisinin soyut ve sürekli egemenlik kavramına bir geçiş aşamasını karşılaması yanı sıra, kaçınılmaz ikinci işlevi, üstün olan siyasi bedenin karşısında, geçici ve sıradan doğal bedenin halesini kaybetmesi, dolayısıyla gerektiğinde sorumlu tutulabilmesiydi. Gücü kullanan gerektiğinde iktidardan uzaklaştırılabilecek

²⁰⁶ Akal.1990, s.83.

²⁰⁷ Akal, 1990,84-85.

²⁰⁸ Mairet, Gerard, *Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu*, Akal içinde. s. 233

²⁰⁹ Akal, sivil toplumun tanrısı, s. 93.

hatta cezalandırılabilir ama soyut bedende temsil edilen güce daima itaat edilecekti. Maitland “*Bize Kral'ın iki 'kişi' olduğu öğretiliyor, yalnızca onun 'iki gövdesi ve 'iki kapasitesi olduğu ama sonuçta ' bir kişi' olduğu’ öğretilmiş oluyor. İki kişiliğin herhangi bir şekilde gerçek ve kalıcı olarak bölünmesi doğal olarak iğrenç ve nefret uyandıran sonuçlar üreten, 'lanetli bir görüşe' götürecektir. Bu görüş, sadakatin ölümlü insana değil, sadece tek kişiden oluşan tüzel kişiliğe (corporation sole) olması gerektiğidir. İkinci olarak böylelikle ölümsüz, her yerde hazır ve nazır olan, Blackston’un söylediği gibi, asla yanlış yapmayan Krallar hakkında konuşmaya başlıyoruz*”²¹⁰ derken haklıdır; bu lanetli görüş sayesinde krallar Kraliyete ihanet etmekle yargılanıp, öldürülebilmişlerdir.

Kral'ın İki Bedeni teorisinde bir yandan, kralın ölümlü bedeninin cezalandırılabilir hale gelmesi mümkün kılınmışken diğer taraftan da her biri diğerinde tamamen içerilmiş tek bir birlik oluşturan bedenlerin birbirlerine olan etkileri gereği, siyasi beden kutsallığının doğal beden üzerindeki etkisi de devam eder. Siyasi beden, birleştiği doğal beden kusurlarını ortadan kaldırır ve onun kendi başınayken olması gerekenden başka derecede olmasını sağlar. Birliktelik ve birleşme boyunca doğal beden siyasi beden doğasını ve etkilerini paylaşır.²¹¹ Kral'ın ancak siyasi bedene dahil olduğunda imtiyazlarını koruyacağını altı çizilen Berkley davasında Kralın İki Bedeni teorisinin işlevleri net biçimde görülür. “*Yasa, Kral VII. Henry'nin onu siyasi bedeninde değil, ama doğal Bedeninde aldığı hükmüne varsa bile hakimler o kral doğal bedeninde sahip olduğu şeyler konusunda imtiyazdan yoksundur dediler. Ancak bu Krallığın Kralı'nın siyasi bedeni doğal bedeniyle birleştiğinde, her ikisinde tek beden meydana*

²¹⁰ Maitland, 2003, s.37.

²¹¹ Kantrowichez. S.33.

geldiğinde doğal bedenın sahip olduğu şeylerin derecesi değişir...siyasi bedenın etkilerini paylaşır.”²¹²

Bu yorum, siyasi dilin ve geleneğin sürekliliği içerisinde, bugün devlet görevlilerinin eylemleri nedeniyle sorumlulukları söz konusu olduğunda, hala etkisini gördüğümüz şeydir. Soyut, gayrişahsi olarak devlet ile gücü kullanan görevli arasındaki ayırımla, devlet görevlileri yargılanıp cezalandırılmakta, ihlalden sorumlu tutulmaktadırlar. İktidarı kullanan beden ve veya kişi, insansı özellikleri nedeniyle hem hata yapabilir, zayıftır hem de gerektiğinde cezalandırılabilir ama kurumsal kutsal olan kapsayıcı beden ve kişilik görünmezdir, hata yapmaz ve cezalandırılmaz. Ancak diğer taraftan, kutsal olan soyut bedenle ortaklığı sayesinde devlet görevlilerinin yargılandığı davalarda, özel prosedürler uygulanır; devlet görevlilerinin eylemlerinin tanımlanması farklılaşır, suç kavramının yerini ihlal alır. Bir bakıma, yargılanan doğal beden yani devlet ajanı, dahil olduğu siyasi yapının etkilerini paylaşır, sorumluluğunun derecesi, sıradan insana göre farklılaşır. Genetik olarak siyasi iktidara aktarılan özellikler derken kastettiğimiz şey tam da budur.

3.3.4. İktidarın Süreklilik Sorunu: Siyasi Bedenden Kişiliğe Geçiş. Corpus Mysticum’dan Persona Mystica (Gizemli Kişilik)ya Geçiş

Kral’ın İki Bedeni teorisinin, hükümdarın doğal bedeninden ayrı siyasi bir beden metaforu ile iktidarı soyutlama ve gayrişahsileştirmesinin Batı siyasal düşünüşünde nasıl işlevsel olduğunu açıklamaya çalıştık. Ancak geçiş süreci sıkıntılıdır; ölen kral/kraliçenin siyasi güç olarak değil, sadece özel bir kişi olarak kabul edilmesi halinde, değişen

²¹² Ayrıca, hakimler bu davada, kralın doğal bedeninin doğal organlardan oluştuğunu, diğer insanlar gibi ölümlü olduğunu, ancak siyasi bedeninin organlarını tebaaların oluşturduğunu, Kral’ın baş, onların gövdeyi oluşturduğu bu siyasi bedenın bir tüzelkişilik olarak doğal beden gibi tutkulara ve ölüme tabi olmadığını söyler. Siyasi beden, diğerleri gibi tutkulara ve ölüme tabi değildir; Kralın bu bedeni asla ölmez. Kral’ın doğal ölümü, Kral’ın ölümü diye değil, Kralın Feragatı diye adlandırılır, ama feragat sözcüğü, siyasi Bedenin öldüğünü değil, başka bir Beden’e aktarıldığını, nakledildiğini ifade eder. Kantorowicz, s.32.

mülkiyet ve süreklileştirilmek istenen vergi sisteminde önemli sorunlar yaşanmaktadır. Maitland'ın haklı olarak belirttiği üzere, “*tahtın intikalinde, devletin bütün çarklarının durduğunu hatta tersine döndüğünü gördüğümüz zaman kralın asla ölmeyeceğini söylemek boş bir jest olacaktır.*”²¹³ Siyasi beden metaforu somuttan soyuta geçişi, kolaylaştırarak iktidarın soyutlanmasına önemli bir ideolojik destek sunar ancak süreklilik problemi çözülmemiştir. Çünkü kral/kraliçe, beden olarak hala siyasi iktidar ile iç içeyken kral/kraliçenin asla ölmemesini sağlayacak daha yerinde bir ifadeyle, siyasi iktidarın sürekliliğini kazandıracak daha güçlü kurguya gereksinim vardı. Hala organik olarak birbirlerine bağlı olan iki beden teorisinde sürekliliği sağlayacak olan ölümlü bedenden ayrı düşünülen hiç ölmeyecek olan siyasi bedenin kişileştirilmesidir.

Ortaçağ'ın sonlarında ‘*Mesih'in İki Bedeni*’ ve organik ‘*Tüzelkişi Kilise*’ düşüncesinin *Kral'ın İki Bedeni* kurgusunun *Devlet'in* siyasi gizemli bedeni teorisini ne ölçüde etkilediği konusunda Kantorowicz, kurulan tüm analogiye karşın, bu analoginin, bir *persona ficta*’ya, yani uzuvlarının ötesinde soyut bir kişileştirme olarak devlet düşüncesine elverişli olmadığını ileri sürer. “*1300’lü yıllarda devlet bir kurmaca kişi değil, ama organik ve organ bilimsel bir bütündü; baş ve uzuvların birbirine bağlılığı ve organik birliği uzuvların birinin, diğerinden ayrılmasına izin vermiyordu. Devlet, ne organlarından ayrı var oldu ne de başının ve diğer uzuvlarının ötesinde ya da ahlaki değerlerin ve hukukun ötesinde per se üstün bir varlıktı. Özetle Regnum veya patria ‘kişileştirilmemişti’, ‘bedenleştirilmişti’. Kilise ile koşutluk persona değil corpus sözcüğüne dayanıyordu.*”²¹⁴

Kantorowicz, “*İsa'nın iki bedeni*” düşüncesinin “*kralın iki bedeni*” fikriyle herhangi bir ilgisinin olup olmadığını sorarken temel sorunun, zaman problemi olduğunu

²¹³ Maitland, 2003, 38.

²¹⁴ Kantorowicz, s.357.

fark etmenin, cevabı kolaylaştırdığını belirtir. Kilise'nin mistik bedeninin lideri ölümsüzdü; çünkü İsa hem insan hem de Tanrı'ydı. Politik bedenin lideri olan kral ise tam tersine sıradan bir ölümlüydü: ölebilirdi, ölmüştü ve kesinlikle ölümsüz değildi. O halde kral ya basit bir ölümlü olmayı bırakmalıydı ya da bir şekilde ölümsüzlüğün değerini elde etmeliydi. Ebedilik sağlanmadan Kral, ölümlü bedeninden ayrı ebedi bir üstün bedene sahip olamazdı. *“Baş, bütün beden sorumlu kısmı olarak yokluğu halinde tüzelkişiyi eksik ve eyleyemez kılacağı için tek başına onun daimiliği de son derece önemlidir. 1482 yılındaki Norwich kenti davasında baş yargıç Brain ‘Vali ölürse tüzelkişi eksik hale gelir ve topluluk bir başka vali atayana kadar tüzelkişi ehliyetsizdir’ dediğinde ya da II. Henry’nin ölümü sonrası, artık ona sahip bir imparator olmadığını ileri sürerek kaleyi ateşe veren Pavia halkı örneğinde sorunun önemi iyice anlaşılır. İster kısa ister uzun olsun hükümdarsızlık tehlikeliydi. Bu nedenle asla ölmeyen kral anlayışı, Tacın tüzelkişi karakteri, Hanedanın daimiliği ve kraliyet yüksek makamının ölümsüzlüğü etkileşimine dayandı.”*²¹⁵

Bir ‘beden’ olarak devletin, bir ‘beden’ olarak Kilisenin karşısına çıkarıldığı ilk örneğin, bir imparatorluk yazarının atama mücadelesini konu alan risalesinde *unum corpus ecclesiae* (kilisenin tek bedenini) tanımlamak için *unum corpus republicae* (devletin tek bedenini) savunduğu metin olduğu söylenir.²¹⁶ Bununla birlikte Kantorowicz, halkın ve devletin sürekliliğinin çeşitli kaynaklardan türetildiğine dair başka kaynaklardan da söz eder. Ortaçağ sonlarında Aristotelesçi felsefenin canlanması ve İbn-i Rüşd’ün zaman kavramının ve türlerin ebediliği üzerine düşünceleri yanı sıra Roma

²¹⁵ Kantorowicz, s.410-417.

²¹⁶ Ancak süreklilik sağlandıktan sonra, doğa üstü ve aşkın değerlerin dinsel alandan seküler devlete aktarılması devleti salt fiziksel varlığının üzerine çıkarma ve onu aşkınlaştırma eğilimi için kullanıldığının en iyi kanıtı, Beauvaisli Vincent’in on üçüncü yüzyılda yeni ortaya çıkan devleti tanımlamak için seçtiği *corpus reipublicae mysticum* ifadesidir. Mistizm, bir yönetim ilkesi olarak yeni devlete de aktarılmıştır. Kantorowicz, s.277

halkının daimiliğini iddia eden *lex Regia*, kolaylıkla diğer halklara da aktarılan kaynaklar olarak gösterilir. Kendine yeten, Kiliseden ve papalıktan bağımsız olduğunu iddia eden yeni bölgesel ve yarı ulusal devlet, kendisi için çok uygun kilise kavramlarını kazıyıp kavramın Kilise'ye sağladığı daimilik iddiasını edinmeye çalışmıştır. Baldus'un görünmez taç teorisi, hem iktidarı kullananlardan ayırmak hem de sürekliliği sağlamak adına en önemli teorilerden biridir. Birisi, taç giyme töreninde görünen maddi altın çerçeveli Taç, diğeri ise miras hakkıyla geçen, kraliyet haklarını ve ayrıcalıklarını kapsayan, görünmez Taç şeklindeki ayırım siyasi bedene ebediliği sağlamaya son derece elverişliydi. Tacın daimiliği, verasete dayanan monarşiyle -ölümlü hükümdar bireylerin değişmesine rağmen- sanki kişi değişimi olmuyormuş gibi hanedanın sürekliliğini temsil ediyordu; ardından onu kişileştirmek için çeşitli hukuksal olanakların kullanımı gündeme geldi. Zira Taç, doğrudan kralın kendisiyle özdeş değildi, kralın doğal bedeninden fazlasını işaret ediyordu. Taç'ın daimiliği, kalıtsal ardılıkla -ölen babanın yerine geçen oğlu- sağlandı. Böylece Papa'nın taç giydirme töreninden önce hükümdar olunuyor ve geçiş sürecinde Papa'nın iktidarı sınırlanmış oluyordu. Fakat asıl önemlisi, siyasal düzenin korunması adına iktidarın sürekliliği, mesih dışı bir kuramla çözülmüş oluyordu.²¹⁷ Bu biçimde kendi ölümlü bedeni dışında ölümsüz bir siyasi bedene sahip olduğu düşünülen kralın artık ölmeyeceği (*The king never dies*) düşüncesi yerleşecek, 'Kral öldü, yaşasın Kral' denilerek bir siyasal topluluk olarak krallığın sürekliliği düşünülebilecekti.

Bu çalışmada siyasal iktidarın kişileştirilmesinin en önemli dayanağı olarak temel alınan Kantorowicz'in siyasi beden teorisindeki *siyasi corpus* metaforuna ilişkin, Agamben tarafından yapılan eleştirilerden de kısaca söz edilmelidir. Agamben, Kantorowicz'in *siyasi corpus*'u yanlış değerlendirdiğini, kralın iki bedeni olmadığını,

²¹⁷ Kantorowicz, s.443.

bir bedeni olduğunu, fakat bir bedende iki hayata sahip olduğunu ileri sürer; “*bir doğal hayat ve bir de kutsal hayat.*” Buradaki kutsal hayat, Kral’ın doğal ölümüyle sona ermeyen, daha sonra yapılan bir törenle, Romalılarda cennete taşınan ve tanrısallaştırılan, İngiliz ve Fransız törenlerinde ise ölen kralın halefine aktarılan ve bu nedenle egemenliğin sürekliliğinden çok, onun mutlaklığı ve gayri insani karakterinin sembolü olan bir siyasal beden metaforuna gönderme yapan özellik olarak gösterilir. Bununla birlikte, kutsal hayat biçiminde egemenliğin mutlaklığına yapılan vurgu öne çıksa da Agamben de *siyasi corpus* metaforunun bir yansıması olan kralın ikinci hayatının temsili cenaze törenleri aracılığıyla egemenin halefine aktarılan bir şey olduğunu kabul ederek bir bakıma Kantorowicz’in yorumladığı süreklilik işlevini onaylamaktadır.²¹⁸

*Kantorowicz’in büyük bir ustalıkla incelediği Ortaçağ belgeleri, Corpus mysticum’un, başta kilisenin ve devletin organ bilimsel olarak bütünlüğünü ve sürekliliğini ifade ederken zaman içerisinde, kurmaca kişinin, hukuki tüzelkişinin bir betimlemesi olarak kullanılmaya başlandığını gösterir. Buna göre, teologlar gibi hukukçular da corpus verum birey olarak kişinin maddi bedeni ile, corpus fictum, yani maddi olmayan sadece hukuk biliminin bir kurgusu olarak var olan tüzelkişilik arasında ayırım yaptılar.*²¹⁹ Ancak siyasi bedeni soyut, evrensel ve sürekli kılacak önemli dönüşümü yapan kişi Thomas Aquinas’dır; Aquinas, o zamana kadar kullanılan Mesih’in gizemli bedeni *corpus Christi mysticum* yerine, Kilise’nin gizemli bedeni *corpus Ecclesiae mysticum*’u kullanarak Kilise’yi toplumsal bir olgu olarak ele alıyordu. “*Mesih’in gizemli bedeni olan Kilise, artık tek başına gizemli bir beden haline gelmişti. Böylelikle mistik beden dünyevileştirilmişti. Papa, ‘Mesih’in gizemli bedeni’nin başından*

²¹⁸ Agamben, 2001, s. 135-137.

²¹⁹ Kantorowicz, s.279.

daha kolay biçimde bir tüzel kişi ya da siyasi kurum olarak Kilise'nin gizemli bedeninin başı olabilirdi.”²²⁰

Ancak asıl önemli gelişmenin, Thomas Aquinas'ın “baş ve organların birlikte sanki tek bir gizemli kişiymiş gibi oldukları söylenebilir” cümlesi ile başladığını söyleyen Kantorowicz'e göre, “hiçbir şey *corpus mysticum* yerine *persona mystica* (gizemli kişilik)nin geçirilmesinden daha çarpıcı olmazdı”. Böylelikle *corpus Christi*, önce Mesih'in, sonra kilisenin tüzelkişiliğine dönüştürüldü. Özetle, Ortaçağ'ın sonunda, gizemli beden yerini gizemli kişiliğe bırakmış, siyaset kuramının temelinde önemli bir yer tutacak olan ‘kurmaca kişi’ yani *persona repraesentata* veya *persona ficta*yla anlamdaş hukuksal bir soyutlama yaratılmıştı.²²¹

Bir beden olarak devletin bir beden olarak Kilise'nin karşısına çıkarıldığı ilk örnek olarak bir İmparatorluk yazınına atfına değindiğimiz Kantorowicz, bu benzeşme sürecini, doğa üstü ve aşkın değerlerin seküler devlete aktarılması olarak yorumlar ve “bunlar saçma kurgular gibi görünebilir ancak kuşkusuz ki bu kurgulara ihtiyaç var” diyor Maitland'a katılır.²²² Nihayet Fransız hukukçu Jean de tera Rouge, “eklesiyastik yüksek makamlar nasıl kiliselere ait iseler, ülkenin kraliyet veya seküler yüksek makamları da ‘ülkenin bütün kamusal ya da gizemli bedenine’ ait oldukları için bunların sahibinin şahıslar değil, kamu olduğuna, dolayısıyla kralın tahtın varisi konusunda keyfi planlamalar yapamayacağına” işaret ederek tüzel kişilik kurgusunun işlevini

²²⁰ Bu teörinin temel fonksiyonun mülkün devredilmezliği olduğunu ortaya koyan Kantorowicz, mülkün devredilmezliği için evlilik metaforunun da aynı amaçla kullanıldığını söyler. Kral respublicanın çeyizini sadece kullanabilir ama devredemez. Buradan *ubi est fiscus, ibi est imperium*, *Hazine neredeyse İmparator oradadır* düşüncesine kolaylıkla ulaşılmıştır. Kantorowicz, S.289-295.

²²¹ Rudolph Shom bu gelişmeyi, “Mesihin bedeni, kilisenin tüzelkişi Mesih'i'nin bedenine dönüştü” diye açıklar. Akt. Kantorowicz, s.270.

²²² Kantorowicz, s. 277, 278.

somutlaştırır.²²³ Böylelikle siyasal iktidarın onu kullananlardan ayrı düşünülmesinin fonksiyonu daha somut olarak görülebilir hale gelir.

İktidarın onu kullananlardan ayrılarak soyutlanmasının Kilise geleneğinden devralınan bir başka önemli fonksiyonu, Gierke'nin, *Persona ficta* teriminin ilk kez 1243 yılında kullanıldığını söylediği Papa olan Innocent IV tarafından yapılan yorumda ortaya çıkar. Papa İnnocent'e göre korporasyon bir kişidir fakat sadece kurgu yoluyla bir kişidir, bu nedenle bu kişiler günah ve suç işleyemezler. 1245 yılında Lyon Konsili'nde bir *universitas*'ın afaroz edilmesini yasaklayan IV. İnnocentius, Bir *universitas*'ın “*bedeni olmayan bir kişi, saf bir zihinsel ad olduğunu ve bu nedenle Kanoncuların belirttiği gibi ruhtan yoksun olduğu için ceza verilemeyen, bedenden yoksun olduğu için de boynu vurulamayan, maddi olmayan şey*” olduğuna işaret eder. Dolayısıyla, kişileştirilmiş *universitas*, imgesel olarak bir ‘*temsili kişi*’ (*persona repraesentata*) ya da ‘*kurmaca kişi*’ (*persona ficta*)dir. Maitland, Papa'nın bu yaklaşımını değerlendirirken “Papa günah sorununu çözebilir ve her olayda birliğin (*universitas*) yetkisini yasaklayabilir ancak bir hukukçu olarak kendisinden sonra gelen hukukçuları, tüzelkişiliklerin (*corporasyon*), hiçbir zaman suç veya haksız fiillerle suçlanmaması gerektiğine ikna edemez” der.²²⁴ Ancak Kilise'nin kişiselleştirme kurgusuyla günah ve suçlardan bağışık kılınması, soyut ve kurumsal kişileştirmenin bir kutsallık halesi içerisinde dokunulmazlık fonksiyonuyla doğmuş olduğunun önemli bir işareti olarak görülmelidir.

Kantorowicz, çığır açıcı bulduğu bu yaklaşımın, olumsuz bir tanım olmasına rağmen, her *universitas*'a (yani bir bedende toplanmış insanlar çokluğu) tüzelkişi olarak davranma, tüzelkişiyi beden ve ruhla donatılmış doğal kişilerden ayırt etme ve bireyler

²²³ Kantorowicz, S.293.

²²⁴ Maitland, **Political Theory of Middle Ages**, 2002, s. Xix.

çokluğuna hukuk bakımından bir kişi gibi davranma olanağı sağladığını söylerken²²⁵ sonraki yüzyıllar boyunca kapitalist modern devletin siyasal ve hukuksal düşüncü biçiminin temel kalıbını özetlemiş olur.

Siyasal topluluğun ayrı bir varlık olarak düşünölebilmesinde, yukarıda anlatıldığı üzere Kilise kurumları ve eklesiyasitik düşüncenin büyük etkisinin olduğı doğrudur; ancak Batı siyasal düşüncü ve kurumlarının en önemli önemli kaynaklarından biri olan Roma hukukunda da benzer kaynaklara rastlanır. Belli bir toprak üzerinde yaşayan insanların, her birinden bağımsız bir topluluk olarak tanımlanmasının bilinen ilk örneğı *Populus Romanus* olarak adlandırılan Roma yurttaşlarından oluşan topluluktur. Cumhuriyet döneminde, halkın kendisini yönetmesini ifade eder biçimde *Res Publica* denilen bu topluluk tam olarak soyut bir tüzel kişiliğı ifade etmemekle birlikte, kendisini oluşturan doğal kişilerden ayrı bazı hak ve yükümlölöklere sahip olduğı kabul edilmekteydi. “...*civitates enim privatorum loco habentur.*” (...nitekim şehirlere kişi gözüyle bakılır.)²²⁶ deyiş, gerçek kişilerin dışında bir kişileştirmenin Roma’daki izleridir.

Hukuki bir kişiliğı, doğal insandan ayıran, betimleyen tüzelkişi kavramının kökeninde yer alan gizemli beden kavramını, hukuki bir beden olarak tasavvur edebilme fikri, halkı (*populus*) gizemli beden diye tanımlayan Baldus’a kadar geri götürölebilir. Kanonistlerin, tipik korporasyon olarak Ortaçağ şehir, köy veya bir yerleşim yerini değil, sadece Katolik kilisesini kastettiğı yönündeki yaygın inanışa karşın, 14. yüzyılda, İtalyan hukukçu Baldus, *The Populus As A Corporate Legal Person* adlı incelemesinde, halkı (*populus*) bir yasal tüzel kişi olarak tanımlar. Halkın (*populus*), bireylerin toplamı değil, onu oluşturanların gerçek bir bedeni olarak değil, ancak hukuki bir beden olarak

²²⁵ Kantorowicz, s, 402.

²²⁶ Küçük, Eşref, **Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukukî Durumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara-2005

oluşturulduğunu söyler.²²⁷ Bu biçimde Roma şehir halkının doğal politik insanlardan oluşan bölgesel olarak egemen bir tüzelkişi vatandaş organı *city-populus as a corporation* olarak tanımlanması, gerçek veya maddi bir beden olmadığı için yalnızca düşünsel olarak kavranan bir beden veya tüzelkişi oluşturan insanlar yorumuyla Devlet fikrinin gelişiminde çok önemli bir yapı taşı sağlar.

Şehir halkının, bir beden olarak ayrı bir tüzel kişilik oluşturduğuna dair Baldus'un tezinin etkisi Hobbes'un devlet teorisini anlattığı Leviathan'da siyasal iktidarın yeni formu olarak açık biçimde görülür; *çok sayıda insanın nasıl bir kişi olabildiği* sorusu onun teorisinin, bir başka deyişle kendisinden sonraki yüzyıllarda şekillenecek modern devlet teorisinin temelini oluşturur. Bu nedenle bundan sonraki bölümde modern devletin anahtar fikri olan gayrişahsi soyut bir varlık olarak siyasal iktidarın kişileştirilmesinin ne anlama geldiğini en açık biçimde resmeden Hobbes'un teorisinin detaylarına ve bu teori üzerine tartışmalara yer verilmektedir. Zira tezin konusu olan devletin çatışmalı özneliği, insan hakları ihlallerinin sorumlusu olarak kabul edilen devletin kim olduğu, nasıl kişileştirildiği, devlet tüzel kişiliğinin fonksiyonu, daha önemlisi, devlet ile devlet görevlisi arasındaki yetkilendirme ve temsil ilişkisinin insan hakları ihlalleri açısından sonuçlarını anlamak için tüm bunları yüzlerce yıl önceki kuruluş teorisinde açıklayan Hobbes'un görüşleri hala güncelliğini korumaktadır.

3.3.5. Kurgusal Bir Kişilik Olarak Modern Devlet

3.3.5.1. Çokluk Nasıl Tek Kişi Olur?

Hobbes'un *Leviathan*'ın 16. Bölümüne kişi kavramını tanımlayarak başlaması, siyasi iktidarın artık beden üzerinden değil, kişilik olgusu üzerinden ele alınması

²²⁷ Canning, Joseph, **The Political Thought of Baldus de Ubaldis**, Cambridge University Press, 1987, Cambridge, UK, s. 187-189.

gerektiğini gösteren son derece önemli bir vurgudur. Önce soru, arkasından yanıt gelir: *“Kişi nedir? Bir kişi, sözleri veya eylemleri ya kendisine ait olarak ya da, gerçekten veya uydurma yoluyla, bu söz veya eylemlerin kendisine atfedildiği bir başka kişinin veya başka herhangi bir şeyin sözlerini veya eylemlerini temsil ediyor olarak kabul edilendir. Sözler ve eylemler kişinin kendisine ait ise o bir doğal kişi olarak adlandırılır. Bir başkasının sözlerini ve eylemlerini temsil ediyorlarsa, o bir yapma veya yapay kişidir.”*²²⁸

*“Çok sayıda insan nasıl bir kişilik olur? Onlardan her birinin rızasıyla, tek bir insan tarafından temsil edildiğinde tek bir kişilik haline gelir. Kişiliği tek yapan temsil edilenlerin değil, edenin birliğidir.”*²²⁹

*...İşte bir insan topluluğu, kendi arasında sözleşme yaparak, hepsinin birden kişiliğini temsil etmek, yani onların temsilcisi olmak hakkının hangi kişi veya heyete verileceği konusunda anlaştıkları vakit devlet kurulmuştur.”*²³⁰

Kurulan, belli bir toprak üzerinde yaşayan ve hukuki açıdan kurumsallaşmış bir topluluğun düzenlenmesi olarak anonim ve kişisel olmayan modern devlettir. Artık siyasi iktidarı kullananlar, Tanrı’nın değil, *siyasi corpus* olarak toplumun tüm bireylerinin bir araya gelerek oluşturduğu *çokluk*’un temsilcileridir.

‘Çok Sayıda İnsanın Nasıl Tek Kişi Olduğu’ sorusuna Hobbes’un cevabının, *“Onlardan her birinin rızasıyla, tek bir insan tarafından temsil edildiğinde”* tek bir kişilik haline geldiği ve doğru temsille her şeyin şahsileştirilebileceği/kişileştirilebileceği olduğunu söylemiştik.²³¹ Ancak hemen ardından bu biçimde özetlediğimiz cümlelerin ilk okunuştaki kadar kolay anlaşılmadığını ekleyelim. Runcimen, insanların kendilerini nasıl

²²⁸ Hobbes, s. 117.

²²⁹ Hobbes 119.

²³⁰ Hobbes, 131.

²³¹ Bkz. Dipnot 157.

olup da birlikler haline getirdiği sorusunun, Batı siyasal düşüncesinin temelinde yatan bir soru olduğunu, Batı politik anlayışının, üyeleri arasında varlığını sürdüren ilişkilere dayalı farklı bir biçimsel kimliğe sahip bir insan grubu olarak tanımlanabilecek birlikler etrafında inşa edildiğini söyler. Bunların en önemlisi kendine has *sui generis* bir yapısı olanı devlettir. Birliklerin, grupların kişiliği sorununun Gierke'nin çalışmalarından yola çıkarak sadece Alman siyasi tarihinde değil genel olarak tüm Batı politik tarihinde önemli olduğunu ve bunun en önemli temsilcisinin ondan önce yaşayan Hobbes olduğunu ileri sürer.²³²

Hobbes, çokluk üyelerinin yaşadıkları doğa durumunda, meşru bir devlet/commonwealth kurumu oluşturabileceklerini, bunun ise ancak bazı doğal/gerçek kişi veya kişileri yetkilendirme yoluyla kendilerini bir yapay kişiliğe dönüştürerek mümkün kılabildiklerini söyler. Kişisel olmayan siyasal iktidara, devlete kişilik kazandırmanın formülü ve anahtar fikri buradadır; başkasını yetkilendirerek kendisini yapay bir kişiliğe dönüştüren çok sayıda kişinin, birbirleriyle sözleşme yaparak bir devleti oluşturma eylemi, atanan bir insanın veya meclisin onların kişiliğini taşıması da demektir. Ancak bu, en azından, çokluğun bir yönetim kurma anlaşmasında tek bir kişilik gibi davrandığını söylemek değildir. Örneğin “*Vindiciae'nin yazarı Contra Tyrannos, İsrail örneğini tartışırken kral doğal bir insan olduğu için, halk ise tek bir kişi rolünü oynayarak bir birlik universitas oluşturabildikleri için 'Halk'ın ve Kral'ın bir kişi olarak sözleşme yapabildiğini söyler. Ancak Hobbes, kesinlikle, tek bir kişi gibi davranabilen doğal bir*

²³² <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9760.00102> What Kind of Person is Hobbes's State? A Reply to Skinner David Runciman volume 8, s. 268-278. **The Journal of Political Philosophy**, 2000.

birlik olarak halkın eylemde bulunabilen bir kişi olarak görülmesini monarkomak yaklaşım olarak değerlendirip eleştirir."²³³

Skinner'e göre bu sözleşme eylemi, rıza (consent) ve harmoni/uyumdan (concorde) daha fazlasıdır. Onların gerçek birliğidir, bir ve aynı kişidirler, bunun sonucu olarak da kendilerini temsil eden kişinin organı aracılığıyla tek kişinin iradesi ve sesiyle hareket etme yeteneğine sahip olurlar. *"Çok sayıda insanın 'Bir Kişi' haline getirilmesinin tek yolu 'bir insan' veya 'bir kişi' (person) tarafından temsil edilmiş olduğundadır. Kısacası, devlet dışında doğal bir birlik yoktur; birlik ve topluluk yalnızca bir temsilcinin atanması ile elde edilir ve aksi halde çokluk Multitude olarak anlaşılamaz; bunun sonucunda, onları temsil eden kişinin aracılığıyla, tek bir irade ve sesle tek bir kişi gibi davranabilirler. Çokluk kendini böyle bir birliğe dönüştürdüğünde ortaya çıkan yapay kişinin adı, Commonwealth veya devlettir.*"²³⁴

Hobbes, herkesin herkesle yaptığı bir ahit yoluyla, hepsinin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleri gerçekleştiğinde tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk olarak ortaya çıkan Devlet'in (Latince Civitas) ortaya çıktığı anda tanrısallık özelliklerini taşıdığını da vurgular: *"İşte o Ejderha'nın veya daha saygılı konuşursak, ölümsüz tanrının altında, barış ve savunmamızı borçlu olduğumuz, ölümlü tanrımızın doğuşu böyle olur. İşte devletin özü o kişide toplanmıştır; bu kişiliği taşıyana Egemen denir.*"²³⁵

Ancak hala, Çokluk üyeleri tarafından atanan ve onların adına hareket edecek kişinin ismini bilmeye ihtiyaç duyarız. Hobbes, bu kişinin adının egemen (sovereign) olduğunu söylüyor ve egemeni, kendisine eylemde bulunma yetkisi verilen, tamamen saf

²³³ Skinner Quentin, *Hobbes and the Purely Artificial Person of the State*, The Inaugural Martin Hollis Memorial Lecture, University of Cambridge, **The Journal of Political Philosophy**: Volume 7, Number 1, 1999, pp. 1-29, s. 18.

²³⁴ Skinner, 1999, s.19.

²³⁵ Hobbes, **Leviathan**, 131.

yapay kişi olarak devletin bir bölümü/organı olarak tanımlıyor. Devlet bir kişidir ve bu kişiliği taşıyana egemen denir. Egemen, egemenlik gücüne sahiptir. Egemen, monarşide olduğu gibi bir doğal kişi olabilir veya aristokrasi veya demokraside olduğu gibi doğal kişilerden oluşan bir kurula dönüşebilir, fakat her durumda 'tüm uyruklarının mutlak temsilcisidir'.²³⁶

Hobbes'un konuyu ele alışındaki belirsizlik yapay kişinin temsil edilen mi yoksa temsilci mi olduğu tartışmalara neden olmuştur. Bu konudaki tartışmanın son dönemdeki en önemli yorumcuları Skinner ve Runcimen'in karşıt açıklamalarına göz atmak, modern devlette, devletin kişiliği ve sorumluluğu meselesinin teorik çerçevesini anlamak bakımından son derece önemlidir. Skinner'e göre, Leviathan 16. bölümde Hobbes bu muammayı ikinci olasılığı destekleyerek çözer. Buna göre sanki yapay kişi temsilcidir. Eğer Hobbes'un başlangıçta söylediği gibi temsilcileri yapay kişi olarak adlandıırırsak der Skinner, egemenler (sovereigns) yapay kişiler olarak sayılırken devletler böyle kabul edilmez. Bu kendi başına bile yeterince kötüdür çünkü egemenler öyleyken devletler açık biçimde doğal kişiler değillerdir. Bazı yorumcuların devleti kurgu bir kişilik olarak değerlendirmesini eleştirir; Skinner'e göre, Hobbes'ta en önemli hususlardan biri devletin yapay kişi olmasına rağmen kurgusal kişilik olmamasıdır. Leviathan'ın 1668 basımlı Latin versiyonunun 79. sayfasında yer alan ifade ile Hobbes'un bu düşünceyi desteklediğini ileri sürer. Bir kişi kendi adına hareket edebileceği gibi başkasının adına da hareket edebilir. Eğer kendi adına bir eylemde bulunuyorsa gerçek bir kişi, başkasının adına bir eylemde bulunuyorsa temsilci olur. Skinner, Hobbes devletinin saf tasarlanmış yapay kişilik olarak anlaşılmasının en iyi yorum olduğunu Leviathan'da bir ikirciklik olsa

²³⁶ Skinner, 1999, s.20.

da 1668'deki Latin yorumunda ve daha güçlendirilmiş ve süslenmiş sonraki yorumlarında Hobbes'un devletinin bir fiksiyon/kurgu olarak anlaşılmaması gerektiğini belirtir.²³⁷

Runciman, bu yoruma karşı çıkararak sonraki yorumların Hobbes'un ilk eserinin tam olarak anlaşılmaması zorluklarına karşı basitleştirilmiş bu versiyonlarından ziyade ilk orijinal İngiliz Leviathan yorumundan yola çıkarak Hobbes'un devletinin tam da bir fiksiyon / kurgu kişilik olduğunu ileri sürmektedir. Runciman kelimeler- kurgu ve yapay- arasındaki farkın önemli olduğunu ve bu farkın, devletin ne olduğunu anlamamızı etki edeceğine inanır.

Devlet yapay bir kişilik mi kurgusal bir kişilik mi ve bu ayırımın bir önemi var mı? Leviathan'ın sonraki basitleştirilmiş versiyonlarında gözlemlenen yaklaşımın esasını, Hobbes'un devletin ne olmadığını, yani devletin ne çokluk ne de egemen olduğunu, fakat kendi hesabına/adına bir kişi olduğunu, çünkü bir kişi olarak kendi adına temsil edildiğini vurgulamak olarak açıklayan Runcimen, bu yaklaşımın eksikliğinin, kendi adlarına temsil edilebilen ancak kendi adlarına hareket edemeyen kişi kategorisindeki farka dair bir terim olduğunu, başka bir deyişle, devletin hangi özel kişiler olmadığını belirlemenin, devletin ne tür bir kişi olduğunu belirlemek olmadığını ileri sürer. Skinner'in nihai olarak ulaştığı devletin pure/saf bir yapay kişilik olduğu önermesinin yanlış olduğunu ispatlamaya çalışır: Birincisi, *"tamamen pür/saf yapay (artificial) kişi, Hobbes'in kullandığı bir tabir değil"* der. *"Skinner'in bu tabir ile demek istediği, aslında Hobbes'un İngiliz Leviathan'da 'kurgu ile bir kişi' dediği şeydir. İngiliz Leviathan'daki 'kurgu yoluyla kişi' kavramı, tam da bu karışıklıktan kaçınmasını mümkün kılan terimdir. İkincisi, bu kavramsallaştırma, Hobbes'un kafasında neyin olduğuna dair bir onaylamayı sağlamak için hem çok güçlü hem de aynı zamanda çok zayıftır. Eğer vurgu yapaylık üzerinde olursa, bu durumda, kendi adına eylemde bulunma*

²³⁷ Skinner, s. 12-13.

kapasitesine sahip olan diğer yapay kişilerden, -örneğin meclisler gibi- devlet kişisini ayırt etme konusunda çok zayıf ve yetersiz kalır. Gerçekten de bir grubun yapay kişisi (the artificial person of a group) her durumda eylemde bulunma yeteneği ile tanımlanırsa, Rousseau'nun devletin açık bir şekilde yapay bir kişi olması tesadüfi değildir.”²³⁸

Runcimen’a göre, Hobbes’un karmaşık ve ince tanımından üç temel ayrım ortaya çıkar. “Birincisi, tüm ‘insanlar ve şeyler’ arasında, kişiler ile kişi olmayanlar arasında bir ayrım vardır: Kişi olmak, diğerlerinin de öyle olduğunu değerlendireceği biçimde konuşmayı ve eylemde bulunmayı gerektirir; eğer böyle bir değerlendirme söz konusu olmazsa, bir kişi olduğunuz söylenemez. İkincisi, ‘doğal’ kişiler ve ‘kurgu veya yapay’ kişiler arasında bir ayrım vardır: doğal kişiler kendileri için konuşur, eylemde bulunurlar; kurgu veya yapay kişiler ise, bir başkası adına konuşur ya da başka bir şeyi ve kişiyi temsil ederler. Üçüncü olarak tüm kurgu ve yapay kişiler arasında bir ayrım vardır: ilki, sözleri ve eylemleri, temsil ettikleri kişiler tarafından doğrudan sahip olunanlar, ikincisi, sözleri veya eylemleri, temsil ettikleri kişiler tarafından doğrudan sahiplenilmeyen ve dolayısıyla doğrudan sahiplenilemeyecek olanlardır.” Hobbes, hastaneler ve köprüler gibi cansız şeyler ile çocuklar ve deliler gibi sorumluluk sahibi olamayan insanları, sadece kurgu yoluyla temsile örnek gösterir. Özetlemek gerekirse: “*Dünya kişi ve kişi olmayanlara bölünebilir; kişiler, gerçek ve yapay kişiler, yapay kişiler ise doğrudan temsil edilebilenlerle, kurgu /fiksiyon aracılığıyla temsil edilebilenler şeklinde ikiye bölünebilir.*”²³⁹

Runcimen, bu ayrımın son derece önemli olduğunu söyler; zira kurgu yoluyla temsil, kendi kendilerine sorumlu eylem (act responsibly) yapma kapasitesine sahip

²³⁸ Runcimen s.278.

²³⁹ Runcimen, s. 269,270.

olmayanların temsilidir. “Kurgu, onların gerçekten kişi olduğu, gerçekten kişisel sorumluluk gerektiren eylemleri yapabilme kapasitesine sahip olduklarıdır. Fakat bu, gerçek bir sahiplenmenin (owning up) veya bu tip bir temsilin sonuçlarının olmadığı anlamına gelmez. Kurgu ile temsilin olduğu yerde gerçek kişilerin, kurgu kişinin sorumluluk aldığı izlenimini yaratacak şekilde davranmaları gerekir.”²⁴⁰ Runcimen, Hobbes’un köprü örneğinden yola çıkarak böyle bir durumda, sahibi ve temsilcisi gerçek sorumluluk almadan gerçek eylemleri gerçekleştirirken köprü, gerçek eylemleri gerçekleştirmeden gerçek sorumluluk alıyor gibi görüldüğünü söyler. “Bu yolla, sorumluluk gerektiren eylemleri yapma kapasitesine sahip olmayan bir varlığa, gerçek kişilerin dünyasında kalıcı bir varlık sağlanabilir.”²⁴¹ Modern devletin egemenliğinin gereksindiği sürekliliğin, bu kurguda can alıcı önemde olduğu görülmektedir. Söz konusu süreklilik, bu kurgunun işlemlerini sağlar. Temsilci olan ve eylemde bulunanlar değişse bile, sorumluluk gerektiren eylem yapma kapasitesine sahip olmayan devlet, öyleymiş gibi varsayılır.

Skinner’den farklı olarak Runcimen’a göre, Hobbes’un terimleriyle, devletin egemen tarafından temsili kurgusal bir temsildir. “Devlette bir tek kişi, egemen, kendi kendisine, kendi adına eylemde bulunma yetkisi veremez. Bunun gibi, devletin, doğrudan sorumlu eylemde bulunma kapasitesine sahip olduğu da söylenemez. Devlet, bir grup kişinin (çokluk) –ki bunlar bir sözleşme ile bir araya gelerek bir tek kişi devleti ortaya çıkarmışlardır- kendisine atfedilen eylemleriyle/eylemlerinden sorumluluğa sahiptir. Bu gerçek bir kişi değildir, çünkü kendi adına veya başkasının adına eylemde bulunma kapasitesine sahip değildir. Fakat, devletin bir kişi gibi görünmesinin sonuçları vardır; çünkü hem egemen hem de çokluk onun varlığını dikkate alarak eylemlerini koşullandırır. Bu arada, kalabalık olarak sorumluluk taşıyorsa, çokluğun gerçek bir

²⁴⁰ Runcimen, s.271.

²⁴¹ Runcimen, s.272.

birliğe sahip olmadığı doğrudur; o, bir tek birlik olarak doğrudan sorumlu eylemlerin taşıyıcısı olamaz; çünkü bu kendisi adına hareket edeceğini ima eder. Bunun yerine, çokluk, sorumluluğu, tek bir birim olarak devlete atfedilebilen durumlarda ayrı ayrı eylemleri gerçekleştirir ve devlete atfı takiben eylemleri yapmaya devam eder. Bu yüzden devlet, kurgu bir kişidir.”²⁴²

3.3.5.2. Hobbes’un Leviathan’ı Devlet Nasıl Bir Kişidir?

Machieveli’ye göre prensin mülkü olarak devlet hala esas itibariyle kişisel bir güç iken Hobbes’la beraber, devlet, herhangi bir kişinin mülkü olmamak bağlamında kişiler üstüdür. Bodin’den sonra Hobbes, egemeni, kendisini oluşturanlardan ve yönetici egemenden başka, kendi kişiliği olan bir soyut kişi olarak Leviathan formunda resmediyordu. Soyutlanan egemenlik kişileştirme (*personafied*) ile yeni bir kimlik kazanmıştır; *commonwealth*, *state* veya *republic* adı ne olursa olsun bir kurgu kişilik olarak devlet vardır. Çünkü devlet, karar alan, akdeden, temsil eden ve sonrasında sorumluluk yüklenebilen bir şey olmalıdır. Bunun için de kişileştirme kaçınılmazdır Hobbes’la birlikte geçiş aşaması nihayete erer; siyasal iktidar, soyut devlet olarak tam anlamıyla şekillenir.

Hobbes, devleti önce kendisini oluşturan ve ulus kavramına kaynaklık eden gövdedeki çokluktan ve doğal bedeni olan hükümdardan soyutlayarak gayri şahsileştirmiş, somut kişilerin dışına çıkarmış sonra ona kurgu yoluyla yapay bir kişilik oluşturmuştur. Kurgu kişinin başında taç, bir elinde asa, diğerinde kılıç vardır; bütün gücü ve görkemiyle devlet sahnedeki yerini almıştır. Kişiliği taşıyan kişi egemendir. Baş bir kişiliğin sembolüdür.

²⁴² Runciman s.272-273.



Resim1: Levithan Kitabının kapağı.

Hobbes, devletin gerçek kişi olmasına izin vermez; çünkü devlet, hatta doğrudan sorumlu eylemlerde bulunabilen tüm diğerlerinin yapabildiği gibi, temsilcilerinden bağımsız harekete etme olasılığı olsa bile doğrudan doğruya eylemde bulunma kapasitesine sahip olmamalıdır. Fakat çokluğun tesadüfi mutabakatından da daha fazla bir şey olmalıdır. Bir devlet, eğer, tek bir varlık olarak sürekli kalmak istiyorsa kalabalığın

sürekli değişen yüzünün ötesinde kendisine ait bir kimliğe sahip olmalıdır. Egemen, eğer görevde bulunuyorsa, görev üstlenmişse, bir çokluktan daha fazla şeyi temsil etmelidir. Çokluğun kendisi, Hobbes'un dediği gibi, onların hepsinin gerçek birliği ise, tek bir birim olarak temsil edilmelidir. Ancak tek bir birim olarak temsil, gerçek bir kişi tarafından temsil edilmek zorunda değildir. Temsilciler de temsil edilebilir ancak zincirin son halkasında mutlaka gerçek bir kişi olmalıdır.²⁴³ Bu bakımdan Leviathan kitabının ön kapağındaki meşhur resimdeki hükümdarı andıran taç giymiş baş figürü kanaatimizce Bir'e yapılan vurguyu sembolize eder. Hobbes'un yaşadığı dönemde İngiltere Kralı'nın hükümdar olarak varlığının etkisiyle hükümdarın hala bir Kral figüründe ortaya çıkmasının yanı sıra²⁴⁴ Hristiyan düşüncesinde Kilise'nin başının Papa olması, Mesih'in Tanrı'nın Krallığı'nın başı olarak görülmesinin etkisi olsa bile, yazdıklarına bakıldığında onun vurgulamak istediği şeyin esas olarak iktidarın tek bir birim olarak temsili olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü hükümdarın doğal bedeni ölse de soyut kişilik olarak devletin sürekliliği kabul edilmekteydi. Leviathan, bir elinde asa, diğerinde kılıç ve başında tacı ile, egemenliğin tüm güçlerini kendisinde toplayan Bir'in, gerçek kişiden bağımsız mutlak ve üstün gücün kişisel iktidarını temsil eder.

Fakat Hobbes'un teorisinde önemli bazı zorlukların olduğu Runcimen tarafından da gözlemlenmektedir. Birincisi, Hobbes açıkça, kurgu yoluyla temsilde temsil edilen şeylerin sahipleri veya yöneticileri tarafından yetkilendirilmeleri gerektiğini söyler. Bu anlamda, devletin tek yöneticisi aynı zamanda onun temsilcisi de olan egemen olduğundan, devlet kendisinin sahibi veya yöneticisi olmaz. Bu tartışma, modern devlette siyasal iktidarın kime ait olduğunun, bir başka deyişle sahibinin bulunmamasının, teorinin kuruluşundan itibaren varsayıldığını göstermesi bakımından önemlidir. Egemen,

²⁴³ Bkz. Dipnot 168.

²⁴⁴ Nucleous, Leviathan imgesindeki başı, hukukçular ve politik düşünürlerin bu aşamada ebedi bir tüzel kişilik olarak devlet fikrini formüle etmelerine rağmen devletle hükümdarı ya tam ayıramadıkları ya da buna isteksiz oldukları biçiminde yorumlar. **Devleti Tahayyül Etmek**, 2015, s.32

temsilci olduğuna göre devletin sahibi kimdir? Bu muammayı aşmak için Runcimen, kurgu yoluyla temsilde, kurguyu oluşturmanın birini gerektirdiğini ve sadece temsil edilecek şeyden sorumlu olan kişilerin bunu yapabileceğini söyleyerek muammayı çözmeyi önerir. “*Kurgu yoluyla temsil, ancak gerçek kişilerin, sorumluluğu, kendi kendisine eylemde bulunmayan şeylere eklenebileceği gerçek eylemler çerçevesinin oluşturulmasıyla çalışacaktır.*”²⁴⁵ Bu nedenle sahipleri sadece köprü için bir temsilciyi yetkilendirmemeliler, aynı zamanda kurgu yoluyla köprünün sorumluluğunun sağlandığından da emin olmalıdırlar.

Sadece temsilin değil sorumluluğun da kurgusal olması kaçınılmazdır zira, devlet, diğer tüm kurgusal kişilerden farklı olarak doğrudan kendi varlığı olmayan tek kurgusal kişidir. Tüm diğerlerinden farklı olarak devlet, temsil eylemiyle yaratılır, bir köprü temsil edilse de edilmese de köprüdür; fakat çokluk temsil edildiğinde başka bir şeye dönüşür. Ayrıca köprüden farklı olarak devlet, temsil edilmeden önce var olamaz. Çünkü onu tekil bir birim olarak sorumluluğu üstlenebileceği kurguyu mümkün kılan şey, temsildir.²⁴⁶

Bu noktada Hobbes’un devletin kişiliğine ilişkin tanımında ikinci bir zorlukla karşılaşılır. Leviathan’ın yorumundan çıkarılan, devletin bir kişi olduğu ancak nasıl bir kişi olduğunun belli olmadığıdır. Bu zorluğu aşmak için Hobbes’un Leviathan’ın Latin versiyonunda sadeleştirmeye gittiği ve 16. Bölüm’ün başlığını ‘*Kişiler, Amiller ve Kişileştirilmiş Şeyler*’ yerine ‘*Kişiler ve Amiller*’ olarak değiştirdiği söylenir. Ancak Runcimen aynı görüşte değildir. Leviathan’ın İngiliz versiyonundaki yaklaşımın ne belirsiz ne de çelişkili olmadığını söyler. “*Fakat zordur ve nüanslıdır. Bu nüanslar, devletin bir kişilik olarak resmedilmesini inandırıcı kılarlar. Devletler gerçek dünyada bir varlığa sahiptirler, fakat kendi adlarına yapılan şeylerin gerçekte sahibi değildirler.*

²⁴⁵ Runcimen s. 273

²⁴⁶ Neocleous aynı imgeyi, politik tahayyülün iktidarı insani bir figürde cisimleştirmesi ve “insan biçiminin yapay bir temsili” olarak yorumlar. S. 10-13.

Sahiplenme daima, illüzyonla/yanılsama ile üstlenmiş olan gerçek kişiler tarafından yapılan bir tür iddia ile(presense) bir çeşit rol/taklit ile sürdürülür. Devlet adamları devletler hareket ediyormuş gibi görülebilecek şekilde hareket ederler ve tutarlı bir kuruluşu gerekli kılan bu kavramsal çerçeve, kaçınılmaz olarak kolay bir şey değildir.”²⁴⁷

Ancak Hobbes’un Aeschylus’un Agamemnon oyunundan verdiği örnek üzerinden bakıldığında sorunun cevaplanmaya ihtiyaç duyduğu açıktır. Bir aktör sahnede Agamemnon rolü üstlendiğinde, gerçekleştirilen kelimelerin ve eylemlerin Agamemnon'a ait olduğu düşünülür, ancak hiç kimse Agamemnon'un onların sorumluluğunu üstlenmesini beklemez zira gerçek Agamemnon artık mevcut değildir. Bu nedenle Skinner, devletin bu tür bir kurgu ile karıştırılmaması gerektiği konusunda ısrarcıdır.²⁴⁸ Oysa egemen, devlet kişiliğinde eylemde bulunduğu anda, bunu ciddiye alırız; Agamemnonun sözleri/tehditleri bir aktör tarafından söylendiğinde gerçek olmaz, kimse ölmez. Ancak devletin tehditleri gerçektir. Bu farklılığı, Runcimen, Agamemnon’un ‘saf kurgulanmış bir kişi’ olarak kurgulanmış bir dünyaya aitken devletin, köprü gibi, deli gibi gerçek dünyaya ait olduğunu söyleyerek aşmaya çalışır: “Devlet kurgu bir kişiliktir, fakat aynı zamanda gerçek dünyadaki kurgu bir kişiliktir.”²⁴⁹

Ancak gerçek dünyadaki kurgu kişilik tanımlamasının kendisi de açıklanmaya muhtaçtır.

Runcimen de durumun farkındadır; kurmaca bir kişi olarak devletin ancak esaslı bir siyaset felsefesi üzerinde temellenecek hassas bir varlık olduğunu söyleyerek çözüm yolunu gösterir. “Sonuç olarak, devlet kişinin kolayca tanımlanabileceği gerçek dünyada hiçbir şey yoktur. Leviathan’ın önsözüne /önyüzüne bakıldığında çokluk, elle

²⁴⁷ Runcimen, s.278.

²⁴⁸ Skinner, 1999, s. 23.

²⁴⁹ Runcimen, s.275.

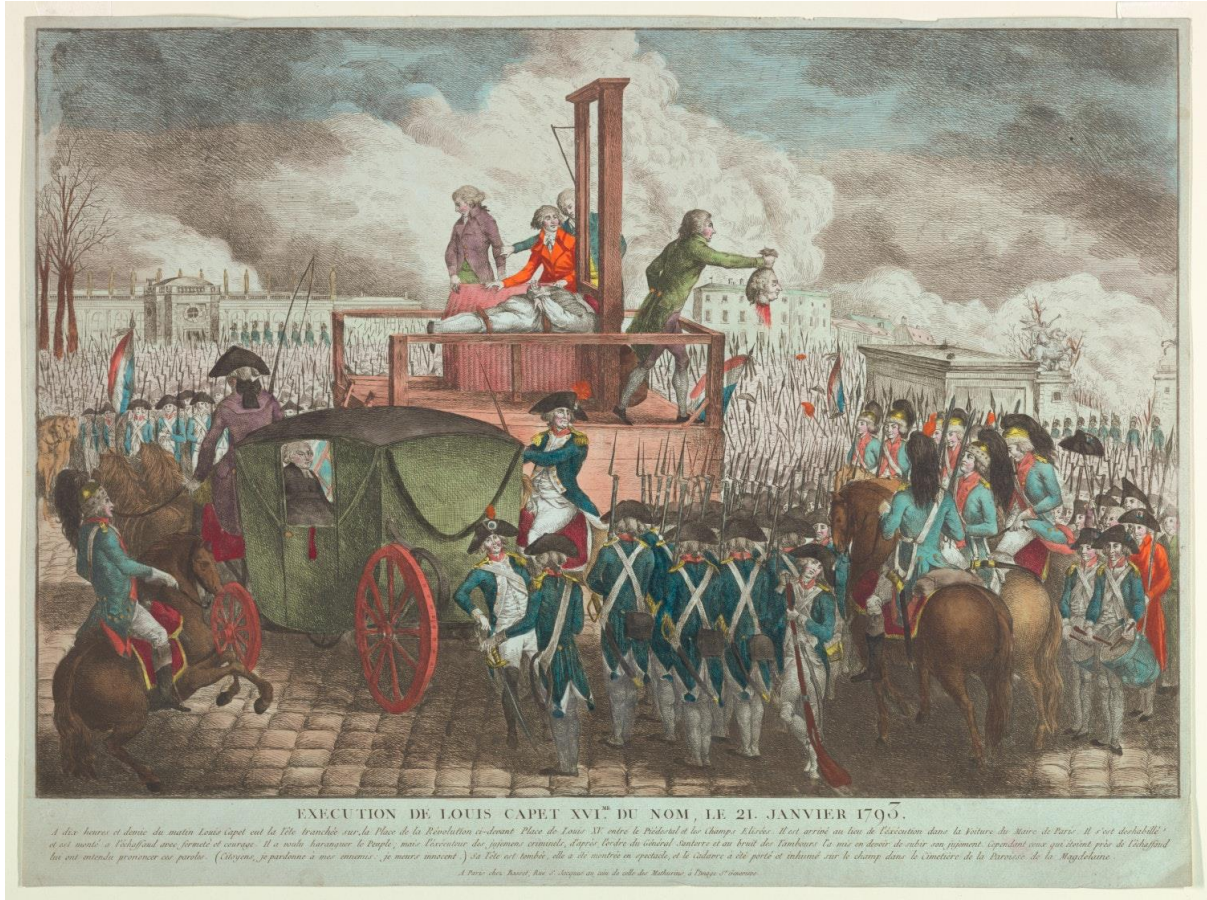
tutulabilir somut bir varlığa (tangible entitiy) dönüşmez. Devlet kişisi, toprakları, dini, dili veya tarihi gibi bir sivil topluma içkin olan somut şeylerle de tanımlanamaz, çünkü bu tür meselelerle ilgili kararlar, egemene aittir.”²⁵⁰

Devlet kişinin kurgu olduğu doğrudur; bu bağlamda maske benzetmesi konusunda Abrams’ın, devletin, siyasi uygulama maskesinin ardında uzanan gerçeklik olmadığı, kendisinin maske olduğu yönündeki yorumu hatırlamanın tam yeridir.²⁵¹ Bu noktada, Hobbes’un ve yorumcularının karşılaştığı ve aşmaya çalıştıkları zorluğun, devletin bir kişilik olarak resmedilmesini inandırıcı kılmaya çalışmalarından kaynaklandığı söylenebilir. Hobbes’un kendi yapıtlarına ve yorumlarına bakıldığında ortaya çıkan sonuç, devletin ne çokluk ne de egemen olduğu, onlardan ayrı bir kişi olduğudur. Devletin ne olmadığı ile tanımlanması, kurgunun zorluğunu göstermesi bakımından yeterince çarpıcıdır.

²⁵⁰ Runcimen, s. 274.

²⁵¹ Bkz. Dipnot, 162.

3.3.5.3. Kralın Başının Kesilmesi: Leviathan'dan Akephalos'a



Resim 2: Execution-by-guillotine-of-louis-xvi.

Devletin tanımlanmasındaki zorluk, Fransız Devrimi sonrası, Leviathan resminde artık Kral'ın başının görünmediği son iki yüzyılda başka bir düzeye taşınmıştır. Bu düzeyde artık baş değil, tek tek bireylerden oluşan bir bütün olarak gövde ön plana geçmiştir.²⁵²

Leviathan'dan veya monark ya da meclis olarak egemenden değil, tüm yetkileri elinde toplayan Ulus'tan söz edilmektedir artık. Ulus egemenliği, egemenliğin mutlaklık, devredilmezlik ve süreklilik işlevlerini içererek modern dönemde siyasal iktidara önemli

²⁵² Gerçi Fransa kralı Louis'den önce 30 Ocak 1650'de İngiltere'de Kral Charles'ın, parlamentoda oluşturulan Yüksek Adalet Mahkemesi, tarafından "sınırsız ve zalim iktidar kurarak kendi iradesine göre yönetmeye ve halkın hak ve özgürlüklerini yok etmeye" teşebbüs etmekten suçlu bulunarak kafası kesilmiştir ancak Parlamento'nun üstünlüğüne vurgu yapan ve Fransız Devrimi'nin öncüsü olan bu siyasal gelişmeden çok Fransız Devrimi ile simgeleşen Louis'nin başının kesilmesi, ulus egemenliğinin ilanı olarak kabul edilir.

bir kuramsal destek sunar. 1648 Westfelya Antlaşması, nihai ve mutlak otorite olarak egemenliğin, uygulama alanı olarak belirlenen ulus devletle yakın ilişkisinin resmi ifadesini oluşturur. Böylece soyut bir varlık olarak devlet, egemen olduğu belli bir toprak parçası üzerinde yaşayan insanların yaşamları ve bedenleri üzerinde son söz sahibi olarak tescillenir.

Egemenliğin kaynağından tanrıyı alanlar, bunun yerine rasyonel bir meşruiyet aracı olarak ulusu koydular ancak toplumu oluşturan her bir kişinin özgür bir insan olarak ulusun eşit bir parçası olmadığı açık olduğundan, toplumu oluşturan herkesten ayrı, onun üzerinde ama onları ifade eden ulus kavramının, meşruiyet için gerekli rasyonelliği sorgulanmaya başlandı. Modern devlette *Tanrı*'nın yerini *Halk*'ın aldığını söyleyen Duguit, ulusal egemenlik öğretisinin kralın tanrısal hakkı yerine halkın tanrısal hakkını oturttuğunu söyler. Bu nedenle bu teori de siyasal iktidarın meşruiyetine ilişkin esasında metafiziksel bir açıklama getirmekten öte bir şey yapamamıştır. Kendisini oluşturan her bir bireyden bağımsız ve ayrı olarak, bireylerin sayısal toplamından farklı bir varlık olarak tanımlanan ulus, bireysel bilinç ve iradelerden farklı bir bilinci, bir iradesi olan büyük bir ahlaki kişilik olarak varsayılır. Ulus'un böyle kişileştirilmesini, kaba bir gerçekçilikle itham edilme pahasına olsa da kabul edemeyeceğini belirterek Duguit, metafiziksel ulusal egemenlik kuramını reddeder.²⁵³ Egemenliğin ulusa ait olduğu iddiası, ulusun, geçmiş ve geleceğe gönderme yapan ve yaşayan halkın ötesinde soyut bir varlığı ifade etmesi nedeniyle siyasal iktidarın sahibinin kim olduğu sorusunu tam olarak cevaplamaz.

²⁵³ Egemenin diğer insan iradelerinden üstün olmasının nedeninin insani açıdan açıklanamaz olması, karşısında, mitsel, metafiziksel düşünce devreye girer. İlk örnek olan Tabiatüstü Tanrısal Hak Öğretisinde egemenliği kullanan kişi (Kral, İmparator veya Prens) doğrudan tanrı tarafından yetkilendirilmiştir. Aslında hep bir çoğunluk ve azınlık oluşur ve çoğunluk azınlığa kendi iradesini kabul ettirir diyen Duguit, Saint Simon'ın "*Halkın iradesiyle egemenlik deyimi, yalnızca Tanrı lütfuyla egemenliğe karşı bir şey ifade eder. Bu karşılıklı iki dogma yalnızca birbirlerine göre var olabilirler. Onlar, Reform'dan bu yana tüm Batı Avrupa'da hüküm süren uzun metafizik savaşın kalıntılarıdır.*" sözlerini aktarır. Duguit, Akal, **Devlet Kuramı** içinde, Dost, s. 394.

Fransız Devrimi ile sembolleşen ulusal egemenlik kuramının siyasal iktidarın formunu radikal biçimde değiştirdiği, egemenin artık Kral veya Meclis olarak değil, ulusun iradesi olarak anayasacılıkla birlikte iyice kişilerden uzaklaştırıldığı ve bunun Kral'ın başının kesilmesi ile sembolize edildiği iddia edilse bile, devlet hala ulustan farklı bir olgu olarak düşünülmekte ve hala bir kişilik olarak düşünülmektedir. Devlet, kişiler üstüdür ancak yine de kişi kavramı ile açıklanmaktadır.

Neocleous, kişi kavramının bir taraftan dışlanırken diğer taraftan Hobbes'tan başlayarak Kant, Hegel, Rousseau hatta İngiliz çoğulcuları tarafından arka kapıdan buyur edilmesinin ve kişi nosyonundan yararlanılmasının nedenini, Hobbes'un çokluğun karşısında devletin şahsı kavrayışının, çokluğun kendine ait öznelliğini yadsımak için, çokluğu devletten bağımsız bir birlik olarak yadsımak için kullanılması olarak açıklar. Bu nedenledir ki Hobbes'un teorisinde *“kişiliği tek yapan temsil edilenlerin birliği değil, temsil edenin birliğidir. Böylece devletin şahsı hem doğal hem de diğer tüm yapay kişilerin üzerinde yer alır. ...Devlet, böylece çokluğun birlik zemini olur.”*²⁵⁴

Hobbes'un kavrayışı, devleti çokluktan farklı fakat çokluğun birlik zemini yaparken, onu daimileştirmiş ve gücü kullananlardan mutlak biçimde soyutlayarak ayırmayı başarmıştır. Bu bağlamda, çokluğu bir bütün olarak değerlendiren, egemenliğin bu bütünü ifade eden ulusa ait olduğunu savunarak Fransız Devrimi ve Amerikan Devrimi'ne teorik zemin sunan toplumsal beden vurgulu egemenlik teorilerinin hiç biri, modern devleti Hobbes kadar gerçekçi ve materyalist biçimde açıklayamamışlardır denilebilir.

Bir devlette devletin üyelerinin, birbirleriyle ilişkileri bakımından hala ayrı kişiler oldukları ve toplumun yasaları tarafından buna uygun biçimde yönetildikleri, ancak bu

²⁵⁴ Neocleous, s.128-131.

üyelerin insanoğlunun geriye kalanı ile ilişkileri bakımından tek bir bütün oluşturduğu ve bu durumda topluluğun bütününe, doğa durumunda topluluğun dışındaki diğer bütün devletler ve kişiler bakımından tek bir vücut olduğunu söyleyen Locke²⁵⁵ dahi, devlet iktidarı ve egemenliğin ne anlama geldiğinden ziyade iktidar karşısında bireylerin haklarına ve hakların sınırlarına yoğunlaşmıştır. Locke'un sözleşme teorisinin Hobbes'dan daha özgürlükçü olması, onu siyasal iktidarın yapısı konusunda daha gerçekçi kılmamaktadır. Bu nedenle Hobbes'un devlet teorisi, devletin daha iyi kavranmasını sağladığı gibi siyasal iktidara karşı özgürlüklerin nasıl korunacağı konusunda yol haritasının belirlenmesi bakımından da yol gösterici olacaktır.

Rousseau'nun toplum sözleşmesi ve halk egemenliği teorisi ise tüm çelişkileriyle devrim dönemi Fransı'sı'nı ve biraz da kendisinin idealini yansıtır; egemenliğin halka ait olması anlamında egemen iradenin halkın bedenine (corpus du people) ait bir irade olduğunu ileri sürer. Rousseau, yine de devletin egemenlikten başka bir şey olduğunu farkındadır. *“Diğer bütün şahısların birliği ile oluşturulan bu kamusal şahıs, vaktiyle kentin adını aldı ve şimdi de Cumhuriyetin ya da siyasi bedenin adını alıyor; pasif olduğunda mensupları tarafından devlet olarak aktif olduğunda hükümran olarak ve kendisine benzer başkalarıyla karşılaştırıldığında iktidar olarak adlandırılıyor.”*²⁵⁶

Halk egemenliği kuramının, toplumsal beden metaforu biçiminde hem 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde hem de Amerikan Devrimi'nin temel belgelerinden Federalist Papers'da yer almasına karşılık Lefort ve Nancy başta olmak üzere kimi teorisyenler, siyasi beden metaforunun 18. Yüzyıl burjuva demokrasisinin gelişimiyle sona erdiğini ileri sürerler. *“Kralın bedeni yok edildiğinde, siyasi beden azledildiğinde ve aynı zamanda toplumsal olanın bedeni sona erdirildiğinde ...demokratik devrimin patlak*

²⁵⁵ Locke, John. **Hükümet Üzerine İkinci İnceleme**, Çev.: Fahri Bakırcı, Babil yayıncılık, 2004 s. 122.

²⁵⁶ Rousseau, J.J., **Toplumsal Sözleşme**, akt. Neocleous, 2015, s.46.

vermesiyle bireylerin bir aradalığının çözülmesinin gerçekleştiği” iddiasını, Neocleous, “kafa kesilse de hükümrân bedenin hayat dolu kalma olasılığı” gerekçesiyle eleştirir.²⁵⁷ Ancak Neocleous’un eksik bıraktığı şey, hükümrân bedenin hala hayat dolu kalmasını mümkün kılan şeyin devletin kişiliği olduğudur. Beden, kişilik vasıtasıyla varlığını sürdürür. Walzer’in dediği gibi “devlet görünmezdir, devletin görünmesi için kişileştirilmesi gerekir.”²⁵⁸

Leviathan modeli yapay bir kurgu kişilik olarak devlet ve hukuksal egemenlik modeline karşı en kritik eleştirilerden biri, 18. yüzyıldan itibaren iktidarın biçiminin değiştiğini ileri süren, bu nedenle bu egemenlik teorisinin terkedilmesi gerektiğini savunan Foucault’dur. “*Leviathan modelinden, bütün gerçek bireyleri kapsayacak, bedenini yurttaşların, ruhunu hükümrânlığın oluşturduğu, aynı zamanda hem otomat hem üretilmiş hem de bütünleyici olan şu yapay insan modelinden kurtulmak gerekiyor. İktidarı Leviathan modelinin dışında, hukuksal hükümrânlığın ve devletin kuruluşunun belirlediği alanın dışında incelemek gerekiyor; iktidarı erk teknikleri ve taktiklerinden yol alarak çözümlemek söz konusu.*”²⁵⁹

Foucault, iktidarın, masif, homojen bir egemenlik olgusu -bir bireyin ötekiler üzerindeki, bir grubun ötekiler üzerindeki, bir sınıfın ötekiler üzerindeki egemenliği- olarak ele alınmaması gerektiğini, ona sahip olan ve yalnızca onu elinde bulunduranlarla, ona sahip olmayan ve ona katlananlar arasında paylaşılan bir şey olmadığını akılda tutmak gerektiğini söyler. “*İktidar, şurada ya da buradadır, yeri belirlenemez hiçbir zaman, hiçbir zaman birilerinin elinde değildir, hiçbir zaman bir zenginlik ya da bir mal gibi sahiplenilemez. İktidar işler. İktidar ağ biçiminde işler ve bu ağ üzerinde bireyler*

²⁵⁷ Neocleous, 2015, s34.

²⁵⁸ Walzer, Michael, On the Role of Symbolism in Political Thought, **Political Science Quarterly**, 191-204, Published by The Academy of Political Science. S. 194.

²⁵⁹ Foucault, M., **Toplumu Savunmak Gerekir**, s. 48.

dolaşmakla kalmazlar, sürekli olarak bu iktidara katlanmak ve iktidarı uygulamak durumundadırlar”²⁶⁰ diyerek radikal bir iktidar teorisi sunar.

Yeni bir iktidar modelinin 17. ve 18. yüzyıllarda, çok özel usulleri, yepyeni gereçleri, çok farklı bir tesisatı olan, hükümlanlık ilişkileriyle kesinlikle bağdaşmaz olan yeni bir iktidar mekaniğinin ortaya çıktığını, bu yeni iktidar mekaniğinde toprak ve toprağın verdiği üründen çok, bedenler ve bedenlerin ne yaptığıyla ilgilenildiğini, bedenlerden, mal ve zenginlikten çok, zaman ve emek elde edilmesinin hedeflendiğini söyler. Kesinlikle hükümdarlık terimleriyle yazılamayan bu yeni iktidar türünü *“Hükümdar olmayan iktidar, dolayısıyla hükümlanlığın formuna yabancı, ‘disiplinci’ iktidar”* olarak tanımlar.²⁶¹ Bugün bir çok müzede Louis’in kafasının kesilmesini gösteren resimler, demokratik bir siyasete geçiş olarak yorumlansa bile Foucault, klasik hukuksal hükümlanlık modelinin monarşi ve monark sorunu çevresinde oluştuğunu düşündüğü için siyaset teorisinde hala kralın kafasının kesilmediği iddiasındadır, bu nedenle ironik biçimde *‘Kral’ın kafasını kesmeliyiz’* der.²⁶²

Oysa esasında Foucault’nun kendisi modern devlette siyasal iktidarı monarşi ve monarkla özdeşleştirmektedir. Yukarıda detaylı bir biçimde anlatıldığı üzere, Leviathan, monark ve monarşiyi esas alan bir siyasal iktidar modeli değildir. Leviathan’ın taç taşıyan baş figürü, egemenliğin mutlaklığını ve Bir’liğini temsil etmekte, aynı zamanda insani özelliklerle siyasal iktidarın kişileştirilmesi sağlanmaktadır. Daha önce de söylediğimiz gibi, Kral’ın kafası, hem de Parlamento’da kurulmuş bir mahkeme kararıyla Leviathan yayınlanmadan hemen önce kesilmişti;²⁶³ ama bu değişiklik, egemeni ister bir kişi ister

²⁶⁰ Foucault, M., **Toplumu Savunmak Gerekir**, s. 43.

²⁶¹ age, s. 50.

²⁶² Bkz Foucault, M., **Toplumu Savunmak Gerekir**

²⁶³ İngiltere Kralı Charles’ın idamını kastediyoruz.

bir meclis, kimin temsil ettiği çok da önemli olmadığı için Hobbes'un siyasi iktidar modelinde esaslı bir değişiklik anlamına gelmemektedir.

Bu nedenle, Neal Andrew'un, Foucault'un en azından bu şekilde 'kralın kafasını kesmek' konusunda başarılı olamadığı eleştirisi, "*Foucault gerçekten de kafayı kesmeyi başarabilse de modern hukuk devleti egemenliğinin başını tamamen kesmekte bu şekilde, başarılı olamıyor*" düşüncesi kadar yerindedir.²⁶⁴ Nihayetinde 1789'da kralın kafası kesildi ama bundan sonra iktidar başsız bir canavar formunda hayalete dönüştü.

Çünkü, kralın kafasının kesilmesi Leviathan'ın görünümünde bir değişiklik yaratmış olsa bile, herkesi izleyen gözleri, kendi iradesi ve aklı ile hareket edebilen, kendisini tüm gerçek kişilerden soyutlamış devlet kişiliği varlığını sürdürmektedir; sadece daha fazla görünmez olmuştur. Bu görünmezliği artıran değişikliği anlatmak için en iyi benzetmelerden biri, Simon Critchley'nin Bataille'den alıntılarla, "*Akephalos'un başsız topluluğudur.*" Critchley'nin "*Fransız Devrimi'nde demokrasinin ortaya çıkışıyla birlikte iktidarın yeri boş bir alan/uzam (empty space/ un lieu vide) olmuştur, belli aralıklarla yapılan seçimlerle gücü elinde bulunduranlar değişse bile yönetenler, iktidarı cisimleştiremezler, somutlaştıramazlar. Demokraside iktidar bir kralın, bir parti liderinin, seçilmiş insanların ya da bir Führer'in elinde değildir*" yorumu, siyasal iktidarın demokratikleşerek yayılmasından ziyade, güçler ayrılığı modeli ile kullanımı bölünerek daha fazla soyutlandığını gösterir; "*Hiç kimse iktidarın yerini zapt etmez.*"²⁶⁵ Lefort'da benzer biçimde, siyasal iktidar alanının bir bütün olarak toplumdan ve ekonomik faaliyetten ayrılması sonrasında modern devlet iktidarının, 'kamu otoritesini

²⁶⁴ Neal Andrew W. *Cutting Off the King's Head: Foucault's Society Must Be Defended and the Problem of Sovereignty*, **Alternatives** 29, 2004, s.373-398

²⁶⁵ Critchley, Simon, "Re- Tracing The Political Politics And Community In The Work Of Philippe Lacoue-Labarthe And Jean Luc Nancy", "editör: David Campbell, Michael Dillon, **The Political Subject of Violence**, Manchester Uni. Press, 1993.

kullanıcıların asla sahip olduklarını iddia edemeyeceği şekilde işgal edilmesi imkansız olan boş bir yer (lieu vide) imajıyla bağlantılı” olduğunu söyler.²⁶⁶

Arendt’in hiç kimsenin iktidarı olarak nitelediği bu egemenlik modelinde, iktidar ortadan kalkmamaktadır, sadece insan hakları faili olarak gösterilen devletin görünmezliği artmaktadır. Çünkü kaybolan egemenlik değil, faildir. Devlet yaşamaya devam eder; savaş açar, kaçanı yakalamak için ateş etmek üzere polisine silah verir, yargılar, idam eder, vergi toplar. Egemenlik, yapay kişilik kurgusunun en mükemmel şeklinde hukuki tüzel kişilik formunda hukukun çağında yaşamaya devam etmektedir. Toplumsal değişimle birlikte egemenliğin özü değilse bile ona mistifikasyon etkisi katan formu ve ilkesi değişir. Ulus egemenliği vurgusunun yerini, kaynağını ulusta bulan ama çok daha genel, soyut ve kişisellikten arınmış, çok daha rasyonel yasa vurgusu alır.²⁶⁷ Yasa, bireylerin ulus-halk olarak birliğini temsil ederek, onları hukuki-siyasi özneler olarak kurumsallaştırır. Bütün özneler yasa karşısında eşit ve özgür görünür. Böylelikle sınıfsal ve bireysel farklılıklar gizlendiği gibi meşruiyet de kişiselleşmemiş soyut yasallığa doğru yer değiştirir. Ulus-halkın cisimleşmesi olarak yasa, devletin egemenliğinin temel kategorisi haline gelir.²⁶⁸ Yetkinin, gücün kaynağı da itaatın kaynağı da yasa olur. Egemenliğin yasayla özdeşleştiği bu modelde devletin kişiliği de yasal bir kişilik olarak tüzel kişi formunda tasavvur edilir.

²⁶⁶ Lefort, 1986, s.21.

²⁶⁷ Yasanın kişiselliği aşan yanına dikkat çeken Akal, halkın temsilcilerinin iradesi olan yasanın kutsallık misyonunun devam ettiğini belirtir. “Yasa otoriteyi temsil eder. Otoritenin beslemediği bir güç ilişkisine siyasal iktidar denemez. Otorite ve güç, Yasa ve uygulama, ilke ve kullanım, asa ve kılıç, her toplumda var olan siyasal iktidar ilişkisinin iki unsurudur. Bu ilişkinin diğer adı kutsal/kutsal olmayandır. İnsanların kurallarla yönetilmeyi kabul etmeleri için o kuralları koyan aşkın bir güce rıza gösterdikleri, Tanrı, Kral, Ulus, halk veya Devlet. Bu aşkın güç böylece kutsallaştırılır. Kutsallaştırmanın özü: sosyal düzenlemeye boyun eğme, kişisel varlığından üstün bir gücü kabul etmek demektir. Bu aynı zamanda kuralın kaynağını gösterir. Kurallara başka yerden geldiği için uyulur. Zira “kuralı koyan benim” demek “bu kurala uymayabilirim” demektir. Bu nedenle toplumlar kişiselliği aşan Yasa’yı söyleyen bir kutsal yaratmışlardır.” Cemal Bali Akal, **Yasa ve Kılıç**, s. 8,9.

