İnsan Hakları ve Hukuk Devletinde Büyük Geri Sıçrayış:

**OHAL ile Kalıcılaşan Düşman Ceza Hukuku Rejimi**

Ve Alternatif Bir Yaklaşım Denemesi:

**“Performatif Hukuk”**

***Özet:*** *Bu bildiri, OHAL ile Ceza Hukukunun “Yurttaş” hukukundan “Düşman Ceza Hukuku”na Dönüştüğünü, Hukuk Devleti taahhüdünün terk edildiğini anlatmaya çalışmakta; ve bunun Yeni Dünya Düzeninin küresel bir revizyonu olduğunu ortaya koyarak, 11 Eylül ile birlikte yeniden inşa edilen Düşman Ceza Hukukunun politik, felsefi ve hukukpratik temellerini göstermektedir. Bir alternatif önerme olarak Performatif Hukuk kavramını ortaya atan bildiri, “toplumsal gerçeklik” ile “norm” ilişkiselliğini yeniden tanımlamaya çalışmakta ve bu önermesinin Diyalektik Hukuk perspektifindeki bağlamlarını öne sürmektedir.*

***Anahtar Kelimeler:*** *Olağanüstü Hal, İstisna Hali, Düşman Ceza Hukuku, Ceza Normu, Performatif Hukuk, Diyalektik Hukuk*

Great Back-Leap in Human Rights and the State of Law:

**Enemy Criminal Law Permanent with State of Emergency**

and an Alternative Approach Study:

 **“Performative Law”**

***Abstract:*** *This paper tries to explain that the Criminal Law has transformed from “Citizen” law to “Enemy Criminal Law” with the State of Emergency, and the State of Law commitment has been abandoned;* *and reveals that this process is a global revision of the New World Order and it discusses the political, philosophical and juridical practice of the Enemy Criminal Law reconstructed with September 11. This paper introduces the concept of Performative Law as an alternative hypothesis, tries to redefine the relationship between "social reality" and "norm", and suggests the contexts of this hypothesis from the perspective of Dialectical Law.*

***Keywords:*** *State of Emergency, State of Exception, Enemy Criminal Law, Criminal Norm, Performative Law, Dialectical Law.*

Birey ile devlet arasındaki ilişkiler ve karşılıklı hak ve ödevler arasındaki göreceli denge sorunu, bugüne değin “ceza hukuku” diye nitelendirilen hukuk dalında, çarpıcı biçimde ortaya çıkar. Gerçekten bu hukuk dalının çerçevesinde birey, bir yandan kendi bağımlılığının en belirgin anlatımını bulurken, devlet de öte yandan kendi istenç (irade ve gücünü benimsetmek için, en etkili araçların arayışı içindedir (Gramatica, 2005:33).

 Burada her şeyden önce, hukuksal olmaktan çok, siyasal alanda etkin olan evrensel bir eylemin değerlendirmesini yapmak daha tutarlı olacaktır (34).

 Bu alanda, yani birey ile devlet arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi ya da yetkin bir dengenin araştırılıp kurulması kaygısı, yüzyıllardan beri düşünürleri, hukukçuları ve siyasacıları, ilkin bu sorun üzerinde durmaya zorlamıştır. Bir başka deyişle, devlet gücünün en çarpıcı anlatımı olan “cezalandırma hakkı” ve bu doğrultudaki “ceza” kavramı, bunun sonucu olarak da toplumsal iradeye, yani yasal metinlerin buyruklarına karşı işlenmiş suçlar nedeniyle ortaya “cezai sorumluluk” ilkesi üzerinde insanları kafa yormaya itmiştir (34).

 Toplum savunması, insan ve toplumsal varlık olarak bir kez bireyde yoğunlaşmaya görsün; artık bugün olduğu gibi, ceza yaptırımı sonucuyla sınırlandırılamaz. O artık çok daha iyi ve çok daha akılcı olarak, toplum savunmasıyla birlikte **suç öznesinin iyileştirilmesine, topluma dönmesine ve özellikle bireyi topluma karşı kışkırtmış olan nedenlerin önlenmesine yönelik olmak zorundadır** (37).

 Filippo Gramatica, 1961 yılında yukarıdaki görüşlerin kaynağı olan “Toplumsal Savunma İlkeleri” isimli eserini yayımladığında, Kara Avrupası ekolü içinde büyük ses getirmişti. Bir iyimser ceza hukukçusu olarak Gramatica, 90’ların sonlarına ve belki 2000’lerin başlarına kadar hakim olduğu söylenebilecek liberalize edilmiş ceza hukuku politikasının köşe taşlarını buradan kurmuştu: Bireyin topluma karşıtlığının sebeplerinin ortadan kaldırılması odaklı “toplumsal savunma” ceza hukuku ideali.

 “Bireysel ve toplumsal *genel iyiliğin-erincin* etkinliğine ulaşmak için “toplum yaşamına karşıtlığa” karşı eski savaşımı aşan “Toplumsal savunma politikasının” en geniş anlayışını saptamak yolundaki önerimiz iyiden iyiye doğrulanmaktadır” diyordu idealini ortaya koyarken (461).

 Hukukta liberalleşmeye açılım sağlayan bu toplumsal savunma ceza hukuku, liberalizasyonun başlangıç momenti için tarihsel imkan bulduğu İkinci Paylaşım Savaşı nihayetinde Faşizm yenilgisinden sonraki inşa sürecinde iki konjonktürel kırılma yaşadı: Bunların ilki analitik hukuk karşısında “emekçi sınıf” eksenli, insanın eylemli doğası (Praksis) alternatifini koyarak, burjuva hukukunun liberalleşme dinamiklerini ileri doğru zorlayan bir karşı devinim olarak Sovyetler Birliği’nin yıkılması ve tek kutuplu dünya hegemonyasının açılışı; ikincisi ise burjuva hukukunun kendi taahhütlerinin reddiyesine sebep olan 11 Eylül…

“11 Eylül saldırılarından sonra, 19. Yüzyıl ile start alan “hukuk devleti” hülyasının terki 1990’larda tek kutuplaşan ve yakın “tehdit”ini yitiren Batı’nın “küreselleşme” yönelimiyle başladı. Hukuk devleti taahhüdünün parçası olan toplumsal haklar/toplumun hakları, sermayenin merkezileşmesi önünde bürokratik bir engele dönüşmeye başlamıştı. Ancak batı egemenlerine yeni bir dönüşüm enstrümanı olacak politik düşman ve fırsat gerekiyordu, bulundu: 11 Eylül saldırısı... ABD bu süreçte tüm ceza usul hukukunu ve terör hukukunu değiştirdi. “Patriot Act” paketiyle hak ve özgürlükle askıya alındı, polisin, CIA’in ve FBI’nın yetkileri olağanüstü hale getirildi, 200 bin kişi “terör bağlantısı” sebebiyle izlenmeye ve dinlenmeye başladı. Terör bağlantısı (bizdeki daha sofistike karşılığı terör *iltisakı* olmuştu) kavramı ABD’de ilk kez geliştirildi. Bu bağ, doğrudan terör örgütleriyle ilişkili olan süjelere tedbir alınmasından çok daha geniş bir halka içinde, bu süjelerle herhangi bir biçimde irtibatı olan kişilerin de takibine imkân veriyordu. Örneğin Müslümanların yaşadığı bir mahallede, El Kaide bağlantısından şüphelenilen bir bakkal dükkanından alışveriş yapan diğer mahalleli Müslümanlar da bu “bağlantı” kategorisine girebiliyordu. Bu 200 bin kişinin tüm elektronik haberleşmelerinin takibine dayanan yeni adli rejim, istihbarat sistemiyle iç içe ve esasen onun bir parçasıydı artık. Adli rejim, bir siyasal istihbarat rejimine dönüşmüştü. Avrupa El-Kaide saldırıları ve sonrasında IŞİD saldırılarıyla bu sarkaç Avrupa ülkelerine sırayla uyarlandı” (Erkan, 2018:423-424).

