

ARGUMENTUM

AYLIK HUKUK DERGİSİ

Temmuz - Aralık • 1993 • Yıl: 3-4 • Sayı: 36-41 • ISSN 1017625X

Yayına Hazırlayan
Fethi Gedikli

Dergimizin bu sayısı İstanbul Alman Kültür Merkezi'nin katkılarıyla yayınlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

INHALTS

- Önsöz [Vorwort] -Fethi Gedikli / 649
Açılış [Eröffnung]- Bakır Çağlar / 651
Eröffnung / Açılış - Johannes Weissert / 653
I. Oturum / 655
Tarihsel Açıdan Sivil İtaatsizlik
[Ziviler Ungehorsam aus historischer Sicht]
Sivil İtaatsizliğin Bir Öncüsü: Sokrates- Hayrettin Ökçesiz / 657
[Ein Vorläufer des zivilen Ungehorsam: Sokrates]
Zum Widerstandsrecht bei Hobbes und Kant - Malte Diesselhorst / 663
[Hobbes ve Kant'ta Direnme Hakkı]
İslam Hukuk ve Devlet Felsefesi Açısından Sivil İtaatsizlik- Hüseyin Hatemi / 671
[Ziviler Ungehorsam aus der Sicht der islamischen Rechts- und Staatsphilosophie]
Tartışma ve Sorular /Diskussion und Fragen / 677
II. Oturum / 681
Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik
[Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat]
T.C. Anayasalarında Devlet Anlayışı- Yılmaz Aliefendioğlu / 683
[Der Staatsbegriff in den türkischen Verfassungen]
Ziviler Ungehorsam und Widerstand / 691
- Naturrechtlich gerechtfertigt?- Martin Kriele
[Sivil İtaatsizlik ve Direnme -Doğal Hukuka Uygun mu?]
Dreizehn Thesen zum zivilen Ungehorsam - Ralf Dreier / 695
[Sivil İtaatsizliğe İlişkin Onüç Tez]
Anayasa Hukuku Açısından Sivil İtaatsizlik - Bülent Tanör / 701
[Ziviler Ungehorsam im Verfassungsrecht]
Tartışma ve Sorular/ Diskussion und Fragen / 705
III. Oturum / 711
Ceza Hukuku Açısından Sivil İtaatsizlik
[Ziviler Ungehorsam aus der Sicht des Strafrechts]
Der Einsatz des Strafrecht zur Bekämpfung des zivilen
Ungehorsams in der Bundesrepublik Deutschland- Gerhard Dannecker / 713
[Almanya Federal Cumhuriyetinde Sivil İtaatsizliğin Önlenmesinde Ceza Hukukunun Devreye Sokulması]
Ceza Hukuku ve Sivil İtaatsizlik - Mehmet Emin Artuk / 724
[Ziviler Ungehorsam aus der Sicht des Strafrechts]
Ceza Hukuku ve Sivil İtaatsizlik - Sami Selçuk / 729
[Ziviler Ungehorsam aus der Sicht des Strafrechts]
Tartışma ve Sorular/ Diskussion und Fragen / 731
Panel/Podiumsdiskussion / 735
Sivil İtaatsizliğin Geleceği
[Die Zukunft des zivilen Ungehorsam]
Katılanlar/ [Teilnehmer]
Bakır Çağlar
Ralf Drier
Hüseyin Hatemi
Martin Kriele
Oturum Başkanı [Leitung]
Ali Güzel

ÖNSÖZ

Uzun ve yorucu çalışmalardan sonra yayımlanabilen **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi**'nin bu sayısı 1993 yılının Temmuz ila Aralık aylarını kapsayacak **altı aylık** özel bir sayı olarak tasarlanmıştır. Konusu ise 11- 12 Haziran 1992'de İstanbul Alman Kültür Merkezi ve **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi**'nin birlikte düzenledikleri " Hukuk ve Devlet Felsefeleri İle Hukuk Doğmatığı Açıklarından Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusunun Değerlendirilmesi" başlıklı sempozyuma sunulan tebliğlerin ve yapılan tartışmaların yayınlanmasıydı. Bugün çok gecikerek de olsa tasarımızı gerçekleştirmenin mutluluğunu duyuyoruz. Bu vesile ile bir kaç noktayı açıklamak isterim:

1. Tebliğler ve tartışmalar sempozyumda sunulduğu biçimiyle burada yayınlanmaktadır. Yalnız Bülent Tanör, Mehmet Emin Artuk ve Sami Selçuk tebliğlerini, sempozyumdan sonra, yeniden gözden geçirip yayın kurulumuza vermişlerdir. Ayrıca Hayrettin Ökçesiz ve M. Emin Artuk tartışmalar bölümlerinde yer alan sözlerini redakte etmişlerdir. Bakır Çağlar ve Johannes Weissert ise sempozyumu açış konuşmalarını, kasete kaydedilmediği için, yeniden kaleme alma zahmetine katlanmışlardır. Kendilerine burada teşekkür ederiz.

2. Medeni itaatsizlik hakkındaki bu yayında yer alan dört Almanca tebliğin Türkçesine yer verilmesi uygun olurdu; maalesef bu gerçekleştirilememiştir, ancak kısa özetleri tebliğlerin akabine konularak bu eksiklik olabildiğince giderilmeye çalışılmıştır.

3. Tartışma ve sorular bölümlerinde üç nokta iminin görüldüğü bir kaç yerde ya konuşmacının adı veya söylediği, ses banları çözüldürken anlaşılammıştır.

4. Almanca yazıların satır sonlarındaki kelime bölünmelerinde teknik zorluklardan kaynaklanan bazı hatalar maalesef giderilememiştir.

Yayına hazırlamada birçok kişinin emeği geçmiştir. İlk, sempozyumun düzenlenmesi ve tebliğlerinin yayınlanması konusunda yoğun çaba harcayan, tebliğlerin bu yayın için toplanmasında ve kimilerinin özetlerinin sağlanması için yazışmalarda bulunan, J. Weissert'in açılış yazısını, Malte Disselhorst ve Ralf Dreier'in tebliğ özetlerini Almanca'dan dilimize çeviren, Alman Kültür Merkezi ile münasebetlerimizi temin eden Hayrettin Ökçesiz'e; ikinci olarak , ta başından beri büyük ilgi ve yardımlarını gördüğümüz ve bu yayının bütün giderlerini müdürü olduğu Alman Kültür Merkezi'nden sağlayan Johannes Weissert'e teşekkür etmek isterim. Ayrıca yakın ilgisini gördüğüm Argumentum'un yeni sahibi ve yazı işleri sorumlusu M.Emin Artuk'a; Almanca metinlerin titiz bir biçimde birinci ve ikinci tashihlerini üstlenen Pervin Somer ve Nurşen Caniklioğlu'na ; ses alma cihazındaki tartışma metinlerini ortaya çıkaran ve Almanca metinlerin en son tashihi üstlenen Murat Akın'a; G. Dannecker'in bildirisinin özetini çeviren M. Kamil Yıldırım'a; M. Kriele'nin tebliğinin ilk cümlelerini Türkçeleştiren Gökhan Antalya'ya, ilgisi için Ayşe Nuhoglu'na, Alman Kültür Merkezi ile iletişimimize aracılık eden Semra Aktaş'a; Türkçe metinlerin tashihinde bana yardımcı olan Gül Saytekin Gedikli ve Eyüp Gedikli'ye; son olarak geniş bir zaman dilimine yayılan dizgiyi büyük bir anlayış ve sabırla gerçekleştiren Nusret Özcan'a ve basımını gerçekleştiren Erhan Erken'e teşekkürü bir borç bilirim.

Bu özel sayının, ülkemizde hukuk devleti uygulamasının yerleşmesine ve bu arada "medeni itaatsizlik" yazısına değerli bir katkı sağlayacağı inancı, Argumentum Aylık Hukuk Dergisinin mensuplarını mutlu etmektedir.

Fethi GEDİKLİ

AÇILIŞ

Bakır ÇAĞLAR *

Sivil itaatsizlik "Vak'ası"nın Hukuki-Felsefi açıdan incelendiği bu bilimsel toplantıda, diğer konuşmacılara örnek kısalıkta olmaya çalışacağım. Fransız Anayasa Konseyi Başkanı ve yargılama alanında "Sol Hümanizma"nın kurucularından **R. Badinter**, "Maastricht Sözleşmeleri ve Avrupa Birliğinin kuruluşu" adlı, 1992 Haziranında düzenlenen bir Kollokyumu açış konuşmasında, bu konularda yüklü bir kariyeri olan **Jean Paulhan**'ı hatırlatarak, geleceğini söylemek için gidilen aşk randevularından söz etmişti. Benim yapacağım konuşma da buna benzeyecek.

Sanırım bugün, "sivil itaatsizlik" Vak'asını, **Hukuk Devleti** ile bitişik ya da birlikte düşünmek gerekir. Eğer bu çalışma hipotezi kabul edilir ise, iki problemin altını çizmek gerekecektir.

Problem Bir.

Bugün Hukuk Devleti, Duvarların çökmesinden sonra, hakim ideoloji haline gelmiştir. Bu tesbit çerçevesinde iki sorunun sorulması gerekir.

Soru bir: Hukuk Devleti'ni hakim ideoloji yapan düşünce çizgisi nedir?

Soru iki: Bugün Hukuk Devleti'nin anlamı nedir?

Problem İki.

"Hukuk Devleti"nde "**Sivil itaatsizlik**" anlayışı nasıl kavranabilir ya da çözümlenebilir? Bu ikinci problemi düşünmek, iki soruyu sormayı da gerektiriyor: Önce Sivil itaatsizlik nedir? Sonra bu soruya verilecek cevaba göre, Hukuk Devleti'nde Sivil itaatsizlik nasıl değerlendirilebilir? Anayasa ve Hürriyetler yeni hukuku ve ideolojisi ile mi yoksa Ceza Hukuku ile mi?. Soru bu şekilde konduğunda, ilk köprü başı kurulabilir.; Hukuk Devleti yeni ideolojisinde, "**Sivil itaatsizlik**" Ceza Yasaları ile değil ama, Anayasa ve İnsan hakları yeni Hukuku ile kavranır. Yapmak istediğim konuşmanın iskeleti, kısaca, bu. (1)

(*) Prof. Dr. Bakır Çağlar, İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesidir.

(1). Bu konuşma banta kaydedilmediği için, yayına hazırlanan metinde sadece konuşma için hazırlanan fişler kullanılmıştır.

Hukuk Devleti'ni **Hakim İdeoloji** yapan gelişme çizgisi, şematikleştirilir ise:

Yetmişli yıllarda şekillenen düşünce, "Devlet'e karşı **Sivil Toplum**" düşüncesidir. Devlet "Fazla"sına karşı tepkiler bu dönemde şekillenmiştir. Bir tarih ekolü Ecole des Annales, bu düşünce akımını beslemiş, "Devlet"in tarihi yerine "Sosyal"ın tarihini yapmıştır. Bu düşünce akımı, politikleşmiş, parti ideolojilerini şekillendirmiş, bir ekonomik model de olmuştur. Türkiye'de II. Cumhuriyet tartışması da bu düşüncenin kalıntılarını kullanır.

Seksenli yıllarda, Kafalar ve Politikalar değişir. Bu yıllar, Devlet'in "**Hukuk Devleti**" olarak geri döndüğü yıllardır. Özellikle, "Devletçi Komünizm" in çöküşü ile boşalan ideolojik alanda, alternatif bir ideoloji olan "Hukuk Devleti" ideolojisi, hakim bir ideoloji haline gelmiştir. Ancak şunu da eklemek gerekir ki, bu "**Tarih'in sonu**" ya da ideolojilerin sonu anlamına gelmez. Gelse idi, bugün "Sivil itaatsizlik" konusunda bir konuşma yapmak da anlamsızlaşır.

Bugün Hukuk Devleti'nin anlamı nedir?

Hukuk Devleti, fert hak ve hürriyetleri ile maddileşen, bir muhteva kazanan Devlettir. Özellikle, hak ve hürriyetlere **demokratik talep** ve haklara sahip olma hakkı, "**fert olma mesleği**"ne tanınan hukuki imkan, Hukuk Devleti'nin alt yapısını kurar.

Bu altyapı içinde Sivil İtaatsizliğin anlamı nedir? Bu ikinci problemin konusu.

"Sivil İtaatsizlik" herşeyden önce, bir "**Siyasi ifade**" biçimidir. Maddileşen anlamı ile, Demokratik Hukuk Devletlerinde, siyasi ifadeler ya Sistemle bütünleşir, korunur, kurumsallaşır ya da Sistem dışında bırakılır, yasaklanır. Bu kritik çizgiyi belirleyen faktör, her şeyden önce Siyasi ifadeye yüklenen "**Şiddet**" unsurudur. "Sivil İtaatsizlik" şiddet unsuru taşımayan bir muhalefet tipi, ya da siyasi ifade biçimi olduğu ölçüde, Sistemin marjında kalan, ama yeni Hukuk Devleti anlayışında, fert olma mesleğinin icraasında etkili bir teknik olarak düşünülmüştür. SİSTEM'i koruma adına, kafalar da ve hukuklarda dikenli tellerin kurulmadığı mekanlar da...

Sonuç da, belki de şu söylenebilir: İnsan hakları yeni ideolojisi, Hukukileşirken, bu yeni "Hukuk"a talep, bugün "Sivil itaatsizlik" Vak'asının düşünülmesi gereken yeni zaman ve mekandır.

AÇILIŞ */ ERÖFFNUNG

Johannes WEISSERT**

Alman Kültür Merkezi, hukuk dergisi ARGUMENTUM ile birlikte 11 ve 12 Aralık 1992 günlerinde "Hukuk ve Devlet Felsefeleri ile Hukuk Dogmatiki Açılışından Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusunun Değerlendirilmesi" konulu bir Türk-Alman Sempozyumu düzenlemiştir. Bu çalışmaya Türkiye'den ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nden birçok ünlü bilimadamı katılmıştır.

Sivil itaatsizliğin tarihesi 19. yüzyılın Amerikalı düşünürü Henry David Threau'ya kadar gider. Onun düşüncelerini 20. yüzyılda Mahatma Gandhi de benimsemişti. Şu söz Gandhi'nindir. "Yurttaş, insanlığını feda etmeden sivil itaatsizlikten vazgeçemez. Sivil itaatsizliği bastırmak, vicdani zincire vurmaktır." Yüzyılımızın özellikle ikinci yarısı, daha çok Anglo-Sakson demokrasilerde, sivil itaatsizliğin geliştiği bir dönem olmuştur. Martin Luther King'in kişiliğinde bu gelenek, onun siyahların yurttaşlık haklarına kavuşmaları için verdiği savaşım bakımından, büyük şehidini bulmaktadır. Almanya'da sivil itaatsizlik hakkı üzerine tartışmalar oldukça geç alevlenmiştir: seksenli yılların başında silahlanma ve orta menzilli silahların konuşlandırılması üzerine oluşan anlaşmazlıkların sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuk devletinde sivil itaatsizlik tartışması, doğal hukuk ile hukuki pozitivizm arasındaki gerilim ilişkisinde devlet hukukunun geçerlik ölçütlerinin neler olduğuna ilişkin bu eski soruya gelip dayanmaktadır. Kimi yazarlar bu sorunsalda demokratik hukuk devletinin mihenk taşı bulurken, diğerleri modern devlet için oldukça ciddi bir tehlikeyi görmektedir. Türk Hukuk Devleti için de bu tartışma elbette büyük bir önem taşımaktadır. Hukuk devletinde sivil itaatsizlik konulu bu Türk-Alman sempozyumu, bildiğim kadarı ile , Türkiye'de bu soruna ilişkin ilk kuramsal ve akademik tartışmayı içermektedir.

Burada bu toplantıya katılan herkese teşekkür etmek istiyorum. Teşekkürüm bilhassa , bu sempozyumu tasarlayan ve başından beri birlikte hazırlayan Bay Dr. Hayrettin Ökçesiz'dir. Editör Bay Fethi Gedikli'ye gönülden teşekkür ederim.

Umuyorum ki, yayımlanmakla bu bildiriler ve tartışmaları uzmanlarınca ve ilgililerince tanınıp bilinecek ve verimli bir tartışmaya yolaçacaktır.

Gemeinsam mit der juristischen Zeitschrift ARGUMENTUM hat das Deutsche Kulturinstitut Istanbul am 11. und 12. November 1992 ein türkisch-deutsches Symposium zum "Der Zivile Ungehorsam im Rechtsstaat aus der Sicht der Rechts- und Staatsphilosophie und der Rechtsdogmatik" veranstaltet. An dieser Tagung haben zahlreiche namhafte Wissenschaftler aus der Türkei und aus der Bundesrepublik Deutschland teilgenommen.

Die Geschichte des zivilen Ungehorsams geht auf Henri David Thoreau, den amerikanischen Denker des 19. Jahrhunderts zurück. Seine Gedanken nahm im 20. Jahrhundert vor allem Mahatma Gandhi auf. Von ihm stammt der Ausspruch: "Der Bürger kann die Bereitschaft zum zivilen Ungehorsam zu unterdrücken, hiesse, das Gewissen in Ketten zu legen." Besonders die zweite Hälfte unseres Jahrhunderts ist vor allen Dingen in den angelsächsischen Demokratien die Blütezeit des zivilen Ungehorsams gewesen. In Martin Luther King findet diese Tradition ihren grossen Märtyrer in seinem Kampf für die Bürgerrechte der Schwarzen. In Deutschland entbrannte die Diskussion über das Recht auf zivilen Ungehorsam verhältnismässig spät, zu Beginn der '80er Jahre in der Auseinandersetzung über die Nachrüstung, die Stationierung neuer Mittelstreckenraketen.

Die Diskussion über den zivilen Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat berührt die alte Frage nach den Kriterien der Geltung des staatlichen Rechts im Spannungsverhältnis von Naturrecht und Rechtspositivismus. Von manchen Autoren wird diese Auseinandersetzung als Prüfstein des demokratischen Rechtsstaates betrachtet, während andere darin für den modernen Staat eine ernste Gefahr sehen. Auch für den türkischen Rechtsstaat ist diese Diskussion von grosser Bedeutung. Das türkisch-deutsche Symposium über den zivilen Ungehorsam im Rechtsstaat ist, soweit ich sehe, in der Türkei die erste theoretische und akademische Diskussion zu dieser Frage.

Ich möchte an dieser Stelle allen danken, die an dieser Veranstaltung teilgenommen haben. Ganz besonders gilt mein Dank Herrn Dr. Hayrettin Ökçesiz, der diese Tagung konzipiert und von Anfang an mit vorbereitet hat. Mein herzlicher Dank gilt auch dem Herausgeber Herrn Fethi Gedikli.

Ich hoffe, dass durch die Publikation die Vorträge und Diskussionen einem grösseren Kreis von Fachleuten und Interessenten bekannt werden und eine fruchtbare Auseinandersetzung auslösen.

(*) Metinlerin Türkçesi için Sayın Hayrettin Ökçesiz'e teşekkür ederiz.

(**) Johannes Weissert, İstanbul Alman Kültür Merkezi Müdürü.

I. OTURUM

Tarihsel Açıdan Sivil İtaatsızlık

[Ziviler Ungehorsam aus historischer Sicht]

SİVİL İTAATSİZLİĞİN BİR ÖNCÜSÜ : SOKRATES

Hayrettin ÖKÇESİZ *

I

Programda yer alan konuşmacılar, bugün ve yarın hukuk devletinde sivil itaatsizlik olgusunu hukuk ve devlet felsefeleri ile hukuk dogmatigi açısından ele alarak irdeleyeceklerdir. Ben burada, kavramsal ve olgusal bazı ön açıklamalar yaptıktan sonra, Sokrates'te sivil itaatsizliğin tipik bir öncüsünü nasıl gördüğümüzü ortaya koymaya çalışacağım. Genellikle düşünülenin tersine, Sokrates'in bir sivil itaatsiz olduğunu söylerken aynı zamanda, daha çok çağdaş bir olgu olan sivil itaatsizliğe kuramsal ve olgusal çerçevesinde bir İlkçağ filozofunun öncülük ettiğinin de ileri sürülmesi elbette dikkate değerdir (1). Bu öncülüğün ilkiğini, sivil itaatsizliğin yakın öncüleri olan Henry David Thoreau'yu, Mahatma Gandhi'yi Martin Luther King'i, düşüncelerinde ve eylemlerinde göz önüne getirdiğimizde, hemen kabul etmemiz gerekir; Sokrates sanki onların herbirinin göbek adıdır. Hukuki pozitivizmin bu antik kültürünün aslında her yönüyle; etiyile, kanıyla, yüceliği ve zayıflığıyla "insan" olduğunu, bu insan oluşun temelinde ise onun vicdani özerkliğinin yattığını, burada ben de bir kez ele alacağım.

Amerikalı filozof Rawls "Bir Adalet Kuramı- A Theory of Justice" adlı eserinde sivil itaatsizliği şöyle tanımlamaktadır: "Sivil itaatsizlik yönetim siyasetinin ya da yasaların değişmesine yol açmak isteyen aleni, şiddetsiz, vicdani fakat aynı zamanda siyasi olan, yasa dışı bir edimdir" (2). Son zamanların en yeni üç tanımını da verdikten sonra olgusal betimlenmesine geçmek istiyorum: Bu tanımlara göre, " Sivil İtaatsizlik devlet gücünün, üçüncü kişilerce de açıkça görülebilir ve anlaşılabilir derecede, haksızlık olarak duyumsanan bir edimine karşı, kabalgüç kullanılmadan ve kamuya açık olarak gerçekleştirilen bir protesto eylemidir. Bu eylem saygıya değer bir siyasi - ahlâki bir motivasyondan kaynaklanır, en azından bir adet suç kalıbına uygun bir hukuk ihlalinin içerir ve norm ihlalinin hukuki sonuçlarına katlanmaya hazır bulunmak tutumunu taşır" (3), ya da " Sivil itaatsizlik devlet gücünün davranışına karşı siyasi- ahlâki bir motivasyonla, kamuya açık bir biçimde, en az bir normun nitelemesine uyan bir hukuk ihlalinin içeren barışçıl bir protesto edimidir" (4).

Bu her ikisi arasında yer aldığını gördüğümüz öteki tanım ise şöyledir: "Sivil itaatsizlik hukuk

devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen barışçıl bir protesto edimidir. Sivil itaatsiz, norm ihlalinin sonuçlarına katlanmaya hazır olduğunu belirtmekle ve bunu göstermekle ediminin içtenliğine olan inancı destekleyebilir" (5)

Sivil İtaatsizliğin, Rawls'ın paradokslu sözüyle "sınırlarında gezinse bile yasaya itaatin çerçevesinde bir yasaya itaatsizlik... " olduğunu; yani "yasanın çiğnenmesine karşın bir yasaya itaatin, kabalgüçsüz ve kamuya açık tarzda bir edimle, yasal sonuçlara katlanmaya hazır oluştaki ifadesini bulduğunu" (6) söylemekle, biraz sonra göreceğimiz gibi, Sokrates'in tutum ve davranışına bir köprü kurmuş oluyoruz.

Örnekleme olarak, bir araştırmadan bir hukuk devleti olan Hollanda'da 1968- 1981 yılları arasında gerçekleşen sivil itaatsizlik eylemlerinin tarzlarını ve toplumsal alanlarını şöyle öğreniyoruz (7): 1) **tarzları:** Toplam 997 adetten; İşgaller (373 adet, % 37), Ablukalar (108 adet, % 11), Bina işgalleri (97 adet, % 10), kamu düzenini bozmak (50 adet, % 6), Boykotlar veya grevler (35 adet, % 4), vergi vermekten kaçınma (16 adet, % 6), sivil hizmetten kaçınma (13 adet, % 1), diğerleri (288 adet, % 29), bilinmeyenler (9 adet, % 1), 2) **konuları:** Toplam 832 adetten; Eğitim, okullar, yüksek okullar ile ilgili sorunlara ilişkin (167 adet, % 20), imar ve ikamet sorunlarına ilişkin (215 adet, % 26), iş hukuku sorunlarına ilişkin (161 adet, % 19), sağıklı kültür sorunlarına ilişkin (63 adet, % 8), çevre/ silahlanma sorunlarına ilişkin (81 adet, % 10), kamu düzenine ilişkin yasama işlemleri ile uyuşturucu konusunda (43 adet, % 5), uluslararası siyasi sorunlara ilişkin (36 adet, % 4), askeri hizmetle ilgili olarak (66 adet, % 8).