²⁶⁸ Poulantzas, 2006, s. 85-92.

3.3.6. Yasal- Hukuksal Egemenlik: Devlet'in Hukuki Kişiliği

Yukarıda detaylı biçimde açıklanan modern devlette siyasal iktidarın önce kişiler üstü kılınıp sonra gayrişahsileşmesi ve ardından çelişkili biçimde kişileştirilmesi kurgusuna en uygun teori, yasanın egemenliğine dayalı hukuki devlet kuramıdır. Ulus egemenliği teorisinden yasanın/hukukun egemenliği teorisine geçiş, iktidarı kullananlar ile güç arasındaki ilişkiye, çokluğun nasıl birlik olduğuna, temsil ve yetkilendirme sorununa 'yasa'yı dayanak göstererek birçok tartışmanın üzerini örtebilecektir.

Kantorowichz, Ortaçağ'ın başlarında kralların Tanrı'nın sözünün aracısı iken giderek *lex animate* yani yaşayan yasa ve nihayetinde adaletin bedenlenişi haline geldiğini söyler.²⁶⁹ Ancak modern dönemde yasa, imparatorun, kralın dışına çıkarılır, genel ve soyut norm olarak tek tek hepimizden farklı ve fazla bir şey olan soyut ve hukuksal ulus kavramı ile uyumlu olarak işler. Modern devletin, hukukun üstünlüğü ilkesiyle şekillenen ve yasalarla değişen bir idari ve yasal düzen olduğu, anayasa ile ifade bulan bu düzende, egemenliği kullananların da anayasada belirtilen prosedürlere ve sınırlara uygun olarak bu iktidarı kullandıkları savunulur. Egemenliğin bu modern tanımı, aynı zamanda onun meşruluk işlevini de yerine getirmeyi amaçlar.²⁷⁰ Weber'in yaklaşımında da yasal otorite, konan kuralların yasallığı inancına ve otorite konumuna yükselenlerin bu kurallar altında emirler verme hakkına dayanır. Bu inanç çerçevesinde devlete meşruiyet atfedilir. Meşruiyet itaatle ilgilidir. Bizim irademizin bir toplamı veya temsili, türevi olduğu için itaat ederiz. Yasanın egemenliği, egemenliğin kaynağı olarak gösterilen ulus/millet iradesinin temsilciler aracılığıyla da olsa yansıması olarak yasaya

²⁶⁹ Kantorowichz, s.182.

²⁷⁰ Bu bağlamda Carl Schmitt'in, Weber'e atfen, yasallığın bir meşruiyet sağlama aracı olmak yerine, bizzat ahlaki bir tanım içeren meşruiyet kavramını dışlamak ve aşmak için olduğu görüşü son derece dikkate değerdir. (Aktaran Poggi, 2005, s.129)

niçin itaat etmemiz gerektiğini hatırlatır. Öte yandan ulusun iradesi formundaki yasa, kişiselliği dışladığı için kişilere itaat etmediğimize inanırız.

Egemenliğin kaynağını yasaya dayandıran hukuki devlet teorisi, Almanya’da, Prusya kralının gerilemesine paralel meşruti anayasal sisteme geçilmesi ve Fransa’da, Fransız Devrimi sonrasında kraldan kurtulmak isteyenlere meşruiyet için önemli bir gerekçe sağlamıştır.²⁷¹ En önemlisi, Devrim sonrası sınıf çatışmalarına karşı da ulusun egemenliği yerine yasanın egemenliği daha işlevli bir yönetim aracı olarak görülmüştür. Krabbe, modern devlet üzerine kitabında, hukuk egemenliği doktrininde modern devlet düşüncesinin, kişisel bir gücün (kralın, hükümetin) yerine manevi bir gücü koyduğunu, ister doğal, ister kurgusal kişiler olsun, artık kişiler hakimiyeti altında değil, kuralların hakimiyeti altında yaşadığımızı söyler. Ancak yönetmenin ilkesine ilişkin kutsallık devam eder. Bu bakımdan Duguit’nin ulus için yaptığı metafizik kutsama gözlemini, modern devlet kuramının bütün önemli kavramlarının dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramları olduğunu söyleyen Schmitt de paylaşır, yasal otorite için benzer eleştirileri yineler; “*her şeye kadir Tanrı, her şeye kadir kanun koyucuya dönüşmüştür.*”²⁷²

Braud “*Hukuki olarak örgütlenmiş toplum olarak devlet*” kavramının “*hukuki olarak örgütlenmiş ulus*” kavramının modern hali olduğunu, bir ülke üzerinde, hukuk kurallarına tabi olarak yaşayan halkın ortak bir otorite tarafından yönetilmesi biçiminde tanımlanabilecek bu örgütlenmenin kurumsallaşmış zorlayıcı güç aracılığıyla sağlanabileceğini söyler. “*Burada belirleyici unsur olan kurumsallaşma iki biçimde kendisini gösterir: Birincisi, kamusal zorlama gücünün keyfi değil, hukuki olarak belirlenmiş olmasıdır. Yöneticiler ve ajanları, belirli usullere göre, hukuki açıdan zorunlu önlemlerin uygulanmasını sağlar ve direnişle karşılaştıklarında, anayasada belirlenmiş*

²⁷¹ Kelly, Duncan, **The State of The Political Conceptions of Politics and The State in the Thought of Max Weber Carl Schmitt and Franz Neumann**, Oxford University Press, New York, 2003.

²⁷² Schmitt, 2005, s.41.

*yetki dağılımı çerçevesinde baskıya başvururlar. İkinci olarak kamusal zorlama gücünü kullanan yöneticilerin ve ajanların kendi iradeleri doğrultusunda değil, yalnızca temsilcisi oldukları soyut bir bütün adına hareket ettiklerinin düşünülmesidir. Bu anlamda cumhurbaşkanı ya da parlamento ‘devlet organları’dır. Bu hukuki yapı, temsili etkileyen kişi değişiklikleri ötesinde birer devlet organı olarak devletin sürekliliğinin düşünülmesini sağlar.”*²⁷³ Böylelikle devlet görevlilerinin devlet ile özdeşleşmemesi etkisi de yaratılmış olur. Devlet organları olarak görülen bu kişilerin hukuku baskı olarak uygulamalarına dair yetkinin -ki pratikte insan hakları ihlallerinin kaynağı olarak işler- onlara en üst hukuk normu olan anayasalar tarafından verildiği varsayılır. Onlar, halkın temsilcisi sıfatına da sahip değildirler.

Devletin gerçek kişilerden kopararak hukuk merkezinde tanımlanması bağlamında hukuki devlet yaklaşımı en açık biçimde Almanya’da ortaya çıkar. Hukuki devlet teorisinin kurucusu olarak kabul edilen Gerber’in teorisinde önerilen, devletin yasal düzen içerisinde en yüksek kişilik olduğu ve Anayasa hukukunun görevinin, bu devletin geçerli yapılanmasını ve yasal sınırlarının belirlenmesi olduğudur. Gerber, maddi (material) devlet teorisini savunur, devleti bir gerçeklik olarak varsayar. Ancak bu gerçeklikte monarkın kural koyan irade olarak somutlaşıp vücut bulduğunu söylememiz gerekir.²⁷⁴ Gerber’e göre devlet, hukuki kişiliği olan bir iradedir; halkın irade gücü ile donatılmış siyasi bir kişilik olarak iradesini organları aracılığıyla gerçekleştirir. Monark, devletin en yüksek iradi organıdır.²⁷⁵ Bu yaklaşım Gerber’in düalist ontolojisinden beslenir; bir yanda doğal politik hesabı ile devlet, diğer yanda onun hukuki yorumu. Böylece organizmanın doğal-politik yönü, hükümdarın ‘organik devletin başı’ olarak

²⁷³ Braud, P., “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, **Devlet Kuramı** içinde, çev.: Gülçin Balamir Coşkun, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Yay., 2000, Ank., s. 364.

²⁷⁴ Kelly, s. 87.

²⁷⁵ Bulgan, Birden G., **Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, Oniki Levha yay., İstanbul, 2017, s.35.

meşruiyetini teyit etmektedir ve buna uygun olarak, organik-doğal devlet etik bir kişiliktir. Devletin hukuki inşasında, hükümdarın konumu basitçe yasal olarak varsayılır. Çünkü onun teorisinde yasal anlamda devletin inşasının halkla hiçbir ilgisi yoktur. *“İnsanlar doğal devletin temelini oluşturmasına rağmen, yasal olarak sadece onun hükümler gücünün nesneleridir.”*²⁷⁶

Gerber’in teorisindeki Jellinek ve Schmitt’i de etkileyecek bu iki kutup, hakimiyet/ kural ve istenç/irade (rule and will) olarak onun dogmatik hukuki devlet yorumunun temelini oluşturmuştur. Gerber, bu ikili ayırımında hukuksal kişilik konseptinin hükümdarın değerini azaltacağından kaygı duyduğu için devlet gücünün hukuksal özünün hükümdarın istenci olduğunu savunur. Gerber’e göre yurttaş ile uyruk arasında hukuksal bir farklılık yoktur çünkü monark figüründe devlet gücünün soyut karakteri vücut bulmuştur ve bu yüzden devletin diğer organları, bürokrasi gibi, sadece bu hükümler iradenin ortaya çıkmasıdır.²⁷⁷

Alman hukuki devlet kuramının en önemli temsilcilerinden Laband da hukukun devletten türediğini, devletin egemen olduğunu, dolayısıyla hakların devletin bir lütfu/hediyesi olduğunu ve bu nedenle de geçerli bir basit temel düzenleme ile her zaman sınırlandırılabilir, ortadan kaldırılabilir olduklarını savunur. Zira bu haklar, devletin kendi kendisine koyduğu negatif sınırlardır.²⁷⁸

Kelly, Almanya’da dillendirilen hukuki devlet düşüncesinin Bütün Avrupa’da dönemin yaygın düşüncesi olduğunu söyler. *“Kural koyan / hükmeden güç devlet gücüdür ve devlet egemenliktir.”* Bu yaklaşımda devletin gerçek bir kişiliği olduğu, ancak bu yasal konseptin politik ve etik bir kişilik olarak anlaşılmaması gerektiği ileri sürülür. Gerçekte,

²⁷⁶ Kelly, s.87.

²⁷⁷ age, s.84.

²⁷⁸ age, s.88.

böyle bir yapıda devletin öznesi/sujesi halk değil, devletin kendisidir. Bunun nedeni, yasal anlamda, devlet inşasının halkın halk iradesiyle hiçbir ilgisi olmamasıdır. Her ne kadar 'halk' doğal devletin temelini oluştursa da yasal olarak sadece kendi yönetiminin nesneleridir.²⁷⁹

Hukuki devlet teorisine görünüşte en uzak görünen ve Taç'ın varlığını sürdürdüğü İngiltere için bile Coke, “*ister Yasalar kitabında Kraliyet olarak ve gazetelerde İmparatorluk olarak adlandırın; bu kudretli varlığı bir hiyeroglif, persona ficta veya kolektif isim olarak düşünmeseniz de Kraliyet/Taç, yasaların bir hiyeroglifidir*” der. “Bu tür hiyeroglifler, kişileştirilmiş makamlar, soyut hükümdarlıklar, özneleştirilmiş taçlar, beceriksiz görünmekle birlikte, gerçek bir kişiliğe ve gerçek bir iradeye yalnızca ve/veya zoolojik cinsin diğer örneklerine izin veren bir teorinin doğal sonucudur ve Devletin sürekliliğinin ifadesi için bu tür kavramlar bulmak zorunludur.”²⁸⁰

Bu kavramsallaştırmada devlet giderek yapay bir kişiliğin ötesinde gerçek dünyadaki bir varlık ve tüm yasaların kaynağı olarak temsil edilir ve somutlaştırılır. Özellikle Almanya'da devlet-yasal pozitivizmin ana temsilcileri olarak bilinen Carl Friedrich von Gerber ve Paul Laband tarafından, devlet, hukuk düzeninin zirvesine yerleştirilir. Thomas Nipperdey'in ustaca öne sürdüğü gibi, bu 'tüzel kişilik' kavramıyla devletin kendisi bir *Willensverband* olmuştur ve böyle bir yapıda “*devlet iktidarının öznesi, 'halk değil, devletin kendisidir.*”²⁸¹

Hukuk düzeninin zirvesine yerleşen ve kendisini hukukla özdeşleştiren devlet artık bir hukuksal kişilik olarak daha da spesifik bir deyimle tüzel kişilik olarak tanımlanmaktadır. Böylelikle sadece egemen gerçek kişilerden, kraldan değil, ulustan da

²⁷⁹ Kelly, s.84.

²⁸⁰ Gierke, Otto Friedrich von, **Political Theories of the Middle Age**, 1959, Heinonline, Erişim T.: 12.2.2020.s. XXXVII..

²⁸¹ Kelly, s.84.

soyutlanmış, bir taraftan görünmezliği artarken diğer taraftan yapaylığına dair tartışmalar da azalmıştır. Artık devlet kimdir veya yapay bir kişi nasıl eylemde bulunur, nasıl sorumlu olur sorularına nadiren rastlanmaktadır. Siyasal iktidar yasal/tüzel kişilik formunda kurumsallaşmış ve devlet yerine bu kurumlardan söz edilmeye başlanmıştır. Bundan sonra tartışma daha çok devletin tüzel kişiliğine yapılan atfın niteliği, tüzel kişiliğin nasıl hak ve yükümlülük sahibi olabildiği gibi sorulara odaklanır. Elbette Duguit gibi, tüzel kişilik kurgusuna şiddetle karşı çıkan az sayıda kamu hukukçusu da vardır. Ancak konu aşağıda anlatıldığı üzere daha çok atıf tartışması bağlamında yürütülmektedir.

3.3.6.1. Hukuki Tüzel Kişi Olarak Devlet

Kurumsallaşmış siyasal iktidar olarak modern devletin, başlangıcından itibaren kurumsallaşmayı hukuki bir düzen olarak gerçekleştirdiği, bunun hem ülke içindeki siyasi ve ekonomik örgütlenmenin hukuksal düzenlemeleri zorunlu kılmasının gereği, hem de modern ulus devletin bir uluslararası sistem biçiminde örgütlenmesinin zorunlu sonucu olduğu bilinmektedir. Ulusal düzeyde anayasal hareketler ve uluslararası düzeyde Westfalya Antlaşması, bu düzenleme geleneğinin temelini oluşturmuşlardır.

Siyasal iktidar her dönemde hukuksal düzenlemeleri araç olarak kullanmıştır, ancak hukukun rasyonalize edilerek anayasalar aracılığıyla bizzat meşruiyet kaynağı sayıldığı modern devlette, hukuki düzen, yukarıda da açıklandığı üzere son iki yüzyıldır sistemin temeli sayılmaktadır. Bu gelişimin yansıması olan hukuki devlet kuramı, devletin hukuki yönünü, onun temel görünüşü kabul ederek sorumluluğun tespiti açısından ortaya çıkan pek çok soruyu, devletin tüzelkişiliği kavramı çerçevesinde çözmeyi başarmıştır. Devletin, emir veren bir irade veya iradesi sınırlanan, hak ve yükümlülöklere sahip olan bir özne olarak nitelendirilebileceği görüşü, devletin ayrı bir tüzel kişiliğinin varlığının kabulü ile olanaklı olmuştur.

Roma hukukunda tohumu atılan ve esasen eklesiyastik düşüncede geliştirilen tüzel kişilik kurgusu sayesinde, gerçek kişilerden ayrı, irade sahibi soyut bir varlık olarak devlet, bir kişi olarak düşünülebilir hale gelmiştir. Kendisini oluşturanlardan tamamen farklı bir varlığı ve kişiliği olduğu varsayılan bu soyut bütün, kendisine ait egemenliği, organları -yasama, yürütme ve yargı- aracılığıyla kullanır. Ülkenin hukuku olarak tanımlanan kuralları koyma, bu kuralların uygulanması ve kurallara itaatin sağlanması gücü, *ulus* adına görevlendirilmiş gerçek kişilerin varlığıyla somutlaşır. Bununla birlikte devlet denildiğinde belirli görevlerle görevlendirilmiş bu gerçek kişilerin dışında ve üstünde bir olguya gönderme yapılır. “Devletin ne millet ne ülke ne de hükümet ile aynı şey olduğu, kendisini oluşturan ve bir somut varlığı olan bu unsurlardan bağımsız bir soyut varlık olduğunu savunanlar, onun sosyal ve siyasal bir olgu olmasının yanı sıra hukuksal olarak da varlığının tanımlanması gereğine değinirler.”²⁸²

Devletin, hukuk âleminde kendisini teşkil eden bireylerden ayrı ve hatta onlara üstün, haklara ve borçlara ehil ve kendine özgü organları aracılığıyla sahip olduğu hakları kullanma ve yüklendiği yükümlülükleri ifa ehliyetine sahip bağımsız bir varlık olduğu yönündeki bu düşünce, modern devletin doğuşuyla birlikte geliştirilmiştir. Modern devlet geliştikçe egemen, artık hükümdarların bedeninden tamamen uzaklaşıp, soyut bir varlığa dönüşmüştür. Gelişiminin en üst evresine ulaştığında kendisini aramak isteyenlere gösterebileceği en iyi yer, soyut hukuk aracılığıyla kurulan ve tüzel kişilik olarak ifade edilen bir fiktif alandır. Devlet artık hukuku aracılığıyla tanımlanıyor, anayasal prosedürlere uygun biçimde devletin çıkarları ve kamu yararı doğrultusunda görev yapan devlet görevlileri aracılığıyla faaliyet yürüten yapay/fiktif bir örgüt olarak, bir kamu tüzel kişiliği olarak sunuluyordu.

²⁸² Zabunoğlu, **Kamu Hukukuna Giriş**, AÜHF Y., Ank., 1973, s. 122.

19. yüzyılın sonunda, önce devletin mamelekine ilişkin olarak kullanılmaya başlanan tüzel kişilik kavramı, 20. yüzyılda özellikle pozitivizm ile etkisini iyice yaygınlaştırarak devletin temel görünüşü olarak sunulmuştur. Normativizmin en önemli temsilcisi kabul edilen Kelsen, devletin, ülke, halk ve kamusal güç unsurlarından oluştuğunu, ancak devlet iktidarının diğer iktidarlardan farklı olarak hukuken kurallandırılmış olduğunu, devlet gücü denilen şeyin ancak hükümetin elindeki özgül araçların etkinliklerinde (polis, hapisane vs.) belirdiğini, devlet gücü veya hukuku arkasında mistik bir kuvvet aranmaması gerektiğini, devletin de bir tüzel kişilik taşıyan korporasyon örneği olduğunu söylerken bu hukuki devlet görüşünü en ileri taşıyan örneği oluşturur.²⁸³

Sadece Almanya ve Kıta Avrupası'nda değil, kraliyetin canlı-kanlı bir bedenle egemenliği simgelediği İngiltere örneğinde de tüzel kişilik kurgusunun varlığı, modern devletin 18. yüzyıldan itibaren siyasi beden yerine kişilik kavramı üzerinden kurgulandığının en önemli kanıtlarından biri olarak değerlendirilmelidir. İngiliz hukuk tarihçisi Maitland, rahibin kilise topraklarıyla ilişkisini açıklamak üzere oluşturulan tek kişili tüzelkişi anlamında *corporation sole kavramının*, Coke tarafından büyük bir ustalıklarla biçimlendirilerek gelecek çağlar için *Kişileri* sınıflandırmak için kullanıldığını söylerken bu görüşümüzü doğrular. “Bu kişiler, doğal veya yapay olarak ikiye ayrılır. Krallar ve rahipler, yapay kişilerdir, tüzel kişiliklerdir ve Tanrı tarafından değil insan politikasıyla yaratılmışlardır.”²⁸⁴ Devletin kişileştirilmesinin gerekip gerekmediği veya gerçekten ve doğal olarak bir kişi olarak devletin kişileştirilip kişileştirilemeyeceğinin ilginç sorular olabileceğini söyleyen Maitland, “İngiltere’de gördüğümüz, en azından

²⁸³ Kelsen, 2000, s. 429.

²⁸⁴ Maitland, 2003, s.36.

*sadece yüzeye baktığımızda gördüğümüz, Devlet'in kişileştirildiği veya Devlet'in kişiliğinin açık bir şekilde kabul edilmesi değil, ancak Kralın 'rahipleştirilmesi'dir'*²⁸⁵

derken esasında tüzel kişilik olgusunun eklesiyastik köklerinden çok siyasi iktidarın mistifikasyonuna ve Kilise benzeri kurumsallaşmış bir iktidara dikkat çekmektedir. İngiltere'nin VIII. Henry'nin Roma ile bağlarını koparmış olsa bile, kralın topraklarının ulusun topraklarından, kralın servetinin genel servetten, hatta kralın gücünün Devlet'in gücünden ayrılamaz hale gelmesi nedeniyle devletin bir tüzel kişilik olarak kurgulanmasında eklesiyastik tek kişili tüzel kişi (corporation sole) fikrinden yararlanmak için çok uygun bir örnek olduğu doğrudur.²⁸⁶

Ancak devletin bir hukuki tüzel kişilik olarak örgütlenmesinde, İngiltere'nin özgünlüğünün kilise ilişkisi üzerinden açıklanması sadece simgesel aktarım düzeyinde anlamlıdır. Esas etken, toplumsal değişimlerdir; daha doğrusu sermaye odaklı yeni ekonomik biçimin siyasal kurumlar üzerindeki etkisidir. Gerçekten de kişileştirme olgusunun modern devletin başat metaforu olması ile kapitalist üretim biçimi arasında var olan ilişkiyi incelemek kapitalist toplumda siyasal iktidarın doğasını anlamak açısından son derece önemlidir.

Neocleous, iktidarın şahsı fikrinin korporatif sermaye karakteri olarak 'persona' kılığında toplumsal iktidar imgesine nüfuz ettiğini söylerken *"devletçi politik tahayyülün böylelikle sadece toplumsal hayata değil, politik dünyaya da insan dışı kişilerin hakim olduklarına dikkat çektiğini"* söyler. Dayanağı, Marx'ın Kapital'de yaptığı *"kişileştirme olgusunun esasen sermaye odaklı bir düşünüş biçimi olduğu"* tespittir. Buradan yola

²⁸⁵ Maitland, 2003, s.32.

²⁸⁶ Maitland, (edt Runcimen and Tyan) ,2003, s.16-19.

çıkarak “*kişileştirme sürecinin şeylerin insan olmayan kişiler gibi görünmesini sağladığı*” düşüncesine ulaşır.²⁸⁷

Neocleous, Roma hukukunda *Persone-res* kavramının en eski kullanımında satıcı anlamına gelmesi ve mülkiyete ilişkin bir kavram olmasını özel mülkiyete dayalı bir toplumda *persona* kavramının soyut metaların sahipliği anlamına gelmesinin dayanağı olarak sunar. Benzer bir yoruma Kahraman’ın Roma Hukukunda *persona* kavramına ilişkin çalışmasında rastlarız. Kahraman, incelediği ayrıntılı kaynaklara dayanarak Roma hukuk dilinde *persona* kavramının tiyatral geçmişine atıfla, bireyin hukuki rolüne ya da bir diğer ifadeyle, her insanın hayatta temsil ettiği hukuki duruma, işleve ilişkin kullanıldığını ve bu bağlamda davanın ‘*in personam*’ olarak adlandırılarak terimin alacaklı veya borçlu rollerini karşıladığını aktarır.²⁸⁸ Kavramın soy kütüğü, Marx’ın kişileştirme mefhumu sayesinde mülk sahiplerinin bir kapitalist olarak diğer insanlarla somut üretim ilişkilerine girme süreci biçiminde açıklaması ile de örtüşmektedir. Kişileşmiş sermaye olmanın dışında kapitalistin bir önemi olmadığına dair vurgu, tek tek ferdi kapitalistlerin devre dışı bırakılarak kişilerin değil, üstlendikleri rolün önemine işaret eder.²⁸⁹

Devletin tüzel kişiliğinin sermaye sahipliği ve kapitalist toplumsal biçimle ilişkisine dair bakılması gereken önemli alanlardan birisi şirketler hukukudur. Özellikle anonim şirket gibi sermaye şirketlerinin endüstriyel çağda sermaye birikiminin yoğunlaşması bakımından yasal bir öznellik olarak tanınması, devlet kişiliği ile sermayenin kişileştirilmesi ilişkisi açısından dikkate değer bir olgu olduğu gibi, kişileştirmenin sorumluluktan kaçınmak veya sorumlu gerçek kişiyi perdelemek işlevi

²⁸⁷ Neocleous, s.132.

²⁸⁸ Karama, Başak, **Roma Hukukunda ‘Persona’ Kavramı**, <https://jurix.com.tr/article/4594#>

²⁸⁹ Aktaran, Neocleous, s.132.

açısından da son derece dikkat çekicidir. İngiltere’de görülen Solomon v. Solomon davası bu sürecin kurucu örneği olarak sadece İngiliz şirketler hukukunun değil, aynı zamanda evrensel ticaret hukuku rejiminin de özünü oluşturur. Bu davada, şirketin borçlarından kaçınmak için alacaklılara karşı ileri sürülen, şirket mülkiyetinin hisse sahiplerinin değil de şirketin mülkü olması iddiası kabul edilerek sermaye şirketi bağımsız bir yasal özne, hukuksal kişilik olarak kabul edilmiştir. Temyiz mahkemesinin (The Court of Appeal) yerinde olarak “tamamıyla bir mit” diye niteleyerek reddettiği şirketin bağımsız bir hukuki kişi olduğu iddiası, Yüksek Mahkeme (The House of Lords) tarafından oy birliğiyle kabul edilerek 19. yüzyıldan itibaren kapitalist ekonomik ve hukuksal yapının temelini oluşturacak şekilde sermayenin kişileştirilmesi mümkün kılınmıştır. Bu genel kural, tüzel kişiliğin sorumluluktan kaçınmak için bir perde/peçe olarak kullanılması riskine karşı “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” (lifting or piercing of the corporate veil) istisnası haricinde halen geçerliğini korumaktadır.²⁹⁰

Başlangıçtan bu yana Yunan ve Roma tiyatrolarında aktörler tarafından sahnede giyilen "maskeyi" ifade etmekte kullanılan *persona* kelimesinin, yasal tüzel kişilik olarak kurgulansa da özünde var olan gerçeği perdeleyerek gizleme ve yapaylık özelliklerini koruduğu açıktır. Sermaye ve pazar ilişkileri içerisinde özel hukukta kötü niyetli ve zararlı sonuçların ortadan kaldırılması için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması istisnası ile söz konusu kurgunun işleyişine müdahale edilebilirken kamu hukukunda siyasal iktidarın sorumluluğu söz konusu olduğunda maskenin çıkarılmayacak biçimde yapıştırıldığı görülür.

²⁹⁰ <https://ukdiss.com/examples/principles-of-liability-corporate-veil.php> 16.5.2020.

3.3.6.1.1. Devlet Tüzel Kişiliğinin Kapsamı

Devletin bir kişi, ulusal ve uluslararası düzende hak ve yükümlülöklere sahip, hukuksal bir tüzel kişilik olarak kabul edildiğini tespit ettikten sonra devlet tüzel kişiliğinin kapsamına yakından bakmak ve bu konudaki farklı yaklaşımları inceleyerek bunun pratikteki karşılığını somutlamak gerekir.

Devletin, kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir kişiliğı olduğu kabul edilmekle birlikte, bu kişiliğın, aynı zamanda etik ve psikolojik yönleri de olan gerçek kişilerin kişiliğinden farklı bir kişilik olduğu açıktır. Gerçekte fiziki varlığı olmayan şeylere kişilik atfedilebilmesine verilen temel cevap, insanlar için de kişiliğın yapay ve hukuki olmasıdır. Buna, kölelik döneminde kölelerin, kadınların kişi sayılmaması gerekçe gösterilir.²⁹¹ Tüzel kişiliğın kurgusal niteliğinin, ancak gerçek kişiler olan fizik kişilerle karşılaştırılarak ileri sürülebileceğı, oysa gerçek olanın yalnızca insan olduğu, ama tüm insanların kişi olmadığı savunulur. *“Kişilikten söz etmek insana verilen bir hak ve yükümlölükler demetine bir birlik kazandırmanın yoludur. Demek ki fizik kişilik de bir kurgudur. Böylece hukuk sisteminin, işleyişi için gerekli kavramları ürettiğı varsayılır; tüzel kişi örneğinde, normlar yalnızca insanlara buyrulabiliyorsa, buyrulan davranışların sonuçlarının, her zaman fizik yaratıcılarına mal edilemeyeceğı sonucu çıkar. Biraz daha somutlaştırırsak, hukuk, devlete ödeme yapmayı buyurduğunda, bu eylemi daima bir insan gerçekleştirecektir; ama ‘devletin kişiliğı’ kavramı sayesinde, ödemeler arasında devlete atfedilebilenlerle, bu ödemeleri yapan bireye atfedilebilenler ayırt edilebilecektir.”*²⁹² Buradan yola çıkılarak tamamen hukuk tarafından yaratılan tüzel kişilerle gerçek kişiler arasında yapaylık açısından fark olmadığı ileri sürölür.

²⁹¹ Zabunoğlu, Y.K., **Kamu Hukukuna Giriş**, AÜHF Yay. 323, Sevinç Matbaası, Ank., 1973, s. 132.

²⁹² Troper, s. 355.

Bu noktada önemli bir sorunun cevaplanması gerekir; hak ve yükümlülükler sahip bir tüzel kişilik olarak kurgulanan devlet, irade sahibi bir varlık olarak görülebilir mi? Zira bir kişi olarak devletin faaliyetlerinden söz edildiğinde, konumuz açısından devletin insan hakları ihlalleri bağlamında fail olarak kabul edilebilmesi için irade sorusunun cevaplanması gerektiği gibi, insan hakları ihlallerinden devletin sorumlu olduğunu söyleyebilmek açısından da yükümlülük sahibi olabilmenin gerekliliği olarak irade sorusunun cevaplanması gerekir. Bu soruya verilen yanıtlar tüzel kişiliğe ilişkin farklı teorilere göre değiştiğinden bu teorilere kısaca değinilecektir. Farklı tüzel kişilik teorilerinin verdiği yanıtların pratikte ne anlama geldiği ve tez konusu açısından devletin kişiliği kurgusunun devletin insan hakları ihlalleri ve bu ihlallerden sorumluluğunun belirlenmesinde yeterli bir cevap oluşturup oluşturmadığı görülmüş olacaktır. Devletin kurgusal, yapay veya gerçek bir kişilik olarak tanımlanmasının, devletin insan hakları ihlallerinden sorumluluğu açısından nasıl bir fark oluşturacağı veya nasıl bir işlev yerine getireceği değerlendirilecek ve son olarak tüzel kişiliği reddeden görüşlere yer verilecektir.

3.3.6.1.1.1. Fiksiyon Teorisi

Tüzel kişiliği bir fiksiyon, kurmaca olarak kabul eden teorinin babasının Papa Innocent olacağını Gierke'nin söylediğini yukarıda aktarmıştık. *Persona ficta* deyimi de tüzel kişiliğin kurmaca yapısını işaret eder. Bu teoriye göre ancak irade sahibi gerçek kişiler hak ve yükümlülük sahibi olabilirler. Çünkü yalnızca insanlar hukuksal normların anlamını kavrayıp ona göre kendi davranışlarını belirleyebilme iradesine sahiptirler. Ancak sosyal yaşamda belirli amaçları gerçekleştirmek için bir araya gelmiş insan toplulukları veya bir amaca yöneltilmiş malların varlığı karşısında, hukuk düzeni

tarafından bir varsayım (fiksiyon) olarak bu birliklere kişilik tanınmaktadır.²⁹³ Tüzel kişilik ibaresi, kişiliklerinin yasa ile kurulduğunu, kurgusal olduğunu anlatmaktadır.

Fiksiyon teorisinin en önemli temsilcisi sayılan Savigny, yaklaşımını bireysel otonomi düşüncesine dayandırmaktadır: *“Hukuksal ehliyet (hak ehliyeti), bireysel özerklik ve özgürlük ifadesidir. Her bir hak ahlaki ve her bir insana içkin olan özgürlük düşüncesi nedeniyle vardır. Bu nedenle asli olarak kişi veya hak süjesi kavramı iç içe geçmektedir ve bu kavramların asli kimliği şu şekilde ifade edilebilir: her bir insan ve yalnızca tekil insan hak ehliyetine sahiptir”*.²⁹⁴ Buna göre otonom birey yalnızca doğal nitelikteki hak süjesi olabilir. Başka bir yapıya, örneğin bir derneğe hak süjeliği atfetmek ve hukuki işlemde bulunabilirliğini tasavvur etmek, bu yapının bu tür bir kişi olduğu fiksiyonunun kabulü anlamına gelir. Bu yolla *“hak ehliyeti doğal kişiler dışında bir şeylere aktarılmış ve hukuksal bir kişilik yapay olarak üretilmiş olur”*.²⁹⁵ İşte bu kişi, yapay, fiksiyon yoluyla kabul edilen bir süjedir; yani sadece hukuksal bir amaç için kabul edilen bir kişiliktir.

Bu temel yaklaşımdan hareketle tüzel kişiliklerin işlemleri de açıklanmaktadır: *“Bu hak süjeliğini gerçek yaşama aktarabilmek için, eksik olan fiil ehliyetini yapay olarak ikame etmek için daimî temsilciliğe gereksinim vardır... bu temsil ise yapının kendi anayasasıyla (tüzüğüyle) yaratılır.”*²⁹⁶

Bu durumda, soyut bir tüzel kişi, ancak hukuk aracılığıyla oluşturulur diyebilir miyiz? İmtiyaz (*concession theory*) teorisine göre cevap evettir. Ayrı bir tüzel kişilik teorisi olarak isimlendirilmekle birlikte, esasen kurgunun kaynağına ilişkin farklı bir

²⁹³ Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, AÜHF Yay. No: 488, Ankara 1987, s. 142.

²⁹⁴ Savigny 1840, s. 60., Aktaran, **Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre**, 14. Aufl., C.H.Beck Vlg., München 2003

²⁹⁵ Savigny, s.83. Aktaran, Zippelius, Reinhold.

²⁹⁶ Savigny, s.96. Aktaran, Zippelius, Reinhold.

açıklamaya dayandığından kurgusal kişilik teorisi çerçevesinde değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. İmtiyaz teorisi, kurgusal birliklerin, ancak hukuk tarafından uygun bulunması ve kabul edilmesi halinde tüzel kişilik kazanacağı fikrine dayanır. Friedman, Dicey ve Salmond tarafından savunulan bu teoride, hukukla kastedilenin devlet olduğu söylenir.

Jhering'in kişilik teorisi de kurgusal kişilik teorisine yakındır. Jhering tüzel kişiliğin sahip olduğu hakların öznelerinin, gerçekte, bizzat onun arkasında bulunan gerçek/doğal kişiler olduğunu iddia eder. Bunlar, hemen bütün Avrupa hukuk sistemlerinde ve Anglo-Amerikan hukukunda kendisine hukuki kişilik tanınan şirketlerin üyeleri, kurum ve vakıfların yararlanıcılarıdır.²⁹⁷

Gierke, korporasyon doktrinine devletin kişiliği bağlamında çok sık atıf yapılmasını, Kilise kavramlarının devlete nakline ve hukuki kişilik kavramsallaştırmasına, dolayısıyla kurgusal kişilik kavrayışına elverişliliğine bağlar. Özel hukuk laboratuvarında üretilen yapay 'kurgusal kişinin', Ortaçağ teorisyenlerince, sosyal bedeni tanımlamak için kullanılmasıyla, dolaylı yoldan onun sonuçlarını kabullenmek durumunda kalındığını, bu nedenle, hukuksal kişilik kavramının, daima, daha çok özel hukukun sınırları ile karşı karşıya kaldığını söyler. Özellikle Baldus'un devlet kişiliğinin ne anlama geldiğini formüle ederken görevin/yükümlülüğün asıl öznesinin devletin kişiliği olduğunu vurgulayarak bu nedenle yöneticinin eylemlerinin halefleri üzerinde bağlayıcı olduğunu göstererek çok incelikli biçimde formüle ettiğini açıklar. Baldus'un formülasyonunda, hükümetin bir eylemiyle yaratılan eylemin asıl öznesi, temsil edilen devlettir (Commonwealth) ve devlet asla ölmediği için halefi olan yönetici hükümdar, söz konusu eylemden dolayı, onun adına sorumludur. Devlete irade atfetmeyi reddederken devletin kişiliği kurgusunun işleyişini incelikli biçimde çok

²⁹⁷ Friedman, W., **Legal Theory**, Stevens&Sons Ltd, 1960, London, s.512.

erkenden görmemizi sağlayan Baldus da Gierke tarafından fiksiyon teorisyenlerinden bir olarak değerlendirilir.²⁹⁸ Fiksiyon teorisi, hukuksal amaçlarla kabul edilen kurgusal kişilik yaklaşımı ile devletin kişiliğinin de kurgusal dolayısıyla fiktif olduğunu savunur. Buradan yola çıkarak bu yaklaşımda insan hakları eylemlerinin faili ve de bu eylemlerden sorumlu olan kişilerin irade sahibi gerçek kişiler olduğu sonucunu çıkarabiliriz.

3.3.6.1.1.2. Gerçeklik Teorisi (Organ Kuramı)

Fiksiyon teorisine karşı çıkan bu yaklaşıma göre ne ahlaki ne kurgusal ne de hukuksal kişilik vardır; tüzel kişi, sosyal zorunluluklar nedeniyle ortaya çıkan, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir varlığa sahiptir. Bu birlikler, bireyler üstü iradeleri dile getirme yeteneğine sahip bireyler üstü varlıklardır. Bu yaklaşımın en ünlü savunucusu Otto von Gierke, Savigny'nin: “*ancak insani irade gücüne sahip olanlar hak süjesi olmaya ehil olabilirler*” görüşüne kısmen hak vermekle birlikte, birliklerin gerçek bireyler üstü irade ortaya koyabilen yaşam birimleri olduğuna inanmaktadır.²⁹⁹ Bu durumda söz konusu yapılara hak ehliyeti atfetmek için fiksiyona/kurmacaya ihtiyaç kalmaz. Dolayısıyla herhangi bir fiksiyon değil, gerçekte mevcut olan bireyler üstü yaşam birimi, yani yapılar hak ve yükümlülük sahibi olur; belediye hak süjesi, devlet de tüzel kişi olur. Devletin organları aracılığı ile iradesini açıkladığı düşüncesi, Gierke ile anılan *Organ Kuramı*'nda, devletin gerçek kişilerden bir farkı olmadığı noktasına götürülür; devlet tüzel kişiliği soyut, yapay, hukuki kişilik olmak yerine, gerçek kişilik olarak kabul edilir.

²⁹⁸ Gierke, Otto, **Political Theories Of The Middle Age**, Translated with an Introduction by F:W. Maitland, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2002, s. 68-69.

²⁹⁹ Gierke, Otto von, **Genossenschaftstheorie**, Weidmann, Berlin 1887, s. 23 ve 608 vd.

Maitland, Gierke'nin yapıtının İngilizce çevirisine yazdığı önsözde, organ kuramının tüzel kişinin gerçekliği iddiasını şu şekilde ifade etmektedir : “*O bir fiksiyon, ya da sembol veya Devlet makinesinin bir parçası değildir; hatta, bireylere takılan kolektif bir addan ibaret bulunduğu da söylenemez. O (tüzel kişi), yaşayan bir organizma, gerçek bir kişidir ki, kendine özgü bir vücudu, organları ve iradesi vardır. İradesini bizzat açıklar ve kendi istek ve kararlarına uygun davranışlarda bulunur. Organlarını teşkil eden kimselerin iradeleri, aynı zamanda bu gerçek kişiliğin de iradesidir; bu kimseler, adeta tüzel kişiliğin ağız, beyni ve elleri hükmündedir. Bu anlamda tüzel kişi, fiktif bir varlık değil, bir grup-kışidir ve onun iradesi de bir grup iradesidir.*”³⁰⁰ Devletler gerçek varlıklardır, varlıkları için yasal onaya ihtiyaç duymazlar. Hukuken tanınmaları sadece tanıma işlemidir. Ondan önce varlık kazanırlar.³⁰¹ Bu düşünce dönemin Alman politik tahayyülünü yansıtır.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, Fransız Devrimi ve Prusya Anayasal reformları sonrasında devletin varlığına ilişkin Alman düşüncesinde ciddi değişiklikler olduğunu, devletin, kameralizm ve teritoryal mutlakiyetçilikle bağlantılı bir makine gibi tanımlanmasından uzaklaşılarak özellikle devletin ekonomideki rolü dikkate alınarak bir organizasyon olarak tanımlanmaya başlandığını söyler. Devlet, başlangıçta açıkça daha sınırlı bir yasal bir varlık olarak tanımlansa da Kant, Hegel ve Fichte gibi yazarlarca 1830-1870 yılları arasında daha çok doğal bir organizasyon olarak değerlendirilmiş, Alman anayasa ve hukuk düşüncesinde organizma, organ kavramları başat olmuştur.³⁰²

³⁰⁰ <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/803.pdf>

³⁰¹, Gierke, Otto von, **Community In Historical Perspective: A Translation Of Selections From Das Deutsche Genossenschaftsrech**, 7-8 (Antony Black ed., Mary Fischer trans., Cambridge Univ. Press 1990)

³⁰² Duncan Kelly, **The State of the Political conceptions of politics and the state in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann**, Oxford University Press, New York, 2003, s.79.

Laband ve Gerber'in hukuki devlet teorisini oluştururken tarihsel ve politik boyutları ihmal ettiklerine dair en keskin eleştiri Otto von Gierke'den gelmiştir; “*hukuk biliminin görevi, gerçek dünya deneyiminin soyut teorisiydi*” bu yüzden Laband'ın sebep zinciri sunumu yanlış yol izlemişti. Gierke organ kuramını oluştururken Alman tarihinden iki ilkenin izini sürmüştür; özgürlüğün ifade/vücut bulduğu *Genossenschaft* ve tahakkümün ifadesini bulduğu *Herrschaft* kavramı. Gierkenin temel sorusu *Herrschaft* kavramının devletin kişiliği bağlamında uygulanıp uygulanmayacağı üzerineydi. Feodal ve Germanik kavramsallaştırmada birliğin gerçek varlığının “plurality in unity” (birlik içinde okluk) olarak göründüğünü oysa bunun tam tersine, Roma anlayışında var olan “unity in plurality” (okluk içinde birlik) kavramsallaştırmasının birliğe sadece yapay bir kişilik olasılığına izin verir ki bu yaklaşım, devletin bir hukuk süjesi (Rechtssubjekt) olarak sunulmasını sağlar.³⁰³

Otto von Gierke'nin düşüncesinde, birlik ve derneklerin gerçek ahlaki ve hukuki kişilikleri, Ortaçağ'ın hukuki/yasal haklar ve statüleri ile zgr topluluklardan dikkatli biçimde damıtılmıştır. Bunun devamında, devletin kişiliği, yasal bir kurgudan çok Germanik hukuk devleti (Rechtsstaat) kavramında çok daha iyi biçimde ifadesini buluyordu. Devlet gerçek bir birlik formundaydı; dahası, devlete sadece yasal karakterizasyon atfedilmesini eleştiriyordu.

Gierke için grup ve derneklerin gerçek kişiliği bu grup ve derneklerin haklarının kişileştirildiği veya temsil edildiği bir dış bedeninin olmadığı anlamına geliyordu. Gierke'nin *Genossenschaftstheorie* de geliştirdiği temel ilke, birliklerin yaşamının devlete bağlı olmadığı düşüncesidir. Yasal kişiliğin bahşedilmesi bir deklarasyon, bir tanımadır. Fakat birliği sosyolojik veya hukuki olarak yaratmaz. Hukuksal kişilik,

³⁰³ Runciman, David, **Pluralism And The Personality Of The State**, Cambridge University Press 1997, s.35. Kelly, s.89

çokluğun bireysel sözleşmelerinden değil, hukuksal kişiliği yaratmaya yönelmiş olan kolektivitenin tek taraflı eylemi ile meydana gelir. Onun hukuksal formu, kuruluş anayasasıdır, sözleşme değildir. Çok sayıda bireysel irade, bir amaç etrafında, ortak eylem yoluyla kolektif bir birimde birleşir. Böylelikle kendi başına hareket etme kapasitesi ve iradesi olan bir kurumsal/tüzel kişilik ortaya çıkar. İrade ve eylemde bulunma kapasitesi hukuksal kişiliğin temelidir. Hukuksal tanıma bunu izler, yaratmaz. Devletin diğer tüzelkişilerle ilişkisini çözmeye çalışırken bağdaşmayacak üç yaklaşımı bağdaştırmaya çalışır. Devlet egemenliği, hukuk devleti ve devletin içindeki diğer tüzel kişiliklerin otonomisi. Zira egemenlik ve gerçek bir birliğin otonomisinin bağdaşması zordur; Gierke'nin bu dilemmayı amaç ile sınırlı olma ve otonomi ile çözmeye çalıştığını söyleyen Friedman, bunun mümkün olmadığını ve bu yaklaşımın Jellinek'de kendi kendini sınırlama olarak daha açık biçimde ifade edildiğini söyler. *“Sonuç, doğal hukuk veya hak fikri ile akort edilmiş, kıvama getirilmiş, hukukun empoze ettiği pozitif yasaya mutlak itaattir.”*³⁰⁴

Hukuksal kişiliğin temeli olarak görülen irade ve eylemde bulunma kapasitesinin kolektif olarak nasıl kullanılacağı sorusunun cevabı organları aracılığıyla. *“Devlet, yaşayan bir birim olarak tüm diğer birlikleri üyeleri olarak kapsar ve tüm diğer birlikler ki bunlar amaçları ile sınırlı bağımsız varlıklardır; üzerinde egemenlik hakkının gereği olan denetimi gerçekleştirir. Bu görüşe göre, tüm tüzel kişiler -ki devlet de bunlar arasında yer alır- yaşayan bir organizmadırlar, bunların da kendilerine özgü organları vardır; bu organları onların dili, elleri, beyni hükmündedir. Tüzel kişiliği oluşturan şey soyut bir varlık değil, bir grup kişidir ve tüzel kişiliğin iradesi de bir grup iradesi, kendisini oluşturan kolektiviteye ait bir iradedir.”*³⁰⁵

³⁰⁴ Friedman, **Legal Theory**, 1960, s. 187-189.

³⁰⁵ Zabunoğlu, s. 139.

*Kolektivitenin oluşturduğu birlik gerçek bir organizmadır; istemde ve eylemde bulunan bu bütünsel kişilik, kendi organları vasıtasıyla görünürlük kazanır. Bütünsel bir kişidir o; kendi organı vasıtasıyla isteyen ve eyleyen, ‘gören gözleri ve yazan elleriyle’ davranan gerçek kişi gibi... Bu ortak varlık ‘her bir organında kendi parçasına sahiptir ve isteyen ve eyleyen kişilik olarak ilgili organıyla bir bütünlük oluşturur’.*³⁰⁶

Bu yaklaşımda birliğin organı vekilden öte bir şekilde tasavvur edilmektedir. Vekil, başka bir kişi adına işlem yapar, yani bir hak süjesi, başka bir hak süjesi adına işlem yapar. Ancak gerçeklik teorisinde tüm organları vasıtasıyla işlem yapan ve eylemde bulunan bütüncül bir yapıdan söz edilir. Gerçeklik teorisi tüzel kişilerin organlarını gerçek kişinin organları gibi kabul ettiğinden, bu organların, tüzel kişinin amacına uygun faaliyetleri dolayısıyla haksız fiillerinden sorumluluğunu kabul etmektedir.³⁰⁷

Gerçekçi veya bir başka deyişle organ teorisine yönelik temel eleştiri, teorinin, gerçek bireyler üstü bir iradenin varlığı kabulüne yönelmektedir. Çünkü bu kabul “irade” olarak tanımladığımız ve yalnızca bireyde saptanabilir olan psişik fenomeni, hatalı olarak topluluğa, iradenin hiçbir zaman ampirik olarak saptanamayacağı bir yapıya atfetmektedir.

İlk olarak Stahl, açıkça organ teorisine karşı çıkararak doğru devletin tanrı otoritesinden kaynaklanan ahlaki/ etik imparatorluk olması gerektiğini ve devletin birliğinin bu tür bir organ metaforunda değil, kişilik kavramında bulunabileceğini öne sürer. Stahl’a göre, devletin kişiliği, öncelikle monarkın kişiliğinde ya da monark figüründe bulunurdu. Johann Caspar Bluntschli, Stahl’ın düşüncesini en ünlü karşı örneğinde kullanarak devlet kişiliğinin egemen olarak tanımlanacağını, böylece hem hükümdar hem de Parlamento’nun, devletin genel kişiliği altında eşit derecede güçlü

³⁰⁶ Gierke, 1887, s. 615 – 623.

³⁰⁷ Güriz, 1987, s. 143.

yasama organları olarak tanımlandıklarını belirtmiştir. Gerçekte Bluntschli'nin argümanı, devletin bir ahlaki ve ruhsal/manevi bir organizma olduğu ve onun kişiliğinin halkın kişiliğini -ki bu *Volksperson*dır- yansıttığı yönündedir ve formülü inanılmaz geniş bir etkiye sahiptir.³⁰⁸ Bu karşı örnek, ilk bakışta anayasal monarşiler dönemini yansıtmakla birlikte modern egemenlik kavramının en iyi açıklamalarından biri olarak kabul edilmelidir. Zira, Parlamento veya Monark, her ikisi de soyut devletin birer organından başka bir şey olarak görülemez; her ikisi de egemen (*sovereign*) değildir.

Organik yaklaşımı benimseyen Bluntschli ile karşıtı Stahl aralarındaki büyük farklılıklara rağmen, tartışmanın monark etrafında dönüyor oluşu ve monarkın devletin birliğini ve kişiliğini temsil ettiğine ve halk ile devlet arasında bir çeşit üçüncü Güç (third power – dritte Gewalt) olduğuna dair görüşler organ teorisyenlerince, devlet egemenliğinin ve kişiliğinin monarkla anılması nedeniyle sıkça eleştirildi. En iyi şekilde Bluntschli tarafından totolojik bir biçimde açıklandığı üzere, organ teoristlerine göre, devlet, kişi olarak egemendi, bu nedenle bütün egemenlik devletin egemenliği idi, egemenlik devletin kendi gücüydü ve devlet halkla özdeşti. Devlet, 'en yüksek kişilik' olarak ortaya çıktı, çünkü kendi içindeki bilinçli irade ve içindeki bireysel kişiliklerin eylemleri yoluyla, bir siyasal idealizm ve hukuki tartışmanın bir karışımı içinde gelişti.³⁰⁹

Bir organizma olarak devlet hakkındaki bu yazıların pratik bir politik amacı da Almanya'daki çağdaş anayasal monarşiye, zayıf olmasına rağmen ve hükümdarın konumunun yer değiştirmesi için mücadele girişimiydi. Özellikle Bluntschli tarafından gösterildiği gibi, "organik" devlet teorisyenleri için kişi olarak devlet egemendi, bu nedenle tüm egemenlik devlet egemenliği idi, egemenlik devletin kendisinin gücüydü ve devlet halkla özdeşleştirildi. Devlet "en yüksek kişilik" olarak ortaya çıktı, çünkü içindeki

³⁰⁸ Kelly, s.80.

³⁰⁹ Kelly, s. 81-82

bu bireysel kişiliklerin bilinçli iradesi ve eylemi aracılığıyla, siyasi idealizm ve hukuksal argümanın bir karışımı içinde gelişti.

Bu tartışmanın önemli sonuçlarından biri de Monark'ın sadece devletin basit bir organı olarak kabul edilmesi halinde, Anayasa'nın başı olamayacağı, buradan ilerlersek onun yerine gerçekte anayasanın altında olacağı düşüncesidir. Ayrıca organ teorisi, hükümdar, bakanlar veya memurların tümünün devletin tüzel kişiliğinin organları olarak kabul edilmesi sayesinde, tarafsız devlet egemenliği fikri için de son derece elverişlidir.

Jellinek bu çerçeveden organ teorisini eleştirirken Laband ve Gerber'in hukuki pozitivizmi ile başlar ancak ikili bir devlet yaklaşımı dener çünkü ona göre devlet hem yöneten hem de aynı zamanda ilişkisel bir varlıktır. Bu yüzden devletin halkı hem öznedir/sujedir hem de devlet tahakkümünün nesnesidir aynı zamanda. Devlet, en nihai siyasi irade kaynağı olmasına rağmen, her devlet, devletin belirleyici gücü olan “en yüksek organ” olarak adlandırdığı organa ihtiyaç duyar. Genellikle Alman anayasal monarşi sisteminde hükümdarla ilişkili olan bu güç, meşruiyetini devletten alır ve sadece devlete maruz kalır. Devlette bu türde, devlet iradesinin taşıyıcısı olan en üst düzeyde tek bir organ olabilecekken Jellinek çelişkili biçimde alt bölünmeler yaratan bir formülasyona giderek Parlamento'yu da devlet iradesinin temsilcisi olan monark gibi, bir başka organ olarak saydı. Bu nedenle onun düşüncesinde halkın devlete dahil edilerek parlamentoda bağımlı ve ikincil bir organda istencinin temsil edildiği görülür.³¹⁰

Jellinek'in bu biçimde devleti organlarından ayrı olarak tasavvur etmesi ve onu bir bakıma politika ile özdeşleştirmesi, devlet kişiliğinin önceliğine karşı çıkmış olsa bile nihayetinde devletin sadece kendisini sınırlaması ile sonuçlanacak bir üstünlük

³¹⁰ Kelly, s.103.

yaklaşımını gösterir. Sonuç olarak bakıldığında, realist organ teorisinde devlet en yüksek gücü temsil eder.

3.3.6.1.1.3. Kurum (Institution) Teorisi

“Kurum, sosyal bir çevrede hukuki olarak gerçekleştirilen ve süren bir iş veya girişim fikridir; bu fikrin gerçekleşmesi için onu organlarla donatacak bir güç örgütlenir; öte yandan, fikrin gerçekleşmesi ile ilgilenen sosyal grup üyeleri arasında, iktidarın organları tarafından yönlendirilen ve prosedürler tarafından düzenlenen cemaat tezahürleri meydana gelir.”³¹¹

Kurum teorisinin en önemli savunucusu Hauriou için kurum kavramı, özgürlük ve egemenliğin iyi bir kombinasyonu olarak görünmüştür. Ortak amaç için organize olan grubun tüm üyelerinin katılımı ve bunun sonucu olarak kurum fikrini tüm üyelerinin bilinçlerine geçirerek ahlaki kişilik elde edilir. Ancak ahlaki kişiliğin yeterli olmadığı ve bu belirsiz durumun hukuki tespitine duyulan ihtiyacı kabul eder ve hukuki kişiliğin verilmesini, içinde geliştiği yargı düzeninin direktiflerine göre işletilen bir tür ahlaki kişiliğin kabulü olarak görür. Bir bakıma fiksiyon teorisi ile gerçeklik teorisini uzlaştırır.

Hauriou’nun (institution) kurum olarak gördüğü devlet hukuki olarak kurulmuştur; toplumun barış içerisinde yaşama fikrinden türemiş kavramı hukukun Ortaçağ’daki Universitas kavramını çağırıştır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde bir araya gelmiş insanlar topluluğunda *verbandperson*dan çok kurumsallaşmanın etkili olduğu görülür. Çünkü bu tip “Juristische Person”lar bir grup insan etrafında değil bir mevzu ve gaye etrafında teşekkül etmişlerdir. Hauriou, kişileştiren kurumlar ile kişileştirilmeyen kurumlar arasında ayırım yapar; esas olarak kişileştirilen devletler, dernekler, işçi sendikaları, vb kurumlarla ilgilenir. Hauriou için, kurum-kişinin, kurumun

³¹¹ <https://www.hauriou.net/works-of-maurice-hauriou>, 12.03.2020.

temelini oluşturacak olan fikrin zihinsel düzlemde en azından embriyonik biçimde kristalleştiği belli bir başlangıç “krizi” ile başlayan kuruluş gerçekleştikten sonra, grubun üyelerinin birleşme ideali tarafından emilmesi ve kurumun gerçekleştirilmesiyle birlikte kurulan bedende ortaya çıkan ahlaki kişinin öznesi haline gelir. Böylece, kurumlar “*hukuki olarak doğar, yaşar ve ölür.*”³¹²

Kendisini bir plüralist olarak tanımlasa da teorisi, Friedmann’a göre tıpkı Gierke’nin organ teorisi gibi çoğunluğu birey karşısında güçlü kılar.³¹³ Hariou organ teorisini reddeder fakat bir bakıma onun kurum dediği şey de sosyal organizasyon olarak organ teorisine çok yakındır ve ister devlet ister parti, isterse sendika olsun, onun kişiler üstü amaç miti nedeniyle daima itaat ve uymayı talep eder. Birlik otonomisi fikrinin, savunucuları bunu çeşitli biçimde reddetseler de sonuç olarak yeni bir tür devlet despotizmine neden olduğunu ileri sürer. Organ teorisinin siyasi ve yasal teoriye bir Alman katkısı olarak görülmesi görüşüne karşılık Friedmann, Rousseau’nun genel irade ile şekillenen sosyal sözleşmesinin bir organik toplum konseptine dayanmasını örnek verir ve Hariou’nun kurum kuramının, onun Alman nasyonal sosyalizminin hukukçularından biri diye çağrılmasına neden olduğunu söyleyerek Fransız yorumcuların katkılarının da göz ardı edilmemesi gerektiğini söyler.³¹⁴

Devletin kişiliğine ilişkin tartışmalarda kurum teorisine fiksiyon ve organ teorisi kadar yer verilmemiş olsa da son yüzyılda hem kamu tüzel kişiliklerinin idare hukuku kapsamında kurumsal yapısı hem de özel hukukta şirketlerin kurumsallaşmasına bakıldığında bu teorinin daha fazla dikkati hak ettiği kanısında olduğumuzu belirtelim. İster bir kurmaca olarak isterse bireyler üstü gerçek bir iradeye dayandırılınsın, bu teorilerin

³¹² Gray, Christopher, **The Methodology of Maurice Hauriou, Legal, Sociological, Philosophical, Rodopi**, Newyork- Amsterdam, 2010, s. 34 ve 146.

³¹³ W. Friedmann, **Tüzel Kişilik Nazariyeleri Ve Tatbikat**, Çev: T. Ansay <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/341/3505.pdf>

³¹⁴ Friedmann, W., 1960, s.190-192.

tüzel kişilik olgusunu kabul ettiği, bu bağlamda devleti bir tüzel kişilik olarak hak ve yükümlülük sahibi iradi bir varlık olarak gördükleri söylenebilir.

Ayrıca, gerek özel hukuk ve özellikle ticaret hukuku gerekse kamu hukuku gelişmelerine bakıldığında tarihsel ve siyasal farklılıklara karşın devlet ve şirket tüzel kişiliğinin Almanya’da da Amerika Birleşik Devletleri’nde de Türkiye’de de aynı biçimde kabul edilmesi, devletin kişiliği olgusunun modern kapitalist devletin sermaye modeli ile bağlantısına dair bir önceki bölümde ileri sürdüğümüz düşüncemizi doğrulamaktadır.

3.3.6.1.2. Tüzel Kişilik Teorileri Egemeni Belirleyebilir mi?

Öncelikle devleti bir kişilik olarak ele alan tüzel kişilik teorileri ile Hobbes’un kişi kavramı arasında önemli farka dikkat çekmek gerekir; Hobbes’ta egemen ayrı bir kişidir, bireylerden oluşan topluluğun bir toplamı olarak ahlaki bir kişilik değildir. Bir yapay kişilik olarak kendi kendisine eylemde bulunarak halkı temsil etmez, kendisine verilen bir yetki aracılığıyla kişileştirilir, bir kısım özgürlüklerin kendisine terkedildiği bir egemen, bir hakemdir. Bu farklılık, Hobbes’un teorisinin hukuki devlet teorisinden veya organ teorisinden daha az gerçekçi ve daha az demokratik olmadığını göstermesi bakımından önemlidir.

Yukarıda açıklanan tüzel kişilik teorileri arasındaki fark ne olursa olsun devleti, kendisine ait bir kişilik sahibi şahıs olarak değerlendirmeleri, akla Barker’ın “ne zaman bir kişileştirme eyleminde bulunsam bir maske takıyorum” sözünü getirmektedir. Barker, tiyatroya geri dönüşle, grup kişiliği konusunda çözülmesi gerektiğine inandığı iki önemli soruyu sorar:

- İlk olarak, grup kişiliğinin maskesi kime ya da neye eklenir/bağlanır?
- İkincisi, bu ekleme/bağlama kim veya ne tarafından yapılır?³¹⁵

Tüzel kişilik teorilerinde, özellikle organ ve kurum teorisinde bu soruların cevabının bulunması beklenmemelidir; zira kişilik olgusu bir maske olarak değerlendirilmemekte, bir gerçeklik olarak algılanmaktadır. Fiksiyon teorisinin muhtemel cevabı bazı sosyal gereklilikler nedeniyle kurmaca biçimde yaratılan yapay bir kişiliğe, bu eklemenin hukuk tarafından yapıldığı şeklinde olacaktır ki bu cevap Barker'in, kendi sorularına verdiği “*maske amaçlara iliştilir, maske yasa/hukuk tarafından iliştilir*” Şeklindeki cevabına oldukça yakın görünmektedir.

Barker'in cevabının, bir maske ile o maskeyi taşıyan kişi arasındaki ilişkinin nispeten basit olduğu varsayımına dayandığını söyleyen Runciman, ancak Hobbes'un söz konusu maskeleme olayının bundan daha karmaşık olduğunu, çünkü bir maskenin bir şeye veya bir şeye iki farklı şekilde bağlanabileceğini bildiğini ileri sürer. Bir yandan, bir maskenin onu takan ve sözleri ve eylemleriyle maskeye hayat veren oyuncuya giydirildiği söylenebilir; öte yandan, bir oyuncunun kendisini oynamak için aldığı ve maskenin kendisinin simgelediği belirli bölüme bağlı olduğu söylenebilir. Bu ayrımı basit bir teatral örnekle gösterir: Kral Lear'ı oynayan bir oyuncunun, rolü gereği sahnede bir taç giymesi gerekebilir. Bu taç üzerinde ne oyuncunun ne de kralın adı bulunmayacak ve büyük olasılıkla söz konusu taç diğer kralların rolünü oynayan diğer oyuncular tarafından daha önceden de giyilmiş olacaktır. Bu durumda, tacın kime ait olduğu sorusunu cevaplamamız gerekir. Taç, ona eylemler sağlayan oyuncu tarafından mı yoksa ona kendi karakterini sağlayan Lear tarafından mı giyilmiştir?³¹⁶

³¹⁵ Ernest Barker, **Introduction to Gierke, Natural Law and the Theory of Society**, Jerome Hall (ed.), *Readings in Jurisprudence*, 1938.

³¹⁶ Runciman, 1997, s. 226.

Sorunun cevabı, görüldüğü kadar kolay değildir; her ikisi tarafından da giyildiği söylenebilir de Runciman farkı, her birinin farklı bir yolla giymiş olması şeklinde açıklar. Kanımızca asıl önemli olan sahnede tacı giymiş olanın oyuncu mu Kral Lear mı olduğunun belirsiz olmasıdır. Her ikisi de olabilir cevabı yeterli değildir. Soruyu biraz değiştirerek belirli bir süre için gerçek kişi tarafından giyilen tac o kişiyi egemen yapar mı diye sorarsak meselenin özü daha net anlaşılabilir.

Bu noktada Barker'ın ikinci sorusunu hatırlamak gerekebilir; ikinci soru egemenlik alameti olan tacın kim tarafından giydirildiği sorusudur ve tacı giyenin kim tarafından yetkilendirildiğini ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Sorunun kendisi, iktidarı kullanan ile iktidarın sahibinin farklı olduğu imasını içermektedir. Ancak cevap hala belirli değildir.

Yukarıda sözü edilen hiçbir tüzel kişilik teorisi bu iki soruyu açık biçimde yanıtlamaz. Hobbes'un kendisi ve Hobbes'un teorisine yönelik ardıl tartışmalarda dahi bu iki soru net biçimde cevaplandırılmamıştır. Hobbes'un, kurgu yoluyla yaratılan bu kişileştirme benzetmesini açıklamak için başvurduğu örnekler, sorunun karmaşıklığını gösterir. Karmaşanın nedeni, toplumsal ve politik egemenlik ilişkilerinin çarpıtılmasından kaynaklanmaktadır.

En başa dönerek Hobbes'un ve diğer devlet kişiliği teorisyenlerinin sorduğu “*çokluk nasıl tek bir kişi olur*” sorusunun kendisinin, çokluğu, halkı oluşturan bireylerin toplamıyla örtüştüren Ortaçağ'a ait *universitas* ya da organik bütün olarak korporasyon düşüncesini miras edindiği için problemli olduğu görüşü haksız sayılmaz. İçindeki tüm üyelerin aralarındaki ilişkiye rağmen ayrışık kaldığı ve böylece birliğin 'organik' değil, kolektif olduğu toplum –*society*– esaslı yaklaşım benimsendiğinde, maskelere gerek duyulmayacağı söylenebilir. Ancak bu yüzeysel bir eleştiri olur; zira sorun tanımlamada değil, özdedir; modern devlet tam da toplum ile devlet arasındaki ayırma dayanmaktadır.

Sivil toplum devlet ayırımı, devletin hem toplumu oluşturan bireylerden/kolektiviteden hem de yöneticilerden ayrılmasını sağlayarak onu soyutlar. Soyut bir varlık olarak devletin hak ve yükümlülüklerinden söz edebilmek ancak yapay kişilik kurgusu sayesinde mümkün olur. Daha önce de söylediğimiz gibi Ortaçağ'da siyasal iktidar siyasi beden metaforu ile temsil edilirken modern dönemde siyasal iktidarı karakterize eden şey devletin kişiliği metaforudur.

3.3.7. Devletin Kişileştirilmesine Karşı Çıkan Görüşler

Kurumsal siyasi iktidar modeli olarak modern devlette tüzel kişiliğin kabulü yaygın olmakla birlikte, gerçek kişilerden ayrı ve bağımsız bir tüzel kişilik olgusunu reddeden yaklaşımlar da vardır. Devletin kişiliği olgusuna karşı çıkan önemli teorisyenlerden birisi olarak Weber, devletin kesinlikle ahlaki bir kişilik kadar yüce bir şeye benzemediğini ileri sürerken son derece haklıdır. Weber Alman kamu hukuku tarihinden ve özellikle Jellinek'in yasal pozitivist devlet teorisinden etkilenmiş olmakla birlikte, onlardan farklı olarak saf yasalılık yaklaşımının şekilciliğini ve 19. yüzyıla Alman Anayasa ve kamu hukukuna egemen hukuki devlet görüşünü reddeder. Modern devletin ister moral, ister politik isterse yasal olsun bir kişilik/şahsiyet olarak düşünülemeyeceğini ileri sürer. Hala politikanın ve hukukun en yüksek noktası olarak var olsa bile devlet tıpkı diğerleri gibi herhangi bir kurum/kuruluş/enterprisedir. Weber'in, devleti, hukuk ve politika arasındaki bağa işaret ederek bu iki bağlamda incelemesi, onu, çağdaş devletin maskesinin çıkarılmasına kadar götürmüştür.³¹⁷

Weber sadece hukuki devlet kuramının değil, Gierke'nin Germanitik yaklaşımını, hatta Savigny'nin devlet kişiliğine yönelik yaklaşımını da reddeder. Organ kuramının günümüz modern politik yaşamın trajik karakterini anlamakta hataya düştüğünü ve aynı

³¹⁷ Kelly, s.77.

şekilde güç politikası hakkında da yapıldığını söyleyen Weber, devleti bir tahakküm ilişkisi içerisindeki siyasal birlik³¹⁸ olarak tanımlar.³¹⁹

Devletin kendisine ait bir iradesi olması fikrine şiddetle karşı çıkanlardan biri Fransız kamu hukukçusu Duguit'dir. Duguit'ye göre, kişilik, bilinç ve iradenin varlığını gerektirir. Objektif hukuk kuralları ister bir şeyi yapmak isterse yasaklamak biçiminde olsun, emri bir hüküm niteliğindedirler ve bu emri hükmün muhatabı mutlaka irade sahibi bir insandır; bu nedenle sadece 'insan' hukukun öznesi olabilir. Topluluklar hangi şekil altında olurlarsa olsunlar, objektif hukuk öznesi olamazlar; çünkü bu toplulukları temsil eden kişilerden ayrı bağımsız bir iradeleri yoktur. Büyük bir korporasyon olan devlet de objektif hukuk öznesi olamaz. Hukuk kuralları devlet tüzelkişiliğine değil, devlet gücünü elinde tutanlara, hükümet edenlere yönelir. Bu bağlamda devlet, bizzat idare edenler, iktidara sahip bireylerdir.³²⁰

Realist yaklaşım olarak nitelendirilen bu görüş, dar ve tehlikeli bir gerçeklik uğruna, fiziki olarak olmayan ama hukuken var olabilen şeyleri yadsıyarak devletin hak ve yükümlülük sahibi olmasının gerekliliğini görmemekle eleştirilmiştir.³²¹ Ancak kanımızca bu eleştiriler yerinde değildir; burada sözü edilen gereklilik, maskelenen toplumsal ve politik ilişkileri işaret etmektedir. Politik gereklilikler üzerinden yapılan tanımlamalar kaçınılmaz olarak gerçeği perdelemek için mitsel veya antropomorfolojik anlatılara, kurgulara gereksinim duyarlar.

Devletin hukuksal görünümüne karşı onu toplumsal ilişkiler içerisinde siyasal bir güç ve sosyolojik bir olgu olarak tanımlayan yaklaşımlar, devletin kişileştirilmesini ve

³¹⁸ Almanca verband İngilizce political association olarak kullanılmaktadır.

³¹⁹ Max Weber on Politics, <https://www.panarchy.org/weber/politics.html>, 10.01.2020

³²⁰ Duguit, 1954, s. 46-53. Duguit, kolektif durumları ifade etmek ve korumak için böyle bir kavramın gereksiz olduğunu ileri sürerek bir topluluğun hukuken himaye görmesi için tüzel kişilik olarak nitelenmesine gerek olmadığını, sosyal dayanışma ile de kolektif yararlar korunabileceğini savunur.

³²¹ Zabunoğlu, 1973, s. 141, Okandan, s. 881 vd.

tüzel kişilik kurgusunu, kavramın etimolojik geçmişi ve Hobbes'dan esinlenerek bir maske bir perde olarak nitelendirerek siyasal gerçekliği perdelediğini iddia ederler. Modern dönemde siyasal iktidarın yapısının ve tahakküm ilişkilerinin tam olarak anlaşılması için perdenin kaldırılması gerekmektedir. Marx'ın, Kapital'de şeylerin kişileştiği, insan öznelere nesneleştiği bu süreci anlatmak için dediği üzere; “*afsunlu, çarpık ve tepetaklak bir dünya*”yı anlamının yolu, afsun etkisi yaratan mitleri dışlayarak onu olduğu gibi görmektir.

3.3.8. Devlet Tüzel Kişiliğın Kabulünün Etkisi

Modern dönemde siyasal iktidarın yapısını anlamak için kanımızca önemli olan tüzel kişiliğın gerçek olup olmadığının ötesinde, yaygın olarak kullanılan bu kurgunun nasıl bir fonksiyon yerine getirdiğidir. Çalışmamız kapsamında devletin tüzel kişiliğının kabulünün üç önemli etkisi olduğu sonucuna varılmıştır.

- Tüzel kişilik kavramının en önemli fonksiyonu, hiç kuşkusuz devleti, onu temsil eden bireylerden ayırmak, ayrı düşünülmesini sağlamaktır.
- Bu kurgunun yarattığı ikinci etki, iktidarı kullananların kişisel etkinlikleri ile devlet etkinlikleri arasında ayırım yapmaktır.
- Devletin ayrı bir kişiliğının var olduğunu kabul etmek, onun bir hak ve yükümlülükler öznesi olduğunun kabulü anlamına gelir.
- Ve en önemlisi kişileştirme, ayrı bir iradesi olan devletin eylemlerinin tüm birliğin eylemi gibi görünmesini sağlayarak sorumluluğu belirsizleştirir.

Anayasal yönetime sahip devletlerde devlet adına irade açıklamaya yetkili kılınan her kamusal görevlinin yetki alanı önceden belirlenmiştir. Bunun bir sonucu olarak da kendisine belirlenen yetki alanının dışına çıkan kişinin eyleminden artık devlet sorumlu

tutulamaz; bu şahsi bir eylem olarak görülür.³²² Böylece kamusal etkinliklerde bulunan görevliler, eylem yetki alanı içerisinde gerçekleşmişse, kendilerine yönelik bir dokunulmazlık elde ederek kovuşturmalardan korunurlar; verilen zararlar, soyut bir bütüne, devlete atfedilerek sorun farklı bir sorumluluk kurgusuyla çözülür. Eylemin yetki alanı dışına taşıdığı iddia edildiğinde ise, çoğunlukla, bireysel hatadan kaynaklanan “münferit eylem” savunusu ile karşılaşırız.

Tüzel kişilik kavramı, devlet etkinliği ile kişisel etkinlik arasında ayırım yapmayı sağladığı gibi, devlet malları ile kişisel mallar arasında da ayırım yapılmasını sağlamıştır. Böylece devlet kontrolünde, devlete ait bağımsız bir bütçe olgusu ortaya çıkmıştır. Devletin gelir ve giderlerinin kontrolüne olanak veren bu sistemin, insan hakları alanındaki temel fonksiyonu, devleti davalı kılmak olmakla birlikte, tazminat yükümlülüğünün maliye hazinesinden karşılanmasına olanak vererek ihlal eden görevlinin kişisel mallarına, hakkı ihlal edilen açısından bir dokunulmazlık da sağlamasıdır.

Böylece tüzel kişilik olgusu, hem devlet ile devlet görevlilerinin etkinliklerinin ayırt edilmesi, hem sıradan özel kişilerle, devletin yetkilendirilmiş temsilcileri arasında, hem de devlet görevlilerinin eylemlerinin yetkileri çerçevesinde yerine getirilip getirilmediği konusunda ayırım yapılmasını olanaklı kılarak, sorumluluk hukuku açısından ibreyi somut bireyden, soyut devlete ve onun malvarlığına yöneltme işlevi görür.³²³

Devletin tüzel kişiliği sayesinde, devletin davalı olması mümkün hale gelmiş, özgürlüğü müdahale edilmeme temelinde tanımlayan ve siyasi ve felsefi alanda 18. yüzyıldan itibaren siyasi iktidara karşı ileri sürülebilecek hakların savunusunu yapan

³²² Zabunoğlu, 1973, s. 137.

³²³ Braud, s. 366

liberalizmin bu istenci, tüzel kişilik olan devletin davalı sıfatını alması sayesinde gerçeğe dönüşmüştü. Bu gerçeklik aynı zamanda devletin, insan haklarının ihlal edeni olduğunun kabulüydü. Devletin tüzel kişiliğinin kabulü neticesinde doğrudan devlet kişiliğine karşı dava açılabilmesi, üstün iktidar ve iradeye sahip bir varlığın, bu biçimde sorumlu tutulabilmesi kuşkusuz önemli bir gelişmedir. Ancak insan hakları ihlalleri anlamında devletin bir cezai sorumluluğundan asla söz edilemez. Çünkü etik ve psikolojik bir irade sahibi varlık yoktur. Bu nedenle anayasal yükümlülük çerçevesinde tartışılan devlet kişiliğinin sorumluluğu, daha çok özel hukuk alanında bir tazminat sorumluluğu olacaktır. Elbette hukuk devleti ilkesi ile birlikte idarenin her türlü eylem ve işleminin dava edilebilirliği söz konusu olmuştur; bununla birlikte bu davalarda da yaptırım, işlemin iptali, geri alınması, yok sayılması ve son kertede tazminattır. Hakkı ihlal edilenler bakımından, sözgelimi, yaşam hakkının, işkence yasağının ya da özgürlüğün yoksun bırakmanın dava yoluyla giderimi, iptali, geri alınması vb. olamayacağından, devlet açısından tazminat dışında bir yaptırım pek de mümkün olamayacaktır. Hakkı ihlal edilenin karşısına çıkacak olan, iyi ihtimalle ya görev kurallarına uymadığı söylenen iki polis veya askerin düşük cezalarla cezalandırılması ya da halkın emeğinin bir bölümünden oluşan ve kamu hizmetleri için harcanması gereken devletin hazinesidir. Devletin dava edilebilirliği bunu sağlar; ancak bu yol aynı zamanda sorumluluğu sınırlama ve yetkilerin daima kötüye kullanımını mümkün kılma işlevi de görür.

Tüzel kişilik sadece kamu hukukunda değil, özel hukukta da başından beri benzer fonksiyonları ifa eder. Sosyal hayatta önemli işlevler gören bir hukuki yaratış olarak tüzel kişilik kurumunun özel hukukta da ciddi anlamda sorumluluğu sınırlama ve hakkın kötüye kullanımı yolunu açtığına dikkat çeken Friedmann son derece haklıdır.³²⁴ Tıpkı çalıştığı şirkete karşı dava açma hakkı olan işçinin şirketin malvarlığı ile yetinmek

³²⁴ Friedmann, W., **Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat**, çev.: Dr. T. Ansal, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/dergi/dergiler/38/341/3505.pdf>

zorunda kalması gibi; şirketin kârı şirketin sahibine aittir, şirketin borçları söz konusu olduğunda ise, işçiler veya diğer alacaklılar şirketin sahibinden herhangi bir şey talep edemezler; şirketin –varsa ortada- malvarlığıyla yetinmek zorundalar.

Siyasal iktidarın tüzel kişilik olarak kabulü, iktidarı kullananlar ile iktidar sahiplerini ayırdığı gibi, devlet ile devlet görevlisi arasındaki ilişkiyi de düzenlemiş ve devletin ayrı bir varlık olarak algılanmasını sağlamıştır. Böylelikle devlet görevlisi ile devletin eylemleri arasında ayırım yapılabilmiş ve atıf yoluyla olsa bile devletin irade sahibi bir hukuksal kişilik olarak sorumluluğu mümkün hale gelmiştir. Daha önce de vurgulandığı gibi, modern devletin en ayırt edici özelliği gayrişahsileşmiş siyasal iktidarın tüzel kişilik olarak kişiselleştirilmesidir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN SOMUT ÖZNESİ OLARAK DEVLET GÖREVLİLERİ: FAİL Mİ KURBAN MI?