 Bu süreci, 11 Eylül minvalli ABD güvenlik hukukuna geçiş dinamiklerini ve bunun zorlayıcı yansımasıyla Avrupa OHAL’lerine uygulanışını etüt eden Jane Claude Paye, Türkiye 15 Temmuz OHAL’i örneğinden önce anlatmıştı.

 Şöyle demişti: İlk terörle mücadele yasaları siyasal alandan şiddet eylemlerinin bütününü dışlamaya izin verirken daha yeni yasalar daha çok **siyasal alanı tekrardan tanımlarlar**. Terör olarak belirlenen eylemlerdeki siyasal karakter aksine alınan önlemlerin özgürlükleri öldürücü doğasını haklı gösterir. Fakat bu eylemler toplumsal talepleri taşıdıklarından değil, **devletin istikrarını bozmaya yatkın oldukları için böyle tanımlanırlar**. Siyaset, iktidarın siyasal örgütlenmesine indirgenir. İktidar kendisini yine kendisine göre tanımlar ve kendisinden kısmi olarak dışarıda olanların tüm siyasal ifadelerini inkâr eder (Paye, 2009: 116). Böylece halkın siyaset yapması yahut iktidarın siyasal programı dışında bir siyaset yapılması doğrudan veya dolaylı olarak engellenir.

 Yeni Dünya Düzeni’nin, yukarıda bahsedilen iki tarihsel kırılma momenti öncesindeki “hukuk devleti” taahhüdünden ve bu taahhüdün ceza hukukundaki açılımı olan “toplumsal savunma” perspektifinden, özellikle 11 Eylül momentinden sonra vazgeçerek, “olağanüstü yönetim sistemi”ne ve “düşman ceza hukuku”na geçiş yaptığını anlatmaya çalışıyoruz. “Batı” iktidarının bu geçişi, buna ayrıksı gibi görünen, gerçekte ise tümel programın parçası olan Türkiye uzvunda aynı minvalle sağlanmıştır.

 Bu tezimizi somut olarak OHAL ceza usul değişiklikleri üzerinden, pozitif hukuk revizelerini göstermek yoluyla daha önce de ortaya koymaya çalışmış, tüm OHAL KHK değişiklikleri üzerinden ceza usul hukuku değişimiyle yeni bir devlet siyasası, güvenlikçi devlet kuruluşunu anlatmayı denemiştik (Erkan, 375-433). Makalenin Ankara Barosu Dergisinde yayımlanmasından sonra da, OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi isimli kitabımızın son basısına **“OHAL İle Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi”** başlığıyla eklemiştik (Erkan, 2019).

 Bu kez aynı izleri; esasen OHAL hukukuyla da birbirinin geliştiricisi olan “Düşman Ceza Hukuku”na geçiş tezimizi ortaya koymak üzere yeniden –ve bir oranda daha kuramsal çerçeve kazandırarak - takip etmek muradındayız. Böylece “istisna hali”nin “kural” haline dönüştüğünü ortaya koymayı amaçlamaktayız.

*“-Batman’i kim atadı?*

*-Biz atadık. Şehrimizi o pisliklerin ele geçirmesine izin veren herkes.*

*-Ancak burası demokrasi Harvey.*

*- Demokrasi tehlikeye girince Romalılar demokrasiyi askıya alır*

*ve bir kişinin şehri koruması için yetki verirdi”*

(Savcı, Batman’in neden yasal ve meşru olduğunu anlatıyor,

The Dark Knight, Film, 2008)

 **HUKUK, KİMİN ÜRÜNÜDÜR?**

Bu ara tespite – esasa ilişkin ve çetrefilli bir tartışmaya tekabül etmekle birlikte bu yazının bağlamında ara aşamada kalan tespite – girmeden güncel soruna geçmek bilimsel metodolojiye uygun olmama riski taşıdığından, kısaca değinmeyi gereksindik. Gerek normatif/analitik hukuk ekolünün; gerekse öncesinde Pound, sonrasında Fuller ile rönesans yaşayan (Cotterrell, 2018: 197-206) ve ceza hukuku alanında Gramatica ile kendisini devam ettiren çağdaş doğal hukuk ekolünün bu soruya verdiği yanıtların, gerçek toplumsal ilişkiyi tarif etmediği düşüncemizi ifade etmemiz gerekir.

 Normativistlerin (pozitif hukuk) otoritesi Kelsen’le birlikte hukukun sosyolojik bağının reddiyesi üzerine kurulan ekolü, YDD hukukpolitik rejimini de, onun dizgesindeki değişimi izlemeye olanaklı araçları da, teknik indirgemecilikle ve ustalıkla örterken; en doğrudan pozitif hukukçu Austin “hukuk bir iktidar faaliyetidir” tanımıyla bile (95) bunun meşrulaştırılmasıyla ilgilenmektedir: “hukuk politik üstler tarafından, politik astlara yönelik çıkarılmış kurallardır (95).

 Hukuk ve sosyoloji, hukuk ve etik bağlarını kurmaya çalışan ve bunu doğal hukuk kategorisi içinde fakat bu “doğal”lığı tarihsel öncüllerinden farklı olarak totaliterci homojenlik dışında yorumlamaya gayret eden Pound, Fuller, Neumann ve takipçileri dahi; Düşman Ceza hukukunun karşısındaki tutumlarına rağmen, doğal hukukun toplumdaki eşitsizlikleri eşit gösterme mistifikasyonunu (Yelkenci, 2013:365) aralamayı başaramamışlardır. Kısacası “doğal hukuk, yoksulluktan türeyen radikal talepler söz konusu olduğunda, devlet mantığıyla hiçbir zoru olmadığını, dahası onunla uyum içinde bulunduğunu gösterir” (13).

 Toplumun, gerçekte tarihsel pozisyonları, çıkarları ve “hukuk”ları zıt olan sınıflardan oluştuğu gerçeği üzerinden kurulan – ve halen kurulmakta olan – Marksist devlet ve hukuk teorisinin takipçileri Engels-Lenin-Pashukanis-Stucka-Gramsci-Althusser-Poulantzas önermeleri ise devlet-iktidar-hukuk-toplum ilişkilerine dair daha güçlü, daha gerçekçi başlıklar ve imkanlar sunmaktadır.

 Stucka’ya göre “hukuk, egemen sınıfın çıkarlarıyla örtüşen ve onun sistematik şiddetini/iktidarını muhafaza eden bir toplumsal ilişkiler sistemi ya da düzenidir (akt: Yelkenci, 89).