Sivil itaatsizlik eylemlerinde, çiğnenen yasayla, karşı çıkılan hukuka aykırılığın özdeş olması zorunluluğu yoktur. Bu bakımdan sivil itaatsizlik dolaylı olarak da gerçekleşebilir. Hatta sivil itaatsizlik olaylarının büyük bir kısmı dolaylı türdendir. Çünkü haksız bulunan yasama ya da yürütme tasarrufunu bir çok durumda çiğnemek olanaksızdır. Çevreye zarar verecek bir termik santralin yapımına ilişkin bir yasaya ya da uluslararası bir antlaşmaya doğrudan itaatsizlik oldukça güçtür. Bunlara karşı sivil itaatsizlik eylemleri, ancak başka hukuk normlarının çiğnenmesiyle gerçekleşebilir.

(*) Yard. Doç. Dr. Hayrettin Ökçesiz, M.Ü. Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

II

Sivil itaatsizlik olgusuna ve tanımına ilişkin bu kısa girişten sonra onun, *Sokrates* 'te rastladığımızı ileri sürdüğüm meşruluk izlerini göstermek istiyorum. *Sivil İtaatsizliğin* meşruluğu sorununda karşımıza çıkan türlü argümanlardan bir kısmını *Sokrates* 'te de buluyoruz.

Aynı kentte (Athenai'da) doğup ölen *Sokrates* (İ.Ö. 469- 399) bize yazılı hiç bir şey bırakmamıştır. Felsefesi, yaşamı ve kişiliği hakkında bildiklerimiz öğrencileri *Platon* ve *Xenophon*'un yazdıklarına dayanmaktadır. Konumuz çerçevesinde bizi burada ilgilendiren, baldıran zehiri içerek ölüme mahkumiyetle sonuçlanan davada ona yüklenen suç ile verilen cezanın infazı karşısında tutum ve düşünceleridir. Bunları *Platon* 'un "Apologia Sokratus" ile "Kriton" isimli eserlerinden öğreniyoruz (8).

Kendisine sunulan baldıran zehirini içmeyi seçmekle *Sokrates* itaatkâr bir yurttaş mıydı? Devletin Tanrılarının yerine, yeni kutsal yaratıklar ortaya atmakla ve bu yolla, gençleri baştan çıkarıp doğru yoldan ayırmakla çiğnediği yasa karşısında da aynı şeyi söyleyebilir miyiz? *Sokrates* itaatkâr bir sivil itaatsiz miydi?

O da, *Antigone* gibi, egemenin buyruğunun ya da Athenai'nın münferit yasalarının üstünde bir hukuka mı inanıyordu? Savunmasında şöyle diyor:

"Beni koyuverseniz bile, beni sizin karşınıza çıkarmak gerektiğini ya da çıkarılırsam yüzde yüz ölüme yazgılı kılmanız gerektiğini - çünkü ölüm cezası verilmezse çocuklarımız *Sokrates*'in öğütlerini dinleyerek büsbütün baştan çıkacak, bozulacaklardır - söyleyen Anytos'u dinlemezseniz; bu sav üstüne bana: «*Sokrates* Anytos'u dinlemeyerek salıvereceğiz seni, ancak bir koşulla, artık bundan böyle insanları sinamayacak, sorguya çekmeyecek, filozofluk etmeyeceksin; bu koşulu yerine getirmezsen öleceksin» deseniz; söylediğim gibi beni bu koşulla salıverirseniz, şöyle yanıtımlarımı size: «Atinalılar saygı ve sevgim vardır sizlere, ama ben size değil, tanrıya boyun eğirim daha çok, son soluğuma değin, elimden geldiğince felsefe ile uğraşmaktan, sizleri buna yöneltmekten, felsefeyi öğretmekten geri durmayacağım... ama özellikle hemşerilerime böyle davranacağım, çünkü sizleri kendime daha yakın duyuyorum..»" (9).

Yukarıdaki alıntıdan ve *Sokrates* 'in diyaloga dayalı sorgulama ve hakikati bulma yönteminden çıkarılabileceği gibi bu üstün hukuk; dogmatik ve ideolojik, tek yönlü dikte edilen düşünsel ve inancaşsal bir içerik olmayıp, aksine mantıksal doğruluk ve yurttaşlık ahlâkı çerçevesinde karşılıklı ikna edil-

meye hazır olmaya dayalı bir süreçten doğan bir üstün hukuktur. *Sokrates*'in bu savunması; doğal hukuk dogmacılığının, aynı biçimde ikna olunmaya kapalı hukuki rölativizmle sona ermesinin arasında; hukuka dair bilginin geçiciliğinin zorunlu kıldığı tartışmanın, eleştirinin ve bu bilginin doğruluğu hakkında bir kanıt olmamakla birlikte gösterge niteliğindeki konsensüsün gerçekleşmelerine uygun bir konumda yer almaktadır (10). Münferit bir yasayı çiğnemekle gösterdiği itaatsizlik ile birlikte, cezaya razı olmakla gösterdiği itaat de, çağımızın sözleşme ve konsensüs kuramlarına dayalı formal, temsili demokrasilerinin hukuk devleti çerçevelerinde dikkate değer bir anlam taşımaktadır.

Aşağıdaki satırlarda *Sokrates*'in hukuka itaati sorununu ele alacağız. *Sokrates* hakkında, yasaya itaatin zorunluluğu iddiasını pekiştirmek için ve sıkça söylenen bir sözü; yani O'nun dahi haksız bir yasaya uyduğu ve nasıl nitelenilirse nitelensin her yasaya itaat gerektiğini söylediği savını irdeleyeceğiz.

Koreli yazar *Gyu-Won Chae*, *Platon*'un "Apologia Sokratus" ve "Kriton" isimli eserlerine dayanarak kaleme aldığı "Sokrates'in Yeni Savunması-Sokrates'in Hukuk Uğruna Haksız Yasalara Karşı Cesurca Savaşımı" ("Neue Apologie des Sokrates-Der tapfere Kampf des Sokrates gegen ungerechte Gesetze um des Rechtes willen") (11) adlı özgün uyarlamasında ona, buraya seçerek aldığım şu sözleri söyletmektedir. (*Platon*'un sözü edilen her iki eserinin metni dikkate alındığında görülecektir ki, bu sözler oradakilerin ya mantıksal bir sonucudur, ya da çağımızın söylemine uyarlanmış bir tekrardır):

"Cezaevinden kaçmamış, aksine baldıran zehirini içmiş olmam bir konudur, önceden beni bağlayan bir yasayı izlemiş ya da çiğnemiş olmam başka bir konudur... Hangi nedenle olursa olsun bir hükümlünün cezasına rıza gösterip göstermemesi bir konudur, ona uygulanan yasanın kamuya buyurduğu şeyi, davadan önce izlediği ya da çiğnediği ise başka bir konudur" (12).

"Davacılarla olan çelişmemin özü, davranışının herhangi bir yasaya aykırı bulunup bulunmadığı değil, onun adil olup olmadığıdır. (...) Benimki gibi adil bir davranışa izin vermeyen bir yasa haksızdır" (13).

"Cezaevinde olduğum sürece herhangi bir norma tabi olarak ve ona uyararak yaşadığımda bu, kendisine göre beni mahkum ettikleri normdan tamamen başka bir normdur. O bir ahlâk normu veya başka bir yasa normu olarak adlandırılabilir ve şu demektir: Hükümlü cezayı kabul etmelidir. Yasaların dilinde ise şöyledir: Cezaevinden kaçan kimse

.... cezalandırılır. Bu normun adil olmadığı hiç bir biçimde söylenemez; O daha çok ahlâkidir. Cezaevinden kaçmamış olmam bir norma uyduğumu dile getirir. Bu adil bir normdur, ama kendisine göre suçlu bulunduğum ise haksız bir normdur" (14).

"Dünyanın insanı düşüncesizce, haksız bir yasayı izlediğimi, haksız bir yasaya itaat ettiğimi söyleyeceklerdir. (...) 'izlemek' ve 'itaat' sözcüklerini, yasayla kamuya yasaklanan veya buyurulan şeyler için mi, yoksa yasayı çiğneyene yasa tarafından yüklenen bir sonuç için mi kullanıldığı açık değildir. (...) Yasanın kamuya buyurduğu şeyi önce ihlal eden, sonra da cezayı kabul eden kimseyi nasıl nitelendiririz? Yasaya karşı itaatkâr mı, itaatsiz mi? Yasayı izliyor mu yoksa çiğniyor mu?" (15).

"Yasanın yapısında izlemenin ve itaat etmenin konusu nedir? O, yasanın sözü edilen davranış normu mudur? Yoksa yasanın içerdiği ceza mıdır? Ceza ise, o zaman bana uygulanan bir yasayı izledim ve aynı yasaya itaat ettim" (16).

Ancak izlemenin ve itaat etmenin konusu ceza değil de yasanın günlük yaşamda nasıl davranılacağına dair buyurduğu şey, yani yasanın içerdiği davranış normu ise, o zaman haksız bir yasayı asla izlemedim, böyle bir yasaya itaat etmedim" (17).

"Davamın sonucu, benim olayım için ölçüt olan yasayı çiğnediğim ve ona karşı itaatsiz bulunduğum açıkça ortadadır. (...) İzlemenin ve itaat etmenin konusu kamuya yüklenen yasa - ah! sizin dilinizde yasanın davranış normu- olduğu sürece haksız bir yasayı asla izlemedim ve ona itaat etmedim. (...) Bir kimse ama izlemenin veya itaat etmenin kabul edilmesi olduğunu ileri sürerse ve benim haksız yasaya itaat ettiğimi söylerse haklıdır. Bu, haksız yasanın kamuya buyurduğunu çiğnedikten sonra cezanın kabul edilmesi gerektiği demektir" (18).

"(...) aranızdan birisi "izlemek" ve "çiğnemek" sözcüklerinin, yasanın günlük davranışlar bakımından kamuya önceden buyurduğu davranış için, buna karşın 'itaat' ve 'itaatsizlik' sözcüklerinin ise onu çiğneyene yüklenen yaptırım bakımından kullanıldığını düşünbilse, Tanrım, sorun, görüldüğü gibi, oldukça kolaylaşırdı" (19).

"Fakat aranızdan bazıları haklı olarak, "bu doğru değil, çünkü -itaat sözcüğünün normal dil kullanımında ne anlama geldiğinin dikkate alınması gerekir" diyebilir (...) En azından 'izleme' sözcüğünün belirli bir durumda, yani cezanın kabul edilip edilmeyeceği sorusu karşısında kullanılmaya-çağı doğru gibi görünüyor. Çünkü bu aşamaya ancak bir yasayı çiğnemiş olan kimse gelebilir (...) Demek ki, 'izlemek' veya 'çiğnemek' sözcüğü bu ba-

kımdan yalnızca ilk aşama için kullanılacaktır. Bu gerçi doğru olabilir, fakat dil kullanımı bakımından 'itaat' sözcüğünün birinci aşama için değil ancak ikincisi için kullanılabilmesi kabul edilmek istenmeyecektir. Çünkü uygulamada yasanın kamuya buyurduğu şeye uyan kimseye severek itaatkâr denir. Nihayet, yasayı çiğnedikten sonra cezayı kabulleneni kimse için de alışkanlık olarak yasaya itaat ettiği söylenir. Cezayı reddederse, o zaman itaatsizdir" (20).

"Siz de, 'itaat' sözcüğünün daha yakından incelenmesi gerektiğini düşünmüyor musunuz? (...) 'İtaat' sözcüğünün günlük yaşamda, hukuki ya da yasal alanın dışında da aşağıdaki bağlamlarda kullanıldığından yola çıkalım: çocuklar anne babalarından itaat etmelidir; Tanrıya itaatkâr olun; emre itaat; (Örneğin, devlete karşı yurttaşın itaati vs.)" (21).

"Bir kimse yasanın kamuya buyurduğu şeyi izlerse; onun yasaya itaat ettiği, çiğnerse; itaatsiz olduğu söylenir. Nihayet, normun çiğnenmesinden sonra cezayla karşı karşıya kaldığını görüp onu kabullerirse; itaatkâr, karşı koyarsa itaatsizdir. Buradan ise 'itaat' sözcüğünün hem yasanın davranış normu karşısında ilk aşamada, hem de yasanın öngördüğü ceza karşısındaki davranış: yani son aşama için, kullanıldığı sonucu çıkar. Buna karşın 'izlemek' ya da 'çiğnemek' sözcüğü kural olarak yalnızca ilk aşama için kullanılmaktadır. İzleme çiğneme, itaat/itaatsizlik ayırımlarında bir başka yan daha zikredilebilir: Örneğin, izleme ve çiğnemede: sonuçtan, itaat ve itaatsizlikte ise: kanaatten söz edilmektedir (...)" (22).

"(...) Beni, birlikte düşünüp ortaya çıkardığımız bu sonuca göre yargıladığınızda, benim, yasanın kamuya buyurduğunun iki aşamasından ilkinde itaatsiz olduğumu ve onu çiğnediğimi söylelemisiniz (...) Ancak son aşamaya, cezaya karşı ise itaatliydim. Ceza bakımından haksız yasaya karşı itaat gösterdim (...) Beni bu yanlış anlamadan dolayı haksız yasanın izleyicisi ya da hatta buna bir örnek olarak görmek gerçekten kaygı vericidir (23).

Bu alıntılardan şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Sokrates kendi adil davranışını engelleyen ve böylelikle en azından onun kendi gözünde haksız olan yasaya itaat göstermek istememiş ancak, soyut olarak "ceza"yı adil saydığı için yasayı çiğnemesi sonucu kendisine yöneltilen somut cezaya itaat etmiştir. Sokrates hiçbir zaman haksız yasanın koşulsuz izleyicisi olarak görülmek istememektedir. Bu "izlememek" onda, haksız yasanın öngördüğü davranış normuna itaatsizlikle birlikte düşünülmesi gerekir, çünkü itaatsizlik onun için kişinin kanaatine, inancına, böylelikle de vicdanına ve ahlaki yanına ilişkindir. Bunun yanında salt izlememek yalnızca

dıştan gözlemlenebilir bir sonuçtur. Bununla birlikte izlemek ya da çiğnemek mantıken, yasanın ancak davranış normu için mümkün olabilmektedir. Ceza-yı izlemek veya çiğnemek olanaksızdır. Ona yalnızca itaat edilir ya da karşı çıkılır. *Sokrates* haksız yasaya itaat etmemiş (iç tutum) ve onu çiğnemiştir (gözlemlenebilir dış sonuç). Cezaya itaat etmiş (iç tutum), ceza normunun öngördüğü davranışı izlemiştir (dış tutum, sonuç). Görüldüğü gibi *Sokrates* haksız yasa karşısında, bu yasayı iki aşamalı: davranış normu ve ceza olarak aldığımızda, itaatsiz bir itaatkârdır. Ancak itaatsizliği de, itaati de kendi adil ve bir "üstün hukuk" tasarımıyla kaynaklanmakta; yasa koyucunun ve yargıcın kararları ile kendi yurttaşlık konumunun değerlendirilmesi yasanın, devletin, yargı hükmünün dışında, özerk bir mercide gerçekleştirilmektedir: O, kendisidir.

Sokrates'in cezaya itaati, cezayı niçin adil saydığı da konumuz olan sivil itaatsizliğin tâbi bulunduğu yaptırımın anlamlandırılması, değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Aşağıda *Apolo-gia Sokratus* ve *Kriton* temelinde, *Gyu - Won Chae*'nin, *Sokrates*'in *Yeni Savunması*'ndan kimi alıntılarla onun cezaya yaklaşımını ortaya koyacağız. *Sokrates* yine şunları söylüyor:

"(...) Devlete, yasaya karşı itaat hakkında bir kez daha düşününüz. Cezaevinde iken, haksızlık yapılmış olsa dahi yasaya, devlete itaatli olmak gerektiğini söylemişim. Bunu yasa karşısında körü körüne itaatle, bir köle yaşantısı ile aynı saymamalıdır; her halde devletin ya da yasanın buyurduğu şeyi yurttaşın kesinlikle izlemesi gerektiğini söylemedim" (24).

"(...) Yasanın ya da devletin, yalnızca adil olan davranış normları izlenmelidir. Ceza ile birlikte kullanıldığı sürece, ben bir hükümlü olarak, ister adil bir yasanın ya da -benim durumunda olduğu gibi- haksız bir yasanın çiğnenmesi söz konusu olsun, itaatle yükümlüyüm" (25).

"(...) *Kriton*'da cezaevinden kaçmanın, yurttaş olmak için gösterilen katılımın sona erdirilmesi olduğunu söylemişim. (...) Yasanın davranış normu, sözleşmenin içeriği; yasanın öngördüğü ceza da, sözleşmenin ihlalinin kefareti olarak alındığında bu sözleşmeye katılımın, yalnızca sözleşmenin içeriğini kapsadığı demek olamaz. Daha çok, sözleşmenin kefareti de içermektedir. Bu demektir ki: Bir sözleşmeye katılım olarak yasaya katılımın sınırı, davranış normunun kesinlikle izlenmesi olmayıp, aksine yasanın çiğnenmesi durumunda ceza karşısında itaat, yani yaptırımın kefareti olarak kabullenilmesidir. (...) Kaçmak bir haksızlıktır; çünkü yasayı, daha doğrusu yasanın yahut devletin davranış normunu her halde kesinlikle izlemekten değil, bilakis

cezalandırma durumunda itaatten ibaret bulunan ve devletin - yönetimin değil- kendisini cürümler karşısında koruyabilmesi için gerekli olan katılımı, bozmaktadır" (26).

"(...) Tut ki tam kaçacağımız (...) sırada yasalar ve devlet karşımıza dikilip şu soruyu soruyorlar bize: «söyle bize *Sokrates*, ne yapmak istiyorsun? Denediğin işin, elinde olduğu kadarıyla, bizi, yasaları ve bütün devleti yok etmekten başka hedefi var mı? Verilen hükümlerin hiç bir gücü olmaz, kişiler onlara uymaz ve onları yok ederse, bir devletin devrilmeyip yaşamaya devam edeceğini mi sanırsın?» bu ve buna benzer başka sorulara ne cevap verebiliriz, *Kriton*? Çünkü verilen hükümlerin yerine getirilmesini isteyen o yıkacağımız yasa aleyhine özellikle bir hatip, söyleyecek neler bulmaz ki. «Devlet bize bir haksızlık yaptı, davamızda yanlış hüküm verdi», diye mi cevap vereceğiz? (...) (27).

"Peki, ya yasalar bize «seninle anlaşmamız bu muydu *Sokrates*? Sitenin verdiği hükümlere uymak zorunda değil miydin? derlerse?» (28).

Yasaya katılım, *Sokrates* için ancak cezaya rıza anlamında söz konusudur. Çünkü o yasanın buyurduğu haksız davranış normunu zaten çiğnemiştir. Yasalar içeriklerinde türülülük gösterirken sonuçları bakımından tek bir özellik taşımaktadır: yurttaşlık sözleşmesiyle bağlayıcılık, yani münferit haksız bir yasanın, genel ve soyut anlamdaki yasayla, sonucu bakımından bütünleşerek onu çiğneyene ahlaki bir yurttaşlık ödevi yüklemesi yahut çiğnenen münferit yasanın başka bir yasayla; başka bir yasanın buyurduğu bir davranış normu ile tamamlanması, yani sözleşmenin ihlali durumunda sonucuna katlanmaya dair verilmiş olan sözün tutulması buyruğu... *Sokrates*'e göre bu : "mahkûm firar etmemelidir" buyruğu, bir davranış normu olarak adildir. Ancak bu anlamda (bir kefareti olarak) yaptırıma itaat öğütlerken, her bir yasanın, öngördüğü davranış biçimlerinde böylesine kesin ve önceden belirlenmiş bir itaati gerektirmediğini de söylemektedir. Münferit yasaların buyurdukları davranış modelleri devletle olan yurttaşlık sözleşmesinin asli unsurları değildir. Onlara uymak ya da uymamak, adil olup olmadıklarına bağlıdır. Ancak yasaya (sözleşmeye) sonucunda itaat etmek daima ve koşulsuz adildir. Burada şu soru akla gelmektedir: İtaat edilmesi gereken cezanın gerçekleşme tarzı adil değil ise bu, cezaya ilişkin davranış modeli yani (mahkûm firar etmemelidir) normu hâlâ izlenecek midir? ona göre, adil olduğu için "ceza"ya itaat, somut ceza normunun içerdiği davranışı izlemek zorunluluğunu doğuruyor. *Sokrates* cezayı adil saymasa idi kendisinden beklenen davranışa (firar etmemeye) elbette uymayacaktı. *Sokrates*, hakkında ki yargı hükmünün haksız olduğunu bilmektedir:

Atinalıların onu ölüme mahkum etmelerini eleştirmekte ve yaptıkları işin kendileri için de iyi olmadığını söylemektedir. Haksız da olsa Sitenin verdiği hükümlere uymak yurttaşlık sözleşmesine itaat için, bu sözleşmeye - yasaya ve devlete uymak adil olduğundan zorunludur.

Burada *Sokrates*'in eylem-düşünce çerçevesini özetle bir daha çizelim: Önce şunu söylemeliyiz; o adil saymadığı bir yasaya, öngördüğü davranış kuralını yerine getirmeyerek itaatsizlik etmiş, bir başka yasaya da, kendisine verilen cezanın haksız olduğunu bilmesine rağmen itaat göstermiştir. İlk durumda belirli bir davranışı buyuran ve uyulmadığı takdirde belirli bir tarzda ve sonuçta bir yaptırım içeren somut bir buyruk söz konusudur. Burada *Sokrates* devletin yahut yönetenlerin her bir buyruğunu adil olup olmadıkları bakımından irdelemekte, onları izlemeye ancak adil oldukları sonucuna varmışsa, karar vermektedir. Çiğnediği buyrukların öngördükleri yaptırımlara da, haklı ya da haksız olsunlar, bir genel yasanın koşulsuz adil olması ve onun da sitenin verdiği yargı hükümlerine kesinlikle uymak gerektiğine işaret etmesi nedeniyle katlanmaktadır: Yani haksız olduğu takdirde yasaya herhalde itaatsizlik beslemekte fakat en kapsamlı itaatini devletle, siteyle yaptığı; onun yasalarına, yargı hükümlerine uyacağına dair sözleşmeye ya da genel ve soyut yasaya karşı göstermektedir. Verdiği sözün tutulacağı yer; sözleşmeye katılımın asıl orada söz konusu olduğu, kefaretin beklendiği ve katılımın cezaya rıza ile tazeleniği bu noktadır. *Sokrates*'in itaatinin bu düzleminde, siteyle arasındaki yurttaşlık sözleşmesine; genel ve soyut anlamda yasaya ve cezaya itaat yer almaktadır. İtaatsizliğinin alanında ise yukarıdaki gibi genel bir itaat tasarımı yerine her bir davranış kuralı kadar itaat ya da itaatsizlik kararı bulunmaktadır. *Sokrates* devlete ve yasaya itaatkâr bir yurttaşdır. Ancak o, adil bulmadığı hiç bir davranış kuralını izlememektedir.

"*Sokrates* niçin bu haksız yasayı çiğnemek istedi?" diye bize sorulduğunda bu sorunun yanıtını yukarıdaki açıklamalarda; "*Sokrates*'in Savunması"nda bulmaktayız. "Pekala, eğer adil davranmış ise, o zaman cezaya niçin rıza göstermektedir?" diye sorulduğunda da bunun yanıtını "*Kriton*"da okumaktayız. *Sokrates*'in her iki davranışı arasında bir çelişki bulunmamaktadır: O kendi adalet tasarımının buyurduğu sonuçları eylemektedir. Onun itaati, norm ile yaptırım arasında bir çelişkinin bulunmadığı hukukadır (29). Ayrıca, bu muhakemede ve infazda, bütünden fiziki olarak küçük bulunan bireyin, onunla tinsel anlamda eşit ve onun karşısında özerk bulunduğunu öğrenmekteyiz. Çünkü *Sokrates*'in edimlerinin ölçütü atinaların koyduğu belirli davranış normları olmayıp, aksine onun kendi vicdanıdır; düşünceleri ve kanılarıdır. İtaatli ve itaatsiz

onun eylemlerine, bizim getirdiğimiz nitelemelerdir. O sadece "adil" olmak istemektedir.