4.1. İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN SOMUT ÖZNESİ OLARAK DEVLET GÖREVLİLERİ

4.1.1. Egemeni/ İhlalciyi Nerede Buluruz?

Kişiden kuruma, somuttan soyuta, kurumsallaşmış siyasi iktidar ile birlikte siyasi egemenin yerini ve kimliğini tespit etmenin giderek olanaksız hale geldiğini bir önceki bölümde detaylı olarak inceledik. Siyasi iktidarın soyutlanmasının pek çok işlevi olduğunu, siyasi iktidarın onu kullananlardan ayrılarak soyutlanmasının, siyasi erki nasıl el avuca sığmaz hale getirdiğini, böylelikle egemenin yerini, insan hakları ihlalleri açısından faili bulma zorluğunun modern devlete özgü bu sınırlılığının, modern devletin insan hak ve özgürlükleri ihlallerinin hiçbir siyasi iktidar döneminde olmayacak biçimde eşsiz olmasına önemli bir katkı sunduğunu söyledik.

Bodin'in betimlediği egemenlik, ondan önce var olan ve ondan sonra da var olacak soyut bir güce gönderme yaparak siyasi iktidarı onu kullananlardan ayıran yeni bir yönetme biçimi ortaya çıkarmıştır. Siyasi iktidar kişisellikten arınmış, kurumsallaşmıştır. Artık otoritenin, egemenliğin kaynağı yasa/anayasa, kullanıcısı ise kurumlardır. O kurumlarda yer alan görevliler, belirli bir süre ile geçici olarak makamlarda ücret karşılığı çalışan idarecilerdir.

Kurumsallaşma, devletle hukuk özdeşliğinde Kelsen ile birlikte, yasanın bir başka formu olan ve yasayı aşarak bütün bir siyasi yaşamı kapsayan nihai bir temel norma yapılan 'en üst' atfıyla anayasal düzeye gönderilerek bütün egemenlik yetkilerinin

kaynağı olarak görülen anayasa aracılığıyla daha da ileri bir noktaya taşınmıştır. Anayasallık sadece egemenliğin rasyonelleşmesini sağlamakla kalmamış, aynı zamanda kurumsallaşmasını da mümkün kılarak yasama, yürütme ve yargı olarak ayrılan devlet gücünü hem ayırmış hem de aynı anda birlik düzeninin inşasını sağlamıştır.³²⁵

Böylelikle egemen siyasal iktidar özünde bir kurumsal varlığa indirgenerek gerçek kişilerden ayrılırken, kurumlar yapay kişilik teorileri aracılığıyla kurgu kişilere dönüşerek özne mertebesine yükselmiştir. Kurumlara yapay tüzel kişilik kazandıran yasal egemenlik, modern dönemde siyasal iktidarın hem ihlal eden hem de koruyan olarak insan hakları açmazını görünüşte de olsa çözerek ihlalcie itaat paradoksunu aşmaya, koruyan ve ihlal eden çatışmasını görünmez kılmaya çalışacaktır.

Ancak bu kurgunun siyasal iktidarın gerçekliğine ne kadar uyduğu tartışmalıdır. Schmitt, yerinde bir tespitle bu yaklaşımın egemenlik sorununu inkâr ederek çözdüğünü söyler.³²⁶ Gerçek egemenin istisnaya karar veren olduğunu söyleyen Schmitt, genel bir normun, mutlak bir istisnayı hiçbir zaman içermeyeceğini söyleyerek ulusu temsil eden parlamentonun egemenliği konusunda liberal anayasacılığı radikal biçimde eleştirir. Ulus’a mündemiç kılınan ‘en üstün ve asli hükmedici güç olarak egemenlik’ tanımlamasının, soyut bir şemadan öteye gitmediğini ve bir karar normu olarak kanun hükmünün yalnızca nasıl karar verilmesi gerektiğine ilişkin olduğunu, kimin karar vereceği sorusunun ise cevapsız kaldığını söyler. “*Önemli olan, kimin karar*

³²⁵ Anayasacılık değiştirilemeyen dokunulamayan hakları garantiye alma ve böylece yasal ussal egemenliğe dayalı modern devletin önemli bir çelişisini giderme aracı olarak görülebilir. Ancak anayasanın da pozitif bir metin olması ve değiştirilebilir olduğu unutulmamalıdır. Daha önemlisi, anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin düzenlenme biçimine bakıldığında, egemenliğin sınırından daha çok, hak ve özgürlüklerin istisnalarını düzenlediği gerçekliği karşısında, anayasallığın, yasallığı aşan ve onun çelişkilerini giderecek bir ilke olmadığı anlaşılır.

³²⁶ Schmitt, Carl. **Siyasi İlahiyat**, Dost Yay., 2015, s. 27.

vereceğidir."³²⁷ Ancak daha önce de söylendiği gibi Schmitt de karar verenin egemen olduğunu söylemekle yetinir, egemenin kim olduğunu söylemez.

Kimin karar vereceği sorusunun cevabını, kurumsal otoritenin, devletin üç gücü olarak örgütlendiği hukuksal-kurumsal devlet modelinde belirlemek gerçekten de zordur. Ulusun egemenliğini temsil ettiği söylenen yasama organının egemen karar verici olup olmadığı konusundaki eleştiriler son derece ciddidir. Yirminci yüzyılın başı gibi erken bir tarihten bu yana dikkat çekilen parlamenter demokrasilerin krizi eleştirisi,³²⁸ neo-liberalizm çağında karar mekanizmalarının uluslararası finans merkezlerine kayması ile birlikte giderek güçlenmektedir.³²⁹ Yasama organının kararını denetleyen Anayasa Mahkemeleri ve yürütmeyi denetleyen idare mahkemeleri ile birlikte yargı organlarının, yargıçların kararı da Schmitt'in kastettiği türde egemenlik alameti türünde bir karar vericilik değildir; yargıçların kararı, yasanın ve de egemen tarafından belirlenen istisnanın uygulanacağı somut durumların tespit edilmesidir. Yürütme gücünü oluşturan idari bürokrasi ve hükümete gelince, devlet görevlilerinin sadece yasalarla verilen kurumsal görevleri yerine getiren kişiler olmaları nedeniyle egemenlikle özdeşleştirilmeleri söz konusu edilmez. Karar gücüne en yakın görünen devlet organı, çoğunlukla bakanlar kurulu olarak çalışan ve devlet başkanı, başbakanı müteşekkil hükümettir. Ancak hükümetlerin görev süresi, genellikle egemenliğin sürekliliğini yansıtacak boyutta olmadığı gibi, hükümetler, polis, ordu, gizli servis gibi devlet kurumlarının yerleşik politikalarını devam ettirecek biçimde ve ekonomik düzenin gerekleri çerçevesinde hareket etmek durumundadırlar.

³²⁷ Schmitt, 2015, s.13.

³²⁸ Canfora, Luciano, **Demokratik Retoriğin Eleştirisi**, Dost Yay., Çev.: Durdu Kundakçı, Schmitt, C., **Parlamenter Demokrasinin Krizi**, Çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Yay., 2006, Ankara

³²⁹ Negri, A, Hardt, M., **İmparatorluk**, Çev.: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı yay., İstanbul, 2003. Rosenau James and Czempiel, Ernst Otto, **Governance without Government**, Cambridge University Press, 1992.

Kurumsal bir yapıda egemenin kim olduğu sorusu üzerinde yoğunlaşmak yerine, insan haklarının korunması bakımından egemenliğin nasıl işlediği ve sınırları ile ilgilenmenin çok daha yerinde olacağı iddia edilebilir. Ancak kimin karar vereceği sorusunun, çalışmamız bağlamında biraz daha somutlayarak hukuksal-kurumsal egemenlik modelinde, devletin insan hakları ihlallerinden söz ettiğimizde devlet deyimi ile kimi kastederiz sorusuna evirtildiğinde egemenin kim olduğu sorusunun aynı zamanda ihlalcinin kim olduğu sorusu olduğu anlaşılır. Bu üçlü kurumsal yapıda egemeni belirlemek zorlaştığı gibi, ihlalciiyi belirlemek de zordur. Yasama kutsal bir faaliyettir, halkın iradesinin gerçekleşmesi için çoğunlukla tam bir sorumsuzluktan yararlanır. Yargıç yasaları uyguladığı için sorumlu tutulmaz. Bu durumda insan hakları ihlallerinin sorumlusu olarak bir tüzel kişilik olan idare ile tüzel kişi kurumda yasalarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren devlet görevlileri günahı paylaşır. Bu durumda egemen veya ihlalci devlet görevlisidir diyebilir miyiz?

Devlet görevlilerine hesap sorulduğunda, çoğu zaman, sadece yasanın kendilerine verdiği yetkinin veya uygulayıcısı olduklarını veya emri yerine getirdiklerini savunurlar.

Bu savunu, egemenliğin kuramcısı Bodin'in teorisiyle de gayet uyumludur. Bodin, egemenliğin, delegasyon aracılığıyla hükümetin temsilcileri veya görevlileri tarafından kullanılabileceğini söyler. Ancak bu üst düzey görevliler için bile egemenlik sadece gücü elinde bulundurma ve karar olarak anlaşılmamalıdır. Mutlak gücün bir kişiye veya bir grup insana belirli bir süre için verilmesi halinde, süre dolunca bu kişiler yeniden tebaa olurlar. Bu nedenle yönetirken bile bu kişiler egemen hükümdarlar olarak görülmezler, ancak egemen hükümdarın yardımcıları ve vekilleri olarak kabul edilirler. Bodin geçmiş örneklerden yola çıkarak diktatoryel yönetimlerde tek bir üstün gücün olmasının o kişileri egemen yapmadığını, geçici bir iktidar verdiğini belirterek

egemenliğin en önemli ayırt edici yanının süreklilik olduğunu söyler.³³⁰ Egemenliğin mutlak ve daimî bir güç olduğu, geçici olarak delege edilen kişilerce kullanılacağı ancak kullanan kişilerin egemen sayılmayacakları yönündeki soyut bir kavramsallaştırmada, egemenin kim olduğu sorusu yanıtsız kalmaya devam eder.

Bu görüşte, siyasal iktidarı kullananlar, sadece düzenin muhafızları, emanetçileridir. Yöneticiler, kişisel olarak hareket etmezler, geçici bulundukları makamın gereklerine göre, önceden belirlenmiş ve sınırları çizilmiş görevleri yerine getirirler. O halde kişisel olarak hareket etmeyen bu emanetçilerin eylemleri, kendi eylemleri mi kabul edilecek, soyut devlet kişinin eylemi mi sayılacaktır? Kişisel olmayan iktidar modelinde ihlal eden ve koruyan özne nasıl belirlenecektir? İhlalciyi görünür kılmayı sağlayacak özne tartışmasında, egemenin kim olduğu sorusunun cevapsız kalmasının nedeni, egemenliğin kişisel olmamasıdır. Biz ihlalci ve sorumlu faili bulmak için her ne kadar egemenlik nasıl işler sorusundan kaçınıp egemen kimdir sorusuna yönelsek de bu kurguda kaçınılmaz biçimde egemenliğin kapısında buluruz kendimizi.

Kapının üzerinde hukuksal kurumsal egemenlik yazmaktadır. Hukuksal egemenle karşılaşabilmek ve tanımlayabilmek için kapıdan içeri girmek gerekir. Bir içeri girme denemesi olarak hukuksal kurumsal yasal egemenlik modelinde ihlal eylemlerinin faili olarak gösterilen devlet görevlilerinin egemenlik yetkisi kullanıp kullanmadıkları, eylemlerinin devlete atfedilip atfedilemeyeceği, nasıl atfedilebileceği, dahası egemen olmadan nasıl ihlalci olabildikleri ve doğrudan kişisel çıkarları olmadığı halde nasıl olup ta bu kadar ağır suçları işleyebildikleri sorularının cevapları ile ilerlemeye çalışacağız.

³³⁰ Bodin, J., **The six Books of a Common Weale**, University of London, 1903, Tranlated by Richard Knobbbs, <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198745167.001.0001/acprof-9780198745167-chapter-7> Erişim t: 12.11.2020.

Bunun için bu bölümde ilk olarak modern dönemde soyut siyasal iktidar yapısında devlet görevlilerinin egemenliğin taşıyıcısı veya kullanıcısı olup olmadığı belirlenmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede bürokrasinin nasıl ortaya çıktığı, modern siyasal iktidar açısından nasıl bir işlevi olduğu, rasyonalitesi incelenecek, daha sonra, hangi eylem ve faaliyetlerin devlet faaliyeti hangilerinin devlet görevlisinin faaliyeti olduğuna dair kriterlerin neler olduğu, bu kriterler çerçevesinde kimlerin devlet görevlisi sayılabileceği üzerinde durularak devlet görevlilerinin egemen öznenen ziyade nesneleştirilmiş ihlalcı olarak nitelendirildikleri gösterilecektir. İkinci alt bölümde ise farklı ülkelerde yaşanan ağır insan hakları ihlalleri üzerine yapılan çalışmalardan yola çıkılarak devlet görevlilerinin insan haklarını ihlal potansiyeli ve sıradan ve eğitimli kişilerin nasıl soğukkanlılıkla devlet adına suç işleyebildikleri, onlara atfedilen ihlalcı kimliğinin insan hakları açmazındaki rolü ortaya konulacaktır.

4.1.2. Bürokrasinin Doğuşu ve Bürokratik Rasyonalizasyon

Egemenliğin kullanıcısı olan devlet görevlilerinin, egemenin şahsının aranacağı yer olmadığı kesindir. Zira onlar egemenliğin gerçek sahibi olan *siyasi corpus* anlamında *Ulus*'un temsilcisi bile kabul edilmezler.³³¹ Ancak egemenliğin kralın bedeninden uzaklaşarak gayrişahsîleşmesinde çok önemli işlev gördüklerine kuşku yoktur.

Bu işlev, özellikle egemenliğin bir yanılla hala somut bir bedende temsil edildiği mutlakiyet dönemine bakıldığında anlaşılır. Bu dönemde, krallığın görevlileri, egemenliğin Kral'ın kişiliğini ve bedenini aşan yapısının en önemli göstergesi konumuna gelmişlerdir. Poggi, mutlakiyet döneminde Fransız Sarayı'nın önemine dikkat çeker: “Kralın görevlilerinin de tabi olduğu sarayın öne çıkmasının nedeni, sarayda temsil edilen

³³¹ Ulus'u temsil eden parlamenterler ise çoğunlukla, devlet görevlisi kavramının dışında tutulmuştur.

iktidarın kralı aşan üstünlüğüdür.³³² Yeni devletin gücünün kralın şahsını aşmasının Prusya'daki sembolü ise, Fransa'da olduğu gibi saray değil, askeri ve idari mekanizmalardır. Bu mekanizmada yer alan görevliler, doğrudan hükümdardan aldıkları yetkilerle hareket eden, ya da hükümdarın emirlerinin birer uygulayıcısı olarak değil, devletin gücünü belli işlevlere dağıtan bir kurallar bütününe denetimi altında çalışan kimselerdi. Atanmışlardı, eğitilmişlerdi. Makamları üzerinde mülkiyet veya veraset hakkı olmayan bu kişiler, atanma ile gelen, sabit bir göstergeden ücret alan, devletin elde ettiği gelirden hak iddia edemeyen memurlardı. Memurların tabi olduğu emir, gözetim ve disiplin de yasayla düzenlenmişti. Böylelikle somut devlet görevlilerinin faaliyetleri dahi, kurumsal ve gayrişahsi bir niteliğe sahip görünüyordu. Böylece egemen iktidar gayrişahsileştirilmiş, hükümdarın gücünün kişisellikten çıkarılması ile devletin, hükümdarın kişiliğini aşması sağlanmıştı.³³³

Avrupa'da modern devlet öncesi mutlak hükümdarlıklar döneminde, aristokrasiyi iktidardan uzak tutmak için kurulan yaygın ve büyük idari teşkilat, modern bürokrasinin kökenini oluşturur. Ancak sarayda bürokratik görevleri üstlenenler hala *royal servant* olarak adlandırılıyor ve krallığı temsil ediyorlardı. *Servant of the state* denmesi için 18. yüzyılın sonunu beklemek gerekmişti. Fredrick II'nin kendisini devletin birinci hizmetkârı olarak (the first servant of the state) ilan etmesi 1752'dir.³³⁴

Fransız Devrimi'nin ilan ettiği kurucu ilkelerden biri de modern devletin bürokratik kurumsallaşmasıydı. 1789'un 4 Ağustosunda Fransız Ulusal Meclisi eşitlik

³³² Poggi her ne kadar Krallığın görevlisi olsalar da görevlilerin yapısındaki değişikliğe dikkat çeker. “Askeri bir kökene dayanan *commissarius* kavramı ile ifade edilen yeni görevli, makamı kazanılmış hakka dayanmayan, yerel muhalefet güçleriyle ilişkisi olmayan,, eskimiş adalet kavramları ve zamanı geçmiş resmi davranışların engelleriyle karşı karşıya kalmayan; sadece daha yüksek bir iradenin, yani devlet fikrinin aracı; prense kayıtsız şartsız bağlı, onun bahşettiği ölçüde güçlü ve ona bağımlı; artık bir *officier* değil, bir *fonctionnaire-commissarius* yeni tip devlet hizmetkarını temsil etmekte ve devletin mutlak mantiğine da uymaktadır. Poggi, 2005, s. 91.

³³³ Poggi, 2005, s. 95

³³⁴ Henry Jacoby, **The Bureaucratization of the World**, University of California Press, 1976, s. 31.

ile ilgili kararlar alırken görevlerin parayla satılmasına son verilmesini de kararlaştırmıştı. Bu karar, 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın başında yer alan Bildirge'de “*Bütün yurttaşların erdemlerinden ve yeteneklerinden başka ayırım olmaksızın her türlü mevki ve işe girebilecekleri*” biçiminde yer almış ise de fiilen uygulanması için en az yarım yüzyıl beklemek gerekmişti.³³⁵

İngiltere’de bu gelişme biraz ağır da olsa, 18. yüzyılın ikinci yarısında devlet görevlilerini ve mahkemelerde çalışacak kişileri atama yetkisini başbakan aleyhine kaybeden hükümdarın siyasi gücü iyice kaybolmuştu. George V, uçan teknenin mucidinde bir şövalyelik vermek istediğinde, bu isteğinin Parlamento tarafından reddedilmesi üzerine, “nadiren bir şövalyelik istediğim için, ara sıra, biraz düşünülerek muamele göreceğimi düşünüyorum” diye sitem etmek durumunda kalmıştır.³³⁶

Soyut bir siyasal iktidar kurgusunun Kral/Kraliçe’nin bulunduğu İngiltere’de farklı bir evrim geçirmesi olağandır. Kral Edward Fransa Kralı Louis gibi ben devletim dememiştir belki ama Tac’ın gerçek kişi hükümdardan nasıl soyutlanmaya çalışıldığı, İngiliz hukuk tarihçisi Maitland’ın yazılarında görülebilir. 1887 tarihli bir kanunda, ‘Devlet’in daimî memuru’, ‘Majestelerinin daimi memuru’ ve ‘Tahtın daimi memuru’ ifadelerinin aynı anlamda kullanıldığını aktaran Maitland İngiltere’de durumun karmaşıklığını şöyle özetler: “*Şimdi Kral Edward’ın Devlet olmadığı açık olduğuna göre (XIV. Louis’nin öyle olmasına rağmen), Devlet’in ‘Majesteleri olduğunu düşünmeye kanuni iznimiz var gibi görünüyor.*”³³⁷

Bu karışıklıktan çıkış yolunu da gösterir: “*Egemen kralımızın bir ‘tek kişiden oluşan tüzel kişilik’(corporation sole) değil çok karmaşık ve yüksek örgütlülük düzeyinde*

³³⁵ Dreyfus, F. **Bürokrasinin İcadı, Fransa, Büyük Britanya ve ABD’de Devlete Hizmet Etmek** 18-20. Yüzyıl. Çev.: Işık Ergüden, İletişim Yay., 2007, s. 90-93.

³³⁶ Gerstenberger, s. 250,251.

³³⁷ Maitland, 1901, s. 423.

*'birçok kişiden (gerçekten çok kişiden) oluşan tüzel kişiliğin başkanı olduğu gerçeğini algılamaktır. Bu tüzel kişiliği bir Taht olarak adlandırmakta sakınca görmüyorum. Ama daha iyi bir sözcük kanun kitabına sonradan girmiştir. Bu kelime Milletler Topluluğu'dur (Commonwealth).'*³³⁸

Mutlak devletten modern devlete geçerken, bürokrasinin gelişim ve dönüşümünün seyri Saray'ın varlığı nedeniyle İngiliz siyasal sisteminde daha inişli çıkışlı gerçekleşmiştir. Kralın hizmetkarları olan görevliler, uzunca bir süre, parlamento ile en önemli ayrıcalığı hizmetkarlarını atama yetkisi olan kral arasındaki çatışmada kralın en önemli kozu olmuştur. Zira, hamilik ve iltimas, İngiliz hükümdarı tarafından parlamentonun potansiyel mutlak erkini dengeleyecek en önemli araç olarak görülüyordu. Yasama ile yürütme gücünün ayrı olduğu bu dönemde, parlamentolar hamiliğin denetimini ele geçirmeye çalışırken, yürütme gücü ele geçirildikten sonra, genel oy hakkıyla birlikte temsilin genişlemesinin de olası etkileriyle, bürokratik yönetimin iyiden iyiye kurumsallaştığına tanık oluruz. 1831'de yapılan bir düzenleme ile maaşların krallık ödeneğinden değil, parlamentonun onayladığı devlet bütçesinden karşılanması, önemli bir kurumsal değişimin ifadesidir; memurlar artık krallığın değil devletin hizmetkârıdır. Ücretlerini devlet hazinesinden alan, sürekli görevleri hiyerarşik biçimde, liyakat ilkesine göre yerine getiren yansız devlet görevlilerine dayalı bu kurumsallaşma, siyasi güçler karşısında özerk ve kişisellikten arınmış kuralların yönettiği kamu idaresinin varlığına işaret eder.³³⁹

Artık idari görevliler hükümdardan aldıkları yetkilerle ya da hükümdarın kişisel emirlerinin birer uygulayıcısı değil, devletin gücünü belli işlevlere dağıtan bir kurallar

³³⁸ Maitland, 1901, s. 423.

³³⁹ Dreyfus, s. 183-187.

bütününün yönlendirmesi ve denetimi altında çalışıyorlardı. Böylece devletin etkinliklerinin de gayrişahsileştirilmesi söz konusuydu.

Siyasal iktidarın gayrişahsileşmesi ile bürokrasinin gayrişahsileştirilmesi birbirini takip eder. Modern devletin kuruluş belgesi olan anayasalarda devlet görevlileri, sürekli ve asli kamu hizmetlerini yerine getiren görevliler olarak tanımlanırlar. Görev süreklidir; görevli, kamu (devlet) görevlisi sıfatıyla geçici olarak bu makamlara gelir ve gider. Kamu görevi de gayrişahsileşmiştir. *“Sadece kavramsal olarak tarafsız, devlet sınavları aracılığıyla seçilmiş ve kurallar ve koşullar hakkındaki bilgiler çerçevesinde hareket eden memurların değil, aynı zamanda bu devlet görevlilerinin karşısında bir dosyadaki isimsiz madde gibi davranıldığında yakınan yurttaşların da bu gayrişahsileştirmenin içinde yer aldığını”* söyleyen Poggi, modern devletteki gayrişahsileşmenin boyutuna dikkatimizi çeker.³⁴⁰ Böylece devlet ve devlet görevlisiyle her karşılaşma anonim bir faaliyete gönderme yapar. Hem herkese ait olan hem de kime ait olduğu belli olmayan, bir bakıma kimseye ait olmayan olarak anonim kelimesinin iki anlamıyla da her iki durumda da somut bir kişiden söz etme olanağı bulunmamaktadır. Egemenin, ihlalcinin kaybı tam da bu anonimlikten kaynaklanır.

Bu bakımdan da siyasi iradenin uygulanma aygıtı olarak bürokrasi tasarımı, idari personelin yönetenlerle karıştırılmaması gereken soyut devletin hizmetinde olduğu kabul edilir. Bu tasarımda bürokrasi, siyasal yansızlık ve profesyonelleşme ile tanımlanır. Kavramsal olarak tarafsız ve çoğunlukla sınavlarla seçilen liyakate bağlı belirli makamlarla özdeşleşen bürokrasi de gayrişahsidir. Böylelikle görevlerle devlet görevlisi de mümkün olduğunca görünmez kılınmaya çalışılmıştır. Hem yeni siyasal ve ekonomik sistemin gerektirdiği hesap edilebilir düzeni sağlayacak hem de işe alınma koşullarının değişmesiyle – liyakat için gerekli eğitimin laik ve genel eğitimi gerektirmesi,

³⁴⁰ Poggi, 2007, s.24.

aristokrasinin ve dinin egemenliğinin dışlanması önemli rol oynayacaktır. Bürokrasinin rasyonelliği de buradadır.

Modern devletin bürokratik yapılanmasının insan hakları ihlallerini nasıl kolaylaştırdığı, tarafsız, devlet sınavları aracılığıyla seçilmiş, kurallar ve koşullar hakkındaki bilgiler çerçevesinde hareket eden memurların, modern devletin kurumsal ve gayrişahsi yapısına nasıl katkı sunduğu tezin ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Ancak bürokrasiye özgü rasyonalitenin kavranması, sadece insan hakları ihlallerine dair potansiyeli anlamamızı kolaylaştırmayacak, insan haklarının korunmasının bürokratik mekanizmalara bırakılmasının, ne derece etkili olabileceği konusunda da bir fikir verecektir. Bu noktada Weber'in, modern devlete özgü yasal-kurumsal egemenliğin rasyonalitesini açıklarken, onun politikasının daima *raison d'état*³⁴¹ ve meşruluğun korunmasına yönelik olduğu tezi daima akılda tutulmalıdır.³⁴²

Modern devletin, rasyonel olarak saptanmış hukuksal kurallar tarafından yönlendirilen bir idaresi ve yetkili memurları olduğunu söyleyen Weber, bu özgül sistemde hukuksal egemenliğin kendi meşruiyetini, bu araçlar yoluyla egemenlik uygulayanların, üzerinde anlaşılmış kuralların ve emir verme hakkının yasallığına olan inançlarına dayalı rasyonel karakterinden aldığını söylerken³⁴³ bürokratik rasyonalizasyonun işlevini de açıklamış oluyordu.³⁴⁴ Buradaki rasyonalite esasında yarar ilkesidir. Bu biçimde kamu bürokrasisinin örgütlenmesi o dönem kapitalist üretim

³⁴¹ Bu Kavramı bazı yazarlar 'hikmet-i hükümet' olarak çevirirken, son dönemlerde Mithat Sancar tarafından kullanılan 'devlet aklı' daha geniş bir uygulama alanı bulmuştur.

³⁴² Kelly, D, s. 3.

³⁴³³⁴³ Weber, s.18.

³⁴⁴ Modern devletin rasyonelliğinin bir ürünü olarak sunulan bürokrasinin, bugün tam tersine, liberaller tarafından, Marx'ın yaklaşık yüz elli yıl önce Louis Bonaparte'ın 18. Brumaire'inde söylediği gibi "parazit bir yapı" olarak görülmesi, Weber'in bürokrasi tanımının sorunlu olduğu yönünde değil, bugünkü kapitalist üretim tarzının başka türlü bir yapılanmaya gereksinim duyduğu biçiminde yorumlanabilir. Kaldı ki, insan hakları ihlallerinin faili olan güvenlik ve asayiş görevlileri, bu türden bir liberal eleştirinin hedefi dışındadır. Zira modern devletin varlık nedeni, güvenlik ve asayiş sağlamaktır.

tarzının bir gerekliliği olarak kamusal yararı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiştir. Dolayısıyla rasyonelite, bürokratik örgütlenme modelinin bir sonucu değil, nedeni olarak görülmelidir.

Kapitalizmin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan burjuva sınıfının gereksinimlerinin idari teşkilatın yaratılmasındaki etkisi konusunda Poggi'nin söyledikleri, bürokratik rasyonaltenin yöneldiği yararın niteliğini, hiçbir gizeme yer vermeden net biçimde açıklar. *“Kritik Pazar kaynaklarına sahip bir sınıfın siyasal gereksinimleri bir estate’inkilerden farklıdır. Yönetimin sınıf içinde yürütülmesi, birbiriyle rekabet eden unsurlardan bazılarını keyfi ve dolayısıyla gayrimeşru olarak ötekiler karşısında daha avantajlı bir duruma sokacağından ve pazarın iç denge kapasitesine ve birikim sürecine müdahale demek olacağından, böyle bir sınıf, yönetim yetkilerine doğrudan sahip olmayı talep etmez. Öte yandan, yönetimden tümüyle de vazgeçmez. Rakip bir sınıftan gelecek herhangi bir saldırıya karşı hem pazarın özerk işlemesini korumak hem de sınıfın kendine ayırdığı kaynaklara ortak el koyuşunu garantilemek için yönetimi yürütecek bir aracıya gereksinim vardır. Aynı zamanda bu aracının da yapısal olarak tüm sınıflardan ayrı ve onların üzerinde tek bir kamusal merkezden yönetmesi gerekmektedir.”*³⁴⁵

Profesyonelleşmiş idari ve askeri bir aygıtın ortaya çıkması, kapitalist pazarın gereksindiği siyasal iktidarın merkezileşmesinin ve şiddet tekelinin zorunlu bir sonucudur. nemli olan siyasal kararların icra organı olarak idarenin örgütlenme biçimi veya kararların alınma tarzı değil, karar yetkisini elinde bulunduranın kim olduğu ve bu yetkinin meşruiyetinin kaynağıdır. Bürokratik örgütlenmenin rasyonelliğinin kaynağı, kapitalist üretim tarzının gereklilikleri ve modern devletin hukuksal-kurumsal egemenlik anlayışı ile sağlanan meşruluk işlevi olmakla birlikte, örgütlenme modelinin sonuçları

³⁴⁵ Poggi, 2005, s.85.

açısından da rasyonalite geçerlidir. Weber, çağdaş bürokrasinin, bürokratik aygıtın tam mekanizasyonunun başarılması ve korunmasında görece optimum dereceyi sağlayan güvenceli parasal aylık ve salt rastlantıya ve keyfiliğe bağlı olmayan kariyer fırsatı sayesinde görevlilerin yasal olarak köleleştirilmesinden çok daha sağlam işlediğini savunurken haklıdır. Resmi görevlerin kişisellikten uzak özelliği, memurun özel yaşamıyla resmi yaşamını ilke olarak ayırmasıyla da beslenerek, görevlinin disipline dayalı sabit bir mekanizmanın işlevsel koşullarıyla bütünleşmesini kolaylaştırır.³⁴⁶

İşte bürokrasinin rasyonalitesi budur: Siyasal iktidar sahiplerinin gereksindiği üstün kamu yararının gerçekleştirilmesi. Burada elbette tek tek insanların yararı söz konusu değildir. Bu nedenledir ki *“Ben, yönetilecek bir nesne, çözülecek pek çok sorunun koleksiyonu, “kontrol altında tutulacak”, “hükmedilecek” “ıslah edilecek” “yeniden üretilecek” bir doğal yapı, toplumsal mühendisliğin meşru bir hedefi, ve genelde kuvvet zoruyla düzenlenecek, planlanan biçimde tutulacak bir bahçe (bahçe düzeni, bitkileri, özen gösterilecek kültür bitkileri ve yok edilecek yabani otlar olarak ayırır) gibi görmemizi teşvik eden bürokratik kültürün Holocaust fikrinin doğabileceği, yavaşça ama durmaksızın gelişebileceği, ve sonucuna ulaşabileceği atmosfer olduğunu düşünüyorum”*³⁴⁷ derken Bauman’ın kastettiği modern devlete özgü bürokratik kültür, ancak siyasal iktidarın üstün yararı anlamında rasyonel olabilir; insan hakları ve özgürlükleri açısından bakıldığında bürokrasinin ne kadar irrasyonel olduğuna bütün dünyanın tanıklık ettiğini söylemek malumun ilanı olur.

Bürokratik rasyonalitenin aracılığıyla yaşanan acı deneyimlerden çok önce Marx, 18. Brumaire’de mutlak yönetim döneminde, devrilmesine yardım ettiği feodal sistemin çöküşüyle ortaya çıkan yürütme gücünü oluşturan bürokratik idari aygıtın, yarım

³⁴⁶ Weber, Max, **Sosyoloji Yazıları**, Çev. Taha Parla, İletişim Y., İst. 1996, s. 306.

³⁴⁷ Baumann, s. 37.

milyonluk muazzam askeri örgütlenmesi ve bir o kadarlık memur ordusu ile Fransız toplumunun bütün bedenini bir zar gibi kaplayarak tüm gözenekleri tıkayan asalak bir yapı olarak niteliyor; II. Bonaparte dönemi hariç ne kadar bağımsız ve güçlü olmaya çalışırsa çalışsın bürokrasinin, burjuvazinin sınıf egemenliğini hazırlama aracından başka bir şey olmadığını söylüyordu. Toplumun hemen tüm ortak çıkarları, yaygın iş bölümüne dayalı olarak hemen toplumdan ayrılıyor, bürokratik idare aygıtı tarafından *üstün genel çıkar* adıyla toplumun karşısına konuyor; böylelikle toplum üyelerinin inisiyatifinden çıkarılarak hükümet etkinliğinin konusuna dönüştürülüyordu.³⁴⁸ Üstün genel çıkar, bürokratik idari aygıtın hem rasyonalitesi hem meşruiyetinin kaynağı olarak sunuluyordu.

4.1.3. Devletin İnsan Hakları Açmazında Devlet Görevlilerinin Fonksiyonu

Feodal bey, kral veya imparator; her dönemde siyasal iktidar sahibinin kendi adına görevlileri aracılığıyla faaliyet yürüttüğü aşikardır; adına vergi toplayan, yargılama yapan, savaşan insanlar daima var olmuştur. Ancak modern devlet öncesi siyasal iktidar ile iktidar adına bazı görevleri yerine getiren görevliler arasında modern dönemde olduğu gibi kurumsallaşmış bir ilişki bulunmadığından, sorumluluk meselesi bir bakıma daha basit biçimde çözümlenmiştir. Genel olarak hükümlan adına faaliyet yürüten görevliler, bir hakkı ihlal ettiklerinde, bir suç işlediklerinde, bu ihlalden kişisel olarak sorumlu tutuluyorlardı. Hükümlan ile ilişkileri bir vekalet ilişkisi sayılıyor, sorun özel hukuk çerçevesinde çözümleniyordu. Bu nedenle de vekilin eylemi müvekkil konumundaki siyasal iktidarı sorumlu kılmıyordu. Kral veya hükümdar, siyasal iktidarın sahibi olarak görünen gerçek kişi bedeniyle birlikte vardı; ne var ki sorumsuzdu.

Modern devlette siyasal iktidar, önceki dönemlerden farklı olarak artık sorumsuz değil, sorumludur; ancak gel gelelim siyasi iktidar soyutlanmış, bir bakıma kayıplara

³⁴⁸ Marx, K., **Louis Bonaparte'ın 18 Brumaire'i**, Sol Yay., Ankara, 2007, s. 120.

karışmıştır; bu nedenle somut olarak kimi, nasıl sorumlu tutacağımız belirsizdir. Artık siyasal iktidarın sahibi olarak görülen kral, imparator vb. bir gerçek kişi yoktur; devletin görevlileri ile devlet tüzel kişiliği denilen yapay bir varlık vardır. Bu yapıda egemen siyasal güç, devletin hukuki kişiliğini temsil eden tüzel kişilik aracılığıyla kendi iradesi dışında bir devlet olgusunun düşünülmesini sağlamıştır. Bu sistemde tüzel kişilik olarak devletin iradesinin yasalar ve idari kararlar biçiminde ortaya konulduğu düşünülür. Böylece hakkı ihlal edilen, karşısında, bir kamu tüzel kişisi olarak devletin iradesi olarak görülen soyut yasa ve kararlar ile somut olarak siyasal iktidarın kullanıcısı konumunda olan devlet görevlilerini bulur. Bu nedenle devlet görevlileri, devletin yurttaşlara görünen somut yüzü olarak görülür; bir jandarma, bir polis veya bir yargıç, yurttaş için devlet demektir.

Devlet görevlileri, siyasal iktidarın sahibi olmadıkları halde siyasal iktidarın kurumsallaştığı devlet adına hareket ederler ve dolayısıyla iktidarın yeniden üretilmesinde ve hem de onun üstün otoritesinin serpintilerinin gölgesinde ikincil otoriteler ihdas ederek³⁴⁹ siyasal iktidarın kararlarını yürütürler. Öyle ki kimi zaman, kamu bürokrasisi deyimi, devlet yerine kullanılır. Modern devleti, devlet dairelerindeki memurların sürekli ve talimatlara uygun çalışmaları yoluyla yönetimi sağlamak için oluşturulmuş karmaşık kurumsal düzenlemeler bütünü olarak tanımlamak geleneği giderek yaygınlaşmaktadır.³⁵⁰ Oppenheimer, -her ne kadar içinden çıktıkları sınıftan soyutlanamayacakları için kendilerine biçilen rolü yerine getiremeseler de - çağdaş anayasal devletin, ilkece, tahakküm olan biçimi ve ekonomik yollarla değerlerin sömürülmesi olan içeriğiyle, ‘ilkel soyguncu devletle’ ya da gelişmiş ‘feodal devletle’ aynı türden olduğunu belirtir. Yeni devlette ayırt edici özelliğin, sınıfların çıkar

³⁴⁹ Kılıçbay, Mehmet Ali, “Devletin yeniden yapılanması”, Devlet, **Doğu Batı**, sayı 1, Ocak 1997, s. 19.

³⁵⁰ Poggi, 2005, s. 15.

kavgasında bir bütün olarak devletin çıkarlarını temsil edecek olan, ya da hiç değilse böyle bir amaca sahip olabilen bir memurlar takımının katılması olduğunu ileri sürer.³⁵¹

Modern devlete ilişkin tartışmalarda, bürokrasinin, özel bir konuma sahip olmasına şaşmamak gerekir. Ancak bunun gerekçesi, sadece, devletin giderek artan faaliyetleri ile birlikte devlet görevlilerinin sayılarının artması, gelirlerini hazine almaları ve güvenceli bir sisteme tabi olmaları nedeniyle elde ettikleri güç ile açıklanamaz. Bürokrasinin gücü, fonksiyonundan kaynaklanır: en önemli fonksiyonlarından biri de siyasal iktidarın görünmezliğinde, yönetilenin karşısına devlet görevlilerinin suretinde somut bir beden, somut bir fail sunmaktır.

4.1.4. Devlet'in Eylemi Mi Devlet Görevlisinin Eylemi mi?

Modern dönemde siyasal iktidar açısından böylesine önemli bir unsur olan devlet görevlilerinin, temel meselesi bir siyasal iktidar olarak devlet kurumu olan kamu hukukunda ve de ihlalin önlenmesine yönelmiş insan hakları hukukunda genellikle ikincil unsurlar olarak değerlendirilip ihmal edildiğini söylemek abartı sayılmamalıdır. Her şeyden önce, devlet görevlisi tanımının muğlaklığı dikkat çekicidir. Ceza hukukunda, idare hukukunda, anayasa hukukunda farklı kriterler vardır. Devlet görevlisi kavramı, özellikle idare hukukunda sadece herhangi bir resmi kurumda çalışanlar veya kamu hizmetini yerine getirenler ve kamu otoritesini kullananlar ile sınırlı olarak algılanmaktadır.³⁵² Ancak bu ölçütlere göre yapılan tanımlamalar, insan hakları alanında, özellikle paramiliter güçler gibi, devletin resmi görevlileri olmayan kişilerce yapılan ihlallerde, failin tespiti ve failin fiilinin devletle ilişkisi bağlamında veya idari teşkilat

³⁵¹ Oppenheimer, F. **Devlet**, çev. Alaeddin şenel, Yavuz Sabuncu, Engin Yayıncılık İstanbul, 1997, s. 184 vd.

³⁵² Gözler, K., **İdare Hukuku**, Ekin Basım Dağıtım, 2014, Tan, T., İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2016,

dışındaki devlet faaliyetlerini yürütenlerin eylemleri söz konusu olduğunda büyük güçlükler çıkarmaktadır.

Muğlaklık sadece kimlerin devlet görevlisi sayılacağına ilişkin de değildir; bu kişilerin hangi eylemlerinin devlet eylemi, hangilerinin kişisel eylem sayılacağı hususu da kesin olarak belirlenememektedir. Söz konusu muğlaklık, istisna kuramının işlemesi için gerekli olan belirsizlik mntıkasını yaratarak ihlalciyi belirsizleştirerek devletin ve devlet görevlisinin sorumluluğunun sınırlandırılmasına sayısız olanaklar sunar.

Modern devletin siyasal iktidarın sahipliğine dair yarattığı karmaşada, ihlallerden kimin, neye dayalı olarak sorumlu olduğu meselesi, bir başka deyişle, faile dair bu sorun acil biçimde cevaplandırılmayı beklerken, hukuki devlet anlayışının meseleyi isnadiyet sorununa indirgeyen tüzel kişilik olgusu yardıma koşar. Artık soruların biçimi değişir; devlet görevlisinin her eylemi devletin eylemi sayılır mı, devletin resmi görevlileri dışında, dolaylı olarak devlet için veya devlet yararına faaliyet yürüten kişilerin eylemlerinden de devlet sorumlu mudur? Eylemde bulunan özne olarak devletten söz edilirken, bazı insanların eylemlerinin devlete atfedilmesini ve devlet eylemleri olarak nitelendirilmesini sağlayan ölçüt nedir gibi sorularla, sorumluluk belirlenmeye, sınır çizgileri çekilmeye çalışılır.

Devlete atfedilen eylem söz konusu olduğunda, devletin, doğrudan bir ihlalin faili olarak görülmesinin mi söz konusu olacağı, ya da aksine, görevlisinin eylemini üstlenen bir devlet mi tartışması, bir kenara bırakılsa bile, iki temel sorun alanıyla karşılaşırız; birisi, devlet organlarında yer alan resmi devlet görevlilerinin hangi ihlal eylemlerinin devlete atfedilebileceği meselesidir. Bu sorun, iç hukukta daha çok bir idare hukuku konusu olarak kişisel eylem ve göreve ilişkin eylem ayırımı çerçevesinde çözülmeye çalışılır. Diğer i ise, kimlerin eylemlerinin devlete atfedileceği meselesi, yani kimlerin devlet görevlisi sayılabileceği, özellikle de doğrudan devlet görevlisi olmayan ancak

devlet organizasyonunda yer alanlarca yönlendirilen kişi/lerin eylemlerinin devlete atfedilip atfedilemeyeceği meselesidir. Bu sorun daha çok uluslararası hukuk alanında görülen davalarda ortaya çıkmakta ve yaygın olarak “etkili kontrol” hipotezi çerçevesinde tartışılmaktadır.

Ancak devlet teorisyenlerinin cevaplandırması gereken ilk soru, Hobbes'a atıfla söylersek herhangi bir şey yapma kapasitesi olmayan ve açıkça bir soyutlama olan devlet nasıl olur da kanunları yapan, suçluları cezalandıran, savaşı ve barışı ilan eden, ‘insanların güvenliğini ve diğer yaşam içeriklerini korumak için gerekli tüm diğer eylemleri gerçekleştiren kişi’ olabildiğidir? Skinner’in de vurguladığı gibi, “*egemen devletten bahsetmek, hükümet teorilerimizdeki en şaşırtıcı ikilemlerden birini ifade etmektir. Bir yandan, çağdaş politik filozofların çoğu Hobbes ile devletin egemenliğin sahibi olduğu konusunda hemfikirdir. Diğer yandan, devletin bir yaratıdan başka bir şey olmadığı konusunda hemfikirdirler.*”³⁵³

Bu açmazın çözümü, Hobbes tarafında da atıf (attribute) kavramı ile çözümlenmeye çalışılmıştır. Ancak Hobbes’un atıf kriterleri, günümüz idare hukuku ve uluslararası hukukundaki kriterlerden ziyade, kurgusallığın en çarpıcı biçimde var olduğu tiyatrodan esinlenilmiştir. Hobbes, bir eylemin, bir kolektiviteye, bir soyutlamaya veya hatta belirli bir koşulun yerine getirilmesi şartıyla bir şey’e atfedilebilmesinin mümkün olduğunu savunuyordu. Eylemin atfedildiği temsilci onun adına eylemde bulunmaya geçerli biçimde yetkili kılınmış başka bir temsilci tarafından temsil edilmelidir. Skinner, Hobbes’un meseleyi çözümlmek için sanılanın aksine teolojik kaynaklardan değil, tiyatrodan esinlendiğini belirtir. Shakespeare’in *Bir Yaz Gecesi Rüyası* oyunu için sahnede duvar gerektiğinde, bir kişi bu duvarı temsil etmiş ve buradan ilham alan Hobbes, temsil yoluyla bazı şeylerin kişileştirilebileceğini anlatmaya çalışmıştır. *Actor* kavramı

³⁵³ Skinner, 1999, s.2.

ve Latince bir şeye sahiplenmeyi ifade eden *attribuere* onun çalışmasında çok önemli işlev görür.³⁵⁴

4.1.4.1. Atıf Kriterleri

Atıf probleminin cevap bekleyen temel sorusu, devlet görevlilerinin hangi eylemlerinin devlete atfedilebileceği sorusudur. Bu soru, devlet görevlisinin eylemlerinin tamamının devlete atfedilemeyeceği ön kabulünü içerir. O halde görevlinin eylemlerinin, devlet faaliyeti mi yoksa kişisel faaliyet mi olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Bu noktada, atfın³⁵⁵ nasıl, hangi ölçütlere göre yapıldığına geçmeden, isnadiyet olarak beliren meselenin bir olguya ait olmadığını, zihinsel bir mesele olduğunu söyleyen Kelsen'in düşüncelerine ve bu konudaki temel teorik yaklaşımlara kısada olsa yer vermenin yararlı olacağı kanısındayız.

Kelsen, hukuki düzen tarafından bir korporasyon olarak kurulan devlet kolektivitesine belli bir bireyin davranışının atfedilmesinin, sadece, bu davranışın devlet kolektivitesini oluşturan hukuki düzen içerisinde, koşul ya da sonuç olarak öngörüldüğünü anlattığını söyler. Burada bir atıf sorunu olduğunu belirterek bunun olgusal değil, zihinsel bir mesele olduğunu belirtir. Belli bir davranışın, özellikle de belli bir eylemin, belli bir görevin, belli bir devlet davranışı, devlet görevi, özellikle de devlet eylemi olup olmadığı sorusu, yani o zaman, kişi olarak eylemde bulunanın ya da görev yerine getirenin devlet

³⁵⁴ Skinner, Qentin, Hobbes and the Purely Artificial Person of the State, The Inaugural Martin Hollis Memorial Lecture, University of Cambridge, **The Journal of Political Philosophy**: Volume 7, Number 1, 1999, pp. 1-29, s.3-6.

³⁵⁵ Atıf yerine isnadiyet kullananlar da bulunmaktadır. Atfedilme (attributability) doğrudan sorumlu olma anlamına gelirken, isnadiyet (imputability) genellikle eylemin sahibi olmadığı halde ya da eylemin sahibi olsa bile ancak bazı hukuksal koşulların gerçekleşmesi ile sorumlu olabilme anlamına gelmekte olup devletin sorumluluğu hakkında özellikle son dönem hukuksal metinlerde atıf kelimesinin kullanılması tercih edilmektedir.

olup olmadığı sorusu, belli bir kişinin bir eylemde bulunup bulunmadığı sorusundan farklı olarak, bir olgunun varlığına ilişkin değildir.³⁵⁶

Bu durumda sorulacak soru, belli bir insan tarafından yapılan şu ya da bu görev veya eylemin devlete atfedilip atfedilemeyeceği, hangi koşullarda atfedilebileceği, atfın hangi ölçüte göre yapılacağıdır. Bu sorulara verilen cevaplar, biraz da tarihsel deneyimlere bağlı olarak değişmekle birlikte, sorunu ele alan iki temel kuramın, *Temsil Kuramı* ve *Organ Kuramı*'nın cevapları, sorunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle diğer kriterlere geçmeden bu iki kuramın genel yaklaşımına değinilecektir.

4.1.4.1.1. Temsil Kuramı ve Organ Kuramı'nın Meseleye Yaklaşımı

Devrim'in etkisindeki Fransız sisteminde, devletin ulustan ayrı bir şey olmadığı, devletin öznesi olduğu iktidar ve hakların aslında doğrudan ulusun hakları ve iktidarı olduğu görüşü uzun süre etkili olmuştur. Bu görüşte, devletin ulusla çatışması veya ulusla karşı karşıya gelen bir özne olması söz konusu değildir.³⁵⁷ Bu görüş, iktidarı bizzat kullanan kişilerle ilişkiyi, *Temsil Kuramı* çerçevesinde açıklar. Buna göre, devlet gücünü kullananlar ulusun temsilcisi sıfatıyla bu gücü kullanırlar; bu güç onlara Ulus'tan gelir.³⁵⁸

Fransa'dan farklı bir siyasal deneyime sahip olan Prusya Devleti ve Alman İmparatorluğu'nun etkileriyle biçimlenen Alman geleneğinde ise, şekli hukuk devleti kuramının benimsendiği görülür. Bu yaklaşımda devlet, ulustan ayrı bir varlık olarak kurgulanabildiğinden, iktidarı kullananların bu gücü nereden aldıkları sorusu *Organ Kuramı* ile açıklanır. Devlet gücünü kullanan kişilerin bu gücü hangi sıfatla kullandığı, ve bu sıfatın onlara nereden geldiği sorusuna, devlet gücünü fiilen kullananların -

³⁵⁶ Kelsen, H. "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", *Devlet Kuramı* içinde, çev.: Cemal Bali Akal, Der.:Cemal Bali Akal, Dost Yay., 2000, Ank., s. 430.

³⁵⁷ Troper, Michel, "Hukuki Devlet Kuramı Üstüne", *Devlet Kuramı* içinde, çev.: Özlem Günyol, Der.:Cemal Bali Akal, Dost Yay., 2000, Ank., s. 348.

³⁵⁸ Carré de Malberg'den aktaran Troper, s.347-349.

cumhurbaşkanı gibi- varlığı karşısında, organ kuramının daha genel ve uygun bir cevap vereceği savunulur.³⁵⁹

Her iki kuramda da sorulan soru, -belli bir davranışın, özellikle de belli bir eylemin belli bir görevin, devlet eylemi ya da devlet görevi olup olmadığı sorusu, yani kişi olarak eylemde bulunanın ya da görev yerine getirenin devlet olup olmadığı sorusu- belli bir kişinin, belli bir eylemde bulunup bulunmadığı sorusundan farklıdır. Bu nedenle Kelsen, sorunun, bir olgunun varlığına ilişkin olmadığı, zihinsel bir mahiyeti olduğunu söylerken, böyle olsaydı eylemi yapanın daima bir gerçek kişi olması gereği nedeniyle, soruya daima olumsuz yanıt verileceğinin kesin olduğunu söyler. Bu yüzden soru şu biçimde sorulmaktadır: *Belli bir insan tarafından yerine getirilen eylem veya görev, devlete atfedilebilir mi ve bu hangi koşullarda yapılabilir?*³⁶⁰

Organ Kuramı 'nı benimseyen Kelsen'in bu soruya cevabı, genel olarak hukuki düzen içinde öngörülmüş bir görevin, yalnızca, hukuki düzene uygun olarak bu iş için görevlendirilen uzmanlaşmış bir birey tarafından yerine getirildiğinde devlete atfedildiği, bir devlet görevi olarak yorumlandığı ya da bir bireyin, yalnızca hukuki düzen tarafından belirlenmiş bir usulle bunu yerine getirmekle görevlendirildiğinde bir devlet organı sayıldığıdır. Böylece *Organ Kuramı* bakış açısından, eylemde bulunan bir özne olarak devlet dendiğinde, sadece bürokratik memurlar aygıtı ve hükümet akla gelmez; yasama ve yargı görevi de devlete atfedilir. Burada kullanılan temel ölçüt, özel bir usul uyarınca o görevi yerine getirmekle görevlendirilen uzmanlaşmış bir organın görevi olup olmamasıdır.³⁶¹

³⁵⁹ Troper, s. 351.

³⁶⁰ Kelsen, 2000, s. 430.

³⁶¹ Kelsen, 2000, s. 432

Devletin amaçlarının doğrudan gerçekleştirilmesi sayesinde devlet idaresi gelişip bürokratik memurlar aygıtının öneminin artmasıyla, devlete atfın, sadece uzmanlaşmış memurlarla sınırlandırılması yönündeki eğilime dikkat çeken Kelsen, cumhurbaşkanı, bakanlar gibi görevlilerin memur olmasalar bile hukuki düzen içinde belirlenmiş bir görevi, uzmanlaşmış etkinlik çerçevesinde yerine getirenler olmaları nedeniyle, onların da devlet organı olarak görülmesi gerektiğini ileri sürerek *Organ Kuramı* 'nın *Temsil Kuramı* 'na göre atıf için daha elverişli olduğu savunusunda, bu yönüyle haklıdır.³⁶²

Kelsen, *Organ Kuramı* 'nın elverişliliğine ilişkin görüşünü, *Temsil Kuramı* 'nın da gerçekte bir kurgu olduğu ve bazı koşullarda geçerli olabileceği, hatta *Organ Kuramı* 'nın *Temsil Kuramı* 'nı da içerdiğini belirterek desteklemeye çalışır. Temsilin özünün, temsil edilenin iradesinin temsilci iradesi ile çakışması olduğunu, ancak bu varsayımın tamamen bir kurgu olduğunu, hukuken daha bağımlı olunan kanuni temsilde bile hiçbir zaman bu iki iradenin tam anlamıyla çakışamayacağını, üstelik, üyelerin hukuki açıdan bağımsız olduğu parlamento ve benzeri temsilde bu çakışmanın, irade özdeşliğinin gerçekliği yansıtmadığını belirtir. Bu durumun, *atıf* ın, mahiyeti gereği kurgu içerdiğinin kanıtı olarak gösteren Kelsen şu soruyu sorar: “*Bir görevi fiilen gerçekleştiren ve bu görevle fiilen gerçekleşen iradeye sahip olan bireyin görevi ya da onunla gerçekleşen irade, bir başka bireye veya bir tüzel kişiliğe atfedilebilir mi?*”³⁶³

Kelsen'e göre, parlamentoyu halkın seçmesi ya da yargıcı monarkın ataması, temsil kavramındaki atfın kurgusal içeriğini hiçbir şekilde etkilemez. Yani, bir organın eyleminin bir organa veya halka atfedilmesi, bu organın yaratılmasına ilişkin usule bağlı değildir. *Temsil Kuramı* 'nda atıf için belirleyici olan tek şey vardır: O da görevin, o görevin atfedildiği bireylerin veya bireyin çıkarları doğrultusunda yerine getirilmesi

³⁶² Kelsen, 2000, s. 433-437

³⁶³ Kelsen, s.438.

gerektiği düşüncesidir. Bu durumda atıf yapılırken, yani bir görev bir tüzel kişiye atfedilirken, onun organ niteliği kabul edilerek bu görevin onu belirleyen ve bir hukuki kolektivite kuran hukuki düzenin birliğine gönderme yapılmaktadır. Bir görev, “*bir başkasına, özellikle de devlet kolektivitesini oluşturan tüm bireylere, devletin halkına atfedilirken, Temsil Kuramı kabul edilerek görevi yerine getiren bireyin, hukuki veya en azından siyasi ve ahlaki olarak bu görevi, görevin atfedildiği birey ya da bireylerin çıkarı doğrultusunda yerine getirmek zorunda olduğu*” anlatılır.³⁶⁴

Bu durumda şunu söyleyebiliriz: *Temsil Kuramı*’na göre bir atıf yapabilmek için, bir devlet görevlisinin eyleminin devlete atfedilebilmesi, görevi yerine getiren görevlinin ortaya koyduğu iradenin, devlet iradesiyle çakışması halinde söz konusu olacaktır. Bu durumda devletin iradesinin ne olduğunu saptamanın zorluğu ortadadır. Bu saptama için en elverişli aracın hukuk olduğunu ileri sürenlerin yaklaşımına göre, devletin hukuku onun iradesini yansıttığından hukuka aykırı bir eylem devlet iradesiyle çakışmaz görünecek ve devlete atfedilemeyecektir.

Devletin sorumluluktan kurtulmak için yasalara aykırı faaliyetleri üstlenmekten kaçınmasında, fiilin, görev sınırları dışına çıkmış bir devlet görevlisi eylemi gibi gösterilmesine olanak veren *Temsil Kuramı*’nın, siyasi ve hukuki sonuçları ile bu tip ihlallere elverişli bir temel sağlayacağı söylenebilir.

Aslında *Temsil Kuramı*’na göre sorumluluğa daha elverişli görünse de *Organ Kuramı*’nda da hak ihlalleri açısından, sorumsuzluk kapısının oldukça aralı bırakıldığını belirtelim. Bir iş için uzmanlaşmış birey tarafından yerine getirilen eylem, o bireyin belli bir usule göre görevlendirilmiş devlet organı olarak yetkili kılınmadığı bir eylem ise, söz konusu eylem, organa, yani devlete atfedilemeyecektir. İşkence, sorgulama görevini

³⁶⁴ Kelsen, 2000, s. 439.

kötüye kullanan ya da bu yetkisini aşan görevlinin şahsi eylemi, öldürme, silah kullanma yetkisini yanlış kullanan görevlinin hatası sayılabilecektir. Bu sistemde, yetki alanı dışına çıkılarak gerçekleştirilen ihlaller, dahası, belli bir usule göre görevlendirilmemiş kişilerin devlet adına yaptıkları eylemler hiçbir biçimde devlete atfedilemeyecektir.

4.1.4.1.2. Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayırımı

Temsil ve organ kuramının atıf meselesine dair yaklaşımlarına ilişkin tartışmalar güncelliğini korumakla birlikte idare hukuku ve devlet idaresinin sorumluluğu alanındaki gelişmelere paralel olarak atıf konusunda -her ne kadar, tartışma, kişisel eylem mi devlet eylemi mi meselesinden ziyade ortaya çıkan zararın sebebine odaklanmış gibi görünse de daha somut kriterler ortaya atılarak, tartışma bu kriterler üzerinden yürütülmeye başlanmıştır. Bu alanda bir ilk örnek olarak Fransız Danıştay'ının 1873 tarihli *Blanco* kararıyla devletin sorumluluğunun kabulüne olanak sağlayan dayanak olarak *hizmet kusuru* (faute de service) kriterinin kullanıldığını söyleyebiliriz.³⁶⁵

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin, kurulmasında, düzenlenmesinde ve yürütülmesindeki bir aksaklığı ifade eder. Hizmet, sadece kamu hizmeti olarak görülen işlem ve eylemlerle sınırlı olmayıp genel olarak bütün idari faaliyeti kapsar. Bu biçimde tanımlanan hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlarından tamamen ayrı düşünülür; yani kamu görevlisi kusurlu olsa da olmasa da hizmet kusuru söz konusu olabilir. Hizmet kusurundan doğan sorumluluk, idarenin, personelinin haksız eylemlerinden dolayı üstlendiği bir sorumluluk olarak görülmez; idarenin “kendi sorumluluğu” olarak asli bir sorumluluk olarak nitelenir.³⁶⁶ Bu biçimde kişisellikten soyutlanan kusurluluk ve sorumluluk anonimleşir.

³⁶⁵ Ozansoy, 1989, s.251

³⁶⁶ Ozansoy, 1989, s. 256-258, Tekinsoy, A., “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları” **Ankara Barosu Dergisi**, ‘13/1. S.22-55., 201

Hizmet kusuru, belirli bir görevlinin kusurundan bağımsız olarak “hizmetin kendisinde” arandığından nesnel ve anonim bir kusur olarak değerlendirilir. Hizmet kusurunun nesnel ve anonim olmasında, idarenin tüzel kişi olması ve kusurun bu nedenle her zaman kişiselleştirilememesinin etkisi olduğu açıktır. Ancak öğretide ve içtihadta bu özelliğin, adeta, kusurla devlet görevlisi arasındaki bağı koparacak biçimde yorumlanması dikkate şayandır. Bu yaklaşımı eleştiren Ozansoy, idare mahkemelerinde görülen tam yargı davalarında “somut bir ajanı saptamak” zorunluluğunun olmamasının doğruluğu yanı sıra, bu özellikten bir prensip yaratmanın doğru olmayacağını söylerken son derece haklıdır.³⁶⁷ Ancak, anonimliğin, “ajanın olayda kaybedilmesi” anlamına gelmediği düşüncesi, iyi niyetli bir beklenti gibi görünüyor. Zira nesnellik ve anonimlik özellikleri ile hizmet kusuru kriterinin, kusurun bedelinin ödenmesi gibi yararlı bir sonuca neden olsa da her eylem bir insan özne gerektirdiğinden, sorumluyu gizleme işlevi ile, devletin ihlal potansiyeline sağladığı katkıları göz ardı etmemek gerekir.

Bu özellikleriyle hizmet kusuru ile kişisel kusur ayırımı yapmanın güçlüğü ortadadır; görevlinin tamamen hizmeti dışındaki kusurunun yanı sıra, hizmet içinde gerçekleştiği halde kişisel kusuru sayılan hallerin varlığı tartışma yaratmakta ve net bir ayırım ölçütü bulunmamaktadır. Hizmet içinde olduğu halde kişisel kusur sayılan haller, görevlinin suç sayılan eylemleri, yargı kararlarına uymama, görevlinin kötü niyetli davranması ve ağır kusurlu olması halleri³⁶⁸ kişisel kusura örnek verilmekle birlikte; suç sayılan eylemin, aynı zamanda hizmet kusuru oluşturacağı gerçeği, diğer taraftan görevlinin niyeti ile ilgili tanımlamaların belirsizliği, bu konuda bu kadar rahat bir ayırım yapmanın ne denli hatalı olduğunu gösterir. Buna göre, görevlinin ağır kusurlu olduğu ya

Sarıca, R., “Hizmet Kusuru ve Karakterleri,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XV, S. 4, 1949, s. 858.

³⁶⁷ Ozansoy, s.263.

³⁶⁸ Gözler Kemal, Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayım, 2018. S.682-692. Günday, Metin, *İdare Hukuku Dersleri*, İmaj y., Ankara, 1996

da suç sayılan bir eylemi varsa, o eylem devlete atfedilmez. Bunun anlamı, işkence yasağının ihlali halinde, görevlinin suç sayılan bir eyleminden söz edip bunu devlete atfetmemek olur.³⁶⁹

4.1.4.1.3. Görev Kusuru Kriteri

Hizmet kusurunun, kişisel kusur olarak görülen eylemlerden ayrılmasına ilişkin zorluklar, özellikle görevlinin ağır kusuru halinde kusurun hizmetten ayrılması ve zarar görene karşı devletin sorumlu tutulmaması, doğrudan görevliye dava açılması ve bunun olası güçlükleri; yanı sıra, devletin kusura dayanmayan sorumluluğunun kabulü yönündeki gelişmeler, yeni bir kusur ve sorumluluk anlayışını gerektirmiştir.

Görev kusuru olarak tanımlanan ve hizmet kusurundan farklı olarak “faili somut olarak belirlenebilen”, bir bakıma kişiselleştirilmiş bu kusur anlayışına göre, idarenin sorumlu tutulması için görevle bir bağlantının kurulması yeterli görülebilir. Ozansoy görev kusurunu şöyle tanımlar: “*Görev kusuru, somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de aslında idarenin ‘kendi davranışı’ sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin ‘kendi sorumluluğunu’ doğuran, hukuka ve göreve aykırılığın, ‘göreve ve idareye’ ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir.*”³⁷⁰

Ozansoy ve Balta tarafından, görev kusurunun devletin sorumluluk alanını genişlettiği, devlet açısından, görevlisinin sorumluluğunu üstlenmek yerine, objektif ve doğrudan bir sorumluluk anlayışının siyasal anlamda daha olumlu olduğu, hakkı ihlal

³⁶⁹ Danıştay 12. Dairesi, 24.4.1968 tarih, 68/777 Esas, 68/925 Karar, Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı** s. 262. Günday, 347.

³⁷⁰ Ozansoy, s. 285.

edilen açısından ise, tazminat hakkı, hizmet kusuruna göre daha geniş bir çerçevede ve daha güvenceli biçimde korunmuş olduğu ileri sürülmektedir.³⁷¹

Devlet görevlisinin, hizmetten ayrılrsa da görevinin kendisine verdiği bir yetki ya da görünümüne dayalı olarak gerçekleştirdiği ihlaller açısından devletin sorumluluğunun kabulü, elbette önemlidir. Ancak sorumluluğun bu biçimde devletin sorumluluğu olarak kabulü ve devlet kasasından ödeme yapılmasını sağlayan güvence sistemi ile birlikte görev kusuru kriterinin de devlet görevlisinin suç işleme potansiyelini azaltıcı bir etkisinin sağlanmasının ne kadar zor olduğunu göstermektedir. Görev kusuru kavramı, sorumluluk alanını genişletmekle birlikte, her iki kriterin üzerinde odaklaştığı nokta, esas olarak usulü niteliktedir; zararı kim üstlenecektir, devlet mi devlet görevlisi mi ya da ikisi birlikte mi, sorumluluk doğrudan bir sorumluluk mudur, üstlenilen bir sorumluluk mudur gibi. “İdarenin mali sorumluluğu” olarak ele alınan bu mesele, modern devlette, insan hakları ihlalleri açısından sorumluluk meselesinin çözümünün hiç de kolay olmadığını ortaya koymaktadır.

4.1.4.1.4. Kişisel Yetki Kriteri

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından neredeyse yarım yüzyıl üzerinde çalışıldıktan sonra 2001 yılında Komisyonun elli-üçüncü oturumunda kabul edilmiş ve Genel Kurul’a sunulmuş olan “*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*” (*Uluslararası Haksız Davranışlardan Kaynaklanan Devlet Sorumluluğu*) taslak metni devletin sorumluluğu meselesini ele almış ve bir eylemin devlete atfedilebilmesinin koşullarını da belirlemiştir.³⁷² Devletin insan hakları

³⁷¹ Duran, Lütfi, “*Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*”, **Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, Ankara, 1974, s.107-109., Ozansoy, s.282-285.

³⁷² Aynı zamanda taslak maddelere yorum içeren rapor, Genel Kurul’un Resmi Kayıtları, Elli Altıncı Oturum, 10 numaralı Ek’inde (A/56/10) de yer alır. Metin, Genel Kurul’un 12 Aralık 2001 tarihli, 56/83 sayılı önergesinin ilavesinde yer alır ve A/56/49(I.Cilt)/Düzeltilme 4 sayılı belge tarafından düzeltilmiştir.

ihlallerinden sorumluluğu konusunda, henüz taslak niteliğinde olmasına karşılık metne yapılan referansların sıklığına bakıldığında, söz konusu belgenin önemi anlaşılmaktadır. Zira insan hakları ihlalleri konusunda sadece iç hukukta değil, uluslararası hukukta da failin tespiti ve sorumluluğu, en önemli sorunlardan birini oluşturmaktadır. Söz konusu belgenin atıf konusunda getirdiği kriterler, uluslararası hukukta yetki ve atıf sorununun³⁷³ çözümü yanı sıra, kanımızca iç hukuk düzeninde atıf meselesi ile ilgili boşluklara uyarlanabilme yetisi nedeniyle de ilgiyi hak etmektedir.³⁷⁴

Taslak metnin, hangi eylemlerin devlet eylemi sayılacağına dair “*Eylemin Bir Devlete Maledilmesi*” başlıklı bölümünün 4. maddesi, devletin organlarının davranışlarına ilişkindir. Devletin herhangi bir organının davranışı, ilgili organ ister yasama, yürütme, yargı veya diğer bir işleve sahip olsun, devletin yapısında nerede yer alırsa alsın ve merkezi hükümetin veya devletin bölgesel yönetiminde hangi konuma sahip olursa olsun, uluslararası hukuk tarafından o devletin bir eylemi olarak kabul edilir. Bu tanım, devletin sorumluluğunun tespitinde “*kişisel yetki*” ölçütü olarak bilinen ve devletin herhangi bir organı sıfatıyla devlet otoritesini kullanan veya bu sığata sahip olmasa bile, hukuken bu şekilde yetkilendirilen kişilerin davranışlarının devlete atfedilmesine olanak veren bir hipoteze dayanır.

Uluslararası hukuk uygulamasında “*kişisel yetki*” hipotezi uygulanırken iki araç üzerinde durulmaktadır: Devlet görevlisi olma yetkisine dayanılarak yapılması ve kamusal araç görüntüsü. Örneğin, *Caire Davası*’nda Fransa –Meksika Komisyonu, Meksika askerlerini, tamamıyla görevleri dışında ve milli hukuk açısından da meşru

2005 yılı uluslararası hukuk komisyonu tarafından taslak metne son hali verilmiştir. <https://www.refworld.org/docid/478f60c52.html> Erişim T: 15.10.2021.

³⁷³ Bkz. Kerem Altıparmak “*Sınırdışı Operasyonlarda Papatya Falı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Davaya Bakacak Bakmayacak Bakacak...*” **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt 5, No:3, s.47-76, 20..; H. Hannum, “Remarks on Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights”, **ASIL Proceedings** 95, 2002.

³⁷⁴ Çalışmanın bu kısmında sıkça referans yapılacak olan bu metinden kısaca *Taslak* diye söz edilecektir.

kabul edilmeyen eylemleri nedeniyle sorumlu tutarken başvurduğu ölçüt, Meksika askerlerinin devlet görevlisi görüntüsünde olmaları olmuştur.³⁷⁵ *Mallén Davası*'nda da, Amerikan polisi tarafından yapılan iki saldırı eyleminde aynı ölçüt kullanılarak eylemlerden birinde Amerika Birleşik Devletleri'nin sorumlu olmadığına karar verilirken, ikincisinde, sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Saldırı eyleminin devlete atfedilmesinin gerekçesi, ulusal hukukta yasaklanan bir eylem olmakla birlikte, eylemin, devlet görevlisi olmanın sağladığı yetkiye dayalı olarak yapılmış olmasıdır.³⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Bankoviç kararına dek uluslararası hukukta genel bir ilke olarak kabul edilen kişisel yetki hipotezini benimsediği söylenebilir. Ancak Bankoviç kararıyla bu eğilimden önemli ölçüde saptığını söyleyebiliriz. NATO hava saldırısında ölen on altı radyocunun yakınlarının NATO üyesi Avrupa Konseyi üyeleri aleyhine yaptığı başvuruda, Mahkeme, kişisel yetki hipotezini tamamen göz ardı ederek, bir ülkede sadece bir devletin egemen olabileceğini ve Kosova'da egemen devletin Yugoslavya Federal Cumhuriyeti olduğunu, onun da sözleşmenin tarafı olmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Oysa kişisel yetki hipotezini uygulasaydı davanın kabulüne karar vermesi gerekirdi.³⁷⁷

³⁷⁵ Uzun, E., **Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eyleminden Sorumluluğu**, Doktora Tezi, 2007, s.86. <https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11421/9651/415890.pdf?sequence=1> Erişim T. :12.1.2022.

³⁷⁶ Başlangıçta uluslararası hukukta yetki aşımı veya kuralların ihlali durumunda devletin sorumlu tutulması pek kabul görmezken bu eğilim terkedilmiş, giderek devlet görevlilerinin yetkilerini aşmak ve kurallara karşı gelmek sonucu işledikleri eylemlerden de devletin kural olarak sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Milletler Cemiyeti'nin Lahey Konferansı için devletin sorumluluğu konusunda hazırladığı rapora göre, devlet, bir yabancıнын uluslararası hukuka aykırı bir eylem nedeniyle maruz kaldığı zarardan, bu zarar ulusal yasalarca belirlenen yetkisinin dışında davranan görevlinin eylemiyle meydana gelmişse, devlet sadece şu durumlarda sorumlu olur:

a- eğer hükümet yasadışı eylem hazırlığı konusunda bilgilendirilmiş ve bu eylemi engellemek için zamanında gerekli tedbirleri almamışsa,

b- eğer hükümet eylem gerçekleşikten sonra, eylemde bulunan görevli hakkında disiplin ve ceza önlemlerini hızlı ve özenli bir şekilde almamışsa;

c-eğer zarar gören yabancı için etkili bir hukuksal yol yoksa veya mahkemeler önlerine gelen davayı çözmemişlerse. Uzun, s. 73. ,

³⁷⁷ Bankoviç v., Kerem Altıparmak, Bkz. Kerem Altıparmak "Sınırdışı Operasyonlarda Papatya Falı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Davaya Bakacak Bakmayacak Bakacak..." **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt 5, No: 3, s.47-76.

Kişisel yetki kriteri, insan hakları ihlallerinde sıkça başvurulmuş yetki aşımı savunmasına karşı sorumluluk hukuku açısından önemli olanaklar sunma kapasitesine sahiptir. Ulusal hukuka aykırı olsa da devlet görevlilerinin eylemlerinden devletin sorumlu tutulması gereği yönündeki taslak metnin 7. maddesini bu olanak çerçevesinde değerlendirebiliriz. Söz konusu 7. maddeye göre: “*Devlet organının ya da hükümet yetkisinin unsurları dahilinde hareket etme iznine sahip kişi veya oluşumların davranışları; organ, kişi veya oluşum bu kapasite içinde hareket ettiğinde, yetkisini aşıya veya talimatları ihlal etse bile uluslararası yasalara göre Devlet’in eylemi olarak kabul edilecektir.*”³⁷⁸

Uluslararası hukuk alanında genellikle devletin kendi ülkesi dışında gerçekleştirdiği eylemlerden sorumluluğu konusunda kullanılan bu kriterin, iç hukuk düzeni açısından, özellikle yetki aşımı ya da talimatların ihlali durumunda, hizmet kusuru ve hatta görev kusuru kriterine göre, sorumluluğa daha elverişli olacağı kanısındayız. Hemen her hukuk sisteminde yasaklanan işkence suçunun işlenmesi halinde³⁷⁹ devlet sorumluluğunun kabulü, *kişisel yetki* kriterine dayandırılabilir.

4.1.4.1.5. Etkili Kontrol Kriteri

Etkili kontrol hipotezi, uluslararası hukukta daha çok sınır ötesi operasyonlar, işgal vb. durumlarda kullanılan bir ölçüttür. Etkili kontrol hipotezinin en sık verilen örneği Uluslararası Adalet Divanı’nın Nikaragua/ABD davasıdır. 1986 tarihli bu davada, Divan, Nikaragua’nın, devrimden sonra kurulan hükümete yönelik saldırıları gerçekleştiren kontrgerilla eylemlerinin ABD tarafından desteklendiği, saldırganların ABD’de eğitildiği ve yönlendirildiği ve ABD tarafından silahlandırıldığı iddiasını doğru

³⁷⁸ <https://www.refworld.org/docid/478f60c52.html> Erişim T: 15.10.2021.

³⁷⁹ ABD ve Avrupa’nın ülke dışı işkence ve kötü muamele eylemlerine ilişkin olarak bkz. <https://www.theguardian.com/world/2006/oct/26/usa.topstories3> Erişim T: 15.02.2022.

kabul etmekle birlikte, gerillaların eylemlerinin ABD'ye atfedilemeyeceğine karar vermiştir. Divan, kontrgerilla eylemlerinin ABD yardımı kesildikten sonra da devam etmiş olması temelinde gerillaların tümüyle ABD'nin kontrolü altında bulunmadığına ve ABD adına hareket ettiklerini gösteren yeterli ve kesin delil bulunmadığına kanaat getirmiştir.³⁸⁰

Etkili kontrol kriteri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce de kullanılmaktadır. Kıbrıs davaları olarak bilinen ve Loizidou ile başlayan süreçte mahkeme, Kuzey Kıbrıs'ta çok sayıda Türk askerin bulunmasından hareketle Türkiye'nin ada üzerinde genel nitelikte etkili bir kontrole sahip olduğu sonucuna vararak buradaki hak ihlallerinden Türkiye'yi sorumlu tutmuştur.³⁸¹

Bir başka örnekte, Kashiyeve ve Akayeva-Rusya davasında, cesetlerinde dayak ve kurşun yarası izleri bulunan başvuru sahiplerinin yakınlarının öldürülmesinden dolayı etkili kontrol kriteri uygulanarak Rusya Federasyonu sorumlu bulunmuştur. Mahkeme, ölüm olaylarının gerçekleştirildiği dönemde Grozni'nin Staropromyslovskiy semtinin tamamen federal güçlerin kontrolünde olduğunu, benzer davalarda ortaya çıktığı üzere kimlik kontrollerinin sadece askerler tarafından yapabileceğini ve başvuru sahibinin akrabalarının kimlik kontrolü sırasında öldürüldüklerinin muhtemel olduğunu tespit ederek ölüm olaylarının, hiçbir açıklama veya haklı gerekçe sunmayan devlete atfedilebileceğine karar vermiştir.³⁸² Özellikle faili meçhul cinayetler ve devletin kontrol ettiği veya yönlendirdiği paramiliter grupların eylemlerinin devlete atfedilmesi konusunda, etkili kontrol kriterinin kullanıma elverişli olduğu görülmekle birlikte, pratikte bunun henüz yeterince karşılığı bulunmamaktadır. Bu konuda Avrupa İnsan

³⁸⁰ <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5> Erişim T.:16.2.2022.

³⁸¹ Altıparmak, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt 5, No:3, s.47-76.

³⁸² Kashiyeve ve Akayeva-Rusya, 24 Subat 2005 tarihli karar, Başvuru No: 57942/00 <https://hudoc.exec.coe.int/fre#%22EXECIdentifier%22:%22004-9%22%7D> Erişim T.:12.2.2022.

Hakları Mahkemesi, çoğunluğunu Türkiye, Rusya ve Birleşik Krallık'la ilgili yapılan başvuruların oluşturduğu davalarda, genellikle etkili bir soruşturma eksikliğine dayanarak 2. maddenin usuli boyutuyla ihlaline karar vermiş,³⁸³ devletin doğrudan öldürme eyleminin faili olması meselesi üzerinde yeterince durmamıştır.

Kuzey İrlandalı bir avukat olan Patrick Finucane'nın ölümü ve yine Kuzey İrlandalı Patrick Shanaghan'ın 1991 yılında kraliyet yandaşı olarak bilinen bir terör örgütü olan *Ulster Özgürlük Savaşçıları* tarafından vurularak öldürülmesi ile ilgili davalarda, başvuruçular, söz konusu ölüm olayının güvenlik güçleri ve kraliyet yandaşı silahlı kişiler arasında yapılan bir anlaşma sonucu olduğunu ve IRA üyesi ya da sempatzanı olarak algılanan kişilerin, devlet makamlarının bilgisi ve iştirakinde hedef alındığı cinayetler silsilesinin kurbanı olduğunu ileri sürmüşler ise de; Mahkeme bu iddiaların doğru olması durumunda “ciddi meselelerin” gündeme geleceğini, benzer biçimde diğer Kuzey İrlanda davalarında ileri sürülen güvenlik güçleri ve Kraliyet taraftarı silahlı güçler arasında anlaşma gibi idari bir eylemin olup olmadığını incelemeyi reddederek bu durumun “söz konusu başvurunun kapsamını aştığı” sonucuna varmıştır.³⁸⁴ Mahkemenin kararlarında atıf meselesinin giderek daha az tartışılması ve sorunun devletin usuli ödevlerinin yerine getirilip getirilmediğine yönelmesi, insan haklarının korunması bakımından son derece olumsuz bir gelişme olsa da, mahkemenin zaman zaman kullandığı etkili kontrol kriterinin bu alanda yeni olanaklar yaratabileceği düşünülmektedir.