Bu görüşe göre bir iktidar politik tekniği olarak hukuk, hem devletin “baskı aygıtı” hem de “ideolojik aygıtı”dır (Althusser). Bu aygıt hem “zor” hem “rıza” örgütler (Gramsci). Althusser böylece “işçi sınıfının egemen ideolojiye itaatinin yeniden üretiminin garantiye alın”dığını savunur (265).

 Erken dönem ve geç dönemlerindeki yaklaşım farklılaşmalarına rağmen Poulantzas da paradigmal olarak bu düşünceyi takip eder ve pratik bazı imkanlar arar. Hukuku “güç ilişkilerinin maddileşmiş yoğunlaşmasının aygıtları” olarak tanımlar (82).

 “Özerk” istisna anları/alanları tartışması ise yine bu yazı sınırlarında ele alınamayacak oranda geniş bir tartışmadır. Kanaatimizi ifade etmek gerekirse, *belirlenimci* genel teoriyi kabul etmekle birlikte, göreli özerk kimi “hukuksal” anları ya da sınıflar arası denge kuran istisnai “ortak alan”ları gösteren hukuksal kategorileri, ve “hukuk içi kazanımları” reddetmediğimizi ifade etmeliyiz.

 Bu ara tespitimizin amacı, 2000’ler sonrası “Düşman Ceza Hukuku”na büyük geri sıçramadan önceki burjuva devlet hukukunun en liberal halinin dahi, mistik ve örtük olarak sınıf düşmanlarına karşı korunma ve ideolojik/politik iktidar kurma aracı olduğu, hatta iktidarın ideolojisinin ana taşıyıcısı olarak kurumlara ve usullere kavuşturulan bir formasyon olduğunu kabul etmemize rağmen; artık başka bir “yeni” olgu-durumu göstermeye odaklandığımızı söylemektir: Düşman Ceza Hukuku, Burjuva Devlet Hukuku’nun dahi taahhütlerinin ve egemen sınıf blokajında da olsa “adil” yargılama ve “yurttaş” yargılanması usullerinin geri alınmasıdır. Bu yalnızca bir nicelik farkı değil, bir nitelik farkıdır. Bu tezimizi argümanlarıyla anlatmaya çalışacağız.

 **DÜŞMAN CEZA HUKUKU**

20. YY “Çağdaş Hukuk” arayışı; hukuku bir teknik forma indirgemiş Carl Schmitt öncüllü ceza hukukunun özellikle Nazizm deneyiminden sonra reddiyesiyle, hukuk koyucu olarak egemenin iradesini (voluntas), ratio (akıl) ve ilkeler ile sınırlayan bir irade –yine egemenin iradesi de olsa – biçimine kavuşturma çabasıdır (Karadağ, 2018:1-10).

 Modern devlet, normal suç fiili söz konusu olduğunda, onu yok edilmesi gereken bir düşman değil, davranışlarıyla normun geçerliliğini zedeleyen ve verdiği zararı ceza (zor) yoluyla telafi etmeye çalışan bir kişi olarak görür (Jakobs, 2008:496, akt: Şanlı, 2019:92-93).

 Hukuk devleti çerçevesinde ceza hukuku bireylerin kontrol altında tutulması için bir araçtı. Bugün ise **toplumsalın parçalanmasının bir aracı olarak siyaseti içeriden yeniden yapılandırır**. Günümüz devletinin ceza hukuku politikaları organize bir sosyal güç üzerine değil ‘yüksek-riskli gruplar’ üzerine odaklanır. Devamlı olarak, tekrardan tanımlanan potansiyel bir düşmana karşı gerçek bir savaş yaratır (Paye, 225-226).

 Olağanüstü usulün üstünlüğü, hukukta bir değişikliğe sebep olur. Bu değişiklikle devlet, toplumu oluşturur ve sürekli olarak toplum ile onun dışı arasındaki sınırı tekrardan tanımlar. Terörle mücadele, hukukun askıya alınmasını gerektirir ve yeni bir hukuk düzeni yaratırken aynı zamanda maddi ve formel olarak savaşılacak düşmanı da üretir. Hukuk düzeninin adaptasyonu sıkıyönetimde olduğu gibi sisteminin dışında bir tehdidi değil, sistemin kendisinin içinden bir düşman hedefler. Araçlarla amaçlar arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesine tanık oluyoruz. **Terör örgütünün düşman olarak belirlenmesi onu, hukuki ve siyasi düzenleri değiştirmek için bir araç haline dönüştürür.** Siyaseti kendi sureti ile kuran iktidarın kendisidir (244).

 Düşman ceza hukuku kavram ve kuramsallaştırmasının 11 Eylül konjonktüründe rekonstrüksiyoncusu olan Jakobs, düşman ceza hukuku kavramının anlam kötüleştirici bir yanı bulunmadığını savunur (Şanlı, 43).

 Schmitt’in dost-düşman ayrımını form olarak hukuk içinde tanımlamaya çalışan ve hukuku bir desizyonizme (egemenin kararına) indirgeyen yaklaşımı yarım kalan hukuk sistematiğini Jakobs ile tamamlamıştır. Yurttaşlar ve düşmanlar için iki ayrı ceza hukukunun yaratılmasının temeli Schmitt ise, Schmitt’in kuramının “istisna hali”ni hukuki bir bağlama yerleştirme amacını (Agamben, 2006:44) tamamlayanın Jakobs olduğunu söylemek yanlış olmaz.

 Ceza hukukunda bu tür bir değişim aracılığıyla yapılmak istenen şey, ***halkın egemenliği* ile *devlet egemenliği* arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesi**, **yeni bir siyasal rejim ve örgütlenme yaratılmasıdır** (Paye, 222-224).

 Bu süreç aynı zamanda otoriter bir devletin gelişimi ve yurttaşları daha az özgür kılan bir “içgüvenlik devletinin” de tesisi sürecidir (Chossudovsky, 2010: 49, 51; akt: Şanlı, 72).

 Sürekli değişen bir düşmana karşı yapılan uzun soluklu savaş, bu savaşla biçimlenen kalıcı bir hükümet tipi yaratır. Yeni siyasal rejimin temeli, kalıcı bir olağanüstü durumdur ve bu aynı zamanda yeni bir hukuk düzeninin oluşturulması anlamına gelir (Paye, 220-229).

 Jakobs, toplum düzenine ilkesel ve aktif biçimde karşı olanlara düşman ceza hukuku uygulanmasını savunur. Kuramında “toplum düzeni” dediği şeyin muhtevasına dair bir netlik koymasa da, bu muğlaklığın Jakobs’un öncülleri olan formel toplumsal sözleşmecilerden ve toplumu temsil etme ve karar verme yetisini –kapsayıcı olduğunu tahayyül ettiği- iktidarda bulan desizyonizmin kurucusu Hobbes’dan beri sürdüğünü söylemeliyiz.

 Peki kimdir bu “düşman”lar? Jakobs’a göre düşman ceza hukukunun yöneldiği ilkesel muhalifler “*teröristler”*dir. “Tutumu gereği ilkesel ve aktif karşıtlık içinde olanlar”dan anlaşılması gereken teröristlerdir.” ( Jakobs, 523; akt:Şanlı, 99)

 **DÜŞMAN CEZA HUKUKUNDA “YURTTAŞ” YERİNİ “KİŞİ”YE BIRAKIR**

“Yurttaş-düşman” ayırımı, düşman ceza hukuku çerçevesinin diğer tüm temalarını ve uygulama araçlarını kendisine bağlayan, onları temelleyen, teorinin üzerine yükseldiği bir “ayırma tezi” (Bung, 2008:595, akt: Şanlı, 83) olarak ortaya çıkar. Bu ayırım teorinin en esaslı noktasıdır (83).