III

İtaatsizlik yetke karşısında direnişin adıdır. Meşruluk ise her ikisinin de ortak sorunudur. Bunların aynı anda meşru bulunmaları mantiken olanaksızdır. *Sokrates* bu çelişkiyi, itaatsizliğini somut davranış kurallarına karşı yönelterek, devletle arasındaki yurttaşlık sözleşmesine, cezayı adil saymakla, itaat ederek gidermektedir. *Hukuk devletinde sivil itaatsizliği* direnme hakkından ayıran bir nokta da budur. Meşruluk iddialarının karşılıklı reddi yerine sivil itaatsizliğin birlikte meşruluğu ileri sürülmektedir.

NOTLAR

- 1) Bernd *Guggenberger*, F.A.Z., 21.1.1984: M. *Kriele*, ziviler Ungehorsam als moralisches Problem, b.y.: M. *Kriele*, Recht, Vernunft, Wirklichkeit, Berlin 1990, s. 435'ten naklen.
- 2) John *Rawls*, A Theory of Justice, Cambridge/mass. 1971. Yukarıdaki alıntılar yazarın bu yapıtının Almanca çevirisinden aldım: "Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1. baskı, Frankfurt/M 1979, s. 401
- 3) Nicolaus H. *Fleisch*, ziviler Ungehorsam oder gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat? (Doktora tezi/ Bern) Grüşch/ İsviçre 1989, s. 174.
- 4) Thomas *Laker*, ziviler Ungehorsam, Geschichte - Begriff - Rechtfertigung, (doktora tezi/ Göttingen), Baden-Baden 1986, s.186.
- 5) Hayrettin *Ökçesiz*, Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusunun Meşruluğu Sorunu, İstanbul 1993, s. 147 (Henüz Yayınlanmamıştır)
- 6) *Rawls*, a.g.y. s. 403.
- 7) Theodor *Ebert*, die Auswirkungen von Aktionen zivilen Ungehorsams in parlamentarischen Demokratien, eine vergleichende Betrachtung, b.y.: Widerstand im Rechtsstaat (hazırlayanlar: Peter *Saladin*, Beat *Sitter*), Freiburg / İsviçre 1988, s. 100, not: 9.
- 8) Bkz. Lexikon der Philosophischen Werke, çıkararlar: Franco *Volpi*, Julian *Nida-Rümelin*, Stuttgart 1988; *Platon (Eflatun)*, Diyaloglar 1, *Sokrates*'in Savunması, çev: *Teoman Aktürel*, s. 9 vd., İstanbul 1982; *Platon (Eflatun)*, diyaloglar 2, *Kriton* (ya da ödev üstüne), çev.: *Tanju Gökçöl*, s. 9 vd., İstanbul 1986; *Vecihi Timuroğlu*, İnançları uğruna öldürülenler, Ankara 1991, s. 17 vd.; *Yaşar Şahin Anıl*, *Sokrates Davası*, İstanbul 1990.
- 9) *Platon*, *Sokrates*'in Savunması, a.g.y. s. 25.
- 10) Her iki tutum karşısında yer alan bu konum için bkz. *Arthur Kaufmann*, Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk doğmatığı (Çev.: Hayrettin *Ökçesiz*) b.y.: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 1. Kitap (HFSA/1), hazırlayan: Hayrettin *Ökçesiz*, İstanbul 1993, s. 20.
- 11) B.y.: ARSP, Vol. 1991 LXXVII/ 1. kitap, s. 108 vd.
- 12) A.g.y. s. 109.
- 13) A.g.y. s. 109.
- 14) A.g.y. s. 109.

- 15) A.g.y. s. 110.
- 16) A.g.y. s. 110.
- 17) A.g.y. s. 111.
- 18) A.g.y. s. 111.
- 19) A.g.y. s. 112.
- 20) A.g.y. s. 112.
- 21) A.g.y. s. 113.
- 22) A.g.y. s. 113 vd.

- 23) A.g.y. s. 114.
- 24) A.g.y. s. 116.
- 25) A.g.y. s. 116.
- 26) A.g.y. s. 116.
- 27) *Platon*, *Kriton*, a.g.y. s. 19.
- 28) A.g.y. s. 19.
- 29) *Chae*, a.g.y. s.119.

ZUM WIDERSTANDSRECHT BEI HOBBS UND KANT

Malte DIESELHORST *

In der Folge wird die Auffassung Hobbes und diejenige Kants getrennt betrachtet. Wir gehen bei beiden davon aus, daß der Vorgang der Gesellschaftsgründung maßgebend auch für das Widerstandsrecht ist.

1. Zunächst der Vorgang der Gesellschaftsgründung nach Hobbes.

Die staatlich geordnete Gesellschaft ergibt sich für Hobbes aus dem kriegerischen Wettstreit der Menschen und der hieraus entspringenden Lebensunsicherheit im Naturzustand als notwendige Folgerung der Vernunft im Interesse der Selbsterhaltung. Insoweit ermittelt die Vernunft das wahre Gut: den Frieden gegen sich affektiv andrängende Scheingüter und veranlaßt die vertragliche Einschränkung des in statu naturali unbeschränkten Rechtes eines jeden.

Hobbes hat eindrucksvoll das Menschenleben mit einem Wettlauf verglichen. Der Kampf um den ersten Rang im Verhältnis zu den anderen bestimmt die menschlichen Affekte. So ist Freude die Vorstellung eines gegenwärtigen Gutes ohne Schmälerung durch ein sich hieran knüpfendes Übel; Abscheu die Vorstellung eines lastenden Übels. Sofern zu dieser Vorstellung die Hoffnung hinzutritt, das Übel könne überwunden werden, so entsteht Zorn, und zwar am häufigsten aus der Empfindung, verachtet zu werden. Stolz (gloriatio) ist die freudige Empfindung, von anderen hochgeschätzt zu werden; Scham (pudor) das Gegenteil. Sehr charakteristisch deutet Hobbes Lachen und Weinen. Zum Lachen reizt plötzliche Freude über Worte und Handlungen, die das eigene Ansehen erhöhen, fremdes mindern und so die eigene Vortrefflichkeit im Vergleich zu anderen deutlich hervortreten lassen. Weinen dagegen breche aus, wenn man sich einer starken Hoffnung plötzlich beraubt sehe. Die Liebe teile sich in so viele Passionen, als es Gegenstände des Verlangens gebe: so in die Liebe zum Geld, zur Macht, auch zum Wissen. Auch die Ruhmsucht hat hier ihren Ort. Erwähnt wird immerhin auch die uneigennützig-Liebe zum Nächsten, in "The Elements" allerdings mit dem charakteristischen Zusatz: es sei ein ausgezeichnete Beweis für die eigene Macht, wenn man helfen könne. Schließlich: Schmerz über die Bevorzugung eines anderen, verbunden mit eigenem Streben, heiße Nacheiferung, verbunden mit dem Bestreben, den Bevorzugten zurückzudrängen, Neid.

Die Affekte, die, wie schon eingangs erwähnt, mechanisch notwendig entspringen, nennt Hobbes auch Störungen des Geistes, sofern sie die rechte

Überlegung beeinträchtigen und im Ergebnis zur Bedrohung des eigenen Lebens führen. Dennoch liegen sie einer Schilderung des gesellschaftlichen Naturzustandes zugrunde. Der Mensch verlange zwar kraft seiner Hilfsbedürftigkeit nach Gesellschaft, suche in ihr aber nur die eigene Ehre und den eigenen Vorteil: kommen die Menschen des geistigen Verkehrs willen zusammen, so sucht jedermann sich durch den Vergleich mit der Unzulänglichkeit anderer zu ergötzen; vereinigt man sich des Handels wegen, so sorgt jeder für sein eigenes Vermögen; geschieht der Zusammenschluß eines Amtes wegen, so ist Rivalität der Amtsgenossen die Folge. Und dies ist nur natürlich, denn der Verbindungswille richtet sich auf das, was dem einzelnen dabei als ein Gut erscheint. So ergibt sich die Rivalität der Menschen untereinander, die zum wechselseitigen Haß führen müsse. Dies gilt vor allem für den geistigen Kampf, den heftigsten von allen: Nicht nur entgegengesetzte Behauptungen, schon die schweigende Nichtzustimmung des Gegners ist verhaßt und führt zur Lust, einander zu verletzen. Ganz allgemein ist es die eitle Selbstüberschätzung, die zu Übergriffen verleitet und die auch den Maßvollen zwingt, seinen Besitz und seine Freiheit zu verteidigen. Das Recht eines jeden auf alles, das dieser Gefahrensituation entspricht, erhöht sie weiterhin: Verdacht und Mißtrauen sind die Folge. Der eine greift mit demselben Recht an, mit dem sich der andere verteidigt, und da die Menschen dieselben Sachgüter begehren, so muß sich notwendig ein Kampf aller gegen alle einstellen.

2. Wollte man diesen Kampf austragen, so fände er nie ein Ende; dem stände die naturalistisch verstandene - Gleichheit aller Menschen entgegen. Sind die Menschen für Hobbes im Naturzustand schon insofern einander gleich, als jedem das Recht auf alle eigenen Handlungen zukommt, so ergibt sich für ihn auch eine Gleichheit der Kräfte in der Ausübung dieser konkurrierenden Urrechte. Erwäge man, wie leicht es auch dem Schwächsten werde, den Stärkeren zu töten, so sei es unbegreiflich, wie sich jemand im Vertrauen auf seine Kraft anderen überlegen dünken könne.

Ist daher im Naturzustand nach Hobbes' Meinung der Krieg die Folge und selbst der zeitweilige Sieger seines Lebens nicht sicher, so liegen die bedrohlichen Folgen dieses Zustandes auf der Hand. Das Leben der im Naturzustand verharrenden Völker bleibe roh, arm und unansehnlich, und es sei ein Wunder, wenn der einzelne alt genug werde, um eines natürlichen Todes zu sterben.

* Prof.Dr. Malte Diesselhorst, Göttingen.

3. Im Interesse der Erhaltung und Erleichterung des eigenen Lebens eines jeden liege es daher, den Frieden zu suchen. Wer im Naturzustand bleiben wolle, in dem alles allen erlaubt ist, widerspreche sich selbst, denn kraft natürlicher Notwendigkeit verlange jeder nach dem eigenen Besten. Das Friedensgebot ist daher die erste und grundlegende Vorschrift der rechten Vernunft, es ist m.a. W. das erste natürliche Gesetz. Aufschubreich ist die nähere begriffliche Ableitung an diesem Ort, da sie Hobbes' Beweisgang in nuce rekapituliert. Zu Recht geschehe, was der rechten Vernunft entspreche, das heiße, was einer Wahrheit entspreche, die aus wahren Prinzipien durch rechte Schlußfolgerung abgeleitet sei. Mit anderen Worten: Das Prinzip (oder erste Gut) des menschlichen Lebens, das Streben nach Selbsterhaltung, fhrt angesichts des aus den menschlichen Leidenschaften entspringenden Krieges aller gegen alle im Naturzustand und der naturalistisch verstandenen Gleichheit aller Menschen zum Vernunftgebot, den Frieden zu suchen. Insofern hat die Vernunft im Dienste der Selbsterhaltung die wahren Güter: Frieden und Sicherheit gegenüber den affektiv erstrebten Scheingtern zu ermitteln.

Der Vorgang der Staatsgründung

1. Eine Pflicht, diese natürlichen Gesetze zu befolgen, besteht nach Hobbes jedoch nur, wenn eben diese Gebote auch von allen anderen beherzigt werden, da man sich sonst durch seine maßvolle Haltung selbst Schaden zufgte. Um die allseitige Erfüllung der Friedensregeln stehe es aber im Naturzustand schlecht. Die meisten Menschen seien allzu geneigt, ihrem unrechtmäßigen Begehren nach einem augenblicklichen Vorteil zu folgen. In dieser Lage reduziert sich die Geltung der natürlichen Gebote auf eine bloße Gewissensverbindlichkeit: man müsse jederzeit bereit sein, sie zu erfüllen, wenn diese Erfüllung zu ihrem Zwecke, der Herbeiführung des Friedens, beitrage. Als Formen der Gesinnung seine sie freilich schlechthin verbindlich, eine blasse Erinnerung an die altnaturrechtliche absolute Geltung der Tugenden, die im Kontext der utilitaristischen Axiomatik Hobbes' als unverarbeiteter Rückstand erscheint. Im übrigen leitet Hobbes aus der fortdauernden Bedrohung jedes einzelnen die Notwendigkeit der Errichtung des Staates im Interesse der Selbsterhaltung her. Diese Konsequenz soll hier noch verfolgt werden.

2. Die Errichtung des Staates ergibt sich für Hobbes aus der Notwendigkeit, aus dem Naturzustand herauszutreten, in dem (trotz der Gewissensgeltung der natürlichen Gebote) weiterhin jedem das Recht auf alles zustehe, in dem, mit anderen Worten, das Recht des Krieges herrsche. Um der Selbsterhaltung willen, d.h. zur Erhaltung des Friedens,

und um die Befolgung der natürlichen Gesetze zu ermöglichen, müsse man sich gegen fremde Angreifer zusammenschließen, und zwar in so großer Zahl, daß im Kampfe gegen sie der Sieg gewährleistet sei. Dieser Zusammenschluß sei aber angesichts der Verschiedenheit der Meinungen, der Absichten und insbesondere angesichts der natürlichen Rivalität der Menschen nur wirksam, wenn eine gemeinsame Macht begründet werde, die die einzelnen durch die Furcht, Strafe zu erleiden, daran hindere, wieder auseinanderzufallen. In bezug auf die zum Frieden und zur Selbsterhaltung notwendigen Mittel müsse ein Wille der Wille aller sein. Dies gewährleiste aber nur die vertragliche Unterwerfung des Willens aller einzelnen unter den Willen des Souveräns. Diese Unterwerfung konstruiert Hobbes als von der Todesfurcht motivierte wechselseitige vertragliche Verpflichtung aller den Staat Gründenden, ihre Urrechte auf den Souverän zu übertragen, genauer: dem Willen des Souveräns keinen Widerstand zu leisten, und die diesen Verpflichtungen entsprechenden bertragungsakte. Aufgrund dieser Rechtsübertragungen gelte fortan der Wille des Souveräns als der Wille aller Staatsangehörigen, auf diese Weise erlange er eine so große Macht, daß er kraft ihrer die Willen der einzelnen zur Einheit und zur Einigkeit bestimmen könne.

3. Als allgemeines apriorisches (?) Modell einer Begründung der Souveränität aus dem Naturgesetz ist Hobbes' Staat sowohl als Demokratie wie als Aristokratie wie auch als absolute Monarchie konstituierbar: Inhaber der Staatsgewalt kann nach Hobbes ebensowohl eine Volksversammlung sein, als auch die Versammlung der Vornehmsten, als auch ein Monarch. Dementsprechend modifizieren sich die Begrndungsakte: Die Demokratie wird durch die wechselseitigen Verträge der einzelnen und die dementsprechende Unterwerfung des Willens aller unter den - durch regelmäßige Abstimmungen zu ermittelnden- Willen der Volksversammlung konstituiert. Nicht etwa kontrahieren die einzelnen mit dem Inhaber der souveränen Gewalt, denn das Volk besteht zur Zeit der wechselseitigen Vertragsabschlüsse noch nicht; es wird erst durch die heraus sich ergebenden Rechtsbertragungsakte geschaffen. Ebenso wenig kann sich die Volksversammlung den einzelnen gegenüber binden: denn im Willen des Souveräns sei nach dessen Konstitution der Wille aller Bürger enthalten. - Die Aristokratie nimmt nach Hobbes ihren Ursprung von der Demokratie: Das Volk übertrage sein souveränes Recht auf die Versammlung der Vornehmsten. Auch dieser Souverän ist nach Hobbes weder dem Volke gegenüber, noch auch den einzelnen gegenüber gebunden: denn dies erste löste sich mit der Übertragung der souveränen Gewalt auf die Versammlung der Vornehmsten auf, der Wille des einzelnen aber sei im Willen der souveränen Gewalt enthalten. Schließlich die

Monarchie: auch sie leitet sich aus der Gewalt des Volkes ab, das ein souveränes Recht auf einen Menschen überträgt.

Auch der Monarch wird niemandem für die empfangene Herrschaft vertraglich verbindlich. Denn das Volk löse sich mit dem Akte der Herrschaftsübertragung auf, die einzelnen jedoch seien zum Gehorsam dem Souverän gegenüber nur durch ihre wechselseitigen Verträge zugunsten eines Dritten, des souveränen Volkes, gebunden, nicht etwa durch Verträge mit dem Inhaber der souveränen Gewalt, kraft deren etwa auch dieser letzte verbunden wäre.

4. Ergibt sich schon aus der juristischen Herleitung der verschiedenen Staatsformen das Bestreben Hobbes', die souveräne Staatsgewalt als umfassende und den Bürgern gegenüber bindungsfrei zu konstituieren, so gibt er unter den Staatsformen der Monarchie durchaus den Vorzug. Im übrigen geht die Allmacht der souveränen Gewalt aus den Aufgaben hervor, die er ihr zuschreibt. Diese leiten sich aus dem Zweck der souveränen Staatsgewalt her, Frieden und Sicherheit unter den Staatsbürgern herzustellen, und müssen angesichts des pessimistischen Menschenbildes Hobbes' umfassend ausfallen. Der Staat hat die Regeln über Gut und Schlecht, Recht und Unrecht, das Nützliche und Unnütze aufzustellen, da die Streitigkeiten der Menschen eben aus ihren verschiedenen Meinungen hierüber entstehen. Weiter: Erst der Staat setzt das Eigentum ein. Denn die umfassende Rechtsübertragung gibt das unbeschränkte Recht auf alles; er teilt also dem einzelnen Bürger das Eigentum zu, das fortan vor Übergriffen anderer Bürger, nicht aber vor dem Eingriff der Staatsgewalt geschützt ist. Im übrigen bestimmt der Staat, was Diebstahl, Totschlag, Ehebruch, Vertragsbruch sei. Da Sicherheit der Zweck war, weshalb die Menschen sich der Staatsgewalt unterwarfen, so muß dem Staat vor allem die Strafgewalt, das "Recht des Schwertes", zukommen; denn ohne dies kann der allgemeine Friede nicht hergestellt werden. Ebenso muß der Staatsgewalt das "Schwert des Krieges" gegen auswärtige Feinde zustehen. Auch das Urteil über die Zulässigkeit des Schwertgebrauches müsse uneingeschränkt bei der souveränen Gewalt liegen. Ferner ist nicht etwa der Staat selbst durch die bürgerlichen Gesetze gebunden: das wäre eine unmögliche Verpflichtung sich selbst gegenüber, da ja die bürgerlichen Gesetze des Staates sind. Den Bürgern kann aber der Staat nicht verpflichtet sein, weil der Wille des Bürgers im Willen des Inhabers der Staatsgewalt enthalten sei. Dieser absoluten Herrschaft der souveränen Gewalt entspricht der schuldige Gehorsam der Bürger; denn sonst wäre das Recht der Herrschaft nutzlos. Ferner muß alles, was der Inhaber der Staatsgewalt tut, straflos sein. Und schließlich darf der Staat nicht dulden, daß Meinungen verbreitet werden, wonach die Gehor-

samspflicht dem Staate gegenüber je entfallen könnte. Dieser Satz richtet sich nach Hobbes' ausdrücklicher Angabe vor allem gegen die Kirche sowie gegen die Freiheit, "die sich unter dem Vorwand der Religion selbst die niedrigsten Bürger herausnehmen. Denn welcher Bürgerkrieg wäre nicht in christlichen Ländern aus dieser Wurzel entsprungen?"

5. Hat Hobbes die souveräne Gewalt als eine den Bürgern gegenüber bindungsfrei konstruiert, so kennt doch auch er Pflichten des Inhabers der Staatsgewalt. Diese konzentrieren sich in dem Satz: Das Wohl des Volkes sei das höchste Gesetz. Die Geltung dieses Satzes leitet er wie folgt her: Die Herrschaft sei des Friedens und des allgemeinen Wohles wegen eingerichtet. Darum verstoße der Souverän gegen die natürlichen Gesetze, wenn er seine Macht anders als zum Wohle des Volkes gebrauche.

- Hält man die Begründung der natürlichen Gesetze aus dem individuellen Nutzen durch Hobbes vor Augen, so muß diese Beweisführung sehr schwach erscheinen: Ihre Voraussetzung ist nämlich, daß der Nutzen der Herrschenden notwendig mit der Wohlfahrt der Untertanen übereinstimme.-

Die Rücksicht auf das Wohl des Volkes gebietet den Schutz gegen äußere Feinde, aus diesem Grunde die Spionage, Rüstung und die präventive Schwächung der Macht der Nachbarn durch List oder durch Gewalt. Für Hobbes ist dies selbstverständlich: Rechtspflichten gegenüber anderen Staaten bestehen nicht, da man sich insofern weiterhin im Naturzustand befindet! Zur Sicherung des inneren Friedens ist es vor allem erforderlich, alle Lehren auszurotten, die zur Rebellion führen können, dagegen die Verbreitung der eigenen Lehren an den Universitäten nach Kräften zu befördern. Ferner ist gleichmäßige Besteuerung aller geboten. Rechten Ehrgeiz müsse man belohnen, umstürzlerischen dagegen bestrafen. Vor allem jedoch müsse man alle Parteien auflösen und zerstreuen, sonst ließe der Fürst den Feind in die eigenen Tore ein. Schließlich rät Hobbes, weder zuviel noch zuwenig Gesetze zu geben, auf daß die Bürger weder zu sehr eingeschlossen würden, noch auch sich zerstreuen, d.h. ihren widerstrebenden Privatinteressen folgen.

Ein Widerstandsrecht gegenüber dem Souverän scheint nach alledem nicht zu existieren. Indessen ist es von Wichtigkeit, daß die Rechtsübertragungen aller einzelnen auf den Souverän den alleinigen Zweck haben, Frieden und Sicherheit unter den Staatsbürgern zu garantieren. Kommt der Souverän dieser Aufgabe nicht nach, so erübrigt sich gewissermaßen die allseitige Rechtsübertragung auf ihn; mit der Folge, daß der Urzustand wieder auflebt. Jeder einzelne hat ein Recht auf alles und gegen jeden, das paradoxerweise dem kongruierenden

Recht jedes anderen entspricht. Mit anderen Worten: Wenn der Souverän sich als unfähig erweist, ist er ipso facto abgesetzt, und der Urzustand tritt wieder in seine gefahrvollen Rechte ein.

Versuchen wir, ein Urteil über diese hobbesischen Auffassungen zu gewinnen, so liegt nahe, daß sie in großem Maße von der sozialgeschichtlichen Wirklichkeit Englands zu seiner Zeit abgehoben sind. In der Tat ist es notwendig, über Hobbes hinaus, eine Auffassung zu den Grenzen der Staatsgewalt und den Rechten des Souveräns zu finden und sie institutionell abzusichern. Geschieht dies nicht, ist dem Bürgerkrieg Tür und Tor geöffnet und die Staatsmacht wird zur Beute des Stärkeren.

Wenden wir uns nun Kant zu: Kants allgemeines Prinzip des Rechtes lautet: "Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann. Kant fügt hinzu: Wenn also meine Handlung oder überhaupt mein Zustand mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, so tut der mir ein Unrecht, der mich daran hindert; denn dieses Hindernis (dieser Widerstand) kann mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen nicht bestehen. Es folgt hieraus auch: daß nicht verlangt werden kann, daß dieses Prinzip aller Maximen selbst wiederum meine Maxime sei, daß ich es mir zur Maxime meiner Handlung mache; denn ein jeder kann freie sein, obgleich seine Freiheit mir gänzlich indifferent wäre oder ich im Herzen derselben gern Abbruch tun möchte, wenn ich nur durch meine äußere Handlung ihr nicht Eintrag tue. Das Rechthandeln mir zur Maxime zu machen ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut. Also ist das allgemeine Rechtsgesetz; handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne, zwar ein Gesetz, welches mir eine Verbindlichkeit auferlegt, aber ganz und gar nicht erwartet, noch weniger fordert, daß ich, ganz um dieser Verbindlichkeit willen, meine Freiheit auf jene Bedingungen selbst einschränken solle, sondern die Vernunft sagt nur, daß sie in ihrer Idee darauf eingeschränkt sei und von anderen auch tätlich eingeschränkt werden dürfe; und dieses sagt sie als ein Postulat, welches gar keines Beweises weiter fähig ist. "Diese Handlungsfreiheit eines jeden muß mit derjenigen eines jeden anderen nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen können. Das dementsprechende Gesetz als Rechtsgesetz kommt nicht ohne weiteres mit dem kategorischen Imperativ überein, vielmehr fordert es nur äußere Handlungen bzw. die Unterlassung derselben. - Kant drückt dies auch so aus: Meine Freiheit sei "in ihrer Idee" auf die Koexistenz mit der Handlungsfreiheit aller anderen eingeschränkt und dürfe insofern von anderen auch tätlich

eingeschränkt werden. Es kann nicht die Absicht dieses Beitrages sein, Kants Rechtslehre, auch sofern er die betreffenden Institute "naturrechtlich" nennt, umfassend darzustellen und zu würdigen. Vielmehr beschränken wir uns mit Mary J. Gregor darauf, die Prinzipien erworbenen Rechts zu skizzieren; diese Skizze führt pars pro toto zur intelligiblen Nötigung, einen Gesellschafts- und Staatsvertrag anzunehmen.