Devlet gücünün, faili meçhul görünen olaylar veya paramiliter gruplarca işlenen eylemler üzerinden kullanıldığı ihlallerde, etkili kontrol kriterinin iç hukukta

³⁸³ <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c> Erişim T.: 13.02.2022.

³⁸⁴ Finucane-Birleşik Krallık, 1 Temmuz 2003 tarihli karar, Douwe Korff, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No.8, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad2_YasamHakki.pdf

uygulanması, -elbette, mevcut devlet yapılanmasının bu olanağın kullanılmasına ne kadar elverişli olduğunu hesaba katarak- istisna alanını daraltabileceğini söyleyebiliriz.

4.1.5. Kimlerin Eylemi Devlete Atfedilebilir?

4.1.5.1. Devlet Organlarında Yer Alan Kişilerin Eylemleri

Siyasal iktidarın genel olarak yasama, yürütme ve yargı organıyla kurumsal olarak örgütlendiği modern devlette, kimlerin eyleminin devlete atfedilebileceği sorusu karşısında akla gelen ilk cevap, elbette bu kurumlarda yer alan kişilerin devlet görevlisi olarak nitelendirilmeleri ve eylemlerinin devlete atfedilmesi gerektiğidir. Teorik olarak burada bir sorun görünmemektedir. Ancak modern devletin güçler ayrılığı ile formüle edilen bu örgütlenme modelinin, sorumluluk hukuku açısından olanaklar sağladığı gibi olanaksızlıklar içerdiğini de belirtelim. Şöyle ki yargıç karar vererek istisnayı belirler ama kimse, yargıcı, yasaları uyguladığı için sorumlu tutamaz; yasama kutsal bir faaliyettir, halkın iradesinin gerçekleşmesi için tam bir sorumsuzluktan yararlanır; günah sadece yürütmeye yazılır. Bu nedenle devlet organlarında yer alan kişilerin eylemlerinin devlete atfı meselesi, sorunsuz veya hallolmuş bir kategori olarak görülmemelidir.

4.1.5.1.1. Yargı

Yargıçlar halk adına karar verseler de birkaç istisna dışında³⁸⁵ halk tarafından seçilmezler; atanmaları veya seçilmelerinde devlet yöneticilerinin onayı vardır, özlük hakları devletçe belirlenir ve ödenir. Her ne kadar yargıçların bağımsızlığından söz edilse de bu bağımsızlık, güçler dengesinin kurulması çerçevesinde olup, yargılama veya bir başka deyişle uyuşmazlıkları çözme faaliyeti, bir devlet faaliyetidir. Bu nedenle kurumsal

³⁸⁵ ABD'nin bazı eyaletlerinde, İsviçre' de, Ukrayna'da muntaka hakimleri seçimle gelir. S.S.C.B.'de ve Bulgaristan, Beyaz Rusya, Çekoslovakya'da halk mahkemeleri hakimleri halk tarafından seçilir. Sever, Ömer "Hâkim Ve Savcıların Atanmaları Ve Yükselmeleri", www.bilka.org.tr Erişim T. 12.2.2022.

olarak devletin bir gücü olarak örgütlenmiş yargı gücü içerisinde yer alan kişiler de devlet görevlisi sayılırlar.

Yargıçlar, insan hakları ihlallerini gereği gibi soruşturmamak ve cezalandırmamak biçiminde istisna alanını belirleyen kararlarıyla, ihlalleri süreklileştirmeye yarayan hukuki yorumlarıyla ihlale katkıda bulunabilecekleri gibi, kişi özgürlüğü, adil yargılanma gibi haklar söz konusu olduğunda, doğrudan ihlalcı de olabilirler.

Ancak devlet iç düzeni açısından yargı fonksiyonunu yerine getiren görevliler diğer devlet görevlilerinden ayrı tutulur. Yargıçlar, yargılamayı halk adına ve yasalar doğrultusunda yapan, bağımsız ve tarafsız kişiler olarak sunulur. Yargılamaya ilişkin bu ilke, yargıcı, devlet görevlisi (ajanı) olarak görmemeyi sağlar. Adli hata ile idam cezası verilenlerin durumunda yargıç, yaşam hakkının ihlalinden sorumlu tutulmaz ya da işkence yapan görevlileri gereği gibi soruşturup yeterli ceza vermediği için sorumlu tutulmaz.

Yargılama bir idari faaliyet olmadığı için yargıcın verdiği zarardan dolayı idare aleyhine bir dava açılması nadiren ve çok sınırlı olarak kabul edilmektedir. Bir yargıcın eyleminin devlete atfedilmesi iç hukuk düzeni açısından kolay değildir. Aksi halde yargıç bağımsızlığı ilkesinin zedeleneceği ileri sürülür. 1929 tarihli Riveill davasında Montpellier Mahkemesi'nin hükmünde yürüttüğü tartışma güncelliğini korumaktadır: *“Devlet kendi memurları tarafından işlenen kusurlardan dolayı mesul tutulabiliyorsa, bunun sebebi, ifa ettikleri görevde bu memurları devlete bağlayan ve kendilerini görevlerinin ifasında devletin hizmetkârı kılan rabitalardır; fakat hukuk usulü muhakemeleri kanununun 505. maddesi gereğince hakimlerin mesuliyetine yol açabilen haller münhasıran adli sahaya taalluk eder; böyle olunca bu kabil tasarrufların ifasında*

*hakimin devlete tabi olması bahis mevzu olamaz, çünkü bu tabiyet hakimin istiklalini ağır surette ihlal eder ve hüküm verme vazifesine aykırı düşer...*³⁸⁶

Fransa’da, 1895 tarihli kanunla getirilen ve daha sonra pek çok yerde yaygınlık kazanan, adli hata halinde devletin tazminat ödemesi müessesesine ilişkin olarak ileri sürülen, adli hata halinde verilen tazminatın risk esasına dayandığı, hizmet kusuru aranmaksızın verildiği ve bu nedenle adli hizmetin kontrolünün söz konusu olmadığı savunusu da halen güncelliğini korumaktadır.³⁸⁷

Uluslararası hukukta yargı organlarının sorumluluğu, ya hukuka aykırı milli hukuku uygulamak ya da “adaletten kaçınma” biçiminde olmaktadır. Adaletten kaçınma, başlangıçta yabancılarla ilgili hukuk ve ceza yargılamasının düzgün şekilde işlememesi, adil olmayan kararlar verilmesi olarak yorumlanırken, giderek bu dar anlam dışında, yargılamanın uzun sürmesi, uluslararası standardın dışında bir ceza verilmesi veya kararın tatmin edici olmaması gibi koşulları da içerecek biçimde yorumlanmıştır. Ancak kasti ve sistematik bir uygulama varsa yargı organlarının kararlarının adil olarak değerlendirilmemesi söz konusu olmaktadır.³⁸⁸

4.1.5.1.2. Yasama

Yasama organının insan haklarını ihlal etmesi ancak yasama faaliyeti aracılığıyla olabilir. Devlet iç düzeninde/ulusal hukukta işkenceye zanaşımı süresi koyan, ya da işkenceyi yeterli cezalandırmayan, kişi özgürlüğünü kısıtlayan ya da ayırimcılık yasağını

³⁸⁶ Duez, Paul, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, çev.: İbrahim senil, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, s. 245.

³⁸⁷ Duez, s. 250. İnsan hakları ihlalleri karşısında haksız fiil sorumluluğunu hatırlatan bu tip bir risk sorumluluğu anlayışının eleştirisi için bkz. Ozansoy, 1989.

³⁸⁸ Uzun, E., “**Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**”, Beta Y., İst, 2007, s. 68-70.

ihlal eden, ölüm cezası öngören bir yasadın, yasama organı üyeleri ve/veya devlet sorumlu tutulabilir mi?

Yasama yetkisini kullanan vekiller halkın temsilcisidirler ve tam bir sorumsuzluktan yararlanırlar. Rousseau'nun genel irade fikri ile uyumlu bu bakış açısına göre, yasama organında yer alan kişiler halkın temsilcisidirler; dolayısıyla onların, yasama faaliyetinden sorumlu tutulmaları, halkın iradesinin kısıtlanması anlamına geleceğinden kabul edilmez. Ayrıca, görevi yasaların uygulanmasını sağlamak olan yargı organının, yasama organını yargılaması teorik ve pratik açılarından büyük zorluklar içerir.³⁸⁹

İç hukuk düzeninde, anayasaya aykırılık nedeniyle iptal, yasama organı faaliyetine ilişkin tek yaptırımdır; ancak çok özel bir süreç gerektirir ve sonuç sadece ilgili yasanın, ileriye dönük iptali biçiminde olur. Anayasal şikâyet hakkı ise bir idari ya da yargısal karara karşı öngörülen yol olarak öngörüldüğünden yasama organının yargılanması söz konusu değildir.

Uluslararası alanda ise yasama organı tarafından uluslararası hukukun yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi, kanun yapmama veya değiştirmeme gibi tutumlardan devletin sorumluluğu kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamayan Türkiye'nin, Avrupa hukukunun ve kamu düzeninin bir parçası olan bu sözleşmeyi onaylamamasını geçerli saymayarak devleti sorumlu tutmuştur.³⁹⁰ Ancak bu tarz bir sorumluluk, insan hakları ihlalleri alanında yasama organı üyelerinin sorumluluğu problemini çözmek için yeterli değildir.

³⁸⁹ Aygen, Cemal, **Teşrii Faaliyetinden Dolayı Devletin Hukuki Sorumluluğu**, A.Ü. SBF Yayınları, No:49-31, Ankara, 1955.

³⁹⁰ Baykara v. Turkey kararı, (BD), *Başvuru no. 34503/97*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2234503/97%22\],%22itemid%22:\[%22001-89558%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2234503/97%22],%22itemid%22:[%22001-89558%22]})

4.1.5.1.3. Yürütme

İnsan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda devletin üç gücü arasında şüphesiz ki en önemli olanı yürütme organıdır. Yasama gücünün giderek yürütme organının bir parçası haline geldiği de gözetildiğinde devlet denilince akla yürütme organının gelmesine şaşırmamak gerekir.

Yürütme organı hükümet ve idareden oluşmaktadır. Hükümet edenler çoğu zaman parlamenter olarak halkın seçtiği kişilerdir, yürütme gücü ile yasama gücü onların kişiliğinde birbirine geçer. Bu nedenle onların devlet görevlisi oldukları pek akla getirilmez. Oysa Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar, devletin bütün faaliyetlerinin en üst düzeydeki yürütücüsü olan devlet görevlileridir.

Hükümet – idare ayırımı sayesinde kişilerle muhatap olan idare, hükümetten soyutlanarak sürekli bir kurumsal işleyişiyle devlet tüzel kişiliği biçiminde görünür. Sonuç olarak, pratikte devlet görevlisi, devlet idaresini oluşturan bu tüzel kişiliğin kurumlarında yer alan, bürokratik hiyerarşiye tabi, atama esasına göre çalışan memurlar grubu ile sınırlandırılmaya çalışılır.

4.1.5.2. Devlet Organlarında Yer Almamakla Birlikte Devlet Yetkisiyle Hareket Eden Kişi veya Oluşumların Eylemleri

Taslak metnin 5. maddesinde, devlet organlarında yer almamakla birlikte, devlet yetkisiyle hareket eden kişi veya oluşumların eylemlerinin de devlete atfedileceği belirtilmiştir: “4. Madde altında, Devletin bir organı olmayan ama hükümet yetkisini kullanmak üzere Devlet yasası tarafından yetkilendirilmiş bir kişi veya oluşumun/varlığın, kurumun (entity) davranışları, kişi veya oluşum söz konusu zamanda

*bu kapasite içinde hareket ettiği sürece uluslararası yasalara göre Devlet'in eylemi olarak kabul edilecektir.”*³⁹¹

Maddenin yorumunda *entity* kavramının oldukça geniş bir kapsamı bulunduğu, ister devlete ait bir işletme veya hatta isterse özel sektöre ait bir işletme olsun, devletin resmi organı olmasa bile, eğer devlet hukukuyla tanınmış bir yetkiye dayanılarak kamusal bir faaliyet yerine getiriliyorsa, bu eylemlerin devlete atfedilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.³⁹² Bu çerçevede, devlet resmi tüzel kişiliği ile bağlantısı olmamakla birlikte, devlet yasası tarafından yetkilendirilen kişiler denilince akla gelen en yaygın iki örnek,³⁹³ geçici istihbarat görevlileri ve özel güvenlik çalışanlarıdır.

Söz konusu düzenleme, iç hukuk düzeni açısından, ihlal potansiyeli yüksek olan, ancak dar anlamda devlet görevlisi sayılmayan kişi ve grupların sorumluluğuna uygulanabilme kapasitesiyle önemli bir olanağa işaret eder.

4.1.5.2.1. Geçici İstihbarat Görevlileri

Modern ulus devlet resmi sır üzerine kuruludur. Bu nedenle istihbarat teşkilatları, hemen her devletin en önemli yapılanmalarından biri olarak örgütlenir. Gizlilik esasına dayalı bu örgütlerde, kimin çalıştığı, ne kadar ücret aldığı vs. bilinmez. İstihbarat teşkilatlarına ilişkin yasalar hükümet başkanına ve bu kurumların yöneticilerine oldukça

³⁹¹ Bkz. “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, . http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

³⁹² Bkz. “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

³⁹³ Türkiye’de yaygın biçimde uygulanan geçici köy koruculuğu da bu kapsamda görülebilir. Devlette kadrosu bulunmayan, herhangi bir maaşa bağlı olarak çalışmayan ve adeta gizli bir orduyu andıran 23 bin 274 gönüllü korucunun kayıtları sadece Jandarma’da bulunuyor. Jandarma tarafından silah dağıtılarak güvenlik hizmetlerinde kullanılan bu kişiler Türk Anayasa Mahkemesince devlet görevlisi olarak kabul edilmemiştir. 10.12.1985 tarih ve E. 1985/5; K. 1985/23 sayılı kararı; RG: 21.1.1986-18995. Bu kararın eleştirisi için bkz. Duran, L., "Sözleşmeli Kamu Personeli" Cumhuriyet, 12 Aralık 1988, sh 11. Muş’un Bulanık ilçesinde DTP’nin kapatılmasını protesto eden göstericileri kalaşnikof silahla tarayarak iki kişinin ölümüne, altı kişinin de yaralanmasına yol açan Turan Bilen’in (39) gönüllü köy korucusu olduğu, silahın ise kendisine Bulanık Jandarma Karakolu tarafından 1993’te verildiğine dair haber için bkz. http://www.islamvehayat.com/m/katil-gizli-ordu-uyesi-cikti_d3282.html Erişim T. 23.2.2020.

geniş yetkiler verirler. Bu yetkiler çerçevesinde hem görevliler ve bu görevlilere ödenen ücretler hem de bu görevlilerin yerine getirdiği faaliyetler gizlidir. İstihbarat örgütlerinde resmi çalışanlar yanı sıra geçici olarak görevlendirilen pek çok kişi olduğu bilinmektedir. Özellikle devletlerin en önemli faaliyetlerinden birini oluşturan iç istihbarat faaliyeti çerçevesinde “yardımcı eleman” ve benzeri kategorilerde, kısa sürelerle pek çok kişi devlet adına faaliyet yürütmektedir.³⁹⁴

Bir nevi “kayıt dışı” çalışan bu kişilerin, sahip oldukları bağışıklıklar ve güvencelerle korunup insan hakları ihlallerinde fail olarak kullanılmaları,³⁹⁵ devletin faile ilişkin soruna bulduğu en iyi istisnai cevaplardan birisi olarak görülebilir.

4.1.5.2.2. Özel Güvenlik Görevlileri

Devletler giderek daha fazla özel şirket elemanını güvenlik hizmetlerinde kullanmaktadır. Bu kişiler devlet görevlisi olmadıkları halde, devletin en temel faaliyeti olan güvenlik faaliyetinde yer almakta ve yakalama, arama, el koyma, silah taşıma gibi resmi güvenlik görevlilerine ait pek çok yetkiyi kullanmaktadırlar. Türkiye’de konuya ilişkin 5188 sayılı *Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun*’un 7. Maddesine göre özel güvenlik görevlilerinin, arama, yakalama, güvenlik sistemlerinden geçirme, belirli durumlarda işyeri ve konutlara girme, bazı şartlarda, aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyayı

³⁹⁴ Türkiye’deki uygulamada, gizli yönetmeliklerle göre MİT, Jandarma ve Emniyet, kendi görev yasalarındaki “istihbari çalışma yapabilir” yetkisine dayanarak, istihbarat çalışmalarında haber elemanlarını kullanıyor. “Yardımcı istihbarat elemanı olarak” işe başlatılan, getirdikleri bilgi karşılığı istihbarat sorumlusunun takdir ettiği miktarda para alan haber elemanları, görev yaptıkları sırada, araştırdıkları kişi veya örgütlerin suçlarından, suç sırasında yanlarında bulunsalar bile cezalandırılmıyor. (TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu’nda bu kurumların bütçeleri tartışıldıktan sonra, sadece milletvekillerinin katıldığı özel oylamayla bu tip istihbari çalışmalara ayrılacak ödenek kabul ediliyor. Erhan Dink cinayetinin zanlısı olarak yargılanan Erhan Tuncel bu biçimde çalıştırılan bir yardımcı haber elemanıdır. <http://www.milliyet.com.tr/2007/01/31/guncel/axgun01.html> Erişim T.:18.01.2011.

³⁹⁵ İnsan Hakları Derneği’nin 2009 yılında hazırladığı rapora göre son 20 yılda korucular tarafından 38 köy yakma, 14 köy boşaltma, 12 taciz ve tecavüz, 22 insan kaçırma, 294 silahlı saldırı, 183 öldürme, 259 yaralama, 2 kayıp, 562 işkence ve kötü muamele olayına karışmışlardır. <http://www.ntvmsnbc.com/id/24964867/>

emanete alma, olay yerini ve delilleri koruma ve zor kullanma gibi güvenlik güçlerince kullanılabilir pek çok yetkisi bulunuyor. Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılmakta ve özel güvenlik görevlilerine karşı, görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılıyor iseler de bu kişilerin eylemlerinden dolayı devlet sorumlu tutulmamaktadır.

Özel güvenlik görevlilerinin insan hakları ihlallerinden sorumluluğu ve bu kişilerin eylemlerinin devlete atfedilip atfedilmeyeceği sorunu, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak savaşında kullandığı özel firmalar ile ilgili yaşanan sorunlarla birlikte gündeme gelmiştir.³⁹⁶ Yaşanan sorunlar üzerine Kongreye sunulan bir raporda, şirket görevlilerinin silah taşıdıkları, güvenlik görevlilerini eğittikleri ve her türlü koruma hizmetini yaptıkları, ancak sorumlulukları, bağımsızlıkları, korunmaları ve yetkileri konusunda büyük belirsizlikler olduğu belirtilmiştir.³⁹⁷ Türkiye'de de kontrgerilla faaliyeti yürütmekle suçlanan pek çok generalin ortağı veya yöneticisi olduğu özel güvenlik şirketlerinin birçok suçlamada yer alması, özel güvenlik şirketleri ile ilgili sorunları görünür kılmıştır.³⁹⁸

³⁹⁶ Torroja, Helena, Public International Law and Human Rights Violations by Private Military and Security Companies, **Springer International**, 2017.

³⁹⁷ Jennifer K. Elsea Legislative Attorney American Law Division Moshe Schwartz, Analyst in Defense Acquisition Policy Foreign Affairs, Defense, and Trade Division Kennon H. Nakamura Analyst in Foreign Affairs. **Private Security Contractors in Iraq: Background, Legal Status, and Other Issues**, updated August 25, 2008, http://en.wikipedia.org/wiki/Blackwater_Worldwide.

³⁹⁸ Soner Arıkanoglu'nun haberine göre; "Emniyet Genel Müdürlüğünün 2007 sonu verilerine göre 28.660 resmi ve özel kuruluş güvenliğini sağlamak için özel güvenlik için başvurdu. Emekli Tümgeneral Veli Küçük, eski İstanbul Valisi Erol Çakar, Turan Özkışlalı, Stratejik Güvenlik Koruma ve Eğitim AŞ. yi kurdular. Kuzey Irak'ta çuval krizi sırasında Genelkurmay Başkanlığında hareket başkanı olan Korgeneral Köksal Karabay'da ABD'li Black Hawk Security şirketinin Türkiye şubesinin kurucusu. Eski MiT Müsteşarı Şensal Atasagun da bu şirketin danışmanı. Çevik Bir ve MiT müsteşarlarından Sönmez Köksal'ın şirketi ise Pegasus. Toplam 415.000 özel güvenlikçi var, 2 bin 960'ı uzun namlulu olmak üzere 35.000 silahları var. Ordu gibiler." Soner Arıkanoglu, "Özel ve Derin Güvenlik"4 Şubat 2008, **Taraf Gazetesi**. 22 Haziran 2006 tarihli **Bugün Gazetesi**'nde yer alan habere göre; "özel güvenlik şirketlerinin denetiminin askıya alınması sıkıntı yarattı. Aralarına bazı suç odakları sızdı. Resmen kimse ifade etmese de organize suç örgütleriyle irtibatlı olduğu bilinen bazı çevrelerin paravan isimler adına özel güvenlik şirketi açtıkları biliniyor. Çünkü kanun, silah taşıma ve yakın koruma hizmeti verme yetkisi tanıyor."

Bu kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi iç hukuk düzeninde pek mümkün görünmemektedir. Zira devletler sadece resmi görevlilerinin devlet faaliyeti sayılan eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Uluslararası hukukta da sorunun tam olarak çözümlendiği söylenemez. Cenevre Sözleşmesi Ek 1 Nolu protokole göre, bir devlet tarafından, bu devletin silahlı kuvvetlerinin bir mensubu olarak resmi görevle gönderilmemiş paralı askerlerin, savaşçı ve savaş esiri olarak kabul edilmeyeceği kuralı nedeniyle, bu kişilerin eylemlerinin adına savaştıkları devlete atfedilmeyeceği yönündeki eğilimin, bugünlerde, özellikle Irak savaşıyla birlikte yeniden tartışmaya açıldığını söyleyebiliriz. Giderek artan, özel güvenlik şirketlerinin savaş alanında kullanımının sadece savaşın özelleşmesi ve ekonomik özelleştirme politikalarıyla sınırlı³⁹⁹ olarak değerlendirilmemelidir. Bu gelişme, aynı zamanda, savaşta işlenen suçların atıf yoluyla da olsa devlete yüklenmesine alternatif yaratmakta, sanki bir iş sözleşmesinin yerine getirilmekte olduğunu düşündürmektedir.

4.1.5.3. Devlet Faaliyetinde Yer Alan Diğer Kişilerin (De Facto Ajanlar) Eylemlerinin Devlete Atfı Sorunu

Hukukun üstünlüğüne yapılan referansların arttığı, hukuk devleti ilkesinin yaygınlık kazandığı 20. yüzyılın ikinci yarısında, hemen her devlette, farklı biçimlerde de olsa devletin resmi görevlileri dışında pek çok kişi ve grubun devletin “yasadışı” faaliyetinde yer aldığı bilinmektedir. Bu kişi veya kişilerin devlet görevlisi sayılıp sayılmayacağı, bu kişilerin eylemlerinin devlete atfedilip edilmeyeceği meselesi oldukça karmaşıktır. Genellikle gönüllülerden veya daha önce suç işlemiş itirafçılardan oluşan,

³⁹⁸ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 40. Maddesi ve 129. Maddesi. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/kanun/> 1.11.2020.

³⁹⁹ Zabcı,F., Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askeri Şirketler, **Stratejik Rapor 56**. https://tasam.org/Files/PDF/Raporlar/yeni_savaslarin_gizli_yuzu_ozel_askeri_sirketler_d3ad2e36-9fa4-4222-a919-a4d2177e86c3.pdf. ErişimT.:10.02.2022.

devletle resmi ve yasal düzeyde bir ilişkisi olmayan ancak devletin güvenlik güçleri tarafından yönlendirilen bu kişiler insan kaçırma, cinayet, işkence, bombalama gibi pek çok eylemin gerçekleştirilmesinde kullanılırlar. Kimliklerinin tespiti ve devletle ilişkilerinin belirlenmesi zor olduğundan, devletin hukuk dışı faaliyetlerinin yerine getirilmesinde önemli bir fonksiyonu yerine getirerek devleti, “hukuk devleti kıskacından” kurtarmış olurlar. Genel olarak paramiliter yapılardan oluşan bu gruba kontrgerilla eylemlerinde kullanılan kişi ve/veya kişileri de dahil edebiliriz.

4.1.5.3.1. Paramiliter Gruplar

Paramiliter güç, işlev ve örgütlenme olarak askeri yapıda olan, ancak düzensiz gönüllülerden oluşan ve devletçe desteklenen bir tür yapı olarak tanımlanmaktadır. Amerikan Savunma Bakanlığı, paramiliter güçleri; *“bir ülkenin nizami silahlı kuvvetlerinden ayrı, fakat organizasyon, teçhizat, eğitim veya misyonu bakımından onlara benzeyen kuvvetler veya gruplar”* olarak; bu grup veya kişilerce yapılan operasyonları ise, *“askeri, diplomatik, enformasyonel ve/veya ekonomik hedeflere ulaşmak amacıyla, genel konvansiyonel kuvvet şartlarını gerektirmeyen askeri olanakları kullanmak suretiyle saldırgan, inkâr edilen ya da politik bakımdan hassas ortamlarda yürütülen operasyonlar”* olarak tanımlar.⁴⁰⁰

Hemen her ülkenin farklı boyutlarda da olsa paramiliter güçlerden yararlandığı biliniyor. Filipinler'de köy milislerinin, Guatemala'da ise *"ölüm mangaları"* olarak anılan paramiliter grupların eylemleri ile, istihbarat görevlilerinin yanı sıra aşırı sağ partilerin üyelerinden de eleman derleyen ve merkezi bir istihbarat biriminin tasarladığı zorla kaybetme eylemlerinin yürütüldüğü El Salvador, Şili, Arjantin ve Brezilya'daki

⁴⁰⁰ Richard A. Best, Jr. and Andrew Feickert **Special Operations Forces (SOF) and CIA Paramilitary Operations: Issues for Congress Specialists in National Defense Foreign Affairs, Defense and Trade Division**, <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs6205/> Erişim T.: 13.2.2022.

deneyimler, paramiliter grupların geçmiş örneklerini oluşturursalar da bu deneyimlerin geçmişte kaldıkları söylenemez. Yaşanan deneyimler ışığında, ülkenin gereksinimi doğrultusunda paramiliter güçlerin etkinliklerinin belirlendiğini söyleyebiliriz.

Amerikan istihbarat servisi CIA'in (Central Intelligence Agency), kurulduğu 1947 tarihinden bu yana, 1961'de Küba'da, 1960'lı ve 70'li yıllarda Laos'ta, Kuzey Vietnam'da, Güney Amerika ülkelerinde, 2000'li yıllarda Afganistan ve Irak başta olmak üzere pek çok ülkede gizli paramiliter operasyonlar yaptığı bilinmektedir. Ancak özellikle 11 Eylül'den sonra Amerika Birleşik Devletleri'nde paramiliter grupların aşırı güçlendiği görülür. Congressional Research Service tarafından hazırlanıp Kongreye sunulan, 11 Eylül Komisyonu tarafından tavsiye edilen özel operasyon güçleri (Special Operations Forces)⁴⁰¹ ile CIA arasında paramiliter operasyonlara dair ortak çalışmayı öneren taslağa ilişkin raporda, militarist grupların öldürücülüğünün yüksekliği ile CIA'in çevikliğinin bir araya gelmesinin, terörle mücadelede özellikle gizli kalması ve sorumluluk açısından sıkıntılı alanlarda iş birliği yapılmasının yararlı olacağına işaret edilmiştir.⁴⁰²

Gizlice ve inkar edilebilecek şekilde operasyon yapan görevlilerin, yakalanması halinde, Cenevre Sözleşmesi uyarınca savaşan taraf statüsüne vesile olacak bir askeri üniforma ve kimlik kartı korumasından yoksun bulunacakları ve bu tarz gizli operasyonların, çoğunlukla uluslararası yasalara ve savaş yasalarına aykırı düşebileceğine dair endişelere kulak tıkayan Amerika'nın, bu tarz örgütlenmenin avantajlarını dikkate alarak yoluna devam ettiği Washington post Gazetesi muhabirlerinden Dana Priest ve William M. Arkin tarafından, 11 Eylül saldırısının 10.

⁴⁰¹ USSOCOM, Kongre tarafından "Defense Authorization Act of 1987" kararıyla kurulmuştur.

⁴⁰² Richard A. Best, Jr. and Andrew Feickert, **Special Operations Forces (SOF) and CIA Paramilitary Operations: Issues for Congress** **Specialists in National Defense Foreign Affairs, Defense and Trade Division**, <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs6205/> Erişim T. 11.2.2022. *The 9/11 Commission Report* (Washington: GPO, 2004) pp. 415 - 416.

yılında hazırlanan ‘*Top Secret America*’ adlı özel bir dosya ile gün yüzüne çıkmıştır. Yapılan araştırmada, 11 Eylül saldırılarının ardından ABD’nin özel operasyonlarını bu tür paramiliter güçler aracılığıyla yürüttüğü, 1980’de bin 800 olan ajan sayısının 2010’da 25 bin’e kadar çıkarıldığı, özel operasyonları yürüten ve Amerikan Savunma Bakanlığı’nın resmi çalışanları dışında çok sayıda özel şirket ve kişiyle çalışan Joint Special Operations Command (JSOC) adlı bu organizasyonun El Kaide lideri Usame Bin Ladin’in öldürülmesi de dahil pek çok sabotaj, işkenceli sorgu ve öldürme eylemlerinden sorumlu olduğu, sadece Irak ve Afganistan’da onlarca kişiyi sorguladığı, hapsettiği, ağırlıklı olarak, operasyonlarını İran, Malezya, Yemen, Pakistan, Somali, Filipinler, Mali, Nijerya ve Suriye’de de gerçekleştirdiği ve bu ‘gizli ordu’nun, anayasada yasaklanmış olsa da CIA’den farklı olarak, doğrudan öldürme yetkisine sahip olduğu, emirlerini direkt olarak Başkan’dan ya da Savunma Bakanı’ndan aldığı ve on yılda binlerce kişiyi öldürdüğü belirtiliyor.⁴⁰³

4.1.5.3.2. Kontrgerilla Benzeri Yapılar

II. Dünya Savaşı sonrası Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri öncülüğünde NATO tarafından farklı ülkelerde, farklı isimlerle oluşturulan ve gizli olarak örgütlenen Kontrgerilla (stay-behind) yapılanması, devlet ve /veya NATO kontrolünde, devletin resmi görevlilerinin denetiminde ve onlarla birlikte resmi görevli olmayan kişilerin de yer aldığı, gizli, yasadışı örgütlenmedir. NATO üyesi ülkelerin hemen hepsinde örgütlenen bu yapıda, resmi görevlilerin yanı sıra, genellikle ırkçı, sağcı gruplarda yer alan, örneğin, Batı Almanya’da örgütün yöneticilerinden Reinhard Gehlen, İtalya’da Licio Gelli gibi; neo-faşist hareketin öncüsü olan kişiler görev yapmışlardır.⁴⁰⁴

⁴⁰³ <https://www.washingtonpost.com/investigations/top-secret-america/2010/07/19/hidden-world-growing-beyond-control-2/> Erişim T: 13.2.2022.

⁴⁰⁴ Pedrick, Clare *"CIA Organized Secret Army in Western Europe". The Washington Post. ISSN 0190-8286. Retrieved 2021-01-14., 1990-11-14.*

Bu örgütlerin rejim karşıtlarına yönelik işledikleri suçlar veya kargaşa çıkarma amacıyla düzenledikleri terör saldırıları konusunda sadece İtalya'daki Gladyo dosyası bile yeterli veri sunmaktadır. Latince 'kılıç' anlamına gelen *Gladio* sözcüğünü isim olarak kullanan örgüt, *Stay Behind* tarafından 1952 yılında kuruldu. CIA tarafından yönetilen ve finanse edilen örgüt, 1956 yılında ABD ile iş birliği içinde, casusluk ve gerilla savaşı yapmak üzere örgütlendi. Sardunya'da örgütün ilk eğitim kampı kuruldu ve Kuzey İtalya'da 139 yerde silah ve mühimmat depoları oluşturuldu. Resmi adı Müttefik Koordinasyon Komitesi (*Allied Coordination Committee*) idi. 1956 sonrasında 622 kişi ABD ve İngiliz gizli servisleri tarafından eğitildi. 1990 yılında Gladyo'yu ortaya çıkaran soruşturmalar esnasında bu 622 kişinin grup liderleri oldukları, her bir grup liderinin belli sayıda kişiyi idare ettiği, böylece toplam sayının 15.000'e yaklaştığı ortaya çıktı. 1980 yılında Bologna'da düzenlenen ve 82 kişinin ölümüyle sonuçlanan bombalama eyleminin Gladyo tarafından yapıldığı ortaya çıkmıştır.⁴⁰⁵

2 Kasım 1990 tarihinde, Avrupa Parlamentosu, Gladyo Örgütüne ilişkin aldığı kararla;

topluluğa bağlı birçok üye devlette bazı Avrupa hükümetlerinin, 40 yıldır devam eden gizli bir gayri resmi istihbarat ve silahlı operasyon örgütünün var olduğunun ortaya çıktığını, bu yapılanmanın kırk yılı aşkın bir süredir, tüm demokratik kontrollerden kaçmış olduğu ve ilgili devletlerde NATO ile iş birliği içinde gizli istihbarat teşkilatlarınca yönetilmiş olduğunu, söz konusu gizli örgütün üye devletlerin iç siyasi işlerine yasadışı müdahale etmiş olabileceği ve hala müdahalesinin sürüyor olabileceği korkusu taşıdıklarını, muhtelif yargı araştırmaları ile kanıtlandığı üzere, belli üye devletlerde, askeri istihbarat teşkilatlarının (ya da bunların kontrol edilmeyen

⁴⁰⁵ https://www.cambridgeclarion.org/press_cuttings/vinciguerra.p2.etc_gaun_5dec1990.html Erişim T.:12.2.2022.

birimlerinin) ciddi terör ve suç olaylarına karıştığı, bu örgütlerin, herhangi bir parlamento içi kontrole tabi olmadıkları için, tamamen hukuka aykırı olarak faaliyet gösterdikleri ve göstermeye devam ettikleri ve devlet daireleri ile anayasal kuruluşlarda en yüksek görevlerde bulunan kişilerin bu konularda aydınlatılmadığı hususu çerçevesinde, üye devletlerin hükümetlerine, tüm gizli askeri ve milis örgütlerinin lağvedilmesi çağrısında bulunmaktadır.⁴⁰⁶

Görüldüğü üzere, anayasalara hukuk devleti ilkesini geçirmekle ve bu ilkenin gereği olarak devlet görevlilerinin sorumluluğunun kabulü ile insan hakları ihlalleri sorunu çözülüyor; bu noktada, kimlerin devlet görevlisi sayılacağı ya da hangi eylemlerin devlet görevlisinin kişisel eylemi, hangisinin devlet eylemi sayılacağına dair belirsizliklere, devlet aklının devreye girerek klasik devlet görevlisi olmayan kişiler aracılığıyla devlet gücünü kullanması eklenince, karşımıza, büyük bir sorunlu mıntıka çıkıyor. Harcı belirsizlikle örülen bu karmaşık mıntıkanın *İstisna Kuramı* 'nın işleyişi için gerekli havanın ve suyun kaynağını oluşturduğu konusunda hiç kuşkunuz olmasın.

4.1.6. Devlet Görevlilerinin İnsan Haklarını İhlal Potansiyeli

“Şu anda ben yazıyorken, yüksek düzeyde uygarlaşmış insanoğulları beni öldürmek için tepemde uçuyorlar. Benim gibi, onların da bana karşı kişisel bir düşmanlığı yok. Hep söylendiği gibi, ‘görevlerini yapıyorlar’ yalnızca. Bunların çoğu hiç kuşcum yok ki, özel yaşamlarında cinayet işlemeyi asla aklından bile geçirmemiş, iyi kalpli, yasalara saygılı insanlardır. Ama öte yandan, içlerinden biri, beni paramparça edecek bir bombayı tam

⁴⁰⁶ On November 22, 1990, the European Parliament passed a resolution on Operation Gladio. Kaynak : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1990.324.01.0186.01.ENG (No C 324/201)

yerine isabet ettirmeyi becerirse, bu yüzden uykusu asla eskisinden daha kötü olmayacaktır. Onu suçlu olmaktan kurtaracak kadar güçlü ülkesine hizmet etmektedir çünkü o.”⁴⁰⁷

İnsan hakları ihlallerinin öznesinin devlet olduğu söylene de somut olayda bu ihlali yapanın daima devlet adına hareket eden, devlet görevlisi bir gerçek kişi olduğunu söylemiştik. Kamu hukukunda ihlal olarak nitelendirilen ve gerçeklikte çoğunlukla suça tekabül eden bu eylemleri gerçekleştiren devlet görevlilerinin, nasıl olup da bu kadar kolaylıkla bu eylemleri yapabildikleri -özellikle işkence ve öldürme suçunda -sıkça sorulan sorulardandır. Bu sorunun cevabı, devlet görevlisinin insan haklarını ihlal potansiyelini göstereceği gibi, devletin insan hakları ihlallerinin gerçekleştirilmesinde devlet görevlisinin fonksiyonunu da açığa çıkaracaktır.

4.1.6.1. Çürük Elmalar Mı Sıradan İnsanlar mı?

4.1.6.1.1. Deneyimler, Deneyler

Pek çoğu iyi eğitim almış, sınav veya belli usullerle devlet görevine seçilmiş bu kişilerin suça eğilimli, sadist kişiliğe sahip kişiler gibi davranabilmesinin koşulları nelerdir? Bu soru, özellikle Nazi Almanyası’nda yaşanan olaylar üzerine yapılan çalışmalarda sorulmaya başlanmıştır.

Bunlar arasında belki de ilk akla gelen, Adorno ve arkadaşları tarafından yapılan “*The Authoritarian Personality*” adlı çalışmadır. ⁴⁰⁸ Savaştan kısa bir süre sonra yayınlanan bu kitapta, Nazi subaylarının işledikleri suçlar sorunlu birey çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bağlamda güçlüye itaat etme, zayıfa karşı vicdansızca, zalimce baskı

⁴⁰⁷ George Orwell, **England, your England**, 1941, Akt. Baumann, Z. 1997, s.196.

⁴⁰⁸ Adorno, T., **The Authoritarian Personality**, Verso Books, 2019.

yapma gibi özelliklere sahip olan bu kişiler, kötü koşullar altında geçirilmiş bir çocukluğun eseri olarak tanımlanırlar. Bu kişilik özelliğinin arkasında genellikle dominant, mesafeli ve cezalandırıcı bir baba figürü bulunur. En azından görünüşte sosyal kurallara uygun davranan bu kişilerin temel özelliklerinden birinin özellikle yabancılara karşı taşıdıkları önyargı olduğunu söyleyen Adorno ve arkadaşları, bu yabancı düşmanlığının faşist kişilik prototipi olduğunu ve bunun, Nazi döneminde anti semitizm biçiminde görüldüğünü söyler. Bu çalışmaları nedeniyle Adorno ve ekibi, dünyayı Nazi eğilimliler ve diğerleri diye bölmekle ve pek çok insanın gerekli koşullar sağlandığında aynı zalimliği yapabileceği gerçekliğini hasıraltı etmekle suçlanmış, ağır eleştirilere maruz kalmışlardır. *The Authoritarian Personality*'de yer alan varsayımlar, bugün itibariyle yanlış olarak değerlendirilse de ciddi bir akademik ilgi uyandırarak bu konu üzerine yeni çalışmalar yapılmasını sağlamıştır.

1960'lı yıllardan itibaren yapılan çalışmalar, siyasi iktidar adına her türlü zalimliği yapabilen bu kişilerin kişisel özellikleri üzerinde duran bireyci psikolojik analizler veya Alman toplumunun otoriter eğilimleri yerine, grup davranışlarının sosyo psikolojisini ve modern devletin idari – bürokratik yapısını anlama üzerine odaklanmışlardır. Bunlar arasında ilk akla gelenlerden biri Raul Hilberg'in "*The Destruction of the European Jews*" adlı çalışmasıdır. Hilberg, bu çalışmada, 'Endlösung'un⁴⁰⁹ temel bir idari ve bürokratik süreç olduğunu ve Nazilerin özel bir çeşit Alman olmadıklarını, sıradan herhangi bir kişi olduklarını ayrıntılı biçimde açıklamıştır.⁴¹⁰

Arendt'in "*Eichmann in Jerusalem, Report of the Banality of Evil*"⁴¹¹ adlı yapıtı bir başka örnek olarak gösterilir. Arendt, duruşmasını izlediği Eichmann'ın nasıl sıradan

⁴⁰⁹ Endlösung, Nihai Çözüm anlamında, Nazi Almanyasında göç yerine öldürerek yok etme aşamasını anlatır.

⁴¹⁰ Hilberg, Raul, **The Destruction of the European Jews. Volume: 1.** Holmes & Meier. New York. 1985.

⁴¹¹ Arendt, H., **Eichmann in Jerusalem, Report of the Banality of Evil**, New York Viking Pres, 1964.

bir görevli olduğunu ve de sıradan bir görevlinin devlet mekanizması içerisinde bir suçluya evrilmesinin ve kötülük yapmanın nasıl sıradan bir hale dönüştüğünü anlatır.

“Nazilerin Avrupa Yahudiliğini kitle halinde katletmesi yalnızca bir sanayi toplumunun teknolojik başarısı değil, aynı zamanda bürokratik bir toplumun örgütlenme başarısıdır” diyen Browning de bürokrasi üzerine yaptığı çalışmalarda, modern idari bürokratik sistemin yol açabileceği tehlikelere dikkat çeker.⁴¹²

Konuya ilişkin tartışma bir kısım laboratuvar deneyleri ile de devam etmiştir. Özellikle Stanley Milgram’ın otoritenin itaat üzerindeki etkisini araştırmış olduğu deney ciddi tartışmalara neden olmuştur.⁴¹³ Milgram’ın ulaştığı sonuçları doğrulayan başka deneyler de vardır. Stanford Üniversitesi’nde Profesör Zimbardo tarafından cezaevi simülasyonu aracılığıyla iktidar ilişkileri üzerine yapılmış olan *Stanford Deneyi* konuya ilişkin en çok anılan deneylerden bir diğeridir. Elbette kontrollü sosyal psikoloji laboratuvar deneyleri gerçek dünyanın şiddet ortamını tam olarak tasvir edemezler. Ancak ilgili süreçlerin işleyişini aydınlatacak veriler sunabilirler. Bu nedenle, bu deneylerde ortaya çıkan bulguların önemszenmesi gerektiği düşüncesiyle çalışmamızda bu deneylere de yer verilmiştir.

⁴¹² Christoher R. Browning, “Alman Bürokrasisi ve Holocaust”, Grobman & Landes, **Genocide** içinde s. 148” s32.

⁴¹³ Milgram, Yale’de erkek öğrenci olan deneklerin öğrenme hatalarını cezalandırmakla öğrencinin belleğini geliştirmeye yardım ettiklerine inandırıldığı, laboratuvar kontrollü bir otorite düzeneği yarattı. Her katılımcı öğretmene, bir öğrenciye verdiği cezanın seri ve tedrici artışın sıkı kalıbına uymak zorunda olduğu anlatıldı. Öğrenci her hata yaptığında hafiften (15 volt) tehlikeliye (450 volt) kadar şok verdiği söylenen bir şok aygıtındaki düğmelere basacaklardı. Öğrenci (deneyin suç ortağı), davranışlarıyla ortaya koyacağı tepkileri öğretmenin bir dahili telefonu üzerinden duyabileceği, bitişik bir odada “elektrikli sandalyeye” kayışla bağlıydı. Sahte öğrencinin hataları arttıkça öğretmen, öğrenci kelime listesini doğru bir şekilde anımsayınca kadar acı seviyesini giderek artıracak şekilde kendisine anlatılanı yapmak zorundaydı. Çünkü öğrenciye bu listeyi asla iyice öğrenmemesi talimatı verilmişti, öğretmen, her defasında öğrenciden daha yüksek ve daha uzun çıkan inilti ve çığlıklarla, yapay şoklarının yoğunluğunu artırmak zorundaydı. Deneyin sonuçları için bkz. Stanley Milgram, "Behavioral Study of Obedience," **Journal of Abnormal and Social Psychology** 67 içinde, 1963, s.371-378.

Klasik sosyolojik yaklaşıma yönelik en çarpıcı eleştirilerin Baumann'dan geldiğini söyleyebiliriz. Klasik sosyologları *Holocaust*'ı modernliğin bir ürünü değil, bir hatası olarak görmekle eleştiren Baumann'ın ulaştığı sonuç şok edicidir: "...bize ulaşan korkunç haberler ile Holocaust'ın failleri hakkında öğrendiklerimiz bunun bize de yapılabileceği değil, bunu bizim de yapabileceğimiz olasılığıdır."⁴¹⁴ Holocaust aslında gayet olağan ve alışılmış etkenlerin, daha önce benzerlerine rastlanmamış bir şekilde rastlaşmasının sonucudur. "Bu rastlaşmanın suçu büyük ölçüde, sahip olduğu şiddet araçları tekeliyle ve cüretkâr mühendislik tutkularıyla, siyasal devletin –tüm siyaset dışı güç kaynaklarının ve toplumsal özyönetim kurumlarının adım adım güçsüzleştirilmesi sonucu- toplumsal denetimden kurtulmasıdır."⁴¹⁵

Brezilya'da işkence ve katliamların yoğun olarak yaşandığı 1957 ile 1987 yılları arasında görev yapmış polislerle yapılan görüşmeler ile, sıradan bir insanın nasıl bir işkenceciye dönüştüğü meselesi üzerine odaklanan "*Violence Workers: Police Torturers and Murderers Reconstruct Brazilian Atrocities*" adlı çalışma da sıradan insanların "şiddet işçisine" dönüşmesinde, failin bireysel psikolojik yapısından ziyade politik, sosyolojik ve sosyal-psikolojik etkilerin önemine işaret eder.⁴¹⁶ Dış etkenlerin gücünü küçümseme eğiliminin, bir çift yanlış yüklemeyle, yani yol gösterici davranışta ruhsal veya benlik güçlerinin kuvvetini abartma eğilimi ile birleşerek "*temel yükleme hatası*" (*fundamental attribution error*) oluşturduğuna dikkat çeken araştırmacıların bulguları, Mika Haritos-Fatouros'un Yunanistanlı işkenceci askerler üzerine yaptıkları araştırmada ortaya konulan, Yunan ordusunun kullandığı uzmanlaşmış programların, sıradan genç

⁴¹⁴ Baumann, s.196

⁴¹⁵ Baumann, s.15.

⁴¹⁶ Martha K. Huggins, Mika Haritos-Fatouros, Philip G. Zimbardo, **Violence Workers: Police Torturers and Murderers Reconstruct Brazilian Atrocities**, University of California Press, Berkeley, CA. 2002.

adayları, birkaç ay gibi bir sürede işkencecilere dönüştürdüğü tespiti ile benzerlik taşımaktadır.⁴¹⁷

İşkenceyi bir itaat suçu olarak nitelendiren H. C.Kelman da işkenceye ilişkin çalışmalarında devlet görevlilerinin suç işleme mekanizmalarını anlamamızı kolaylaştıracak tespitler yapmıştır.⁴¹⁸

Yukarda zikredilen bu çalışmalarda ortaya çıkan sonuçlar devlet görevlilerinin insan haklarını ihlal etmelerini, bir başka deyişle suç işlemelerini kolaylaştıran mekanizmaların nasıl işlediğini anlamamızı kolaylaştırır. Söz konusu mekanizmanın esasını, iş bölümüne dayalı hiyerarşik bürokratik örgütlenme oluşturur. Otoriter etki, yabancılaştırıcı iş bölümü, vicdan meselesini dışlayan bürokratik ahlaki yapı gibi niteliklere haiz hiyerarşik bürokratik örgütlenme modelinin, yarattığı/ürettiği sosyal ve psikolojik etkilerle, suç işlemeyi görev ifasına, sıradan insanları, birer katil-ışkenceciye dönüştürme sürecinin anlaşılması, devlet görevlilerinin ihlal potansiyelini de ortaya çıkarır.

4.1.6.1.2. Sıradan İnsanlar

“Bu tür fiilleri yapabilenler ne tür insanlardı? Her Allah’ın günü durmaksızın diğer insanların etini koparıp parçalamaları, aşağılayıp utandırmaları için sadist dürtülerden ve geçmişte travma yaratan bir yaşam tecrübesinden mi güç almaları gerekiyordu? Bul-ve-yok et misyonları gereği insanları vurmak ve bütün ailelerini imha etmek için özel bir psikoloji gerekir miydi? Şiddet işçileri insanlığın geri kalanından ayrı

⁴¹⁷ Haritos-Fatouros 2002, ; Haritos-Fatouros, *The Official Torturer: A Learning Model for Obedience to the Authority of Violence*, **Journal of Applied Social Psychology** Volume 18, Issue 13, 1988.

⁴¹⁸ Kelmann, , H. C. “The Social Context of Torture: Policy Process and Authority Structure”, **The Politics of Pain: Torturers and Their Masters**. Contributors: Ronald D. Crelinsten - Alex P. Schmid, Westview Press. Place of Publication: Boulder, CO.,1994.

bir soy, zehirli çiçekler üreten kötü tohumlar mıydı? Yoksa devlet-güdümlü şiddet için onları terbiye eden, tanınan ve yinelenen bazı programlarla aşağılık eylemlerini yapmaya programlandıkları akla yatkın mıydı? Devletin emrindeki bu oldukça bayağı malzeme nasıl şiddet işçileri şekline sokuldu?

Şayet onların yaptığı kötü işlerin, iç kusurlardan -organik yetersizlikler, bozuk kişilikler, hasta mizaçlardan- kaynaklandığı ispat edilemez de -politik, ekonomik, sosyal, tarihsel ve deneysel- dış güçlere mal edilirse o halde bunlara benzemeyen biz ne olacağız? Bizi de vicdansız katiller veya akla hayale gelmeyen fiilleri iş edinen işkenceciler olmaya kandırmak, ikna etmek veya kışkırtmak mümkün olabilir mi? Sizi, bizi, herhangi birini, Robert Louis Stevenson'ın iyi Dr. Jekyll'ını kötü canavarı Mr. Hyde'dan ayıran, varlığına inanmak istediğimiz, geçirimsiz zannedilen zarın diğer tarafına geçirten şey nedir? “Sıradan” insanları kötülük işleyen kişilere dönüştüren şey nedir? İyi insanlar için şeytan kisvesi giymek ve işlerini yaparken onu gururla, manevi değerlere ve toplumsal övgüye kayıtsızca taşımak ne kadar kolaydır? Hangi koşulda olursa olsun asla işkenceci ya da infazcı olmayacak ve olacak kişiler arasında temel, niteliksel bir fark var mıdır?⁴¹⁹

Bu sorularla başlayan Brezilya araştırmasında ulaşılan sonuçlar, benzer birçok çalışmada olduğu gibi suça karışan devlet görevlilerinin sıradan insanlar olduğu yönündedir. “Bütün gördüğümüz şiddet işçileri oldukça sıradandı ve onları bu tür kariyerlere önceden hazırlamış, hastalık habercisi kişilikler göstermiyorlardı. Ne görüşme yaptıklarımızdan duyduğumuz herhangi bir şey, ne de onlarla ilgili incelediğimiz başka bir şey, mezalim birimine sokulmadan önce bu şiddet işçilerinde sadist eğilimler olduğu izlenimi verir. Hatta tersine, işkence söz konusu olduğunda, yetkililer, acımasız eğilimler taşıdığı açıkça belli olanları muhtemelen bu iş dışında bir

⁴¹⁹. Huggins, Haritos-Fatouros, Zimbardo, 2002, s. 232.

yere yönlendiriyorlardı. Aynı şekilde operasyon timlerinin (yani katillerin) eğitimcileri ya da amirleri, aday öğrencilerini, hislerine kapılmadan ve öngörüyle emirlere uyacak “soğukkanlı” erkekler kalıbına sokmaya çabalıyordu.

Meslektaşlarının kendisine gülüp “suçlularla birlikte ağlamaması” için uyardığı Ignacio örneğinde olduğu gibi, duyguları şiddeti soğukkanlılıkla dağıtmanın önünde engel olanlara etkili işkence pratiğinde kesinlikle yer yoktu. Görüşme yaptığımız Brezilyalılardan bazılarına göre; en rasyonel işkenceci “karakter bozuklukları” olmayanlardı. Bu insanlar, davranışları öngörülebilir işkence görevlileri kalıbına sokulabilmeliydiler.”⁴²⁰ Bir Fransız sorgucunun Cezayir Savaşı sırasında ulusunun yaptığı işkenceler hakkında söylediği gibi: Ne kurbanına sinirlenen ne de merhamet gösterenler en iyi sonuca ulaşırlar.⁴²¹

Nazi *Schutzstaffel* (SS) toplama kampındaki yüzlerce gardiyanın, gardiyanlık görevinin hem öncesi hem de sonrası üzerine çeşitli verileri analiz eden sosyolog John Steiner tarafından yapılan araştırmadan da benzer bir sonuç çıkmıştır. Onların da geçmişinde görünen şiddet, sadizm veya kişilik anormallikleri yoktu. Bu gardiyanlarla kıyaslamaya uygun Alman askerler grubu arasında bulunan tek fark, gardiyanların taşıdıkları üst düzey otoriterlikti. Steiner'in araştırması, gardiyanların yıllarca mahkumlara insanlık dışı muamele yaptıktan sonra, hayatlarının geri kalanında şiddet, suç veya başkalarına yönelik fiziksel istismar olmadan, tamamen normal şekilde yaşamlarını sürdürdüklerini de açığa çıkarmıştır.⁴²²

⁴²⁰ Huggins, Haritos-Fatouros, Zimbardo, 2002, S.176.

⁴²¹ ‘Fransız işkencesi gün ışığına çıkıyor’ , 2000, S. 6.

⁴²² **Steiner, J.M., Fahrenberg, J.,** Authoritarianism And Social Status Of Former Members Of The Waffen-SS And SS And Of The Wehrmacht: An Extension And Reanalysis Of The Study, 1970. https://www.researchgate.net/publication/286725874_Authoritarianism_and_social_status_of_former_members_of_the_Waffen-SS_and_SS_and_of_the_Wehrmacht_An_extension_and_reanalysis_of_the_study_published_in_1970 Erişim T.: 16.06.2011.

Nazi döneminin en ağır işkence ve imha merkezinin yürütücüsü olan *Einsatzgruppen*, suç sicili Alman ordusunun herhangi bir biriminden farklı olmayan bir askeri birimden, bu birimlerin komutanları da yüksek öğrenim görmüş seçkin SS'ler arasından Heydrich tarafından seçilen kişilerden oluşturulmuştu. Bu birimin başına getirilen Biberstein ve Ohlendorf daha önce üst düzey devlet görevlileri olarak çalışmış kişilerdi. Weinmann bir fizikçi, Klingelhöfer profesyonel bir opera sanatçısıydı; çok sayıda avukat vardı. Bu insanlar ne sokak serserisi ne sabıkalı ne de seks manyağı idiler. Otuzlu yaşlarda entelektüel birikimi olan sıradan insanlardı. Bu insanlar kısa süre içinde uzman bir katile dönüştüler.⁴²³

*“Bu insanların, üniformalarını çıkardıkları anda, kesinkes kötü olmadıkları da hemen anlaşılmıştı. Onlar da aynı bizler gibi davranıyorlardı. Sevdikleri karıları, üstüne titredikleri çocukları, yardım ettikleri ve üzüldüklerinde teselli ettikleri arkadaşları vardı. Bu insanların bir zamanlar üniformalyken, birilerinin sevgili karıları olan kadınların ve birilerinin üzerlerine titredikleri çocukları olan bebeklerin de olduğu binlerce kişiyi vurduğu, gazladığı ya da vurulmasını, gazlamasını yönettiği inanılmaz gibi gelmektedir. Bu insanların sıradan, normal insanlar olmadıkları ve bize benzemedikleri düşünülür.”*⁴²⁴

Milgram ve Stanford deneyine seçilen kişilerin normalliği, deney koşullarında birer sadiste dönüşmelerini engellememiştir. Konusunun hafıza ve öğrenme üzerine olduğu ve öğrencilere elektrik şoku verileceğinin belirtildiği ilan yoluyla, New Haven'da yaşayan ve 20 ile 50 yaş arasında ve hemen her eğitim düzeyinden ve meslekten seçtiği 40 kişi ile Yale Üniversitesi'nde yaptığı deneyde, Milgram, maksimum şok düzeyine

⁴²³ Hilberg, s. 288- 289.

⁴²⁴ Baumann, s. 195-196.

kadar gitme ihtimalini tahmin etmeleri için psikiyatrlarla görüştüğünde, ortalama tahminleri, bunu deneklerin yüzde 1'inden daha azının yapacağı yönünde olmuştur. Psikiyatrlar, sadece sadistlerin böyle bir davranış göstereceğine inanıyorlardı. Oysa Yale'de katılımcıların yüzde 65'i, neredeyse üçte ikisi, deneklerine maksimum şok verdiğine inanarak sonuna kadar gitmiştir. Bütün katılımcılar masum insanlara zarar veremeyeceklerini ileri sürmelerine rağmen, sadece birkaçı otoriteye karşı çıkacak veya itaatsizlik edecek kadar ileri gitti ve deneye devam etmeyi tamamen reddetti.⁴²⁵

Arendt'in, *Eichmann* davasıyla⁴²⁶ ilgili gözlemi de aynı paraleldedir. Bu tespit, kitabın alt başlığının “*Kötülüğün Sıradanlığı*” olarak belirlenmesinden de anlaşılmaktadır. Arendt, davayı değerlendirirken asıl sorunun tam da *Eichmann* gibi onlarca insanın olmasından, onlarcasının da ne sapık ne de sadist olmasından; *hostis generis humani* olan bu yeni suçlu türünün, ne yazık ki eskiden de şimdi de normal olmasından kaynaklandığını, hukuk kurumlarımızın ve yargılama usullerimizin ahlaki standartları açısından bu normallığın, yapılan bütün kötülüklerin toplamından daha dehşet verici olduğunu söyler. “*Zira bu insanlar aslında yaptığı şeyin yanlış olduğunu anlamasını veya hissetmesini neredeyse olanaksız hale getiren koşullarda suç işliyorlardı.*”⁴²⁷

Arendt'in gözlemlediği gibi, *Eichmann* 'ın, *Iago*, *Macbeth* ya da *III. Richard* gibi bir cani olması imkânsız gibi görünmektedir. O sadece yaptığı şeyin tam olarak farkında değildir. Totaliter yönetimin özü ve belki de her bürokrasinin doğasının, insanları yetkililere ve yönetim mekanizmasındaki çarklara dönüştürmekten ve nitekim onları

⁴²⁵ Milgram, 1963, s.373-378.

⁴²⁶ Adolf Eichmann, Arjantin de yakalanıp Kudüs'e getirilerek yargılanan yarbay rütbeli bir Nazi subayıdır. Yargılamayı New York Times adına izleyen Hannah Arendt izlenimlerini kitap olarak ta yayınlamıştır. Bkz. Arendt, Hannah, **Eichmann in Jerusalem, Report of the Banality of Evil**, New York Viking Pres, 1964.

⁴²⁷ Arendt, 1964, S. 282

insanlıktan çıkarmaktan ibaret olduğu, ancak hükümet kaynaklarını kullanan devasa bir bürokrasinin böyle bir suçu işleyebileceği gerçeği, bu davayla bir kez daha ortaya çıkmıştır.⁴²⁸

4.1.7. Devlet Görevlilerinin İnsan Hakları İhlallerinde Etkili Süreçler

Yasal olarak yetkilendirilmiş mercilerden gelen resmi emirlerle şiddet yetkisinin verilmesi, yasalarca yönetilen uygulamalarla ve rollerin kesin biçimde belirlenmesiyle eylemlerin rutinleştirilmesi ve ideolojik tanımlamalar ve aşlamalarla şiddet kurbanlarının insanlıktan çıkarılması. Herbert C. Kelman, devlet görevlilerinin suç işleme sürecinde etkili olan mekanizmaları, bir başka deyişle, sıradan insanları, önceden var olan ahlaki ve etik standartları ihlal edecek biçimlerde davranmaya sevk edebilecek mekanizmaları böyle sınıflandırır.⁴²⁹ Bu tespiti işkence yapanlar üzerine yazdığı incelemede somut olarak ortaya koyarak işkencenin devlet politikasının bir aracı olduğu ve bu politikayı hayata geçirmek için devletin otorite yapılanmasının tamamıyla kullanıldığı bazı koşulların gerekliliğini analiz eder: Birincisi, devlet otoriteleri devlet güvenliğinin ciddi tehdit altında olduğu algısına sahiptir. Makro düzeyde böyle bir algı, işkenceyi haklı gösterebilirken, mikro düzeyde onun yetkilendirilmesine katkı sunar. İkincisi, devletin güvenliğini korumakla görevli, özenle hazırlanmış ve güçlü bir aygıtın varlığı söz konusudur. Bu, makro düzeyde, o aygıtın parçası olan profesyonel işkence yapan görevlilerin toplanmasına ve yetiştirilmesine yol açar. Mikro düzeyde işkencenin rutinleşmesine katkı sunabilir. Son olarak, devlet içinde ya da devlet kontrolü altında, yurttaş haklarından tam olarak yararlanamayan, muhalif etnik, dini, siyasi veya diğer

⁴²⁸ Arendt, 1964, s 284-290.

⁴²⁹ Kelman, H. C. "The Social Context of Torture: Policy Process and Authority Structure", **The Politics of Pain: Torturers and Their Masters. Contributors** içinde, Ronald D. Crelinsten - Alex P. Schmid, Routledge, 1995, . 19- 33.

grupların varlığı söz konusudur. Bu, makro düzeyde devlet düşmanlarının saptanmasına yol açar.⁴³⁰

Benzer biçimde sosyal psikoloji alanında yapılan Stanford Deneyi, Milgram Deneyi ve Bandura'nın deneylerinin sonuçları üzerine yapılan incelemede; sıradan, hatta ortalamanın üzerinde insanların tamamen masum insanlara zarar verip aşağılayabileceği bir kötülük psikolojisinin kolaylıkla ortaya çıkabileceğine işaret eder. Bu çalışmaların hepsinde, durumsal bir gücün, iyi insanları, önceden var olan ahlaki ve etik standartları ihlal edecek biçimlerde davranmaya sevk edebileceği görülür.⁴³¹

Benzer biçimde yukarıda değinilen, Brezilya ve Yunanistan'da işkence ve katliamlara katılanlar üzerine yapılan karşılaştırmalı çalışmada da, birbiriyle uyumlu bulgulara ulaşılır. İşkence ve katliamları yapanların, başından beri sadist veya akli dengesi bozuk olduklarını gösteren kanıt yoktur. Aksine, seçme prosedürleri, adayları, sistemin ihtiyacı olan her tür görevli şekline sokabileceği sıradan, normal insanların lehine olacak şekilde belirlenmiştir. Önemli olan, bu suçları yapacak olanların harekete geçirilmesi, onlara güç sağlanması ve mazur gösterilebilmesiydi; öyle de yapıldı.

Yukarıda ele alınan çalışmaların, otoriter eğilimin güçlü olduğu dönemlere dair olması, söz konusu tespitlerin sadece bu dönemlere özgü olduğunu düşündürmemelidir. İhlalin boyutlarının aşırılığından kaynaklanan niceliksel bir fark söz konusudur. Modern devlette siyasi iktidar, bürokratik iktidarın gerekliliklerine göre, süreç içinde sistemin içerisindeki görevli ve çalışanların değer, düşünce, kavrayış ve davranışlarına şekil veren bir sürü sosyo-psikolojik değişkeni tetikleyerek, sıradan insanlara, her türlü kirli işleri

⁴³⁰ Kelman, 1995.s. 25-26.

⁴³¹ Zimbardo, P. Maslach,C., Haney,C., “Reflections on the Stanford Prison Experiment: Genesis, transformations, consequences”, **Obedience to Authority: Current Perspectives on the Milgram Paradigm** içinde, Lawrence Erlbaum, Editors: T. Blass, 2000, s.193-237.

yaptırabilir, yaptırmaktadır da; sadece ‘işler yolunda gittiğinde’ daha az yapılmak koşuluyla.

4.1.7.1. Otoritenin Etkisi

Baumann, ‘*Modernite ve Holocaust*’ta otoritenin etkisinin ulaşabileceği trajik boyutları çok net biçimde görmemizi sağlar.

*“Holocaust, insan belleğindeki en dehşet verici kötülüğün düzenin bozulmasından değil de düzenin kusursuz, hatasız, karşı konulmaz egemenliğinden kaynaklandığını göstermiştir. Bu, denetlenemez asi bir kalabalığın değil, üniforma giymiş, itaatli ve disiplinli, kurallara uyan ve aldıkları emrin ruhuna ve dar anlamına göre davranmaya özen gösteren insanların işiydi.”*⁴³²

Otoritenin bireyin suç işlemesindeki etkisi, belki de en çok, Milgram, deneyinin sonuçlarını açıkladığında tartışılmıştır. 1933-1945 yılları arasında milyonlarca masum insanın sistematik olarak katledilmesinin sağlam bir şekilde emir üzerine temellendirildiği varsayımından hareketle itaat üzerine yaptığı deneylerde, otoritenin kişiler üzerindeki etkisini ortaya çıkarmaya çalışan Milgram’ın, varsayımının doğruluğu, deneyin sonuçları açıklandığında ortaya çıkmıştır.

Milgram, deneyin sonuçlarına ilişkin değerlendirmesinin başına C. P. Snow’dan bir alıntı yaparak başlar: *“İnsanlığın uzun ve iç karartıcı tarihini düşündüğünüzde isyan adına işlenenden daha fazla itaat adına işlenmiş gizli suçlar bulacaksınız. Eğer bu konuda kuşkunuz varsa, William Shirer’in "Üçüncü Reich’in Yükselişi ve Düşüşü"nü okuyun. Alman Polis Teşkilatı, en sert itaat kuralları içinde yetiştirildi... dünya*

⁴³² Bauman, s.195.

tarihindeki en kötü büyük ölçekli eylemlere itaat adına taraf oldular ve katkıda bulundular...”⁴³³

Yale’deki deneye katılan kırk denekten sonuna kadar deneycinin emirlerine uyarak, şok jeneratöründe bulunan en şiddetli şoka ulaşana kadar kurbanı cezalandırmayı sürdüren yirmi altısının, genellikle aşırı stres altında oldukları, isteksizlik belirtileri gösterdikleri ve şok vermeyi içinden onaylamadıklarını ifade ettikleri halde şok uygulamaya devam etmeleri, itaat ile otorite ilişkisi açısından son derece önemli bir bulgudur. Başka bir insana, kendi rızasına karşın acı vermenin ahlaki davranışın temel bir ihlali olduğunu çocukken öğrenmiş olsalar da denekler, komutlarını zorla yaptıracak özel güçlere sahip olmayan bir otoritenin talimatlarını izlerken bu ilkedan vazgeçtiler. Neredeyse hepsi sözlü olarak itiraz ederken davranış olarak itaat eden deneklerin, itirazlarına rağmen, yine de çoğunluğun deney komutlarına riayet etmesinde, ne yaptıklarından çok, bunu kimin için yaptıklarının önem kazandığı, önemli olanın emir verme yetkisi ve itaat yükümlülüğü olduğu gözlemlenmiştir.⁴³⁴ Sorumluluğun, üstün emir verme hakkına razı olmaya kaydığı bu noktada, eylemi yapan kişi bir temsilci durumuna düşer.⁴³⁵ Bu durumda temsilci konumundaki kişinin sorumluluğu azalır veya ortadan kalkar.

“Çalmaktan, öldürmekten, bir insana saldırmaktan kendi prensipleri gereği nefret eden bir kişi, otorite tarafından emredildiğinde, kendini bu işleri görece daha kolay yaparken bulabilir. Kendi başına hareket eden bir insanda aklımıza bile getirmeyeceğimiz bir eylem, emirle yapıldığında tereddütsüz uygulanabilir.” ⁴³⁶

⁴³³ Milgram, 1963, s. 372.

⁴³⁴ Milgram, 1963, s. 374-375.

⁴³⁵ Milgram, S., **Obedience to Authority: An Experimental View**, Londra, Tavistock, 1974,s. 133

⁴³⁶ Miligram, 1974,s.XI.

Meşhur *Yale Deneyi*, zalimliğin, insanların kişisel karakteristik özelliklerinden ziyade otorite ve itaat arasındaki ilişkiyle bağlantılı olduğunu ortaya çıkarmıştır. Deney sonucunda ulaşılan bilgiler, o güne kadar yaygın olarak paylaşılan, zulmün zalim kişilerce yapıldığı tezini yıkıp, görevlerini yerine getirmeye çalışan normal insanlar tarafından yapılabileceğini göstermesi bakımından son derece önemlidir.

Milgram'ın deneyindeki otoritenin etkisine ilişkin ortaya çıkan çarpıcı sonuçlar yapılan ek deneylerle geliştirilmiştir. Ek deneylerde, araştırma projesine deneklerin birden fazla deneyciyle karşılaştığı ve deneycilerin emri açıkça tartışmalarının ve emre itiraz etmelerinin açıkça örgütlendiği araştırmalarda, kölece itaat ortadan kalkar. Buradan yola çıkarak, kişinin kendi değer yargılarına ve vicdanının sesine aykırı davranmaya hazır olmasının nedeninin, yalnızca yetkili birinden gelen buyruğun fonksiyonu değil, tek amaçlı, kesin ve rakipsiz bir otorite kaynağıyla karşılaşmasının sonucu olduğu söylenebilir.⁴³⁷ Baumann'ın, bu tarz bir itaatin ancak muhalefete ve özerkliğe tahammülü olmayan ve hiyerarşisindeki itaat zincirinin istisna tanımadığı bir örgütte ortaya çıkacağı⁴³⁸ biçimindeki değerlendirmesi son derece yerindedir. Ancak bu tarz örgüte örnek olarak gösterdiği totaliter partiler, yatılı okul, bazı mezhepler ve hatta ağır suç çeteleri ile ordu ve polis tarzı yapılar arasında dikkate değer bir nitelik farkı olduğunu da belirtmemiz gerekir. Hiyerarşinin çok sıkı olduğu, insan öldürme yetkisini bizzat yasalardan alan ordu ve polis gibi devlet güçlerinin otoritesinin üstünlüğü, hiçbir yapı ile kıyaslanamayacak denli eşsizdir.

1961 yılında gerçekleştirilen Milgram Deneyi'nin ardından, insanların otorite algılarını ve otoriteye itaat etme eğilimlerini açıklayabilme adına başka araştırmalar da

⁴³⁷ Miligram, 1974,s.XII.

⁴³⁸ Bauman, s. 210.

yapıldı. Bu araştırmalar arasında dikkat çekenlerden biri de 1971 yılında Stanford Üniversitesi'nde gerçekleştirilen hapishane deneyi oldu.

Psikoloji profesörü Zimbardo tarafından Stanford Üniversitesi'nde yapılan deneyin asıl odaklandığı nokta, askeri hapishanelerde tutuklular ve gardiyanlar arasındaki ilişkiler üzerinden herhangi bir sadist eğilime ya da psikolojik rahatsızlığa sahip olmayan sıradan insanların, hapishane gibi katı kuralların ve disiplinin hakim olduğu bir ortama girmeleri durumunda birbirleri ile ne türden ilişkiler geliştireceklerine odaklanıyordu.⁴³⁹

Zimbardo deneyinde Milgram deneyinden farklı olarak sorumluluğun havale edildiği bir dış otorite yoktur. Sadece kuralları sıkıca belirlenmiş iki karşıt konumda insan vardır; gardiyanlar ve mahkumlar. Sıradan insanlar kullanılan deneyde, hapishane simülasyonu kısa bir sürede gerçek bir cezaevini andırmaya başlamıştır. Gardiyanlar, rutin hapishane sayımlarını sürece çok uzun tutarak mahkumlar için zihinsel ve fiziksel bir işkence haline getirmiş, mahkumları saatlerce şınav çekmeye zorlamış, tuvalet yasağı koyarak hepsini ihtiyaçlarını lazımlığa gidermek zorunda bırakmışlardır. 17 yıl hapiste kalmış eski bir hükümlü olan Carlo Prescott dahi, şartlı tahliye memuru görevini yerine getirirken, mahkumlara yıllardır kendi şartlı tahliye memurunun ona davrandığı gibi davranmış, onlara, ‘*Hapisten çıkmak istiyorsun. Diyelim seni serbest bıraktık, topluma ne gibi bir faydan olacak?*’ gibi sorular yöneltmeye başlamıştır.⁴⁴⁰

Önemle belirtilmesi gereken bir husus; deneye başlarken Zimbardo’nun gardiyanlara güçlü olanın onlar olduklarını ve düzeni sağlamaktan da yine onların sorumlu olduğunu söylemesidir. Ayrıca gardiyanlara coplar verildiğini, ancak fiziksel

⁴³⁹ Bkz. **The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study of the Psychology of Imprisonment**, 1971, Stanford University, Araştırmacılar: Philip Zimbardo, Craig Haney, W. Curtis Banks, David Jaffe, s.2. https://web.stanford.edu/dept/spec_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf Erişim T.:12.2.2022.

⁴⁴⁰ Deney, gardiyanların mahkumlara uyguladığı işkenceler yüzünden öngörülenden çok daha kısa sürede başladıktan altı gün sonra bitirilmiştir.

anlamda bir güç kullanmaları yönünde açık bir talimat verilmediğini de belirtelim. Konum olarak üstün olduklarını kavrayan gardiyanlar açık bir talimat olmasına gerek kalmadan ellerine verilen copları rahatlıkla kullandılar.

Bu kullanıma hapishanede tutuklu iken gardiyanlarca dövülerek öldürülen Engin Çeber davası örnek olarak gösterilebilir. Davada verilen ifadelerden anlaşıldığına göre, gardiyanlara sayım vermeyen veya ayağa kalkmayı reddeden siyasi tutuklu ve hükümlülere baş eğdirilmesi gerektiği bildirilmiş, ellerine copları verilmiş, ancak her olay için, bu kişiyi şu kadar dövün diye açık bir talimat verilmemiştir.⁴⁴¹

Deneyde, otoritenin, sadece ihlal eden açısından değil hakkı ihlal edilen mağdur üzerindeki etkileri de çarpıcı biçimde gözlemlenmiştir. Boyun eğdirme, bireyselliklerini kaybettirme amacıyla, üzerlerinde numaraları yazılı olan ve tulum benzeyen üniformaları giydirilen, ayak bileklerinden birine küçük birer zincir vurularak esaret hissi perçinlenen mahkumların kısa bir süre sonra kendilerini isimleriyle değil kendilerine verilen numaralarla tanıtmaya başlamış olmaları, hatta Zimbardo'ya alacakları ücretten vazgeçmek karşılığında şartlı tahliye olmak istediklerini söyleyen kimi mahkumların, Zimbardo bunu onaylamayıp onları oyaladığında, hiçbirinin tek taraflı olarak deneyi bırakıp gitmeyi düşünmemesi, otoritenin iki yönlü etkisini açığa çıkarır.⁴⁴² Herhangi bir kişi tarafından haksız bir eylemle karşılaşan kişi kendisini savunur, saldırıya karşı koyar ancak devlet otoritesini temsil eden kişi karşısında insanlar edilgen davranır. Böylelikle otorite hem ihlal eden görevli rolündeki kişi hem de hakkı ihlal edilen mağdur üzerinde yarattığı çifte etkiyle ihlali kolaylaştırır.

⁴⁴¹ <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1064757&CategoryID=77>

⁴⁴² Bkz. The Stanford Prison Experiment, 1971,s. 13. https://web.stanford.edu/dept/spec_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf Erişim T.:12.2.2022.

Her iki deneyde de kendilerine bir otorite tarafından '*senin işin bu*' denilen insanların herhangi bir etik sorgulama yapmadan görevlerini benimsemeleri ve daha önce yapmayacaklarını düşündükleri işleri kolayca yapmaları, bu süreçte, insanların farkında dahi olmadan içine girdikleri yeni koşullar tarafından şekillendirilmeye, bu koşullara uyum gösterecek şekilde *değişmeye* başladıklarını da gösterir. Bu durum, devletin ya da başka otoritelerin kontrolü altındaki kimi kişilerin, yıllarca bu tür işlerle meşgul olmalarının ne gibi tehlikeler yaratabileceği konusunun önemini de gösteriyor.⁴⁴³

Bu deneylerin vardığı ortak sonuç, yapılan zalimane eylemler, kişilerin zulüm düşkünlüğünden, kötülüğünden değil, kötü bir toplumsal düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Gardiyan ve mahkûm örneğinde önemli olan, kutuplaşmanın varlığıdır. Aynı kişilerin rolleri değiştirilseydi sonucun yine farklı olmayacağını söyleyen Bauman, meselenin özünü tespit eder: "*bazı kişilere diğer bazı kişiler üzerinde tam, ayırıcı ve katı bir yetkinin verilmiş olması.*"⁴⁴⁴

Yasal olarak verilen ayırıcı ve katı yetkiler, sistemin görevlilerinin davranışsal seçimlerini emreder ve sınırlar. Örgütsel disiplin ve kesin itaate dayalı bürokratik hiyerarşide, her düzeyde, astların üstlerine itaat etmesi kuralı, yukarıdan aşağı operasyonlar makinesini yağlar ve devlet görevlilerine herhangi bir sorumluluk duymaksızın eylemlerini yapma imkânı tanır. Otorite ve görevler hiyerarşisi, bireysel karar almayı ve dolayısıyla eylemin bireysel sorumluluğunu bertaraf eder. Her görevli, sadece emirlere uyuyor ve her durumda operasyonun tamamının sadece küçük bir parçasını yerine getiriyor.⁴⁴⁵ Otoritenin yasal şiddet yetkisi ile donatıldığı siyasal iktidar söz konusu olduğunda, vazifenin ifası sayılan zulmün ulaşabileceği boyutlar için bir

⁴⁴³ Watson, Peter. 1978. **War on the Mind: The Military Uses and Abuses of Psychology.** New York: Basic Books, Inc., Publishers. 261.

⁴⁴⁴ Bauman, s. 214.

⁴⁴⁵ Huggins, 2002,s. 251.

varsayımda bulunmak dahi yersiz olur; hayat, yeterince örnekle doludur ve yeni örneklere gebedir.