Normal suçlulukta fail ile halen bir iletişim söz konusudur. **Ancak tehlikeli bireyde iletişim yerini tehlikeyle mücadeleye, yurttaş ceza hukuku da yerini düşman ceza hukukuna terk eder** (Jakobs, 490).

 Artık geçmiş eylemlerin cezalandırılmasından daha çok, gelecek (tehlikeli eylemlerin) önlenmesi ve bu eylemlerin yaratacağı tehlikelilikten korunma söz konusudur.

 **Devlet, hukuki ve kuralına uygun biçimde HAKLARI UYGULAMADAN KALDIRIR ve bu kişilere SAVAŞ AÇAR** (500-504).

 Sonuç olarak gerek maddi, gerekse usuli anlamda ceza hukuku “düşmana karşı savaş” düşüncesinin bir aracı ve bu düşüncenin bir sonucu olarak anlam kazanır (Şanlı, 105).

 Hukuku düşman düşüncesinin bir parçası kılmakla, hukukun anlam ve sınırları ilgili oluşan sorun, düşman ceza hukukunun da kurallar yoluyla yürütülmesidir. Buradaki “hukuk” vurgusu “düşmanların haklarını ortadan kaldırma amacına odaklanan bir ‘hukuk’a yöneliktir (108). Yani bir hukuksuzluk “hukuku”…

 Düşman ile savaş, düşmanın İHRAÇ EDİLMESİ olgusuna dayanmakla, normal ceza sürecinden farklıdır ve mahkumun hak sahibi olduğu bir süreç değildir (Jakobs, 505). Bu hukukun sınırı, düşmana karşı uygulanma ve düşmanı ihraç etme amacının getirdiği doğal bir istisnailik ve süreksizliktir.

 **DÜŞMAN CEZA HUKUKUNUN USUL HUKUKU**

 Jakobs’a göre düşman ceza hukuku, yargılama usulü bakımından da aynen geçerli olmalıdır. Tehlikenin bertaraf edilmesi amacı, usul hukukunun da amacı olmalıdır (Şanlı, 123).

 Normal suçlulukta ilke olan **şüphelinin yargılama sürecine katılması durumu, tehlikeli kimse olduğunda bütünüyle kalkar. TÜM USULİ GÜVENCELER ORTADAN KALKAR** (Jakobs, 505; akt: Şanlı, 124).

 Jakobs’un önerdiği düşman ceza usul hukuku yöntemlerine örnekler:

* İletişimin denetlenmesi
* Gizli gözlem usulleri
* Gizli soruşturmacı görevlendirme
* Müdafi ile görüşmenin ve müdafiyle iletişimin engellenmesi (Şanlı, 124-125).

Şanlı, benzer yöntemleri Gasser’den alıntıyla bir başka kategoride daha sayar:

* Polis gözetimini sıklaştırmak
* İnsanlık dışı muameleye ve hatta işkenceye varacak daha kuvvetli sorgu yöntemlerinin benimsenmesi
* Teröristlerin adil yargılanma hakkının kısıtlanması
* Savunma hakkının sınırlanması
* Masumiyet karinesini yürürlükten kaldırmaya eşdeğer nitelikte tedbirlere başvurulması (Gasser, 2008:117-118; akt: Şanlı, 65)

Tam bu noktada, yukarıda atıf yaptığımız makalemizde yayımladığımız (Erkan, 2018 içinde 412-416) ve bir kitapçığını Ankara Barosu Toplumsal Davalar ve Hukuk Araştırmaları Merkezi olarak yayımladığımız ceza usul kanununu kalıcı olarak değiştiren OHAL KHK’larından bazılarına kısaca değinmek, bağlamı doğrudan kurmayı sağlayacaktır:

* Anayasal suçlar ve terör suçlarına özgü tutuklama süresinin 684 sayılı OHAL KHK’sıyla uzatılması
* El konulan malvarlığına kayyım atanmasını düzenleyen 674 sayılı OHAL KHK’sı
* Gizli soruşturmacının mahkemede sanık ve müdafisi olmadan dinlenebilmesine dair düzenleme getiren 694 sayılı OHAL KHK’sı
* Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından duruşmada 3 avukat sınırlaması getiren 676 sayılı OHAL KHK’sının 1. Maddesi
* Hakkında örgüt suçlarından soruşturma bulunan avukatın, başka bir örgüt suçu şüphelisi veya sanığının müdafiliğinden yasaklanmasını düzenleyen 676 sayılı OHAL KHK’sının 2. Maddesi (CMK 151/3 bendini değiştiren ve 7070 sayılı kanunla yasanan bu hüküm geçtiğimiz günlerde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir)
* Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda 24 saat avukatla görüş yasağı getirilmesini düzenleyen 676 sayılı OHAL KHK’sının 3. Maddesi
* Sanık müdafisi tarafından duruşmada hazır edilen tanık ve bilirkişinin dinlenmesi kuralını ortadan kaldıran 676 sayılı OHAL KHK’sının 4. Maddesi
* Müdafisiz duruşma yapmayı – zorunlu müdafi de olsa – olanaklı kılan 676 sayılı OHAL KHK’sının 5. Maddesi
* Aynı yöndeki 696 sayılı OHAL KHK’sının 96. Maddesi
* 696 sayılı OHAL KHK’sının 147. Maddesi ile, sanık ve müdafisini birlikte savunma yapmaktan alıkoyan SEGBİS yönteminin genişletilmesi
* 696 sayılı OHAL KHK’sının 97. Maddesiyle, duruşmada okunarak aleniyet kazandırılması gereken belgelerin okunmamasına olanak getirilmesi
* 694 sayılı OHAL KHK’sı ile sanığın söz hakkının kaldırılması, müdafisiz bırakılmasına olanak sağlanması
* Terörle Mücadele Kanunu’nda yapılan değişiklikle gözaltı süresinin uzatılması.
* Benzer kısıtlamaları İstinaf ve Temyiz aşamalarına da getiren diğer maddeler…

Tüm bu düzenlemeler OHAL KHK’larıyla sınırlı kalmayıp, CEZA USUL YASASI İÇİNDE KALICI DEĞİŞİKLİK YAPAN MADDELER…

Yukarıdaki anlatımlarımızdan sonra tüm bu tedbirlerin düşman ceza usul hukuku tedbirleri olduğunda tereddüt yoktur.

Düşman ceza hukukun maddi boyutu olarak “terör” isnadının ise, Cumhuriyet gazetesi yazarlarından, Sözcü gazetesi yazarlarına, milletvekilleri ve belediye başkanlarına, öğrencilere, kadın eylemcilere, havaalanı işçilerine, döviz artışlarının sebebini siyasal iktidara bağlayanlara, intihar haberlerini ve yoksulluk haberlerini yapanlara, cumhurbaşkanını eleştirenlere, iktidarın savaş politikalarını eleştirenlere, barış talep eden akademisyenlere, bazı banka müşterilerine, bazı okulların ve dershanelerin sadece öğrencisi oldukları için bu öğrencilere, askerlere, öğretmenlere atfedildiği siyasi davaları düşünerek okuyucu kendisi belirginleştirebilecektir.