"Ich kann ein Weib, ein Kind, ein Gesinde und überhaupt eine andere Person nicht darum das Meine nennen, weil ich sie jetzt, als zu meinem Hauswesen gehörig, befehlige oder im Zwinger und in meiner Gewalt und Besitz habe, sondern, wenn sie sich gleich dem Zwange entzogen haben und ich sie also nicht (empirisch) besitze, dennoch sagen kann, ich besitze sie durch meinen bloßen Willen, so lange sie irgendwo oder irgendwann existieren, mithin bloß rechtlich; sie gehören also zu meiner Habe nur alsdann, wenn und sofern ich das letztere behaupten kann". Kant fährt fort: "Etwas Äußeres als das Seine zu haben, ist nur in einem rechtlichen Zustand unter einer öffentlich Gesetzgebenden Gewalt d.i. im bürgerlichen Zustande möglich: Wenn ich (wörtlich oder durch die Tat) erkläre, ich will, daß etwas Äußeres das Meine sein solle, so erkläre ich jeden anderen für verbindlich, sich des Gegenstandes meiner Willkür zu enthalten: eine Verbindlichkeit, die niemand ohne diesen, meinen rechtlichen Akt haben würde. In dieser Anmaßung aber liegt zugleich das Bekenntnis: jedem andern in Ansehung des äußeren Seinen wechselseitig zu einer gleichmäßigen Enthaltung verbunden zu sein; denn die Verbindlichkeit geht hier aus einer allgemeinen regel des äußeren rechtlichen Verhältnisses hervor. Ich bin also nicht verbunden, das äußere Sein des anderen unangetastet zu lassen, wenn mich nicht jeder andere dagegen auch sicherstellt, er werde in Ansehung des Meinigen sich nach eben demselben Prinzip verhalten; welche Sicherstellung gar nicht eines besondern rechtlichen Akts bedarf, sondern schon im Begriffe einer äußeren rechtlichen Verpflichtung, wegen der Allgemeinheit, mithin auch der Reziprozität der Verbindlichkeit aus einer allgemeinen Regel, enthalten ist. Nun kann der einseitige Wille in Ansehung eines äußeren, mithin zufälligen Besitzes nicht zum Zwangsgesetz für jedermann dienen, weil das der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen Abbruch tun würde. Also ist nur ein jeden anderen verbindender, mithin kollektiv- allgemeiner (gemeinsamer) und machthabender Wille derjenige, welcher jedermann jene Sicherheit leisten kann. - Der Zustand aber unter einer allgemeinen äußeren (d.i. öffentlichen) mit Macht begleitenden Gesetzgebung ist der bürgerliche. Also kann es nur im bürgerlichen Zustande ein äußeres Mein und Dein geben.

Folgesatz: Wenn es rechtlich möglich sein muß, einen äußeren Gegenstand als das Seine zu haben, so muß es auch dem Subjekt erlaubt sein, jeden an-

deren, mit dem es zum Streit des Mein und Dein über ein solches Objekt kommt, zu nötigen, mit ihm zusammen in einer bürgerliche Verfassung zu treten".

Hören wir weiter Kant: "Es ist nicht etwa die Erfahrung, durch die wir von der Maxime der Gewalttätigkeit der Menschen belehrt werden, und ihrer Bösartigkeit, sich, ehe eine äußere machthabende Gesetzgebung erscheint, einander zu befehlen, also nicht etwa ein Faktum, welches den öffentlichen gesetzlichen Zwang notwendig macht, sondern sie mögen auch so gutartig und rechtliebend gedacht werden, wie man will, so liegt es doch, a priori in der Vernunftidee eines solchen (nicht-rechtlichen) Zustandes, daß, bevor ein öffentlich gesetzlicher Zustand errichtet worden, vereinzelt Menschen, Völker und Staaten niemals vor Gewalttätigkeit gegen einander sicher sein könne, und zwar aus jedes seinem eigenen Recht zu tun, was ihm recht und gut dünkt, und hierin von der Meinung des anderen nicht abzuhängen; mithin das erste, was ihm zu beschließen obliegt, wenn er nicht allen Rechtsbegriffen entsagen will, der Grundsatz sei: man müsse aus dem Naturzustand, in welchem jeder seinem eigenen Kopfe folgt, herausgehen und sich mit allen anderen (mit denen in Wechselwirkung zu geraten er nicht vermeiden kann) dahin vereinigen, sich einem öffentlich gesetzlichen äußeren Zwange zu unterwerfen, also in einen Zustand treten, darin jedem das, was für das Seine anerkannt werden soll, gesetzlich bestimmt und durch hinreichende Macht (die nicht die seinige, sondern eine äußere) zuteil wird, d. i. er solle vor allen Dingen in einen bürgerlichen Zustand treten".

Kant fährt fort: "Zwar durfte sein natürlicher Zustand nicht eben darum ein Zustand der Ungerechtigkeit (iniustus) sein, einander nur nach dem bloßen Maße seiner Gewalt zu begegnen; aber es war doch ein Zustand der Rechtlosigkeit (status iustitia vacuus), wo, wenn das Recht streitig (ius controversum) war, sich kein kompetenter Richter fand, rechtskräftig den Ausspruch zu tun, aus welchem nun in einen rechtlichen zu treten, ein jeder den anderen mit Gewalt antreiben darf; weil, obgleich nach jedes seinen Rechtsbegriffen etwas Äußeres durch Bemächtigung oder Vertrag erworben werden kann, diese Erwerbung doch nur provisorisch ist, so lange sie noch nicht die Sanktion eines öffentlichen Gesetzes für sich hat, weil sie durch keine öffentliche (distributive) Gerechtigkeit bestimmt und durch keine dies Recht ausübende Gewalt gesichert ist".

"Wolle man vor Eintretung in den bürgerlichen Zustand gar keine Erwerbung, auch nicht einmal provisorisch, für rechtliche erkennen, so würde jener selbst unmöglich sein. Denn der Form nach enthalten die Gesetze über das Mein und Dein im Naturzustand eben dasselbe, was die im bürgerlichen vorschreiben, sofern dieser bloß nach reinen Ver-

nunftbegriffen gedacht wird: nur daß im letzteren die Bedingungen angegeben werden, unter denen jene zur Ausübung (der distributiven Gerechtigkeit gemäß) gelangen.

- Es würde also, wenn es im Naturzustand auch nicht provisorisch ein äußeres Mein und Dein gäbe, auch keine Rechtspflichten in Ansehung desselben, mithin auch kein Gebot geben, aus jenem Zustande herauszugehen".

- Es scheint mir auf der Hand zu liegen, daß Kant sich hier mit Hobbes auseinandersetzt. Nicht - (erst) -etwa die Erfahrung von der Gewalttätigkeit der Menschen macht den öffentlichen Zwang notwendig, vielmehr "sie mögen so gutartig und rechtliebend gedacht werden, als man will", im Naturzustand wird Rechtsbehauptung auf Rechtsbehauptung stoßen und damit Gewalttätigkeit auf Gewalttätigkeit. Dies ist der äußerlich nötigende Grund, eine bürgerliche Verfassung einzugehen, in der, was im Naturzustand nur provisorisch Mein und Dein genannt werden konnte, durch bürgerliche Zwangsgesetze öffentlich festgesetzt (und in diesem Sinne zuteil wird); eine Zuteilung, die durch die Gerichtsbarkeit fortgesetzt wird, um mit der Exekution der Urteile zum Ziele zu gelangen.

Es ist also der Streit ums Recht, - und zwar nicht wie bei Hobbes um ein chimärisches, sondern um ein "an sich" gegebenes, wenn auch nur provisorisches, das den einzelnen "nötigt", aus dem Naturzustand herauszutreten.

Hören wir nun Kant zunächst zur idealen Staatsverfassung, d.h. "zum Staat in der Idee, wie er nach reinen Rechtsprinzipien sein soll, welcher jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinen Wesen (also im Inneren) zur Richtschnur (norma) dient". Im einzelnen:

"Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d.i. den allgemeinen vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschergewalt (Souveränität), in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt, in der des Regierens (zu Folge dem Gesetz) und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz), in der Person des Richters (potestas legislativa, rec-toria et iudiciaria) ..."

Zu jeder der drei Gewalten äußert sich noch Kant einzeln: "die gesetzgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen. Denn, da von ihr alles Recht ausgehen soll, so muß sie durch ihr Gesetz schlechterdings niemand unrecht tun können. Nun ist es, wenn jemand etwas gegen einen anderen verfügt, immer möglich, daß er ihm dadurch unrecht tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn volenti nun fit iniuria). Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzge-

bend sein". Es sei noch Kants Auffassung zum Verhältnis der drei Gewalten im Staat wiedergegeben:

"Die drei Gewalten im Staate sind also erstlich einander, als so viel moralische Personen, beigeordnet (potestates coordinatae), d. i. die eine ist das Ergänzungsstück der anderen zur Vollständigkeit (complementum ad sufficientiam), so, daß eine nicht zugleich die Funktion der anderen, der sie zur Hand geht, usurpieren kann, sondern ihr eigenes Prinzip hat, d.i. zwar in der Qualität einer besonderen Person, aber doch unter der Bedingung des Willens einer oberen gebietet; drittens, durch Vereinigung bei jedem Untertanen sein Recht erteilend sein."

"Von diesen Gewalten, in ihrer Würde betrachtet, wird es heißen: der Willen des Gesetzgebers (legislatoris) in Ansehung dessen, was das äußere Mein und Dein betrifft, ist untadelig (irreprehensibel), das Ausführungs- Vermögen des Oberbefehlshabers (summi rectoris) - also der Spitze der Exekution-unwiderstehlich (irresistibel) und der Rechtsanspruch des obersten Richters (supremi iudicis) unabänderlich (inappellabel).

Die Richter werden, und zwar für jeden Akt besonders, vom Volk gewählt. - Man sieht: die gesetzgeberische Gewalt ist die oberste, die beiden anderen Gewalten sind ihr sowohl beigeordnet als auch untergeordnet. Rousseau, nicht aber Montesquieu, scheint auch bei diesem Gedankengang Pate gestanden zu haben.

- Es sei nun doch der wesentliche Inhalt der allgemeinen Anmerkung A mitgeteilt, in der sich Kant im wesentlichen mit der Differenz zwischen Idee und historischem Faktum auseinandersetzt. Dort heißt es: "Der Ursprung der obersten Gewalt ist für das Volk, das unter derselben steht, in praktischer Absicht unerforschlich ist: d. i. der Untertan soll nicht über diesen Ursprung als ein noch in Ansehung des ihr schuldigen Gehorsams zu bezweifelndes Recht (ius controversum), werktätig vernünfteln. Denn, da das Volk, um rechtskräftig über die oberste Staatsgewalt (summum imperium) zu urteilen, schon als unter einem allgemein gesetzgebenden Willen vereint angesehen werden muß, so kann und darf es nicht anders urteilen, als das gegenwärtige Staatsoberhaupt (summus imperans) es will".

- Trägt dieses Argument wirklich etwas aus? Verkörpert der summus imperans wirklich diesen allgemeinen gesetzgebenden Willen im Sinne der Theorie Kants? Aber hören wir weiter: "Ob ursprünglich ein wirklicher Vertrag der Unterwerfung unter denselben (pactum subiectionis civilis) als ein Faktum vorhergegangen oder ob die Gewalt vorherging und das Gesetz nur hintennach gekommen sei, oder auch in dieser Ordnung sich habe folgen sollen: das sind für das Volk, das nun schon unter dem bürgerlichen Gesetze steht, ganz zweckleere, und doch den Staat mit Gefahr bedrohende Vernünfteleien;

denn wollte der Untertan, der den letzteren Ursprung nun ergrübelt hätte, sich jener jetzt herrschenden Autorität widersetzen, so würde er nach den Gesetzen derselben, d. i. mit allem Recht, bestraft, vertilgt, oder (als vogelfrei, exlex) ausgestoßen werden."

- Man glaubt beinahe, Hobbes zu hören, der die höchste Gewalt jedenfalls als eine den Untertanen gegenüber bindungsfreie konstruierte. Mit Kants Idee des Sozialvertrages und der richtigen Verfassung stimmt seine soeben berichtete Auffassung jedenfalls nicht überein. "Die den Staat mit Gefahr bedrohenden Vernünfteleien" sollen aus diesem Grunde nicht in praktischer Absicht angestellt werden, - bei Gefahr der zu Recht erfolgenden Bestrafung, Vertilgung desjenigen, der sich der jetzt herrschenden Autorität widersetzt. Kant ist offenbar bereit, in einem solchen Falle Hochverrat anzunehmen. Weiter: "Ein Gesetz, das so heilig (unverletzlich) ist, daß es, praktisch auch nur in Zweifel zu ziehen, mithin seinen Effekt einen Augenblick zu suspendieren, schon ein Verbrechen ist, wird so vorgestellt, als ob es nicht von Menschen, aber doch von irgendeinem höchsten tadelfreien Gesetzgeber herkommen müsse, und das ist die Bedeutung des Satzes: "Alle Obrigkeit ist von Gott", welcher nicht einen Geschichtsgrund der bürgerlichen Verfassung, sondern eine Idee, als praktisches Vernunftsprinzip, aussagt: " der jetzt bestehenden gesetzgebenden Gewalt gehorchen zu sollen; ihr Ursprung mag sein, welcher er wolle".

- Der Grund für Kants Auffassung und für seine Argumentation dürfte sein, die Sicherheit des Staates und damit diejenige seiner einzelnen Bürger zu bewahren, - (auch ihre Rechtssicherheit?). - erstaunlich bleibt dabei doch, wie Kant den möglichen Macht- und Gesetzgebungsmissbrauch des Souveräns auch hier außer acht läßt. Kant fährt fort: "Hieraus folgt nun der Satz: der Herrscher im Staat hat gegen den Untertan lauter Rechte und keine (Zwangs-) Pflichten. - Ferner wenn das Organ des Herrschers, der Regent, auch den Gesetzen zuwider verführe, z. B. mit Auflagen, Rekrutierungen und dergleichen, wider das Gesetz der Gleichheit in Verteilung der Staatslasten, so darf der Untertan dieser Ungerechtigkeit zwar Beschwerden (gravamina), aber keinen Widerstand entgegensetzen".

- Hier wird Kant sehr deutlich: "selbst der für erträglich ausgehende (-!-) Mißbrauch der obersten Gewalt kann einen Widerstand 'als die ganzgesetzliche Verfassung zernichtend' nicht begründen". Die Gefahren und Mißstände eines Bürgerkrieges scheinen Kant als das gravierendste Übel, demgegenüber selbst eine mißbräuchliche Ausübung der Staatsgewalt verhältnismäßig leichtwiegt. Wird doch durch den Bürgerkrieg die ganze gesetzliche Verfassung zernichtet. Neu ist das Kantische Argument: das Volk schwinde sich in einem Widerstand gegen die

Staatsgewalt als Untertan zugleich zum Souverän auf, was widersinnig sei. - Doch nicht nach Kants eigener Theorie! - Das Argument Kants: wer denn in diesem Streit zwischen Volk und Souverän Richter sein solle, scheint allerdings schwer zu widerlegen: indessen: zunächst entscheidet nicht der Richter, sondern entscheiden die Waffen! (Allerdings ein Hinweis darauf, daß ein Bürgerkrieg Krieg ist!).

Schließlich fährt Kant fort: "Eine Veränderung der (fehlerhaften) Staatsverfassung, die wohl bisweilen nötig sein mag- kann also nur vom Souverän selbst durch Reform, aber nicht vom Volk, mithin durch Revolution verrichtet werden". Nun noch eine

abshließende Bemerkung. Kant konstituiert oder vielmehr konstruiert im Ansatz den Rechtsstaat im heutigen Sinne. Es ist eine naheliegende Auffassung, im Rechtsstaat ein Widerstandsrecht nicht zuzulassen; insofern ist die Auffassung Kants einleuchtender als die Auffassung Hobbes. Allerdings sprechen die Fakten dagegen, daß das Ideal des Rechtsstaates jederzeit verwirklicht sei. Mit dieser Tatsache setzt sich Kant doch wohl nicht genügend auseinander. Allerdings ist einem Widerstand des Volkes, der in einen Bürgerkrieg ausarten würde, die Stärkung der Institutionen des Rechtsstaates vorzuziehen; - insofern behält die Auffassung Kants ihr Recht.

Malte Diesselhorst

" Widerstand bei Hobbes und Kant"
[Hobbes ve Kant'da Direnme Hakkı] adlı bildirinin özeti: *

I. *Hobbes*, insanların kendi aralarındaki savaççı rekabetleri ve yaşamda kalma güdülerini bakımlarından, herkese karşı ileri sürülen bütün doğal hakların sınırlandırılması zorunluluğunu doğuran ayrıştırıcı, çözücü bir toplum çıkarsamasından hareket eder. Sosyal sözleşme böylelikle yeterince güdülenmiştir. Bu sözleşme doğrudan, İnsanların saldırgan eğilimlerinin, onların yararına olmak üzere,

re, egemenin baskın karşı gücü ile denglenmesi gereğini doğuracak olan Egemenlik Sözleşmesine götürecektir. Ancak, egemen uyruklarının yaşamsal alanına el uzatırsa, o zaman ne olacaktır? Bu durumda bireyin yaşamda kalmak güdüsünden kaynaklanan hakları yeniden geçerli olacaktır. Bu anlamda direnme egemene karşı caizdir.

II. *Kant* da *Hobbes* gibi sosyal sözleşmeden hareket etmektedir, ancak o bu sözleşmeyi hukukla güdüler; bütün bireylerin hakları tanınma ve ikincil yaptırımlarla güvenceye alınmalıdır. Hakkın somutlaşmasını yasakoyucu meclis ve mahkemelerin hükümleri sağlar. Monark *Kant'a* göre kendi sınırlarının gerisine itilmiştir. Bir direnme hakkına gerek yoktur."

(*) Metnin Türkçesi için Hayrettin Ökçesiz'e teşekkür ederiz.

İSLÂM HUKUK VE DEVLET FELSEFESİ AÇISINDAN SİVİL İTAATSİZLİK

Hüseyin HATEMİ *

I- Kavramın İslâm Düşüncesi'ndeki Temellendirilmesi

İslâm Hukuk Felsefesi; zorunlu olarak bir İlahî - Tabiî Hukuk Felsefesidir. İslâm Hukuk Felsefesinin bu niteliği; Genel Felsefe alanındaki Ontoloji düşüncesi ile de zorunlu olarak bağımlı ve onunla tutarlıdır. Normatif kuralların koyucusu ile; Tabiat Kanunlarının koyucusu, aynı ve tek Mutlak ve zorunlu Varlık'tır, Tek Yaratıcı olan Allah'dır (K, XXI, 22). Böyle olunca da; Tabiat Kanunları ile Temel Ahlâk ve Hukuk normları arasında çelişme değil âhenk, uyum vardır. Tabiat Kanunları alanı; gerçek yargıları alanıdır. Temel Ahlâk ve Hukuk normları ise, bu Tabiat Kanunları'nın tümünde temsil edilen Gerçek'e dayanan, değer yargıları içeren veya değer yargıları alanına ilişkin buyruk ve yasaklardır. Bu "Ontoloji"de; Allah'ın varlığı bir "Postulat" değil, bir apaçıklıktır, isbatı gerekmeyen gerçekliklerin en açığıdır. Mantıklı bir ontolojik düşünce'nin "Yokluk" (Hiçlik) ilkesinden başlamasına, harekete geçmesine imkân yoktur. "Hiç"den "varlık" doğması imkânsız ve "absürde" bir düşüncedir. Bu konuda şüpheye düşmek dâhi, "Mutlak ve zorunlu Varlık"ın (Allah) varlığının başlıbaşına apaçık delilidir. Çünkü şüpheye düşmek dahî şüpheye düşen bir "özne"nin (subjekt) varlığını gerektirir. "Hiçlik"ten şüphe bile doğamaz. "Mutlak Varlık"a "Tabiat" demenin de anlamı yoktur. Bu tutum; Yaratıcı Allah'a Tabiat adını vermekten başka bir şey değildir, Mutlak Varlık, kendisini materyalist sanan bir Felsefe'de bile, en sağlam bir ikrarını bulmaktadır. İşte böyle bir ontolojik anlayışa sahip olan İslâm Felsefesi içinde İslâm Hukuk Felsefesi'nin de İlahî - Tabiî Hukuk Felsefesi olarak adlandırılması; esasen başka bir nitelendirmeyi düşünülemez kılan bir mantıkî sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. (**)

* Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

** Tabiî Hukuk; gerçek anlamı ile kullanıldığı takdirde, ancak İlahî - Tabiî Hukuk olabilir. "Naturalist" ve "materyalist" Tabiî Hukuk görüşleri, değer normu içeren felsefî görüşler değil, ancak yanlış gözlemlere dayanan "Kuvvetli'nin Hukuku", "Orman Kanunu" görüşleri olabilir. Tanrısız Tabiî Hukuk olamayacağı konusunda bkz. F. M. SCHMÖLZ (Herausgeber), Das Naturrecht in der politischen Theorie, Wien 1963, s. 117'deki tartışmalar ve KELSEN'in görüşü.

Bu İlahî - Tabiî Hukuk Felsefesi içinde; "insan hakları" kavramı yine zorunlu olarak Hukuk Felsefesi ile Pozitif Hukuk arasında kurulması gereken köprüyü kuran temel kavramdır. Bu köprü-kavramdan önce, buna bağlantılı olarak, Felsefe alanında kalan, fakat "insan hakları" kavramına ayrılmaz biçimde bağlanıp destek veren kavram da "Adalet" kavramıdır. "İnsan hakları" köprü hattının, mecrasının aracılığı ile, Felsefe'nin "adalet" değeri, Pozitif Hukuk'un uyması gereken bir ölçüt olarak Pozitif Hukuk alanına da geçer. "İnsan hakları"ni istemek, yöneticilerden "adalet" e uymalarını istemek anlamına da gelir. Felsefe alanındaki "adalet" değerinin kaynağı da, bütün yüce ve değişmez değerlerin tek kaynağı olan "İlahî sevgi"dir. İlahî sevgi de esasen "Yaratma" dediğimiz "Genesis" in, "Tekvîn" in özüdür. Batılılar burada - özellikle son Yüzyıl'da güçlenen İslâm karşıtı propaganda'nın etkisi altında kalarak - Goethe'yi unuturlar ve İslâm'a Goethe'nin gözü ile değil, önyargı gözlüğü ile bakarlar. Batılı düşünürlerin çoğunluğuna göre İslâm "sevgi dini" değil "korku dini"dir. "Sevgi dini" olunca, "İlahî sevgi"den kaynaklanmayan sahte değer ölçülerine, "sevgisizlik" in "karşı-değer"lerine karşı çıkma imkânı ve ödevi, hiç değilse "ümid"i doğacaktır. "Korku dini" ise, "körükörüne itaat" demektir. Yabancılaşma (Entfremdung) süreci sonucunda bilinçsizleştirilmiş, köleleştirilmiş halk yığınlarının, "gerçek değer" ve "sahte - değer" ayırımı yapmaksızın yöneticilere itaati demektir. Korku dininin hâkim olduğu toplum; demir parmaklıklar içinde eli kamçılı eğiticisi (yönetici) başbaşa olan uyuturulmuş arslan gibidir. Çok nâdir olarak bakıcısına hücum etse bile, bu hücum da duygusal bir hücumdur. Yığınların öfkeye kapılarak ayaklanmalarına, ancak, bilinçsiz olduklarından, devirdikleri yönetim yerine belki de daha kötüsünü getirmelerine ve sonraki bir bilinçsiz hücumu kadar yeni bakıcı-eğiticinin kamçısı altına girmelerine benzer. "Sivil itaatsizlik" ise, tutarlı bir değerler dizisinin bilinçli olarak benimsenmiş olmasını gerektirir. Nitekim "sivil itaatsizlik"ten daha geniş boyutlu ve daha köktenci (radikal) olan "devrim" de (Revolution), bir "doğru öğreti", bir "doğru kuram" bilincine muhtaçtır. Aksi takdirde bir "karşı-devrim" ile saptırılmasından kaçınılamaz.