4.1.7.2. Bürokratik İşleyiş: Hiyerarşik ve Yabancılaştırıcı İş bölümünün Etkisi

İş bölümü, insanlık tarihinde gelişimin en önemli araçlarından biri iken, bugün gelinen noktada, yarattığı yabancılaşmanın etkisiyle insanlıktan çıkmanın aracına dönüşmüş gibi görünüyor. Yapılan çalışmalar iş bölümünün hiyerarşik ve yasal olarak örgütlendiği bürokratik idari örgütlenmede yer alan kişiler açısından, bu yıkıcı etkinin alabileceği trajik boyutların nasıl katlanarak büyüdüğünü gösteriyor. Atom bombaları ile yok edilen insanların ölümünden, savaş karşıtı bir bilim insanı olan Albert Einstein'ı atom fiziği alanındaki çalışmaları nedeniyle sorumlu tutamayız elbette. Ancak öldürüleceklerini bilerek kampa gönderilen Yahudilerin nakillerinden sorumlu olan görevlinin sorumluluğunu nasıl belirleyeceğiz? Nazi döneminde olanlar, çarkın dişlilerinden her birinin kendi işini yapmasıyla istenilen sonuca ulaşıldığını ve bu durumda her dişlinin kendi payına düşen sorumluluğun boyutunun ne kadar küçük kaldığını net biçimde göstermiştir. Bürokrasinin gerçek başarısı da budur zaten.

Modern toplumda bireyin sorumluluğunu inceleyen John Lachs, bu olguyu '*eylem aracılığı*' kavramı ile ifade eder.

“Yani birinin eyleminin benimle eylemim arasında durup onu doğrudan yaşamamı olanaksız kılan bir başkası, aradaki kişi tarafından biri için gerçekleştirilmesi olgusu... Modern toplumun en önemli özelliklerinden biri olarak anlık eylemlerin birçoğu ile önemsiz aktörler arasındaki boşluk yüzünden amaçlar ile pratik başarılar arasında mesafe oluşması ve aracı kişinin, eylemin sonuçlarını, onu yapan kişinin gözünden saklaması...

Bunun sonucu olarak, kimsenin bilinçli olarak sahiplenmediği birçok etkinlik gerçekleşir. Bunlar, adına yapıldığı kişi için yalnızca sözde ya da imgelemde vardır; onları bizzat yaşamadığı için kendine ait bir şey gibi savunamaz. Öte yandan, onları bizzat yapan kişi ise onları başka birisine ait, kendini ise ancak yabancı bir iradenin suçsuz bir aracı olarak görür... Tüm bunları planlayan ya da yaratan kişinin ya da grubun olmaması kabul edilir değildir. Kendi eylemlerimizin uzak sonuçlarıyla, acıların oluşmasına nasıl katkıda bulunduğunu görebilmek ise daha zordur.”⁴⁴⁶

Eyleme aracılık etmek, eylemi yetki hiyerarşisiyle belirlenmiş ve birbirinden ayrılmış aşamalara bölmek ve eylemi görevsel uzmanlıklara bölüp parçalara ayırmak; Bauman, bürokratik iş bölümüne dayalı akılcı toplumun en göze çarpan bu özelliğinin, insanlık dışı ve zalimce davranışları, amaçlı olmasa da kendi yapısından gelen ve telafi edilemez biçimde kolaylaştırdığını ileri sürer. “Eylemin örgütlenmesi ne denli akılcıysa acıya yol açması o denli kolaylaşır. Ve de kişinin kendisiyle barışık kalması.”⁴⁴⁷

Brezilya ve Yunanistan örneklerinde ortaya konulduğu üzere, bu iş bölümüne dayalı bürokratik yapı, işkence ve katliam yapan devlet görevlilerinin işini çok kolaylaştırmaktadır. Kolaylaştırıcılık, sadece işin yükünü paylaşırma şeklinde değil, aynı zamanda, bunun doğal sonucu olarak sorumluluğu da hafifletme biçimindeydi.

“Bu mezalim kolaylaştırıcıları arasında mesleki etik, eğitim ve otoriter devletin hizmetindeki becerilerini doğru yoldan saptırmak üzere rejim tarafından kiralanan çok sayıda profesyonel yer alıyordu: hekimler ne zaman ve nasıl işkence yapılması gerektiğini tavsiye etti, daha fazla işkence yapılabilsin diye bilincini kaybetmiş mağdurların ayılmasına yardım etti ve sahte ölüm sertifikalarını imzaladı; hemşireler zararlı ilaçları ayarladı;

⁴⁴⁶ Lachs, John, **Responsibility of the Individual in Modern Society**, Brighton: Harvester, 1981, s.12-13. Aktaran Baumann, 1996, s. 45-46.

⁴⁴⁷ Baumann, s. 200.

mimarlar acı ve ölüm aygıtlarının tasarımı yaptı; noterler kayıtlarda tahrifat yaptı; avukatlar şeytan imparatorluğunu yasal olarak savundular.

Baskı ve iş bölümü, polisin saldırı, ele geçirme, sorgulama ve infaz sürecini her biri özellikle bir göreve verilmiş erkek birimlerine ayırdı ve Taylor yöntemi kullandı. Parçalara ayrılmış bu süreç, şiddet işçilerinin kendi cebri davranışının ahlaki iticiliğini yanlış kavrayacak şekilde bilinçlerini biçimlendirmesine olanak tanıyordu.⁴⁴⁸

Araştırmacılar, “şiddet işçilerinin” kişisel sorumluluk kabul etmemelerinin merkezinde, cezaevi gardiyanları, doktorlar, hemşireler, noterler, mesleki ve politik amirler kastı gibi bir dizi meşru kolaylaştırıcıların destek ve yardımcı olması ve onu güçlendirmesinin yattığını tespit ettiler. Diğer taraftan, şiddet işinin, belli roller üstlenmiş bireylerin yerine getirdiği çeşitli görevlere bölünmekle, her aktörün ortaya çıkan sonuçlarda kendi kişisel sorumluluğunu fark edememesi sağlanıyordu. “Böylelikle mezalimin sorumluluğu, denizde bir damla zehir gibi dağıtılmış oluyordu.”⁴⁴⁹

Bir eylemin yapıldığı zincirde, yalnızca bir ara halka olarak yer alma, kişiye eylemin nihai sonuçlarından uzak kılar. Bu durumda kişinin, yaptığı eylemden doğan sorumluluğunu görmezden gelmesi psikolojik olarak kolaylaşır. Her türlü iş bölümü, etkinlik ile sonuç arasında bir uzaklık yaratır. İşte böylesi durumlarda sonucun ‘yüzer-gezer sorumluluk’ olduğunu söyleyen Baumann, örgütün tamamen bir sorumluluk silme aracı olduğunu belirtirken son derece haklıdır. “Koordine eylemlerin neden-sonuç halkaları maskelenmiştir ve bu eylemlerin en güçlü yanı da bu maskelenmişliktir. Zalimce eylemlerin kolektif bir şekilde gerçekleştirilmesi, sorumluluğun esas olarak bağları çözülebilir olmasıyla çok daha kolaylaşır.”⁴⁵⁰ İşte bu nedenle “Nazilerin bulabildiklerinin

⁴⁴⁸ Huggins, 2002, s. 245-246.

⁴⁴⁹ Huggins, 2002, s.259.

⁴⁵⁰ Bauman, s.208.

en mükemmel olanı, katilin rolünü, bir torba dezenfeksiyon ilacını, içine girilmesine izin verilmediği bir binanın çatısındaki deliğe boşaltması istenen bir sağlık memuruna indirgemekti.”⁴⁵¹

İş bölümü aynı zamanda bir kolektiviteye işaret eder. İşkence ve infaz birimlerinin, çoğunlukla uzman bir tim biçiminde oluşturuldukları ve işlerini kolektif eylemle işledikleri bilinir. Bu kolektivite, görevlilerin işlerini hem sorumluluk açısından hem de psikolojik olarak kurbanlarının yalnızlığına karşı bir birliktelik yaratmak suretiyle kolaylaştırır. Birkaç saatte bir, farklı kişilerden oluşan bir ekip tarafından yapılan işkence eyleminde kimse kendisini asli fail olarak hissetmemektedir. Faili belli olmayan insan öldürme suçu kategorisi en çok devlet görevlilerinin işkenceyle insan öldürmesi vakalarına uygulanır. Bürokraside en üst düzeyde görülen bu zarar verici eylemin kolektif niteliği, fail ile eylem arasındaki uzaklığın etkisini hem fiziksel hem de psikolojik yönden daha da arttırarak, sıradan insanların zalimce eylemler yapabilmelerini kolaylaştırır.

Eylemle sonuçları arasındaki fiziksel ve/veya psikolojik uzaklığın artışı, ahlaksal sınırlamaların askıya alınmasından da fazlasına yol açar; eylemin ahlâk yönünden önemini ortadan kaldırır. Böylelikle, bürokratik iş bölümü sadece sorumluluğun belirsizliğine yol açmakla kalmaz, ahlaki bir dönüşüme de yol açar; ahlaksal sorumluluk yerine artık teknik-hukuki sorumluluktan söz edilir.

4.1.7.3. Bürokrasinin Vicdan Meselesine Çözümü: Bürokratik Ahlak

“Endlösung’u başlatanların karşılaştığı ve başarıyla çözdükleri en önemli sorun, fiziksel acı çeken bir hayvanı gördüğünde tüm normal insanları etkileyen acıma duygusunun nasıl yenileceğiydi.”⁴⁵² Arendt, bunun cevabının Himmler tarafından, bu

⁴⁵¹ Baumann, s. 207-208.

⁴⁵² Arendt, s.91.

insani içgüdülerini kendine çevirir gibi yapıp dışındaki bir şeye yöneltme biçiminde bulunduğunu söyler. Böylece katiller *‘insanlara ne kadar korkunç şeyler yaptım’* demek yerine, *görevlerimi yerine getirirken ne korkunç şeyler görmek zorunda kaldım, bu görevin omuzlarıma yüklediği yük nasıl da ağır’* diyebiliyorlardı. *“Birer katile dönüşen bu insanların aklında kalan sadece, tarihi, muazzam, eşsiz (ancak iki bin yılda bir verilen ulvi bir görev) ve dolayısıyla da muhtemelen dayanması zor bir işe girmiş olduklarıydı.”*⁴⁵³

Aynı tutum, Kelman’ın işkenceciler üzerine yaptığı araştırmada da görülür: *“üstlendikleri görevin, göreve gölge düşürecek herhangi bir ahlaki tereddüdü aşan, yüksek bir amaca hizmet ettiği görüşünü otoritelerle paylaşır oldular. Kendilerinin devleti koruma gayreti içinde önemli bir rol oynadığını gördüler: güvenliğini ve sürekli bütünlüğünü sağlamak, kanun ve düzeni sürdürmek ya da devletin, kendisini yıkmaya niyetlenen amansız düşmanlarının acımasız saldırısına maruz kalan temel değerlerini canlı tutmak.”*⁴⁵⁴ İşkencecilerin duyması olası herhangi bir ahlaki çekince ve tikslenme hissine karşın, rollerini oynamaya hazırlandıkları işkence projesinin amacına, böyle ulvi bir çabanın parçası şeklinde bakmaları, eylemlerini meşrulaştırmakla kalmaz, yeni bir ahlaki devreye sokar: görev ahlakı.

Einsatzgruppen’in şefi Ohlendorf’un, Nürnberg Mahkemesinde *“ben ahlaksal vicdanımı bir asker ve dolayısıyla büyük bir makinenin görece daha düşük düzeyde bir dişlisi olduğum gerçeğine teslim ederim”* şeklindeki savunması,⁴⁵⁵ Himmler’in çözümünün etkisini göstermektedir. Himmler’in çözümü, aslında bürokratik örgütlenme modelinin çözümüdür. Hiyerarşiye dayalı bürokratik yapı, vicdan meseleni çözerken

⁴⁵³ Arendt, s.114.

⁴⁵⁴ Kelman, H.C.The Policy Context Of Torture: A Social Psychoioqical Analysis, **İnternational Review of The Red Cross**, Volume 87, Number:857, 2005, s.131-132.

⁴⁵⁵ Wolfe, Robert, *“Putative Threat to National Security as a Nuremberg Defense for Genocide”*, **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science**, Vol.450. 1980. S.64.

ahlakı da yeniden tanımlar. Neyin ahlaklı bir davranış olduğuna otoritenin üst düzey temsilcileri karar verirler. Görev söz konusu olduğunda, bir devlet görevlisi için en büyük ahlaksal otorite üstleridir.

Weber, devlet memurluğunun onuru, üst otoritenin buyruğunu aynen, kendi inançlarıyla çakışıyormuş gibi, dürüstçe uygulama yeteneğindedir der. Ancak Bauman, onur aracılığıyla ahlaksal sorumluluğun yerini disiplin almıştır diyerek Weber'in tespitini aşar; bu tespiti ilişkin olarak *“sanıldığının aksine, bürokratik sistem, ahlaksal normlara, verimli bir eylemin soğuk akılsallığı ile çelişen, temelden akıldışı, duygusal baskılar olarak bakıp reddetmez; tam tersine, onları kullanır; ya da yeniden kullanır. Bürokrasinin çifte başarısı, teknolojiyi ahlâklaştırmasının yanı sıra, teknik dışı konuların ahlaksal önemini yadsımasıdır”* diyerek bizi uyarır.⁴⁵⁶

Sosyal psikoloji laboratuvar deneylerinde deneklerin davranışına yön veren, deneyci otoritenin kendilerine anlattığı deneyin yüksek amaçları ya da işkencecinin suça ilişkin bilgi toplamanın önemine odaklanan vicdanı; Bauman'ın kastettiği teknolojinin ahlâklaştırılmasının somut örneklerini oluştururlar ve yeni bir ahlaki yapıya işaret ederler: Bürokratik ahlak.

Bürokrasi, otoritenin etkisi ekseninde kendi ahlaki yapısını ve dilini oluşturur. Burada temel ahlaki referanslar itaat, saygı, sadakat, görev, disiplin gibi kavramlardan türer. Böyle bir yapı içerisinde ast için çoğu zaman önemli olan, üstlerinden birinin neyin ahlaksal yönden kabul edilebilir, neyin kabul edilemez olduğu konusundaki kararıdır. Örgütsel disiplin ve üstlerin emirlerine kesin itaat düşüncesi, kişinin tümüyle örgütsel bir kimlik kazanmasına yönelir ki bu, kişinin gerektiğinde kendi ayrı kimliğini yok etmeye ve kendi çıkarlarını feda etmeye, yani bu çıkarların örgütün çıkarlarından üstün

⁴⁵⁶ Baumann, s.206.

olmamasına hazır olmasından başka anlam taşımaz. Örgütsel ideolojide bu yüksek bir ahlaki erdem sayılır.⁴⁵⁷ Bürokraside görevlilerin ahlaksal kaygıları eylem amaçlarının kötü yanları üzerinde yoğunlaşmaktan alıkonur. Milgram, üstbenliğin, eylemlerin iyiliği veya kötülüğüyle ilgili değer yargılarından, otoriter sistem içerisindeki işlevin ne denli iyi ya da kötü yerine getirildiği saptamasına kaydığını gözlemler. Ast için önemli olan iş ve işin yapılışındaki kusursuzluktur. Daha doğrusu üstlerinin verdiği emirlerin ne kadar ustalıkla yerine getirildiği önemli olan asli şeydir. Böylece yetkin ve doğal otorite olan üstler, emir vermenin ve itaatsizliğin cezalandırılması yanı sıra ahlaksal yargıya da varırlar.⁴⁵⁸

Bürokratik yapı içerisinde gelişen bu tarz ahlaki yargı, sosyal psikoloji deneylerinde de gözlemlendiği üzere, ast durumundaki kişinin, otoritenin gerekli gördüğü eylemleri yerine getirmedeki başarısına bağlı olarak utanç ya da gurur duymasına yol açar. Böylelikle, yaptığı eylemlerin ahlaksal garabetini fark etme olasılığı azalan devlet görevlisi, otoriteye dayalı bürokratik yapının ürettiği diğer sosyo-psikolojik etkilerle vicdan meselesini kolaylıkla dışlayarak rahatlıkla suç işleyebilmektedir.

4.1.7.4. Mağdurun Kişiliksizleştirilmesi/İnsandışlaştırılması

Sıradan insanların görevleri gereği birer katile dönüşmelerine ilişkin süreci anlamaya yönelik tüm çalışmaların ortak tespitlerinden birisi de ahlaki kopuşa eşlik eden sosyo-psikolojik etkilerin başında mağdurun/kurbanın/hakkı ihlal edilenin/ kişiliksizleştirilmesinin, insandışlaştırılmasının geldiğidir.

Modern hukuk sistemine/devletine içkin *İstisna Kuramı*'nın işleyişinde insandışlaştırma çok önemli bir işleve sahiptir. Mağdur/kurban/ hedef, haklardan

⁴⁵⁷ Bauman, s.42.

⁴⁵⁸ Baumann, s.204.

yararlanmama hallerini belirleyen istisna alanına yerleştirilir ve böylelikle rahatlıkla insan onurunun gerektirdiği korumanın dışında bırakılır. Huzuru sağlamak için, hukukun koruması dışına çıkarılacak ‘iç düşman’ı belirlemenin, devlet açısından zorunluluğuna dikkat çeken Schmitt’in, *siyasal*’ın anlamını belirlerken aynı zamanda duygular dünyasına da gönderme yapan dost-düşman kavramsallaştırmasını tercih etmesi bu bakımdan da ilgiyi hak eder.

Devletin düşmanı belirleme sürecinde, bürokratik yapı içerisinde geliştirilen sosyo-psikolojik etkilerle düşman insandışılaştırılır. Bu süreçte, bürokratik etkinlik ahlaksal çağrışımlardan soyutlanır, teknik kavramlarla ifade edilir. Örneğin, askerlere, hedeflere ateş etmeleri söylediğinde, hedef, aslında insandışılaştırma yoluyla düşmana çevrilen ‘*çıplak hayat*’tan ibaret insandır. Bu tarz bir kişisizleştirme, modern bürokrasinin rasyonelliği ile son derece uyumlu bir süreç olarak işler.

Bürokratik etkinlik salt teknik kavramlarla ifade edilmez; etkinliğin tanımlanması sürecinde anlamsal çarpıtmalar, kelime oyunları ve benzeri yöntemler kullanılarak yeni bir dil oluşturulur. Cezaevinde tutuklu ve hükümlüleri öldürmeyi hedefleyen bir operasyonun adı “*Hayata Dönüş*”⁴⁵⁹ olduğunda, etkinliğe katılan görevlilerin yaptıkları işin ne olduğunu kavramaları güçleşir. Devlet görevlisi birini öldürdüğünde cinayetten değil, kaçınılmazlık ve hedefteki insanın tehlikeliliği üzerine kurgulanmış “silah kullanma yetkisi”nin aşılmasından söz edilir. Bu dil, sadece hedefteki insanın algısını değiştirmekle kalmaz; aynı zamanda cinayet işleyenin canı olarak görülmesini engeller;

⁴⁵⁹ 2000 yılında ölüm oruçlarını bitirme gerekçesiyle yapılan ve 30 mahkum ile 2 askerin ölümüyle sonuçlanan ‘Hayata Dönüş’ operasyonunun planı 11 yıl sonra ortaya planda, mahkumlara karşı “tereddütsüz, misliyle mukabelede bulunulacak, zor ve silah kullanılacak” gibi ifadeler kullanıldığı da ortaya çıkmıştır. <https://www.gazetevatan.com/gundem/hayata-donus-yalan-369423> Erişim T.18.2.2022.

bir katilden değil, silah kullanma yetkisini doğru ya da hatalı kullanan bir görevliden söz edilir.

Kötü fiilleri zararsız, hatta değerli kılan ve kelime oyunu içeren örtülü yaftalama, kurbanları/bürokratik etkinliğin hedefini/mağduru insanlıktan çıkarmayı kolaylaştırır. Cinayetler, bir “temizleme” veya “kaybolma” kılığına büründüğünde, kurbanların insan olduğunun anlaşılması güçleşir. Toplu cinayetlerin “*etnik temizlik*” şeklinde hijyenik olarak sıhhi yapıldığı ya da bombalamanın sadece “yan hasarları” olan “temiz, cerrahi vuruş” şeklinde betimlendiği yerde, akan kan, sakatlanmış ya da ölü insanlar yoktur. Bu örtülü bürokrat dil, ya kurbanları bütünüyle saf dışı bırakır ya da onlara, ‘normal’ insanlardan uzaklaştırılacak bir hastalık ya da başka bir kirletici madde rolü verir. Bunu akla yatkın görüp sorgulamaksızın gerçekleştiren infazcılar bir organizasyonun takım oyuncularını olarak görülebilir. Brezilya’da, devletin potansiyel kurbanlarının bu biçimde, korkulacak bir şey “yıkıcılar”, “teröristler” ve “komünist gerillalar”- şeklinde nitelendirilerek kişiliksizleştirilmesi sonucunda, normalde insan ilişkilerini yönetmesi gereken herhangi bir saygı ve değer onlara verilmemesi, faillerin işini oldukça kolaylaştırmıştır.⁴⁶⁰

Herbert C. Kelman, modern devlette, bireysel hakların, esasen devletten türediğini ve böylece devletten dışlanmanın –yurttaşlık haklarının yadsınması-, keyfi muamele, işkence ve en sonunda imha karşısında savunmasız, önemsiz biri (non-person) olma ile aynı anlama geldiğini söyler. İşkencenin "gerçeği" ortaya çıkarmanın gerekli bir yolu olarak gerekçelendirilmesi, aynı zamanda, sıklıkla gerçekleştiği yasal bağlamda olduğu gibi, onu bir meşruiyet havasıyla çevrelemeye de yardımcı olur.⁴⁶¹ İşkence kurbanlarının,

⁴⁶⁰ Huggins, 2002, s.255.

⁴⁶¹ Kelman, 2005, s.129-131.

işkence yapanların ahlaki toplumundan dışlanması, işkence tarihinin ilk dönemlerine kadar gider. Modern Batı hukukunun köklerini bulduğu Roma yasal sisteminde bir itiraf ettirme aracı olan işkencenin çağdaş pratiğinde kurbanları/mağduru/ insandışılaştırmanın ana kaynağı, onları, devleti tehlikeye sokan teröristler, asiler veya karşıt görüşlüler gibi yaftalamalarla devlet düşmanları olarak resmetmektir.

İnsandışılaştırma, bir kişinin, davranışlarının olumsuz sonuçları hakkındaki algısını indirgeyen ahlaki kopuşa yol açması bakımından son derece önemli bir olgudur. Çoğumuz, rahatsız edici bir böceği vurup ezme konusunda vicdan azabı hissetmeyiz. İnsanlara aynı şekilde bakıldığı zaman, onlara yapılması hoş görülebilir şeyler üzerindeki kısıtlamalar kolayca kaldırılır ya da askıya alınır.

Bu varsayım, kolej öğrencilerinin, başka okuldan bir grup öğrenciye yardım etmeye çalıştıklarına inandırıldıkları kontrollü bir laboratuvar deneyinde de araştırılmıştır. Cezalandırmalar, öğrenme ödevlerinde yaptıkları her hatada, her masum katılımcının bitişik “öğrenme” odasındaki erkek “öğrencilerden” birine verdiği, güya acı veren şokların seviyesini artırma şeklindedir. Sahte elektrik şoklarını verenlerin bir araştırma asistanının diğer okulun öğrencisi hakkında “hoş bir çocuğa benziyor”, “bir hayvana benziyor” demesine ya da hiçbir şey söylememesine kulak misafiri olması sağlanarak şok verilecek öğrencilerin tasviri manipüle edilmiştir. Potansiyel kurbanları hakkında bu gözlemlerden daha fazla bilgi sahibi ve kişisel temasları olmayan kolej öğrencileri, sahte elektrik akımlarının düzeylerini, “hayvan” yaftalı olanlara çekicilik statüsü belirtilmemiş olanlardan önemli ölçüde daha fazla ayarlamışlardır. Kurbanları önemli ölçüde düşük düzeylerde cezalandırmanın, onların, hoş çocuklar şeklinde betimlenerek insanlaştırılmasıyla ilgili olduğu düşünülmüştür. Aksine, kişisizleştirilmiş kurbanlar yüksek düzeyde şok alır almaz, öğretmen tarafından verilen ceza seviyeleri her hatalı yanıtta önemli ölçüde artmıştır. Araştırmacılar şu sonuca

ulaşılar: “*kişisizleştirme, cezalandırıcılıkla bağlantılı artan kendini affetme gerekçelerini besler*”.⁴⁶²

İnsandışılartırma sürecinin etkisi, Baumann’ın da belirttiğı üzere, sadece bürokratik etkinliğin hedefi olan insanlar ustaca insandışılartırılıp ahlaksal taleplerin potansiyel öznesi haline gelme olasılıkları ortadan kaldırıldığında ortaya çıkan etikal kayıtsızlıkla da sınırlı kalmaz. Bu kayıtsızlık, insanlar buna direnerek ya da iş birliğini esirgeyerek bürokratik çalışmanın pürüzsüz işleyişini bozduklarında, hemen hoşnutsuzluk ve suçlamaya dönüşür. Onların sorun çıkarıcılığı, görevlileri birbirine bağlayan özgüven ve arkadaşlığı daha da pekiştirir. “*Görevliler bu kez kendilerini, cesaret, fedakârlık ve kendini düşünmeksizin davaya adamayı gerektiren zor bir mücadelenin yoldaşları olarak görürler. Acı çeken ve acınmayı ve de ahlaksal övgüyü hak edenler bürokratik eylemin hedefi değil, onun kendi özneleridir.*”⁴⁶³

4.1.7.5. Tecrit-Anonimlik

Milgram deneyinde deneklere, kurbanın ellerini zorla sözde elektrik şokunun verildiğı bir levha üzerine koymaları söylendiğinde yalnızca %30’u emre itaati deney sonuna kadar sürdürmüştür. Kurbanın eline dokunulmadan sadece kumanda masası üzerindeki manivelanın çevrilmesi istendiğinde itaat edenlerin oranı %40’a yükselmiş, bir duvarın ardına gizlenip yalnızca acı çığlıkların duyulduğu koşulda itaat %62.5’e yükselmiştir. Kurbanlara zulmetme ile yakınlık duymaya hazır olmanın ters orantılı olduğunun tespiti, bürokratik yapının yarattığı tecridin, failer açısından önemini gösterir.

⁴⁶² Bandura, A., *Moral Disengagement In The Perpetration Of Inhumanities. Personality and Social Psychology Review* 3, 1999 s. 193–209.

<http://www.des.emory.edu/mfp/Bandura1975.pdf> Erişim T.: 2.5.2011.

⁴⁶³ Baumann, s.139.

Bauman bunu, toplumsal uzaklığın bir işlevi olarak “insanlık dışılık” diye tanımlar. Kurbandan fiziksel ve psikolojik uzaklık arttıkça zalimleşmek daha kolay hale gelir.⁴⁶⁴

Zalimliği kolaylaştıran tecrit hem failleri hem de mağduru/kurbanı kuşatır. Kurbanın/mağdurun psikolojik yönden görünmez kılınması, zulmü kolaylaştırır. Modern silahlarla uzaktan öldürmek, Dresden veya Bağdat’a bomba atan pilot olmak, nükleer savaş başlıklarını tasarlamak bu nedenle çok daha kolay ve olanaklıdır.

Fiziksel veya psikolojik olarak yalıtılan, yalnızlaştırılan kişilere karşı suç işlemenin kolaylığı bir yana, güvenlik birimlerinin şubeler biçiminde veya uzmanlıklarına göre yalıtılması da bu örgütleri bir kozaya kapatarak tecridin artmasına ve devlet şiddetinin görünmezliğine yol açar. Böylece tecrit, görevlinin eyleminin grubunkinden ayırt edilemez olmasını güvenceye alarak adının çıkması, kınanma ve kişisel sorumluluk kaygılarından uzaklaşmasına hizmet eder. Bireylere ‘kimse kim olduğumu bilmiyor’ ve/veya ‘ne yaptığım kimsenin umurunda değil, kimse görmüyor’ dedirten, gerçek ismini saklamasına izin veren koşullar, sosyal psikologların “kimliksizleştirme” dediği şeyle sonuçlanır. Bu durum, zalimce eylemleri gerçekleştirme konusunda duyulan normal, kişisel ve sosyal kaygıları azaltır ve böylece bu tür bir eylemin sorumluluğunu azaltır. Anonimlik koşullarında davranış kısıtlamalarının kalktığı, kişilerin pek çok değerlendirme süreçlerini askıya alabildikleri ve dolayısıyla çok kolay suç işledikleri bilinen bir sosyal-psikolojik bir olgudur ve çalışmamızda yer verilen bir çok sosyal deney ve tarihsel deneyimlerle gözlenmiş bir olgudur.

Devletin birimlere ayrılmış güvenlik aygıtlarında egemen olan bu tecrit ve anonimlik koşulları altında, davranışı kendisine ve diğerlerine görünmez hale gelen görevli rahatlıkla bir şiddet aktörü haline gelir; karanlıkta hareket eden, üniforma, maske,

⁴⁶⁴ Baumann, s.199.

kukuleta giyen ya da yüzünü boyayan gruplara karışıp kaybolur. Bu koşullarda eylemin sorumluluğu en aza indirgenir; kimliği saptanamayan kişiden hesap sorulamaz. “İşte bu nedenle, bir işkence biriminden infaz mangasına gönderilen Brezilyalı ‘şiddet işçisi’ Jorge, üyelerinin kimliğinin gizliliğini güvenceye alacak her çareye başvurduğu için öldürme timinde kendisini daha güvende hissettiğini anlatıyordu. Bu yeni rolü hakkında en çok sevdiği şeyi açıklarken anonimlik koşullarının sağladığı olanağa işaret ediyordu: kurbanıyla bir tür kişisel ilişkiye geçmek zorunda olan işkenceci Jorge'nin aksine, infazcı Jorge, kendi başına ya da kurbanının başına bir kukuleta geçirebilir ve her zamanki işin bir parçası olarak düşmanını ortadan kaldırılabildi. Baskınlarda, kendilerinin ayırt edilememesini sağlamak için birbirlerine “Pompeu” diye hitap eden manga üyeleri olarak kimsenin küllerinden tanıyamayacağı, Pompeii'nin insanlarına benziyorlardı.”⁴⁶⁵

Güvenlik görevlileri üzerindeki bu sıkı tecrit, onları, sadece yasal ve ahlaki sistemlerin gözetiminden değil, halktan, ailelerinden ve nihayet evvelce kendilerinin sahip olduğu değerlerden muhafaza ederek onları korumanın yanı sıra, sistem için ne kadar önemli olduklarına inandırılan söz konusu görevliler üzerinde, üstlerinin kontrolünü de güvence altına almış oluyordu. Bu koşullarda suç işlemek işten bile sayılmazdı.

Devlet görevlileri ve eylemlerini kuşatan tecrit, devletin gizli faaliyetlerine onay veren resmi sır olgusu ile yakından ilgilidir. Modern devlette gizlilik, siyasi iktidar için vazgeçilmezdir ve modern hukuk sistemlerinin bir parçasıdır. Devlet, hukuk dışı faaliyetlerini resmi sır perdesiyle kapatır. “Gizlilik iktidarın ta özünde yatar” diyen Canetti’nin, gizliliğin iktidarın en önemli öğelerinden biri olduğuna dair tespiti, en fazla siyasi iktidar için geçerli olsa gerek.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ Huggins, 2002 s.248.

⁴⁶⁶ Canetti, Elias, **Kitle ve İktidar**, Çev. Gülşat Aygen, Ayrıntı Y., İst., 1998, s. 288 vd.

4.1.7.6. Ulusal Güvenlik İdeolojisi

Modern bürokratik yapının, devlet görevlilerinin suç işlemesini kolaylaştıran vicdan meselesinin çözümü sürecinde kullandığı temel dayanaklardan /araçlardan biri de ulusal güvenlik ideolojisidir.

Devlet görevlilerinin uğruna şiddete başvurmak zorunda kaldıkları zorlu görevleri, kendilerini adadıkları ulusun güvenliğidir. Modern ulus devlet bağımsızlığını ve varlığını korumak gibi bir güvenlik ideolojisiyle örülmüştür. Devlet akli kuramının bir yansıması olan ulusal güvenlik ideolojisi, devlet adına suç işleyecek olanların yaşamlarında böyle bir devlet şiddetinin gerekli ve yerinde olduğu mesajını verir. Bu tür ideolojilerin nasıl toplumsal olarak aşılandığını ve şiddeti kolaylaştırdığını inceleyen Sam Keen, tüm dünyadaki ulusal propaganda imgeleri analizinde, bir askerin öldürmeden önce kendisinden nefret edilen ve korkulan bir düşman imgesini içselleştirmesi gerektiğini açıklığa kavuşturur. O imge, etkili propaganda psikolojisi içinde sunulur. Ulusal bir retorik, hükümetin baskıcı eylemlerini, yasaya bağlı yurttaşların iyiliği için mazur gösterebileceği gizli düşmanların yaygın varlığını tasarlar; devletin kuşatma altında olduğu hissini yaratır.⁴⁶⁷

Brezilya ve Yunanistan'da işkence ve katliamdan sorumlu görevliler ile yapılan görüşmelerde, bu kişilerin sıradan insandan bir işkenceciye veya katile dönüşmelerinde devletin bazı kişileri devlet güvenliği için tehlike arz eden ortak düşman ilan etmesinin ve dolayısıyla devlete zarar verecek bu insanların yok edilmesi gerektiği tezinin ne denli etkili olduğu görülmüştür. Huggins ve arkadaşları, askeri diktatörlük dönemi boyunca sayısız biçimleriyle şiddet işini destekleyen politik temelin köklerinin, komünistleri ve

⁴⁶⁷ Keen, Sam, *Faces of the Enemy : Reflections of the Hostile Imagination*, Published by Harper Collins

sosyalistleri Brezilya'nın yaşam tarzını tehdit eden yıkıcılar olarak gören bir ulusal güvenlik ideolojisine uzandığını tespit etmişlerdir. “*Askeri rejim, en baskıcı hükümetlerin yaptığı yaptı: tespit edilmesi, araştırılması, güvenli ortamlarda toplanması, eğer değer taşıyan bilgiye sahiplerse sorgulanması, boyun eğmiyorsa işkence edilmesi ve devlet görevi açısından daha fazla bir değer taşımıyorsa infaz edilmesi gereken devlet düşmanları yarattı.*”⁴⁶⁸

Ulusun güvenliği ideolojisini kullanan devlet iktidarı, işkencenin amacını ve gerekçesini, devletin güvenliğine yönelik iç ve dış tehditlere karşı korunması olarak tesis eder. Genel olarak sorgulamadan itaat etmek için eğitilmiş olan işkenceciler, sadece kendilerinden uymaları istenen bir hiyerarşi içinde hareket etmekle kalmıyor; ulusal güvenlik ideolojisinin etkisiyle aynı zamanda üstün misyonu temsil eden bir eyleme katılmış oluyorlardı. Üstlendikleri görevin, göreve gölge düşürecek herhangi bir ahlaki tereddüdü aşan, yüksek bir amaca hizmet ettiği görüşünü otoritelerle paylaşır hale gelip kendilerinin devleti koruma gayreti içinde önemli bir role sahip olduklarını düşünüyorlardı. Kanun ve düzeni sürdürmek ya da güvenliği sağlamak, devletin, kendisini yıkmaya niyetlenen amansız düşmanlarının acımasız saldırısına maruz kalan temel değerlerini canlı tutmak; işkencecilerin duyması olası herhangi bir ahlaki çekince ve tikslenme hissine karşın rollerini oynamaya hazırlandıkları işkence projesinin amacına böyle ulvi bir çabanın parçası şeklinde bakmalarının sağlanması, eylemlerinin meşruiyetini fazlasıyla artırır.⁴⁶⁹

Ulusal güvenlik ideolojisinin, işkence ve katliamla görevlendirilen devlet görevlileri üzerindeki etkisini ortaya koyan pek çok çalışma vardır. Dünya çapında

⁴⁶⁸ age. Martha K. Huggins, 2002, s. 232.

⁴⁶⁹ İşkence uygulaması, kanun ve nizamın veya istikrarın korunması, devletin temsil ettiğini iddia ettiği “halkın” yönetimi, Tanrı’nın yönetimi, Batı medeniyetinin hayatta kalması veya ulusal kurumların birliği gibi çeşitli şekillerde cereyan eden devleti meşrulaştırma doktrinine referansta bulunarak haklı gösterilir.

işkence üzerine raporlar hazırlayan Forrest, işkencenin her şeyden önce tehlikeli “yabancıları” ve tehdit oluşturan “yıkıcıları” kontrol etme hilekârlığını açığa çıkarır.⁴⁷⁰ Brezilya ordusuna ait mahkeme kayıtlarına dayanan *Brasil: Nunca Mais* (Brezilya: Bir Daha Asla) raporda Katolik Başpiskopos S.Paulo, Brezilya'nın askeri döneminde yaşanan işkence ve infazların ayrıntılı dökümüne yer vererek Brezilya güvenlik güçlerinin sert ve ölüm saçan uygulamalarının, ulusal güvenlik organizasyonun tamamlayıcı parçası olduğunu ortaya koyar. Başpiskoposunun raporunda açıkladığı gibi; Brezilya'daki devlet baskısı, yalnızca ideolojik bakımdan gerekçelendirilmekle kalmamış; fakat aynı zamanda yasal olarak onaylanıp uzmanlaşmış iç güvenlik örgütleri ve mangalar tarafından operasyonel olarak da desteklenmiştir.⁴⁷¹ Uygulamaya konur konmaz, ulusal güvenlik ideolojisi, mezalimi motive etmek, mazur göstermek, savunmak ve kendi emir, gözetim, zabıt ya da tıbbi bakımdan yetkileri altında olduğunu ve maskelerinin ardındakini gizlemek amacıyla her türlü insan tarafından kullanılabilirdi.

4.1.7.7. Resmi Eğitim

Devletin şiddet örgütünde yer alan görevlilerin eğitimleri, ulusal güvenlik ideolojisinin işlendiği, ‘düşman’a karşı savaş üzerine bir eğitimidir. Bu eğitimde, politik, ideolojik ve ahlaki olarak düşman olarak belirlenenin yok etmeye, bir başka deyişle gerektiğinde insan hakkı ihlal etmeye uygun bireyler yetiştirilir. Brezilya’da yapılan çalışmada, askeri - polis hizmet öncesi eğitiminin, çoğunlukla kendini Brezilya devletinin

⁴⁷⁰ Forrest D., Torture: Human Rights, Medical Ethics and the Case of Israel, *Journal of Medical Ethics* 22, 1996, s.251-252,

⁴⁷¹ Joan Dassin, Jaime Wright. Austin, Catholic Church. Archdiocese of São Paulo **Torture In Brazil : A Shocking Report On The Pervasive Use Of Torture By Brazilian Military Governments, 1964-1979.** The Institute of Latin American Studies, University of Texas. (1998). p. 50.

düşmanı olarak gösterilen herhangi birinin yaylım ateşle katledilmesi şeklinde açığa vuran, mezalime zemin hazırlar nitelikte olduğu gözlemlenmiştir.⁴⁷²

Polis ve askerin eğitimi sırasında, her türlü fiziksel zorluğa karşı verilen bedensel ve psikolojik eğitim modelinde, bu kişiler, acı eşikleri yükselttilerek kendi yaşayacakları ya da başkalarına yaşatacakları acıya daha az duyarlı hale getiriliyorlar. Otoriteye mutlak itaat, bu eğitimin temel ilkesidir. İsrail gibi bazı ülkelerde “su işkencesi” denilen işkencenin resmi eğitimi kabul edilmekle birlikte, şiddet örgütünde yer alan bu görevlilerin, ihlal eylemlerini gerçekleştirmek için gerekli becerileri çoğunlukla hizmet içi eğitim denilen pratik süreçte edindiğini söyleyebiliriz.

Ulusun güvenliği üzerine kurgulanmış ideoloji, resmi eğitim sürecinin de katkısıyla görevlilerce kişisel değerler ve inançlar şeklinde içselleştirilerek sisteme zarar veren herkesi/her şeyi rahatlıkla yok edebilecek bireysel eylemlerin yol göstericisi olur.

Bütün bu açıklamalardan sonra şunu rahatlıkla söyleyebiliriz: Otoriteye dayalı yasal şiddet yetkisi, sorumluluğu etkisizleştiren hiyerarşik ve yabancılaştırıcı iş bölümü, önceki ahlaki fikirleri geçersiz kılan bürokratik ahlâk ve itaatin resmen emredildiği yerde, kötülük gerçekten de sıradanlaşır. Bir Türk askerinin, öldürdüğü PKK’lı bir “teröristin” vücuduna işkence yapması, kulaklarını vs. uzuvlarını kesmesi; ya da bir Amerikan askerinin işkence ile öldürülen bir Arap gencinin cesedine ayağını yaslayarak sigara içerken poz vermesi böyle bir sıradanlığın ürünüdür.

⁴⁷² Huggins, s. 248

BEŞİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN İNSAN HAKLARINI KORUMA İDDİASI: DEVLETİN İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDEN SORUMLULUĞUNUN TEMELİ OLARAK HUKUK DEVLETİ

5.1. SORUMSUZ İKTİDARDAN SORUMLU DEVLETE

İnsan haklarının ihlalcisi olan devlet aynı zamanda insan haklarının koruyucusu olabilir mi?

Tezin başından bu yana, devletin insan hakları paradoksuna dair sorulan bu soruya, keyfi iktidar yerine hukuka bağlı devlet söylemi ve onun da ötesinde hukuk devleti ilkesi olumlu bir cevap sunabilir mi? Tezin varsayımlarının sınıandığı bu bölümde, ihlal eden ve koruyan olarak devletin insan hakları paradoksunun insan hakları ihlallerinin failini belirsizleştirerek ihlallerin önlenmesini çözümsüz bıraktığı, devletin kişiliği kurgusunun dahi bu paradoksu aşmaya yeterli olamayacağı, tersine gayrişahsilikle tanımlanan modern devlete kişilik atfedilerek yeni paradoksalar yaratıldığı iddiamıza karşı ileri sürülebilecek hukuk devleti argümanı tartışılacaktır. Genellikle söz konusu paradoksun ideal bir hukuk devletinde aşılabacağına olan inanca karşılık modern devletin insan hakları paradoksunun yapısal olduğu ve ister biçimsel ister içeriksel oldun hukuk devleti idealinin paradoksun aşılmasını sağlayamayacağı iddia edilmektedir. Zira hukuk devleti olarak kavramsallaştırılan idealin temelinde hukukun yönetimi ilkesine dayalı modern devlet ideolojisi vardır. Hukukun yönetiminde, kişilerden değil kurallardan söz edilir; her türlü yetkinin kaynağı olarak gösterilen kurallar aynı zamanda bu yetkinin kullanımından doğan ihlallere karşılık koruyuculuk işlevini yüklenir. İşte bu nedenledir ki hukuk, modern devletin insan hakları paradoksunun çözümü değil, bizatihi temel formu olarak görülmelidir.

Kişilerin değil hukukun yönetiminde siyasal iktidarın soyutlanıp gayrişahsileştiği, bir tüzel kişilik olarak devlet kurumlarıyla karşı karşıya kalındığı ve bu durumun, insan haklarının failini görünmez kıldığı önceki bölümlerde açıklandı. Şüphe yok ki insan hakları ihlallerinden sorumluluk, herşeyden önce failin tespitini gerektirir. Devletin bir tüzel kişilik olarak örgütlenmesi ve ihlal eyleminin daima bir gerçek kişi gerektirmesi karşısında, modern liberal devlette sorumluluk ve cezalandırma açısından son derece problemli bir durumla karşı karşıya olunduğu açıktır.

Bu bölümde, esas olarak hukukun yönetiminin, devletin insan hakları ihlalleri ve insan haklarının korunması iddiasına dair paradoksun çözümü mü yoksa, aksine bu paradoksun temel kaynaklarından biri mi olduğu sorusuna cevap aranacaktır. Benjamin'in hukukun şiddetine dair tespitlerini akılda tutarak kişilerin değil, hukukun yönetimi olarak sunulan modern devlette, hukukun nasıl hem siyasal iktidarın insan hakları ihlallerinin dayanağı olarak kullanılabildiği hem de bu ihlallere karşı devletin insan haklarını korumasının temel aracı olarak gösterilebildiği tartışılacaktır.

Devlet ve devlet görevlisinin insan haklarını ihlal potansiyeline dair önceki bölümlerde ortaya konulan tespitler ışığında, modern devletin adeta varlık nedeni, meşruiyeti haline getirdiği insan haklarını koruma yükümlülüğünü yerine getirme olanakları, -başka bir noktadan bakıldığında- olanaksızlıkları, devletin sorumluluğu başlığı altında en büyük dayanağı olan hukuk devleti kuramı çerçevesinde incelenecektir. Devletin kendi hukukuyla ne kadar bağlı olabileceği, yani kendi kendini sınırlama problemi, güçler ayrılığı ilkesinin esasen kurumsal bir organizasyona yönelik olduğu ve siyasal iktidarın sahipliğine dair bir cevap veremediği gibi devlet gücünün Bir'in gücü olduğu ve yasallığın nasıl hızlıca tedbire dönüşerek total devlete geçiş için engel olmadığı iddia edilecektir. Çoğunlukla biçimsel hukuk devletinin krizi olarak görülen yaygın ve ağır insan hakları ihlallerinin, içeriksel/maddi hukuk devleti anlayışında değişip

değişmediğine bakılacak insan haklarını koruma iddiasında en ileri aşamayı temsil eden maddi hukuk devleti ilkesinin devletin sorumluluğu konusunda getirdiği olanakların, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve/veya etkili bir yaptırıma tabi tutulmasını ne kadar olanaklı kılabilceği, devletin insan haklarının koruyucusu olduğu tezini ne kadar doğruladığı somut örneklerle tartışılacaktır

Somut örnekler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülen failin devlet görevlileri olduğu yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı başvuru dosyalarından seçilmiştir. Bu örnekler, hem devletin sorumluluğu ve hukuk devleti ilkesinin pratikte nasıl işlediği, gerçek sorumlunun/failin ya da egemenin ne ölçüde tespit edilip sorumlu tutulabildiğini somutlaştıracak hem de modern devletin büyük vaadinin, vaadin en ideal temsilinin olduğu yerde test edilmesini sağlayacaktır. Böylelikle, devletin insan haklarını koruma iddiasına dair en gelişkin sorumluluk modeli olarak kabul edilen ve 20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren evrensel kabul görmüş bulunan hukukun üstünlüğü ilkesinin, devletin insan hakları alanındaki ihlalci ve koruyucu kimliğine dair paradoksu aşma, faile dair belirsizliğin giderilmesi konusunda işlevsel olup olmadığı görülecektir.

Bu noktada, modern devletin insan haklarının koruyucusu olduğu iddiasının daha iyi anlaşılması bakımından, kısaca modern devlet öncesi siyasal iktidarın sorumluluğu veya bir başka ifadeyle sorumsuzluğu konusuna kısaca bakmak bir zorunluluk gibi görünmektedir. Bu bakış, bize siyasal iktidarın sorumluluğu sorusunun cevabının, iktidarın meşruiyet kaynağına göre zaman içerisinde değiştiğini göstermektedir. *Tanrı'nın İnayetiyle Kral* anlayışında siyasal iktidarın sadece tanrısal yetke ile sınırlanabileceği savunulur. Ancak bunun hiçbir dünyevi sınırlama olmadığı biçiminde yorumlanması yanlış olur. Tanrısal yetke, doğal hukukun tabii ilkeleri ve Kilise'nin iktidarı ile dünyevileşerek iktidarı sınırlar. Sözleşme kuramları ile temellenen ve siyasal

iktidarı, halkın/toplumun verdiği yetkeye dayandıran *Halkın İnayetiyle* siyasal iktidar modelinde ise yetke sahibi siyasal iktidardan hesap sorabilir. Hukukun inayetiyle devlet modelinde iktidarın kaynağında yer alan hukuk, iktidarın hem meşruiyetini hem de sınırını oluşturur. Hukuki devlet modelinde, bir başka deyişle hukukun yönetiminde iktidarın insan haklarını koruma iddiasının anlaşılabilmesi için öncelikle iktidarın sorumsuzluğuyla nitelenen modern öncesi döneme bakılacak, ardından modern dönemde önce halkın egemenliği ve son olarak hukukun egemenliğine bakılacak, hukuk devleti veya hukukun üstünlüğünün devletin insan hakları paradoksunu aşıp aşmadığı sorusu hem teorik olarak hem de bu iddianın mihenk taşı olarak ulus üstü (supranasyonel) bir çerçeve oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde somut olarak ele alınacaktır.

5.2. SİYASAL İKTİDARIN SORUMSUZLUĞU

5.2.1. Tanrının İnayetiyle Kral: *Rex Gratia Dei*

The Grace of The God

Yönetenlerin yönetilenlere karşı sorumlu olduğu düşüncesi kolay kabul görmemiştir. Roma’da *imperium* olarak adlandırılan hükümranlılık yetkisi, *princep legibus solutus est* ilkesiyle tanımlanıyordu.⁴⁷³ “Kral, kanunların üstündedir”; dolayısıyla sorumlu tutulamaz.⁴⁷⁴ İktidar dokunulmazlığının ilahi gerekçelendirmesinin Batı dışındaki en dikkate değer modeli Çin’deki *mandate of heaven* (cennetin emri/vekaleti) doktrindir.⁴⁷⁵ Bu ilkenin bir izdüşümü İngiliz siyasal sistemine ait olan ve oldukça geniş bir etki alanı bulan *The King Could Do No Wrong* (Kral hata yapmaz) ilkesidir. Roma

⁴⁷³ Zabunoğlu, Y.K. *Devlet Kudretinin Sınırlanması*, Ajans Türk Matbaası Yay., Ank., 1963, s. 36.

⁴⁷⁴ Hurwitz, s.6.

⁴⁷⁵ <http://acc6.its.brooklyn.cuny.edu/~phalsall/texts/shu-jing.html>

döneminde Ulpian tarafından dile getirilen *legibus solutus* yani egemenin yasalara bağlı olmadığına dair kuramın yanı sıra, siyasal iktidarın dokunulmazlığı doktrinini dile getiren ve iktidar dokunulmazlığına manevi ve dini gerekçe kazandıran *Tanrı'nın inayetiyle kral olan -rex gratia dei-* ifadesi, Batı Avrupa'da Ortaçağ siyasal yaşamının temel ilkesini oluşturur.⁴⁷⁶

Modern devlet öncesine ilişkin yaygın biçimde paylaşılan sorumsuz siyasal iktidar yorumlarına göre, toplumun farklı düzeyleri arasındaki kişisel haklar ve yükümlülükler yasasına dayanan feodal sistem, alt zümrede bulunanlara, kendisinden üstte bulunanların eylemlerinden şikayetçi olma izni vermiyordu. Yani derebeyi, kendisinden aşağıda olanlardan, örneğin serflerden gelecek dava ve şikayetlerden muaftı; onlara karşı iktidar dokunulmazlığına sahip olduğundan eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamazdı ya da kendi mahkemesinde sanık olamazdı.⁴⁷⁷ Ancak elbette, kendisinden üstün olanların -dükün ya da kralın mahkemesi- mahkemesindeki yargılama usullerine tabiydi, ancak ondan “aşağıda” olanlar karşısında iktidar dokunulmazlığını koruyordu. İktidar dokunulmazlığı, krala ulaşınca kadar piramidin yukarısına doğru çıktıkça devam ediyor ve büyüyordu; çünkü toplumda yaşayan herkes kralın altındaydı. Kralın mahkemesi herkes aleyhine dava açabilirdi ve böylece herkes cezai sorumluluğu sahip ve muhtemel sanıktı; çünkü hiçbir fani varlık kraldan üstün değildi, herhangi bir dünyevi mahkemede kral sanık olamazdı. “*Tanrı'nın inayetiyle kral olan -rex gratia dei- feodal kral, kralların ilahi hakkı teorisine göre, yalnızca Tanrı'nın hukukuna riayet etmeye mecburdur; o Tanrı'nın hukukuna tabidir. Kişi kralın eylemleri aleyhinde şikayette*

⁴⁷⁶ Hurwitz, s.8. Ozansoy, C.,

⁴⁷⁷ Hurwitz., s.10

bulunamaz; çünkü bu özünde Tanrıya karşı isyan etmek olacaktır. Öyleyse kral hata yapmaz ve herhangi bir dünyevi mahkemede yargılanamazdı.”⁴⁷⁸

Ancak *Kral Hata Yapmaz* ilkesine yüzeysel bir bakışla tüm Ortaçağ’ın basitçe sorumsuz siyasal iktidar ilkesine göre yönetildiğini söylemek yanlış olacaktır. *Mandate of Heaven* ilkesi her ne kadar iktidarın emrinin cennetin emri olduğunu söylese de insanlık dışı bir muamelenin cennetin emrine aykırı olduğunun iddia edilebilmesi mümkündür.⁴⁷⁹ Diğer taraftan Papalığın etkisi nedeniyle siyasal iktidar tek merkezli olmadığından, güç tek elde toplanamamıştı. Yasa kutsal olanı, ilkeyi, otoriteyi temsil etmekteydi ve elinde kılıç olan kral tarafından değil, Papa tarafından temsil ediliyordu. Akal’ın dikkat çektiği gibi, Yasa’yı söyleyen dinsel bir kutsallıkla kuşatılmış ve bu kutsallık öndere dokunulmazlık sağlasa da onu toplumdan soyutlar. “*Böylece toplum eline verdiği kılıçla kendisini tehdit edebilecek savaşçıyı da güçsüz bırakır. O Yasa’yı söylemez, kendisini aşan buyruklara uyar. Kutsal önderin silaha ulaşmasını engelleyen bu toplum, savaşçının da Yasa’ya ulaşmasını engeller. Bu toplumlar, adaleti doğrudan kendileri yerine getirirler.*”⁴⁸⁰

Ayrıca feodal sistem içerisinde derebeylerinin ve parçalanmış yerel iktidarların güç paylaşımındaki rolleri son derece önemlidir. Kralın veya kraliyet görevlilerinden birinin hukuk dışına çıkması halinde, baronların talebi üzerine ihlalin giderileceği ve tazminat ödeneceğini vaat eden ve *habeas corpus* ilkesini getiren 1215 tarihli *Magna Carta*, tam da bu güç paylaşımının bir ürünü olarak krallık iktidarının sınırlandırılmasının en tipik ilk örneklerinden biri sayılmaktadır. Dolayısıyla modern devlet öncesi dönemde, siyasal iktidarın tamamen sorumsuz olduğu düşünülmemelidir. İktidarın meşruiyet

⁴⁷⁸ Hurwitz, s.10-12.

⁴⁷⁹ https://www.worldhistory.org/Mandate_of_Heaven/, 15.1.2020.

⁴⁸⁰ Akal, *Yasa ve Kılıç*, s.108-109.

kaynağı olan tanrısal yetke, aynı zamanda iktidarın sınırını oluştursa da parçalanmış iktidar odakları ve kuralı koyan ile uygulayan arasındaki ayırım, sınırsız bir gücün ortaya çıkmasını engellemenin en önemli araçları olarak işlev görür. Bu nedenle modern devletin insan haklarının koruyuculuğu iddiasını incelerken, özellikle sözleşme kuramlarının etkisiyle yaratılan, ondan öncesinin sınırsız güç ve savaş hali olduğu önyargısı doğru değildir.

5.2.2. Hukuk Merkezli Krallık

Ortaçağ metinlerine bakıldığında Geç Ortaçağ'da tanrısal yetkenin yerini yavaş yavaş hukuksal yetkeye bırakmaya başladığı görülmektedir.⁴⁸¹ Önde gelen Ortaçağ uzmanlarından Kantorowicz, Ortaçağ'ın başlarında kralların Tanrı'nın sözünün aracısı iken giderek *lex animate* yani yaşayan yasa ve nihayetinde Adalet'in bedenlenişi haline geldiği tespitini yaparken “yasa yapıcı Prens ki yeryüzünde canlandırılmış yasadır” diyen İsermialı Andres ve bir çok Ortaçağ yazarının kral yasa eşitliğine vurgu yapan yazılarından örnekler verir. Bu süreci litürjik krallıktan hukuk merkezli krallığa bir geçiş olarak yorumlar:

*“Hukuk merkezli krallıkta, Kral artık Mesih merkezli krallıkta olduğu gibi doğasıyla insan ve kayrasıyla kutsal değildi, bu doğal beden ve kayrayla kutsal üstün beden ikircikliği arasındaki gerilim yerini, doğa yasaları ile insan yasaları arasındaki gerilime bırakmıştı.”*⁴⁸²

Kral-yasa ilişkisine dair 13. Yüzyılda İngiliz hukuk sistemine dair en temel kaynaklardan birinin yazarı olan Henry of Bratton -tüm dünyada bilinen adıyla Bracton, *De Legibus* adlı, dönemine göre oldukça kapsamlı bir metin olan eserinde İngiltere Kralı

⁴⁸¹ Kantorowicz, s. 132.

⁴⁸² Kantorowicz, s.182, 196.

hakkında şunları yazar: "*Kralın kendi alanı içinde bir eşiti yoktur. Uyruklar hükümdarın eşiti olamazlar. Çünkü bu durumda egemenliğini kaybeder, çünkü eşit, eşiti üzerinde hiçbir otoriteye sahip olamaz, çünkü o zaman onlara tabi olacaktır. Kral, insanın değil, Tanrı'nın ve yasanın altında olmalıdır; çünkü yasa kralı yapar... çünkü iradenin lex'ten başka hüküm sürdüğü yerde rex yoktur.*"⁴⁸³

Thomas Aquinas tarafından da dile getirilen bu gerilimin, yani pozitif hukuk her durumda gücünü Prensten aldığından Prens'in *legibus solutus* olduğu, ama doğa yasasının yönlendirici gücüne tabi olduğu ve ona gönüllü bir şekilde boyun eğmesi gerektiği savının⁴⁸⁴ içerdiği çelişkinin, Kantorowicz'in deyişiyle "*kralın istenç olarak hukuka uygun yaşaması, lex Digna ile legibus solutus arasındaki karşıtlığın*" çözümlenmesi gerekiyordu. Bunu aşmak için Prens'in *voluntas ratione regulata*'sı, onun istencinin *Akıllı* tarafından dizginlenmesi formülü dile getirilmiştir.⁴⁸⁵

Salisburyli John çok daha önce, 1159 yılında, *prens hukukun bağlarıyla bağlanmış olmasa da adaletin olduğu gibi hukukun da hizmetkarıdır*; diyerek krallığı hukuksal zeminde ifade etmekteydi. "*Salisburyli, Prens'in legibus solutus (hukuktan muaftı) olduğunu bildiren Roma Hukuku ilkelerinin temel geçerliliğini yadsımamaktadır. Prens hukukun bağlarından azadedir ama bu, Prense haksızlık etme izni verildiği*

⁴⁸³ "The king has a superior, namely, God. Also the law by which he was made king. Also his curia, namely, the earls and barons, because if he is without a bridle, that is without law, they ought to put the bridle on him."

"The king has no equal within his realm, [Subjects cannot be the equals of the ruler, 3 [006] because he would thereby lose his rule, since equal can have no authority over [007] equal.] 4 nor a fortiori a superior, 5 because he would then be subject to those subjected [008] to him. The king must not be under man but under God and under the law, [009] because law makes the king, 6 [Let him therefore bestow upon the law what [010] the law bestows upon him, 7 namely, rule and power.] for there is no rex where [011] will rules rather than lex. Since he is the vicar of God..." <https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/33.htm#TITLE38> 21.10.2021.

⁴⁸⁴ Kantorowicz, S.188

⁴⁸⁵ Kantorowicz, s.149.

anlamına gelmez. Ondan içten gelen adalet duygusuna göre hareket etmesi beklenir. Çünkü *ex officio* (makam gereği) adalete bağlıdır.”⁴⁸⁶

Hukuka bağlı olsa da hukukun üstünde olan Kral anlayışında kralın adaleti temsil ettiğini söyleyen Kantorowicz “Adaletin ta kendisidir Prens; dolayısıyla yöneten değil, bir *lex animated* (yaşayan yasa). Yöneten Prens aracılığıyla ya da Prens’in şahsında Adalettir. İktidarın adaleti yerine getirmesi ve adaletin de iktidarı başarısızlığa uğratmaması için adaletin korunmasının olduğu kadar kökeninin de aynı kişide olması koşulu, kanıtlanabileceği gibi, yararın ve zorunluluğun nedenleri kılındılar.” Kantorowicz, Salisbury’li John’un, Prens’i aynı anda *imago aequitatis* (adaletin imgesi/sureti) ve de *servus aequitatis* (adaletin hizmetkârı) olarak yorumlamasını, *princeps legibus solutus* (hukuktan muaf imparator) ve *princeps legibus alligatus* (suçlamadan muaf imparator) maksimleri arasında hüküm süren karşıtlığı bağdaştırmaya yönelik bir çaba olarak yorumlamaktadır.⁴⁸⁷

Adaletin imgesi olarak kral metaforu eski olsa da, söz konusu geç Ortaçağ metinlerine bakıldığında, Kral’ın hukuk ile bağlı olmaması ilkesi geçerliliğini korumakla beraber, Kral’ın Tanrı yasaları yanı sıra hukukun hizmetkârı olduğuna dair vurgunun Bracton’da daha dikkate değer bir noktaya taşındığı görülür.⁴⁸⁸ İktidar dizginsiz olduğunda onu dizginleyecek diğer güçlere dikkat çekilmektedir: “Kralın bir üstü vardır, yani Tanrı. Ayrıca onun kral yapıldığı yasa. Ayrıca onun *curia*’sı, yani kontlar ve baronlar, çünkü eğer dizginsizse, yani kanunsuzsa, dizgini ona takmaları gerekir.”⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Kantorowicz, S.135-136

⁴⁸⁷ Kantorowicz, S.140-143.

⁴⁸⁸ Zabunoğlu, 1963, s.35.

⁴⁸⁹ <https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/34.htm> 22.10.2021.

Kral'ın dizginlenmesi gereğinden söz eden Bracton'ın kralın hukukun altında olduğu tespiti, kralın aynı zamanda hukukun üstünde olduğu kabulüne aykırı sayılmayacağı, Taç'ı olduğu şey yapan hukukun Taç'tan ayıramayacağını savunan Kantorowicz, bu değerlendirmesini, “*kralı kral yapanın kişi değil yasalar*” olduğu gerekçesiyle açıklar. Kralın yetkesinin hukukun yetkesine dayanması ve kralın kişiliğinin bu biçimde bağlanmasının, ters orantılı olarak kraliyet iktidarının artmasına ve hatta yüceltilmesine olanak sağladığını göstererek modern siyasal iktidarı anlamamızı sağlayan çok önemli bir noktaya işaret eder: Hukuk, kralın kraliyet iktidarını artırır. “*Lex Regia dan sadece kralın bağlılığı ve bağımlılığını değil, aynı zamanda Kralın Halk adına yasama ve yasayı keyfine göre yorumlama meşru yetkesi çıkarılır.*”⁴⁹⁰ Bu nedenledir ki Salisburyli John, kralın, hakim makamında kan akıttığında bunu kamu görevlisi olarak ve kamu yararına yaptığı için suçsuz olduğunu savunabilmiştir. “*Prens, bir persona publica yani kamusal bir kişilik taşıdığı için suçlanmaksızın kan akıtır*”⁴⁹¹.

Hukuk merkezli krallıkta hukuk, iktidarın sorumsuzluğunun kanıtına dönüşür.

“*Yasa yapıcı Kral ile Kral yapıcı Yasanın bu biçimde birbirini karşılıklı olarak koşullamasıyla hukukun oğlu Kral, hukukun babası haline geldi. Yargılarken, yasayı çıkarırken, yorumlarken Tanrı gibi yasanın üzerindedir; ama aynı zamanda hukuka itaat ettiği zaman Oğul ya da sıradan insandır.*”⁴⁹²

Ortaçağ'ın sonuna doğru hukukun iktidar ilişkisine dahil edilmesiyle birlikte, hukukun iktidarın sorumsuzluğu açısından kritik önemi konusunda Kantorowicz'in tespiti son derece önemlidir. Bir sonraki bölümde, sorumlu iktidar söylemi tartışılırken

⁴⁹⁰ Kantorowicz, S.207.

⁴⁹¹ Kantorowicz, S.135-135.

⁴⁹² Kantorowicz, S.212.

Kantorowicz'in hukukun efendisi ve kölesi olarak *Prens* ifadesinin, hukukun efendisi ve kölesi olarak *Devlet* biçiminde okunup okunamayacağı, devletin hem babası hem oğlu olarak hukuk benzetmesi yapılıp yapılamayacağı ele alınırken, hukuk merkezli krallıkta kralın iktidarının arttığı tespitini akılda tutmak, modern devletin iktidarın sorumluluğu iddiasının modern öncesi dönemle farklılıklarını ve sürekliliklerini görmemizi kolaylaştıracaktır.

5.3. SİYASAL İKTİDARIN SORUMLULUĞUNUN KABULÜ

5.3.1. Halkın İnayetiyle Kral: *Rex Gratia Populi*

Hukuk merkezli krallık dönemi ile birlikte siyasal iktidarın meşruiyeti tanrısallıktan uzaklaşmaya başlamış, kralların tanrının yanı sıra, yasanın üstünde olmakla birlikte yasaya da tabi olacaklarına dair söylemler örtük ve çelişik de olsa dile getirilmeye başlanmıştır. İngiltere'de iç savaş sonrası Parlamento tarafın üstün gelmesi sonucunda, 1649 yılında halkın önünde I. Charles'ın boynunun vurularak Kral'ın kafasının kesilmesi, *rex gratia dei*'den (Tanrının inayetiyle kral) *rex gratia populi*'ye (halkın inayetiyle kral olana) dönüşümde önemli bir dönüm noktası olmuştur.⁴⁹³ 1659 yılında Parlamento'nun II. Charles'ı kral olarak yönetmeye *davet etmesi ile, davet edenin Tanrı değil Parlamento olduğu gerçekliği karşısında, iktidar dokunulmazlığının yeni bir darbe aldığı, rex gratia dei'nin yıkılmasında ön safta yer alan İngiltere'de II. James'den bu yana hiçbir hükümdarın, kendisinin halk değil Tanrı tarafından seçildiği ve bu yüzden yalnızca Tanrı karşısında sorumlu olduğu görüşünü hortlatmaya cesaret edemediği şeklinde*

⁴⁹³ Hurwitz, Leon, *The State of Defendant, Governmental Accountability and The Redress of Individual Grievances*, Aldwych Press, London, 1981, s. 13.

yorumlanır.⁴⁹⁴ Fransa tam olarak bir yüzyıl sonra, 1789 yılında, *rex gratia dei*'ye giyotinle başka bir ağır darbe indirmiştir.

Batı Avrupa düşüncesinde artık siyasal iktidar yeni bir temellendirmeye dayanmaktadır: Devlet, insanların kendi aralarında isteyerek yaptığı bir sözleşmeyle oluşur. Bu sözleşmenin, özel içeriği ne olursa olsun, sonuç olarak hükümdar bundan böyle, sözleşme ile kendisini yaratan ya da kendisine yetki veren insanlara karşı da yükümlü kılınır.

5.3.1.1. Sözleşme Kuramı ve Siyasal İktidarın Sözleşme İle Sınırlanması

Halkın inayetiyle kral olma, teorik ifadesini Sözleşme Kuramı'nda bulur. Akal'ın, Sözleşme Kuramı'nın ilk temsilcileri olarak andığı Juan de Mariana (1536-1623), zorba kralı herkesin öldürebileceğini ileri sürerek bu iddiasının temelinde toplum sözleşmesi ve yasaların kaynağının o toplumun rızası olduğu fikri ile sözleşme teorisini ilk kez formüle eder. Kralların iktidarı doğrudan Tanrı'dan aldığına ilişkin İngiltere Kralı I.James'in Papalık karşıtı savını çürütmek üzere yazdığı yapıtlarla dikkat çeken Francisco Suarez (1548-1617) ise *rex gratia populi* (halkın inayetiyle kral)düşüncesinin ilk temsilcilerinden biri olarak değerlendirilir.⁴⁹⁵ Ancak Sözleşme Kuramı'nın en çok bilinen iki düşünürü olmaları yanı sıra, siyasal iktidarın sorumluluğu açısından iki farklı bakışı temsil etmeleri nedeniyle de biz burada konunun gerektirdiği sınırlılık çerçevesinde sadece Thomas Hobbes (1588-1679) ve John Locke'un (1632-1704) felsefi argümanlarına ve devletin sorumluluğu/ hukuka bağlılık/ hukuk devleti konusundaki etkilerine kısaca değineceğiz.

⁴⁹⁴ Parlamento, II. James'den tahtı bırakmasını istemiş ve daha sonra William'ı ve Mary of Orange'ı kral ve kraliçe unvanını kabul etmeye ve ortak yönetmeye davet etmiştir. Hurwitz, Leon, **The State of Defendant, Governmental Accountability and The Redress of Individual Grievances**, Aldwych Press, London, 1981, s. 14.

⁴⁹⁵ Akal, Cemal Bali, **Modern Düşüncenin Doğuşu (İspanyol Altın Çağı)**, Dost Kitabevi Y., Ank., 1997, s. 196-202.

Hobbes'un *rex gratia dei*'ye saldırmamasının nedeni, Tanrı'nın inayetiyle kral olanın sadece Tanrı'ya hesap vermesi ve iktidarının kutsallığı değildir. Hobbes, siyasal iktidarın meşruiyetini gökten yere indirir. Hobbes'a göre, insanlar arasında şiddetin ebedi koşulu olan doğa durumundan kurtulmak ve can güvenliğine kavuşmak için, her bireyi kötülükten koruyacak kadar gücü ve erki olan bir tür örgütlenme ihtiyacı devletin ve tüm siyasal kurumların kökeni ve nedenidir. Bu nedenle, kendilerini şiddetten korumak için bir devlet yaratan insanlardır. Birlikte hareket eden insanlar, bütün gücü *Bir*'e devrederler; böylece tebaa olurlar ve egemen güç yaratırlar ve egemen güç tebaa üzerinde meşru güç kullanır. Hobbes'un egemeni, herhangi bir yükümlülük sahibi değildir; zira kendisi tek başına bütün yasaların kaynağı olduğu için neyin yasal olduğunu belirleyendir. Bu nedenle haksız bir şekilde hareket edemez ya da haksız eylemlere yetki veremezdi; hukukun tek kaynağı olan egemen güç ne derse hukuk oydu.⁴⁹⁶ Böylelikle Hobbes, iktidar dokunulmazlığını, *rex gratia dei*'de varolan tanrısal sınırlardan da arındırarak daha da genişletiyordu. Egemen gücün ister kral olarak hareket eden bir kişi isterse temsili bir parlamento olmasının konuyla doğrudan bir ilgisi yoktu; çünkü, dokunulmazlığı taşıyan egemen gücün doğasıydı; onun belirli biçimi değildi.⁴⁹⁷ Hobbes'un iktidarın dokunulmazlığını yüceltmesi, devlet-toplum ayırımına ve devletin, bir arada yaşayan insanların can ve mal güvenliğini sağlamak için bir sözleşme ile oluştuğuna dair modern devletin özüne ilişkin kuramını gölgelememelidir. Zira siyasal iktidarın kökenini göklerden yere, topluma indirdikten sonra arkası gelecektir.

Hobbes'un ardıllarından Sözleşme Kuramı'nın bir başka ünlü temsilcisi John Locke, *Tanrı'nın inayetiyle kral düşüncesine karşı*, siyasal iktidarı sözleşmeye dayandırarak insanların isteyerek ve gönüllü olarak bir araya gelip doğa durumunda sahip

⁴⁹⁶ Hobbes, Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev: Semih Lim, Yapı Kredi Y., İst., 1992, Bölüm XVII, s.129.

⁴⁹⁷ Hobbes, 1992 s.130.

oldukları kendi yaşam, özgürlük ve mülkiyetlerini daha iyi korumak için bir egemeni ve bir devleti olan, sivil bir toplumu kurduklarını söyler.⁴⁹⁸ Fakat Locke'un sözleşmesi Hobbes'un sözleşmesinden farklı olarak bir vekalet anlaşmasıdır (trust agreement) ve egemen güç sadece halkın iradesini yerine getirmek için vardır.⁴⁹⁹ Egemen güç, halkın emrine riayet etmeyi reddederse, görevden alınabilir. Locke'a göre, *vekalet veren* insanlardır, *vekil* devlet ve egemen güçtür ve *hak sahibi* de yine aynı vekaleti veren insanlardır. Bir vekil olan egemen güç, vekalet veren insanlar tarafından sözleşme aracılığıyla oluşturulur ve egemen güç bütün hükümleri ve şartları içeren anlaşmayı imzalamalıdır. Egemen güç, ya sözleşmenin koşullarına uymalıdır ve halk tarafından belirlenmiş halkın üstün menfaatleri için uğraşmalıdır ya da işten kovulur, göreve seçilmez, sürülür, kafası vurulur.⁵⁰⁰ Mutlak monarşi ve egemenliğin en keskin kuramcıları, egemenin de sınırlanması olasılığını, ancak son tahlilde öngörürken, Locke, sözleşmeye uymayan yöneticilere karşı direnmenin bir hak olarak bu sözleşmeden doğduğunu ileri sürer.⁵⁰¹

“Yönetimde olan kişi, kendisine yasayla verilen iktidarı aşarsa ve emri altında bulunan gücü, yasaların izin vermemesine rağmen, özneleri kuşatmak için kullanırsa, bu hareketiyle bir yönetici olmaktan çıkar ve yetkisiz hareket ettiğinden dolayı, başka birinin hakkına güçle tecavüz eden herhangi birine yapıldığı gibi, kendisine karşı gelinebilir. Bu durum ast yöneticilerde kabul görür. Üst düzeydeki bir görevlinin yetkisinin sınırlarını aşması, alt düzeydeki bir görevlinin yetkisini aşmasından daha fazla bir hak olmadığından, bir kralın yetkisinin sınırını aşması, bir saray nazırının yetkisini

⁴⁹⁸ Locke, John, **Hükümet Üzerine İkinci İnceleme**, Çev.: Fahri Bakırcı, Babil Yayıncılık 2004, s.106.

⁴⁹⁹ Locke, 2004, s.107.

⁵⁰⁰ Hurwitz, s.18.

⁵⁰¹ Boullion, Hardy, **John Locke**, Çev. Ali İbrahim Savaş, Liberte Y., Ank., 1998, s. 36-44.

aşmasından daha fazla meşru değildir. Tam tersine, kendisine daha fazla güven duyulmuş olan üst düzey yöneticide durum daha da kötüleşmektedir.”⁵⁰²

Locke'un sözleşme görüşü, iktidar dokunulmazlığından tamamen arınmamış olmakla birlikte, egemen gücün ve görevlilerinin hata yapmasına izin vermiş, modern devletin insan haklarının koruyucusu olduğu iddiasına kaynaklık etmiştir. Egemenin sadece başlangıçtaki bir sözleşmeye göre değil, önceden yayınlanmış ve halk tarafından bilinen kurumsallaşmış sürekli yasalarla yönetmesi gerektiği, yargıçların tarafsız ve dürüst olması gerektiği, egemen adına görev yapan görevlilerin, yetkilerini hiçbir şekilde aşamayacaklarına dair söylemleriyle Locke, hukuk devleti ilkesinin de nüvelerini atmıştır. Egemen, meşruiyet nedeni olan sözleşme gereği yasa ile bağlıdır; sözleşmeyi, yani daha iyi koruma sözü verdiği insan haklarını ihlal eden egemen, tirana dönüşür ve ihlallerinden sorumlu olur.⁵⁰³

5.3.1.2. Sözleşme Kuramı'ndan Sivil Toplum / Devlet Ayırımına: Topluma Karşı Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu

Yukarıda ortaya konduğu üzere, Sözleşme Kuramı ile şekillenen kapitalist-liberal-modern devlet modelinin esası, sözleşme etrafında örülen toplum-devlet ayırımıdır. Hobbes'da egemene yetki vermek için birbirleriyle sözleşme yapan çokluk, Locke'da, devleti önceleyen ve devletin dışında, her bir bireyin mülkiyet hakkına sahip olduğu doğal toplum olarak kurgulanır. Bir doğal hukuk teorisi olan bu kurguda devlet, devlet öncesi doğa durumunu dışlayan ve aşan bir yapı değildir; tersine doğal toplumda var olan olanakları ve amaçları gerçekleştirmek üzere tasarlanır; bu nedenle sözleşmeye aykırı hareket edemez ve ihlal eylemlerinden sorumlu olur. İnsan hakları ihlallerinin faili olarak kamu görevlilerini işaret eden bu yaklaşım, liberal kuramın, devletin sorumluluğu

⁵⁰² Locke, John, s.170.

⁵⁰³ Locke, John, s.168.

ve hukuk devleti ilkesine dayanak teşkil edecek anahtar fikrini taşır. *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*'nin 15. Maddesinde yer alan “*Toplum tüm kamu görevlilerinden, görevleriyle ilgili olarak hesap sorma hakkına sahiptir*” sözü, Sözleşme Kuramı’ndan sivil toplum – devlet ayırımına modern siyasal iktidarın yerine dair yeni bir evreyi işaret eder. Ekonomik olanla siyasal olanın ayrışmasına dayalı, mülk sahipliği ve ekonomik ilişkilerin alanı olarak sivil toplum ve devlet ikiliği ile ifade edilen bu yapı, kapitalist modern devletin temel görünümünü oluşturacaktır.

Fransız devrimi ile şekillenen bu ayırım, siyasal iktidarın yerini iyice muğlaklaştırır; devlet, kamu görevlileri ve devlet tüzel kişiliği olarak şekillenir. Böyle bir yapıda, kamu görevlilerinin topluma hesap vermesi gerektiği iddiası, siyasal iktidarın sorumluluğunun kabulü olarak sunulur. Oysa Locke’un teorisinden farklı olarak Hegel’de sivil toplum, devlet tarafından düzenlenmesi ve egemenlik altına alınması gereken “*sefahatın, sefaletin, fizik ve etik bozulmanın hükümranlılığı*”⁵⁰⁴ olarak görüldüğünden devletin sorumluluğu değil, tahakkümü meşrulaştırırlar. Bu durumda devletin sorumluluğu değil, gücü, yetkileri, müdahale alanı belirleyici olur. Tocqueville, Hegel’in sivil toplumun her alanına yayılmış devlet düşüncesini, başka bir noktadan doğrulayarak daha öncekilere benzemeyen yeni despotizm olarak adlandırır.⁵⁰⁵ Marx ise sivil toplumu üretici güçlerin gelişiminin belli bir aşamasında bireylerin bütün maddi ilişkilerini kapsadığını söyleyerek Engels’le beraber devletin, yani politik olanın sivil topluma yani ekonomik olana bağımlı olduğunu, belirleyici olanın sivil toplum olduğunu, devletin sivil toplumdaki güç ilişkilerinin bir yansıması olduğu görüşünü savunur.⁵⁰⁶ Bu durumda hak

⁵⁰⁴ Hegel, s.185.