Kalıcı olarak yasal düzende değişiklik yapan OHAL’in, yukarıdaki düzenlemelerle, kalıcı bir Düşman Ceza Hukuku yerleşikleştirdiğini söylemek de bağlamın doğrudan sonucu olmaktadır.

Bu, “istisna”nın “kural” olmasıdır. Paye’nin tespit ettiği gibi kurulan artık yeni bir siyasal rejimdir. ***Halkın egemenliği* yerine *devletin egemenliğinin* geçirilmesidir.**

Böylece terör suçları önlemleri, hukukun üstünlüğünün yıkılması için bir mazeret olarak kullanılmaktadır (Melia, 2017:126).

Ve Yeni Dünya Düzeni’nin “yeni düşman ceza hukuku” bize *içinde yaşadığımız olağanüstü halin gerçekte kural olduğunu* öğretmektedir (Benjamin Walter).

Yeniden “olağan hukuk”a, “hukuk devleti” tahhüdüne dönmek mi? Bu hülya politik araçlar tartışması yapılmadan salt hukuk akımları üzerinden yürütülemez haldedir.

Elbette “başka bir hukuk”, “başka bir dünya”da yaratılacaktır.

Ve fakat, hukuksal mücadele imkanları da vardır, dahası yaratılmalıdır. Bu noktaya son bağlamda döneceğiz.

**ALT BAŞLIK ve BİR YENİ ÖNERİ:**

**NORMATİVİZM ELEŞTİRİSİ VE HUKUKA PERFORMATİF BAKMAK (Ceza Hukuku İdeolojisinin Anlatısı “Suçlu”Ya Uygulanan Hukuktur)**

Devlet-İktidar-Hukuk-Norm dizgesini, tüm toplumsal bağlamlarına gözlerini kapatan ve ölü bir form/formlar haline getiren “Saf Hukuk” teorisinin, hakikati dahi normla açıklaması ve devlet kutsaması Jacobs’u da etkilemiştir.

Şöyle demiştir Jakobs: “işte tam da bu sebeple 20. yüzyılın büyük normativisti Hans Kelsen, devleti, normların müşterek hiyerarşisi olarak yorumladı. Buna göre, sadece ***mutlak olarak müessir bir anayasa*** ve bu anayasaya uygunluk içinde türemiş ***mutlak olarak müessir olan bir zor düzeni*** temel norm olarak ele alınabilir. Öyleyse Kelsen’e göre, bu anılan etkili olma olgusu haricinde geçerli normatif bir ilişkiden bahsedebilmek mümkün değildir. Örneğin şu anda biri diğerinden daha isabetli temellendirilmiş milyonlarca farklı biçimde ve karşılıkta norm ilişkisi tasavvur edilebilir, ama bunlar sadece düşünce oyunu olacaktır. Buna karşın ***gerçek devlet*** ve ***gerçek hukuk*** toplumsal hayatta ***hakikate*** dönüşerek, sadece düşünsel bir olgu olmaktan çıkar” (Jakobs, 2008:512-513).

Jakobs’un bu noktadan şu kurala varması kendi içinde anlaşılır olmaktadır: *“normun ihlali söz konusu olduğunda, bu* ***normun*** *değil,* ***suçlunun*** *davranışının hatalı olduğunu ifade eder.”*

Peki ya Kelsen’de ve Jakobs’da gerçekleşmeyeceği varsayılan ve bu varsayımla kutsanan o soyut ve ilahi “Norm” hatalıysa?

Bu sorunun cevabına döneceğiz ancak bir başka bağlama daha ihtiyacımız var…

Jakobs bir aktarma da Luhmann’dan yapar ve şöyle der: *“Toplumsal gerçekliğin ne olduğuna bir tikel parçacık olan* ***suçlu*** *değil,* ***toplumun bizatihi kendisi*** *karar verir.”* (Luhmann, Das Recht der Gesellscahft, akt: Jakobs, 2008:513)

Bu iddiayı hukuksosyolojik ve hukukpolitik manada karşılayacaksak, “toplumsal gerçek”liği belirli bir anda kendi gerçekliği üzerinden tanımlayan ve kendini gerçekliğini *blok*/*hegemonya* kurarak “toplumun gerçekliği” olarak gösteren, dayatan ve ne olduğuna “karar veren” *toplumun kendisi* değil; toplumu içindeki *egemen sınıfın* siyasal erkidir. Öncelikle bu itirazı düşelim.

Peki kendini “toplumsallık” ardına gizleyen egemen sınıfın anlattığı “toplumsal gerçeklik” hikayesi statik midir?

Bu aşamada, dilbilimsel bir kavrama ve bunun hukuk alanına taşınmasına ihtiyacımız olacak: Performatiflik…

Performatiflik ya da edimsellik terimi yirminci yüzyılın önemli dil felsefecilerinden biri olan J. L. Austin’e aittir. Terim, icra etmek, gerçekleştirmek, sahnelemek gibi anlamlara gelen ‘to perform’ fiilinden türetilmiştir. Austin’e göre performatif tümceler, bir şey “betimlemez” ya da “aktarmazlar”, “doğru” ya da “yanlış” olmazlar; performatif bir tümceyi sözcelemek, eylemde bulunmaktır (Austin, 2009: 42, akt: Oralgül, 2016:52). Başlangıçta bir dil kavramı olarak ortaya atılan performatif/lik kavramı, 1960’lı yıllardan itibaren sanat, antropoloji, sosyoloji, iktisat, yeni kültür tarihi (New Cultural History), feminizm gibi birçok alanda kullanılan disiplinler arası bir terim haline gelmiştir (Burke, 2008: 108, akt: Oralgül,52). Performatif/lik, dil, sanat, bilim, gündelik hayat gibi farklı alanlarda edimde bulunarak, *toplumsal gerçekliği* temsil etmekten (representation) çok **inşa ettiğimizi** (construction) öne sürmektedir (52).

Yani “toplumsal gerçeklik” durağan/statik bir durum değil, sürekli yeniden inşa edilen *performatif* bir durumdur. Onu *temsil etmekten çok inşa ederiz*.

Bu hareket/inşa halindeki duruma bir *temsil* ve *karar verme* bağlamından ziyade *ilişkisellik* üzerinden bakmak doğru olacaktır: Hangi toplumsal ilişkiler “toplumsal gerçeklik” dediğimiz “şey”i inşa eder?

Oralgül alıntılanan makalesinde özel olarak, performatif kavramını kadın haklarına, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet meselesine muazzam biçiminde uygulayan Judith Butler’i inceler. Biz bu felsefe ve sosyoloji tartışmasını konumuzla, ceza hukuku felsefesi ile sınırlamak durumundayız.

Jakobs kurmaya çalıştığı Düşman Ceza Hukuku Metodolojisinde, bu performatif ilişki sürecini toplum ile suçlu arasında bir kez kurar ve bitirir görünmektedir: “Toplumsal gerçeklik” vardır, buna karşı çıkan “suçlu” vardır ve toplum burada bir karar verir: toplumsal ceza hukuku ya da düşman ceza hukuku kararı… Böylece pratikte toplumsal gerçeklik yine toplumsal gerçeklikle açıklanır Jakobs’da. Analojisi bir totoloji üzerine kuruludur ve kendine döner, kavramı kendisiyle açıklar (logical fallacy). Özetçe: “Toplumsal gerçeklik, toplumun gerçekliğidir.” Peki suçlu? O “Toplumsal gerçekliğin dışındadır!”