"Korku dini" hakkında söylenenler doğrudur. Ancak, pratikte bir "öğreti"nin "korku dini" konumuna getirilmesi; yalnızca İslâm için değil bütün dinler için söz konusu olabilir. Nitekim Tarih'de Hıristiyanlık da bu konuma getirilebilmiştir. Ayrıca; yalnızca dar anlamda "din"ler veya dinî ideolojiler

değil, bütün ideolojiler de bu konuma getirilebilir. Şu halde İslâm'ın "sevgi dini" veya "korku dini" olup olmadığını belirleyebilmemiz için; uygulamaya değil, herşeyden önce Öğretiye; "kuram"a bakmak gerekir. Öğreti'ye bakınca; İslâm'ın tebliğ ettiği temel ve değişmez yüce değerler ile "Dağ Vaazı"nın (Bergpredigt) değerleri arasında hiçbir çelişki olmadığını, esasen İslâm'ın İsa ve Musa'ya da tek ve aynı İlâhî dinin adı olarak- İslâm'ın peygamberleri gözü ile baktığını, aynı dinin peygamberlerinin öğretisi arasında ise çelişki olamayacağını görürüz. (K. II, 136- 285; III, 84; IV, 150; IV, 156) Yine ön yargıları yayan ve pekiştiren propagandanın etkisi altında kalan Batılılar; Kitab-ı Mukaddes'in (die Bibel) Ahd-i Cedid (das neue Testament) bölümünde "sevgi" kavramının temel kavram olduğunu; buna karşılık Kur'an-ı Kerim'de "sevgi" ye az yer verildiğini ileri sürerler. Bu görüşlerin etkisinde kalan müslümanlar da, yukarıda anılan ve Peygamberlerin öğretileri arasında ayırım yapılmamasını emreden âyetleri unutarak yine önyargıların etkisi ile basmakalıp hale gelmiş olan şu görüşü savunurlar: Musa öğretisi; çok sert ve "ilâhî öfke" temel kavramına dayanan bir öğreti idi. İsa öğretisi, sadece "sevgi" ye yer veren bir öğretiler. Buna karşılık "İslâm öğretisi" "gerçekçi" ve "pragmatist" (!) biçimde, "sevgi" ile "öfke"yi dengelemektedir! Birçok "ünlü" İslâm yazarında da bu garip iddianın etkisi görülür. Oysa Tek Din'in bütün peygamberlerinin öğretisinde yüce ve değişmez değerler dizisinin, Değerler Felsefesinin temel kaynağı sadece "sevgi"dir. Ancak; Musa'nın İbranca tebliğ ettiği bu değerler dizisini; İsa Mesih yine Sami (Semitik) bir dil olan ve İbranca'dan Arapça'ya geçişi sağlayan Aramca ile tebliğ etmiştir. Kullanılan terimler aynıdır. Ne var ki İsa'nın tebliğinin Roma İmparatorluğu'na tabi halklar ve özellikle Roma ve Yunanlılar tarafından kabul edilmesi, daha sonra da "barbar" kavimlere yayılabilmesi için; bu tebliğ hem "öz" bakımından bazı değişikliklere uğramış, hem de Aramca'dan Grekçe'ye ve Latince'ye aktarılmıştır. Bu aktarma; Musa dinini kabul etmekle birlikte İbranca veya Aramca'yı değil Doğu Roma'da daha yaygın bir kültür ve yazı dili olan Grekçe'yi kullanabilen, Sami olmayan Musevîler için de gerekli idi. Bu aktarma yapılırken tümü "sevgi"den kaynaklanma ile birlikte aralarında derece farkı olan bütün kavramlar; hele Yunanca ve Latince'den bir de millî dillere aktarma yapılırken, bu "nüans"lar büsbütün silinmiştir. İslâm'ın son tebliğinde ise, tekrar İbranca ve Aramca ile aynı kökten bir Samî dil kullanılarak, Arapça sayesinde, Peygamberler arasında "terim birliği" sağlanmıştır. "Rahmet" (Gnade ve Erbarmen) genel kavramdır. Kur'an-ı Kerim'de ilk âyet ve her sûrenin başlangıcındaki âyet, Allah'ı "Rahman ve Rahîm" (Erbarmer ve Gnädiger) olarak anar. Rahmet; İlâhî düzeyden insanlar arası ilişkiler düzeyine indiğinde, esasen "sevgi" (Liebe) terimi ile de ifade edilebilecek bir

duruma gelmiş olur. Ancak; "Rahmet" (Gnade), ya Yaratıcı'dan yarattıklarına gelebilen, yahut yaratılmışlar arasında söz konusu olabilen bir sevgi tezahürü (belirtisi)dür. Ayrıca, yüce ve değişmez değerleri benimseyerek tekâmül (olgunlaşma) yolculuğunda ilerlemiş kimseler ile Yaratıcı arasında daha özel ve üstün anlamda bir karşılıklı sevgi bağı da kurulabilir ve esasen insanın tekâmül yolculuğu için bu hedef gösterilmiştir. Bu karşılıklı sevgi bağı, artık "rahmet" (Gnade) ile değil "hubb" (muhabbe, Türkçe'de kullanılışı ile : muhabbet) terimi vardır. Bir de "vudd" terimi vardır ki, Allah'ın "vedûd" adında, "Erbarmer" ve "Gnädiger" (Rahman ve Rahîm) adları yanında insan ile Yaratıcı arasında karşılıklı sevgi bağı kurulması hedefini gösterir. Vedûd, insan düzeyinde ifade edersek "çok seven ve çok sevilen" demektir.

Demek oluyor ki Genel Felsefe ve Değerler Felsefesi alanında temel ve kaynak kavram "korku ve körukörüne itaat" değil, "sevgi"dir. Genelden özele doğru gidersek, Hukuk Felsefesi alanında bu "sevgi" değerinden "adalet" (Gerechtigkeit) değeri doğar. İsa nasıl "Dağ vaazı"nda (Bergpredigt): "Kutludur Adalet'e iştıyakı olanlar! Onlar; özlem ve susuzluğunu çektikleri Adalet'e kandırılacaklardır"(*) diyerek Adalet'in önemini belirlemiş ise, Kur'an-ı Kerim'de de Hukuk Felsefesi düzeyinde, artık duygu ve îman düzeyinden insanlar ve yaratılmışlar arasındaki ilişkiler düzeyine geçildiğinde, temel ölçü ve değer olan ve "İlâhî sevgi"den kaynaklanan "Adalet" kavram ve terimine varılmış olur. "Adalet" terimi ile de artık sadece Hukuk Felsefesi'nin bağlayıcı (Obligatorisch) olmayan ve "Sollen" alanında kalan bir değeri değil, aynı zamanda Pozitif Hukuk'un bağlayıcı bir buyruğu (Gebot) da belirlenmiş demektir. İnsanlar; duygu ve inanç âleminde, Yaratıcı ile karşılıklı sevgi bağı kurmayabilir veya kuramayabilirler. Ne var ki insanlar arası davranışlarda "adalet" ölçütünün belirleyiciliğine boyun eğmek zorundadırlar. Adaletin ilk ve istisnasız ilkesi de bütün insanlara, aralarında hiç bir fark gözetmesizin, insan haklarının sağlanması ve verilmesi demektir. "İnsan hakları" yerine; "kişilik hakkı" terimini nasıl tekil kullanıyorsak, "İnsan Hakkı" da diyebiliriz (Persönlichkeitsrecht; Menschenrecht). Ne var ki "Persönlichkeitsrecht" terimi için alışılmış olan bu kullanılışa "Menschenrechte" terimi söz konusu olduğunda henüz alışılmamıştır. Bu "İnsan Hakkı"nın Din ve İnanç Felsefesi düzeyindeki anlamı şudur: Tek İlâhî Din'in bütün çağlardaki tebliğine göre, insan bir "amaç" için, bir "hedef" için yaratılmıştır. Kur'an-ı Kerim'in belirttiği gibi; "İnsan" soyunun, ilk peygamber olan Adem'in Yeryüzü'ndeki tebliğinden sonraki görevi; Yeryüzü'nde Allah'ın "halifesi" (Statthalter) olmaktır. Bunun anlamı da,

* Selig, die hungern und dürsten nach der Gerechtigkeit; / denn sie werden satt werden (Matthäus: 5. 6).

Yeryüzü'nde yüce ve değişmez İlâhî değerleri, bu arada davranışlar alanında ilk ve temel değer olan "Adalet" değerini hakim kılmaktır (K, II, 30; XXXVIII, 26; VI, 165; X, 14; XXVII, 62).

Adalet, Devlet Felsefesi'nin temel ilkesi ve uyulması mecburî olan ölçütüdür (K, XVI, 90). Adalet; çağdan çağa, yöreden yöreye değişebilen nisbî ve izafî (relativ) bir ölçüt değil, değişmez ve yüce bir temel değerdir. Adalet'in "onsuz olmaz koşul"u da herşeyden önce "İnsan Hakkı"nın, hiç bir istisna tanınmadan, cins, ırk, dil, din ayırımı yapılmadan, bütün insanlara tanınmasıdır. Din Felsefesi'nde "İnsan hakkı", insana amaçsız olarak verilmiş bir üstünlük imtiyazı, diğer canlılara ve çevreye zulmetme beratı değil, tekâmül yolculuğuna çıkabilme ve başarı ile ilerleyebilme imkânıdır. Ancak, Anayasa ve İdare Hukuku alanında "İnsan Hakkı", toplumsal sözleşmeden doğmayan, ondan önce gelen, Yaratıcı ile insan arasındaki "Meta-Fizik Ahid"den doğan bir "temel hak"tır. Diğer bir deyişle, "İnsan Hakkı"nın kaynağı, merkezî siyasî iktidarın doğmasına yol açan "Gesellschaftsvertrag" (Contrat social, toplumsal sözleşme) değil, Adem sonrası insan nesli ile Yaratıcı arasındaki "ahid"dir (Bund). Bu "ahid" bütün insanlığı kapsamına alır (K, VII, 172). Musa'nın tebliğine tâbi olanlar; daha sonra, "İnsan Hakkı"nın kaynağı olan bu "Yaratıcı ile İnsan" arasındaki "Ahd"i, "İnsan Hakkı"nın kaynağını unutmuşlar, İbrahim Peygamber ile Yaratıcı arasındaki özel "Ahid"i, "İnsan Hakkı"nın kaynağı olarak değil de "seçilmiş aile", "seçilmiş soy"un metafizik "imtiyazları"nın kaynağı olarak yanlış yorumlamışlardır. Kur'an-ı Kerim'de, İbrahim Peygamber ile Allah arasındaki "ahd"; "insan hakkı"nın kaynağı olan "ahd" (Bund) değildir. "İnsan hakkı"nın kaynağı olmadığı gibi, "İshak ve İsrail (Yakub) soyundan geldiği bir Fiktion olarak kabul edilen bir Millet'in, "seçilmişliğinin", "imtiyazlarının" kaynağı da değildir. Hiçbir Millet için "seçilmişlik" söz konusu değildir. İbrahim Peygamber ile olan "ahd", "ilâhî risalet" konusunu ilgilendirir ve "İnsan Hakkı"nın kaynağı olmadığı gibi; "Gesellschaftsvertrag" da değildir. "Gesellschaftsvertrag" a katılmalarından önce, Yaratıcı ile İnsan arasındaki "Ahid" (Bund) gereği; insanlar, "insan hakkı" ile birlikte doğarlar. İslâm Hukuk ve Devlet Felsefesi'nde, "insan hakkı"nın kaynağı "Gesellschaftsvertrag" değil, Yaratıcı ile olan "Ahid"dir. İnsan hakkı ile dünyaya gelen insan; "Gesellschaftsvertrag" a iltihak etmekle, katılmakla, "insan hakkı"na bir "edim" (Leistung) olarak sahip olmaz. Esasen bu sözleşme ile yöneticilere "imperium" verilmiş olmaz. Mutlak anlamı ile "Imperium" Yaratıcı'ya aittir. "Derivativ" anlamda da Yaratıcı'nın "Staathalter"i olma görevi bireylere değil, "ümme't'e, doğru Değerler Felsefesi'ni benimsemiş olan "inanamlar topluluğu"na verilmiştir. Her insan, inanmış olsun olmasın, esasen doğuştan "İnsan hakkı"na sahip olduğuna göre, "Gesellschaftsvertrag" a

katılın katılmasın, insan hakkı'nı ihlâl etmeyen bir düzende, bugün kullandığımız terim ile Hukuk Devleti içinde yaşama hakkına sahiptir. Çünkü "insan hakkı", bir ülkenin, belirli bir toplumun "toplumsal sözleşme"sinden doğan bir hak değil, Yaratıcı'nın verdiği bir haktır. Toplumsal sözleşmenin tarafı sayılanlar ise, bu "mutlak hak"larına (Absolutes Recht) uyulmasını ayrıca "Gesellschaftsvertrag" dolayısı ile de isteyebilirler. İslâm Devleti'nin kurulmasına yol açan "Gesellschaftsvertrag"ın konusu, ister-istemez, bir Adalet Devleti'nin (Gerechtigkeitsstaat) kurulmasıdır. Bugün kullandığımız terimle, "Adalet Devleti" yerine "Hukuk Devleti" (Rechtsstaat) denmektedir. İslâm Devlet Felsefesi'ne göre, "Gesellschaftsvertrag"ın konusunun "Adalet Devletinin kurulması" oluşu zorunlu bir sonuçtur, aksi düşünülemez. Çünkü, başta da belirttiğimiz gibi, Tabiat Kanunları (Naturgesetze) ile birlikte değer normlarını da belirleyen Yaratıcı; topluma, kendi "Staathalter"i olma ödevini vermiştir (Hilâfet).

Bu ödev; ancak Adalet Devleti'ni kurmakla ve işletilebilmekle gerçekleştirilmiş olur. Devlet; İlâhî-Tabiî Hukuk'un temel ve değişmez değer normlarına bağlı kalmak zorundadır. Şeriat'ın (Scharia, Gesetz) gerçek anlamı buradadır. Toplumsal sözleşme ile "yöneticiler"e bi'at edilmekle, itaat vaadedilmekle, onlara kayıtsız-şartsız bağımlılık vaad ve taahhüt edilmiş olmaz. Yöneticiler, bu sözleşme ile kayıtsız-şartsız, mutlak bir "imperium" a sahip olmuş da değillerdir. Yöneticiler, toplu olarak bir "Leviathan" olarak davranamayacakları gibi, çoğunluğun da bireyin "insan hakkı"nı elinden alma yetkisi yoktur. Yönetilenler de, yöneticiler de aynı "göttliches Gesetz" in kuralları ile bağılıdır. Bu değişmez ve yüce değer kuralları; Pozitif Hukuk açısından, değişmez ve temel anayasal kurallar (Verfassungsnormen) hükmündedir. Yönetici, bunlara uymak zorundadır. Kur'an-ı Kerim'de, "toplumsal sözleşme" ile yönetici'ye devredilen ödev, Adalet Devleti'ni gerçekleştirme ödevidir. Bunun adı "Velâyet-i emr"dir. Yönetici de "imperium" sahibi değil, sadece bu ödevi, bu "emanet"i üstlenmiş kişidir (Ulül-emr, veliyy-ul-emr). Kamu gücü (Staatsgewalt), bu ödevin yerine getirilebilmesi için "toplumsal sözleşme" ile ve ödevine bağımlı olarak Yönetici'ye tanınmış, "aslî" (originel) değil, "derivativ" (müştak, türemiş) bir yetkidir. Yönetici; "velâyet-i emr" (yönetim) alanında Hukuk'un üst ve temel ilkeleri dışına çıkamaz. Hukuk'un üstünlüğü ve İdare'nin Hukuka bağılılığı ilkesi; Kur'an-ı Kerim'de açıkça belirtilmiştir (K, XLV, 18). Yönetilenlerin Ulül-emr'e itaat borcu, ancak "ümme't'in, kendi içinden ve şeklî kurallar açısından da geçerli bir "toplumsal sözleşme" ile, bir kişiyi yönetici seçmeleri durumunda doğar. Kur'an-ı Kerim'de, "toplumsal sözleşme" gereğince gerçekleştirilecek seçimlerde yöneticinin şeklî düzen kurallarına uygun olarak seçilmiş olması gereği, "sizden, içinizden olan Ulül-

emr'e itaat edin!" emri ile belirtilmiştir (K, IV, 59). Gehorchet Gott, und gehorchet dem Gesandten und den Zuständigen unter euch) Daha sonra; Kur'an-ı Kerim'in tebliğinden çok kısa bir süre sonra Emevî Hükümdarı Muaviye; oğlu Yezid'i "velîahd" kılarak Saltanat (Monarchie) usulünü getirecek ve Yezid İslâmî temel ilkeler dolanılarak başa gelecektir. İslâm temel kurallarının bu şekilde temelden sarsılması üzerine, yönetilenlerin çoğunluğu gerekli bilinç veya "medeni cesaret"den (Zivilcourage) yoksun olduğundan, Şî'î İslâm düşüncesine göre üçüncü "İmam" (Jünger, Apostel) olan Hüseyin, maddî ve yakın bir hesapla başarısızlığa uğrayacağını bilincinde olarak, uzun vaadede zafer kazanmak ve kendisine verilen ödevi yerine getirmek için, bir avuç inançlı ve bilinçli insan ile birlikte, karşı çıkma hakkını (Widerstandsrecht) kullanmış ve arkadaşları ile birlikte şehit olmuştur (12. X. 680)

İslâm'ın Son Peygamberi (S.A) de, İlahî - Tabîî Hukuk'un temel ilkelerini ihlâl eden düzenlemelere itaat yükümünün söz konusu olmadığını açıkça belirtmiştir. "Allah'a isyan yolunda hiçbir insana itaat edilemez." (Künûz-al Hakaayık, II, s. 199'dan naklen Gölpinarlı, H. Muhammed ve Hadîsleri, İstanbul 1957, N. 282, s. 247) "Yaratıcı'ya isyan anlamına geldiğinde, yaratılmışa itaat yükümü yoktur" (Al- Cami'al- Sagıyr, C. II, s. 193; Gölpinarlı, age, N. 283, s. 48'den naklen). Emre uyma yükümü, ancak emrin konusu ve kapsamı bakımından İlahî- Tabîî Hukuk'a uygunluk şartı gerçekleşmiş ise, Kur'an terimi ile emredilen şey "ma'ruf" ise vardır, "münker" ise yoktur (Al- Cami'al- Sagıyr, C. I, s. 85; Gölpinarlı, age, N. 281, s. 47'den naklen).

İslâm Hukuk ve Devlet Felsefesi'nde, "yabancılaşma" (Entfremdung, alienation) ve "sapma" (Abweichung) olgu ve sürecini önleyebilmek için, bir de yine bütün bireylere bir dinî - ahlâkî borç, bir ahlâkî vazife yüklenmiştir: İlahî - tabîî değerler düzenine uygun olan davranış ve seçimler konusunda başkalarını uyarma, onlara ahlâkî - dinî ve hukukî ödevlerini, somut olayın özelliklerine uygun biçimde anlatma ödevi (Emr bil- ma'ruf), bir de en az bunun kadar ve belki daha önemli bir ödev olarak, temel Ahlâk ve Hukuk normlarına aykırı bir tutum, seçim veya davranış görüldüğünde, bu kez de, kendisinde önleme gücü ve yetkisi varsa, bu aykırılığı bizzat giderme, gideremiyorsa bu hukuka veya ahlâka aykırı (rechts-, oder sitten widrig) eylemin failini (Täter) uyarma ve ona doğruyu öğütleme ödevi (Nehy an-il- münker). İşte İslâm Düşüncesi'nde "sivil itaatsizlik" kavramının temeli; özellikle her müslüman birey için söz konusu olan "nehy an-il-münker" ödevinde aranmalıdır (K, III, 104, 110, 114; V, 79; VII, 157; IX, 67, 71, 112; XVI, 90; XXII, 41, 72; XXIV, 21; XXIX, 29, 45; XXXI, 17).

Bir hadîs; İslâm'daki "sivil itaatsizlik" anlayışının temelini yine açıkça göstermektedir: Bir müslüman, İlahî- Tabîî Hukuk ve Ahlâk'ın değerler düzeyine aykırı, kötü (çirkin), "münker" bir olgu gördüğünde, bunu bizzat değiştirmek, kötülüğü gidermekle ödevlidir. Buna gücü yetmiyorsa, hiç değilse bu kötü olguyu kınamal, eleştirmelidir. Buna da gücü yetmiyorsa gönlünde bu kötülüğü reddetmeli, hoş görmemelidir. Bir zorunluk (Notstand) olmadığı halde sadece gönlü ile, "içinden" reddetmek, imanın en zayıf derecesidir (Al- Cami'al- Sagıyr, C. II, s. 155; Gölpinarlı, age, s. 55, N. 340'dan naklen).

II. İslâm Hukuk ve Devlet Felsefesi'nde temelini bulan "nehy an-il- münker'in, şekli kurallar açısından yasal bir yönetimin "Pozitif İdare Hukuku" ile bağdaştırılması sorunu

İnsan irade özgürlüğü ile yaratıldığından, "Sol-len" alanını ilgilendiren değerler ve normlar, insan topluluklarına yapılmış bir öneri niteliğindedirler. Yabancılaşma ve sapma olguları ve yabancılaşma ve sapma süreci; ancak sürekli bilinç ve uyanıklıkla önlenebilir. İslâm toplumları da, Hıristiyan toplumları gibi, "Devlet"den yabancılaşmışlar, sapma açısının büyümesini önleyememişlerdir. Bu sapma açısı "Emevî Saltanatı" ile belirli bir büyüklüğe varduktan sonra, artık şekli kurallar açısından da meşru olmayan yönetimlere karşı, "Karşıkoyma Hakkı"nın kullanılmadığı dönemlerdeki bazı münferit medenî cesaret örneklerini burada vermenin; İslâm Pozitif Kamu Hukuku'nun değil bireysel medenî cesaretin örnekleri olacağından, yararı yoktur. "Sivil İtaatsizlik" kavramının - Kur'an-ı Kerim ve Hadîsler'den sonra- nazarı yorum ve temellerini, birinci "İmam" (Apostel) Ali'nin- "Nehc-ül-belage" başlığı altında toplanan yazı ve sözlerinde aramak gerekir. Sapma açısı büyümeden önceki örnekleri de birinci İmam'ın şehit edilmesi tarihine (661) kadar olan uygulamada, meselâ Ebu Zerr el - Gıfarî'nin, sapma açısının büyümesine karşı çıkışlarında ve "itaatsizlik" davranışlarında aranabilir. Emevî Saltanatı'ndan sonra, sapma açısı giderilmediği ve Moğol İstilâsı'ndan sonra daha fazla büyüdüğü için, bu dönemlerden verilen örnekler, İslâm Pozitif Kamu Hukuku örnekleri sayılamazlar.

"Sivil İtaatsizlik" kavramını, bir Hukuk (Adalet) Devleti'nin İdare ve Yargı düzeni ile nasıl bütünleştirmeliyiz! Bu, İslâm ilkelerine dayanmak isteyen bir Hukuk (Adalet) Devleti'nin sorunu olduğu kadar, böyle bir isteği olmayan, ancak, Hukuk Devleti olmak isteyen bir Devlet düzeninin de sorunudur.