⁵⁰⁵ Keane, John “*Despotizm ve Demokrasi, Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850*”, Çev. Levent Köker Sivil Toplum ve Devlet – **Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar** içinde, Yedi Kıta Yay., Ankara, 2004, s. 48-90.

⁵⁰⁶ Marx, Karl, Engels, F. **Alman İdeolojisi**, Çev.: Tonguç Ok- Olcay Geridönmez, Evrensel Yay., 2013.

ve özgürlüğü ihlal edilen bireye karşı devletin sorumluluğu söz konusu olduğunda, devletin bağımlı olduğu gözetilirse, ihlali gerçekleştiren devlet görevlisi olsa da ihlalin kaynağının devlette değil, sivil toplumdaki egemen güç ilişkisinde aranması gerekecektir ki burada somut bir failin bulunması olası değildir.

Egemen sınıfın görünürde siyasal iktidardan uzaklaştığı ve ekonomik olanla siyasal olanın ayrıldığı kapitalist modern devlette, güç ilişkileri sivil toplumun alanında kalır; güç ilişkilerinden koparılan egemenlik kavramı, önce millete, halka atfedildikten sonra yasaya endekslenerek en üst düzeyde soyutlanır. Böylelikle hesap sorulacak olan kişi, egemen yerine, sivil toplumdaki güç ilişkileri ve sınıfsal egemenliğin istikrarını korumakla görevlendirilmiş kamu görevlisi olur.

5.3.1.3. Devlet Görevlilerinin Sorumluluğundan Devletin Sorumluluğunun Kabulüne: Davalı Devlet!

19. Yüzyıl sonu ve 20 yüzyıl başından itibaren Fransa'da başlayan toplumun kamu görevlilerinden hesap sorma talebi, devletin sorumluluğunun en önemli aracı olarak gösterilir. Kurumsallaşan siyasal iktidar modelinde otoritenin kullanıcısı olarak görünen kurumlarda yer alan görevliler, belirli bir süreyle sınırlı olarak ve ücret karşılığı bu makamlarda çalışan görevlilerdir. Bu durumda bu görevlilerin eylemlerinden sorumlu olduklarını söylemek, devlet sorumluluğunun kabulü anlamına gelir mi? Dahası, devlet görevlisinin sorumlu tutulması, devletin insan haklarının koruyucusu iddiasını gerçekleştirmesi devletin sorumluluğu için yeterli olur mu?

Devletin, koruyan ve ihlal eden olarak insan hakları paradoksunda devlet görevlilerinin rolünü ortaya koymaya çalıştığımız bir önceki bölümde, devlet görevlilerinin sorumluluğuna dair yaklaşımlar özetlenmişti. *Kral Hata Yapmaz* ilkesinin,

o halde görevlilerinin de hata yapmasına izin vermez biçiminde sirayet ettiği⁵⁰⁷, ardından, sözleşme kuramı ile şekillenen *rex gratia populi* doktrininde, halk ile devlet arasındaki vekalet ilişkisinin, bir bakıma devlet ile devlet görevlisi arasındaki ilişkiye transfer edildiği açıklanmıştı. Bu transferin bir gereği olarak devlet adına iş yapan devlet görevlisinin devletin kendisini yetkilendirdiği sınırlar içerisinde hareket etmek zorunda olduğu ve buna aykırı hareket ederse, kişisel sorumluluğunun gündeme geleceği, iradi bir varlık olarak eyleminin cezai ve mali sonuçlarına katlanacağı varsayılmaktadır. Bu nedenledir ki bir üst makamdan izin alınarak dahi olsa devlet görevlilerinin eylemlerinden dolayı sorumluluklarının kabulü ve onlardan hesap sorulmasına ilişkin hukuki düzenlemeler, sözgelimi 1860 tarihli Haklar Dilekçesi Kanunu ile ‘devletin sanık sandalyesine oturtulması’ olarak değerlendirilmektedir.⁵⁰⁸ Oysa Fransa ve Kıta Avrupa’sından Britanya’ya hatta Amerika Birleşik Devletleri’ne, uygulama farklılıklarına rağmen, esasen bir izin makamının onayıyla devlet görevlisine atfen davalar açılması tam anlamıyla bir devlet sorumluluğunun kabulü olarak görülemez.⁵⁰⁹ Çünkü davalı olarak devlet değil, devletin görevlisi gösterilir. Kraliyet makamının korunduğu İngiltere’de, bu durum çok daha çarpıcı örneklerle ve uzun süre devam eder. Hayali bir görevliye atfen açılan davalarda verilen tazminatları davalı olarak gösterilmeyen Krallık öder. Bu uygulama, 1946 yılında Lordlar Kamarası bir temyiz davasında bu biçimde hayali biri hakkında açılan bir davayı kabul etmeyeceğini söyleyinceye kadar devam eder.⁵¹⁰

Ozansoy, devlet görevlilerinin hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulmasını Roma hukukunda var olan “*Si excessit, privatus est*” ‘hukuka aykırı davranan memur

⁵⁰⁷ Ozansoy, 1989.

⁵⁰⁸ Hurwitz, s.

⁵⁰⁹ Devletin sorumluluğunun kabulü ve devlet tüzel kişiliğine karşı dava açılması konusunda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz Street H., **Governmental Liability**, Cambridge University Press, 1953, sf. 1-24.

⁵¹⁰ Hurwitz, s.17.

devleti değil kendisini temsil eder', dolayısıyla ihlalden kişisel olarak sorumlu olur düşüncesiyle taşıdığı benzerliğe dikkat çeker. Buradan hareketle, *“hukuk devletin iradesi olduğuna göre, devletin iradesine aykırı davranan devlet görevlisi, artık kendi iradesiyle hareket etmiş olur; dolayısıyla kendi iradi hareketinden yalnızca kendisi sorumlu olur”*⁵¹¹ çıkarımını yaparken devletin sorumluluğuna dair temel açmazı özetler: Devlet veya hükümdar, kendi hukukuna aykırı davranarak hak ihlal eden bu kişilerin eyleminin öznesi kabul edilemez; zira hukuk devletin/hükümdarın iradesidir. *Burada iki ön kabul vardır; birisi, hukuk kralın/devletin sözüdür/iradesidir, diğeri ise devletin/hükümdarın hukukundan kaynaklı bir hak ihlali olamaz.*⁵¹²

Hukukun devletin sözü olduğu ve buradan yola çıkarak hukuk dışına çıkan görevlinin eyleminin devleti temsil etmediği biçiminde özetlenecek bu yaklaşımın aşağıda detaylı biçimde anlatılacak olan hukuki devlet görüşünde doruk noktasına ulaşır. Devleti hukukla özdeş gören bu yaklaşıma göre hak ihlali, bir devlet faaliyeti değil, kişisel faaliyettir. Dolayısıyla hukuku ihlal eden devlet görevlisi kişisel olarak sorumlu olur.

Devlet görevlilerinin kişisel sorumluluğunun kabulü, haklı olarak tam anlamıyla bir devlet sorumluluğu olarak kabul edilmez. Ancak On dokuzuncu yüzyıl endüstri devrimi sonrasında, idarenin doğru işlemesi ve sivil toplumun gereksinimlerine cevap vermesi bakımından bürokrasinin denetlenmesi ve bu amaçla dava edilebilir olması devletin sorumluluğu açısından önemli bir başlangıçtır. Nihayet, Yirminci yüzyılda ekonomik büyüme ve kalkınma, modern devlet yapısının dönüşümü ve bürokrasinin giderek yükselmesi ile birlikte; devlet etkinliğinin, özellikle devletin özel bireylerle yaptığı sözleşmelerin sayısı ve kapsamının artması⁵¹³ nedeniyle devletin piyasadaki

⁵¹¹ Ozansoy, 1989, 44-46.

⁵¹² Ozansoy, 1989, s.47.

⁵¹³ Street, s.29-30.

rolüne paralel olarak hukuka aykırı davranan kamu görevlilerine dava açma yanı sıra devletin, bir hukuk öznesi olarak dava edilmesini mümkün kılmıştır. Ancak sorumlu kılınan bu özne, soyut ve kurumsal, dolayısıyla yapay, kurgusal bir öznedir. Kurgusal bir hukuk tüzel kişisi olarak devlet için elbette irade gerektiren türden bir sorumluluktan değil, atfedilen hukuksal bir sorumluluktan söz edilmektedir. Siyasal iktidarın hukukileşmesi, daha önce de belirtildiği gibi, siyasal iktidarın sorumluluğunun kabulünü mümkün kılmış ancak kendi kendisini sınırlama paradoksuna karşılık hukuki soyut bir kurgu çerçevesinde onu görünmezleştirerek sınırlamayı anlamsızlaştırmıştır. Aşağıda, siyasal iktidarın hukukileşmesinin, iktidarın sınırlanması açısından nasıl paradoksal bir sistem yarattığı ve hukuki devlet anlayışında ya da hukukun yönetiminde devletin sorumluluğu ve insan haklarının korunması iddiasının ne ölçüde gerçekleştirilebilir vaatler olduğu sırasıyla incelenecektir.

5.3.2. Hukukun İnayetiyle Devlet / *The Grace Of The Law*

5.3.2.1. Hukuki Devlet Anlayışı ve Devletin Sorumluluğu: Devletin Hukukuyla Bağlılığı Problemi

Fransız Devrimi sonrasında burjuvazinin iktidarının kurumsallaşması ile birlikte egemenin yetkisinin kaynağı, anayasalar aracılığıyla sözleşmeden yasaya doğru evrilerek hukukileşti. Hukuksal-kurumsal egemenlik modeliyle tüm aşkın engellerden kurtulurken kendisini gücün keyfi kullanımını engelleyen siyasal iktidar olarak sunan modern devlette yasallık başat özellik olur. Bu nedenle 19. yüzyıl ve 20. yüzyılın başlarında devletin hukukla özdeş olduğu yönündeki görüşler giderek yaygınlaşır. Halkın inayetiyle kurulan siyasal iktidar anlayışında, Locke'un Sözleşme Kuramı'nda olduğu gibi sadece bireylerin değil, egemenin de sözleşme ile bağlı olduğu savı, Devrim sonrasında, Bildirge ve anayasalarda kamu görevlilerinin topluma hesap verme zorunluluğuna dönüşerek modern

devlette sadece yönetilenlerin değil, yönetenlerin de hukuka tabi olduğu hukuk devleti ilkesine öncülük eder.

Kişisel bir gücün yerine hukukun egemenliği iddiası, *Rex Gratia Dei*’den ilhamla söylersek *The Grace of the Law* yani hukukun inayetiyle kral/devlet, sadece, yöneticiler de dahil, herkesin hukuka itaat etmesi gereğini değil, aynı zamanda ve de esas olarak yetkenin kaynağının hukuka dayanmasını ifade eder. Devletin meşruiyet kaynağı sözleşmeden uzaklaşarak hukuka kaydıkcı devletin insan haklarına dair ihlalci ve koruyucu paradoksu net biçimde ortaya çıkar: Gücün ve gücün meşruiyetinin kaynağı olan hukuk aynı zamanda gücün sınırını oluşturur. Bu biçimde kurgulanmış hukuksal-kurumsal siyasal iktidar modeli olan modern devlette egemenin sınırlandırılması, esas olarak kendi kendini sınırlama biçiminde olur.

Yasal egemenlik modelinde egemenin hukukla sınırlandırılmasının, kendi kendine sınırlama olduğu iddiası, Gierke’nin, Ortaçağ’a ilişkin egemenliğin sınırlandırılması hakkındaki yorumuyla da örtüşür. Gierke, egemenliği kullananın pozitif hukukun üzerinde yer aldığı ve dünyevi iktidarın hiçbir insan yapısı yasayla bağlı olmayacağına dair Ortaçağ’a ait düşüncenin, aynı zamanda kazanılmış hakların korunmasında pozitif hukukun yeterli olamayacağının kabulü anlamına geldiğini söyler. Bu yaklaşımın diğer yüzünde pozitif hukukun egemen güce mutlak bağlılık ilkesi yer alır.⁵¹⁴ Pozitif hukuka yönelik bu eleştiri, tanrısal bağından koparılan egemen gücün kendisinin yarattığı hukuka ne kadar bağlı olabileceği, bu bağlılığın ihlal edilenler açısından ne kadar güvence sağlayabildiği sorusunu gündeme getirir. Bu soruya verilecek

⁵¹⁴ Gierke, Akal içinde s. 131-135., *Kendi kendini sınırlama sorunu olarak tanımlayabileceğimizi bu sorunun, Ortaçağ’da pozitif hukukun karşısına dünyevi iktidarı aşan bir ilkedden kaynaklanan ve tam bir bağlayıcılığa sahip olan tabii hukuk konularak çözümlenmiştir. Yer yüzündeki en üstün iktidar bile tabii yasalarla bağlıydı.*

cevap, modern devletin insan hakları ihlallerine karşı koruma iddiasının gerçekleşebilirliğini değerlendirmemizi sağlayacaktır.

Devletin hukuk karşısındaki konumu, Gierke'nin de ifade ettiği gibi, sadece itaat ve kabul niteliğinde değil, aynı zamanda yaratıcı ve baskın niteliktedir. Bu durumda “*bir yandan hukukun, devlet için, devlete bağlı ve devlete göre var olduğu, öte yandan devletin hukuk için, hukuka bağlı ve hukuka göre nasıl var olabileceği sorusunun*”⁵¹⁵ cevaplanması gerekir.

En berrak biçimde Hegel tarafından ifade edilen devletin kendi kendisini sınırlaması düşüncesinin kökeninde, en üstün gücün devletin egemenliği olduğu ve bu egemenliğin üstünde bir irade veya iktidarın olmadığı iddiası vardır.⁵¹⁶ Bu yaklaşımın, Devrim’le kralın kafasını kesen İngiltere ve Fransa’dan farklı olarak siyasi iktidarı kişilerden arındırmaya çalışan Almanya’da 19. Yüzyıl Alman kamu hukuku ve devlet teorisi tartışmalarının merkezinde yer alması tesadüfi değildir. 1865’de yayınlanan *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts* adlı eseri ile Gerber, Devlet’in hukukî bir kişiliği olduğunu, bu kişiliğe özgü bir kamusal kudretin mevcut bulunduğunu ileri sürerek bu gücün prence, krala, yani bir gerçek kişiye değil, doğrudan doğruya Devlet’in hukukî kişiliğine ait bulunduğunu söyleyerek hukuki devlet kuramının temellerini atmıştır.⁵¹⁷ Hukuki devlet anlayışı, devleti hukukla özdeşleştirerek bugün art hemen her yerde, devletin temel görünümü haline gelen tüzel kişilik olarak devlet olgusunu mümkün kılar. Aynı zamanda devlet gücünün meşruiyeti ve sınırını hukukla çizer. Hukuki devlet

⁵¹⁵ Gierke, Otto “Ortaçağ’da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk”, Çev.: Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu, **Devlet Kuramı** içinde, Der: Cemal bali Akal, Dost Y., Ank., 2000, s. 130.

⁵¹⁶ Hegel, WF, **Hukuk Felsefesinin Temelleri**, Çev: Kenan Somer, Sol Yayınlan, Ankara, 2009, s.16-17.

⁵¹⁷ Zabunoğlu, **Devlet Kudretinin Sınırlanması**, s. 117.

anlayışına göre devlet, hukuk yaratıcısı olarak kendi yarattığı hukukla bağlıdır; devlet hukuk yaratmakla kendi kendisini sınırlandırmış olmaktadır.⁵¹⁸

Devletin pozitif kurallara asgari bir geçerlilik sağlanması bakımından kendisinin de bu kurallara çoğunlukla uygun hareket edeceği doğrudur. Ancak devletin bu kuralları değiştirebilme gücü ve neredeyse tüm liberal kuramcılarının kabul ettiği üzere, kendi varlığının tehlikeye düşmesi halinde bunları yok sayabilme yetkisinin varlığı, bu sınırlandırmanın ne denli yetersiz olduğunu göstermektedir.

Jellinek, bu yetersizliği *devlet akli* doktrininin devreye sokulmasıyla; devletin buhran dönemlerinde ayrı bir hukuk *Notrecht* kategorisinden faydalanabileceği, bu durumda, kuvvetin hukuktan önce geldiği, buhranın daha da şiddetli olması durumunda artık hukuk kategorisine hiç ihtiyaç kalmayacağını belirterek kabul eder.⁵¹⁹ Devletin kendi kendisini sınırlandırması görüşünün egemen olduğu ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramının doğduğu Alman geleneğinden gelen Jhering de, devletin üstün iradesinin ürünü olan hukuk kuralları ile keyfilikğin önleneneğini, hukuki güvenlik ve kanunların üstünlüğünün geçerli olacağını savunuyordu. Jhering'e göre; “*kendi yarattığı hukuka uymak devletin lehinedir; zira kendi yarattığı hukuka uymayan devlette, bireyler de bu hukuka saygı duymayacaklardır. Ancak hukuka bağlılık, burada araçsal olup, devlet otoritesi için gerekli ve yararlı olduğu sürece uygulanır.*”⁵²⁰

Devletin artık hukuksal bir tüzel kişilik olarak görüldüğü 20. Yüzyılda pozitivizmin temsilcisi Avusturya’lı hukukçu Kelsen, bu paradoksu devlet ve hukukun özdeş olduğunu ileri sürerek çözmeye çalışmıştır.⁵²¹ Kelsen, hukuk devletini şöyle

⁵¹⁸ Duguít, s. 122.

⁵¹⁹ Aktaran, Zabunoğlu, s.137.

⁵²⁰ Aktaran, Zabunoğlu, s. 122.

⁵²¹ Kelsen, Hans, “Saf Hukuk Kuramı: devlet ve Hukuk Özdeşliği,” **Devlet Kuramı** içinde, Der: Cemal Bali Akal, Dost Y., Ank., 2000, s. 426-456.

tanımlar: “*Anayasa, yasa ve tüzüklerin aşamalı katmanlaşmasına dayanan, her bir organın, iç içe geçmiş ve birbirine bağlanmış normlar çerçevesinde hiyerarşik ve piramidal bir hukuk düzeninde yapılanmasıdır.*”⁵²² Kelsen’ e göre, devlet bir hukuki düzendir; devlet iktidarını diğer iktidar biçimlerinden ayıran şey, onun hukuk kurallandırılmış olmasıdır. Bu *hukuki düzen* tarafından, devletin hükümeti olarak iktidarı uygulayan bireylere hukuk normlarını yaratarak ve uygulayarak iktidarı kullanma yetkisi verilmiştir.⁵²³ Bireylere yetkiyi kimin verdiği sorusunun cevabı, dikkat edilirse artık halk, millet, sözleşme değil , *hukuki düzendir*. Hukuki düzen soyutlamasının, kişilere yetki verdiği iddiası, açık bir özne problemi içerir. Bu nedenledir ki söz konusu özne sorununun cevabı olarak devletin tüzel kişiliği kavramsallaştırması Kelsen ve diğer pozitivist, hukuki devlet kuramcılarında temel öneme sahiptir.Zira “*devlet kişi olarak hukuki düzenin kişileştirilmesidir.*”⁵²⁴ Devletin kişiliğinin kabulü ile hukuki düzen bireylere yetki verebilmiştir.⁵²⁵

Bu yaklaşımın devletin insan hakları ihlalleri karşısında nasıl bir çözüm üreteceği meselesine gelince iki olasılık söz konusu olabilir: İlk olarak, zulmeden artık devlet değildir denilerek, direnme hakkına bağlanabilir. İkincisi, sorun devletten dışlanarak ve bireysel sorumluluğa atılarak özel hukuk alanına gönderilebilir. Analitik pozitivistlerce savunulan görüşe göre, hukuk devlet tarafından yaratılmıştır; dolayısıyla hukukun devleti sınırlaması söz konusu olmaz. Sınır varsa bu, ancak devletin kendi kendisine yönelik koyduğu bir sınır olabilir. Radbruch bu yaklaşımda devlet ve hukukun birbirlerine karşı organizma ve organizasyon gibi değerlendirildiğini söyler. “*Devlet, kural koyan bir*

⁵²² B. Barret Kriegel, *Etat de Droit*,’tan aktaran Kaboğlu, İ. **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yay., İst., 2005 s. 392.

⁵²³ Kelsen,2000, s.428.

⁵²⁴ Kelsen s. 430.

⁵²⁵ Kendisine iradi bir varoluş atfedilen hukuki düzene ilişkin özne sorununun çözümünün devlete kişilik atfedilmesi olduğunu bu çalışmanın III. Bölümünde detaylı olarak açıklamıştık.

*etkinlik olarak hukuktur. Hukuk, kurala bağlanmış yetkililik olarak devlettir. Bu görüşe göre, devlet her zaman haklıdır, zulmeden devlet ise devlet sayılmayacaktır.”*⁵²⁶

Kelsen, devletin bir kurgu kişilik olarak fiilen, olgusal olarak bir eylemde bulunamayacağını farkındadır; devletin eyleminden, çalışmamız bağlamında ihlal eyleminden söz edildiğinde meselenin sadece bir atıf meselesi olduğu ve bu atfın, eyleme ilişkin görevin devlet görevi olup olmadığına göre cevaplanacağını söyler. *“Bir görev, yalnızca, hukuki düzen içinde öngörülmüşse devlet görevi olarak kabul edilebilir.”*⁵²⁷ Buradan devamla, bir devlet hukuki düzeninde, öngörülmüş bir haksız fiil olgusunun, devlet tüzel kişisine atfedilip atfedilmeyeceği sorusunu şöyle yanıtlar: *“Devlet haksız fiil işleyemez. Hukuku isteyen devletin (çünkü hukuk onun “iradesidir”) hukuka aykırı bir işlemi isteyemeyeceği ve dolayısıyla bir haksız fiil işleyemeyeceği dile getirilerek doğrulanır. Bir haksız fiil varsa, ancak davranışıyla haksız fiilde bulunan bireyin bir haksız fiili olabilir. Bir birey, hukuki düzenin verdiği yetkiye dayanıyorsa devlet organı olarak hareket edebilir; davranışı hukukun ihlaliyse devlet organı olarak hareket edemez. Hukuk ihlali devlete atfedilemez. Haksız fiil işleyen bir devlet, kendi içinde bir çelişkidir.”*⁵²⁸

Analitik hukuk yaklaşımı ile pozitivist teori içinde yer alan İngiliz hukukçu John Austin’in Parlatentonun üstünlüğü ilkesinden etkilenererek geliştirdiği görüş de benzer bir yaklaşıma sahiptir; egemenlik kontrolsüz kanun yapma yetkisini içerir. Bu yaklaşımda emir unsuru hukukun kaynağını teşkil eder. Bu halde egemen güç için herhangi bir

⁵²⁶ Gustav Radbruch, “Hukuk Devleti” **Hukuk Devleti**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayıncılık, 1998, İst., s. 12.

⁵²⁷ Kelsen, 2000, s. 431.

⁵²⁸ Kelsen, 2000, s.443.

sınırlamadan söz edilemez. Paulson, bu yüzden Nuremberg yargılamalarında Austin'in iddialarına dayanılmasının şaşırtıcı olmadığını söyler.⁵²⁹

Görüldüğü gibi bütün pozitivist yaklaşımlarda devlet tarafından yaratılan hukuka tanınan geçerlilik, pozitif hukuk kurallarına uymanın hukuka uygun hareket etme anlamına geldiği biçiminde yorumlanmasıyla sonuçlanır. Devlet görevlilerinin insan hakkı ihlallerinden sorumluluğu söz konusu olduğunda bu görüşün ulaştığı sonuç, devletin elbette kendi hukukunu ihlal etmeyeceği hipotezinden hareketle, ihlal varsa devlet yoktur olacaktır. Bu durumda, ihlal eylemi devlet görevlisinin şahsi kusurlu eylemi olarak değerlendirilecektir. Bunun idare edenler ve edilenler açısından anlamı, yetkili merciin kuralına itaatin zorunluluğu ve bu kurala göre verilen emrin suç olmayacağı ilkesidir. Hukuk pratiğinde çok yaygın ve uzun süreli etkili olan bu ilkenin insan hakları ihlallerinin temelinde önemli bir yer tuttuğu bu tezin temel iddialarından biridir.

5.3.2.2. Devletin Hukukuyla Bağlılığı Sorununa Karşı Devletin Sosyal ve Hukuki Gerçekliği İddiası: Bağlanan İrade ile Bağlayan İrade Farklı mıdır?

Kendi kendini sınırlama, bir başka ifadeyle devletin kendi yarattığı hukukuyla kendisini bağlamasının modern devletin insan haklarını koruma iddiası ile çelişmesine karşı ileri sürülen temel argümanlardan biri, devletin hukuki ve sosyal gerçekliğinin ayrılığı iddiasıdır. Bu ayrımı ilk kez dile getirenlerden biri olan Jellinek, söz konusu paradoksa karşı gerçeklik olarak devletin kendisini kendi hukukuyla bağladığını, bunun bir otonomiden değil, bir heteronomiden oluştuğunu ileri sürer. Devletin hukukuyla varsayılan bu bağlılığında, bağlayan ve bağlanan kendiliğin farklı olduğunu, kendi

⁵²⁹ Pulson, S.L. "Classical Legal Positivism at Nuremberg" in **Philosophy and Public Affairs**, 1975, Vol 4 (Aktaran: Ayşen Furtun, **Joñ Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi**, Seçkin Y., 1997, Ank., s. 69.

bağlananın gerçeklik olarak devlet olduğunu, bağlayanın ise, devletin hukukunun tecessümü olarak devlet olduğunu savunur.⁵³⁰

Sosyolojik yaklaşımı ile bilinen Duguit, Jellinek gibi, devletin hukuksal ve soysal gerçekliğe tekabül eden yanlarına dikkat çekmekle birlikte; hukuk-devlet özdeşliğine karşı çıkarak devlet gücünün sınırlanması konusunda diğer pozitivistlerden farklı bir tutum benimser.⁵³¹ Duguit, Bavyeralı hukukçu Feydel'in devletin üstünde bir hukuk olmadığı, devletle paralel bir hukuk olmadığı ve hukukun devlet tarafından tedvin edildiği biçimindeki pozitivist yaklaşımı şiddetle protesto ederek, devletsiz ve devletin üstünde bir hukuk olduğunu savunmaktadır. Duguit pozitif kanunların dışında ve üstündeki bu hukuk kurallarını *objektif hukuk* olarak tanımlar.⁵³² Devletin politik olarak teşkilatlanmış insan topluluğundan başka bir şey olmadığını söyleyen Duguit, ancak bir toplulukta yaşadığı için hak sahibi olan insanların, sosyal gerçeklikte, sosyal dayanışmanın ürünü olarak ortaya çıkan objektif hukuk kuralları ile devlet gücünü sınırladıklarını ileri sürmektedir. Devlet adına hareket eden güçlere karşı doğrudan doğruya bir zor yaptırımının olmayacağını, çünkü esasen zor tekelinin devlete ait olduğunu ve bunu kendi aleyhinde kullanmayacağını farkında olduğunu da ekler. Bu durumda devleti sınırlayan kuralların hukuk kuralı olup olmadığı sorusuna cevabı ise, bir hukuk kuralının var olması için doğrudan doğruya zor ile teyit edilmesinin gerekmediğidir; sağlanmış, teminat altına alınmış olması yeterlidir. Bu teminatlar arasında en başta kamuoyu ve bireyi koruyacak teminatlar tesis etmek ve devletin yetkisini sınırlamak amacıyla vücuda getirilmiş politik anayasalar gelir.⁵³³ Duguit'nin

⁵³⁰ Radbruch, G., 1998, s. 14. G. Jellinek'e göre, Devletin Genel Teorisi (*Allegemeine Staatslehre*), devletin genel sosyal kuramı (*Allegemeine Soziallehre des Staates*) ve devletin genel hukuk kuramından (*Allegemeine Staatsrechtslehre*) oluşmaktadır. Devletin genel sosyal kuramı, devlet kuruluşunun siyasal, sosyolojik ve tarihsel bakımlardan incelenmesini, devletin genel hukuk kuramı ise devletin sadece hukuksal yapısının incelenmesini konu edinir. Bakınız: Zabunoğlu, s. 8-9.

⁵³¹ Duguit, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, çev.: Süheyye Derbil, AÜHF Y:68, Ankara 1954, s. 15 vd.

⁵³² Duguit, s. 18-20

⁵³³ Duguit, s. 130-136.

teorisi, devletin fonksiyonu ve sosyal gerçekliğini anlama açısından olumlu katkılar sunmakla birlikte öngörülen hukuki (anayasa) ve sosyal (kamuoyu) sınırlamanın insan haklarının korunması bakımından, onun sert biçimde eleştirdiği liberal kuramdan daha farklı bir katkı sunamadığı görülmektedir. Politik anayasalar olarak idealize edilen anayasaların yasalara nazaran görelî olarak daha zor değiştirilebilmesi ve hükümet ve yasa koyucunun da itaatini gerektirmesi, devletin kendi hukukuyla bağılılığı paradoksunun aşılması için yeterli görülemez.

Hukuki Devlet Kuramı'nda hukuk - devlet özdeşliğine karşı çıkanlardan biri de Radbruch'tur. Bu yaklaşımın, devletin sadece hukuki yapısına dikkat çektiğini, oysa devletin hukuki kavramı yanı sıra devletin gerçeklik kavramı olduğundan söz ederek devletin mi hukukun mu önceliği sorusunu bu ayırımla çözmeyi dener. Bu iki kavram arasında bir özdeşlik bulunmadığı gibi, sonradan amaçları arasına katmışsa da devletin amaçları ile hukuk idesinin hukuk güvenliği ve adalet gibi amaçları arasında bir çatışma söz konusudur. Bunun nedenini, devlet amaçları yanında hukukun, somut bir devlet amacıyla çatışabilecek bir ideye; hukuk güvenliğine ve ilk elde devlete yabancı bir ideye; adalete yarayışlı olması ile açıklar. Ancak devletin hikmet-i hükümetinden kısmen feda ederek hukuk güvenliği ve adaleti, sonradan amaçları arasına alarak bu yabancılık, çatışma giderilmektedir.⁵³⁴

Jellinek gibi Radbruch da devletin gerçeklik kavramı ve hukuki kavramı ayırımıyla, hukukun devlet için bağlayıcılığı sorununu çözmeye çalışır. Devletin hukukuyla bağılılığının, devletin hukuk yaratmasının temelinde yer alan hukuki güvenliğin sağlanması ile bağlantılı olduğunu, devlet gücünün hukukunun temeli olan hukuki güvenliğin aynı zamanda onun sınırı olması gerektiğini savunur. Zor sahibi

⁵³⁴ Radbruch, G., 1998, s. 15.

koyduğu yasalara uymaktan kaçınır kaçınmaz onun hukuk koymaya olan yetkisi de sona erer. Bu görüşe yönelik ‘*pozitivist bir sığlaştırma*’ denilerek hukuk devleti düşüncesinin, asli biçimiyle devletin, devlet öncesi insan haklarına ve devlet üstü doğal hukuka bağlılığı dolayısıyla, bireyin devlete olan ilişkisinde sadece bir hukuk kavramının değil, bir hukuk idesinin uygulanması gerektiği yönündeki eleştirilere, Rudbruch’un yanıtı biçimin güvencesidir. “*Hukukun içeriği ne olursa olsun hukuki biçim ezilenlere hizmet etmektedir.*”⁵³⁵

O halde devletin hukukla bağlılığının ve hukuksal biçimin ezilenlerin güvencesi olup olmadığının, insan hak ve özgürlüklerini koruyup korumadığının görülmesi için devletin hukuka bağlılığının mihenk taşı olan hukuk devleti ilkesine ve bu ilkenin uygulanışına bakmak gerekir. Sadece yönetilenlerin değil, yönetenlerin de hukuka tabi olduğu modern devletin, kendi kendisini sınırlama paradoksunu aşarak insan haklarının koruyuculuğu iddiasını gerçekleştirmesi açısından hukuk devleti ilkesi ne gibi yenilikler getirmektedir? Hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette, bağlayan ve bağlanan özne somut olarak neye tekabül etmektedir? Devletin sosyal gerçekliği ile hukuki gerçekliği gibi soyut ve teorik anlatımların ötesinde, bağlayan irade ile bağlanan iradenin kime ait olduğunu bulmamız gerekir. Burada bahsedilen irade sorununun esasında bir özne sorunu, çalışmamız bağlamında fail sorunu olduğu açıktır. Başından itibaren, ihlal eyleminin öznesine dair belirsizliğe dikkat çekilen bu çalışmada, insan haklarının korunması bakımından sadece hukuk devleti ilkesinin koruma potansiyeline bakılmayacaktır. İnsan haklarının korunması iddiası açısından, ihlallerin failinin tespiti ile doğrudan bağlantılı olarak bağlayan irade ile bağlanan iradenin kime ait olduğu sorusuna hukuk devleti ilkesinin bir cevap verip vermediği incelenecektir.

⁵³⁵ Bu yaklaşım biçimsel hukuk devleti ilkesi olarak adlandırılır. Radbruch, s. 16.

5.3.3. Liberal Kuramın Mihenk Taşı Olarak Hukuk Devleti/Hukukun Üstünlüğü İlkesi Ve İnsan Haklarının Korunması

Tanrı'nın inayetiyle kral olandan halkın inayetiyle kral olana geçişteki siyasal iktidarın sorumluluğuna dair yaklaşımları ve son olarak hukukun/yasanın inayetiyle iktidar olmanın, iktidarın sınırlanması konusunda temel sistematüğını özetledikten sonra, şimdi, hukuk devleti ilkesinin, insan haklarının korunması ve özneye dair sorularımıza bir cevap verip vermediğine ve devletin insan hakları paradoksunu aşma potansiyeli taşıyıp taşımadığına bakalım.

En genel anlamda, kişilerin değil hukukun yönetimi ve/veya hukukla bağlı devlet olarak ifade edilebilecek hukuk devleti düşüncesinin izleri Aristo'ya kadar götürülebilir. Aristo'nun, hukukun yönetiminin, herhangi bir yurttanın yönetiminden daha uygun olduğu, en üst gücü ellerinde tutanların sadece hukukun koruyucusu ve hizmetkârı olarak atanmaları gerektiği, hukukun her şeyin üstünde olması gerektiği yönündeki düşüncelerinin⁵³⁶ ifadesi olan *Isonomia* kavramının, 1600'lerde, İngilizceye "hukukun herkes için eşit ve yargıçların sorumlu olduğu devlet" olarak çevrildiğini belirten Hayek, *Government Of Law* veya *Rule Of Law* kavramlarının hepsini, bu kavramın daha sonraki tercümeleri olarak yorumlar.⁵³⁷ O halde son yüzyılda idealleştirilen hukuk devleti ilkesinde yeni olan nedir?

Kanımızca yeni olan, vurgunun, kişilerin değil hukukun yönetimi ile özetlenen siyasal iktidarın yetkesinin hukukla açıklanması yerine, herkesin hukuka tabi olduğunu ifade eden sınırlama ilkesine kaymasıdır. Siyasal iktidarın sahibi değil kullanıcısı olan görevlilerin, kendilerine yasayla verilen görevleri yerine getirirken kurallara uyup

⁵³⁶ Aristoteles, s. 102-104.

⁵³⁷ Hayek, *State Papers, Domestic*, July 7, 1610. Aktaran Hayek Friedrich A.von, "**Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti**", çev.: Sevda Gültekin Göktolga, Ali Rıza Çoban, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal** içinde, Adres Y., Ank., 2008, s. 49.

uymadığına indirgenmiş bir insan hakları problematizasyonu ile karşı karşıya kalırız. Bu tartışmada, temel olan, egemen öznenin kim olduğu, nasıl yönettiği ve nasıl meşruiyet kazandığı değil, devlet gücünün ve/veya kamu görevlilerinin nasıl sınırlandırılacağıdır. Nihayet bu soruya cevap verenlerden Sancar’a göre, devlet gücünün sınırlandırılması düşüncesi çok eski olup hukuk devletinde⁵³⁸ yeni olan şey, bu sınırlamanın kendi başına bir amaç değil, özgürlük yararına gerçekleşmesini mümkün kılacak ilke ve kurumların somut bir görünüm içinde ortaya konması ve tek bir kavram altında formüle edilmesidir.⁵³⁹

Devlet iktidarının hukuka dayanması ve iktidarın kurallarla sınırlandırılarak böylelikle keyfiliğin önlenmesi düşüncesi, esas olarak monarşik mutlakiyetçiliğe karşı kapitalist üretim biçimine dayalı modern devlette, piyasanın düzeni için zorunlu olan kuralların öngörülebilmesi talebine dayanır. Fakat bu talep asgari içeriği ifade eder; hukuk devleti kavramı artık sadece devlet gücünün sınırlanması için, gücün kişisel keyfilikten kurtarılması ve yasaya bağlanması ile sınırlı bir kavram olarak kullanılmamaktadır. Sancar’ın yukarda alıntıladığımız tanımlamasında olduğu gibi hukuk devleti, hukuki güvenlik, güçler ayrılığı, kanunların genelliği ve eşitliği, yargısal denetim gibi biçimsel güvencelerin dışında, bir maddi içerikle tanımlanmaya başlanmıştır. Hukuk devletinin bir maddi içeriğinin olması gerektiği görüşünün arkasında hukuki güvenliğe dayalı biçimsel hukuk devletine⁵⁴⁰ yönelik eleştiriler vardır; ki bu

⁵³⁸ Türkçe’de yerleşik olan *hukuk devleti* kavramının Alman *Rechtsstaat* geleneğine yakın olmakla birlikte, daha çok *Rule of Law* karşılığı kullanılan *hukukun üstünlüğü* kavramını da kapsayacak genel bir ifade olduğu söylenebilir.

⁵³⁹ Sancar, 2000, s. 34.

⁵⁴⁰ Biçimsel hukuk devleti anlayışının en önemli temsilcilerinden sayılan F.J. Stahl, hukuk devleti kavramının, devletin asla içeriği ve hedefi olmayıp, bunları gerçekleştirmenin tarzı ve karakteri olduğunu savunur. Akt. Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk Devleti”, **Hukuk Devleti** içinde, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA 4, Afa Y.,1998, s.21.

eleştirilerin kaynağında bize göre, esasında modern devletin hukukuyla bağılılığı ve hukuki devlet anlayışının aşılamayan paradoksları vardır.

Hukuki devlet anlayışının ve bununla bağlantılı olarak devletin kendi kendisini sınırlamasına dair paradoksun, sıklıkla dile getirildiği üzere, belirli bir dönemle ve özellikle Almanya deneyimiyle bağlantılandırılması doğru değildir. Modern kapitalist burjuva devletin gelişiminin, Batı Avrupa’da farklı tarihsel koşullarda her ülkedeki gösterdiği farklılığa bağlı olarak, Fransa, Almanya ve İngiltere’de hukuk devleti anlayışının önemli farklılıklar gösterdiği bilinmektedir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, özellikle 19. Yüzyıldan itibaren kapitalist modern devletin ayırt edici özelliği egemenliğin meşruiyetinin yasallığa dayanmasıdır. Tüm tarihsel ve yerel özgünlüklerine karşın Alman *Rechtsstaat* kavramı ve İngiltere kökenli *Rule of Law* kavramı temelde aynı öze sahiptir;⁵⁴¹ iktidarın hukuka dayanması ki bu ilke, Batı Avrupa ve Amerika’da birbirine çok benzer biçimde ifade edilir. 1870 tarihli Massachusetts Anayasasında yer alan, *government of laws, and not of men* (kişilerin değil hukukun iktidarı) ibaresi bunun bir örneği olarak gösterilebilir. Burada vurgulanan, mutlak krallıklara karşı egemenliğini ilan eden sınıfı temsilen, parlamentoların ve parlamento aracılığıyla yasallığın yeni siyasal rejimin ifadesi olmasıdır. Bu nedenle hukukla/kurallarla yönetilmek (*rule by law*) değil, hukukun yönetimi (*rule of law*) deyiimi tercih edilmiştir.

⁵⁴¹ Meierhenrich, Almanya'nın savaş sonrası Rechtsstaat geleneğiyle İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ile ilişkilendirilen hukuk devleti uygulamaları arasında bir tür entelektüel yaklaşmanın olduğuna işaret eder. Ancak Almanya'nın İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra diktatörlüğü düzeltmek ve diktatörlüğe dönüşü engellemek için icat edilen, seçkinleri azarlayan bir yönetim biçimi - hukuka dayalı yönetimin etkileyici bir örneğinin, temsil ettiği söylenen Rechtsstaat geleneğinin kurumsal evriminde bir sapma olduğunu savunur. Bu nedenle, yalnızca Almanya'nın savaş sonrası deneyimine dayanarak, Rechtsstaat fikri ve onun hukukun üstünlüğü ile ilişkisi hakkında genelleme yapılmaması gerektiğini savunur. Rechtsstaat fikrini hukukun üstünlüğü fikrine indirgemenin tarihsel, felsefi ve kavramsal olarak sorunlu olduğunu ileri sürer. Meierhenrich Jens, **Rechtsstaat versus the Rule of Law**, from Part II – Histories, Edited by Meierhenrich Jens, Martin Loughlin, Published online by Cambridge University Press, 2021, s. 40.

Almanya'nın siyasal - tarihsel koşullarının özgüllüğü elbette inkar edilemez.⁵⁴² Almanya'nın özgüllüğü üzerine Keane, sivil toplum ve devlet ayrımının Anglo-Amerikan dünyasından türediği, ayrımın geliştiği ikinci dönemde, sivil toplum içindeki bağımsız 'toplumların (societas) kendilerini devlete karşı savunmalarının meşru olduğu şeklindeki çığır açıcı iddianın, statükoyu hor gören ve toplumsal eşitlik, yurttaş özgürlükleri ve sınırlandırılmış anayasal hükümet ile belirlenen '*devlete karşı sivil toplum*' temasının Alman siyasal düşüncesinde neredeyse hiç bulunmadığı tespitine bağlar. Keane'e göre, Almanya'da *bürgerliche gesellschaft* hakkında yapılan tartışmaları belirleyen şey, "bu toplumun devletten ayrılmasına verilen temel önem değil, fakat onun hukuksal, idari ve siyasal denetimler yoluyla düzenlenmesi, sınırlandırılması ve kısmen, bütünleştirilmesi olmuştur."⁵⁴³

Anglo-Amerikan geleneğinde sivil toplumun devletten ayrılığı ile düzenin temeli olduğu iddia edilen hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçeklikte Keane'in iddiasına tekabül edip etmediğini görmek için dönemin İngiltere'sine kısa bir bakış yeterli olacaktır. 19. Yüzyıl İngiltere'sinde özellikle Manchester, Liverpool gibi sanayi şehirlerinde işçi sınıfında ortalama ömrün 17 yaş olduğu, kadınların, çocukların insanlık dışı koşullarda zorla çalıştırıldığı, çocuk işçi ölümlerinin çok yüksek olduğu gerçekliği karşısında⁵⁴⁴ Hayek'in Alman örneğine bakarak *Rule of Law* ilkesinden duyduğu övüncün kuşkuyla karşılanması kaçınılmazdır. Hukukçuların ve felsefecilerin kurumlara ilişkin siyasal formülasyonlarından doğan Kıta Avrupası hukuk devleti anlayışı ile haklar ve yükümlülükler üzerine somut tartışmalardan doğan mahkeme kararlarına dayanan Anglo-

⁵⁴² Bkz., Meierhenrich, 2021.

⁵⁴³ "Despotizm ve Demokrasi, Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850", Çev. Levent Köker, John Keane, **Sivil Toplum ve Devlet – Avrupa'da Yeni Yaklaşımlar** içinde, Yedi Kıta Yay., Ankara, 2004, s. 51, 52.

⁵⁴⁴ Engels, F. **İngiltere'de Emekçi Sınıfların Durumu**, Çev. Oktay Emre, Ayrıntı Yay., 2013.

Amerikan geleneğinin farklılıkları olduğu doğrudur. Zira İngiltere’de hukukun üstünlüğü, Dicey’in ifade ettiği üzere, “*mahkemelere getirilen belirli davalarda özel kişilerin haklarını belirleyen yargı kararlarının bir ürünüydü*”.⁵⁴⁵ Ancak Burke’un belirttiği gibi, “*burada sözü edilen hak ve özgürlük, ortak gayrimenkul hukukundan çıkarılmıştı*.”⁵⁴⁶ Bu yüzden Anglo- Amerikan geleneğinin daha liberal bir yaklaşıma sahip olmakla birlikte, tam anlamıyla bir insan hakları koruma mekanizması ve hukukun üstünlüğünün kanıtı gibi sunulması doğru değildir.

5.3.3.1. Gerçekleşmeyen İddia: Teorik Eleştiriler ve Tarihsel Deneyimler

Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin idealleştirildiği gibi insan haklarını korumadığı, hukukun egemenliğinde failin anonimleşerek kaybolduğu güçler ayrılığının gerçekte iktidarın idari organizasyonu olduğu, özellikle işler iyi gitmediğinde, Schmitt’in deyimiyle *huzurlu ve normal zamanlar* (mülkiyetin güvencede olduğu) dışında nasıl kolaylıkla total bir devlete geçilebildiği, hem teorik eleştirilerle hem de tarihsel deneyimlerle ortaya çıkmıştır.⁵⁴⁷ Sırasıyla, önce hukuk devleti ilkesinin insan haklarının korunması iddiasına yönelik teorik eleştirilere değinilecektir. Ardından, hukuk devleti idealinin, pratikte, hukukun üstünlüğünün yaşama geçirilmiş en iyi modeli olarak görülen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ne ölçüde gerçekleşebildiği, devletin insan hakları paradoksunun aşılmasına bir cevap verip vermediği somut örnekler üzerinden ele alınacaktır. Bu örnekler üzerinden, devlet görevlisi ve devletin sorumlu

⁵⁴⁵ *The Dark Side Of The Relationship Between The Rule Of Law And Liberalism* Brian Z. Tamanaha, s.516-543. NYU **Journal of Law & Liberty** Vol. 3:2008.

⁵⁴⁶ Pocock, J.G.A. **Burke and the Ancient Constitution—A Problem in the History of Ideas**, 3 HIST. J. 125,130 1960.

⁵⁴⁷ Yönetimin hukukla meşrulaştırıldığı son iki yüz yılda yaşanan savaş ve insan hakları ihlalleri örnekleri ilk bölümde açıklanmıştı. Aşağıda, II. Dünya Savaşı sonrası, en ideal haliyle uygulandığı varsayılan hukuk devleti ve/veya hukukun üstünlüğü ilkesinin bu iddiasının ne ölçüde ve hangi maliyetle uygulandığına dair hem teorik açıklamalara yer verilecek hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilen somut örneklerle de bu varsayımın doğruluğu tartışılacaktır. Son dönem devlet pratiklerine dair hukuk devleti eleştirisi için Bkz. Paye J. C, **Hukuk Devletin Sonu**, Çev.: Demet Lüküslü, İmge Y., 2009.

tutulmasının gerçek faili belirleme ve etkili bir yaptırım uygulama olanağı olup olmadığı değerlendirilecektir.

Devletlerin özgül deneyimlerinin ötesinde, İkinci Bölüm’de detaylı biçimde açıkladığımız soyut insanın soyut haklarına dair eleştiriler, yukarıda değindiğimiz hukuka bağlı devlet idealinin, başta kendi kendisini sınırlama olmak üzere taşıdığı çelişkiler, acılar ve savaşlarla dolu deneyimlerle birlikte düşünüldüğünde hukuk devletinin ciddi bir *meşruluk krizinde* olduğunu, devlet gücünün sınırlandırılmasına dair liberal söylemin gerçeğe tekabül etmediğini gösterir. Öyle ki kavramın en asgari, biçimsel içeriğini oluşturan güçler ayrılığı ve anayasal düzeyde hukuki güvenlik ilkesi dahi bir ideal olmaktan öteye gidememiştir.

İnsan haklarının korunması ve merkezi gücün sınırlanmasının en önemli araçlarından biri olarak sunulan kuvvetler ayrılığı ilkesinin, iddia edildiğinin aksine modern devlette gücün merkezileşmesi ile beraber tamamen bir özleme dönüştüğü eleştirilerine katılmamak olanaksız görünmektedir. Mairet, Ortaçağ’da tanrısallık aracılığıyla *ilke*’yi temsil eden Papa ile uygulamanın gücüne sahip monark arasındaki çatışma nedeniyle iki gücün *Bir*’leşmesi olan modern devletin ortaya çıkamadığını, çözümün 16. yüzyılda dindışı güç ideolojisi olan egemenlik ile geldiğini ve her türlü iktidarın iki unsurunun bir araya getirildiğini söyler: “*Güç ilkesi ve onun kullanım biçimi. Böylece içkin bir güç anlayışı söz konusu olur, devlet ideolojisi Bir’in ideolojisidir.*”⁵⁴⁸

Akal, *Yasa ve Kılıç*’ta benzer düşünceleri ifade eder. Yasa kutsal olanı, otoriteyi temsil ettiğinden, ilkel toplumlarda Yasa’yı söyleyenin eline kılıç vermekten kaçınıldığının altını çizen Akal’da⁵⁴⁹ modern devlette siyasi iktidarın ilkesi ve

⁵⁴⁸ Mairet, Gerard, “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu” **Devlet Kuramı** içinde, Der: Cemal bali Akal, Dost Y., Ank., 2000, s. 219 vd.

⁵⁴⁹ Akal, insanların kurallarla yönetilmeyi kabul etmeleri için o kuralları koyan aşkın bir güce rıza gösterdikleri, Tanrı, Kral, Ulus, Halk veya Devlet; aşkın güç’ün böylece kutsallaştırıldığını bu kutsallaştırmanın aynı zamanda kuralın kaynağı olduğunu, zira; kurallara başka yerden geldiği için

kullanımının, temsilcinin ötesinde, yepyeni bir güç odağını egemenlik diye adlandırılacak bir kavramla donatarak bir araya getirdiğini, uzmanlaştırılmış bir yürütme organıyla kullanılan kurumsallaşmış siyasal iktidarın, Leviathan'ın bir elinde Yasa (Asa) diğer elinde Kılıç ile meşru şiddet tekeline yaratarak gücü hiç olmadığı kadar tehlikeli biçimde birleştirdiğini ileri sürer.⁵⁵⁰ Buna paralel olarak özgürlük, hiç olmadığı kadar büyük bir tehlike ile karşı karşıyadır.

Güçler ayrılığı idealinin gerçekliği yansıtmadığı eleştirileri, egemenliğin yasamadan ziyade hükümete geçmesi, parlamentonun işlevsiz kalması, temsili demokrasinin krizi eleştirileri, yasama organlarının adeta yürütme organının bir onaylayıcısı olma ve onun güdümünde kalması olgusunun gözlemlenebilir gerçekliği karşısında daha da önem kazanmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesini kuramsal ve yapay olduğunu ve sosyal gerçeklikle bağdaşmadığını ileri süren Duguit,⁵⁵¹ Josegh de Maistre'nin *"cellat ilahidir; çünkü, ilahi olan devlet kudretinin sembolüdür"* sözünün mistik tarafını kaldırarak; *"devletin kudreti jandarmadır, çünkü jandarma, kamu kuvvetinin sembolüdür ve kuvvetsiz devlet olmaz"* derken⁵⁵², devlet gücünün doğrudan doğruya idare edenler tarafından kullanılan bir kuvvet olduğuna dikkat çeker.

Devlet iktidarının yürütme gücünü elinde bulunduranlar tarafından kullanıldığı, yasama ve yargının işlevinin ikincilleştiği iddialarının en önemli dayanaklarından biri istisna kuramıdır. Agamben, istisna hali ile, güçler ayrılığının olmadığı başlangıçtaki bütünlük haline geri dönüldüğünü, istisna halinin, her geçen gün istisnai bir önlem olarak değil, bir yönetim tekniği olarak kendini göstermekle kalmayıp, hukuk düzeninin

uyulduğunu ve 'kuralı koyan benim' demenin "bu kurala uymayabilirim" demek olduğunu belirtir. Bu nedenle toplumlar kişiselliği aşan Yasa'yı söyleyen bir kutsal yaratmışlardır. Akal, **Yasa ve Kılıç**, s. 199....

⁵⁵⁰ Akal, Yasa ve Kılıç, s.40.

⁵⁵¹ Duguit, Leon (2005) 'Egemenlik ve Özgürlük', Akal, Cemal Bali (Der.), **Devlet Kuramı**, 2. Bası, Ankara, Dost Yayınevi, ss. 379-400, s. 386.

⁵⁵² Duguit, L., **Kamu Hukuku Dersleri**, çev.: S. Derbil, s. 135-139.

oluşturucu paradigması şeklindeki doğasını da apaçık belli ettiğini söyler. Özellikle 1968’li yıllarda, artan muhalif kesimlere karşı İtalya, Almanya ve Fransa’da çıkarılan yasa hükmündeki kararnameleri tipik örnekler olarak niteleyen Agemben, 19. yüz yıl ve 20 yüzyıl süresince hükümetlerin siyasal krize acil müdahale gerekçesiyle yasa hükmünde kararname çıkarama yöntemiyle, temel hak ve özgürlüklerin ancak yasalarca kısıtlanabileceği ilkesini de güçler ayrılığı ilkesini de ihlal ettiklerini anlatır. Batı demokrasilerinde artık parlamentoya değil yürütmeye dayanılır.⁵⁵³

Olağanüstü hale karar verenin egemen olduğu teziyle bilinen Schmitt, yasama üzerine incelmesinde, kanundan tedbire geçişin son derece olağan hale geldiğini örnekleriyle gösterir. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak çoğunluğu elinde tutan, kendi yaptığı kanunların yürürlüğünü de bizzat sağlar. Bu onu, devlet iktidarının pür sahibi haline getirir ki Schmitt bunu, ilave bir *politik fazla değer*, *yasa - üstü ödül* olarak niteler. Bu ödül, içeriği belirsiz ve takdire bağlı kavramların *-kamu düzeni, kamu güvenliği, tehlike, zaruret, gerekli tedbir, devlet ve anayasa düşmanlığı, barışçıl tutum...*- yorumlanması ve kullanımından oluşur.⁵⁵⁴

ABD Anayasasının 1. maddesinde *habeas corpus* hakkının ayaklanma veya işgal halinde, kamu güvenliği gerektirmedikçe askıya alınamayacağı belirtiliyor ancak askıya alma kararını kimin vereceği belirtilmiyor. 1861’de Lincoln, bu yetkiyi Kongre’de değil, başkan olarak kendisinde görüp, kamusal zorunluluğu gerekçe göstererek, pek çok olağanüstü önleme başvurarak, istisna hali hakkındaki egemen olduğunu göstermişti.⁵⁵⁵ 21. yüzyılda ise küresel terörle savaş ilan eden Amerika Birleşik Devletleri, istisna halinin, olağan bir yönetim paradigması olarak kullanımını tüm dünyaya model olarak

⁵⁵³ Agamben,

⁵⁵⁴ Schmitt, 2016, s.37.

⁵⁵⁵ Agamben s. 36

sunmaktadır. Hukukun Üstünlüğü geleneğinden gelen Birleşik Krallık ve hukuk devleti ilkesinin anayurdu olan Batı Avrupa'nın kararlar ve kararnamelerle özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda olağanüstü hal yönetimine ne kadar hızlı ayak uydurduğuna bakınca, devlet gücünün yürütmeye toplandığı ve liberal devlette hukuk devleti idealinden ne kadar uzaklaşılabildiği görülür.

Hukukun yönetiminin bir başka temel dayanağı olan anayasallık/yasallık bağlamında hukuki güvenlik ilkesinin de insan hak ve özgürlüklerini koruma ve gücü sınırlandırma konusunda etkinliği sorgulanmaktadır. Anayasal düzey de dahil, yasallığın daima istisna ile var olduğu, idari pratiklerin yasanın anlamını ve uygulanma biçimini son derece keyfi biçimde belirlediği liberal hukuk sistemlerinde hukuki güvenliğin gerçek bir güvenceye dönüşmesi imkansızdır.⁵⁵⁶ Yasadan üstün olsa bile yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayan anayasaların da pozitif hukukun bir parçası olduğu ve bu nedenle değiştirilebilir olduğu, pozitif hukukun etrafına hukuksal geçerliliği olan sınırlar koymanın mantıksal olarak olanaksız olduğunu söyleyen Poggi'nin görüşleri bu yöndeki eleştirilerin bir özeti gibidir. Pozitif hukukçulardan Jellinek bile, devletin kişilerin haklarına saygı gösterme zorunluluğunu hukukla açıklayamamıştır. Devlet teorisine ilişkin temel yapıtı olan *Allegemeine Staatslehre*'de dile getirdiği '*...devletin sınırları içindeki kişilerin kendilerine ait hakları vardır. Bu haklar devletin arzusuna bağlı değildir. Devletin bağışladığı, devletten koparılmış ya da devletin temsilcileri olarak sahip olunan haklar da değildir. Kişi olarak bu haklara sahiptirler, çünkü bu hakları şahsen taşıdıkları düşünülür. Devletin bu hakları onların elinden alması bütünüyle*

⁵⁵⁶ Bkz. Schmitt, Carl, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev.: Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yay., 2016. Neocleous, M., **Toplumsal Düzenin İnşası**, Boğaziçi Yay., Schmitt, C., **Siyasi İlahiyat**, Dost Y., 2005, **Agamben, Kutsal İnsan**, 2001, Paye, Jean Claude, **Hukuk Devletin Sonu**, Çev.: G. Demet Lüküslü, İmge Yay., 2009., Douzinas, Costas, **İnsan Haklarının Sonu**, Dipnot Yay, 2015, Ank., Agamben, Giorgio, **İstisna Hali**, çev. Kemal Atakay, Otonom yay., İst 2005,

devletin gerçek gücünün dışındadır...’ fikri, Poggi’ye göre, devletin kişinin haklarına saygı göstermesinin güvencesinin hukuksal olamayacağının kanıtıdır.⁵⁵⁷

Bernatzik’in aşağıdaki sözleri bu eleştirilerin genel bir ifadesi sayılabilir. *“Modern devlet hukuka dayanarak kendisine her şeyi mubah kılabilir, polis devletin yaptığından daha da fazlasını. Bu nedenle 19. yüzyılda Rechtstaat kavramına yeni bir anlam verildi. Bugün hukuk devletini bütün faaliyetleri hukuka dayanarak ve yasal biçimde cereyan eden bir devlet olarak anlamaktayız. Devletin amaçları ve yetkileri hakkında Rechtstaat terimi günümüzdeki anlamıyla hiçbir şey söylememektedir.”*⁵⁵⁸

Schmitt’in, 1932 yılında yayınladığı *Kanunilik ve Meşruiyet* adlı eseri *yasama devleti’nin* – Schmitt, *yasama devletini hukuk devleti ile eşitler* - temel açmazlarını dile getirir. Tarihsel arkaplanını⁵⁵⁹ bir yana bırakırsak bu incelemesinde Schmitt, hukuki devlet anlayışı açısından o günün Almanya’sını aşan ve hala geçerliliğini koruyan şu tespitleri yapar. Örneğin, yasaya dayanan bir devlet gücü direnme hakkını inkar eder. Bu iddiasını, Brunner’in Ortaçağ’a dair, direnme hakkının varlığını, hukuku belirleyebilen egemene dayalı yasama fikrine yabancı olması değerlendirmesine dayandırır. *“Kanunilik iddiası, haksızlığa ve hukuka aykırılığa karşı yapılan her direnişi ve savunmayı ‘kanundışılığa’ dönüştürür.”*⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Poggi, 2005, s.127-128.

⁵⁵⁸ Bernatzik, Edmund, *Rechtstaat und Kulturstaat*, 1912, s.56, Aktaran Hayek, F., “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal içinde*, Adres Y., Ankara, 2008, s. 105.

⁵⁵⁹ Schmitt’in *Kanunilik ve Meşruiyet* adlı kanuniliği mercek altına aldığı eserinin arkasında Alman Birliği’nin en büyük eyaleti olan Prusya’da Nazi Partisi NSDAP’in %37 oy almakla birlikte parlamenter çoğunluğu SPD’nin alması ve federe düzeyde en büyük polis teşkilatını yönetmesi ve Nisan 1932’de, federal hükümet tarafından çıkarılan *Devlet Otoritesi’ni Temin Kararnamesi* ile NSDAP’in tüm yan kuruluşları ve paramiliter güçlerinin yasadışı ilan edilmesinin etkisi üzerine bkz. Mehmet Cemil Ozansü’nin ön söz değerlendirmesi, s. XXIV-XXVII. Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, 2016.

⁵⁶⁰ Schmitt, 2016, s.34,35.

Kadim haksızlığa karşı direnme meselesinin, kanunilikle iinin boşaltılarak anlamsız hale getirildiğini ve bununla bağlantılı olarak yasal iktidarın, kavramlaştırmanın basit gereğı olarak hiçbir haksızlık yapamayacağını belirtir. Öyle ki Hitler, 1930 tarihli bir mahkeme tanıklığında, Nasyonal Sosyalist Hareketin anayasaya uygun araçlarla hedefe ulaşmaya çalışacağını söyleyerek kanunilik yemini yapar. *“Anayasa bize, hedef dayatmıyor, sadece yöntemleri belirliyor. Devleti fikirlerimize karşılık gelen içerikle doldurmak için yasama organlarında tayin edici çoğunlukları elde etmeye çalışacağız”*⁵⁶¹ Bu tanıklık, Hitler’in yasallığın total devlete dönüşme potansiyelinin farkında olduğunu gösteriyordu.

Bu potansiyeli gerçekleştirdiğinde, hukukun egemenliğinin ve yasama devletinin hem olanaklarını hem de sınır/sızlık/larını bütün dünyaya göstermiş oldu. Hukuk devleti ilkesi en büyük krizini, 20. Yüzyılın ikinci yarısına doğru, Avrupa’daki totaliter ve faşist siyasal iktidarların iktidarında yaşadı. Özellikle Nazi deneyimiyle birlikte, yasallık hatta anayasallık güvencelerinin nasıl aşıldığı, güçler ayrılığı ilkesinin gerçek bir güvence olmadığı ve kanundan emire ve oradan total devlete hızlıca geçilebildiği görüldü. Bir zamanlar Scmitt’in Nasyonal Sosyalist hareketin yararını gözeterek dile getirdiği eleştiriler bizzat doğrulanmış oldu.

5.3.3.2. Hukuk Devleti Krizine Karşı Maddi/İçeriksel Hukuk Devleti

II. Dünya Savaşı’ndan sonra, hukukun devletten önce geldiğı, kaynağının devlet değil toplumsal gerçeklik olduğu varsayımı ile hukuk devleti tanımı içeriksel bir muhtevaya sahip olmuştur. Bu deneyim sonrasında, daha önce savunduğı biçimsel hukuk devleti ilkesinin ‘yasa yasadır’ inancıyla Alman hukukçularını, keyfi ve suç sayılabilecek içeriğe sahip yasalara karşı savunmasız bıraktığını söyleyen Rudbruch, yasallık temeline

⁵⁶¹ Agy, s.XXV.

dayalı hukuk güvenliği ilkesini ilk sorgulayanlardan biridir. 1945 Eylülünde yayımladığı “Beş Dakika Hukuk Felsefesi” adlı kısa yazısının⁵⁶² Üçüncü Dakikası’nda haksız yasaların insan haklarını koruyamayacağını ve bu nedenle hukuki olmadığını söylüyordu: “Yasalar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, örneğin; insan haklarını sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur, o zaman halk bunlara itaat borçlu değildir, o zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır.”⁵⁶³

Radbruch, yazısının Beşinci Dakikası’nda, akla ve doğal hukuka aykırı yasaların geçerliliğinin sorgulanması gerektiğini, biçimsel hukuki güvenliğin, ancak adalet ve kamu yararı gibi amaçlarla uyumlu olmak koşuluyla hukuk devletinin meşruluk krizinin aşılabileceğini söyleyerek maddi anlamda hukuk devleti ilkesini ilk biçimlendirenlerden biri olmuştur.⁵⁶⁴

Maddi anlamda hukuk devleti, hukuki pozitivizmin terk edilerek, belirli değerlere - insan haklarının korunması, insan onuru veya bazılarına göre toplumun ortak iyisi/kamu yararı- (comon good/res publica) dayanan bir hukuk kavramının benimsenmesidir.⁵⁶⁵

1952 yılında Hollanda’nın La Haye kentinde kurulan Milletlerarası Hukukçular Komisyonu’nun 1965 yılında yaptığı Bangkok toplantısında *hukukun üstünlüğü* kavramının, pozitif hukuk kuralları karşısı olarak en geniş anlamda adalet kavramlarını kapsadığının belirtilmesi,⁵⁶⁶ hukuk devleti kavramının içeriksel yaklaşımının nasıl

⁵⁶² Ökçesiz H., Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı “Radbruch Formülü”, **TBB Dergisi**, Sayı 56, 2005.

⁵⁶³ Gustav Radbruch, “Beş Dakika Hukuk Felsefesi” Çev: Hayrettin Ökçesiz, <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA2-Radbruch.pdf> 19.11.2020.

⁵⁶⁴ Radbruch’un Nazi deneyiminden sonra, yazdığı bu yazılar, onun pozitivizmin bir temsilcisi olmaktan doğal hukukun yeniden doğuşunun bir temsilcisi olarak nitelenmesine neden olmuştur. Paulson, Stanley, Radbruch on **Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?**, Oxford Journals of Legal Studies, 1995, Autumn, s. 489-500.

⁵⁶⁵ Aktaş, S., Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, **YBHD**, 2020/1, s. 1–32. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/983688> 10.10.2021.

⁵⁶⁶ Karayalçın, s. 131.

yaygınlık kazandığını göstermektedir. Hukuk devletinin sadece biçimsel güvencelerle sağlanamayacağı, devlet gücünün içeriksel olarak da sınırlanması gereğini ileri süren bu yaklaşımda içerik, adalet ve özgürlük gibi değerlerden oluşur.⁵⁶⁷

Ökçesiz, normatif ve kaba güçle zorlayıcı bir yapı olarak hukukun, olgusallığının yanında değersel bir boyutunun da olması gerektiğini söyleyerek maddi hukuk devletini savunur. İçeriksel değerlerin ise, insan yapısının üç temel gereksinimi olarak özgürlük, güvenlik ve eşitlik olduğundan yola çıkarak bulunabileceğini belirtir. *“Toplumsal kaba güç tekeline sahip bir siyasi örgüt olarak devlet hukuk devleti olmak istiyorsa, insanın temel gereksinimleri olan özgürlük, eşitlik ve güvenliğin aynı zamanda değerselliklerinin bilincinde olmalı ve onları gerçekleştirme çabaları ile özellik gösteren çağdaş temel insan hakları toplumunun bu çerçevede belirginleşen ethosunu, hukukun ön verileri olarak kavramalı ve bunları gerçekleştirmenin ancak hukuk idesinin aydınlığı (eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği) ile olanaklı olduğunu bilmelidir. Buna göre hukuk devleti, bir kuruluş, bir durağan yapı ve siyaset dışı nötr bir kurgu olmayıp, yurttaşların karşılıklı etkileşimleri ile sürekli oluşturup geliştirdikleri süreçsel ve içeriksel bir temel haklar ve özgürlükler gerçekliğidir.”*⁵⁶⁸

Sancar bu içeriği, özgürlük ve insan onurunu kapsayacak biçimde insan hakları olarak nitelendirir.⁵⁶⁹ *“Bu durumda devlet faaliyetlerinin meşruluğu, birbirine bağlı iki aşamalı bir imtihanı başarma şartına bağlıdır; bunlardan birincisi, hukuk devletinin asgari içeriği olması nedeniyle asla taviz verilmeyecek yasallık, ikinci şart da yasanın içeriğinin insan haklarına uygunlukla belirlenmesidir.”*⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında (B Verf GE 7, s 922) *“Hukuk Devleti’nin öğeleri içine hukuksal güvence ve maddi doğruluk veya adalet girer”* diyerek hukuk devleti ilkesinin maddi içeriğini kabul etmiştir.

⁵⁶⁸ Ökçesiz, 1998, s. 33.

⁵⁶⁹ Sançar, 2000, s.38.

⁵⁷⁰ Sancar, 2000, s. 53-54.

İnsan haklarına ya da eşitlik, özgürlük, adalet gibi değerlere dayanma önerisinin, hukuki güvenliğin aracı olarak yasallıkla birleşmesinin, Fransız veya Amerikan Anayasacılık hareketlerinden farklı olarak yeni bir şey önerdiğini söylemek mümkün görünmüyor. Bu iki unsurun, yani hukuki güvenlik ilkesi ile maddi adalet ilkelerinin gerçekleştirilmesinin çoğu zaman tezat oluşturduğu eleştirileri⁵⁷¹ bir yana, insan hakları ihlallerinin genellikle birinci sınavın başarısı ile ters orantılı olduğu gerçeği karşısında, hiçbir zaman gerçek anlamda tam bir hukuk devleti idealinin mümkün olamayacağını söyleyen Hayek'e en azından bu konuda hak vermemek olanaksız görünüyor.⁵⁷² İkinci Bölüm'de ayrıntılı olarak gösterildiği gibi, maddi içerik olarak hak ve özgürlüklerin yasa, hatta anayasa ile düzenlenmesi, onların ihlal edilmemesi için yeterli değildir. Söz konusu yasaların *ancak* ile başlayan ve istisna alanını belirleyen ikinci paragrafları, çoğu zaman ihlalin yasadışılığının değil, yasallığının zeminini oluşturur. Daha önemlisi, kendi kendisini sınırlayan hukuki bir devlet düzeninde, yasallık, siyasal iktidarın gerek duyduğunda bu yasaları yok saymasının önünde engel teşkil etmez. Yasallık *Quis custodiet ipsos custodes sorusuna bir cevap veremez*⁵⁷³.

Hukuk devleti ilkesinin, salt yasallık ve prosedürel güvenceler olarak değil, adaleti gerçekleştirme ve insan haklarının korunması amacına yönelik maddi içerikle tanımlanarak insan haklarının korunmasında, pozitif hukuku aşan bir adalet idesine yapılan göndermenin, egemenin keyfiliğini sınırlamaya yarayacak bir referans olarak doğal hukuk anlayışını yeniden canlandırdığı doğrudur.⁵⁷⁴ Bu çerçevede, hukuki güvenlik

⁵⁷¹ Doehring, Karl, **Genel Devlet Kuramı**, Çev.: Ahmet Mumcu, İnkılap Yay., İst., 2002, s.215 vd.

⁵⁷² Hayek s. 83.

⁵⁷³ Latin ozan Decimus Iunius Iuvenalis'in " Türkçeye "koruyuculardan kim koruyacak" diye çevrilen dizesi.

⁵⁷⁴ Geçerlik iddiası gereği devletin üstünde yer alan tabii hukukun hukuk olma vasfının, tarihsel süreç ve değişik akımlar çerçevesinde doğa, tanrı veya akıl kaynaklı olabilecek şekilde değiştiğini, ancak devlet kaynaklı olamayacağını söyleyen Sancar, bu yönüyle insan haklarının korunmasında, pozitif hukuku aşan bir adalet idesine gönderme yaparak egemenin keyfiliğini sınırlamaya yarayacak bir referans olarak tabii hukuk kuramından yararlanılabileceği düşüncesindedir. Sancar, M, **Devlet Akl Kısılacında Hukuk Devleti**, İletişim Y., İst., 2000, s. 106, 110,111.

ilkesi, güçler ayrılığı ve idarenin yargısal denetime tabi tutulması ile özetlenebilecek biçimsel hukuk devletine, yasaların geçerli olması için insan hakları ve demokratik içeriğe sahip olmaları gereği eklenmiştir. Aslında talep edilen çoğulculuk ve demokratiklik gibi ilkelerin, dar anlamda hukuki olmayan siyasal talepler olması, sorunun hukuki olmaktan çok politik bir sorun olduğunu ve politik düzlemde çözülebileceğinin işareti olarak değerlendirilmelidir. Tıpkı iktidarın pozitif hukukunun karşısına doğal hukukun çıkarılması gibi. Ancak liberal hukuki devlet düzeninde, kaçınılmaz biçimde çözüm araçları yine hukuksal yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira hukukun yönetiminde, siyasal iktidarın hukuksallaşmak ve hukuki görünümde var olmak zorunluluğu söz konusudur. İçeriği insan hakları ve adalet ilkesine göre düzenlenmiş bir devlet düzeninin, biçimsel yasa devletine göre insan haklarının korunması bakımından bir ilerleme olduğu inkar edilemez; ancak bu ilerleme, devletin insan hakları paradoksunun aşılmasını sağlayacak yapısal bir değişikliğe yol açmaz. Zira, modern devletin ihlal eden ve koruyan olarak insan hakları paradoksunun aşılması bakımından yeni bir şey sunmaz. Siyasal iktidar, hala modern ulus devlet formunda hukuksal-kurumsal bir soyutlamadır; gerçek iktidar ilişkilerini görünmez kılan böyle bir yapıda, insan hakları ihlallerinin ihlalcisi ile koruyucusu aynı bedende yaşar.

Bu durumda geriye, ulus devlet dışında uluslararası düzende devletin insan hakları meselesinde koruyan ve ihlal eden öznellik çatışmasının çözülüp çözülmeyeceği sorusu akla gelir. Ulus üstü sistemde bağlayan ve bağlanan irade; yanısıra devlet ile birey arasındaki ilişki değişmekte midir? Bu değişim devleti fail haline getirerek bireyin insan haklarının korunmasını güvence altına alabilir mi? Bu soruların cevabını, en iyi işleyen ulus üstü sistem olarak gösterilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerinden detaylı olarak ele almadan önce, kısaca, insan haklarının korunması konusunda uluslararası gelişmelere bakılarak uluslararası insan hakları hukukunun katkısı incelenecektir.

5.3.3.4. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Modern Devletin İnsan Hakları Paradoksuna Bir Cevap Sunabilir mi?

20. Yüzyılın ilk yarısında, insanlık tarihinin en acı deneyimlerinin sahnesi olan Batı’da, hukukun yönetiminde, hukuka tabi olduğu varsayılan siyasal iktidarların yasayla bağlı kalmadığı gibi, kimi zaman yasallığın olanaklarını kullandıkları gerçekliği, liberal-kapitalist modern devletin krizinin, aynı zamanda bir hukuk devleti krizi olduğunu göstermiştir. Bu nedenle, savaş sonrası yeni değerler ve mekanizmalar arayışında hukuk devleti kendisini yeniden biçimlendirmiştir. Bu biçimlendirmenin yeni araçlarının başında, ulusal düzeyde, anayasalarda daha çok vurgulanan insan onuru ve haklarının etkili korunması için anayasa mahkemelerinin kurulup yaygınlaşması⁵⁷⁵ ile uluslararası düzeyde insan haklarının tanınması ve koruma mekanizmalarının yaratılmasıdır.⁵⁷⁶

Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) geleneğinin etkisi ile daha çok Amerika Kıtası’nda örneklerine rastlanan anayasa mahkemeleri, Batı Avrupa’da da yaygınlaşmaya başlamış, savaş sonrası, özellikle krizin merkezi olarak görülen Almanya’da, siyasi iktidarın sınırlanması açısından önemli bir araç olarak devreye sokulmuştur. Devletin kendi ülkesel alanında ve yürürlükteki anayasal metin bağlamında, özellikle ansal parlamenter çoğunluğu ele geçiren bir siyasal partinin, yerleşik siyasal iktidarın temel düzeninde yapısal değişiklikler yapmasının engellenmesi hedefiyle oluşturulan anayasa mahkemelerinin, liberal hukuk devleti ideali açısından işlevsel olmakla birlikte, devletin insan hakları paradoksu bakımından, failin belirlenememesi, bağlayan irade ile bağlanan iradenin aynılığı, devlet sorumluluğunun tazminat biçiminde

⁵⁷⁵ İbrahim Ö.Kaboğlu, **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, 3.Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2000, s. 12.

⁵⁷⁶ Bu yeni araçların da hukuki devlet düzeninde kaçınılmaz olarak hukuksal araçlar olduğu dikkatten kaçmamaktadır.

bütçeden para ödenmesi gibi çalışmamız bağlamında ortaya problemlerde esaslı bir değişiklik yaratacak önemli bir yenilik getirmediğini söyleyebiliriz.⁵⁷⁷

Modern hukuk devletinin yeniden biçimlenmesinde dikkate değer değişiklik, uluslararası sözleşmeler ve bunların hayata geçirilmesi için oluşturulan insan hakları mekanizmaları ile bir uluslararası hukukileşme düzenine geçilmesidir.⁵⁷⁸ Hitler Almanyası'nın saldırgan faşist işgal deneyimi sonrasında, diğer ulus devletlerin güvenliği sağlamak için başlattıkları uluslararası girişim, büyük acılar yaşayan insanlığın ortak talebi ile ortaklaşarak meşrulaştı. Devletlerin yetkilerini kötüye kullanmalarını yasaklayarak insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün⁵⁷⁹ korunması çağrısı yapan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948'de kabul ettiği *Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi*'ni, 1950 yılında Avrupa Konseyi'nin kabul ettiği *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* ve benzer nitelikte bölgesel sözleşmeler izledi.

Maddi içerikli hukuk devleti ilkesine yer veren evrensel norm örnekleri olarak görülebilecek bu sözleşmelerde, hukukun üstünlüğü ve demokrasi vurgusu yapılır; bütün insanların onurları bakımından eşit ve özgür oldukları belirtilerek temel hak ve özgürlükler sıralanır. Hak ve özgürlüklerin ancak önceden belirlenmiş prosedürlere uygun geçerliğe sahip yasalarla sınırlanabileceği ve devletin sınırlama yetkisini kötüye kullanamayacağının altı çizilir. Bu eğilim, sömürgecilik karşıtı gelişmeler sonrasında

⁵⁷⁷ Anayasa yargısı hakkında bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö. Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, İmge Yay., Ankara, 2000, Kaboğlu, İ.Ö. "Kelsen Modeli 'Sınırları'nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları" Anayasa Yargısı 10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, Feyzioğlu, T., **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, Ankara, AÜSBF Yayını, 1951, s.173-174., Göztepe, Ece **Anayasa Şikayeti**, Ankara, AÜHF Döner Sermaye Yayını, 1998,

⁵⁷⁸ Meron, Theodor, **The Humanization of International Law**, The Hague Academy of International Law, 2006, s.6-15. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32567.pdf> Erişim T.: 21.1.2022, Steven L.B. Jensen, **The Making Of International Human Rights: The 1960s, Decolonization And The Reconstruction Of Global Values**, s 5-8, Cambridge Uni. Press, 2016

⁵⁷⁹ Kaboğlu, *hukukun üstünlüğü* kavramını, insan haklarının uluslararasılaşması ve devlet çerçevesinin aşılması bağlamında hukuk devletinin bir sonraki aşaması olarak değerlendirmektedir. Ancak bir çok eserde, hukukun üstünlüğü kavramı, İngiliz *rule of law*'un Türkçe karşılığı olarak kullanılmaktadır. Kaboğlu, 2005, s.393.