Oysa gerçek hareketli performatiflik, Jakobs normativizminin çok ötesinde, ama onun dedüksiyonunun birinci denklemini kabul ederek dahi kurulabilir: “Toplum ile suçlu çelişmektedir.” Bu birinci önermeyi doğru kabul edelim ve devam edelim: Toplum zaten verili, tanımlanmış, statik bir kavram ise, toplumsal gerçekliğin ne olduğuna ya da ne olmadığına, ne yapacağına ya da ne yapmayacağına, hareketlenmesi halinde toplumun vereceği tepki üzerinden inşa eden kimdir? Toplumsal gerçeklikle bağdaşmadığı varsayılan suçlu! Yani toplumsal gerçekliği görülür kılan toplumun *müessir düzeninin,* toplumun *zor düzeninin,* toplumun *devletinin* nasıl tepki vererek toplumsal kuralı nasıl koyacağına karar vermesini, ezcümle toplumsal gerçeklik denen şeyin nasıl performe olacağını ortaya çıkaran hareketli güç bizatihi SUÇLUDUR! Eğer suçlunun “toplumsal gerçeklik” denen belirsiz, amorf ve anda sabitlenmiş katı haliyle uyuşmayan bir “norm ihlali” hareketliliği olmasaydı, o bir soyut kavram, bir hikmet-i mutlak olarak yerinde duracaktı. *Bir düşünce oyunu* olacaktı.*Buna karşın* ***gerçek devlet*** *ve* ***gerçek hukuk,*** suçluya vereceği tepkiyle - tepkinin biçimiyle, usulüyle, muhtevasıyla - *toplumsal hayatta* ***hakikate*** *dönüşür* ve *sadece düşünsel bir olgu olmaktan çıkar.* “Suçlu”; durağan ve soyut “toplumsal gerçeklik” idesini, hareketliliğiyle tepki vermeye zorlayan eylemli güçtür. Hareketli olan unsur, hareketsiz *durum*u harekete geçirir ve ancak bu hareketlenmeye verilen tepki kendisini pratik *hakikatte* inşa eder. Yani “toplumsal gerçeklik” kendinin inkarı olan “suçlu” sayesinde inşa olur ve toplumsal gerçeklik dediğimiz şeyin kendisi oluşur.

Üstelik toplumsal gerçeklik, bu sıkıcı statik hayatından sonra kendisini hareketlendiren suçluya verdiği tepkiyle artık başka bir şey de olur. Belki de yeni suç tipine ve yeni suçlu tipine vereceği ve daha önce nasıl vereceğini hiç düşünmediği yeni tepkiyle birlikte toplumsal gerçeklik yeni bir şey olur ve *yeniden inşa* olur.

*“Biliyor musun neyi fark ettim,*

*her şey plana göre gittiğinde kimse paniklemiyor.*

*Plan korkunç olsa bile…”*

*“Kurulu düzeni altüst ettiğinde herşey bir anda kaosa sürüklenir.*

*Ben kaosun elçisiyim, kaos adildir”*

(Joker, The Dark Knight, Film, 2008)

“Plan”ı bozan “suçlu”, toplumun “yeni plan” yapmasını sağlayan kişidir. “Kurulu düzeni altüst” eder ve toplum yeni ceza adalet sistemini inşa eder. Bunun ne yönde olacağı, toplumsal düzeni alt üst eden performatif öznenin politik gücüne, örgütlü gücüne ve ideolojik dizgesine ilişkindir. O tartışmaya şimdilik girmeksizin demek istediğimiz hasılı şudur ki; Jakobs normativizminin aksine; toplumsal gerçekliği hareketlendirerek, onu performe ederek onun ne olacağına karar veren, tam da SUÇLUDUR! Kendisine dönen fasit Hegelci diyalektikle değil, ama yeniden inşa sentezlerini kurma perspektifiyle Marksçı diyalektikle tam olarak bunu söyleyebiliriz.

Bu bağlamda Pashukanis'in, “normun bizatihi ihlal üzerine kurulduğu” görüşü bizim görüşümüzün de temelidir. Ancak Pashukanis’de bu tespit başlangıç momentinde yapılıp donuklaşmaktadır.

Pashukanis’i Türkçe’ye kazandıran ve anlaşılır kılan bir başka isim bu noktayı tekrar hareketlendirmek üzere yardımımıza gelmektedir: “Hukuk, **yerleşmiş kuralların bozulmasıyla**, sakatlanmasıyla gelişir. Söz konusu bozmaların yerleşebilmesi için bunların toplumsal ve uygulamalı gereksinimlere denk düşmesi gerekir” diyen Onur Karahanoğulları’nın görüşü (2017:140).

**Biz “hukuk”un kendisinin tam da bu hareketlilik üzerine kurulduğunu, bir normun doğması, onun yıkılması ve yeni norm kurulması olduğunu ileri sürüyor ve bu hareket halindeki sürekli yeniden inşa sürecine *"Performatif Hukuk"* adını veriyoruz.**

Bu dolayımla kaldığımız noktaya dönebiliriz: Bizce *normun ihlali söz konusu olduğunda, bu* ***suçlunun*** *değil,* ***normun*** *hatalı olduğuna* da delalet edebilir.

İnsan hakları hukuku ve insan hakları tarihi perspektifinden bu çok olasıdır.

1789 öncesine gidelim. İşkenceyle ifade almak kilise hukukunun olağan soruşturma usulüydü. Suçu itiraf etmemenin kendisi “suç”tu. Bu belirli andaki formel durumun reddiyeleri doğdu, ve ihlallerden yeni norm doğdu: Susma hakkı, masumiyet karinesi, işkence yasağı vb… Bruno’nun evrenin sonsuz olduğunu ileri sürmesi “norm” ile çelişen bir “suç”tu, norm ortadan kalktı, bir “suçlu”nun o “norm”a uymamasıyla… 1848’de, işçilerin grev yapması yasaktı, suçtu. Newyork’da kadın işçiler buna rağmen grev yaptılar ve öldürüldüler! “Norm” mu hatalıydı, “suçlu”mu? O günün anısına her yıl 8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar Günü kutluyoruz artık… İhlal, andaki “toplumsal gerçekliği” değiştirdi ve yeniden inşa etti…

Türkiye’de kamu emekçilerinin sendika hakkı yoktu. Sendika kurmaya, üstelik grev de yapmaya kalktılar, yargılandılar, cezalandırıldılar… “norm”u ihlal eden “suç” işlediler… Şimdilerde en çok üyesi olan kamu emekçileri sendikası bizzat iktidarın kurdurduğu…

Şerri hukuk “norm”unun dışına düşmenin recm cezası olduğu bir ceza hukuku rejiminden çıkalı henüz yüzyıl olmadı bu topraklarda. Cumhuriyet “ihlali” şerri hukuku kaldırmasaydı ya da kaldıramasaydı, cumhuriyet “teşebbüsçüleri” suçlu, hilafet ve saltanat teokratizmi “toplumsal gerçek” ve “norm” olmaya devam ediyordu belki de…

Peki bu halde, hangi formasyon bir toplumsal gerçek performatikliğini açıklayabilir?