İslâm Hukuk ve Devlet Felsefesi açısından vardığımız sonuçlara, uygulamadan dağınık örnekler göstererek karşı çıkmak doğru olmaz. Çünkü bu Tebliğ'de, Teori'nin, Öğreti'nin, Felsefe'nin sağlamlığı, tutarlılığı ve kusursuzluğu üzerinde durduk. İsa'nın Felsefesi ile İslâm'ın Felsefesi'nin de özdeş olduğunu belirttik. Hıristiyan toplumları da aynı ku-

sursuz Değer Felsefesi karşısında "sapma açısı" ortaya koymuşlardır. Üstelik Ahd-i Cedid'e (das neue Testament), sapmayı meşru gösterecek şu ibareyi de eklemişlerdir: **Herkes, Devlet gücüne itaat etmelidir. Allah'dan kaynaklanmayan Devlet gücü yoktur. Şu halde kim ki Devlet gücüne karşı çıkar, İlahî düzene karşı çıkmış olur (Römer, 13, 1-2).** (Jeder Leiste den Trägern der staatlichen Gewalt den schuldigen Gehorsam. Denn es gibt keine staatliche Gewalt, die nicht von Gott stammt; jede ist von Gott eingesetzt. Wer sich daher der staatlichen Gewalt widersetzt, stellt sich gegen die Ordnung Gottes, und wer sich ihm entgegenstellt, wird dem Gericht verfallen...). Paulus, insanlığı bilinçli bir "sivil itaatsizlik" konumuna değil, bilinçli bir "sivil itaat"'e çağırır (Deshalb ist es notwendig, Gehorsam zu leisten, nicht allein aus Furcht vor der Starfe, sondern vor allem um des Gewissens willen) (Römer, 13, 5).

Özel hukuk alanında, "eşitler" arasında, "Kuvvet kullanma"ya - bazı şartlarla- cevaz verilmiştir

(Selbsthilfe) Kamu Hukuk'unda ise, "İdarî Yargı" ve "yürütmenin durdurulması" yolları kullanılması ve "Toplantı ve gösteri yürüyüşü" gibi temel özgürlükler sınırı içinde kalınması, "somut norm denetimi" yoluna başvurulması, ilk önce akla gelmelidir.

Bu sorunlar için İslâm Pozitif Kamu Hukuku'ndan örnek gösteremeyeceğimize, Medine Örnek Devleti (Civitas)nden kısa bir süre sonra, nasıl "Hıristiyan Pozitif Kamu Hukuku" diye birşey yoksa, İslâm Pozitif Kamu Hukuku da var olmadığına göre; bu sorunların tartışılmasını, İslâmî temellere dayansın - dayanmasın, "Hukuk Devleti" içinde "Sivil itaatsizlik" kavramının geleceğini konu alacak olan Cumartesi günündeki "Panel"'e bırakıyorum. (*)

* Tebliğ'de, mümkün olduğu kadar, atıflardan kaçınılmıştır. İslâm'ın Hukuk (Adalet) Devleti anlayışı için, **H. Hatemî**, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul, 1989 başlıklı monografiye başvurulabilir.

TARTIŞMA VE SORULAR

DISKUSSION UND FRAGEN

Bakır Çağlar: Mümkin olduğu kadar konuşmaları kısa tutmamız gerekiyor. Şimdi lütfen sorusu olanlar mikrofona konuşsun ve kendisini tanıtsın.

Dreier (Göttingen): Ich habe nur eine kurze Frage an Hatemi. Es leuchtet mir unmittelbar ein, daß es wesentliche Übereinstimmungen gibt, wesentliche Übereinstimmungen zwischen der christlich mit -telalterlichen Naturrechtslehre und der islamischen Rechtsphilosophie. Übereinstimmungen.. bestehen, daß ein Vordrang des göttlichen Rechts vor der menschlichen Recht besteht und menschliche Gesetze didem göttlichen Recht und Naturrecht widerstreiten unverbindlich sind ungehorsam... Meine Frage lautet, ob in der islamischen Rechtsphilosophie eine Entwicklungsperiode aufweisbar ist, die der neuzeitlichen europaischen Rechtsphilosophie entspricht eine rechtsphilosophische Phase, die eine Theorie des weltlichen Staates begründet der sekundären pluralistischen Staates. Man kann auch kurz fragen: gibt es im İslam über etwas wie eine Periode der Aufklärung vergleichbar der europaischen Aufklärung? Danke.

Hüseyin Hatemi: Çok teşekkür ederim. Şunu belirtmek istiyorum yalnız bir *wesentliche Übereinstimmung* değil tam bir ideal anlamda aynılık vardır, özdeşlik vardır, gerçek anlamda ilahi tabii hukuk felsefesi demek ki bugün musevi düşünürlerinin de hıristiyan düşünürlerinin de islam düşünürlerinin de ortak tabii hukuk görüşüdür, kanaatindeyim. Ve henüz kitabı görmedim fakat son yayınlanan katolik kateşizminde duyduğuma göre esasen ikinci Vatikan Konsülünden de daha ileri giderek İslamın bu anlamda bilhassa katolik düşüncesinden ilahi tabii hukuk felsefesi alanında farklı olmadığı belirtilmiş. Bu laiklik *sekulärer Staat* kelimesi insanı gene yanlış çağrışımlara düşürüyor. Babil kulesinden neşredilen önyargıların etkisi altında kalmamak için şöyle düşünmemiz lazım: *Sekulär* eğer *zeitlich* anlamında ise esasen İslam da onu istiyor. Ama temel prensiplerin ilahi tabii hukuk prensipleri olması anlamındaysa o anlamda zaten Alman Anayasası laik değildir. Çünkü benim kanaatimce Alman Anayasası da İsviçre Anayasası da aslında *ungeschriebene Regel* olarak bu ilahi tabii hukuk felsefesini benimsemiştir. Öyle olmasa idi Alman Anayasasının ilk kelimesi önsözünde (Preamble) *Gott* olmazdı ve Allah önünde sorumluluğumuzdan bahsetmezdi. İsviçre Anayasası da *"im Nahmen des allmächtigen Gottes"* diye başlamazdı. Demek ki Alman ve İsviçre Anayasası da aslen benim burada savduğum temel

ilahi tabii hukuk felsefesini bir *ungeschriebene Regel* olarak hiç değilse benimsemiş. Benim söylemek istediğim şu işte bu *ungeschriebene Regel* bakımından aramızda hiçbir fark yoktur, olmaması gerekir. Buna karşılık şeklen bakarsak bugün Türk Anayasası demek ki Alman Anayasası karşısında gerçek laik Anayasadır. Çünkü Türk Anayasası'nın önsözünde ilk ve temel kavram *Türkische Streitkräfte*'dir. *Gott* değildir. Demek ki biz sizden daha laikiz.

Bakır Çağlar: Teşekkürler sayın Hatemi, demek ki panel için de ilk ciddi tartışma ortaya çıkmış oldu.

Yılmaz Aliefendioğlu (Anayasa Mahkemesi Üyesi) : Benim sorum sayın Hatemi'ye olacak. Birkaç soruyu çok kısa şekilde sormak istiyorum. İlkin dediler ki, ilahi sevgi, eğer yanlış anlamadı isem, ilahi sevgi nedir? İlahi sevgi fertle Allah arasındaki bir sevgi midir? yoksa ferdin ferde bir sevgisi midir? yani insanlar arası bir sevgi midir? Eğer insanın insana sevgisi ise insan sevgisi demek daha uygun düşmez mi?

İkinci sorum: Egemenliğin kaynağı hepsi Allah'ta demiştiniz. İlahidir dediniz. O zaman kural ama yöneticiler Allah adına geçici surette yönetime gelmiş anladığım kadarı ile, ve adalete ki burada hukuk devleti o adaleti sanıyorum aynı anlamda kullandınız adalete uygun olmazsa yöneticinin davranışı kişilerin ona başkaldırma yahut direnme hakkı olduğunu veya yeterli çoğunluğu alamazsa hiç değilse bu direnme için çalışabileceğini söylediniz. Bir hakla da çelişiyor bu sanırım, bunu sizde belirttiniz. Egemenliğin kaynağı Allah'ta olursa ve ilahi olursa mevcut kararlar da ilahi olacaktır, o zaman ilahi kurallara da başkaldırma hakkı var mı?

Hüseyin Hatemi: Teşekkür ederim soru için. Yazılı olarak tebliğimde ve daha önce de **Hukuk Devleti Öğretisi** diye bunları belirtmeye çalıştığım bir monografide belirtmiş olmama rağmen, tabii kısa bir sözlü aktarmada bazı şeyler tam olarak vurgulanıp üzerine basılamıyor. O zaman da yanlış anlamlara sebep olabiliyor. İlahi sevgi temel kaynaktır. Şu anlamda "Gott ist Liebe" zaten Allah sevgidir. Yaradılışın özü sevgidir. Bütün diğer değerlerin kaynağı sevgidir. Böyle olunca da adil davranma bir asgari pozitif hukuk sorunudur ama felsefede, felsefi düşüncede temel kaynak sevgi olunca adaletin de sevgiden kaynaklanması gerekir. Adalet sevgiden kaynaklanabilir. Bir kimse insanları da sevdiği için adil davranabilir veya zorunlu olduğu için adil davranabilir

bilir. Eger hukuk düzeni onu zorluyorsa. Fakat elbette temel kaynak olan ilahi sevgi insanlık sevgisi şeklinde de yansıyacaktır. Aksi başka türlü olmaz. Zulüm ilahi sevgiden kaynaklanmaz. *Unrecht, Ungerechtigkeit* ilahi sevgiden kaynaklanamaz, buna imkan yoktur. Bunun gibi başkasını sevmek zaten *Nächstenliebe*'nin mevcut olmaması birisinde yalnız Allah sevgisi olması buna imkan yoktur. Yunus'un bizim bildiğimiz meşhur özeti **yaratılmışı hoş gördük, yaratandan ötürü** çok iyi anlaşılıyor bugün kullandığımız türkçeyle, ama hoş gördük yani *tolere ettik* manasına değil yaratılmışı hoş gözle, iyi gözle baktık, Yaratan'la aramızdaki sevgi rabitası olduğu için. Yani bu bakımdan da hiç bir tereddüte mahal yoktur. Egemenlik mutlak *imperium* yani Kur'an-ı Kerim'deki terimle *mülk* anlamında Allah'ındır. Bu da zaten hristiyan siyaset felsefesinde de öyledir. Hatta iki kılıç vardır diyenler *Zwei - schwert* nazariyesini kabul edenler de ikisinin de kaynağı Allah'tır diyorlar. Şu halde *imperium* Allah'ındır demek bilakis bir tiranın, bir leviathanın hakim olmasını önler. Ama şunu da ilave etmek şartıyla, kimse yeryüzünde fert olarak Allah'ın *Statthalter*'i değildir. İşte halife (Khalif) kelimesinin, *Statthalter* kelimesinin devlet reisi manasına kullanılması bu anlamda bir sapmadır. İster papa(Pabst) olsun ister devlet reisi olsun kimse fert olarak *Statthalter Gottes* değildir. *Gottschafter* vardır onlar peygamberlerdir, onlar günahsızdır, yanılmazdır, ama bunların dışında hiç kimse hakimiyetin (*imperium*) *Statthalter*'i değildir. Hakimiyet, egemenlik *imperium* Allahtandır, yeryüzünde insanların *Obrigkeit*'a yöneticilere verdikleri yetki sadece bir emanettir, bir görevdir. İnsanlar *Obrigkeit*'a yöneticilere şu görevi verirler; organize olalım, örgütlene lim ki insanın başlıca insan hakkı zaten hukuk devleti, adalet devleti içinde yaşamaktır. Bu insan hakkımızı teminat altına alalım. Böyle olunca da hakimiyet sadece Allah'ındır demenin manası şu: Kimse Allah'ın *Vertreter*'i, *Statthalter*'i olduğunu iddia edemez. İlahi tabii hukuk kuralları üstündür. Bu kurallar gereğince adalet devletini kurmak, gerçekleştirmek insan toplumunun vazifesidir. Yani bilakis bu söylediğim hukuk devletinin, adalet devletinin teminatıdır. Onu tehlikeye sokan birşey değildir. Teşekkür ederim.

İbrahim Uslu (İ.Ü. İktisat Fakültesi Araştırma Görevlisi): Ben sorumu Prof. Deisselhorst'a yönelmek istiyorum. Hobbes'da doğal yaşamdan insanlar çıkarken bir hak hariç insanlar bütün haklarını egemene devrederler. Bu hak *self preservation* yani kendi kendini koruma hakkı. O yüzden de Hobbes ölüm cezalarına karşıdır. Şimdi yanılmıyorsam siz Hobbes'da direnme hakkının olmadığını vurguladınız şayet egemen bu *self preservation* kendi kendini muhafaza etme hakkını ihlal edici bir takım davranışlarda bulunursa dahi toplumun egemene direnme hakkı var mıdır, yok mudur? onu merak ediyorum.

Teşekkür ederim.

Diesselhorst: Die Grundfigur ist der Hobbes - sche Übertragung der Rechte aller Einzelnen auch alles merkwürdigerweise eine ganz naturalistische Vorstellung... unter der einzigen Bedingung, daß er die Selbsterhaltung sichert. Tut er das nicht mehr, dann wird die Übertragung invalid. So tritt das Recht des Widerstandes wieder ein jeder gegen andere, insbesondere Widerstand generel.

Bülent Tanör : Hatemi dostuma bir sorum olacak. İslamda sivil itaatsizlik kavramı *ulül emri min kûm* ile bitiyordu, ulul emre itaat. Bu konuyu açmanızı rica edecektim.

Hüseyin Hatemi: Yazılı tebliğimde var ancak burada söylemeye fırsat bulamadım. Bu itaat ister istemez bir *Gesellschaftsvertrag* diyelim gene dar ve sınırlı anlamda. İtaat *Gesellschaftsvertrag*'da karşı tarafa yüklenen vazifenin, yöneticiye yüklenen vazifenin yerine getirilebilmesi için ona karşı borçlanılan bir yan edimdir. Yani doğrudan doğruya bir asli edim değildir. Karşı taraftan itaat etmeği bir *Leistung* olarak istemek hakkı yoktur. Ama kendisi bir *Nebenpflicht*'tir. Bu itaat aslında tek taraflı borç doğuran bir sözleşme gibidir. Karşı tarafa *Obrigkeit*'a bir görev yüklenir, *Gerechtigkeitsstaat*'ı adalet devletini yani hukuk devletini kurmak. Ama bunu kurabilmesi için de onun bir icraata ihtiyacı vardır, bu icraatı yapabilmesi için de ister istemez nisbi bir *Nebenpflicht* olarak itaat şarttır. Kur'an-ı Kerim'de bu anlamda şöyle denir: Allah'a itaat edin, önce Allah'a. Çünkü ilahi tabii hukukun koyucusu *Gesetzgeber* O'dur. İtaat edilecek şeyler kurallardır; Allah'ın kurallarıdır. Önce Allah'a itaat edin ondan sonra yanılmaz örnek yönetici olan ama kısa bir devre bir örnek veren peygambere itaat edin. O size örnek devleti gösterdiği için, peygambere itaat edin. *Civitas*'ı, ideal siteyi gösterdiği için ona itaat edin, ondan sonra *ulül emri min kûm*, sizden olan *ulül emri*'e itaat edin. Yani seçtiğiniz yöneticiye bu ilahi tabii hukuk kurallarına formel olarak riayet edilmişse usulüne uygun bir seçimle başa gelmişse *Unge-rechtigkeit*'a sapmamak şartıyla sizden sayılır, sizden olan yöneticiye itaat edin. Ama yabancılaşma olduysa, *Abweichung* ve *Entfremdung* süreci sonucunda veya formel kurallara dahi riayet edilmeksizin zaten birisi mesela darbe ile başa geçtiyse, o zaman Kur'an-ı Kerim'den anladığımız itaat borcu yoktur. Bir *Dynastie*'ye, hanedana itaat borcu yoktur. Sizden olan yöneticiye itaat edin. Bunun iki manası var: Birincisi formel, ikincisi materyel. Formel manası yani şekli hukuk devleti kurallarına uygun olarak başa gelmiş yöneticiye itaat edin. İkinci olarak materyel olarak da sizden olduğunu gösteren *gerecht* olan yöneticiye itaat edin. *Ungerechtigkeit* başlarsa itaat borcu kalmaz. Bunun gibi artık akit ifa edilmiyor demektir. Yani *Gesellschaftsvertrag*'a, karşı taraf uymuyor demektir. Zaten karşı taraf for-

mel olarak yönetici sayılmayacak şekilde yönetime el koymuşsa o zaman da zaten arada tek taraflı irade ile *Gesellschaftsvertrag* kurulmaz. İki taraflı *gegenseitig* olur *Vertrag*. Bir taraf "ben yöneticiyim, bana itaat edin", diyemez. Ben adaletsizlik yapsam da bana itaat edin diyemez. Birincisini şeklen diyemez formel olarak diyemez, ikincisini materyel olarak diyemez. Şu halde İslam ilahi tabii hukuk felsefesinin ki bu aynı zamanda katolik, aynı zamanda doğru musevi, aynı zamanda doğru protestan tabii hukuk felsefesidir, bu konudaki çözümü açıktır. Teşekkür ederim.

Sami Selçuk: Ben önce bir noktaya, bir yönetime işaret etmek istiyorum. Bu Almanca-Türkçe karışımı tebliği anlamakta güçlük çekiyorum, çünkü Almanca bilmiyorum. Ben anladığım kadarı ile bir soru sormak ve sayın Ökçesiz ile sayın Hatemi'yi karşı karşıya getirmek istiyorum. Siz devamlı İslam Hukukundan bahsederken, ki ben kendimi bu konuda yetkili görmüyorum, anladığım kadarı ile, o ölçüde konuşuyorum. İlahi tabii hukuk dediniz. Böylece doğal hukuk mistik bir görünüm kazandı sizin deyiminiz ile. Ben iki konuşmacıya birden soruyorum özellikle felsefeci konuşmacıya: Böyle bir şey mümkün mü? Ve bir de şunlara işaret ettiniz: Hep adil sözcüğünü kullandınız ve İslam Hukukunun sevgi odağında yetkinleştiğini belirtmek istediniz anladığım kadarı ile. Ancak ben İslam Hukukuna ve söylenenlere baktığım zaman bu adil sözcüğünün İslamiyette daha çok içerik açısından değil de tarafsızlık açısından kullanıldığını sanıyorum. Kim ki adildir, hukuku tarafsız uygulayan insan anlamında algılanmıştır. Bir başka nokta sevgi. Evet doğru ancak bildiğim kadarı ile İslam Hukuku dört kitabın dışında inananlara pek sevgi ile yaklaşmamaktadır. İkincisi ceza hukukunu ele aldığınız zaman bugün artık giderek suç olmaktan kalkan bir zinaya gerek ispat açısından gerek ceza açısından veyahut ta bir hırsızlığa kolu keseceksin bacağı keseceksiniz bunu sevgi mantığı ile birleştirebilir misiniz? Bir başka nokta izin verirsiniz bir düzeltme yapmak istiyorum, Türkçeyi bize kazandıran Yunus'a değindiğiniz. Evet Yunus'un bu güzel sözcüklerinde kullanılan ikinci sözcüğe itiraz edeceğim, o da *yaratandan ötürü* değil de *yaradandan ötürü*. Siz hep *yaratan* dediniz de onu düzeltmek istiyorum, çünkü ikisi farklı anlamda. *Yaratan* başka şeydir, *yaradan* Tanrı. Teşekkür ederim.

Hüseyin Hatemi: Tebliğin dilinin iki dilli olmasındaki amacım, ki aslında iki dilli konuşmadım, mutlaka Türkçesini söyledim. Şu halde parantez açıp Almanca terimi söylememin anlamayışınıza sebep olmasını, ben pek anlayamadım. Türkçesini söylemeyip sadece Almanca söylese idim, Almanca terimleri kullansa idim anlaşılabilirirdi. Ama me-

sela siz de benim dikkatle anlamaya çalıştığım yazılarınızda, burada sözlü konuşmanızda da olduğu gibi mistik gibi terimler kullanıyorsunuz. Burada Alman misafirler olduğu için bilhassa tercüme eden arkadaşların da isteği ile arada Almanca terimler de kullandım ki aramızda daha iyi bir anlayış köprüsü kurulabilsin ve öyle görüyorum ki mesela Herr Dreier ile veya diğer Alman misafirler ile aramızda köprü kuruldu. Onlar ne demek istediğimi anladılar. Ama sizinle kurulması galiba biraz daha güç olacak. Maalessif, Türkiye'de Türk aydınları arasında *Babel Turm*'un, Babil kulesinin etkisi daha da devam ediyor. Bazı sorularınız konuyla ilgili değil. Yani daha doğrusu ben bunlara cevap verdim. Elbette hukuk devleti konusu ile ilgili.. Ben söylüyorum ki İslamda zinanın böyle bir cezası yoktur, ilahi tabii hukukta zinanın cezası bu değildir. İslamda el kesme cezası yoktur, onun anlamı bu değildir. Bunların hepsine cevap vermiş bulunuyorum, daha önceki monografilerimde. Ama burada yalnız hukuk devleti içinde sivil itaatsizlik kavramını incelerken ben bunlara giremem. Cevap vermiyorum dersem de o zaman siz cevabım olmadığını zannedersiniz. Onun için bu kabil soruları burada sormamak, öyle zannediyorum ki daha iyi olur. İslamın insan hakkı bütün insanlığa tanınmıştır. Dört kitapla da sınırlı değildir, İslamla da sınırlı değildir. Gene aynı ilahi tabii hukuk felsefesinden katıksız kaynaklanmış Yunus Emre görüşünde siz de bilirsiniz ki, "*Yetmişiki millete bir göz ile bakmayan /Şer'in evliyasıyla hakikat de asidir.*". Şu anlamdaki *Menschenrecht* hiçbir din farkı da olmaksızın bütün insanlar içindir ve İslamın söylediği de budur. Kur'an-ı Kerim'in de söylediği budur.

Hayrettin Ökçesiz: Efendim sizin sorunuz konuyla oldukça ilgili sayılabilir doğal hukuk açısından. Yalnız, doğal hukuk tek bir doğal hukuk değildir. Çok geniş bir yelpazedir. İçerisinde mistik deyimlere, tanımlamalara, açıklamalara da rastlanabilir. Bu yüzden yine başka bir nitelemeyi bana bağışlarsanız; doğal hukuk Arşimed'in uzayda dünyayı yerinden oynatabilmek için bizden istediği bir destek noktası gibidir. O noktayı bulursanız dünyayı yerinden oynatıyorsunuz. Ve ara sıra dünyayı yerinden oynatıyorlar o noktayı bulanlar. Ya da başka bir eğretilenemeye, Almanların von Münchhausen adında bir yalancı baronu vardır. Kendi saç örgüsüne tırmanarak bataklıktan çıktığını söyler. Bu saç örgüsü de kimi zaman doğal hukukun yerine geçebilir. Yani kimi doğal hukuk açıklamaları bu saç örgüsü gibi anlaşılabilir. Doğal hukuk hem çok ciddiye alınacak, hem de çok dikkatli olunacak bir hukuk anlayışıdır. İlahi doğal hukuk da bu yelpazenin içerisinde diğerleri kadar günahı ile sevabı ile yer alıyor.

Bakır Çağlar: Başka soru olmadığına göre ilk oturumu kapatıyorum.

II. OTURUM

Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik

[Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat]

T.C. ANAYASALARINDA DEVLET ANLAYIŞI *

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU **

I. GİRİŞ

Konuşmama, Montésquieu'nun, "Herkesin suskun olduğu bir Cumhuriyette özgürlüğün varlığı tartışılır... Gerçek birlik uyumdan doğar." (***) sözleriyle başlamak istiyorum.

Çoğulcu demokrasinin en belirgin özelliği çok seslilik. Gerçek birlik, kuşkusuz, çok seslilikte uyumdur. Konu, "devlet" olduğunda uyum nedir, nasıl sağlanır, sorusunu açık yüreklilikle sormalıyız.

Bir orkestra şefinin yönetimindeki bir uyum istenen? Eğer böyle ise, bir müzisyenin elindeki müzik aletini bilerek ve isteyerek çalmama ya da bozuk çalma biçiminde bir özgürlüğünün bulunduğu ve bunun bir "sivil itaatsizlik" sayılabileceği söylenebilir mi?

Birey, bireysel ya da kitlesel bir davranışla, kural dışı protesto yürüyüşü, açlık grevi yapabilir, işgal hareketine katılabilir, sendikaların düzenlediği yasa dışı bir grev eylemi içinde yer alabilir, oturma eyleminde bulunabilir, yol kapatabilir, bir parktaki ağaçları kesmeye ya da gecekonduları yıkmaya gelen dozzerlerin önüne çıkabilir, pasif direniş gösterebilir. Bireyin, bir kurala karşı çıkışı olarak gözlemlenen bu eylemler karşısında devletin tavrı ne olmalıdır? Bunları sivil itaatsizlik olguları olarak adlandırabilir miyiz? Devlet sivil itaatsizlik karşısında ne kadar hoşgörülü olabilir?