1960’larda da sürmüştür.1969 tarihli ‘Vienna Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. Maddesinde, tüm uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş, herkese karşı ileri sürülebilir ve kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan kurallar olarak tanımlanan *jus cogens* kurallara tüm devletlerin uyma zorunluluğunu düzenlemiştir.⁵⁸⁰

Uluslararası hukuk ve egemenliğin bu biçimde insan haklarına dayalı dönüşümünün, devlet bağımsızlığı, evrensel yargı yetkisi, demokrasi hakkı, insani müdahale, bir başka deyişle /koruma sorumluluğu gibi, devletin ve devlet görevlilerinin sorumluluğu konusunda önemli değişikliklere ve gelişmelere neden olduğu görülür.⁵⁸¹ Bu değişikliklerin en önemlilerinden biri, çalışmamızla doğrudan ilgili olan devlet ve devlet görevlilerinin sorumluluğu konusunda yaşananlardır. 8 Ağustos 1945 tarihinde, savaşın kazananları olarak İngiltere, ABD, SSCB ve Fransa tarafından hazırlanan Londra Konferansı’nda hazırlanan Nuremberg Tüzüğü ile, savaşın kaybedeni Almanya’ya karşı kurulan Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi yargılamaları önemi bir dönüm noktası kabul edilmektedir. Bu yargılamalarda, savaş suçlarında bireysel sorumluluk kabul edilmiş, yalnız devletler değil, bireyler de uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilerek bireylerin uluslararası emredici kurallara aykırı ihlal eylemlerinden yargılanacakları kuralı kabul edilmiştir.⁵⁸²

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca alınan karar gereği oluşturulan Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Nuremberg Askeri Ceza Mahkemesi Tüzüğü’ne

⁵⁸⁰ <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>., Akkutay B.L. Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı, **TBB Dergisi** <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-113-1398>. Erişim T.:25.01.2022.

⁵⁸¹ Wuerth, Ingrid “International Law in the Post-Human Rights Era” **Texas Law Review**, Volume 96 - Issue 2, <https://texaslawreview.org/international-law-post-human-rights-era/> 21.1.2022.

⁵⁸² Pirim, Ceren Zeynep, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlandırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme* **MHB**, Cilt: 32, Sayı: 2, 147-182, ALPKAYA, Gökçen, **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 5. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411071> Erişim tarihi: 21.1.2022.

göre; uluslararası hukuka göre suç kabul edilen bir eylemde bulunan şahıs, bundan sorumludur ve cezalandırılması olasıdır. Uluslararası hukuka göre suç kabul edilen bir eylemde bulunan şahıs, devlet başkanı ya da sorumlu üst düzey hükümet üyesi olmaları, bu kişileri uluslararası hukuk önünde sorumluluktan kurtarmaz. Bir şahsın üstü ya da hükümetinin emrine uygun davranması, ahlaki irade bir şahıs için her zaman bir olanak olduğundan, uluslararası hukuk önünde sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁵⁸³

Tokyo yargılamalarında da aynı ilkeler yinelemiştir.⁵⁸⁴ Japon İmparatoru hariç, başbakan ve savaşı yöneten tüm üst düzey yönetici ve askerler yargılanmış, bir kısmına idam cezası verilerek cezaları infaz edilmiştir. Nuremberg’de yargılanan ve cezalandırılanlar da savaşı yöneten üst düzey yönetici ve askerlerdir. Bu davalarda, devletlerin ve en üst düzeyde görev yapan devlet yöneticilerinin işledikleri insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulması, insan haklarının, devletler ve devlet görevlilerine karşı uluslararası düzeyde korunmasını gündeme getirmiştir. O halde savaş suçlularının yargılanmasından yola çıkarak Leviathan’ın, davalı/sanık olarak mahkeme salonunda yargılanabilir olduğunu çıkarabilir miyiz? Fleming, bu soruya, ceza ve önleme tehdidi ikileminden değil, başka bir pencereden bakılarak BM Devletlerin Haksız Fiillerinden Sorumluluğu’nu (Articles on State Responsibility) düzenleyen ilkelere atıfla onarıcı adalet anlamında *reparation* kavramının bir cevap verebileceğini önerir.⁵⁸⁵ Devletler soyut birer varlık olarak hiçbir şekilde bir ceza davasında sanık sandalyesinde olmazlar. Ancak tazminat ödeme, resmi özür dileme gibi mağduru dikkate alacak yaptırımlara maruz kalabilir veya yeniden yapılanma, yasal değişiklik gibi bazı yapısal değişikliklere zorlanabilirler.

⁵⁸³ **Yearbook of the International Law Commission**, 1950, Vol. II, pp. 374-378.[1].

⁵⁸⁴ <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml> Erişim T.: 26.01.2022.

⁵⁸⁵ Fleming, Sean, **Leviathan On Trial: Should States Be Held Criminally Responsible?** Cambridge University Press, 2020.

Ancak II. Dünya Savaşı sonrası yaşanan bu önemli gelişmelerin, devletin insan hakları ihlalleri karşısında beklenen sonucu yarattığı söylenemez. Herşeyden önce, birçoklarının dile getirdiği üzere, Nüremberg, Tokyo yargılamalarından Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamalarına ve diğer *ad hoc* mahkemelere ilişkin olarak söylenen “galiplerin yargılaması” eleştirisi dikkate değerdir.⁵⁸⁶ Zira Nagazaki ve Hiroşima’ya bomba atan Amerika Birleşik Devletleri’nin yargılanması gündeme dahi getirilmemiştir. Diğer taraftan, savaş sonrası, ilerleyen yıllarda, ilkeler ve sözleşmeler düzeyinde, insan hakları normları ile geleneksel devletlerarası hukuk normlarının çatıştığı durumlarda, geleneksel normlara üstünlük tanındığı söylenebilir. Devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin en önemli belgelerden Avrupa Konvansiyonu’nun 31. maddesi uyarınca, yabancı silahlı kuvvetlerce işlenen haksız fiillerden dolayı devletin yargı bağımsızlığı tamdır. Amerika Birleşik Devletleri, Amerikan askerlerinin yabancı ülkelerde işlediği haksız fiiller nedeniyle bu ülkelerde tazminat davası açılmasına izin vermemektedir.⁵⁸⁷ Pinochet örneği gibi istisna gelişmeler olmakla birlikte,⁵⁸⁸ hala uluslararası sistem güçlü devletler açısından büyük ölçüde geleneksel bağımsızlık kurallarını sürdürmektedir.

2001 yılında, Birleşmiş Milletler nezdinde bağımsız bir komisyon tarafından, sivillerin yaşamlarının uluslararası düzeyde korunmasını vurgulayan *Koruma Sorumluluğu*’na dair raporun yayınlanması, uluslararası insan hakları hukukunun insan haklarını korumasına ilişkin tartışmayı daha da büyüttü. Zira *Koruma Sorumluluğu*,

⁵⁸⁶ Drayton, Richard, “An Ethical Blank Cheque: British And US Mythology About The Second World War Ignores Our Own Crimes And Legitimises Anglo-American Warmaking”, **The Guardian**, 10 Mayıs, 2005. <https://www.theguardian.com/politics/2005/may/10/foreignpolicy.usa> Erişim T: 22.12.2022.

⁵⁸⁷ Dabanlıoğlu Alanur, Nesrin, **Uluslararası Hukukta Devlet Başkanlarının Yargı Bağımsızlığı ve Cezai Sorumluluğu**, Doktora Tezi, 2019 https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/257521/yokAcikBilim_10249588.pdf?sequence=-1&isAllowed=y Erişim T. 21.1.2022.

⁵⁸⁸ Bianchi Andrea , “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, **European Journal of Human Rights**, 1999, Vol. 10, No. 2, s. 237-277.

devletlerin koruma görevini yerine getirmemesi halinde, BM tarafından yetkilendirilen diğer hükümetlerin son çare olarak askeri güç kullanmak da dahil olmak üzere harekete geçme hakkına sahip olduğunu öngörmekteydi.⁵⁸⁹ Ancak pratikte, devletlerin sivilleri koruma sorumluluğu kavramının, insani müdahale aracıyla işgale dönüşmesi, özellikle Asya ve Latin Amerika'da, güçlü devletlerin zayıf devletlere karşı askeri müdahalelerini meşrulaştırma aracı olarak görülmekte, bu devletlerin halkları ve birçok hükümet tarafından sert tepkilere neden olmaktadır.⁵⁹⁰ ABD ve Birleşik Krallık öncülüğünde 2003'te Irak'ın işgali sırasında, Saddam Hüseyin'in kitle imha silahlarına sahip olduğu iddiası ve işgalin insani terimlerle meşrulaştırılmaya çalışılması sonrasında ilk gerekçenin yanlış olduğu kanıtlandıktan sonra, bu yöndeki eleştiriler doğrulanmış gibi görünüyordu.⁵⁹¹

11 Eylül sonrası yaşananlar, bir adım ileri, iki adım geriye biçiminde ilerleyen gelişmeler ve insan haklarının uluslararası korunması konusunda artan kaygılara bakıldığında insan haklarının uluslararası düzeyde hukukileşmesi ve korunmasının devletin insan hakları açmazına bir katkı sunmaktan uzak olduğunu göstermektedir.

Bu noktada son olarak genel uluslararası hukuk düzeninden farklı biçimde, liberal kuramın modern devlet iktidarına ilişkin geliştirmiş olduğu en iyi örnek olarak gösterilen

⁵⁸⁹ **International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, International Development Research Centre:** Ottawa, 2001. <https://undocs.org/pdf?symbol=en/a/57/303> Erişim T. 11.1.2022.

⁵⁹⁰ Seybolt, Taylor B. **Humanitarian Military Intervention: The Conditions for Success and Failure**, Oxford University Press, 2008 s.7,9.

⁵⁹¹ Walzer, M., **Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations**, Basic Books: New York, 1977, aktaran: Seybolt s. 12. 'War in Iraq: not a Humanitarian Intervention', Human Rights Watch World Report, 2004: **Human Rights and Armed Conflict**, Human Rights Watch: New York, 2004, pp. 13–35.

bölgesel düzeyde bir insan hakları koruma sistemi öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin, hukukun üstünlüğü ve demokrasiye dair maddi içeriğiyle ayrıksı bir örnek oluşturduğu iddiasının da incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu son bölümde, hukukun üstünlüğünün idealize edildiği AİHS sistemi hem teorik olarak Sözleşme metni üzerinden hem de somut başvurular pratiğine bakılarak incelenecek; devlet ve devlet görevlisinin gücünü sınırlama ve özgürlükleri koruma işlevinin mümkün olup olmadığı; devletin insan haklarına dair ihlaleci ve koruyucu paradoksunun aşılp aşılamayacağı ve böylelikle failin belirsizliği sorusunun cevabı ortaya konmaya çalışılacaktır.

5.3.3.5. İnsan Haklarının Korunması Ve Hukukun Üstünlüğü'nün Mihenk Taşı Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Devletin İnsan Hakları Paradoksuna Bir Cevap Sunabilir mi?

Yukarıda özetlediğimiz uluslararası gelişmelere paralel olarak savaş sonrası, faşizan rejimlere, işgal korkusuna ve diktatörlüklere bir tepki olarak liberal demokratik bir rejimin Avrupa düzeyinde uygulanması için devletlerarası bir sistem kurulması gündeme gelmiştir. Bu çerçevede 1949'da kurulan Avrupa Konseyi tarafından insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü hayata geçirmek üzere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden esinle hazırlanan *İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)*- imzalanmış, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵⁹²

Hem şekli hem maddi içeriksel anlamda, hukukun üstünlüğü ilkesinin o güne değin yapılmış en iyi örneği olarak sunulan AİHS'in özgünlüğü, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda yaptırıma bağlanmış uluslararası bir mekanizma

⁵⁹² Emmert, Frank; Carney, Chandler "The European Union Charter of Fundamental Rights vs. The Council of Europe Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms - A Comparison". **Fordham International Law Journal**. 40, 2017.

yaratılarak bireylerin, haklarını ihlal eden devlete karşı doğrudan koruma mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapma olanağı getirmesidir. Tanımlanan hakların gerçekliğe dönüştürülmesi için doğrudan uygulanabilme özelliği (direct effect) ve bir mahkeme denetim mekanizmasının oluşturulması, insan haklarının korunması bakımından kayda değer bir ilerleme sağlar. AİHM'in özellikle Birleşik Krallık, Fransa, İtalya ve Yunanistan hakkında verdiği kararların bu ülkelerinin demokratikleşmesi ve temel hakların korunması rejimine önemli katkılar sunduğu ilk döneminde bu ilerleme daha ümit verici gibi görünmektedir. Buna karşın aleyhine verilen 2000 kararın yüzde seksenini uygulamayan Türkiye, soğuk savaş sonrası dönemde, Batı Avrupa siyasi ve hukuki modelinin alanını genişletme çerçevesinde AİHS sistemine katılan Doğu Avrupa ülkeleri ve özellikle Rusya, AİHS sisteminin etkililiği konusunda yeni soru işaretlerine neden olmuştur.⁵⁹³ Coğrafi olarak uygulanma alanı genişleyen Mahkeme'nin, demokratik hukuk düzenini yaygınlaştırma konusunda iddiası, iş yükü, kararların uygulanmaması problemlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan Brighton Deklerasyonu ile gerilemiş gibi görünse de ulus üstü/supranasyonel bir mekanizma olarak devletlerin insan hakları ihlallerini denetleme konusundaki özel konumu sürmektedir.

Bu özgünlüğü dikkate alındığında AİHS'in ihlal eden ve koruyan olarak devletin insan hakları paradoksuna bir cevap sunup sunamayacağının değerlendirilmesi çalışmanın iddiaları bakımından önemlidir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin uluslararası düzene taşınmasının, insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından daha etkili bir güvence oluşturup oluşturmadığı ve devletin ihlalci ve koruyucu paradoksuna dair

⁵⁹³ Madsen, M.R. France, the UK and “Boomerang” of the Internationalization of Human Rights (1945–2000), In **Human Rights Brought Home: Socio-Legal Perspectives On Human Rights In The National Context**, 2004. https://www.researchgate.net/publication/299596949_The_Challenging_Authority_of_the_European_Court_of_Human_Rights_From_Cold_War_Legal_Diplomacy_to_the_Brighton_Declaration_and_BacklashErişim T.12.01.2022.

sorunun cevaplanması için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi iki temel açıdan ele alınacaktır. İlk olarak İkinci Bölüm’de anlatılan modern liberal devletin insan hakları idealinin taşıdığı çelişkilerin AIHS sisteminde süreklilik gösterip göstermediğine bakılacaktır. Ardından, Üçüncü Bölüm’de tartıştığımız ihlalcinin kim olduğu ve devletin sorumluluğunun özne bakımından ne anlama geldiği, AIHS sisteminin failin belirlenmesine elverişli olup olmadığı konusu ele alınacaktır.⁵⁹⁴

5.3.3.5.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İnsan Hakları Rejimi

Sözleşme’nin, her bir politik birleşmenin amacının doğal ve dokunulamaz insan haklarını korumak olduğu, toplumun tüm kamu görevlilerinden, görevleriyle ilgili olarak hesap sorma hakkına sahip olduğu, hakların güvence altına alınmadığı ve güçler ayrılığının belirlenmediği bir toplumun anayasası olmadığını söyleyen ve hatta baskıya karşı direnme hakkını açıkça tanıyan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nden farklı bir hak ve özgürlük sistemi getirdiği söylenemez. Diğer insan hakları bildirgeleri ve liberal anayasalarla taşıdığı benzerlikler, liberal kurama dair bir sürekliliğe işaret eder. Hakların, ancak yasa ile sınırlanabileceğini düzenleyen önceki bildirgelerden farklı olarak yasal sınırlamanın çerçevesi daha net biçimde çizilmiş ve ulus-devlet düzeyinde siyasi iktidarın gücünü kullanarak dilediği gibi hukuk yaratmasının ve biçimsel yasallığın verebileceği zararlar engellenmeye çalışılmış ise de liberal soyut hak söylemi özü korunmuştur.

AIHS’nin içeriksel hukuk devleti anlayışını yansıtan başlangıç bölümünde, temel hak ve özgürlüklerin dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturduğu, korunmasının ancak insan haklarına saygılı, demokratik bir siyasal rejimle mümkün olabileceği belirtilerek hukukun üstünlüğü ideali temel alınmıştır. Ancak hemen akabinde, ikincillik

ilkesi vurgulanarak hak ve özgürlükleri güvence altına alma hususunda birincil sorumluluğun Yüksek Sözleşmecî Taraflara ait olduğu belirtilmiş, iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu temel başvuru şartı haline getirilmiş ve tarafların takdir alanına sahip oldukları özellikle vurgulanmıştır. Başlangıç bölümleri anayasa ve sözleşmelerin ruhunu yansıtan metinler olduğu için AİHS'in başlangıç bölümünde altı çizilen ikincillik unsuruna göre esas sorumluluğun taraf devlete ait olduğu vurgusu, insan hakları meselesinin merkezi noktasında hala devlet - birey ilişkisinin korunduğunu göstermektedir. Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükleri koruma görevi esas olarak hala devlete aittir. Bu nedenlerle, bireysel hakların korunması açısından önemli bir güvence oluşturmasına karşın AİHS sisteminin de istisna hali ile malul liberal bir insan hakları belgesine dayanması ve başvuruların ikincillik ilkesi gereği Yüksek Sözleşmecî Taraf Devlet hukuk sistemi merkezinde ele alınması, insan haklarının korunmasına dair Sözleşme'ye dair ümitleri zaman zaman hayal kırıklığına çevirir. Son olarak 11 Eylül sonrası benimsenen güvenlik eksenli rejime yönelme, AİHM'in iş yükü nedeniyle giderek daha az başvuruyu kabul etmesi, AİHM'i cazip bir yol olmaktan çıkarmaya yönelik düşük tazminat kararları, devletlerin AİHM kararlarına uymamaması ve Birleşik Krallık da dahil olmak üzere bir kısım ülkelerin sıkça Sözleşme'den çekilme tehdidi sonrasında Mahkemenin sınırlı yargılama ve denetleme tutumunu benimsemesi, AİHS sisteminin devletin insan hakları paradoksunun aşılması için elverişli bir olanak sunamayacağının göstergeleri olarak değerlendirilebilir.

5.3.3.5.1.1. İstisna Hali İle Malul Sınırlandırılabilen İnsan Hakları Anlayışı

Sözleşme'nin Başlangıç bölümü sonrasında, Sözleşme kapsamında korunan hak ve özgürlükler, önceki bildirgeler ve ulusal anayasalar geleneğinde olduğu gibi, önce korunacak temel hak ve özgürlük düzenlenmiş, ardından söz konusu hak ve özgürlüğün

hangi koşullarda, nasıl sınırlanabileceğinin çerçevesi çizilmiştir.⁵⁹⁵ Bu yöntem tüm liberal anayasal sistemlerin benimsediği temel biçimdir. Önce hak ve özgürlüğü tanımlanır; sonra bunları işlevsizleştirmeye elverişli istisnalar ve usulü yükümlülükler sıralanır. İstisna, sadece Sözleşme'nin metninde yer almaz, kimi zaman Sözleşme'nin yorumlanmasıyla oluşturulur. Yaşam hakkının korunmasına dair 2. Madde ve işkence ve insanlık dışı muamele yasağını düzenleyen 3. Madde uygulamalarına bakıldığında⁵⁹⁶ AİHS sisteminin sınırlılıkları daha somut olarak görülür. Bu sınırlılık aslında liberal insan hakları idealinin soyut ve sınırlandırılmış hak anlayışının çizdiği sınırdır. Sınırlandırma, *devlet aklı* doktrininin güvenlik ve kamu düzeni gibi hukukileştirilmiş, soyut ve içeriği belirsiz kavramlar aracılığıyla AİHS sistemine de taşınmıştır.

5.3.3.5.1.1.1. Yaşam Hakkı, İstisna, Sınırlandırma

II. Bölüm'de açıkladığımız gibi insanın ve haklarının soyutlanması, onları siyasal iktidar tarafından içeriği her an değiştirilebilir, sürekli yeniden tanımlanabilir nesnel kategoriler haline getirir. Sınırlandırılabilen insan hakları anlayışının en iyi kavranabileceği yerin istisna kuramı olduğu bu bölümde söylenmişti. Bu çerçevede, Agamben'in, ilk kez Devrim'in 8. yılında anayasaya sokulan, anayasanın askıya alınması fikrinin, bir yandan askeri yetkilerin sivil ortamı kapsayacak şekilde genişletilmesi, diğer yandan, bireysel özgürlükleri koruyan anayasal normların askıya alınması olarak zamanla *istisna hali* adı verilen tek bir hukuki olgu içerisinde bütünleşen bir paradigmaya

⁵⁹⁵ https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf. Erişim T: 12.01.2021.

⁵⁹⁶ Örneklerin, zamanla ek protokollerle içeriği zenginleşen Sözleşme'de yer alan tüm hak ve özgürlüklere değil, sadece yaşam hakkına ilişkin 2. Madde ile sınırlı örneklerle yer verilecektir. Bu sınırlama, konunun dağılmaması bakımından kapsamı daraltma işlevi görmesi yanı sıra, doğrudan devletin meşruiyet gerekçesini oluşturan ve neredeyse mutlak biçimde korunan çekirdek hakları düzenlemesi bakımından da tercih edilmiştir. Böylelikle insan haklarına saygılı ve hukukun üstünlüğüne dayanan AİHS sisteminin, insan haklarını koruma iddiası ve devletin insan hakları paradoksunun çözümü olup olamayacağı sorusu, en temel hak kategorileriyle, Sözleşme'nin minimum içeriğiyle test edilmiş olacaktır. Bu örnekler, yani devlet gücünün kullanılmasından doğan öldürme ve yine devletin fail olduğu işkence yasağı örnekleri, failin/ihlalcinin, aynı zamanda koruyucu olabileceği iddiasının en açık biçimde sorgulanabileceği ve ihlal eden ve koruyan paradoksunun hukuk devleti ilkesi özelinde nasıl devam ettiğinin en çarpıcı biçimde görülebileceği örneklerdir.

dönüştüğü iddiasının haklılığı, AIHS sistemindeki istisna pratiğinde de görülür.⁵⁹⁷ Bu sınırlandırılabilirlik paradigması, kanımızca ulusal düzeyde devlet görevlilerinin hak ihlallerinin temel dayanağını oluştururken AIHS sisteminde de devletlerin sorumluluktan kaçınmasını sağlayacak kapıların açılmasına olanak verir.

Yaşam hakkını düzenleyen 2. Maddenin ilk cümlesi *“Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur”* dedikten sonra, bu hakkın istisnalarını sayar:

“Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;*
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;*
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”.*

Leviathan’ın varlık nedeni olan yaşam hakkının korunması ile kastedilen, esasen başkalarından gelen tehlikeye karşı yaşamın korunması ve ölüm halinde etkili bir soruşturma yapılarak gerçeğin ortaya çıkarılarak failin cezalandırılmasıdır. Ancak gerçekte devlet şiddetinin çok sayıda kişinin ölümüne neden olması karşısında devlet, 2. Maddenin 1. Fıkrasında düzenlenen *‘öldürmeyeceksin’* yükümlülüğünün esas muhatabına dönüşmüştür.

Maddenin ikinci fıkrası ise, öldürmeyeceksin yasağının meşru istisnalarına yer verir. Sıradan bir insan, yaşam hakkının meşru savunma ilkesi dışında hukuki bir sınırının

⁵⁹⁷ Agamben, 2005, s.20.

olmadığını düşünür. Ancak anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde yaşam hakkının çok sayıda istisnası vardır. *AIHS* de benzer biçimde birinci fıkrasında “*herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır*” dedikten sonra, yaşam hakkının korunmayacağı halleri istisna olarak sayar: Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için, yani meşru savunma amacıyla kullanılan şiddet sonucu ölüme neden olma halinde yaşam hakkına dayanılmaz. İkinci olarak usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için kişinin öldürülmesi ile sonuçlanabilecek şiddet kullanımına izin verilir. Üçüncü olarak ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması amacıyla güç kullanımı sırasında meydana gelebilecek öldürme eylemleri hukuka uygun sayılır. Tutuklunun kaçması veya şüphelinin yakalanması ile sağlanacak yarar, yaşam hakkından daha fazla korunmaya değer görülmektedir. Yaşam hakkının istisnaları olarak tanınan hukuka uygun güç kullanmanın perde arakasındaki okunuşu, devlet görevlilerinin yaşam hakkını ihlal, başka deyişle öldürme iznidir.

Hakların en kutsalını düzenleyen *AIHS* 2. Maddesinde yer alan bu istisnalar, Marx’ın, insan hakları bildirgeleri ve bu doğrultuda şekillenen anayasalara yönelik 18. Brumaire’de dile getirdiği eleştiriye hatırlatmaktadır:

“Özgürlüklerden her biri Fransız yurttaşlarının mutlak hakkı ilan edildi; ancak şu değişmez koşulla ki, bu özgürlükler, yalnız başkasının eşit haklar ve genel güvenlikle, ve aynı zamanda, doğrudan bu özgürlükler arasındaki uyumu sağlamakla yükümlü yasalarla çatışmadıkları ölçüde sınırsızdırlar.....Anayasa, sürekli olarak birbiriyle çatışmalarını ve kamu güvenliğini tehlikeye düşürmelerini önlemek için, bu mutlak özgürlüklerden yararlanılmasını belirginleştirmeye yönelik gelecekteki anayasa ilkelerini geliştirecek temel yasalara atıf yapar.Bu temel yasalar, ne zaman bu özgürlükleri öteki sınıflara tümünden yasaklasa ya da yalnız, polis tuzaklarından başka bir

*şey olmayan koşullar altında kullanılmalarına izin verse, bu daima Anayasanın buyruklarına uygun olarak, yalnızca “kamu güvenliği” başka bir deyişle, burjuvazinin güvenliği yararına olmuştur. Anayasanın her paragrafı, gerçekten de, kendi karşı savını içerir: ana metinde özgürlük sayfa kenarında bu özgürlüğün kaldırılması.*⁵⁹⁸

Ulusal anayasalar da benzer düzenlemeleri içerir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının *Kişinin Dokunulmazlığı, Maddî Ve Manevî Varlığı* başlıklı yaşam hakkını düzenleyen 17. maddesine göre, meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, yaşam hakkının istisnalarıdır.⁵⁹⁹

Sıklıkla Sözleşme ve Anayasa’daki istisna hükümlerinin devlete öldürme yetkisi vermediği, potansiyel olarak öldürücü güç/silah kullanmasına izin verilen halleri gösterdiği, bu istisnaların meşru amaçlar olduğu ve Sözleşme metninde belirtildiği gibi mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımına onay verildiği söylenir. Bu konuda yaygın olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaşam hakkı ile ilgili ilk ve temel içtihat niteliğindeki kararı olan *Mc Cann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararına atıf yapılır. “Sözleşmenin 2(2). Fıkrası esas itibarıyla bireyin kasten öldürülmesine izin verilen halleri değil, ama istenmeyen bir sonuç olarak yaşamdan yoksun kalma sonucunun doğabileceği ‘güç kullanılmasına’ izin verilen durumları göstermektedir”⁶⁰⁰

Elbette, hukukun üstünlüğü ilkesine dayandığını iddia eden bir sözleşme veya anayasa metninde açıkça bireyin kasten öldürülmesine izin verilmez; aksi düşünülemez.

⁵⁹⁸ Marx, Karl, **Louis Bonaparte’in 18. Brumaire’i**, Çev.: Sevim Belli, Sol Yay., Ankara, 2007, s. 120.

⁵⁹⁹ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>

⁶⁰⁰ *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 18984/91, 05.09.1995.

Ancak ‘istenmeyen bir sonuç olarak yaşamdan yoksun kalmaya verilen koşullu izin, son tahlilde devlet/devlet görevlilerince öldürme yetkisi gibi algılanacak ve yaşam hakkının istisnaları olarak kodlanacaktır. Zira silah kullanma yetkisi, devletin şiddet tekelinin en önemli unsurudur ve devlet/devlet görevlilerince de gerek duyulduğunda bu yetki kullanılır.

Özellikle siyasi gerilimin yüksek olduğu dönemlerde, sözgelimi İrlanda probleminin olduğu dönemde Birleşik Krallık’ta, Cezayir sorununun ve göçmen isyanlarının olduğu dönemlerde Fransa’da, Bask sorunu ile ilgili İspanya’da, Çeçen sorunu nedeniyle Rusya’da, Kürt sorunu nedeniyle Türkiye’de çok sayıda insan, işkence ve kötü muamele yaşağı ve yaşam hakkı ihlali ile karşılaşmış, devlet şiddetinin mağduru olmuştur.⁶⁰¹ Yalnızca göz altına alma, yakalama amacıyla yapılan müdahalelerde bile her yıl çok sayıda insan yaşamını kaybetmekte veya yaralanmaktadır. Örneğin, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayalı bir rejim olmakla övünen Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı resmi istatistik ofisi verilerine göre 2003 - 2009 yılları arasında sadece tutuklama sırasında öldürülen insan sayısı 4,813’tür.⁶⁰² Üstelik Harward Üniversitesi’nde Justin Feldman tarafından yapılan bir çalışmada, polis tarafından öldürüldüğü halde istatistiklere bu biçimde yansımayan vakaların oranı %28 olarak tespit edilmiştir.⁶⁰³ 2020 yılında, Covid 19 salgını nedeniyle neredeyse yılın yarısında sokağa çıkma kısıtlamaları uygulandığı bir dönemde hukukun üstünlüğü ilkesinin ülkesi Birleşik

⁶⁰¹ Russell, Hannah, **The Use of Force and Article 2 of the ECHR in Light of European Conflicts**, Bloomsbury Publishing, 2017.

⁶⁰² <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/ard0309st.pdf>, 25.02.2020

⁶⁰³ <https://www.theguardian.com/us-news/2017/oct/11/police-killings-counted-harvard-study> 25.2.2020.

Krallık'ta polisle bağlantılı ölüm sayısı 91 olarak açıklanmıştır. Bunlardan 16 tanesi gözaltı merkezlerinde yaşanmıştır.⁶⁰⁴

Sadece ulusal düzeyde değil, uluslararası müdahalelerde de şiddete izin verilen istisna alanları yaratılır ve Sözleşme'nin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü buna engel teşkil etmez. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin silahlı güçlerinin ulus ötesi müdahaleleri ve güç kullanımı sonucunda son yirmi yılda dahi binlerce insan ölmüştür. Örneğin, Yugoslavya ile ilgili NATO (Kuzey Atlantik Anlaşması Organizasyonu) müdahalesi sırasında, Radyo Televizyon binasının bombalanması sonrasında binada ölenlerin yakınlarının yaptığı başvuru, AİHM tarafından reddedilmiştir.⁶⁰⁵ Ret gerekçesi, şikayet edilen eylemlerden mağdur olan kişiler ile sorumlu devletler arasında herhangi bir *yargısal yetki* bağının varlığı hususunda ve dolayısıyla başvuru sahiplerinin ve onların maktul akrabalarının meseleyi oluşturan toprak-dışı eylem nedeniyle sorumlu devletlerin yargılama yetkisi alanına girdikleri hususunda ikna olmamasıdır.

Sözleşme'nin imzalanmasından ve yürürlüğe girmesinden bu yana geçen yaklaşık yetmiş yılda Mahkeme, ihlal kararlarının 16%'sında yaşam hakkı veya işkence yasağına dair yükümlülüğün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Üstelik Mahkeme'nin başvuruları kabul oranının son derece düşük olduğu bilinmektedir. Bu süre içerisinde yapılan 975.214 başvurudan sadece 23.406 başvuruda kabul edilebilirlik kararı verilmiştir.⁶⁰⁶ Bu istatistiklere bakarken AİHM önüne getirilen ve karara bağlanan dosyalar dışında yaşam hakkı ihlalleri olmadığı düşünülmemelidir. Örneğin, Almanya aleyhine yaşam hakkı

⁶⁰⁴ <https://policeconduct.gov.uk/deaths-during-or-following-police-contact-statistics-england-and-wales-2020-21>. 12.11.2021

⁶⁰⁵ Banković kararı olarak anılan söz konusu karar, Vlastimir Ve Borka Banković, Zivana Stojanovic, Mirjina Stoimenovski, Dragan Sukovic tarafından, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, Türkiye ve Birleşik Krallık'a karşı yapılan başvuruda verilmiştir. (Başvuru No: 52207/99).

⁶⁰⁶ https://echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf 10.11.2021

ihlali ile ilgili verilmiş her hangi bir ihlal kararı bulunmamaktadır. Almanya Federal Cumhuriyet Anayasasının yaşam hakkını düzenleyen 2. Maddesinde açık bir istisnaya yer verilmeksizin, sınırlamanın ancak kanunla yapılacağı belirtilmiştir.⁶⁰⁷ Ancak buna rağmen Almanya’da polisin neden olduğu çok sayıda öldürme olayının cezasız kaldığı, özellikle yetmişli yıllarda çok sayıda RAF üyesinin öldürüldüğü, uyuşturucu satma veya hırsızlık yaptığı şüphesi ile bir çok kişinin tutuklama sırasında kaçmaya çalıştığı için vurulduğu,⁶⁰⁸ yabancılara yönelik polis şiddeti ve Neonazi grupları ile gizli servis arasındaki ilişkilere dair çok sayıda ciddi yaşam hakkı ihlali iddiası olduğunu belirtmek gerekir.⁶⁰⁹ Almanya, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi raporları ve uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarında, özellikle polis şiddeti ve gözaltı merkezlerindeki kötü muamele konusunda sıkça uyarıldığı halde AİHM’de Almanya aleyhine, insanlık dışı kötü muamele yasağını ihlal nedeniyle yetmiş yılda çıkan 3 ihlal kararı bulunmaktadır.⁶¹⁰ Savaş sonrası hukukun üstünlüğü iddiasının en önemli savunucularından Fransa’da, AİHS’in imzalanmasından hemen sonra⁶¹¹, on yıl boyunca Cezayir meselesi nedeniyle yapılan gösterilerde onlarca FLN (The National Liberation Front) üyesi hiç bir uyarı olmaksızın silahla taranarak katledilmiş, binlerce kişiye çok ağır işkenceler yapılmış, bu katliamlar cezasız kalmıştır.⁶¹²

⁶⁰⁷ [https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Basic_Law_of_Germany_\(as_amended_through_December_2014\).pdf](https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Basic_Law_of_Germany_(as_amended_through_December_2014).pdf) Erişim T.: 12.11.2021.

⁶⁰⁸ <https://www.spiegel.de/politik/statthaft-trotz-des-risikos-a-53a59a0c-0002-0001-0000-000041496519?context=issue> 12.11.2021.

⁶⁰⁹ <https://www.policinglaw.info/country/germany> 12.11.2021. UN CERD 19 ve 20. periodic report of Germany, CERD/C/DEU/CO/19-22, 30. June 2015, Report on Germany by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights following his visit on the 24th April and from 4 to 8 May 2015, para. 184.

⁶¹⁰ https://echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf Erişim T.:26.01.2022. [https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Human_Rights_Committee_Concluding_Observation_s_on_Germany_\(2012\).pdf](https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Human_Rights_Committee_Concluding_Observation_s_on_Germany_(2012).pdf)

⁶¹¹ Bu süreçte Fransa’da AİHS imzalanmakla birlikte onaylanmadığı için henüz AİHM’e başvuru yapılamamaktadır.

⁶¹² Cole,Joshua “Remembering the Battle of Paris: 17 October 1961 in French and Algerian Memory”, **French Politics, Culture & Society**, Vol. 21, No. 3, Fall 2003, s. 21-50, Published By: Berghahn Books.

Yaşam hakkına yönelik ihlallerin temel kaynağı olan kolluğun güç kullanması konusunda AİHS 2. Maddenin tanıdığı istisnaların devletler tarafından oldukça esnek yorumlanması ve çok sayıda ihlal başvurusunda, öldürme eyleminin 2. Madde kapsamında bir istisna kapsamında kaldığı gerekçelendirmesine karşın AİHM, Birleşik Krallık hakkında verilen ve yaşam hakkı ihlali konusunda temel referans noktası olan McCann kararında, devlete yüklenebilecek külfet ile yaşam hakkının korunması arasında makul bir denge bulmaya çalışmıştır. “Devlet görevlilerinin Sözleşmenin 2(2). fıkrasındaki amaçlardan biriyle güç kullanmaları, o sırada sağlam nedenlerle geçerli görünen samimi bir inanca dayanıyorsa, daha sonra bu inancın hatalı olduğu anlaşılabilir bile, bu madde bakımından haklı görülebilir. Aksini kabul etmek, devlete ve kolluk görevlilerine, görevlerini yerine getirirken belki de kendilerinin ve başkalarının yaşamlarına zarar verecek gerçekçi olmayan bir külfet yüklemek olur”⁶¹³ Mahkemeye göre, bu dengenin kurulabilmesi için güç kullanırken devlet görevlisinde meşru savunma halinin varlığına dair ‘samimi bir inancın’ bulunduğu (sübjektif unsur), ve samimi inancın ‘sağlam nedenlerle geçerli’ görüldüğünün (objektif unsur) gösterilmesi gerekir.⁶¹⁴ Sözleşme’de yer alan istisnaların devletler tarafından yaygın kullanımına karşılık söz konusu dengeyi kurabilmek adına zaman zaman AİHS ile kıyaslandığında daha dar bir istisna tanıyan ve daha etkili bir koruma sağlayan BM ilkelerine atıf yaparak ihlal kararları vermiştir.⁶¹⁵

⁶¹³ McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, § 200; https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf,

⁶¹⁴ Doğru, O.,2018, s.79.

⁶¹⁵ “Kolluğun Güç ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler” adlı belgede (1990), kolluğun hangi hallerde güç ve silah kullanabileceği gösterilmiştir. Bu ilklere göre, kolluk, kendilerinin ve başkalarının öldürülmelerine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı savunma hali ile yaşama karşı ciddi tehdit oluşturan ağır nitelikte özel suçların işlenmesini önlemek, böyle bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacı dışında ve bu amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça, kişilere karşı silah kullanamazlar. Her halükarda, sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman kasten öldürücü ateşli silah kullanılabilir. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx> Erişim T.: 3.1.2022.

Bu ilkelere, sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman kasten öldürücü ateşli silah kullanılabilir denilse bile, Polisin kaçan kişileri veya şüphe ettikleri kişileri vurma eğilimi, yakalama için verilen izinden kaynaklanır. Farklı ülkelerde, farklı yasal düzenlemelere karşın AİHM'e yapılan ülke başvurularına bakıldığında bu ortak eğilim gözlenir.⁶¹⁶

Devasa sayılacak bir karar külliyatı olsa da yaşam hakkı ile devlete yükletilebilecek orantısız ve olanaksız külfet arasında denge kurmanın AİHM için kolay olmadığı bilinmektedir. Bunu sağlamak üzere, devlet ajanlarının hukuk dışı eylemlerinden kaynaklanan öldürme olaylarında etkili ve bağımsız bir soruşturma, çabukluk ve kamu denetimi gibi kriterler uygulamaya başlayan AİHM'in⁶¹⁷ son dönemlerde daha pragmatik bir yaklaşım benimsediğini düşünen J Chevalier-Watts'a göre, bu yaklaşım, zımni olarak soruşturma yükümlülüğünün soyut doğasından etkilenmiştir ve bu nedenle devletlere daha geniş bir takdir yetkisi uygulama eğilimini gösterir.⁶¹⁸

Devlete daha fazla takdir yetkisi eğilimi, özellikle 11 Eylül sonrası başvurularda dikkat çekici biçimde artar. Taraf Devlet'e yüklenebilecek külfet ile yaşam hakkının korunması arasındaki dengede ağırlık, giderek istisna alanını genişletecek biçimde devlet tarafına kayar. Örneğin, De Silva / Birleşik Krallık başvurusunda, objektif testin subjektif algıya dönüştürülmesiyle bu kayma çok daha ileri bir noktaya taşınmıştır. AİHM, bu dosyada, gücün kullanılmasının gerekliliği konusunda kişinin gerçek ve samimi bir inanca sahip olup olmadığını yani inancın subjektif olarak makul olup olmadığını

⁶¹⁶ Leonidis v. Yunanistan, 43326/05, Giuliani-and-Gaggio v. İtalya 23458/01, 23.03.2011, Makaratzis v. Yunanistan, 50385/99, AİHM 2004-XI, Kasap ve Diğerleri v. Türkiye, 8656/10, 14.01.2014.

<https://policehumanrightsresources.org/giuliani-and-gaggio-v-italy-23458-02>.

⁶¹⁷ Bkz. Osman v. the United Kingdom, McKerr v. the United Kingdom, Hugh Jordan v. the United Kingdom, Kelly and Others v. the United Kingdom, and Shanaghan v. the United Kingdom kararları.

⁶¹⁸ Chevalier-Watts, Juliet *European Journal of International Law*, Volume 21, Issue 3, August 2010, Pages 701–721, <https://ezproxy-prd.bodleian.ox.ac.uk:2095/10.1093/ejil/chq045>

incelemiştir. Eğer kişinin inancı sübjektif olarak makul değilse, (yani, sübjektif sağlam nedenlere dayanmıyorsa), Mahkemenin gerçek ve samimi bir inanca sahip olduğunu kabul etmesi zordur.⁶¹⁹ AİHM, özellikle Birleşik Krallık ile ilgili başvurular üzerinden McCann ve Diğerleri kararında oluşturduğu bu melez testin objektif unsurunu Armani Da Silva / Birleşik Krallık kararında ‘sulandırmakla’ eleştirilmiştir. Bu yaklaşım, devletlerin, ajanlarının ihmal veya ağır ihmal ile savunma gücü kullandığı durumlarda bile, herhangi bir sebep olmaksızın bir saldırıya inanarak sorumluluktan kaçmasına izin verecektir. Polis memurlarının dürüst bir şekilde ölümcül bir tehdit oluşturduğundan şüphelendikleri durumlarda, polisin belirli bir etnik kökene karşı güçlü ırksal önyargılara sahip olduğu ve makul olmayan bir şekilde bu kişileri doğal olarak tehlikeli buldukları düşünüldüğünde, söz konusu sübjektif testin, devletlerin sorumsuzluğu için avantaj sağlayacağı açıktır.⁶²⁰

Bu eğilim, olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma olanağı veren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesi uygulamasında da görülür. AİHS 15. Madde uygulaması da Yüksek Sözleşmeci tarafların hak ihlallerinin Mahkeme’nin denetiminin dışına çıkararak istisna alanı yaratmalarının bir aracı olarak kullanılabilir. AİHS 15. Maddeye göre; Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. Ancak bu hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında[yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı ile kanunsuz

⁶¹⁹ Armani Da Silva V. The United Kingdom (*Application No. 5878/08*)

[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-161975%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-161975%22]}) Erişim T. 2.2.2021.

⁶²⁰ Hessbruegge, J., ECtHR Armani Da Silva v UK: Unreasonable Police Killings in Putative Self-defence?, 2016 <https://www.ejiltalk.org/ecthr-armani-da-silva-v-uk-unreasonable-police-killings-in-putative-self-defence/>. Erişim T.:13.01.2022.

ceza olmayacağına dair kurallara aykırı tedbirlere icazet vermez. AİHM⁶²¹, ilk kararlarında olaylara ilişkin daha ayrıntılı ve somut değerlendirmeler yaparak İrlanda Hükümetinin, ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlikenin mevcut olduğunu ilan etmesini haklı olduğunu⁶²², buna rağmen Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan başvurusunda ise Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında haklı gerekçelere dayandırılmadığını değerlendirmişken,⁶²³ son dönem kararlarında devletlere daha geniş takdir hakkı tanımaktadır.

A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı Büyük Daire'nin bu konuda çok tartışılan kararlarından biridir. Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin alındığı zamanda Birleşik Krallık'ta herhangi bir El-Kaide saldırısının meydana gelmemiş olmasına rağmen, AİHM, ulusal yetkili makamların endişelerini haklı bularak devletin, bir felakete ilişkin tedbir almak için felaketin meydana gelmesini beklemek zorunda olmadığını, tehdidi mevcut bilgiler ışığında değerlendirme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir.⁶²⁴ Kaldı ki söz konusu derogasyon bildirimi örneklerine bakıldığında, devletlerin bu bildirimi yaptıktan sonra, 15. Maddenin 2. fıkrasında yer alan yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi çok mutlak yasakları daha rahatlıkla ihlal ettikleri ve Sözleşme'nin ikincilik kuralı gereği, uzunca bir süre bu nedenle her hangi bir yaptırımla karşılaşmadan en sert şiddet tedbirlerine başvurdıkları da bilinmektedir.⁶²⁵

⁶²¹ O tarihte kararlar sonradan kaldırılan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından verilmekteydi

⁶²² Lawless/İrlanda (no. 3) 1 Temmuz 1961.

⁶²³ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf Erişim T.: 11.12.2022.

⁶²⁴ A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık (Başvuru no: 3455/05, Büyük Daire).

⁶²⁵ **Federico Sperotto, Law in Times of War: The Case of Chechnya**, Global Jurist, January 2008.

5.3.3.5.1.1.2. İŞKENCE YASAĞI İSTİSNA SINIRLANDIRMA

Sınırlandırılabilir insan hakları anlayışı, sadece açıkça istisnalara yer verilerek uygulanmaz. İstisna tanınmayan, mutlak işkence ve kötü muamele yasağını ele alalım. Hiçbir ulusal hukuk bu yasağa aykırı bir kural getiremez; getirmez de; ancak pratikte *devlet aklı* gerektirdiğinde, işkence ve insanlık dışı kötü muamele yasağı ihlal edilir.

Polislik mesleğinin benzersizliğini ve toplumdaki statüsünü bu çerçevede yorumlamak gerekir. Zidar, böyle bir statünün özelliklerinden birinin polisin kötü muamelesini reddetme süreci olduğunu, bunun bir sonucu olarak da mahkemelerin polis tarafından yapılan ifadelere en saygın orta sınıfın ifadelerinden daha fazla güvenme eğiliminde olduğunu söyler.⁶²⁶ Polisin ayrıcalıklı konumunun, devletin icra kolları olarak polisin rolünden kaynaklandığını ve bu nedenle korunduğunu söyleyen Lewis, bu ayrıcalığın devlet için çok önemli olduğunu savunur; zira zorlama gücü olmadan hükümetler yönetemez. Polis ve hükümet arasında var olan 'imtiyazlı ilişki', polisin yasal hesap verebilirlik bağlamında güçlü bir pozisyonda olmasını sağlar.⁶²⁷

Sorunun temelinde, işkencenin, Roma-Kanonik geleneğinde olduğu gibi yargı sürecinin normal bir parçası olarak kabul edilmemesinin yattığını iddia eden Evans ve Morgan, bu nedenle işkence tartışmalarının resmi kınama haricinde tabu olduğunu söylerler. İşkence veya kötü muamele iddiasına karşılık devletlerin sıkça yankılanan savunması, ülkesinde yapısal bir mesele olmadığı, nadiren yaşanan bir çürük elma vakaları olabileceği, kimi zaman da işkence iddialarının genellikle propagandacı dezenformasyon olarak kullanıldığını ileri sürerek inkar etmektir.⁶²⁸ “*Cezasızlık, devletin*

⁶²⁶ Zidar, Katarina ve Klemencic Goran, *Confronting a Phenomenon of Impunity and Denial: Contemporary European Trends in Dealing with Allegations of Ill-Treatment by Law Enforcement Officials*, 2004. <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/Mesko/208000.pdf>

⁶²⁷ Lewis, C. **Complaints Against Police – The Politics of Reform**, Hawkins Press, 1999, s. 31-58.

⁶²⁸ Evans, M. and Morgan, R. **Preventing Torture**, Oxford: Clarendon Press. 1998, s.56-57.

kötü muamele iddiaları ile başa çıkma direncinin mantıklı bir sonucudur. Kasıtlı inkar (implicatory denial), polisin kötü muamele durumundan kurbanı suçlu taraf olarak dikkatini dağıtmanın en sofistike yoludur."⁶²⁹

AİHS sistemine bakıldığında, işkence üzerine yukarıda anlatılan açıklamaların pratiğe nasıl yansıdığı görülür. Gerek cezasızlık gerekse yargılama pratiğinde tanımlamalar ve benzeri taktiklerle yaratılan istisnalar aracılığıyla, işkence mutlak yasağı sınırlandırılır. İstisna ve cezasızlığın en tipik örneklerinden biri Fransa'da AİHS'in yürürlüğe girmesinin üzerinden 10 yıl geçmeden yaşanan polis katliamları ve bunların cezasız kalmasıdır. 17 Ekim 1961'de Paris'te barışçıl bir biçimde yürüyüşe geçen binlerce Cezayirli göstericinin üzerine doğrudan ateş ederek katleden polis amiri ve diğer devlet görevlileri bu olay nedeniyle yargılanmamışlardır. Cezayir savaşı sırasında işlenen işkence ve katliamlara karışanlar genel aften yararlandırılmıştır.⁶³⁰ Sözleşme'ye taraf devletler ABD'nin işkence ve yaşam hakkı ihlallerinde, insansız hava araçlarıyla sivillerin öldürülmesi de dahil bir çok hukuka aykırı eyleme lojistik destek sağlamak ve ülkesellik (territoryal) istisnasına sığınmaktadırlar.⁶³¹ Birleşik Krallık tarafından Irak işgali sırasında yapılan işkence ve yaşam hakkı ihlalleri nedeniyle açılabilmiş çok az sayıda dava vardır.⁶³² Sadece ülke dışı yerlerde değil, AİHS sisteminin yetmiş yıllık tarihi boyunca neredeyse tüm taraf ülkelerde değişik boyutlarda da olsa çok sayıda işkence ve kötü muamele yasağı ihlalleri yaşanmıştır. Cezasızlık, mutlak kural olan işkence ve kötü muamele yasağının en temel istisna biçimidir. Uluslararası Af Örgütü raporlarına göre, *Rechtsstaat* ülkesinde de *Rule of Law* ülkesinde de işkence, devletin polislik üzerinden saklı

⁶²⁹ Zidar, 2004, s.5-6.

⁶³⁰ Pecastaing Camille, The Politics Of Apology: Hollande And Algeria, World Affairs Vol. 175, No. 6 (MARCH / APRIL 2013), pp. 51-56. <https://www.jstor.org/stable/43556163>

⁶³¹ <https://www.amnesty.org/en/documents/act30/8151/2018/en/> Erişim T: 15.12.2021.

⁶³² <https://www.amnesty.org/en/documents/eur45/0096/2019/en/> Erişim T: 23.01.2022.

tutmaya devam ettiği bir ihlal olarak yerini korumakta ve gerektiğinde uygulanmaktadır.⁶³³

İşkence yasağı konusunda cezasızlık dışında önemli bir sınırlamanın tanımlama ve delillendirme bağlamında bizzat AİHM tarafından yaratıldığını söylemek ileri bir iddia olarak görülmemelidir.⁶³⁴ AİHS 3. Maddesine göre; “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*”⁶³⁵ AİHM, önüne gelen başvurularda, 3. Madde düzenlemesinden yola çıkarak içtihatları aracılığıyla işkence ve insanlık dışı kötü muamele ayırımı yapmış ve hak savunucularının ve mağdurların işkence olarak tanımladığı pek çok ihlali, kötü muamele kapsamında değerlendirmiştir. Bu konuda en kritik karar, İrlanda/ Birleşik Krallık kararıdır.⁶³⁶ Başvuru, Birleşik Krallık tarafından Kuzey İrlanda merkezli Irish Republican Army’nin (IRA) eylemleriyle bağlantılı oldukları iddiasıyla gözaltına alınanlara yapılan işkence iddialarına ilişkindir. Kolluk tarafından kullanılan ve beş teknik olarak bilinen, duvara karşı saatler boyunca *stres pozisyonu* denilen bir şekilde ayakta tutmak, mağdurların başına koyu renkli bir torba geçirerek dış dünyayla bağlantılarını kesmek, gürültüye maruz bırakmak, uyutmamak ve yiyecek ve içecek kısıtlaması yaparak aç ve susuz bırakmak eylemleri işkence olarak tanımlanmamıştır. AİHM’e göre yoğun zihinsel ve psikolojik acı çekmeye ve sorgulama sırasında psikiyatrik rahatsızlıklara yol açan bu yöntemler, insanlık dışı muamele ve küçük düşürücü muamele yasağı kapsamında 3. Maddeye aykırılık teşkil

⁶³³ https://echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf. Erişim T.: 16.12.2021.
<https://www.amnesty.org/en/documents/act30/8151/2018/en/> Erişim T: 15.12.2021.
<https://www.amnesty.org/en/documents/eur45/0096/2019/en/> Erişim T. 23.01.2022

⁶³⁴ Benzer bir yorum için bkz. Simonsen, N., ‘Is torture ever justified?’: The European Court of Human Rights decision in Gäfgen v Germany, 2010. <https://www.ejiltalk.org/%E2%80%98is-torture-ever-justified%E2%80%99-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/>. Erişim T:6.2.2022.

⁶³⁵ https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf Erişim T::16.10.2021.

⁶³⁶ İrlanda/ Birleşik Krallık Davası, Bşv. No: 5310/71.

eder. Beş tekniğin bu biçimde sistematik olarak uygulanması, insanlık dışı muamele teşkil etse ve bilgi ya da ikrar elde etme amacına yönelik ise işkence terimiyle kast edilen ağırlık ve yoğunlukta acı çekilmesi söz konusu değildir. AİHM, bu içtihadını benzer başvurularda da sürdürmüş,⁶³⁷ son dönem 3. Madde başvurularında, işkence olgusundan söz edebilmek için önceki kararlarında getirdiği “çok ağır bir zihinsel ıstıraba neden olacak acı” kriterine “belirli özel bir amacın/kastın olması” gibi yeni bir sınırlandırıcı kriter eklemiştir.⁶³⁸

Böylelikle, devletlerin insan hakları ihlallerine karşı ulusal mekanizmalara göre daha etkili bir hak arama yolu olarak öngörülen AİHS sisteminde de liberal soyut insan hakları yaklaşımının varlığını sürdürdüğü ve en mutlak hakların bile istisna halinden bağışık olmadığı, sınırlandırılabilirdiği görülmüş oldu.

5.3.3.5.1.2. İkincillik

AİHS sisteminin beklendiği gibi etkili bir insan hakları koruma mekanizması sağlayamamasında liberal, sınırlandırılabilir insan hakları anlayışı yanı sıra, AİHS mekanizmasının ikincilliği de etkilidir. İkincillik, insan hakları ihlallerine karşı öncelikle iç/ulusal hukuk yollarına başvurulmasını zorunlu kılarak koruma mekanizması olarak aslen devleti işaret eder. Yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel çekirdek haklara ilişkin verilen karar sayısı %16 gibi azımsanmayacak bir oran olsa da Sözleşme’ye taraf ülkelerde yaşanan devlet şiddeti ile AİHM kararları karşılaştırıldığında, yaşam hakkı kararlarının oldukça sınırlı olduğu görülür.⁶³⁹ Kuşkusuz bunun başvuru süresi ve benzeri şekli koşullar gibi pek çok nedeni vardır; ancak en önemli nedenlerden birisi, yukarıda

⁶³⁷ Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık Davası, Bşv. No: 7819/77, 7878/77, Jalloh/Almanya Davası, Bşv. No: 54810/00, Gafgen/Almanya Davası, Bşv. No: 22978/05, Tomasi/Fransa Davası, Bşv. No: 12850/87.

⁶³⁸ Chitayev/Rusya Davası, Bşv. No: 59334/00, 18.01.2007.

⁶³⁹ Russell, 2017, s.17.

açıkladığımız Sözleşme'nin istisnaya yer vererek devletlerin sorumluluktan kaçınmasına yol açacak kapılar yaratması ise diğeri de Sözleşme'de belirtildiği ve 16 Numaralı Protokol'de bir kez daha vurgulandığı üzere, *İkincilik* prensibidir. Öncelikle mahkemenin ikincilik esasına göre çalışması, yani ancak iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabilen bir yol olması ve esas olarak ulusal düzeyde elde edilen deliller ve yargılama sürecine bağlı belirli bir çerçeve ile sınırlı olarak denetim yetkisine sahip olması, söz konusu ihlallere karşı dolaylı bir koruma sağlar. İç hukuk yollarının doğru ve usulüne uygun olarak tüketilmemesi nedeniyle AİHM tarafından son dönemde verilen ret kararlarından birisi Roboski başvurusudur.⁶⁴⁰ AİHM, başvuru avukatlarının istenen bazı belgelerin örneklerini, sağlık sorununu ileri sürerek on beş günlük kesin sürenin geçmesinden iki gün sonra sunması nedeniyle, otuz dört sivil insanın devlet tarafından savaş uçaklarıyla bombalanarak öldürülmesi nedeniyle yaşam hakkı ihlali başvurusunda iç hukuk yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle ret karar vermiştir.⁶⁴¹

Sözleşme'nin 2. Maddesi devlete/devlet görevlisine 'kasten' öldürmeyi yasaklamaktadır. Bir olayda devletin kasten öldürmeme yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılabilmesi için, devlet görevlisinin öldürme kastıyla güç kullandığının kanıtlanması gerekir. İkincilik ilkesine göre AİHM, dosyayı, taraf devletin ülkesinde yapılan ceza soruşturması ve yargılaması merkezinde inceler. Bu doğrultuda AİHM'in, Sözleşme'de geçen kasten (intentionally) kavramını ulusal ceza hukuku kapsamında değerlendirildiği biçimde ele aldığını söyleyen Doğru, buradan yola çıkarak, ceza mahkemelerinin devlet görevlisinin kasten öldürme suçunu işlediğine dair kararı olmadıkça, Mahkeme'nin sadece devletin sorumluluğunu incelemekle yetkili olduğunu söyler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, belirli bir devlet görevlisinin güç

⁶⁴⁰ https://privacy.cyber-rights.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/Roboski_AIHM_Basvurusu.pdf Erişim T. 23.01.2022.

⁶⁴¹ Selahattin Encü / Türkiye ve diğer 275 başvuru, Başvuru No.49976/16.

kullanırken öldürme kastıyla hareket ederek bireyi öldürdüğünü tespit etmesi ve buna dayanarak devletin kasten öldürmeme yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmasının mümkün olmadığını açıklar: “*Ceza mahkemelerinin kasten öldürme suçunun sübutuna ilişkin kararı olmadıkça, davalı devletin de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde kendi görevlilerinin bireyi kasten öldürdüğünü kabul etmesi düşünülemez.*”⁶⁴²

Yaşam hakkı ihlaline ilişkin dosyalarda, McKerr/Birleşik Krallık başvurusunda Mahkeme, doğru gerekçesi olmaksızın, açılan davanın şartlarından dolayı kaçınılmaz hale getirilmediği sürece, ilk derece hâkiminin rolünü üstlenemeyeceğini belirtmiştir. Edwards/Birleşik Krallık ve Klaas/Almanya başvurularında Mahkeme, “*yerel yargulamalar yürütüldüğünde, olayların değerlendirmesini, olayları dosyanın unsurlarına göre belirlemesi gereken ulusal mahkemelerin değerlendirilmesiyle değiştirmemelidir*” diyerek ikincillik ilkesini tekrar vurgulamıştır.⁶⁴³

Giuliani/Gaggio/İtalya başvurusunda, Mahkeme, kendi yetkisini, Sözleşme çerçevesinde öngörüldüğü kadarıyla devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemekle sınırlı olarak tanımlamıştır. “*Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlaline ilişkin iddialar ulusal yargı organları önünde ceza davaları açılmasına yol açtığında, cezaî sorumluluğun, Sözleşme bağlamında devletin sorumluluğundan ayrı*

⁶⁴² Doğru, aynı tespiti Anayasa Mahkemesi için de yapar. “*Anayasa Mahkemesi de bireyin cezai veya hukuki sorumluluğunu değil, kamu gücünün Anayasa’dan doğan sorumluluğunu incelemektedir. Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: “Somut olayda bir başvurunun kolluk görevlisinin silahından çıkan merminin veya mermilerin vücuduna isabet etmesi, diğer başvurunun ise bu merminin içinde bulunduğu aracın camını kırıp bu camdan çevreye saçılan kırıkların vücudunda kesikler meydana getirmesi sonucu yaralandığı sabittir. Bununla birlikte bu yaralanmaların kolluk görevlisinin kasıtlı ya da taksirli bir eylemi sonucunda mı gerçekleştiği, yoksa Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığına kararında kabul ettiği gibi silahın başvuruçuların aracına çarpmasının etkisiyle kendiliğinden ateş alması sonucu mu meydana geldiği ... tartışmasız bir şekilde ortaya konup belirlenemediği için Anayasa Mahkemesi tarafından öldürmeme yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiasının incelenebilmesi bu aşamada mümkün değildir.*”

Doğru, Osman, **Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi, 2018. <https://www.anayasa.gov.tr/media/3555/yasama-hakki.pdf>

⁶⁴³ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf Erişim T.: 11.1.2022.

olduğu göz ardı edilmemelidir. Mahkemenin görevi, ikinci durumu incelemekten ibarettir. Sözleşme açısından sorumluluk, Sözleşme'nin konusu ve amacı ışığında gereken ve uygun bir kural ya da uluslararası hukuka ilişkin bir ilkeyi dikkate alarak yorumlanması gereken, Sözleşme'nin hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Organları, memurları ya da çalışanlarının fiilleri nedeniyle bir devletin sorumluluğu, ulusal yargı organlarının takdir yetkisine sahip olduğu bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin iç hukuk meseleleriyle karıştırılmamalıdır. Ceza hukuku anlamında suçluluk veya masumiyet hakkında karar vermek Mahkemenin yetki çerçevesine dâhil değildir.”⁶⁴⁴

Bu durumda ikincilik ilkesinin bir sonucu olarak özellikle devletin güvenlik politikaları doğrultusunda gerçekleştirdiği operasyonlar ve bu operasyonların bir parçası olan kötü muamele ve öldürme durumlarında, iç hukukta AIHM incelemesine esas olabilecek bir yargılama yapılması, delil toplanması, hakikatin ortaya çıkarılması iyice imkânsız hale gelir. Bunun en dikkate değer örneklerinden biri 2015-2016 yıllarında Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde ilan edilen sokağa çıkma yasakları sırasında yaşanan hak ihlalleri ile ilgili yapılan başvurulardır. Yüzlerce insanın ölümüne, yaralanmasına, işkence ve kötü muamele ile karşılaşmasına neden olan, ağır silahların kullanıldığı operasyonlarda yaşam hakkının korunması için yapılan tedbir başvuruçularının Anayasa Mahkemesi'nce reddi üzerine AIHM'e başvurulmuş, AIHM, Türkiye'den yaşam hakkının korunması için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığını sormuş, ancak 13 Ocak 2016 tarihli basın açıklamasıyla, durumun ağırlığının farkında olduğunu, ancak hükümetin gerekli tedbirleri alacağına inanıldığı ifade edilerek genel tedbir talepleri reddedilmiştir.⁶⁴⁵ Başvuruyu öncelikli olarak esastan inceleme kararı aldıktan 3 yıl sonra

⁶⁴⁴ Giuliani ve Gaggio/İtalya [BD], No. 23458/02 ve Tanlı/Türkiye, No. 26129/95. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf. Erişim T:5.2.2022.

⁶⁴⁵ Yaklaşık kırk civarında, birçoğu ağır yaralı olarak Cizre'de bir bodrum katında bekleyen başvuruçulardan beş kişi için tedbir kararı verilmiş, ancak verilen kararların hiç birisi Türkiye tarafından uygulanmamış ve bir başvuru hariç, dört başvuru yaşamını kaybetmiştir .ECHR 016 (2016)

AIHM, ikincillik ilkesi gereği başvuruların öncelikle iç hukukta çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle tüm başvuruları reddetmiştir.⁶⁴⁶

Devletin merkezi karar organları tarafından en üst düzeyde alınan kararlarla, ordu ve polisle yürütülen bu tür operasyonlarda, devletin sorumluluğunun ortaya çıkarılmasının iç hukukta toplanan deliller ve yargılamalara bağlı olması, hakikatin ortaya çıkarılmasının ve hakların korunmasının maddi koşullarını en başından sakatlar. AIHS sisteminde kaçınılmaz olan ikincillik ilkesi, sıkı usul kuralları ile birleştiğinde mağdurlara etkili bir koruma sağlama hedefinden uzaklaşılır. Formalizm ve ikincillik Avrupa düzeyinde hedeflenen insan haklarını koruma iddiasının sınırlılıklarını ve esas olanın halen ulusal devlet olduğunu göstermektedir.

5.3.3.5.2. AIHS sisteminde Devlet İhlalci mi Koruyucu mu? AIHS Failin Belirsizliği Problemini Çözer mi?

Yukarıda somut örnekleriyle AIHS sisteminin esas olarak liberal insan hakları söylemi ile bir sürekliliğe işaret ettiğini, soyut ve yoruma açık nedenlerle sınırlamaya olanak vererek istisna alanlarına yer verdiği belirtildi. Şimdi bu bilgilerden yola çıkarak AIHS sisteminin, bireysel başvuru olanağı ve doğrudan etki nedeniyle insan hakları ve temel özgürlükleri, artık yalnızca devletle birey arasında bir iç ilişki, bir iç hukuk meselesi olmaktan çıkarıp çıkarmadığı sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Bu soruya verilecek cevap, tezin temel sorusu olan ihlal eden ve koruyan özne olarak devletin insan hakları paradoksu ve failin belirsizliği sorunu bakımından kritik önemdedir.

13.1.2016 press release, Requests for lifting of curfew measures in south-eastern Turkey. <https://anayasagundemi.com/2016/12/19/ihamin-sokaga-cikma-yasaklariyla-ilgili-34-basvuruda-verdigi-kararlarin-ozet-cevirisi/>

⁶⁴⁶ Kaygusuz Ö., Aydın, O. "Chapter 2. Deconstitutionalization and The State Crisis in Turkey: The role of the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights," **Turkey's New State in the Making Transformations in Legality, Economy and Coercion** içinde, Editör: Pınar Bedirhanoglu, Çağlar Dölek, Funda Hülügü and Özlem Kaygusuz, Zed, 2020.

AİHS sisteminde en temel yeniliklerden birisi, devletler yanı sıra, ilk kez bireylere doğrudan başvurabilecekleri bir ulus üstü koruma mekanizması yaratılmasıdır. İnsan haklarının korunması açısından birey - devlet ilişkisi dışında bir taraf olarak Sözleşme organları ortaya çıkmıştır; daha da önemlisi, devletler, bireyin karşısında, insan hakları ihlalinin faili olarak yer almıştır. Bu olgu, bu çalışma bağlamında sorulan iki önemli sorunun, devletin ihlalcı fail sıfatına haiz kılınmasıyla birlikte liberal kurama yöneltilen failin belirsizliği eleştirisinin geçerliliğini yitirip yitirmediği ve de devletin kendi hukukuyla bağlılığı probleminin aşıp aşılmayacağı sorularının Sözleşme bağlamında yeniden değerlendirilmesini gerektirir. Böylelikle, uluslararası yaptırımla güvencelenen maddi içerikli hukukun üstünlüğü ilkesinin en iyi örneklerinden biri olarak AİHS sisteminin, yukarıda kısaca özetlenen insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını nasıl düzenlediğine, aradan geçen neredeyse yetmiş yıllık süreçte öngörülen yeni mekanizmaların nasıl işlediğine bakarak faili görünür kılıp kılmadığı, ihlal eden ve koruyan olarak devletin insan hakları açmazında bir değişiklik yaratıp yaratmadığı görülmüş olacaktır.

İlk olarak ihlalcı kimliği açısından bakalım. Yüksek Sözleşmeci Taraf olarak devletin aleyhine başvuru olanağının getirilmesi, devleti fail yapar mı; bunun da ötesinde, ihlalcı faili görünür kılar mı? Bu soruya, insan hakları ihlalleri iddiasına karşılık sorumluluk sandalyesine devlet görevlilerinin / bireylerin değil, sadece devletin oturtulmasına bakarak hemen olumlu bir cevap verilemez. Devletin davalı olması, hukuk devleti ilkesine dair bölümde de gösterildiği gibi uzunca bir süredir, neredeyse tüm hukuk sistemlerinde kabul gören bir olguya dönüşmüştür. Ancak yine devletin tüzel kişiliği bölümünde açıklandığı üzere, devletin davalı olması, insan haklarının failinin belirlenmesi anlamına gelmez. Zira davalı devlet, bir tüzel kişilik olarak soyut bir varlıktır. İç hukuk düzeninde daha çok hazine ve kamu tüzel kişiliği ile özdeş olan davalı

devlet, uluslararası ilişkilerde daha politik bir görünüm kazanmakla birlikte, özünde soyut tüzel kişilik formu korunur.

Örneğin, Birleşik Krallık'ın Irak Savaşı nedeniyle işlenen suçlardan dolayı davalı fail olduğunu ileri sürmek mümkün müdür, bir an için böyle varsayılsa bile bu gerçekte ne anlama gelir; gerçek bir iradesi olmayan soyut bir varlık nasıl fail olabilecektir? En doğru cevap, hem sorunu hem soruna uygulanan ulusal hukuku hem de AİHS sistemini gösteren AİHM'e yapılmış somut başvuru dosyalarında bulunabilir. Verilen bir tek örnek üzerinden, üstelik AİHM'in verdiği kararlar arasında insan hakları savunucuları tarafından çoğunlukla olumlu bulunan Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık örneğinden⁶⁴⁷, hukukun üstünlüğünü şiar edinmiş bir devlet açısından, hem ulusal hem uluslararası düzeyinde, özellikle AİHS sistemi açısından failin kimliğini tespitinin olanaklı olup olmadığını, ihlal eden ve koruyan özneliliğinin değişip değişmediğini ve devletin fail olması durumunda bunun ne anlama geldiğini değerlendirelim.

Kasım 2002'de, Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü gereğince, Güvenlik Konseyi, 1441 sayılı kararı çerçevesinde Irak'ın silahsızlandırma yükümlülüğünü ve BM'nin silahlandırma denetçileri ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'yla olan ve önceki kararlarda belirlenen iş birliği yapma yükümlülüklerini ihlal etmekte olduğuna karar vermiş ve devamında 20 Mart 2003'te, Amerika Birleşik Devletleri'nin kumandasında, çok sayıda Britanyalı askerden ve az sayıda Avustralya, Danimarka ve Polonya'dan gelen askerlerden oluşan bir silahlı kuvvetler koalisyonu tarafından yürütülen Irak'ın işgali başlamıştır. 5 Nisan 2003'te, Basra, İngiliz askerler tarafından alınmıştır. İşgal süresince kontrolü elinde tutan Koalisyon Güçlerinden biri olan Birleşik Krallık daimî temsilcisi, BM'ye ülkesi adına sunduğu mektupta, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini, özellikle de Irak halkının temel insani ihtiyaçlarını karşılamaya

⁶⁴⁷ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, AİHM, (BD) Bşv. No: 55721/07.

yönelik olanları, büyük titizlikle yerine getireceklerini, Irak petrolünün korunması ve Irak halkı için kullanılması gereken tedbirleri alacaklarını belirtmiştir.⁶⁴⁸ Bu süreçte Irak'ta İngiliz askerlerince çok sayıda işkence ve kötü muamele suçu işlenmiş, pek çok sivil insan öldürülmüştür.⁶⁴⁹

Bu durumda Kraliçe'ye bağlı Lancashire alay taburunun mensupları tarafından öldürülen, işkence ve insanlık dışı muameleye maruz kalan insanların haklarını ihlal eden fail kimdir? İşgal kararını veren Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi üyeleri mi, Birleşik Krallık devleti mi, dönemin Birleşik Krallık başbakanı ve hükümet üyeleri mi, öldüren, insanlık dışı muamele eden askerler ve onların komutanı mı?

Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında, İngiliz askerlerin açtığı ateş neticesinde öldürülen dört sivil kişinin yakını ve insanlık dışı muamele ve işkence ile öldürülen iki kişinin ki birisi İngiliz askerlerinin kontrol ettiği cezaevinde ağır işkence sonucu ölmüştür; AİHM başvuru dosyasında, yukarıda sorulan soruların cevabı bulunabilir. Öncelikle olayı ilk soruşturan Ordu Kuvuşturma Birimi'nin dört öldürme olayında da askerlerin kurallara uygun biçimde, tehlike algısı altında ateş ettiğine karar vermiştir. Yine de bazı aile yakınları ile görüşen Albay G., ölenlerin ailelerine, Birleşik Krallık ordusu Tazminat Komitesi'nin (Goodwill Payment Committee) fonlarından alınan 2000 ile 2.500 dolar arasında değişen bir bağışta bulunup, ölüm olayının koşullarını anlatan ve ölenlerin kimseye saldırma niyetlerinin olmadığını belirten bir mektup vermiştir.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, AİHM, (BD) Bşv. No: 55721/07. Parag.11.

⁶⁴⁹ Rowe, P., **Legal Accountability Britain's Wars**, 2000-2015, Routledge, 2016.

⁶⁵⁰ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parg. 38.

Suda boğulmaya zorlanarak yaşamını kaybeden kişilerden birinin ailesi⁶⁵¹ Beşinci başvuran, oğlunun ölümü nedeniyle Savunma Bakanlığı'na tazminat davası açmış, dava, uzlaşma amaçlı bir meblağ olan 115 000 sterlin (GBP) ödenmesiyle, daha başlangıç aşamasında bitmiştir. Bunun dışında, 20 Şubat 2009 tarihli bir mektupla, Tümgeneral Cubbit, Beşinci başvurana, Britanya ordusunun oğlunun ölümünde oynadığı role ilişkin olarak, ordu adına resmi özürlerini bildirmiştir.

Altıncı başvuru, Iraklı bir albayın, İngiliz askeri gözaltı merkezinde işkence yapılarak öldürülen oğlunun yakınıdır. Bu olay nedeniyle Birleşik Krallık'ta yapılan yargılama için dinlenen Iraklı tanıklar, askeri üsse geldikten sonra, Iraklı mahkumlara yüzlerini örten başlıklar takıldığı, yorucu şekillerde durmak zorunda bırakıldıkları, susuz ve yemeksiz bırakılıp tekme ve tokatlarla dövüldüklerini ifade etmişlerdir. Bu yöntemler İrlanda/ Birleşik Krallık davasında *Beş Teknik* olarak adlandırılan yöntemlerle aynıdır. Bir tanık tutukluluğu sırasında, başvuruçunun yakınının, başka bir odaya alındığını ve oradan inlemeleri ve sızlanmalarının duyulduğunu söylemiştir.⁶⁵² Bu son olayda, Baha Mousa adlı bir otel çalışanının vücudunda 93 yara, yüz ve kafatası kemikleri kırık olarak ölümüyle ilgili yedi Britanyalı askeri hakkında suçlama yapılmış, askerlerden biri, savaş suçu olan insanlık dışı muamele yaptığını itiraf etmiş fakat insan öldürmeye ilişkin suçunun olmadığını iddia etmiştir. Komutanlar dahil diğer askerlerin de tutuklulara bu biçimde kötü muamelede bulunduğunu ancak, Iraklıların İngiliz askerleri tarafından insanlık dışı muameleye tabi tutulmasını ilişkin eylemleri “yanlış yönlendirilmiş sadakat” (misguided loyalty) nedeniyle örtbas ettiğini söylemiştir.⁶⁵³

⁶⁵¹ Kararda Beşinci başvuran olarak geçmektedir.

⁶⁵² Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parag.65.

⁶⁵³ <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/we-did-it-to-avenge-our-fallen-comrades-1821726.html> Erişim T: 10.02.2022.

Diğer altı askerden dördüne atfedilen suçlamalardan vazgeçilmiş ve son iki asker beraat etmiştir. Suçunu itiraf eden askere insanlık dışı muamele suçu nedeniyle bir yıl hapis cezası verilmiş ve ordudan atılmıştır. Başvurucunun, Savunma Bakanlığı'na karşı açtığı hukuk davası, Temmuz 2008'de, resmi ve açık olarak sorumluluğun alınması ve 575.000 Sterlinlik (GBP) maddi manevi tazminatın ödenmesiyle sona ermiştir.⁶⁵⁴

İç hukukta, AİHS çerçevesinde insan haklarının korunmasını sağlama amacıyla 1998 yılında yürürlüğe giren İnsan Hakları Yasası temel alınmış olmasına karşın, ilk dört başvuranın şikayet ettiği askeri operasyonlardan kaynaklanan ölüm olaylarının, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, Birleşik Krallık'ın yetki alanına girmediği sonucuna varılarak sorumluluktan kaçınılabilecek bir istisna yaratılmıştır.⁶⁵⁵ Altıncı başvuranın oğlunun işkence ile ölümü olayının ise İngiliz askerlerinin kontrol ettiği tutukevinde olması nedeniyle yetki alanına girdiği sonucuna varılmıştır; ancak burada da sadece bir askere bir yıl hapis cezası verilmiş, Birleşik Krallık gibi zengin bir ülkenin devlet kasasından bir miktar para ödenmiş ve AİHM başvurusu akabinde resmi özür dilenmiştir.⁶⁵⁶

İç hukukta istenilen sonucun alınmaması ve faillerin soruşturulup yargılanmaması nedeniyle Birleşik Krallık aleyhine, Sözleşme'nin 2. maddesinin ve altıncı başvuranın durumu için de 3. maddenin hem maddi hem de usulü yükümlülüklerini ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurulmuştur. Hükümet başvuruya verdiği savunmada, kontrol yetkisinin kendilerinde olmadığını, Irak'taki kamu güçlerinin, işgal süresince, başında Amerikalı büyükelçi Paul Bremer'in bulunduğu ve Birleşik Krallık'a bağlı olmayan,

⁶⁵⁴ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parag. 68-70.

⁶⁵⁵ Bu kararın dayanağı AİHM'in Kosova'ya hava saldırıları ile ilgili başvuruda verdiği ve tezin önceki bölümlerinde zikredilen ülkesel uygulanmaya dair Banković ret kararıdır. (Başvuru No: 52207/99).

⁶⁵⁶ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parag. 76.

Koalisyon geçici Yönetimi tarafından icra edildiğini belirtmiştir. Böylelikle failin kimliği daha karmaşık hale gelmiştir.⁶⁵⁷

AIHM, hükümetin savunmasını kabul etmemiş, İlk üç başvuranın yakınlarının ölümüne ilişkin olarak soruşturmaların tamamen askeri hiyerarşinin kontrolü altında olduğu ve ilgili askerlerin ifadelerinin alınmasıyla sınırlı tutulduğu için,⁶⁵⁸ Beşinci başvuranın, hukuk davasında ordunun sorumluluğunun tanınmasının yanı sıra uzlaşma adına ciddi bir meblağ almış olmasına rağmen, hiçbir zaman kardeşinin ölümü hakkında tam ve bağımsız bir soruşturma yapılmadığı için 2. maddeden doğan usulü yükümlülüğün ihlal edildiğine karar vererek başvuruculara 17.000 Euro tazminat ödenmesine karar vermiştir.⁶⁵⁹ Mahkeme, Altıncı başvuranın oğlunun ölümü hakkında açık ve tam bir soruşturmanın tamamlanmak üzere olduğunu belirterek ilgilinin, 2. maddeden doğan herhangi bir usulü yükümlülük ihlalinin mağduru olmadığına karar vermiştir.⁶⁶⁰

Görüldüğü gibi AIHS sisteminde en iyi kararlardan sayılan bu dosyada AIHM, Birleşik Krallık makamlarının askerlere yönelik bağımsız ve etkili bir soruşturma yapmaması nedeniyle 2. Madde çerçevesinde usulü yükümlülüklerin ihlali kararı vermiş, suç işlediği iddia edilen askerlerin doğru soruşturulmaması nedeniyle her bir başvurucuya 17.000 Euro tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bu tazminat Irak Savaşı'na karşı yürüyen bir milyon⁶⁶¹ Birleşik Krallık yurttaşının da vergileriyle dahil olduğu bütçeden ödenmiştir. Ne kendisine bağlı taburun eylemleri nedeniyle Kraliçe, ne de savaş kararını alan Tony Blair veya diğer hükümet üyelerinin sorumluluğu söz konusu edilmiştir. Hatta Birleşik Krallık tarihinde ilk kez bir savaş suçu işlediği için bir yıl hapisle cezalandırılan

⁶⁵⁷ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parag. 113.