Buna verilmiş ve çoğuna katıldığımız bir yanıt var:

**Praksis Varlığı Olarak İnsan Tasarımı – İnsan Hakları İçin Felsefi Bir Temel[[1]](#footnote-0)**

İnsan haklarının nihai temeli −belli tarihsel koşullara altında, gerçekleşmesi toplumsal var oluş ve gelişmenin zorunlu bir koşulu olan− her bireyin temel ihtiyaçları tarafından oluşturulur. Yasa, sadece, eğer belirli kurallar ve hukuki fiiller böyle evrensel ihtiyaçları dile getiriyorsa adildir, insancıldır ve evrensel olarak geçerlidir. Aksi takdirde, yalnızca kaba gücün bir ifadesi olacaktır. Hukuk, eğer pozitif hukuka, bir devletin yasalarında yazılı olana indirgenirse, o hukuk yönetici elitin belli çıkarlarının haklılaştırmasından başka bir şey olmaz. Böyle bir durumda hukuk, Platon’un *Devlet*’inde Thrasymachus’un savunduğu tarzda “en güçlünün çıkarına olan” anlamına gelecektir (Markovic, 2013).

O halde, hukukun son derece gayri adil olabileceği açıktır. Adil hukuk, devlet otoritesine dayandırılamaz. Hukuk, devletin kendisini de mümkün ve anlamlı kılan üst bir ilke üzerine temellenir. Bu daha yüksek ilke, pozitif hukukun felsefi eleştirisi bağlamında çeşitli tarzlarda yorumlandı: “Doğal hukuk”, “akıl yasası”, “akıl”, “özgürlük”, “dışsal, değişmez adalet”, “mutlak ahlaksal değerler”, “tarihin *logos*u” gibi. Bu yorumlar, hukuki pozitivizme bir meydan okuma, kendisini mevcut tiranca ve gaddar bir düzenin hukuki savunusuyla bağdaştıramayan eleştirel düşüncenin bir ifadesi olarak anlam kazanmıştır. Ne var ki, böyle yorumların temel sınırı onların tarihsel olmayışı hatta tarihsel karşıtı olmalarıdır (Markovic, agy).

Bu yaklaşımın statik, tarih-dışı doğası onu burjuva toplumunun muhafazakâr güçleri için kabul edilebilir kıldı. Ne var ki, insan türünün salt verili olmadığı bir olgudur. İnsan sürekli bir kendi kendini belirleme ve kendi kendini geliştirme sürecinden geçer. Aslına bakılırsa mevcut insan hakları ve özgürlükleri bu giderek artan tarihsel özgürleşme sürecinde sadece bir aşama oluşturur (Markovic, agy).

Kişinin kendini tarihteki artan yaratıcılığa, temel aksiyolojik bir ilke olarak praksise adaması demek, onun evrensel olarak erişilebilir olması *gerektiği*, her kişinin yaşamının normu olması gerektiği iddiasında bulunmak demektir. Böylesi bir kendini adayış, aynı zamanda mevcut toplumsal formların, kurumların ve eylem tarzlarının temel sınırlarının keşfini cesaretlendirme anlamına gelir. Bu, farklı, daha zengin, daha karmaşık, kendini gerçekleştiren yaşamın yeni, saklı olanaklarını deneme ve keşfetme, olanakları idealler şeklinde ifade etme ve onları ortaya çıkaran stratejileri inceleme demektir. Bu türden bir etik konumlanış açıkça *eleştirel* ve *özgürleştirici*dir (Markovic, agy).

Markovic mevcut insan hakları diyaloglarının bu analizinden, şu koşullar gerçekleşirse gelecekteki pek çok çatışmanın çözülebileceği sonucunu çıkarır:

(1) İnsan hakları sadece siyasal hakları değil, ekonomik ve kültürel hakları da içerecek şekilde genelleştirilirse;

(2) İnsan hakları ihlallerinin eleştirisi daha tutarlı ve tarafsız olursa ve düşmanlara olduğu kadar müttefiklere de yöneltilirse;

(3) Devlet egemenliği halkın egemenliğine tabi kılınırsa. (Markovic, agy)

Markovic’in 3 numaralı önermesini biraz geliştirelim:

Duguit, hukukun devletin üzerinde olduğu tezini yüksek perdeden şöyle dillendirir:

“Şiddetle protesto eder ve Devletsiz ve Devletin üstünde de hukuk olduğunu beyan eylerim. Hukuk kuralının ancak Devlet tarafından ihdas edilebileceği ve Devletin mutlak kudreti olduğu pratikte kabul edilemez. Pozitif kanunların dışında ve üstünde de hukuk kuralları vardır.” (1954: 18)

Duguit’in tezini “komünist hipotez” olarak adlandırdığı perspektifinden geliştiren ve bunu en radikal biçimde yapan Mustafa Bayram Mısır ise, Kamu Hukukunu devlete karşı bir mücadele aracı kertesine yükseltir. Duguit’in tezinin, Lenin’in devletin baskı aygıtı ile kamu hizmeti örgütlenmesi aygıtını “sert biçimde” ayıran ‘Devlet ve Devrim’deki bu ayrım argümanına bağlanabileceğini ileri sürer ve şöyle sürdürür: “Duguit’nin maddeci gözlemleri üzerine kurduğu devlet görüşü, devletin sönümlenmesi tezi üzerine kurulan tarihsel materyalist devlet görüşü için bir dizi geçiş programı talebi bakımından olanaklar yaratmakla kalmaz, bizzat hukukun kendisini de devlete karşı bir mücadele alanı olarak yeniden düşünmeyi kışkırtır.” (2013:226,227)

Bu geçişlerle, insan hakları perspektiflerini içine almış, hukuk-devlet özdeşliğine karşı kamusal normları devletin norm dediği “şey”e karşı yerleştiren bir performatif hukuku, ve buradan kurulacak bir “hukuk normunu” kabul edebileceğimizi söylemeye çalışıyoruz. Biçim-öz ilişkisi yeniden kurulmaya açık olmak, ve toplumsal durum değiştiğinde eski normu yıkmaya açık olmak şartıyla.

Ancak bir soruyu daha tartışmamıza ihtiyacımız var: Mevcut hukuk düzeni içinde buna olanak var mıdır?

**DİYALEKTİK HUKUK BİLİMİ**

Türkiye hukuk felsefesi akademisinde Marksist Hukuk kuramına dair açılımlar geliştirme düzeyi; ve hukuk içindeki devinimleri izleyerek, normu, onun biçimini ve içeriğini yeniden kurma imkanları sunma açısından yetkin bir yaklaşımı yukarıda sözünü ettiğimiz Onur Karahanoğulları sunmuş ve “Diyalektik Hukuk Bilimi” tezini ortaya koyduğu aynı eserinde bunu tartışmaya açan bir “çağrı” da yapmıştır (Karahanoğulları, 2017:7). Oradan esinlendiğimiz diyalektik yönteme, “performatif hukuk” önermemizle nesnel olarak örtüşen dayanaklar da sunması bakımından değinmek yerinde olacaktır.

 Hukuk tasvirlerine dair Marksist hukukçularca dahi statik kalan dilemmaya şöyle bir diyalektik sağlar Karahanoğulları: “Hukukun oluşumu, toplumsal ilişkilerden türeyen kurallara iradi müdahale ile gerçekleşir” (235).