Bu soruları hukuk devleti yönünden incelerken, bireyin, kişilik kazanmasında ve haksızlıklara karşı çıkma alışkanlıkları edinmesinde sivil itaatsizliğin rolünün ne olabileceği düşünülecek ayrı bir konudur.

Bireysel ya da kitlesel bir eylemin, sivil itaatsizlik sayılabilmesi için, bir kuralı ihlâl etmesi, şiddet içermemesi, aleni olması, başka bir deyişle kamuya açık olması, bir haksızlığa, ahlak dışı uygulamaya, bir baskıya karşı yapılması; başka bir deyişle siyasal, ahlaksal ya da doğayı koruma gibi toplumsal bir amaç gütmesi gerekir.

Sivil itaatsizlik, kamuoyunun nabzını tutmada, bireysel ya da kitlesel tepkileri ölçmede; ilhal edilen kuralın haklılığını düşünmek ve yeniden değerlendir-

dirmek yoluyla demokratik ölçümlemeye varmada yararlı olabilir.

Ancak, eylemin; toplumun savunulan değerlerini mi yoksa kimi baskı gruplarının çıkarlarını mı temsil ettiğinin araştırılması için bir başka yönüdür. Öte yandan sivil itaatsizliğin, anarşiye varabilecek boyutu da gözden uzak tutulamaz. Türkiye uygulamasında, zaman zaman gözlemlendiği gibi, kimi temelde haklı sayılabilecek sivil itaatsizlik olguları sert karşı tepkilerle de karşılanabilir.

Bildirimde, sivil itaatsizliği bir başka boyutuyla ele almak, halkın kendi istenci dışında oluşan yönetim biçimleri karşısında tepkisi ya da tepkisizliği üzerinde durarak ve konuyu, bu yönüyle, tarihsel süreç içerisinde, Türk Anayasalarında gözlemlenen "devlet" anlayışına özgüleyerek incelemek istiyorum:

Devlet, insanların meydana getirdiği bir örgütlenme biçimi, hukuksal bir varlık, bir tüzel kişiliktir. Her devlet öncelikle üç temel işleviyle görünür. 1) Toplumda uygulanacak yasaların yapılması (yasama), 2) Yasaların uygulanması (yürütme), 3) Bireyler arasındaki, ya da bireyle devlet arasındaki uyumsuzlukların çözülmesi (yargı).

Hegel'in felsefesine göre, devlet bir ulusal topluluğun tüm erdemlerini bir araya toplayan kurumdur. Hegel'e göre uygar bir devlet, uygar biçimde hareket eder. XIX. asrın yaygın kanısına göre, devlet hata yapmaz. Eski bir İngiliz deyişimiyle, kral, yanlış yapmaz.

Aslında bu anlayışın doğru olmadığı artık herkesçe biliniyor. Devlet hata yapar, hata yapmasının önlenmesi ya da yaptığı hatanın düzeltilmesi "hukuk"un işidir.

II. TÜRK ANAYASA HAREKETLERİ

Türkiye'de anayasal hareketlerin XIX. yüzyıl başlarında çağdaşlaşma özelemleriyle başladığını gözlemlemekteyiz. Padişahın yetkilerini ilk sınırlama hareketi Âyan'dan gelmiştir. Sened-î İttifak (1808) ile Âyan Padişaha sadakat, padişah da âyanı ve topraklarını koruma sözünü veriyordu. Daha sonra 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayun'u ile başlayan Tanzimat hareketleri, iktidarın kayıtlamasından çok, dış baskıları cevaplandırıcı ve sarayın otoritesini güçlendirici reform girişimleri niteliğinde kalmıştır. XIX. asrın sonlarına doğru, II. Mahmut ve Tanzimat dönemi reformlarıyla güçlendirilmeye çalışılan merkezi otoritenin sınırlandırılması istemleri aydınlardan (Genç Osmanlılardan) geldi. İlk yazılı Anayasa 1876 tarihli "Kanun-ı Esasî" dir ve aydınların eseri-

(*) Yazarın bu tebliği TODAİE, Amme İdaresi Dergisi Cilt: 26, sayı: 2, Haziran 1993, sh. 3-17'de yayınlanmıştır. Yeniden yayınlanmasına izin veren yazarına ve adı geçen dergi ilgililerine teşekkürü bir borç biliriz.

(**) Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesi Üyesidir.

(***) Considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence, S. 93; Oktay Cemil, Anayasa Yargısı, sh. 223.

dir. Devletin monarşik yapısını koruyan, teokratik niteliğini değiştirmeyen Kanun-i Esasî, Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan olmak üzere iki meclisten oluşan bir parlamento öngörmekteydi. Yürütme yetkisi ve kamu gücü Padişah'ta toplanmış yasama faaliyeti de padişaha bağlı idi (1). Bu durumda erkekler ayrılığında söz edilemezse de, kimi bireysel hakların tanındığı, yargı bağımsızlığını sağlayacak kurallar getirildiği söylenebilir.

1908 II. Meşrutiyet Döneminde Kanun-i Esasî'de değişiklikler yapılarak (1909) parlamento ve yürütmenin padişah karşısında güçlendirilmesi yoluna gidilmiş, daha sonra yürütme, Meclisler karşısında etkin ve üstün duruma getirilmiştir. Bunun sonucu, bir parti diktatörlüğünün başlaması olmuştur.

II. Meşrutiyet ve onun getirdiği anayasa değişiklikleri, I. Meşrutiyet'e oranla daha geniş ve kapsamlı bir "aydın hareketi"dir.

Birinci Dünya Savaşı sonunda başlayan ulusal kurtuluş savaşı döneminde, devlete ait egemenliğin kaynağı ve kullanılışı yönünden önemli bir değişiklik olmuştur. 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, meşrutî sistem yerine, egemenliğin ulusa ait olduğunu ilân eden ve tüm yetkileri TBMM'ne veren bir Anayasal belgedir.

Bu Anayasaya göre, egemenlik kayıtsız şartsız ulusundur. Yönetim, halkın kaderini bizzat ve bilfiil yönetmesi esasına dayanır (mad. 1); Büyük Millet Meclisinde toplanmıştır (mad.2). Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur, hükümeti, Büyük Millet Meclisi Hükümeti ünvanını taşır (mad. 3). Büyük Millet Meclisi Başkanı, bir seçim dönemi için, Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından seçilir. Büyük Millet Meclisi Başkanı, Bakanlar Kurulunun doğal başkanıdır, alınan kararları imzaya yetkilidir (mad. 9) (2).

Milli Mücadele'nin öncülüğünü yapan asker, sivil ve aydın kesim, kimi taşra esnafı ve din adamı bu Anayasa ve yönetim biçiminde birleşmişlerdir. Devlet- Padişah anlayışı, bu anayasayla, Devlet- Ulus ve ulusu temsil eden BMM anlayışına terk edilmiştir.

III. CUMHURİYET ANAYASALARI

A. 1924 Anayasası

Cumhuriyet'in ilanından kısa bir süre sonra hazırlanan 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunu, 1921 Anayasasında olduğu gibi, TBMM'ni egemenliğin kullanılmasında tek yetkili organ kabul etmekteydi.

1924 Anayasası'nın bir özelliği, hem tek parti ve hem de çok partili dönemde uygulanmış olmasıdır.

Bu Anayasa, 1921 Anayasasından farklı olarak klâsik hak ve özgürlüklere yer veriyordu (mad. 68-88). Ancak bunların korunmasına ilişkin düzenleme yoktu. Tek güvence, egemenliğin TBMM tarafından kullanılması idi (3).

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun (4), (5) 1.

maddesine göre Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir. Türkiye Devleti Cumhuriyetçi, Milliyetçi, Halkçı, Devletçi, Lâik ve Devrimcidir (mad. 2) (6). Egemenlik kayıtsız şartsız ulusundur (mad. 3). Türk Ulusunu, ancak TBMM temsil eder ve ulus adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır (mad. 4). Yasama yetkisi ve Yürütme erki TBMM'inde belirir ve onda toplanır (mad. 5). Meclis, Yasama yetkisini bizzat kendisi, yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanır. Meclis, hükümeti her vakit denetleyebilir ve düşürebilir (mad. 7). Yargı yetkisi, Ulus adına bağımsız Mahkemeler tarafından yürütülür (mad. 8).

Cumhurbaşkanı, TBMM Genel Kurulunca bir seçim dönemi için seçilir, törenli oturumlarda Meclise, gerekli gördükçe Bakanlar Kuruluna başkanlık eder, Mecliste tartışma ve görüşmelere katılamaz, oy kullanamaz (mad. 31. 32).

Başkomutanlık, TBMM'nin yüce varlığından ayrılmaz ve Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur (mad. 40). Cumhurbaşkanı vatan hainliği dışında sorumsuzdur.

Yargıçlar, davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar. Mahkemelerin kararları, TBMM ve Bakanlar Kurulunca değiştirilemez, başkalaştırılmaz (tağyir edilemez), geciktirilemez ve hükümlerinin yerine getirilmesine engel olunamaz (mad. 54), kuralıyla yargıç bağımsızlığı ve kararların bağlayıcılığı sağlanmış; hakim güvencesi, "yargıçlar, kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamazlar" (mad. 55), hükmüyle yasaya bırakılmıştır.

Anayasa, 1921 Anayasasından ayrı olarak, doğal hukuk öğretisinden esinlenerek 68- 88. maddelerinde klasik hak ve özgürlüklere yer vermiştir. Ancak Anayasada bunların korunmasına ilişkin güvence yoktu, güvence, egemenliğin padişah yerine, TBMM tarafından kullanılması idi (7).

1924 Anayasası, devletin nitelikleri arasında "hukuk devleti" kavramına yer vermemişse de, bir çok maddesinde, hakların ve yetkilerin kullanılmasını yasaya bırakarak yasallık ilkesine uymaya kısmen özen göstermiştir. Ancak yürütme görevinin ya da yetkisinin Anayasa ve yasalara göre kullanılacağına ilişkin genel ilke bu Anayasada yer almamıştır.

Bu Anayasada, yasama ve yürütme yetkisi, TBMM'ne verilmekle birlikte, yasama- yürütme ilişkisi açısından karma bir yol benimsenmiştir (8); yargıç bağımsızlığı ve kısmen güvencesi sağlanarak yasayı yapan organla, denetleyen ayrılmış, Danıştay kurularak, yönetsel davalara bakmak ve yönetsel uyuşmazlıkları çözümlmek görevi kendisine verilmiştir. Dolayısıyla hukuka bağlı idare ilkesinin temelleri atılmıştır; 103. maddesinde, "Teşkilât-ı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahaneyle ihmal veya atıl olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilât-ı Esasiye Kanununa münafi olamaz." kura-

ıyla, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi- ne yer verilmiştir.

1924 Anayasası'nın öngördüğü en önemli ilke- lerden biri de "Devletin lâik" olmasıdır. Bu kurala dayanılarak bu dönemde hukuk tümüyle lâikleştirilmiş, modern devletin esaslarını oluştura- rak hukuk düzeni kurulmuştur.

1924 Anayasası'nın, devletin Cumhuriyetçi olma özelliği yanında bir başka unsuru "Milliyetçi"liktir. Milliyetçilik, genelde, dil, kültür ve ülkü birliğiyle birbirine bağlı vatandaşların oluşturduğu sosyal ve siyasal bir bütünlük anlamına gelmektedir. Milliyet- çilik, aynı zamanda, ulusların kendi kaderlerine ken- dilerinin egemen olmasını, dışarıya karşı bağımsızlı- ğı, içeride demokratik bir düzeni gerektirir.

Milliyetçilik, o günün koşullarına uygun bir an- lam ve içerikle, "milli mücadele ruhuyla" ve devrim- ci niteliğiyle 1924 Anayasasında yer almıştır. Bu milliyetçilik, ulusal bağımsızlık hareketi içinde ve birlikte, aynı ulustan olmanın şuur ve bilinciyle sa- vaşanların ve kendilerini aynı ulustan ve aynı vatan- daşlık bağıyla bağlı görenlerin anlayışıdır. Bu milli- yetçilik anlayışında ırkçılığın yeri yoktur. Anayasa- daki, "Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla (Türk) itlâk olunur" (mad. 88) ("Türk" denir) hükmü bu görüşü doğrulamaktadır.

1961 Anayasası'nın Başlangıç'ında yer alan "Türk Milliyetçiliği", 1982 Anayasası'nın Başlan- gıç'ında ise "Atatürk Milliyetçiliği" deyimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komü- nist Partisi davasında Milliyetçiliği aynı yönde algı- lamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, "... Bu, ırkçı bir kavram değil, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk halkını, kökeni ne olursa olsun devlet yönünden tartışmasız eşitliği, içtenlikli birliği ve birlikte yaşama istencini içeren çağdaş bir olgudur. Ayrımcılığı dış- layıp "ulus" yapısı içinde kaynaşmayı öngören bu kavram, etnik kökenlerin, kimliklerin bir tanıma be- lirtisi olarak söylenmesini de engellemektedir." (9).

Devletin, bir başka özelliği "Devrimci" olması- dır. Türk Hukuk Lügatında bu ilke, "Milleti her ba- kımından lâik olduğu yüksek mevkie ulaştırmak için zaman kaydıyla bağlı olmamak üzere Türk Milleti- nin tam bir şuur ve idrak ile hamleler yapmasına ve milletin inkişafına yarıyan tarihi icraat ve prensiple- rine sadakat göstermesine denir." biçiminde tanımla- mıştır (10). Bu ilke devletin, sürekli ileriye dönük ve yeniliğe açık devingen yapısını ifade eder.

"Halkçılık", Türk Hukuk Lügatında, "Devletin vatandaşa ve vatandaşın devlete karşı mütekebil va- zifelerini hakkıyla ifade edebilmeleri için millî irade ve hakimiyetin her iki taraf hakkında âdilane kulla- nılması ve vatandaşlar arasında her bakımdan mut- lak müsavat kabul edilerek hiç bir fark, sınıf, aile, cemaat için imtiyaz tanınmaması ve bir halkı teşkil eden muhtelif meslek erbabı arasında sınıf farkına

meydan vermeden bunlardan herbirinin çalışmaları- nın camia saadetinin teminatı sayılması, hülâsa hal- kın iradesinde halk rejiminin hakim kılınması pren- sibine denir." (11) denilmektedir.

Tek parti ve çok parti döneminde uygulanan 1924 Anayasası, cumhuriyetçi, lâik esasa dayalı bir devlet anlayışını öncelikle öngörmüştür. Anayasada, çok partili bir düzene yer verilmemişse de, çok par- tili ve demokratik bir yapı kurulmasını engelleyecek bir kural bulunmamaktadır. Hatta devletin Cum- huriyetçi ve Milliyetçi ve Halkçı niteliklerini özüm- seyerek, demokratik ve çok partili ve özgürlükçü bir yapının bu Anayasanın ruhuna daha uygun düştüğü- nü söyleyebiliriz. Bu Anayasada, devletin "halkçı" niteliği temel ilke olarak belirlenmişse de, halkçılı- ğın gerektirdiği, sosyal haklara yer verilmemiştir. Anayasanın öngördüğü yasa önünde eşitlik, her türlü ayrıcalığın kaldırılması ve yasaklanmasıdır (mad. 69). Ancak, ekonomik ve sosyal haklar sağlanmamış bir toplumda ayrıcalığı kaldırmak, sınıfsal farklılaş- mayı önlemek olanaklı değildir. Devlet, halkçıdır, ancak nasıl halkçı olunacaktır, bu hususta Anayasa- da bir açıklık bulunmamaktadır. Doğaldır ki; Anaya- sadaki bu boşluk genel ilkeye uygun yasalarla dol- durulabilirdi.

1924 Anayasasının öngördüğü devlet, "devletçi- dir". Ancak, devletçilikle ilgili yol gösterici ekono- mik kurallar Anayasada yer almamıştır. Planlama, kaynakların kullanımı, örgütsel yapılanma konula- rında Anayasada kural yoktur. Devletin elindeki tek Anayasal araç, değer pahası peşin verilerek kamu- laştırma yapılmasıdır. Ayrıca çiftçiyi toprak sahibi kılmak ve ormanları devletleştirmek için yapılacak kamulaştırmalarda bu karşılıkların ödeneşi özel ya- salara bırakılmıştır.

1924 Anayasasının en zayıf yanı yasama yetkisi ve yürütme erkini kendisinde toplayan TBMM kar- şısında onu frenleyebilecek ayrı bir yetkinin bulun- mamasıdır. Özellikle çok partili döneme geçildiğin- de bu gereklilik kendisini daha çok hissettirmiştir. Anayasanın 103. maddesindeki anayasanın üstünlü- ğü ve bağlayıcılığı ilkesi, meclisin ve fiilen çoğunlu- ğa sahip yürütmenin uygulaması karşısında etkisiz bir duruma gelmiştir (Meclis diktası). O dönemde, yasaların anayasaya uygunluk denetimini yapacak bir Anayasa Mahkemesi bulunsaydı, TBMM ve ço- ğunluk iktidarının Anayasal sınırlar içinde tutulma- sı, Anayasadaki boşlukların Anayasal ilkeler doğrul- tusunda bu mahkemenin içtihatlarıyla doldurulması ve belki de yeni bir Anayasaya bu denli gereksinme duyulmaması sonucu doğabilirdi.

Bu dönemde Danıştay ve özellikle Yargıtay Anayasanın 103. maddesine dayanarak itiraz yoluyla Anayasal denetim yolunu açamamışlardır. Danış- tay Dava Daireleri Genel Kurulu ikinci kararında bu tür denetime ışık tuttuysa da, özellikle Yargıtay, Anayasallık incelemesinden kaçınmıştır (12).

Öte yandan, 1924 Anayasasının, 1961 ve 1982

Anayasalarına göre üstün olan yanından da söz etmek gerekecektir.

Bu Anayasanın öngördüğü devlette, yasama ve yürütme yetkisi Milleti temsil ettiği kabul edilen TBMM'ndedir. Başkomutanlık Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilse de meclisin yüce varlığına bağlanmıştır. Anayasada askeri yargıyla ilgili bir kural bulunmamaktadır. 1924 Anayasasının öngördüğü devlet anlayışı sivil yönetimdir. Tek parti döneminde (1945 yılına kadar) fiilen değilse de hukuken bu böyle olmuş, özellikle 1950- 1960 arasında Devlet, tam anlamıyla sivil yönetim görüntüsü vermiştir.

Sonuç olarak, 1921 ve 1924 Anayasalarında kuvvetler birliğine gidilmiş, Anayasal denge korunmamıştır. İktidarı sınırlamak kaygısı duyulmadan egemenliğin tek organ, TBMM tarafından kullanılması öngörülmüştür. Meclisin ulusal egemenlik açısından tek ve gerçek temsilcisi sayılması, ulusal istencin parlamento çoğunluğuna kaymasına, başka bir deyişle iktidar çoğunluğunun kendisini ulusal iradeyle bütünleştirmesine yol açmıştır (13).

B. 1961 Anayasası

1961 Anayasasının getiriliş gerekçesi Başlangıç'ta belirtilmiştir. Bu hükme göre Ulus, Anayasa ve hukuk dışına çıkan bir iktidara karşı "direnme hakkını" kullanarak devrim yapmıştı. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi (14), bireysel özgürlükler yönünden önemli olan "direnme hakkı", bu Anayasanın Başlangıç'ında "Milletin direnme hakkı" biçiminde alınmıştır.

1961 Anayasası, esasta meclis üstünlüğüne dayalı parlamenter rejimi benimsemekle beraber, 1924 Anayasası döneminde yürütmenin ve Meclisin, Anayasa ve demokrasi ile bağdaşmayan davranışlarına ve uygulamalarına tepki olarak, hem yasama işlemlerini, hem de yürütme ve idarenin işlem ve eylemlerini denetleme yetkileri ile donatılmış bağımsız bir yargı düzeni kurmuştur (15).

Anayasa'nın kurduğu devlet düzeninin nitelikleri 2. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, 1961 Anayasası'nın öngördüğü devlet, insan haklarına ve Başlangıç'ta belirtilen "... milli birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham alma; Yurtta Sulh, Cihanda Sulh, Milli Mücadele ruhunun, Millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna" sahip olma biçimindeki ilkelere dayanan millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.

1961 Anayasası'nda, ırkçılığa varabilecek yorumlardan kaçabilmek için milliyetçi yerine milli devlet deyimi kullanılmıştır. Milli devlet, herşeyden önce, "devletin bağımsızlığı" anlamına gelir. (16). Milli devlet ulusu temel unsur kabul eder, ümmet ya da ırk esasına dayalı bir devlet yapısını reddeder.

Devletin bir başka unsuru, "demokratik" olmasıdır. Demokratik olmanın ilk koşulu, egemenliğin ulusa ait olmasıdır. Bu husus, 1961 Anayasası'na, 1924 Anayasası'ndaki sözlerle alınmıştır. "Egemen-

lik kayıtsız şartsız Türk Milletininindir.". Ancak maddenin devamı, egemenliğin kullanılmasını 1924 Anayasası'ndan farklı düzenlemiştir. "Millet egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır" (m. 4). Böylece, TBMM egemenliği kullanan tek organ olmaktan çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi, egemenlik ve iktidar kavramlarının birbirine karıştırılmaması görüşündedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. "Ama, iktidar, bir süre için siyasi partiler yoluyla ağırlığını duyuran zümre veya sınıfların eline geçebilir. Bu maddede yasaklanan, egemenliğin kullanılmasının sürekli ve değişmez biçimde bir kişi, zümre veya sınıfa bırakılmasıdır." (17).

Anayasanın öngördüğü demokratik devlet serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılacak seçime dayalıdır (m. 55). Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurudur (m. 56). Anayasa birden çok partili demokratik bir düzeni esas kabul etmiştir.

Demokratik devletin bir başka özelliği bireye temel hak ve özgürlüklerin özellikle düşünce özgürlüğünün tanınmasıdır. Anayasa Mahkemesi, yerel yönetim seçimleriyle ilgili kararında, çağdaş batı demokrasisinin bir başka kurucu unsuru olan katılımcılık üzerinde durmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, "incelenen kural, çağdaş batı demokrasisinin en güçlü niteliği olan katılımcılığın (sürekli biçimde etkin olma), ögesini zedeleyerek, bireyleri ve toplumu kamu işlerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırmaktadır. Siyasi haklar, Hukuk Devleti ilkesinin temel taşlarından birini oluşturduğundan bunlara aykırılık Hukuk Devleti ilkesine ve dolayısı ile Anayasanın 5. maddesinde düzenlenen Devletin Cumhuriyeti ve Demokrasiyi koruma amacına da zarar verecektir." (18).

Katılımcılık yanında çoğunluk esası ve çoğulculuk demokrasinin vazgeçilmeyen öğelerini oluştururlar. Çoğunluk, sayıca üstünlüğü temsil eder, kararların çoğunluk tarafından alınması, çoğunluk tarafından yönetilme anlamına gelir. Çoğulculuk (çokçuluk) ise, bir tek ilkeye ya da görüşe bağlı olmamak, çeşitlilik ve farklılıkla birliktelik, siyasal açıdan, değişik görüş ve eğilimlere yönetimde söz hakkı tanımaktır. Başka bir deyişle çok seslilik. Siyasi partiler, örgütsel yapılarıyla çoğunluk ve çoğulculuk ilkelerini yaşama geçirirler. Anayasada "siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır." (m. 56) (1982 Anayasasında m. 68) denilmekle, bu husus vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi demokratik bir devletin önde gelen özelliğini, "çoğulculuğu ve katılımcılığı sürekli etkin kılmaktır." (19) biçiminde tanımlamaktadır.

1961 Anayasası, "hukuk devleti" ilkesinin gereklerini de içermektedir. Anayasaya göre, yürütme

görevi, yasalar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilecektir (m.6). Başka bir maddesinde, "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." (m. 8) biçimindeki hükümle Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını belirlemiştir. Bu Anayasa'da, "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." (m. 114) (20) hükmü ile idarenin hukuka bağlılığı sağlanmıştır. Ayrıca en önemlisi, Anayasa, Anayasa Mahkemesi kurulmasını öngörmüş, kanunların ve TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemek görevini bu mahkemeye vermiştir. Böylece Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin sadece metin halinde kalması önlenmiştir.

Anayasa, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesini en üst düzeyde gerçekleştirmiş (m. 132, 133), bağımsız Yüksek Hakimler Kurulu kurulmasını öngörmüştür (m. 143).