⁶⁵⁸ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parag 171.

⁶⁵⁹ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parag 175.

⁶⁶⁰ Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, Parag.176.

⁶⁶¹ <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/2767761.stm>, 1.2.2022.

Donald Payne'in amiri olan ve Payne'nin duruşmalarda, kendisini tutukluların ağzına silah dayamak da dahil birçok insanlıkdışı muamele yaparken gördüğünü söylediği Albay Mendonca dahi suçlu bulunmamıştır. Soruşturma sonucunda, "adamlarının mahkumlara kötü muamele yapmamasını sağlama görevini ihmal" suçundan aklanmıştır. Kraliçe tarafından, Irak'ta yaptığı üstün hizmetler nedeniyle ödüllendirilmiştir.⁶⁶²

Sonuç olarak ihlal kararı çıkan böyle bir dosyada dahi AİHM yargılaması sonucunda dahi, insan hakları ihlali kabul edilen işkence, insanlıkdışı muamele ve öldürme olaylarının failinin kim olduğu tespit edilemez. Aleyhine başvuru yapılan Yüksek Sözleşmecî Devlet, ilk bakışta her ne kadar ihlal eden özne gibi görünse de AİHS sistemine ve AİHM kararlarına bakıldığında ihlal atfının, devletin fail olması olasılığını daha yakın olan İhlalci kimliğinden çok koruyucu kimliği ile bağlantılı olduğu anlaşılır. Diğer hak ve özgürlükler bir yana, yukarıdaki örneklerden de görülebileceği üzere hem mutlak yasak düzeyinde önemli hem de devlet ve/veya devlet görevlilerinin fail olabileceği yaşam hakkı ve işkence yasağında dahi, esas olan devletin koruma yükümlülüğünün ihlalidir. Nihayet, Al-Skeini ve diğerleri/ Birleşik Krallık başvurusunda, Altıncı başvurunun başvurusu, Birleşik Krallık tarafından yapılan yargılama sonucunda suçunu itiraf eden bir askere verilen bir yıllık hapis cezası ve aileye ödenen tazminat nedeniyle, devletin usulü soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmesi nedeniyle reddedilmiştir. Bu bakış, AİHS sisteminde devletin koruyuculuk rolü ile konumlandırıldığını gösterir. Devletin ihlalci kimliği, koruyuculuk sorumluluğunu yerine getirmemesiyle bağlantılıdır. Bu nedenle AİHS sistemi insan hakları ihlallerinin önlenmesi için sorumlu failin görünür kılınması konusunda yeni bir katkı sunmadığı gibi, devletin koruyuculuk iddiasını merkeze alarak paradoksu yeniden üretir.

⁶⁶² <https://www.theguardian.com/world/2007/jun/01/iraq.military>. Erişim T.:1.2.2022.

Tezin başında da söylediğimiz gibi, devlet söz konusu olduğunda suç gerçek bir faili gerektirdiği için suçtan söz edilmez; Birleşik Krallık, insan öldürme, katliam veya işkence suçundan değil, bir tüzel kişilik olarak yaşam hakkının korunmasına yönelik usulü yükümlülüklerini ihlalden sorumlu tutulabilir. Bu tanımlamanın kendisi, siyasal iktidarın eylemini kötü olandan, suç alanından hukuki – normatif alana taşır; devlet ya hukuka riayet eder veya hukuku ihlal eder. Her iki seçenek de hukuksallık üzerinden kurulduğundan, eylemin niteliği gibi bu eylemden sorumluluğun sonuçları da hafifler. Devletin sorumluluğu, devlet maskesini takarak sahnede kendisine verilen rolün gereği elinde tuttuğu silahın tetiğini çeken veya işkence yapan görevliyi cezalandırmak, mağdura hazineden bir miktar para ödemektir. Egemenin kaybedildiği yerde hukuksal sorumluluk mekanizmalarından daha fazlası da beklenemez.

SONUÇ

Modern devletin, insan hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olduğuna dair meşruiyet iddiasının, ABD’de yaşanan 11 Eylül saldırısı sonrası güvenlik nosyonu ile yer değiştirmesi akabinde, özellikle Batı’da yaşanan ağır insan hakları ihlalleri, liberal hukuk devleti iddiasının yeni bir krizini işaret ediyordu. Bir kez daha, siyasal iktidarın insan haklarını ihlal potansiyelini ihtiyaçları doğrultusunda nasıl kötüye kullanabildiğine tanıklık edildi. Oysa İkinci Dünya Savaşı sonrasında aynı acıların bir daha yaşanmaması için, biçimsel hukuk devleti anlayışının otoriter rejimlere karşı insan haklarını korumada yetersiz kaldığı düşünülerek insan haklarına dayalı, adalet ilkesini amaçlayan içeriksel/maddi hukuk devleti ilkesi benimsenmiş, ulusal anayasalara ve uluslararası sözleşmelere hukukun üstünlüğü ilkesi yerleştirilmişti. İnsan haklarının korunması, sadece ulusal devletlere bırakılmamış, evrensel ve bölgesel sözleşmelerle yeni güvence mekanizmaları yaratılmıştı. Ancak çok değil, yarım yüzyıl sonra, insan haklarının koruyucusu hukuk devleti idealinin yaşadığı bu yeni kriz, sorunun, çürük elmalar veya otoriter liderlere havale edilerek açıklanamayacak boyutta derin ve sistematik olduğunu göstererek liberal insan hakları kuramına yönelik eleştirileri canlandırmıştır. Bu çalışma da söz konusu yapısal eleştirilere bir katkı sunmayı hedeflemiştir.

Bu çerçevede, ilk olarak modern devletin meşruiyet gerekçesi olan insan haklarının koruyuculuğu idealinin iddia edildiği gibi gerçekleşmemesinin, liberal hukuk devleti ilkesinden bir sapma olarak değerlendirilemeyeceği, modern devlete içkin liberal insan hakları kuramının yapısal paradokslarından kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Liberal insan hakları teorisinin temel dayanağı olan sözleşme kuramında, birey, ancak soyut bütünün bir üyesi olarak yurttaş sıfatıyla kurumsallaştığında hak sahibi olur, bununla birlikte, bu sözleşme ile uyruğa dönüşür. Hem hak sahibi birey özne hem de yönetimin nesnesi uyruk olarak insanın modern devlette nasıl çatışmalı soyut bir

kategoriye dönüştüğünün ilk ve en somut örnekleri Fransız ve Amerikan İnsan Hakları Bildirgeleri olsa da modern anayasalar da bu geleneği sürdürür. Hak sahibi özneye dair bu çatışmacı paradoksu aşmak amacıyla soyut bir kategoriye dönüşen bireyin, soyut haklarının evrensellik iddiasının, yurttaşlık ve ona eşlik eden milliyetçiliğin gölgesinde, yerellik sınırında, nasıl dışlayıcı ve daima sınırlandırılabilir olduğu literatürden birçok eleştirmenin görüşleri paylaşılarak ortaya konuldu. İnsanın ve haklarının soyutlanması, *homme* ile *citoyen*'i, siyasal iktidar tarafından içeriği her an değiştirilebilir, sürekli yeniden tanımlanabilir nesnel kategoriler haline getirmektedir. Özerk ve irade sahibi özne, hukuki kişiliğe dönüşerek sınırını yasada bulan soyut bir varlığa indirgenerek hak sahibi olmanın koşulları her an değişebilir ve dolayısıyla sınırlandırılabilir hale gelir. Hakların sınırı olan yasanın egemenliğinde, ölümü ve yaşamı kontrol eden şiddet tekeline sahip siyasal iktidar olarak modern devlette insan hakları ihlallerinin ulaşabildiği korkunç boyuta bakıldığında Hegel'in, sivil toplum-devlet ayırımına dayalı kapitalist toplumda özdeşlik aracılığıyla çözümlemeye çalıştığı birey-uyruk paradoksunun çözülemediği anlaşılır.

Bu iddiaya karşılık ileri sürülebilecek modern devletin diğer siyasal iktidarlardan farklı olarak insan hakları ihlallerinden sorumluluğu kabul ettiği argümanı ilk bakışta haklı bir savunuyu gibi görünse de söz konusu sorumluluğun gerçeklikte nasıl işlediğine bakıldığında bu savunuyu zayıflatan pek çok sorun ve paradoksla karşı karşıya olduğumuz görülür. Devletin insan haklarını koruma iddiası ile meşrulaştırılan şiddet tekelinin, aynı zamanda insan hakları ihlallerinin kaynağı olması karşısında, özellikle teknik gelişmelerle birlikte devlet şiddetinin ulaştığı rakipsiz ve mutlak güç dikkate alındığında, söz konusu koruma işlevi ile ihlal potansiyeli arasındaki çatışmanın daha fazla tartışılması gerektiği açıktır.

Devletin insan haklarını koruma iddiasının sorgulandığı bir arka planda, tezin odak noktasını, insan hakları ihlallerinin sorumlusu kabul edilen devletin, nasıl olup da aynı zamanda insan haklarının koruyucusu sayılabildiği sorusu oluşturmuştur. İhlal eden ve koruyan olarak bu iki çatışmalı özneliliğin modern devletin insan haklarına dair temel paradoksu olduğuna dair iddiamız, modern devlette çok fazla sorgulanmayan özne meselesinin önemini açığa çıkarır. *Kral hata yapmaz* özdeyişi ile özetlenebilecek kişisel yönetimlerin olduğu önceki siyasal iktidarlardan farklı olarak kişilerin değil, hukukun egemen olduğu iddiasına dayanan, kendisini insan haklarının koruyucusu olarak ilan eden ve insan hakları ihlallerinden sorumluluğu temel bir ilke olarak kabul eden modern devletin, sorumluluğunun pratikteki karşılığının ne olduğunun anlaşılması için, hukukun egemenliğinde, egemenliği kullanarak insan haklarını ihlal eden failin nasıl bir özne olduğu sorusunun cevaplanması gerekir. Öznenin belirlenmesi, insan hakları ihlallerinin önlenmesi için her şeyden önce ihlalcinin kimliğinin tespiti zorunluluğunu da karşılar.

Modern devlette siyasal iktidar, önceki dönemlerden farklı olarak artık sorumsuz değil, sorumludur; ancak artık siyasal iktidarın sahibi olarak görülen kral, imparator vb. bir gerçek kişi egemen yoktur; devletin görevlileri ile devlet tüzel kişiliği denilen yapay bir varlık vardır. Soyut bir varlık olarak devletin insan hakları ihlallerinden sorumluluğu kabul edilmektedir; ancak her şeyden önce, sorumlu tutulabilme irade gerektirir, kişilerin değil, hukukun yönetimine dayalı gayrişahsi bir iktidar modelinde soyut bir varlığın iradesinden nasıl söz edilebilecektir? “*Hükümet teorilerimizdeki en şaşırtıcı ikilemlerden birinin*”⁶⁶³, bu biçimde yaygın kabulünün gerisinde, Ortaçağ’ın sonlarına dek götürülebilecek uzun bir teorik çaba vardır. Bunun en çarpıcı örneği olan *Kral’ın İki Bedeni* teorisi, soyut ve sürekli egemenlik kavramına geçiş aşamasını karşılaması yanı sıra, üstün olan siyasi bedenin karşısında, geçici ve sıradan doğal bedenin halesini

⁶⁶³Skinner, 1999, s.2.

kaybetmesi, dolayısıyla gerektiğinde sorumlu tutulabilmesini meşrulaştırmıştır. Kantorowicz'in gösterdiği gibi gücü kullanan gerçek kişiler, gerektiğinde iktidardan uzaklaştırılabilecek hatta cezalandırılabilirdi ama soyut bedende temsil edilen güce daima itaat edilecekti. Hala organik olarak birbirlerine bağlı olan iki beden teorisinde, sürekliliği sağlayacak olan, ölümlü bedenden ayrı düşünülen ve hiç ölmeyecek olan siyasi bedendir. Kilise'den esinle soyut bir beden olarak birliğin (universitas) varlığı siyasi alana aktarıldıktan sonra, bu soyut siyasi bedene, onu özerkleştirecek, bu yolla irade sahibi bir varlık gibi düşünülmesini sağlayacak yeni bir ruh vermek gerekiyordu. Bunu yapacak olan Devlet'in büyük teorisyeninden başkası değildi. Herhangi bir şey yapma kapasitesi olmayan ve açıkça bir soyutlama olan devletin, nasıl olup da kanunları yapan, suçluları cezalandıran, savaşı ve barışı ilan eden, 'insanların güvenliğini ve diğer yaşam içeriklerini korumak için gerekli tüm diğer eylemleri gerçekleştiren ve ihlal eylemlerinden sorumlu olan iradi bir kişi' olabildiği sorularına karşılık Hobbes'un altın formülü kişileştirmedir.

Hobbes, egemeni, kendisini oluşturanlardan ve yönetici egemenden başka, kendi kişiliği olan bir soyut kişi olarak *Leviathan* formunda resmederek soyutlanan egemenliğe kişileştirme (*personafied*) ile yeni bir kimlik kazandırmıştır; *commonwealth*, *state* veya *republic*, adı ne olursa olsun bir kurgu kişilik olarak devlet vardır. Çünkü devlet, karar alan, akdeden, temsil eden ve sonrasında sorumluluk yüklenebilen bir şey olmalıdır. Bunun için de kişileştirme kaçınılmazdır. Walzer'in dediği gibi “Devlet görünmezdir, devletin görünmesi için kişileştirilmesi gerekir.”⁶⁶⁴ Modern devletin yeni bir paradoksuyla karşı karşıyayız: Kişilerin değil, hukukun iktidarında, gayrişahsilemiş iktidar, paradoksal biçimde kişileştirme yoluyla hak ve yükümlülükler sahibi kılınmıştır.

⁶⁶⁴Walzer, s. 194.

Daha önce de söylediğimiz gibi Ortaçağ'da siyasal iktidar siyasal beden metaforu ile temsil edilirken modern dönemde siyasal iktidarı karakterize eden şey devletin kişiliği metaforudur. Hobbes, devleti önce kendisini oluşturan ve ulus kavramına kaynaklık eden gövdedeki çokluktan ve doğal bedeni olan hükümdardan soyutlayarak gayri şahsileştirmiş, somut kişilerin dışına çıkarmış sonra ona kurgu yoluyla yapay bir kişilik kazandırmıştır. Hobbes'un, "*çok sayıda insanın onlardan her birinin rızasıyla, tek bir insan tarafından temsil edildiğinde*" tek bir kişilik haline geldiği ve doğru temsille her şeyin şahsileştirilebileceği/kışileştirilebileceği düşüncesinin çığır açıcı olduğunu söyleyen Kantorowicz haklıdır. Kışileştirme ile birlikte temsil kavramı da sonraki yüzyıllar boyunca kapitalist modern devletin siyasal ve hukuksal biçiminin temel anahtar kavramlarından biri olmuştur.

Hobbes'un kavrayışı, devleti çokluktan farklı, fakat çokluğun birlik zemini yaparken, onu daimileştirmiş ve gücü kullananlardan mutlak biçimde soyutlayarak ayırmayı başarmıştır. Bu kurgu sayesinde modern devlette kişilerin değil, hukukun yönetiminden söz edilir; bu kurgu sayesinde modern devletin, ihlalcisi olduğu insan haklarının koruyucusu olduğu iddiası sorgulanmaz ve devletin sorumluluğunun kabulü hukuk devleti ile taçlandırılarak alkışlanır. Hobbes, modern dönemde siyasal iktidarın temel özelliğini ve özgünlüğünü ilk ve en iyi anlatan kurgucudur; Devlet kışileşmiş, kişiler kurumsallaşmıştır.

Siyasal iktidarın devlet formunda hükümdarın bedeninden soyutlanarak ayrılmasının temelinde ekonomik ve siyasal olanın ayrılığına dayalı kapitalist toplum düzeni vardır. Modern kapitalist devlette ekonomik ve siyasal iktidarın biçimsel ayrılığına dair matrix sayesinde⁶⁶⁵ siyasal iktidarın, devlet formunda bir hukuki ve siyasi mekanizma olarak soyut görünüşü, iktidarın kullanıcılarını araçsallaştırarak egemeni

⁶⁶⁵ Engels, Ailenin Devletin Özel Mülkiyetin Kökeni, Sol Yay, Ank., 1992, s. 178 vd.

görünmez kılar. Bu ayrılığın bir sonucu olarak gayri şahsileşen siyasal iktidar kişilerden soyutlanır.

Siyasi iktidarın onu kullananlardan ayrılarak soyutlanmasının insan hakları ihlalleri bakımından en önemli sonuçlarından birisi, egemen öznenin kim olduğuna dair yaratılan muamma ile birlikte failin kaybıdır. Egemen siyasal güç, devletin hukuki kişiliğini temsil eden tüzel kişilik aracılığıyla kendi iradesi dışında bir devlet olgusunun düşünülmesini sağlamıştır. Böyle bir yapıda, tüzel kişilik olarak devletin iradesinin yasalar ve idari kararlar biçiminde ortaya konulduğu düşünülür; böylece hakkı ihlal edilen mağdur, karşısında, soyut bir kamu tüzel kişisi olarak devleti ve/veya somut olarak siyasal iktidarın kullanıcısı konumunda olan ancak egemen kabul edilmeyen, yasayla verilen görevleri yerine getiren devlet görevlilerini bulur.

Kapitalist pazarın gereksindiği siyasal iktidarın merkezileşmesinin ve şiddet tekelinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan siyasal kararların icra organı olarak idari ve askeri bürokratik aygıt içerisinde yer alan devlet görevlilerinin yönetenlerle karıştırılmaması gereken soyut devletin hizmetinde olduğu kabul edilir. Bu tasarımda bürokrasi, siyasal yansızlık ve profesyonelleşme ile tanımlanır; belirli makamlarla özdeşleşen bürokrasi de gayrişahsidir. Böylelikle görevlerle devlet görevlisi de ayrılarak görünmezlik yaygınlaşır. Bu görüşte, siyasal iktidarı kullananlar, sadece düzenin muhafızları, emanetçileridir; kişisel olarak hareket etmezler, geçici bulundukları makamın gereklerine göre, önceden belirlenmiş ve sınırları çizilmiş görevleri yerine getirirler.

Kişisel olarak hareket etmeyen bu emanetçilerin eylemlerinin, kendi eylemleri mi kabul edileceği, yoksa soyut devlet kişisine mi atfedileceğine dair tartışmaya farklı kuramlar farklı cevaplar verse de sonuç olarak kaçınılmaz biçimde egemenliğin kapısında buluruz kendimizi. Devletin ulustan ayrı bir şey olmadığı, devletin öznesi olduğu iktidar

ve hakların aslında doğrudan ulusun hakları ve iktidarı olduğu görüşüne dayalı Temsil Kuramı'nda, devlet gücünü kullananların ulusun temsilcisi sıfatıyla bu gücü kullandıkları varsayılır. Burada, ihlal fiili, Ulus'un verdiği yetkinin dışına çıkmış bir devlet görevlisinin kişisel eylemi sayılır. Dolayısıyla ihlalcı özne, görev sınırını aşan devlet görevlisi olur. Hukuki Devlet Kuramı'nda devlet ulustan ayrı bir varlık olarak kurgulanabildiğinden, bir iş için uzmanlaşmış devlet görevlisince yerine getirilen eylem, belli bir usule göre görevlendirilmiş devlet organı olarak yetkili kılınmadığı bir eylem ise, organa, yani devlete atfedilemeyecektir. İşkence, sorgulama görevini kötüye kullanan ya da bu yetkisini aşan görevlinin şahsi eylemi, öldürme, silah kullanma yetkisini yanlış kullanan görevlinin hatası sayılmaktadır. Buna göre, yetki alanı dışına çıkılarak gerçekleştirilen ihlaller veya belli bir usule göre görevlendirilmemiş kişilerin devlet adına yaptıkları eylemler hiçbir biçimde doğrudan devlete atfedilemeyecektir. Devlet, en iyi ihtimalde bu görevlilerin suç/ihlal sayılan eylemlerini gereği gibi organize edip usulüne uygun soruşturmadığı için dolaylı olarak sorumlu tutulur.

İhlalcinin ve dolayısıyla sorumluluğun kayarak kaybolduğu bu zeminde, ulusun güvenliği üzerine kurgulanmış ideoloji, resmi eğitim sürecinin de katkısıyla görevlilerce kişisel değerler ve inançlar şeklinde içselleştirilerek sisteme zarar veren herkesi/her şeyi rahatlıkla yok edebilecek bireysel eylemlerin yol göstericisi olur. Otoriteye dayalı yasal şiddet yetkisi, sorumluluğu etkisizleştiren hiyerarşik ve yabancılaştırıcı iş bölümü, önceki ahlaki fikirleri geçersiz kılan bürokratik ahlâk ve itaatin resmen emredildiği yerde, aslolanın, ne yapıldığı değil, kimin için yapıldığı olduğundan, devlet adına kolaylıkla yapılabilen kötülük gerçekten de sıradanlaşır.

Sorumluluğun bu biçimde kayması, sadece devletin sorumluluğu açısından değil, devlet görevlisinin sorumluluğu açısından da aynı biçimde işler. İşkence ve kötü muamele suçlarına karışan görevliler ile yapılan görüşmeler ve toplumsal deneylerle

ulaşılan sonuçların da gösterdiği gibi, *eylemi yapan kişi olarak devlet görevlisinin bir temsilci durumuna dönüşerek kendisini bir başka kişinin isteklerini yerine getiren biri olarak görmesi tam bir sorumluluk kayması olarak nitelendirilir* ki⁶⁶⁶; bu durumda ihlal kolaylaşır, sorumlu ise tam olarak tespit edilemez.

Biz ihlalci ve sorumlu faili bulmak için her ne kadar ‘egemenlik nasıl işler’ sorusundan kaçınıp ‘egemen kimdir’ sorusuna yönelsek de bu kurguda kaçınılmaz biçimde hukuksal kurumsal egemenlik modelinin yapısal paradoksları ile karşılaşırız; ihlalciyi görünür kılmayı sağlayacak özne tartışmasında, egemenin kim olduğu sorusunun cevapsız kalmasının nedeni, egemenliğin kişisel olmamasıdır. Kurumlara yapay tüzel kişilik kazandıran yasal egemenlik, modern dönemde siyasal iktidarın hem ihlal eden hem de koruyan olarak insan hakları açmazını görünüşte de olsa çözerek ihlalciye itaat paradoksunu aşmaya, koruyan ve ihlal eden çatışmasını görünmez kılmaya çalışacaktır. Ancak bu kurgunun siyasal iktidarın gerçekliğine ne kadar uyduğu tartışmalıdır. Schmitt’ten esinle bu yaklaşımın siyasal iktidarın sahibinin kim olduğuna dair sorunu inkâr ederek çözdüğünü söyleyebiliriz.

Modern devletin siyasal iktidarın sahipliğine dair yarattığı karmaşada, ihlallerden kimin, neye dayalı olarak sorumlu olduğu, meselesi, bir başka deyişle, faile dair bu sorun, hukuki devlet anlayışının meseleyi tüzel kişilik olgusu yardımıyla isnadiyet sorununa indirgemesiyle çözülür. Kişileştirme, temsil ve isnadiyet kavramları etrafında kurumsallaşan tüzel kişilik olarak devlet kurgusunda soruların biçimi değişir; devlet görevlisinin her eylemi devletin eylemi sayılır mı, devletin resmi görevlileri dışında, dolaylı olarak devlet için veya devlet yararına faaliyet yürüten kişilerin eylemlerinden de devlet sorumlu mudur, eylemde bulunan özne olarak devletten söz edilirken bazı insanların eylemlerinin devlete atfedilmesini ve devlet eylemleri olarak nitelendirilmesini

⁶⁶⁶Bauman, s.207.

sağlayan ölçüt nedir gibi sorularla, insan hakları ihlallerinden sorumluluk hukuksal normun sınırlarına çekilir.

Kişilerin değil, hukukun yönetiminde, devletin hukuki yönü, onun temel görünüşü kabul edilerek devletin, emir veren bir irade veya iradesi sınırlanan, hak ve yükümlülüklerle sahip olan bir özne olarak nitelendirilmesini olanaklı kılan tüzel kişilik kurgusuyla;

- Devletin, onu temsil eden bireylerden ayrı düşünülmesini sağlar.
- İktidarı kullananların kişisel etkinlikleri ile devlet etkinlikleri arasında ayırım yapılmasına olanak verir.
- Devletin ayrı bir kişiliğinin var olduğu varsayımı, onun bir hak ve yükümlülükler öznesi olduğunun kabulü anlamına gelir.
- Kişileştirme, ayrı bir iradesi olan devletin eylemlerinin tüm birliğin eylemi gibi görünmesini sağlayarak sorumluluğu belirsizleştirir.
- En önemlisi, tüzel kişilik kavramı sayesinde sadece devlet etkinliği ile kişisel etkinlik arasında değil, devlet malları ile kişisel mallar arasında da ayırım yapılması mümkün olur. Böylece devlet kontrolünde, devlete ait bağımsız bir bütçe olgusu ortaya çıkar ki ekonomik ve siyasal açıdan son derece önemli olan bu gelişme ile birlikte, devletin davalı sıfatını kazanması söz konusu olur. Bu sayede, hakkı ihlal edilene, maliye hazinesinden karşılanacak bir tazminat ödenmesi sağlanarak devletin insan haklarının koruyucusu rolü mümkün kılınır.

Devletin tüzel kişiliği sayesinde, devletin davalı olması birlikte, üstün iktidar ve iradeye sahip bir varlığın, sorumlu tutulabilmesinin önemli bir gelişme olduğunu ancak etik ve psikolojik bir irade sahibi olmayan soyut bir varlık üzerinden kurgulanan böylesi bir sorumluluğun, çoğunlukla kamusal bütçeden bir tazminat ödenmesi olduğunu söylemiştik. Hukuka bağlı idare ilkesi ile birlikte idarenin her türlü eylem ve işleminin

dava edilebilirliği söz konusu olsa da bu davalarda da temel yaptırımın, işlemin iptali, geri alınması, yok sayılması gibi idari teşkilatın işleyişine yönelik ve daha çok medeni haklar alanıyla ilgili olduğunu belirtmek gerekir. Yaşam hakkının, işkence yasağının ya da özgürlüktün yoksun bırakmanın dava yoluyla giderimi, iptali, geri alınması vb. olamayacağından, hakkı ihlal edilenin karşısına çıkacak olan, iyi ihtimalle ya görev kurallarına uymadığı söylenen iki polis veya askerin düşük cezalarla cezalandırılması ya da halkın emeğinin bir bölümünden oluşan ve kamu hizmetleri için harcanması gereken devletin hazinesidir.

Nihayetinde 1789'da kralın kafası kesildikten sonra başsız bir canavar formunda hayalet dönüşen ve *hiç kimsenin yerini zapt edemediği* siyasal iktidarın sorumluluğunun kabulü, Kantorowicz'in deyişiyle “*kralın istenç olarak hukuka uygun yaşaması, lex Digna ile legibus solutus arasındaki karşıtlığı*” çözümleyemez.

Devletin meşruiyet kaynağı sözleşmeden uzaklaşarak hukuka kaydıkça devletin insan haklarına dair ihlalcı ve koruyucu paradoksu gücün ve gücün meşruiyetinin kaynağı olan hukukun, aynı zamanda gücün sınırını oluşturması ile hukuki boyuta taşınır. Bu biçimde kurgulanmış hukuksal-kurumsal siyasal iktidar modeli olan modern devlette egemenin sınırlandırılması, esas olarak kendi kendini sınırlama biçiminde olur. Hukuku kuran şiddetten kaçınmak için hukuka sığınmak, modern hukuk düzeninin insanı karşı karşıya bıraktığı paradokslardan biridir. Zira hiçbir kendi kendini sınırlama (*autolimitation*) girişimi ister devlet ister hukuk veya kral olsun gerçekçi değildir. Aksini düşünmek Mesih'in kendi iradesi ile, tabi olmadığı halde hukuka uygun davranması gibi, ya da kralların kendi iradeleriyle Tanrı'nın emrine uyacakları gibi mistik bir inanıştan çok da farklı değildir.⁶⁶⁷ Nihayet iktidarı sınırlandırmak konusunda biçimsel hukuk devleti

⁶⁶⁷ Hristiyan öğretilerinde Mesih hukukun altında olmadığı, bağışık olduğu halde Tanrı'nın yasasına isteyerek boyun eğmiş ve kurtuluşa ulaşmıştır. <https://timothykeller.com/blog/2009/1/1/the-grace-of-the-law> 20.10.2021.

anlayışının yetersizliği ve pozitivist yasallığın 20. Yüzyılın ilk yarısında ve özellikle Almanya’da çöküşü tarihsel olarak bunu doğrular.

Başından itibaren, ihlal eyleminin öznesine dair belirsizliğe dikkat çekilen bu çalışmada, insan haklarının korunması iddiası açısından, ihlallerin failinin tespiti ile doğrudan bağlantılı olarak bağlayan irade ile bağlanan iradenin kime ait olduğu sorusuna, içeriksel/maddi hukuk devleti ilkesi de yeni bir cevap veremez. İçeriği insan hakları ve adalet ilkesine göre düzenlenmiş bir devlet düzeninin, biçimsel yasa devletine göre insan haklarının korunması bakımından bir ilerleme olduğu inkâr edilemez; ancak bu ilerleme, devletin insan hakları paradoksunun aşılmasını sağlayacak yapısal bir değişikliğe yol açmaz.

Hukukun/yasanın inayetiyle kurulan iktidarın hem meşruiyetini hem sınırını oluşturan hukuk düzeninde, yasallık, siyasal iktidarın gerek duyduğunda bu yasaları yok saymasının önünde engel teşkil etmez. Yasallık *Quiscusto dietipsos custodies*⁶⁶⁸ sorusuna bir cevap veremez. Zira, hukukun egemenliğinde, egemenliğin kullanımı sonucu meydana gelen ihlallerden korunmak için mağdur, yeniden hukukun kapısına yönlendirilmektedir. Hukuk, devletin insan haklarından koruyuculuğunun simgesi, aynı zamanda devletin ihlal eyleminin kökeninde yer alan egemenliğin kaynağı olarak gösterilir. Bu nedenle hukuk, modern devletin ihlal eden ve koruyan özne paradoksunun aşıldığı değil, bizzat üretildiği yerdir.

Egemenin kaybedildiği yerde hukuksal sorumluluk mekanizmalarından daha fazlası da beklenemez. İhlalci ile koruyucu kimliğinin birbiri içerisinde kaybolduğu bu tür bir kurguda özgürlüğün mümkün olamayacağı açıktır.

⁶⁶⁸ Latin ozan Decimus IuniusIuvenalis'in Türkçe’ye "koruyuculardan kim koruyacak" diye çevrilen dizesi.

Siyasal iktidarın sahibi anlamında Kral'ın 'şey' (thing) olmaktan çıkarak somut bir bedende tanımlanmadığı hiçbir toplumsal düzende insan hakları ihlallerinin faili özne tespit edilemez. Somut beden olarak işaret edilen devlet görevlileri, kapitalist modern devletin siyaset sahnesinde, devlet maskesi takmış fail mi kurban mı oldukları belli olmayan bedenlerdir. Failin belirlenmediği yerde gerçek bir sorumluluktan söz edilemez.

Hobbes'a dönersek; “*çokluk nasıl tek bir kişi olur*” sorusuna verilen, halkı oluşturan bireylerin toplamıyla örtüşen organik bütün olarak korporasyon cevabı yerine, içindeki tüm üyelerin aralarındaki ilişkiye rağmen ayrışık kaldığı ve böylece birliğin 'organik' değil, kolektif olduğu toplum esaslı bir cevap benimsendiğinde, maskelere gerek kalmayacaktır.



KAYNAKÇA

- Abélès, M., **Devletin Antropolojisi**, Çev.: Nazlı Ökten, Dipnot Yay., 2012
- Adorno, T., **The Authoritarian Personality**, Verso Books, 2019
- Agamben, Giorgio, **İstisna Hali**, çev. Kemal Atakay, Otonom Yay., 2005
- Agamben, Giorgio, **İstisna Hali**, çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, 2005
- Akal, C. B., **Sivil Toplumun Tanrısı**, Afa Yay., 1990.
- Akal, Cemal Bali, **Devlet Kavramı**, Dost Yay., 2000
- Akal, Cemal Bali, **Modern Düşüncenin Doğuşu (İspanyol Altın Çağı)**, Dost Kitabevi Y., 1997
- Akkutay, B.L. **Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı**, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-113-1398>
- Kelly, Duncan, **The State Of The Political Conceptions Of Politics And The State In The Thought Of Max Weber Carl Schmitt And Franz Neumann**, Oxford University Press, 2003
- Aktaş, S., Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, **YBHD**, 2020/1
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/983688>
- Al Skeini v.UK, par.90. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606>
- Alpkaya, Gökçen, **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Turhan Kitabevi, 2002
- Altıparmak, Kerem “Sınırdışı Operasyonlarda Papatya Falı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Davaya Bakacak Bakmayacak Bakacak...” **Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt 5, No:3
- Altıparmak, Kerem, **Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt 5, No:3
- Arendt, H, **Şiddet Üzerine**, Çev. Bülent Peker, İletişim Yay, 1997

- Arendt, H., **Eichmann in Jerusalem, Report of the Banality of Evil**, New York Viking Pres, 1964.
- Arendt, Hannah, **Eichmann in Jerusalem, Report of the Banality of Evil**, New York Viking Pres, 1964.
- Arendt, Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları-2 Emperyalizm**, Çev. Bahadır Sina Şener, 1998, İletişim Yayınları
- Arıkanoglu, Soner, “**Özel ve Derin Güvenlik**” 4 Şubat 2008, Taraf Gazetesi.
- Aygen, Cemal, **Teşrii Faaliyetinden Dolayı Devletin Hukuki Sorumluluğu**, A.Ü. SBF Yayınları, No:49-31, 1955.
- BALIBAR, E. (1994), *Masses, Classes, Ideas. Studies on Politics and Philosophy Before and After Marx*, London: Routledge. ELSTER, J. (1999), *An Introduction to Karl Marx*, Cambridge: Cambridge University Press. Leopold, D., *The Young Karl Marx. German Philosophy, Modern Politics and Human Flourishing*, Cambridge: Cambridge University Press. 200Lukes, S. 'Can a Marxist Believe in Human Rights?', *Praxis International*, 1 (4) (1982): 334-346.
- Bandura, A., *Moral Disengagement In The Perpetration Of Inhumanities*. **Personality and Social Psychology Review** 3 (3), 1999
<http://www.des.emory.edu/mfp/Bandura1975.pdf>
- Bauman, Z. **Modernite ve Holocaust**, Sarmal Y. 1997
- Benjamin, W., **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Derleyen: Aykut Çelebi, Çev.Ece Göztepe, Metis Yay., 2010
- Bernatzik, Edmund, *Rechtstaat und Kulturstaat*, 1912, Aktaran Hayek, F., “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti”, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal** içinde, Adres Y., 2008
- Bernstein, Henry, Leys, Colin, Panitch, Leo, “Günümüzde Şiddet: Güncel Düşünceler”, **Socialist Register 2009**, Çev.:Umut Haskan, Yordam Y., 2010
- Bianchi, Andrea , “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, **European Journal of Human Rights**, 1999, Vol. 10, No. 2

Bodin, J., **The six Books of a Common Weale**, University of London, 1903, Tranlated by Richard Knobbbs

<https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198745167.01.0001/acprof-9780198745167-chapter-7>

Boullion, Hardy, **John Locke**, Çev. Ali İbrahim Savaş, Liberte Y., 1998

Braud, P., “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, **Devlet Kuramı** içinde, çev.: Gülçin Balamir Coşkun, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Yay., 2000

Bufacchi, V. **Şiddetin İki Kavramı**, https://ayrintidergi.com.tr/siddetin-iki-kavrami/#_ftn19

Bulgan, Birden G., **Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, Oniki Levha Yay., 2017

Burges, J.H, “*The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights*”, **Human Rihgts in a Pluralist World**, Meckler Ltd, London, 1990.

Burke, Edmund **Reflections on the French Revolution**, The Harvard Classics. 1909 <https://www.bartleby.com/24/3/3.html>

Butler J. **Cinsiyet Belası Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, çev. Başak Ertür, Metis, 2012.

Cameron D. and Frazer E. ‘On the question of pornography and sexual violence: moving beyond cause and effect’, in C. Itzin (ed.) **Pornography: Women, Violence and Civil Liberties: a Radical New View**, 2001, Oxford University Press,

Canetti, Elias, **Kitle ve İktidar**, Çev. Gülşat Aygen, Ayrıntı Y., 1998

Canfora, Luciano, **Demokratik Retoriğin Eleştirisi**, Çev.: Durdu Kundakçı 2003, Dost Yayınları

Canning, Joseph, **The Political Thought of Baldus de Ubaldis**, Cambrige University Press, 1987

Casrier, E. **Devlet Efsanesi**, Çev.: Necla Arat, Remzi Kitabevi, 1984.

- Charles Tilly, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, çev. Kudret Emiroğlu, İmge Yay.,2001.
- Chevalier-Watts, Juliet **European Journal of International Law**, Volume 21, Issue 3, August 2010 <https://ezproxy-prd.bodleian.ox.ac.uk:2095/10.1093/ejil/chq045>
- Christoher R. Browning, “Alman Bürokrasisi ve Holocaust”, **Grobman & Landes, Genocide** içinde
- Clarke, Simon, **Devlet Tartışmaları, Marksist Bir Devlet Kuramına Doğru**, Çev.:İbrahim Yıldız, Ütopya Yay., 2004
- Cole, Joshua “Remembering the Battle of Paris: 17 October 1961 in French and Algerian Memory”, **French Politics, Culture & Society**, Vol. 21, No. 3, Fall 2003, Published By: Berghahn Books.
- Comte, Aguste, Hegel’in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi (İki), Çev.: Kenan Somer, Sol Yay., 1997
- Critchley, Simon, “Re- Tracing The Political Politics And Community In The Work Of Philippe Lacoue-Labarthe And Jean Luc Nancy”, “editör: David Campbell, Michael Dillon, **The Political Subject of Violence**. Manchester Uni. Press, 1993.
- Dabanlıoğlu Alanur, Nesrin, **Uluslararası Hukukta Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı ve Cezai Sorumluluğu**, Doktora Tezi, 2019
https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/257521/yokAcikBilim_10249588.pdf?sequence=-1&isAllowed=y
- Dassin, Joan, Wright, Jamie Austin, Catholic Church. **Archdiocese of São Paulo Torture In Brazil : A Shocking Report On The Pervasive Use Of Torture By Brazilian Military Governments, 1964-1979**. The Institute of Latin American Studies, University of Texas. (1998).
- Derrida, **Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik temeli, Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Derleyen: Aykut Çelebi, Çev.Zeynep Direk Metis Yay., 2010
- Doehring, K. **Genel Devlet Kuramı**, Çev.: Ahmet Mumcu, İnkılap Yay.

- Doehring, Karl, **Genel Devlet Kuramı**, Çev.: Ahmet Mumcu, İnkılap Yay, 2002
- Doğru, Osman, **Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi, 2018.
<https://www.anayasa.gov.tr/media/3555/yasama-hakki.pdf>
- Don, E. S. “*National security, Indefinite Detention for Mega Terrorists?*”, **Coercion and the State** içinde , Edited by David A. Reidy and Walter J. Riker, Springer, 2010.
- Donnelly, J, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev.: Mustafa Erdoğan Levent Korkut, Yetkin Yay., 1995.
- Donovan j. **Feminist Teori**, çev: A. Bora, M. Ağduk, F. Sayılan, İletişim, 2010
- Douzinan, C, **İnsan Hakları ve İmparatorluk**, çev. Kasım Akbaş-Rabia Sağlam, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Douzinan, C. **İnsan Haklarının Sonu**, Dipnot Yay, 2015.
- Douzinan, C. İnsancılığın Bin Bir Yüzü. çev.: R. Sağlam ve K. Akbaş Hukuk, **Adalet ve İnsan Hakları Eleştirel Bir Yaklaşım** Nota Bene Yayınları, 2016
- Douzinan, Costas, **İnsan Haklarının Sonu**, Dipnot Yay, 2015
- Drayton, Richard, “An Ethical Blank Cheque: British And US Mythology About The Second World War Ignores Our Own Crimes And Legitimises Anglo-American Warmaking”, **The Guardian**, 10 Mayıs, 2005.
<https://www.theguardian.com/politics/2005/may/10/foreignpolicy.usa>
- Dreyfus, F. **Bürokrasinin İcadı, Fransa, Büyük Britanya ve ABD’de Devlete Hizmet Etmek 18-20. Yüzyıl**. Çev.: Işık Ergüden, İletişim Yay., 2007
- Duez, Paul, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, çev.: İbrahim Senil, Güney Matbaacılık, 1950
- Duguit, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, çev.: Süheyp Derbil, AÜHF Y:68, 1954
- Duncan Kelly, **The State of the Political conceptions of politics and the state in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann**, Oxford University Press, 2003

- Duran, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, **Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, 1974
- Dworkin, Andrea , Men Possessing Women, The Women’s Press, 1981.
- Dwyer, Philip Whitewashing History Pinker’s (Mis)Representation of the Enlightenment and Violence, **Historical Reflections** Volume 44, Issue 1, Spring 2018: 54–65.
- Elias, Norbert, “Şiddet ve Medeniyet Fiziki Şiddet Üzerindeki Devlet Tekeli ve Bunun İhlali” , Sivil Toplum ve Devlet içinde, John Keane, Yedikıta Yay. 2004
- Emmert, Frank; Carney, Chandler "The European Union Charter of Fundamental Rights vs. The Council of Europe Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms - A Comparison". **Fordham International Law Journal**. 40, 2017.
- Engels, F. **Ailenin Devletin Özel Mülkiyetin Kökeni**, Sol Yay, 1992.
- Engels, F. **İngiltere'de Emekçi Sınıfların Durumu**, Çev. Oktay Emre, Ayrıntı Yay., 2013.
- Engels, F., **Ailenin Devletin Özel Mülkiyetin Kökeni**, Sol Yay, 1992
- Ernest Barker, Introduction to Gierke, Natural Law and the Theory of Society, Jerome Hall (ed.), **Readings in Jurisprudence**, 1938.
- Esgün U., *Makro Mikro İktidar*, **Birikim**, sayı:118, 1999.
- Evans, M. and Morgan, R. **Preventing Torture**, Oxford: Clarendon Press. 1998
- Evans, Tony, Marx And Democratic Rights, The Politics of Human Rights: A Global Perspective, 24 December 2005,
- Feyzioğlu, T., **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, AÜSBF Yayını, 1951
- Fleming, Sean, **Leviathan On Trial: Should States Be Held Criminally Responsible?** Cambridge University Press, 2020.
- Forrest D., Torture: Human Rights, Medical Ethics and the Case of Israel, **Journal of Medical Ethics** 22, 1996

Foucault, M. Toplumı Savunmak Gerekir, Yapı Kredi Yayınları

Foucault, M., **Cinselliğin Tarihi**, çev.:Hülya Tufan, Afa Yay. 1993

Foucault, Michel, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev. M.Ali Kılıçbay, İmge K.Y.,1992

Foucault, Michel, **Toplumu Savunmak Gerekir**

Foucault; Michel **Biyopolitikanın Doğuşu Collige De France Dersleri (1978-1979)**,
Çev.: Alican Tayla, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015,

Fredrick, Maitland (1901) "The Crown As Corporation" **Law Quarterly Review. 17**

Friedmann, W., **Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat**, Çev: T. Ansay

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/341/3505.pdf>

Friedmann, W., **Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat**, çev.: Dr. T. Ansal,

<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/dergi/dergiler/38/341/3505.pdf>

Fukuyema, F. Tarihin Sonu ve Son İnsan, Çev.:Zülfü Dicleli, Profil Kitap yay., 2011.

Gemalmaz, S., **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal
Yay. 2005.

Gerstenberger, Heide **Impersonal Power History and Theory of the Bourgeois State**,
Translated by David Fernbach, 2007, Koninklijke Brill NV, Leiden

Giddens, Antony, **Ulus Devlet ve Şiddet**, Çev: Cumhur Atay, Kalkedon Yay., 2008

Gierke, Otto von, **Community In Historical Perspective: A Translation Of
Selections From Das Deutsche Genossenschaftsrech, 7-8** (Antony Black ed.,
Mary Fischer trans., Cambridge Univ. Press 1990)

Gierke, Otto, **Political Theories Of The Middle Age**, Translated with an Introduction
by F:W. Maitland, The Lawbook Exchange Ltd., 2002

Gierke,Otto “Ortaçağ’da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk”, Çev.: Olgun Akbulut,
Emre Zeybekoğlu, **Devlet Kuramı** içinde, Der: Cemal bali Akal, Dost Y., 2000

Gierke,Otto Friedrich von, Political Theories of the Middle Age, 1959, Heinonline,
<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/gierke/MedPolTheo.pdf>

Gilmore, Ruth Wilsonm, “İrk Ayırımı, Hapishaneler ve Savaş: ABD Şiddet Tarihinden sahneler” Günümüzde Şiddet: Güncel Düşünceler”, **Socialist Register 2009**

Gözler Kemal, Kaplan Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayım, 2018

Göztepe, Ece **Anayasa Şikayeti**, AÜHF Döner Sermaye Yayını, 1998

Gray, Christopher, **The Methodology of Maurice Hauriou, Legal, Sociological, Philosophical, Rodopi**, Newyork- Amsterdam, 2010

Gustav Radbruch, “**Beş Dakika Hukuk Felsefesi**” Çev: Hayrettin Ökçesiz, <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA2-Radbruch.pdf>

Günday, Metin, **İdare Hukuku Dersleri**, İmaj Y., 1996

Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, AÜHF Yay. No: 488, 1987

Habermas, J., Meşruiyet Dayanağı Olarak İnsan Hakları, çev.: Tanıl Bora, **Birikim**, sayı 118 - Şubat 1999.

Hague, R., Harrop, M., **Comperative Goverment And Politics**, Macmillan, 2004

Hannum, H., “**Remarks on Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights**”, ASIL Proceedings 95, 2002.

Haritos-Fatouros, The Official Torturer: A Learning Model for Obedience to the Authority of Violence, **Journal of Applied Social Psychology Volume 18, Issue 13**, 1988.

Hayek, State Papers, Domestic, July 7, 1610. Aktaran Hayek Friedrich A.von, “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti”, çev.: Sevdâ Gültekin Göktolga, Ali Rıza Çoban, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal** içinde, Adres Y., 2008

Hegel, **Hukuk Felsefesinin Temelleri**, Çev: Kenan Somer, Sol Yayınlan, 2009

Hessbruegge, J., ECtHR Armani Da Silva v UK: **Unreasonable Police Killings in Putative Self-defence**, 2016 <https://www.ejiltalk.org/ecthr-armani-da-silva-v-uk-unreasonable-police-killings-in-putative-self-defence/>

Hilberg, Raul, **The Destruction of the European Jews**. Volume: 1. Holmes & Meier. New York. 1985. Questia Media America,

Hirsch, Joachim, **Materyalist Devlet Teorisi**, Çev.: Levent Bakaç, Alan Yay., 2011

Hirsch, Joachim, **Materyalist Devlet Teorisi**, Çev.: Levent Bakaç, Alan Yay., 2011

Hirszowicz, Maria A Marxist Approach to Human Rights, **United Nations Educational Scientific Cultural Organization, Round Table Meeting on Human Rights**, Oxford, Nov11-19,1965, UNESCO Archives,

Hobbes,Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev: Semih Lim, Yapı Kredi Y., 1992

Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., **Aydınlanmanın Diyalektiği**, Felsefi Fragmanlar 1, Çev.:Oğuz Özügöl, Kabalcı Yay., 1995

Hunter, Thomas Byron. "Targeted Killing: Self-Defense, Preemption, and the War on Terrorism." **Journal of Strategic Security** 2, no. 2 (2010)

Hurwitz, Leon, **The State of Defendant, Governmental Accountability and The Redress of Individual Grievances**, Aldwych Press, London, 1981, s. 13.

Jacoby, Henry **The Bureaucratization of the World**, University of California Press, 1976

Jennifer K. Elsea Legislative Attorney American Law Division Moshe Schwartz, Analyst in Defense Acquisition Policy Foreign Affairs, Defense, and Trade Division Kennon H. Nakamura Analyst in Foreign Affairs.Private Security Contractors in Iraq:Background, Legal Status, and Other Issues, Updated August 25, 2008, http://en.wikipedia.org/wiki/Blackwater_Worldwide,

Jensen, Steven L.B. **The Making Of International Human Rights: The 1960s, Decolonization And The Reconstruction Of Global Values** Cambridge Uni. Press, 2016.

Kaboğlu, İ.Ö. “Kelsen Modeli ‘Sınırları’nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları” **Anayasa Yargısı** 10, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1993

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Yay., 2000

- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, 3.Baskı, İmge Yayınevi, 2000
- Kant, I, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. Ioanna Kuçuradi, <https://ederslik.files.wordpress.com/2017/11/immanuel-kant-ahlak-metafiziginin-temellendirilmesi.pdf>. Erişim 2.12.2020.
- Kantorowicz, Ernst H. **Kral'ın İki Bedeni: Ortaçağ Siyasal Teolojisi Çalışması**, Çev.: Ümit Hüsrev Yolsa, Bilge Su, 2018.
- Kapani, M. **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yay. 2013
- Karama, Başak, **Roma Hukukunda 'Persona' Kavramı**, <https://jurix.com.tr/article/4594#>
- Karaman B., “*Roma Hukukunda 'Persona' Kavramı*”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:127-128, 2015.
- Kaygusuz Ö., Aydın, O. “Chapter 2. Deconstitutionalization and The State Crisis in Turkey: The role of the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights,” **Turkey's New State in the Making Transformations in Legality, Economy and Coercion** içinde, Editör: Pınar Bedirhanoglu, Çağlar Dölek, Funda Hülagü and Özlem Kaygusuz, Zed, 2020.
- Keane, John “Despotizm ve Demokrasi, Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850”, Çev. Levent Köker **Sivil Toplum ve Devlet – Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar** içinde, Yedi Kıta Yay., 2004
- Keane, John **Sivil Toplum ve Devlet – Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar** içinde, Yedi Kıta Yay., 2004
- Keen, Sam, **Faces of the Enemy : Reflections of the Hostile Imagination**, Published by Harper Collins 1988
- Kelly, Duncan, **The State of The Political Conceptions of Politics and The State in the Thought of Max Weber Carl Schmitt and Franz Neumann**. Oxford University Press, 2003.

Kelman, H. C. “The Social Context of Torture: Policy Process and Authority Structure”,
The Politics of Pain: Torturers and Their Masters. Contributors içinde,
Ronald D. Crelinsten - Alex P. Schmid, Routledge, 1995

Kelman, H.C.The Policy Context Of Torture: A Social Psychoioqical Analysis,
International Review of The Red Cross, Volume 87, Number:857, 2005

Kelmann, , H. C. “**The Social Context of Torture: Policy Process and Authority Structure**”, **The Politics of Pain: Torturers and Their Masters. Contributors**:
Ronald D. Crelinsten - Alex P. Schmid, Westview Press. Place of Publication:
Boulder, CO.,1994.

Kelsen, H. “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, Devlet Kuramı içinde,
çev.: Cemal Bali Akal, Der.:Cemal Bali Akal, Dost Yay., 2000

Kelsen, Hans, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği,” **Devlet Kuramı**
içinde, Der: Cemal Bali Akal, Dost Y., 2000

Kılıçbay, Mehmet Ali, “Devletin yeniden yapılanması”, Devlet, **Doğu Batı**, sayı 1,
Ocak 1997

Klare, Michael T., “**The New Geopolitics of Energy**”, The Nation, 19.5.2008

Kriegel, B. Barret Etat de Droit,’tan aktaran Kaboğlu, İ. **Anayasa Hukuku Dersleri**,
Legal Yay., 2005

Kuçuradi, İ., **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yay.,
2007.

Kuper, Leo, **Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century**; Yale University
Press, 1981

Küçük, Eşref, **Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukukî Durumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2005

Lachs, John, **Responsibility of the Individual in Modern Society**, Brighton:
Harvester, 1981, Aktaran Baumann, 1996

Lee, Daniel, Jean Bodin, Popular Sovereignty, and Constitutional Government, Oxford
Scholarship Online: April 2016

<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198745167.001.0001/acprof-9780198745167>

Lefort, C., “*Politics and Human Rights*”, **The Political Forms of Modern Society** içinde, Cambridge: Polity Press

Aykut Çelebi, “*Haklara Sahip Olma Hakkı ya da Siyasal Haklar: İnsan Hakları Üzerine Bir Deneme*”, *İnsan Hakları: Nasıl Hak, Hangi İnsan?*, **Tesmeralsekdiz 04**, Mattek Yay., 2009.

Lefort, Cl. *The Political Forms of Modern Society. Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism*, Cambridge: MIT Press. 1986,, Althusser, Louis (2002), Marx İçin, (Çev. A. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, , Anderson, Perry (2007),, Batı Marksizmi Üzerine Düşünceler (Çev. Bülent Aksoy), Birikim Yayınları, Pashukanis, Evgeny B. (2002),, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, (Çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, Ranciere, Jacques (2004), “Who is the Subject of the Rights of Man”, *The South Atlantic Quarterly* 103:2/3, Spring/Summer,

Lemke, Thomas, Foucault, **Governmentality, and Critique, Rethinking Marxism**, 14:3, 2002. <https://doi.org/10.1080/089356902101242288>.

Lenin, Vilademir İ., **Devlet ve Devrim**, Çev.: Sol Yay., 1998

Lewis, C. **Complaints Against Police – The Politics of Reform**, Hawkins Press, 1999

Locke, John, **Hükümet Üzerine İkinci İnceleme**, Çev.: Fahri Bakırcı, Babil Yayıncılık 2004

Locke, John. **Hükümet Üzerine İkinci İnceleme**, Çev.: Fahri Bakırcı, Babil yayıncılık, 2004

Lukes, Steven Can a Marxist Believe in Human Rights? **PRAXIS International**, **issue: 4 / 1981**, Online at www.ceeol.com

Lyotard, J-F., **The Differrend**, Manchester Uni. Press, 1968

Macfarlane, L. J. **Violence and The State**, Nelson, London: 1974

MacKinnon C.A. **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, çev. T. Yöney, S. Yücesoy, Metis, 2003

Madsen, M.R. France, the UK and “Boomerang” of the Internationalization of Human Rights (1945–2000), In **Human Rights Brought Home: Socio-Legal**

Perspectives On Human Rights In The National Context, 2004.

<https://www.researchgate.net/publication/299596949> The Challenging Authority of the European Court of Human Rights From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash

Mairet G., Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu, Çev.: Cemal Bali Akal, Devlet Kuramı içinde, Dost Yay. YIL EKSİK

Mairet, Gerard, Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu, Akal içinde.

Mairet, Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu

Mairet, Gerard, “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu” **Devlet Kuramı** içinde, Der: Cemal Bali Akal, Dost Y., 2000

Maitland F.W., **State, Trust and Corporation**, Edited by David Runciman and Magnus Ryan, Cambridge University, 2003

Martha K. Huggins, Mika Haritos-Fatouros, Philip G. Zimbardo, **Violence Workers: Police Torturers and Murderers Reconstruct Brazilian Atrocities**, University of California Press, Berkeley, CA. 2002.

Marx K., Engels F., **Alman İdeolojisi**, Çev.:Sevim Belli, 1992, Sol Yay.

Marx, K, **Yahudi Sorunu**, Sol Yayınları, 1997.

Marx, K., **Louis Bonaparte’ın 18 Brumaire’i**, Sol Yay., 2007

Marx, Karl, Engels, F **Alman İdeolojisi**, Çev.: Tonguç Ok- Olcay Geridönmez, Evrensel Yay., 2013.

Marx, Karl, **Hegel’in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, Çev.: Kenan Somer, Sol yay., 1997.

- Marx, Karl, **Louis Bonaparte’ın 18. Brumaire’i**, Çev.: Sevim Belli, Sol Yay., 2007
- Marx., K., **Hegel’in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, Çev.: Kenan Somer, Sol Yayınlan, 2009
- Maslan, “The Anti Human: Man and Citizen, Before the Declaration of the Rights of Man”, **The South Atlantic Quarterly**, C.103, 2004
- Max Weber on Politics, <https://www.panarchy.org/weber/politics.html>.
- Max Weber, **Sosyoloji Yazıları**, çev.. Taha Parla, İletişim Yay. 1996
- Meierhenrich Jens, **Rechtsstaat versus the Rule of Law**, from Part II – Histories, Edited by Meierhenrich Jens, Martin Loughlin, Published online by Cambridge University Press, 2021
- Meron, Theodor, **The Humanization of International Law, The Hague Academy of International Law**. 2006 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32567.pdf>
- Milgram, S., **Obedience to Authority: An Experimental View**, Tavistock, 1974
- Milgram, Stanley "Behavioral Study of Obedience," **Journal of Abnormal and Social Psychology** 67 içinde, 1963
- Mommsen, Max Weber und die Deutsche Politik’ten aktaran Poggi, G., **Modern Devletin Gelişimi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2005
- Neal Andrew W. **Cutting Off the King’s Head: Foucault’s Society Must Be Defended and the Problem of Sovereignty, Alternatives** 29, 2004
- Negri, A., Hardt, M., **İmparatorluk**, Çev.: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay., 2003
- Neocleous, M, **Güvenlik, Şiddet ve Savaş**, Çev.: Ersin Embel, Gül Çorbacıoğlu, Dipnot Yay., 2012
- Neocleous, M, **Toplumsal Düzenin İnşası**, Boğaziçi Yay., 2005
- Neocleous, M., **Devleti Tahayyül Etmek**, Çev.: Akın Sarı, Notanbene Yay., 2015
- Neocleous, Mark, **Toplumsal Düzenin İnşası: Polis Erkinin Eleştirel Teorisi**, Çev.: Ahmet Bekmen, Boğaziçi Üniversitesi Yay., 2006

- Nino, C. S. **The Ethics of Human Rights**, Oxford University Press, 1991
- Oppenheimer, F. **Devlet**, çev. Alaeddin Şenel, Yavuz Sabuncu, Engin Yayıncılık 1997
- Orwell, George **England, your England**, 1941, Akt. Baumann, Z. 1997
- Ökçesiz H., Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı “Radbruch Formülü”, **TBB Dergisi**, Sayı 56, 2005.
- Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk Devleti”, **Hukuk Devleti** içinde, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA 4, Afa Y., 1998
- Passerin d’Entrèves, “Devlet Kavramı”, Akal, Devlet Kuramı içinde, s.179.
- Paulson, Stanley, Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?, **Oxford Journals of Legal Studies**, 1995, Autumn,
- Paye J. C., **Hukuk Devletin Sonu**, Çev.: Demet Lüküslü, İmge Y., 2009.
- Paye, J. C., **Hukuk Devletin Sonu**, Çev.: G.Demet Lüküslü, İmge Yay., 2009.
- Paye, Jean Claude, **Hukuk Devletin Sonu**, Çev. : G. Demet Lüküslü, İmge Yay., 2009.
- Pecastaing, Camille, The Politics Of Apology: Hollande And Algeria, **World Affairs** Vol. 175, No. 6 (MARCH / APRIL 2013) <https://www.jstor.org/stable/43556163>
- Pedrick, Clare **"CIA Organized Secret Army in Western Europe"**. The Washington Post. ISSN 0190-8286. Retrieved 2021-01-14., 1990-11-14.
- Pierson, C., **Modern Devlet**, çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, 2000
- Pinker, Steven, **The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined**, Penguin Books, 2012
- Pirim, Ceren Zeynep, Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme **MHB**, Cilt: 32
- Pocock, J.G.A. **Burke and the Ancient Constitution—A Problem in the History of Ideas**, 3 HIST. J. 125, 130 1960.
- Poggi, G, **Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2007

- Poulantzas, Nicos, **Devlet, İktidar, Sosyalizm**, Çev.: Turhan Ilgaz, Epos Yay., 2004
- Pulson, S.L. “Classical Legal Positivizm at Nuremberg” in Philosophy and Public Affairs, 1975, Vol 4 (Aktaran: Ayşen Furtun, Jojn **Austin’in Hukuk ve Devlet Teorisi**, Seçkin Y., 1997
- Radbruch, Gustav “**Hukuk Devleti**” **Hukuk Devleti**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayıncılık, 1998
- Rancière, J., “*Who is the Subject of the Rights of Man*” **The South Atlantic Quarterly**, C.103.
- Richard A. Best, Jr. and Andrew Feickert Special Operations Forces (SOF) and CIA Paramilitary Operations: Issues for Congress
<https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs6205/>
- Rosen, Michael-Wolff Jonathan, **Siyasal Düşünce**, Çev. Sevdâ Çalışkan, Hamit Çalışkan, Dost Yay. 2006.
- Rosenau James and Czempiel, Ernst Otto, **Governance without Government**, Cambridge University Press, 1992.
- Rothbard, Murray, **The Ethics of Liberty**, Newyork University Press, 1998
- Rummel, Rudolph J., **Statistics of Democide, Genocide and Mass Murder since 1900**, Transaction Publishers, Rutgers University, 1998
- Runciman, David, **Pluralism And The Personality Of The State**, Cambridge University Press, 1997
- SAİD, E. W., **Entelektüel, Sürgün Marjinal**, Yabancı, çev.:Tuncay Birkan, Ayrıntı Yay., 2018.
- Sancar, M, “**Devlet Aklı**” **Kıskacında Hukuk Devleti**, İletişim Yay. 2000.
- Sancar, M, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, İletişim Yay., 2000
- Sancar, M. “*Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü veya İnsan Hakları İle Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki*” **Elli Yıllık Deneyimler Işığında Türkiye’de ve Dünyada İnsan Hakları**, 1999.

- Sancar, M. **Hukuk Devletin Genel Teorisi**, Doçentlik tezi tıpkı basım, 2006
- Sarıca, R., “Hizmet Kusuru ve Karakterleri,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XV, S. 4, 1949
- Savigny 1840, s. 60., Aktaran, Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl., C.H.Beck Vlg., München 2003
- Schmitt, C., **Parlamenter Demokrasinin Krizi**, Çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Yay., 2006
- Schmitt, Carl **Siyasi İlahiyat**, Dost Yay., 2015
- Schmitt, Carl, “**Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet**” Cemal Bali Akal, Devlet Kuramı içinde s. Dost Yay.
- Schmitt, Carl, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev.: Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yay., 2016.
- Schmitt, Carl, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, Metis Yay., 2006
- Scott, J. W, **Only Paradoxes to Offer, French Feminists and The Rights of Man**, Harvard Uni. Press, 1996
- Sever, Ömer “**Hâkim Ve Savcıların Atanmaları Ve Yükselmeleri**”, www.bilka.org.tr
- Seybolt, Taylor B. **Humanitarian Military Intervention:The Conditions for Success and Failure**, Oxford University Press, 2008
- Shue, H. (1980), “Temel Hakların Evrenselliği”, **İnsan Haklarının Felsefî Temelleri**. Çev. Ülker İnce, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1980.
- Simonsen, N., ‘**Is torture ever justified?**’: **The European Court of Human Rights decision in Gäfgen v Germany**, 2010. <https://www.ejiltalk.org/%E2%80%99is-torture-ever-justified%E2%80%99-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/>.
- Skinner, Quentin, Hobbes and the Purely Artificial Person of the State, The Inaugural Martin Hollis Memorial Lecture, University of Cambridge, **The Journal of Political Philosophy**: Volume 7, Number 1, 1999

Skinner Q., “*Hobbes and the Purely Artificial Person of the State, The Inaugural Martin Hollis Memorial Lecture*”, University of Cambridge, **The Journal of Political Philosophy**: Volume 7, Number 1, 1999, pp. 1-29.

Skinner, Q., *Hobbes and the Purely Artificial Person of the State, The Inaugural Martin Hollis Memorial Lecture*, University of Cambridge, **The Journal of Political Philosophy**: Volume 7, Number 1, 1999

Sperotto, Federico, **Law in Times of War: The Case of Chechnya**, Global Jurist, January 2008.

Stammers, N, “Human Rights and Power”, *Political Studies*, vol. 41.1993’den aktaran Cem Deveci, “*İnsan Haklarını Aristoteles Evrenselciliğiyle Anlamanın Olanaklılığı*”, *Düşünüyorum- İnsan Hakları Özel Sayı* içinde, 2019.

Steiner, J.M., Fahrenberg, J., **Authoritarianism And Social Status Of Former Members Of The Waffen-SS And SS And Of The Wehrmacht: An Extension And Reanalysis Of The Study**, 1970.

https://www.researchgate.net/publication/286725874_Authoritarianism_and_social_status_of_former_members_of_the_Waffen-SS_and_SS_and_of_the_Wehrmacht_An_extension_and_reanalysis_of_the_study_published_in_1970

Street H., **Governmental Liability**, Cambridge University Press, 1953

Tan, T., **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2016

Tanör, B., **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yay, 1990.

Tekinsoy, A., “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları” **Ankara Barosu Dergisi**, ‘13/1. S.22-55.,

Tepe, H, *İnsan Hakları Felsefesi*, *Düşünüyorum – İnsan Hakları Özel Sayısı* içinde. 2019.

Teziç, E, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Beta Yay. 2020.

Tilly, Charles, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, İmge Kitabevi, 2001

Tocqueville, A. Eski Rejim ve Devrim (L'ancien régime et la Révolution) Çev.: Turhan Ilgaz Kesit Yayıncılık, 1995

Troper, Michel, “Hukuki Devlet Kuramı Üstüne”, **Devlet Kuramı** içinde, çev.: Özlem Günyol, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Yay., 2000

Uzun, E., “**Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**”, Beta Y., 2007

Uzun, E., **Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eyleminden Sorumluluğu**, Doktora Tezi, 2007
<https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11421/9651/415890.pdf?sequence=1>

Wagner, **Modernliğin Sosyolojisi Özgürlük ve Cezalandırma**, Çev.: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., 2005.

Walzer, M., **Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations**, Basic Books: New York, 1977, aktaran: Seybolt ‘War in Iraq: not a Humanitarian Intervention’, Human Rights Watch World Report, 2004: Human Rights and Armed Conflict, Human Rights Watch: New York, 2004

Walzer, Michael, **On the Role of Symbolism in Political Thought, Political Science Quarterly, Political Science Quarterly** Published By: The Academy of Political Science Published by The Academy of Political Science.
<https://www.jstor.org/stable/2147214?origin=crossref>

Watson, Peter. **War on the Mind: The Military Uses and Abuses of Psychology**. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1978.

Weber, Max, **Sosyoloji Yazıları**, Çev. Taha Parla, İletişim Y., 1996

Wolfe, Robert, “Putative Threat to National Security as a Nuremberg Defense for Genocide”, **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science**, Vol.450. 1980

Wuerth, Ingrid “**International Law in the Post-Human Rights Era**” Texas Law Review, Volume 96 - Issue 2. <https://texaslawreview.org/international-law-post-human-rights-era/>

www.etymonline.com

Zabcı,F., **Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askeri Şirketler**, Stratejik Rapor 56.

https://tasam.org/Files/PDF/Raporlar/yeni_savaslari_gizli_yuzu_ozel_askeri_sirketler_d3ad2e36-9fa4-4222-a919-a4d2177e86c3.pdf.

Zabunoğlu, Y.K., **Kamu Hukukuna Giriş**, AÜHF Yay. 323, Sevinç Matbaası, 1973

Zabunoğlu, Y.K. **Devlet Kudretinin Sınırlanması**, Ajans Türk Matbaası Yay., 1963

Zidar, Katarina ve Klemencic Goran, **Confronting a Phenomenon of Impunity and Denial: Contemporary European Trends in Dealing with Allegations of Ill-Treatment by Law Enforcement Officials**, 2004.

<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/Mesko/208000.pdf>

Zimbardo, Haney, Banks, Jaffe, **The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study of the Psychology of Imprisonment**, 1971, Stanford University

https://web.stanford.edu/dept/spec_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf

Zimbardo, P. Maslach, C., Haney, C., “Reflections on the Stanford Prison Experiment: Genesis, transformations, consequences”, **Obedience to Authority: Current Perspectives on the Milgram Paradigm** içinde, Lawrence Erlbaum, Editors: T. Blass, 2000

<http://acc6.its.brooklyn.cuny.edu/~phalsall/texts/shu-jing.html>

http://dusunuyorumdergisi.com/wp-content/uploads/dergi-pdf/bulten_insan_haklari_sayisi.pdf.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1990.324.01.0186.01.ENG

<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/803.pdf>

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/2767761.stm>.

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

<http://www.hauriou.net/works-of-maurice-hauriou>.

<http://www.icj->

[cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5)

http://www.islamvehayat.com/m/katil-gizli-ordu-uyesi-cikti_d3282.html

<http://www.milliyet.com.tr/2007/01/31/guncel/axgun01.html>

<http://www.ntvmsnbc.com/id/24964867/>

[http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1064757
& CategoryID=77](http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1064757&CategoryID=77)

<http://www.sipri.org>

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad2_YasamHakki.pdf

<https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/33.htm#TITLE38>

<https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/34.htm>

<https://anayasagundemi.com/2016/12/19/ihamin-sokaga-cikma-yasaklariyla-ilgili-34-basvuruda-verdigi-kararlarin-ozet-cevirisi/>

<https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/ard0309st.pdf>

<https://dataunodc.un.org/crime>

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/95849>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411071>

https://echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf

https://echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf 10.11.2021

https://echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2234503/97%22\],%22itemid%22:\[%22001-89558%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2234503/97%22],%22itemid%22:[%22001-89558%22]})

[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-161975%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-161975%22]})

[https://hudoc.exec.coe.int/fre#{%22EXECIdentifier%22:\[%22004-9%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/fre#{%22EXECIdentifier%22:[%22004-9%22]})

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9760.00102>

<https://policeconduct.gov.uk/deaths-during-or-following-police-contact-statistics-england-and-wales-2020-21>

<https://policehumanrightsresources.org/giuliani-and-gaggio-v-italy-23458-02>

https://privacy.cyber-rights.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/Roboski_AIHM_Basvurusu.pdf

<https://publicdomainreview.org/collection/execution-by-guillotine-of-louis-xvi>
5.3.2020.

<https://scholarcommons.usf.edu/jss/vol2/iss2/1>.

<https://timothykeller.com/blog/2009/1/1/the-grace-of-the-law>

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>

<https://ukdiss.com/examples/principles-of-liability-corporate-veil.php>

<https://undocs.org/pdf?symbol=en/a/57/303>

https://www.amnesty.org.uk/guantanamo-bay-human-rights?utm_source=google&utm_medium=grant&utm_campaign=BRD_AWA_GEN_dynamic-search-ads&utm_content

<https://www.amnesty.org/en/documents/act30/8151/2018/en/>

<https://www.amnesty.org/en/documents/act30/8151/2018/en/>

<https://www.amnesty.org/en/documents/eur45/0096/2019/en/>

<https://www.amnesty.org/en/documents/eur45/0096/2019/en/>

<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/death-penalty-in-2019-facts-and-figures/>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/kanun/>

https://www.bbc.co.uk/news/uk-50137470?intlink_from_url=https://www.bbc.co.uk/news/topics/c347vzp58nzt/shamim-a-begum-case&link_location=live-reporting-story

<https://www.britannica.com/list/8-deadliest-wars-of-the-21st-century>

https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-07/INH_PG_Drones_AllInOne_v25.pdf, 20.12.2020.

https://www.cambridgeclarion.org/press_cuttings/vinciguerra.p2.etc_graun_5dec1990.html

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf.

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_TUR.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf,

<https://www.gazetevatan.com/gundem/hayata-donus-yalan-369423>

<https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/we-did-it-to-avenge-our-fallen-comrades-1821726.html>

<https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>

<https://www.nytimes.com/2020/02/06/world/middleeast/terror-yemen-drone-attack.html>

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

https://www.olympedegouges.eu/rights_of_women.php

https://www.omct.org/files/2006/11/3633/handbook1_full_turkish.pdf

<https://www.panarchy.org/weber/politics.html>

<https://www.policinglaw.info/>

[https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Basic_Law_of_Germany_\(as_amended_through_December_2014\).pdf](https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Basic_Law_of_Germany_(as_amended_through_December_2014).pdf)

[https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Human_Rights_Committee_Concluding_Observations_on_Germany_\(2012\).pdf](https://www.policinglaw.info/assets/downloads/Human_Rights_Committee_Concluding_Observations_on_Germany_(2012).pdf)

<https://www.policinglaw.info/country/germany> 12.11.2021

<https://www.refworld.org/docid/478f60c52.html>

<https://www.refworld.org/docid/478f60c52.html>

<https://www.sipri.org/commentary/essay/2017/2017-year-which-nuclear-weapons-could-be-banned>

<https://www.spiegel.de/politik/statthaft-trotz-des-risikos-a-53a59a0c-0002-0001-0000-000041496519?context=issue>

<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/03/theresa-may-vows-to-protect-troops-from-legal-witch-hunt-by-opti/>

<https://www.theguardian.com/politics/2003/jul/22/september11.humanrights>

<https://www.theguardian.com/us-news/2017/oct/11/police-killings-counted-harvard-study>

<https://www.theguardian.com/world/2006/oct/26/usa.topstories3>

<https://www.theguardian.com/world/2007/jun/01/iraq.military>

<https://www.theguardian.com/world/2021/dec/22/boat-sinks-greece-folegandros-refugees>

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/130/DR/3042/2017&Lang=en.

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet_5.pdf

<https://www.washingtonpost.com/investigations/top-secret-america/2010/07/19/hidden-world-growing-beyond-control-2/>

https://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushaddress_092001.html.

<https://www.weforum.org/agenda/2017/01/women-own-less-than-20-of-the-worlds-land-its-time-to-give-them-equal-property-rights/>.

https://www.worldhistory.org/Mandate_of_Heaven/.

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c>

The Dark Side Of The Relationship Between The Rule Of Law And Liberalism Brian Z.

Tamanaha, s.516-543. NYU Journal of Law & Liberty Vol. 3:2008.

<file:///Users/oyaleylakemal/Documents/HUKUK%20DEVLETI%CC%87%20VE%20LI%CC%87BERALI%CC%87Z%20I%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87SI%CC%87NI%CC%87N%20KARANLIK%20TARAFI.pdf>

16.10.2020. GEÇERSİZ ADRES

“Despotizm ve Demokrasi, Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850”, Çev. Levent Köker, J

ÖZET

Oya Aydın, “İhlal Eden ve Koruyan Olarak Devletin İnsan Hakları Paradoksu: Hukuk Devletinde Failin Kaybı” Doktora Tezi, Danışman Doç. Dr. Özlem Kaygusuz, s. 378

Modern devletin, koruyan ve ihlal eden olarak insan hakları paradoksunda devletin kişiliği olgusuna ve devlet görevlilerinin fonksiyonuna odaklandığım bu çalışmada, öncelikle kişisel olmadığı iddia edilen siyasal iktidarın nasıl olup da irade ve sorumluluk sahibi bir kişilik olarak kurgulanabildiği, bu soyut kişiliğin fail olarak kabulünün insan haklarının korunması açısından ne anlama geldiği irdelenmiş, fail olan kişinin nasıl aynı zamanda koruyucu olabileceği tartışılarak liberal politik kuramın, insan haklarına dair paradoksları gösterilmeye çalışılmıştır. Cevap verilmeye çalışılan temel soru, insan hakları açısından modern devlete özgü hem koruyucu hem ihlalci biçimindeki çatışmalı öznellik paradoksunun, devlet-devlet görevlisi ayırımı ve devletin kişileştirilerek hukuksal sorumluluğunun kabulü ile aşıp aşılamayacağıdır. Hukuksal sorumluluğun en iyi modeli olarak gösterilen hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin böyle bir kapasitesinin olmadığı, hatta devleti, ihlal eden özne olarak göstermekle birlikte aynı zamanda koruyucu olarak kodlayarak faile dair paradoksu nasıl yeniden ürettiği iddia edilmiştir. Bu teorik iddia, hem hukukun üstünlüğünün mihenk taşı olarak gösterilmesi nedeniyle, hem de geniş bir coğrafi alanı temsil ettiği için, ayrıca ulusal hukuk ve uluslararası hukuk kurallarını bir arada tartıştığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından Yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi doğrudan devletin ihlalci olduğu örnekler üzerinden, devletin hem ihlalci hem koruyucu olma paradoksunun ulus üstü alanda da varlığını sürdürdüğü, ihlalci devletin mağdura bir tazminat ödeyerek koruyuculuk rolünü de üstlendiği gösterilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Modern Devlet, Devletin Sorumluluğu, Devlet Görevlisi, Devletin Kişiliği, Tüzel Kişilik, Fail, Hukuk Devleti.

ABSTRACT

Oya Aydın, “The Human Rights Paradox of the Modern State as Violator and Protector: Loss of the Perpetrator in the Rule of Law” PhD. Thesis, Advisor Asst. Doc. Özlem Kaygusuz 378 p.

This study focuses on the personality of the state and the function of state officials within the paradox of the modern state as it exists both as the protector and the violator of human rights. Within this framework, firstly it theoretically examines how the political power, which is claimed to be impersonal, can be constructed as a person having the will and responsibility.

Secondly, the paradoxes of liberal political theory about human rights have been shown by discussing how the perpetrator can be the protector at the same time.

The main question of the thesis is whether or not the conflicting subjectivity, the specific paradox of the modern state as it is both the protector and the violator of human rights, can be overcome by a state-state officer distinction and through the acceptance of the legal responsibility of it as a personified body. It is argued that the rule of law instrument of the modern state which is claimed as the best model of modern legal responsibility, does not have such a capacity. On the contrary, it reproduces the existing paradox of the modern state by presenting the state as a violating subject at the same time by coding it as a protector.

This theoretical claim is supported by an analysis based on various case studies in which there are direct violations by the state, such as the right to life and the prohibition of torture, obtained from the decisions of the European Court of Human Rights, since it is known as the cornerstone of the modern rule of law mechanism and also because it represents a wide geographical area. As a result, the thesis makes clear the paradox of the modern state as being both the violator and the protector continues to exist at the

supranational level, rather than being able to be solved since the violating state could continue to assume the role of protector by paying a compensation to the victim.

Keywords: Modern State, State Responsibility, State Official, State Personality, Legal Entity, Perpetrator, Rule of Law.