 Dolayısıyla hukukun “toplumsal gerçeklik” unsuru ile, buraya dair bir “iradi müdahale” unsurunu bir arada görür Karahanoğulları. Elbette iradi müdahalenin egemeni “devlet”tir. Ancak müdahale süreçlerinde:

1. Doğalında çatışmalı kurallar ve kavramlar vardır (çünkü hukuki söylem ve biçimi eşitsizlikleri bir arada taşır).
2. Karşıt güçler mücadelesi vardır.

 Ona göre, toplumsal ilişkilerde mevcut olan düzenliliklerin devlet tarafından söylenmesi, soyut kurallar olarak düzenlenmesi ve bunların arkasına güç konulması hukuk düzeninin temel kaynağıdır (235). Devletin oluşumuna katkıda bulunduğu ama her halükarda toplumsal ilişkilerden türemiş kuralları iradesinden geçirerek biçimselleştirmesinden *hukuk düzeni* oluşur. Hukuk düzeni toplumsal ilişkilerin *kurgusudur* (235)*.*

Hukukun oluşumunun toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların devletçe dolayımlanması uğrağına değil de, kuralların toplumsal ilişkilerden türemesi uğrağında - hukukun oluşumunun her iki uğrağın da geçilerek gerçekleştiği kabulüyle - uzlaşmaz karşıtlıklara sahip toplumsal öznelerin ilişkilerinden bu nitelikte kuralların türediği görülür (236).

Son kertede taraflardan birinin egemenliğini kurmaya yarasa da bu seçiş toplumsal öznelerin çatışmasını da yansıttığı için hukuk düzeni bir yığın çatışmalı kural, kavram ve kurum barındırır. Hukukun bu özelliğine yapılan vurguyla hak, henüz devlet tarafından biçimselleştirilerek hukuk düzenine dahil edilmese de toplumsal ilişkiden türemiş olan kurallara dayanılarak talep edilebilir (236-237).

Toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların, devlet iradesinden geçmeden hukuk kuralı olarak kabul edilmesi ikili hukuk anlayışını da beraberinde getirir. Egemen sınıfın hukuk düzeninin içinde veya yanı sıra, ezilen sınıfın hukuku mevcuttur. Ezilen sınıfın hukukunun eksiği siyasal iktidardır (238).

Bir seçim olarak toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların devletçe biçimselleştirilmesiyle kurulan hukuk düzeninin içindeki kural, kavram, kategori ve ilkeleri kullanarak hak taleplerini kabul ettirmeye çalışabiliriz veya biçimselleştirilmiş kuralların dışında oluşmuş olduğunu düşündüğümüz hukuk kurallarını taleplerimizin temeli yapmaya çalışırız (238-239).

Hukuk düzeni içinde sonuç doğurma mücadelesi sınıf mücadelesinin kısa veya uzun süreli almak zorunda olduğu bir biçimidir, görünümlerinden birisidir (244).

Toplumsal özneler etkin olup hak taleplerini geliştirdikçe devletin tek yanlılık gücü, taleplere yanıt vermek zorunluluğu ile demokratikleşecektir (247).

**Son Söz**

Henüz tamamlanmış bir ceza hukuku felsefesi kuramı yok. Bu makalenin önermelerinin sınırı da bu değil. Ceza hukuku felsefesinin tamamlanması belki ve ancak sınıfsız bir dünyada mümkün. O eşiğe henüz yolumuz var. Ancak Yeni Dünya Düzeni ve onun Türkiye ayağında kurulmakta olan Düşman Ceza Hukuku da asla sürdürülebilir değil. Buna karşın performatif ve praksisçi bir toplumsal ceza hukuku felsefesi “hangi köşe taşları üzerine kurulmalıdır” sorusuna dair cevaplar *hukuksal, politik, felsefi* ve *pratik* olarak “var”dır. Pratik-politiğin bir ayağı fabrikadaki sınıf mücadelesinden ve sokaktaki hak mücadelesinden, keza bu mücadelenin müdahale ettiği “toplumsal gerçeklik”in performe olmasından; diğer ayağı ise yurttaşlık hukuku talebi olarak adil yargılanma mücadelesinin avukatlık pratisyenliği üzerinden norma müdahale/normun içeriğini ve biçimini tartışmaya açma performatiğinden geçer. Hukuk-politiğin bu diyalektik yürüyüş ile birlikte üretilmesi çabası… Alternatif önermemize dair bir amaç sunabilirsek en makulü bu olur.

“Başka bir Dünya” ve “Başka Bir Hukuk” mümkün. Birlikte yeniden inşa edelim.

19 Aralık 2019

 Av. Doğan ERKAN

**Kaynakça:**

Cotterrell, Roger (2018), **Hukuk Bilimin Politikası**, Pinhan Yayıncılık

Erkan, Doğan (2018), **Ohal Hukukuna Dahi Uymayan Türkiye 2016-2018 Ohal’i Yahut Hukuk Devleti Taahhüdünün Sonu**, Ankara Barosu Dergisi 2018/4 sayısı, s. 375-433

Erkan, Doğan (2019), **OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve OHAL İle Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi**, Ekin Basım Yayın Dağıtım

Gramatica, Filippo (2005), **Toplumsal Savunma İlkeleri**, İmge Kitabevi

Jakobs, Günther (2008), **Düşman Ceza Hukuku-Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme,** Yener Ünver (Ed.), Terör ve Düşman Ceza Hukuku içinde s.507-526, Çev. Mehmet Cemil Özansü, Seçkin Yayıncılık

Karadağ, Ulaş (2018), **Schmitt’in Uğrakları Üzerine: ‘Kararcılık’tan ‘Somut-Düzen’e,** Hukuk Kuramı, C. 5, S. 2 içinde ss. 1-10

Karahanoğulları, Onur (2017) **Marksizm ve Hukuk,** Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap

Duguit, Leon (1954) Kamu Hukuku Dersleri, çev. Süheyp Derbil, Ankara: A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları.

Melia, Manuel Cancio (2017), **Terörizm ve Ceza Hukuku: Engel Olma Hayali, Hukukun Üstünlüğü’ün Karabasanı**, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çev. Serkan Oğuz, S.1. s-115-126

Markovic, Mihailo (2013), **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**,

[sendika63.org/2013/07/insan-haklarinin-felsefi-temelleri-mihailo-markovic-129833/](https://sendika63.org/2013/07/insan-haklarinin-felsefi-temelleri-mihailo-markovic-129833/)

Mısır, Mustafa Bayram (2013), **Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku**, Ankara Barosu Dergisi, sayı: 2013/3

Oralgül, Ezgi Demir (2016), **Judith Butler'ın Kimlik ve Siyaset Anlayışı,** [www.ethosfelsefe.com/ethosdiyaloglar/mydocs/JudithButler.pdf](http://www.ethosfelsefe.com/ethosdiyaloglar/mydocs/JudithButler.pdf)

Paye, Jean Claude (2009), **Hukuk Devletinin Sonu**, Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele, İmge Kitabevi

Pashukanis, Evgeny B.(1926), **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, çev. Onur Karahanoğulları, Birikim Yayınları (2013)

Şanlı, Denizer (2019), **Düşman Ceza Hukuku,** Notabene Yayınları

Yelkenci, Taner (ed.) (2013), **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, Notabene Yayınları

1. Mihailo Markovic [↑](#footnote-ref-0)