1961 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yasayla, Anayasada sayılan koşullarla yapılabileceğini öngörmüş, ayrıca temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmayacağını belirterek, sınırlamanın sınırını göstermiştir (m. 11).

Anayasa Mahkemesi, özgürlüğün özünün saptanmasında, ilk kararlarından itibaren uyguladığı "özgürlüğün kullanılabilir" olması ölçüsünü devam ettirmiş, 1982 Anayasası döneminde de özü aynı anlayışla demokratik toplum düzeni içinde düşünmüştür.

Anayasa, temel hak ve ödevler arasında üçüncü bölümde, sosyal ve iktisadi haklar ve ödevleri belirlemiş böylece Anayasaca korunan temel haklar katalogunu genişletmiştir; 10. maddesinde Devleti, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamakla görevlendirmiştir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti'nin bir başka niteliği "sosyal devlet" olmasıdır. Anayasa Mahkemesine göre, sosyal devletin görevi, güçsüzleri koruyarak sosyal adaleti, sosyal refah ve sosyal güvenliği sağlamaktır (21).

Anayasanın 2. maddesine göre, demokratik hukuk devleti, Anayasanın öngördüğü "sosyal devlet" temeli üzerine kurulacaktır.

Anayasa Mahkemesi, demokratik hukuk devleti düzenini "... insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmek ve teminat altına almak..." (22) biçimindeki nitelikleriyle belirlemiştir.

Türkiye Cumhuriyeti, aynı zamanda bir hukuk devletidir. Anayasanın 2. maddesinde dayanan Başlangıç'daki temel ilkeye göre, Türk ulusu, "insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin toplumun huzur ve refahını gerçekleştire-

mevi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için; " bu Anayasayı kabul etmiştir.

Anayasaya göre sosyal temeller üzerine kurulacak demokratik hukuk devleti bir hayli kapsamlıdır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında hukuk devleti "... insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet..." (23) olarak tanımlanmış; hukuk devletinde, devletin bütün işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbi olması gerektiği görüşü benimsenmiştir (24).

1961 Anayasası, kişinin hak ve ödevleri başlıklı bölümde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ve Birleşmiş Milletlerin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesindeki temel hakların pek çoğuna yer vermiştir.

Devletin, bir başka unsuru Lâik olmasıdır. Bu ilke 1924 Anayasasındaki kapsam ve anlam içinde 1961 Anayasasında de yer almıştır.

Anayasa Mahkemesinin kararından alınan aşağıdaki pasajlar Mahkemenin lâiklik konusundaki görüşünü vurgulamaktadır.

"Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkararak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir... Lâik düzende din siyasallaşmaktan kurtarılır, yönetimin aracı olmaktan çıkarılır, gerçek saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır... Devletin, dinlerden birini tercih fikri, ayrı dinlere bağlı yurttaşların yasa önünde eşitliğine de aykırı düşer... Cumhuriyet ve demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır. Genelde bu tür düşün ve anlayış biçimi, dünya görüşü sayılan bu ilke, "ümme't"ten, "ulus"a geçmenin itici gücü olmuştur... Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır." (25).

1961 Anayasasında, 1924 Anayasası'ndan farklı olarak, Genelkurmay Başkanı'nın Başbakan'a karşı sorumlu olması öngörülmüştür (m. 110). Ayrıca Anayasayla milli güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyon sağlanmasında yardımcı olmak ve görüş bildirmek üzere Cumhurbaşkanının başkanlığında, Genelkurmay Başkanı ve bakanlardan oluşan Milli Güvenlik Kurulu kuruldu (m. 111). Cumhurbaşkanı'nın bulunmadığı zaman bu görevi Başbakan yapacaktır.

Bu Anayasada, ayrıca, Askeri Yargıtay yüksek mahkemeler arasında yer aldı.

1961 Anayasası, bir süre sonra, ülkenin içine düştüğü anarşik nedenden dolayı suçlanmaya başladı; fazla hürriyet verildiği, özgürlük elbisesinin bol geldiği, özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önleye-

cek bir mekanizmanın Anayasada bulunmadığı, yasa yapma işleminin ağır yürüdüğü, meclis ve yürütmenin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından kösteklendiği ileri sürüldü. Bu anayasa ile devlet yönetilemez dendi. Bu eleştirileri 12 Mart 1971 askeri müdahalesi ve bir dizi Anayasa değişiklikleri takip etti: Temel hak ve özgürlüklerde kısıtlamalara gidildi; yürütmeye KHK çıkarma yetkisi tanındı; üniversite özerkliği, Anayasada belirlenen hükümler kapsamında kabul edildi; radyo ve televizyon idaresi için özerk tüzel kişilik yerine, tarafsız kamu tüzel kişiliği uygun görüldü; Devlet Güvenlik Mahkemeleri kuruldu; Milli Güvenlik Kurulunun Görevi "... milli güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna tavsiye eder." biçiminde değiştirildi; Danıştay'ın yetkilerine kısmen kısıtlama getirildi; Asker kişilerin eylem ve işlemleriyle ilgili görev Danıştay'dan alınarak, Yüksek Mahkemeler arasına katılan Askeri Yüksek Mahkemesine verildi.

C. 1982 Anayasası

Yeni Anayasa, İç savaşa dönüşme eğilimi gösteren anarşiyi durdurmak, ülkeyi ve toplumu parçalanıp dağılmaktan kurtarmak gerekçesiyle yapılan 12 Eylül 1980 askeri müdahalesini takiben hazırlanmıştır. 1961 Anayasası yapılıırken suçlu görülen ve etkisi azaltılmak istenen yürütme ve meclis, 1982 Anayasasının hazırlanmasında ise, terör ve anarşinin nedeni kabul edilen bireysel özgürlükler ve yürütmenin yetkilerinin yetersizliği idi.

Bu Anayasasının temel esprisi, Başlangıç'ta belirtilmiştir. Bu hükme göre, "ulus iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Ulusuna ait olması, bunu ulus adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamaması"dır.

Bu espri, Anayasasının öngördüğü demokratik toplum düzenini, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeni ile sınırlayıcı bir anlam içermektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında bu görüşü benimsemişse de (26), daha sonraki kararlarında, daha esnek bir yorumla, özgürlüklere getirilen kısıtlamaların Anayasasının ikinci maddesinde ifadesini bulan temel ilkelere uygun olması gerektiğine karar vermiştir (27).

1961 ve 1982 Anayasalarını karşılaştırarak ele alırsak; her iki Anayasasının kendilerinden önceki olaylara tepki niteliğini taşıdığını, yapılarının birbirine benzediğini görürüz. 1961 Anayasası, Kurucu Meclis, 1982 Anayasası ise, Danışma Meclisi tarafından hazırlanmışlardır. Aynı sistematik yapıya sahiptirler. Her iki anayasa ekonomik ve sosyal işler, planlama, doğal kaynakların kullanılması kalkınma konuları, temel hak ve özgürlükler, yargı gibi benzer temel bölümler içermektedir.

Her iki Anayasasının tepki anayasaları olmaları

dışındaki ortak yanları, Millî Güvenlik Kuruluna yer vermeleri, Askeri Yargının yetki alanının geniş olması, Genelkurmay Başkanının görev ve yetkilerinden dolayı Başbakana karşı sorumlu bulunması, 1961 Anayasasında Kurucu Meclis zamanında, 1982 Anayasasında TBMM Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçen süre içinde çıkarılan yasalara Anayasal denetim yolu kapatılarak süreklilik kazandırılmasıdır.

1982 Anayasasında, Millî Güvenlik Kurulu, 1961 Anayasasında olduğu gibi tavsiye eden, bildiren bir kurul olmaktan öte, güvenlik politikasını tayin eden, zorunlu gördüğü önlemler öncelikle dikkate alınan bir organdır (m. 118).

Öte yandan, bu Anayasaların Başlangıç'larında Türk Silahlı Kuvvetlerinin işlevini farklı ifade edildiği gözlenmektedir. 1961 Anayasası, Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı "direnme" hakkını kullanan Türk Milletinin "Devrim" yaptığından söz ederken; 1982 Anayasası, Türk Vatan ve Milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devleti'nin varlığına karşı, benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada, Türk Milletinin ayrılmaz bir parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin 12 Eylül 1980 hareketini Millettin çağrısıyla gerçekleştirdiğini belirtmektedir.

Böylece 1961 Anayasasına göre devrimi yapan, direnme hakkını kullanan Türk Milleti; 1982 Anayasasına göre ise Türk Silahlı Kuvvetleri'dir. Silahlı Kuvvetlerin bu görevleri, Anayasada açıkça belirtilmesi de 4.1.1961 günlü 211 sayılı İç Hizmet Yasası'na dayandırılmıştır (m. 35). Başlangıç'tan anlaşıldığı kadarıyla, 1982 Anayasasına göre devlet "kutsal"dır. 1982 Anayasası, Cumhuriyetin niteliklerini, 1961 Anayasasında benzer nitelikte belirlemiştir: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

Anayasada, insan haklarına dayanan yerine "saygılı" denilmesi, kanımca maddenin anlamını fazla etkilememektedir. Başlangıç'ta da belirtildiği gibi, "Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi...." olmak ve ".... çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi.."; ayrıca, Anayasasının 90. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmaların yasa hükmünde olması, insan haklarına sürekli saygı duymayı ve dayanmayı gerektirir.

Anayasa Mahkemesi, yerleşik kararlarıyla, devletin demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devleti niteliklerini 1961 Anayasasındaki anlam ve kapsam içinde algılamış ve aynı biçimde yorumlamıştır.

Öte yandan, her iki Anayasa tepki Anayasası olmalarına karşın, olaylara konulan teşhisler ve düşünülen çözümler ayrıdır. 1961 Anayasası meclis çoğunluğunun ulusal iradeyle eşdeğer kabul edilerek

azınlığın ezilmeye kalkılmasına karşı bir tepki niteliğindedir. 1982 Anayasası ise, özgürlüklerin anarşi getirdiği, yürütmenin zayıf kaldığı görüşüyle otoriteye duyulan özlemin ifadesi olmuştur (28). Düşünülen çözüme göre, yürütmeyi güçlendirmek, parlamentoyu etkili kılabilmek için yasama sürecinin kısaltılması gerekirdi. Bu nedenle tek meclise dönüldü. Yürütmeyi güçlendirmek için KHK yetkisi ayrı bir maddede yeniden düzenlendi. En önemlisi Cumhurbaşkanlığı'nın yetkileri yasama, yürütme ve yargıyla ilgili olarak artırıldı (m. 104). Cumhurbaşkanı, yeni ve geniş yetkilerle donatılmasına karşın, yansızlığı (m.101) ve sorumsuzluk hali (m. 105) devam ettirildi.

Anayasa Mahkemesi, aşağı yukarı aynı yetkilerle korunurken, Anayasa Mahkemesine başvuru yolları daraltıldı. Olağanüstü KHK'ler Anayasal denetim dışında bırakıldı. Yargı bağımsızlığı ve güvenliği genelde aynı esaslarla korunurken idari yargıya başvurabilmede kimi kısıtlamalar yapıldı.

Temel hak ve özgürlükler kataloğu 1961 Anayasasındaki genişlikte Anayasada yer almakla beraber, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kurallar beraberinde getirildi.

Sonuçta, 1961 Anayasası, bireye öncelik veren, daha demokratik, daha özgürlükçü görüşleri yansıtmaya karşın; 1982 Anayasası yürütmeyi ve devleti güçlendirmeyi amaçlamıştır. 1982 Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden pek çok alıntı yapmasına karşın, aynı zamanda ayrıntılı ve ayrık kurallara da yer vermiştir.

1982 Anayasası, yürütmeyi güçlendirerek yetkileri yasamadan yürütmeye doğru kaydırırken, özgürlükler ve haklar düzeninin ve yargısal yetkilerin de kısmen sınırlandırılması yolunu benimsemiştir. Aslında sağlıklı bir devlet yönetimi için yürütme güçlendirilirken, bireysel özgürlüklerin ve karşı yetki durumunda bulunan yargının etkinliğinin artırılması gerekirdi. Bu yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, Sosyalist Parti davasında, "Devletin kendisini koruma hakkından" söz etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, "... insan hak ve özgürlüklerinden başlayarak, demokratik toplum düzenini bozucu, devletin öğelerini yıkıcı" eylemler karşısında devlet kendisini savunabilir (29). Anayasa Mahkemesi bu hakkın varlığını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 30. maddesinden çıkarmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Türk Devletinin ulusu ve ülkesiyle bölünmezliği ilkesinin dayanağını, Kurtuluş Savaşı sırasında Erzurum ve Sivas Kongrelerinde saptanan biçimiyle Misak-ı Milli kurallarında bulmuştur (30).

IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türkiye'nin anayasallaşma sürecinde, devlet-birey ilişkisi kurulurken; hukuk devletinin, bağımsız bir yargının ve bireysel özgürlükleri çağdaş bir bo-

yutla ele almanın uğraşının verildiği gözlenmektedir. Türkiye'nin anayasallaşma tarihi, bir bakıma, Tanzimatla başlayan ancak, halkta yeterli destek bulduğu kolaylıkla söylenemeyen bireyselleşme girişimlerinin "devlet" geleneğiyle çatışmasından oluşmaktadır.

Burada kendimize bir soru sormamız gerekiyor.

Hukuk devleti ve bağımsız yargı neden gereği gibi kök salmıyor, bireysel özgürlükler yeterince savunulamıyor ya da verilenler bir süre sonra geri alınıyor?

İlk nedenin, Türk- İslâm geleneği ve kültürü olduğu söylenebilir. Çünkü, Türk - İslâm geleneğinde esas olan iktidarın tekliği. İslâm'da egemenlik anlayışı Tanrıdan gelen bölünmez, ortak kabul etmez bir iktidarı simgelemektedir. Ümmet için asıl olan itaattir. Ayrıca siyasi iktidarın sınırlandırılması geleneği fazla gelişmemiştir (31). Osmanlı Devletinin kuruluşundan gelen "asker devlet" anlayışının etkilerinin de hala var olduğu gerçeği yadsınamaz. Özerklik, hemen her konuda, Türk Siyasi geleneğinde kazanılmamış bir denevidir. İslâm'da esas olan otoritenin tekliğidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin Türk-İslâm geleneğiyle bağdaştığı söylenemez.

Türkiye'nin anayasallaşma ve çağdaşlaşma sürecinde Devlet karşısında bireyin ve bireysel özgürlüklerin öneminin yeterince anlaşılmasında, ümmet içinde birey ya da eylemli iktidar karşısında hemen egemenliği kabullenmeye (biata) hazır kitleler, alışkanlığının etkisi büyüktür. Bugün hala, çağdaş düzenlemelerin toplumun geleneksel alışkanlıklarını ve düşünce biçimini tümüyle sildiğini söylemek güçtür.

Modern toplumun en belirgin özelliği, devlet otoritesinin anayasal ve yasal kurullarla sınırlandırılmış, başka bir deyişle hukuk devletinin tümüyle kurulmuş olmasıdır. Anayasa, bir yetkinin aşırılığını önleyecek başka bir yetkiyle denge kurmalıdır.

Hukuk Devleti, ancak, çoğulcu bir toplum ve çoğulcu bir sistem içinde bağımsız yargıç ve yargıç güvencesiyle ve hukuka bağlı devlet anlayışıyla kurulabilir. Yasama ve Yürütmenin her türlü işlem ve eylemi Yargı denetimi kapsamında olmalıdır.

Kişinin, insan haklarına dayalı bir hukuk düzeni içinde özgürleşmesi ve özgürlüğüne sahip çıkabilmesi geleceğin dinamik, yaratıcı bireyini oluşturacaktır. Ancak, düşünen ve düşündüğünü korkusuzca söyleyebilen kişi doğruyu bulabilir. Düşünen, araştıran ve kuşku duyan insan dogmalardan kurtulabilir.

Devletle-birey arasında özgürlüğe ve insan haklarına dayalı bir ilişkide, bireyin bu özgürlüğe sahip çıkabilecek bilince erişmesi ve onu koruyacak yeteneği özgür bir ortamda, örgütsel bir yapı içinde, kazanması gerekir. Öte yandan birey özgürlüklerden yararlanırken birey- toplum ve birey - devlet ilişkisindeki sorumluluğun da anlayışı içinde olmalıdır.

Bu bir eğitim, ekonomik gelişim ve toplumsal yapılanma sorunudur.

Demokratikleşme, özgürlük anlayışının yaygın-

laşması ve toplumda kök salması olgusudur.

(1) Kaboğlu Ö. İbrahim, Türkiye'de Hukuk Devleti-nin Gelişimi, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt, 12, Yıl. 1990, Sh. 155

(2) 1922 (8.7. 1338) yılında kabul edilen 244 sayılı Yasada, Başbakan ve Bakanların Büyük Millet Meclisi içinden ve onun tarafından seçilmesi öngörülmüştür. 1922 (30. 10. 1338) yılında kabul edilen 307 sayılı Yasa, Osmanlı İmparatorluğunun son bulunduğu ve TBMM Hükümeti kurulduğuna ilişkindir.

(3) Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 1991, Sh. 139

(4) Bu Yasa, 10.1.1945 günlü, 4695 sayılı Yasa ile, "anayasa" başlığıyla Türkçeleştirilmiş ise de, daha sonra 24. 12. 1952 günlü, 5997 sayılı; yasayla tekrar eski metin kabul edilmiştir.

(5) Anayasa, 10.4. 1928 günlü, 1222 sayılı; 10. 12. 1931 günlü, 1893 sayılı; 5. 12. 1934 günlü, 2599 sayılı; 5.2.1937 günlü, 3115 29.11.1937 günlü, 3272 sayılı yasalarla 5 kez değiştirilmiştir.

(6) Anayasanın, ilk şeklinde 2. madde, "Türkiye Devletinin dini, İslâmdır: resmi dili Türkçedir; Makarın Ankara şehridir", biçiminde iken 10. 4. 1928 günlü, 1222 sayılı Yasayla, "Türkiye Devletinin resmi dili Türkçedir; Makarın Ankara şehridir." şekline gelmiş, daha sonra C.H.P programından alınan ana ilkeler 5.2. 1937 günlü, 3115 sayılı Yasayla bu maddeye dahil edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa ile bir siyasi parti programı özdeşleşmiştir.

(7) Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 1991, Sh. 139

(8) Kaboğlu, a.g.e., s. 156.

(9) AYM'nin 16. 7. 1991 günlü, E. 1990/1 (SPK), K. 1991/1 sayılı kararı, RG: 28.1.1992/ 21125

(10) THL, Sh. 162

(11) THL, Sh. 115

(12) YHGK 3.12. 1952 günlü, E. 4/209/ 96, K. 140 sayılı karar. DDDGK'nun 28.1. 1950 günlü, E. 1949/318, K.1950/ 22, DDGK'nun 30.3. 1950 günlü, E. 1949/320, K. 1950/128

(13) Sosyal Mümtaz, Anayasa Yargısı, 1984, Sh. 13

(14) AYM'nin 8. 12. 1988 günlü, E. 1988/2 (SPK), K. 1988/1 sayılı kararı: "... direnme hakkı, tarihsel süreç içerisinde İngiltere'de Büyük Özgürlük Fermanı (Magna Carta Libertatum 1215, m. 61); Haklar Dilekçesi (Petition of

Rihti 1628); Habeas Corpus Act 1679; Haklar Bildirgesi (Bill of Rights 1689) gibi Anayasal belgelerde; Amerika Birleşik Devletlerinde Virginia Haklar Bildirgesi (1776 m.3); Fransa'da, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (Baskıya direnme hakkı, (m.2)nde değişik ifadelerle; Federal Alman Anayasası'nın 20. maddesinde kimi koşullarla yer almıştır..." AMKD. Sayı. 24, Sh. 534

(15) Duran Lütfi, III. Cumhuriyet "Yürütme"si: Kuvvetli icra mı, kişisel iktidar mı? Bahri Savcı'ya Armağan, 1988, Sh. 233

(16) Tanilli Servet, Devlet ve Demokrasi, 1981, sh. 147.

(17) AYM'nin 8.12.1988 günlü, E.1988/2 (SPK), K. 1988/1 kararı, AMKD. Sayı. 24, sh. 589.

(18) AYM'nin 14.7. 1988 günlü, E. 1988/14, K. 1988/18 sayılı kararı, AMKD. Sayı, 24, Sh. 235

(19) AYM'nin 21. 4. 1992 günlü, E. 1992/17, K. 1992/30 sayılı kararı, RG:2.10. 1992

(20) Maddenin ilk şeklinde bu kural "idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" biçiminde idi.

(21) AYM'nin 12. 11. 1991 günlü, E. 1991/7, K. 1991/43 sayılı kararı, RG: 23. 7. 1992

(22) AYM'nin 5.3. 1965 günlü, E. 1963/1, K. 1965/13 sayılı kararı,AMKD. Sayı. 3, Sh. 89

(23) AYM'nin 11. 10. 1963 günlü, E. 1963/124, K. 1963/243 sayılı kararı, AMKD. Sayı. 1, Sh. 429

(24) AYM'nin 29.11. 1966 günlü, E 1966/11, K. 1966/44 sayılı kararı,AMKD. Sayı.5, Sh. 3-25

(25) AYM'nin 7.3.1989 günlü, E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararı, RG: 5.7. 1989

(26) AYM'nin 6. 10.1986 günlü, E. 1985/21, K. 1986/23 sayılı kararı,AMKD. Sayı. 22, Sh. 197

(27). AYM'nin 25. 11. 1986 günlü, E. 1985/8, K. 1986/27 sayılı kararı,AMKD. Sayı. 22, S. 323

(28) Sosyal Mümtaz, a.g.e., Sh. 16

(29) AYM'nin 10.7. 1992 günlü, E. 1991/2 (SPK), K. 1992/1 sayılı kararı, RG: 25. 10. 1992/ 21386

(30) Oktay Cemil, Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı, Anayasa Yargısı, 1984, Sh. 231

(31) Nisa Suresi 59. ayet "Ey insanlar Allah'a itaat edin. Peygamberlere ve sizden buyruk sahibi olanlara (ulu-l-emre) itaat edin. Eğer bir şeyde çelişirseniz -Allah'a ve ahiret gününe inanmışsanız- onun hallini Allah'a ve Peygambere bırakın. Bu hayırlı ve netice itibariyle en güzeldir."

ZIVILER UNGEHORSAM UND WIDERSTAND - NATURRECHTLICH GERECHTFERTIGT ?

Martin KRIELE*

In die Diskussion zum zivilen Ungehorsam und Widerstand im Rechtsstaat läßt sich nur Klarheit bringen, wenn man vier verschiedene Typen unterscheidet:

I. Übertretung verfassungswidriger oder verfassungswidrig ausgelegter Gesetze.

II. Übertretung verfassungsmäßiger Gesetze.

III. Widerstand gegen Tyrannei, Putsch und Revolution.

IV. Widerstand gegen Usurpation.

Zu I.

Der Grundtyp des zivilen Ungehorsams läßt sich am Beispiel der von Martin Luther King angeführten Bürgerrechtsbewegung anschaulich machen. Der Ungehorsam richtete sich gegen Gesetze, die - jedenfalls in der Auslegung, die die Gerichte ihnen gaben - rassistische Diskriminierung erlaubten. Diese bestand insbesondere in der Reservierung von öffentlichen Einrichtungen für Weiße, z. B. von Schulen, Bussen, Schwimmbädern, der höheren Klassen der Eisenbahn usw. Diese Rechtsregeln waren nicht nur evident ungerecht, sie widersprachen auch den civil rights der US-Verfassung, insbesondere dem 14. Amendment von 1868. Dieser Artikel, der nach dem Sezessionskrieg und der Aufhebung der Sklaverei eingeführt wurde, gewährleistet allen amerikanischen Staatsbürgern Gleichberechtigung. Rassistische Diskriminierung durch staatliche Einrichtungen war evident verfassungswidrig. Rassistische Diskriminierung durch Private war zwar zivilrechtlich gerechtfertigt, aber ein Verstoß gegen Prinzipien der öffentlichen Ordnung, die sich aus der Verfassung ergeben, zumindest dann, wenn es sich um der Öffentlichkeit zugängliche private Einrichtungen handelte wie z. B. Hotels und Restaurants.

Martin Luther King und seine Freunde übertraten die Gesetze in der demonstrativen Absicht, auf die Ungerechtigkeit, ja Verfassungswidrigkeit öffentlich hinzuweisen. Sie nahmen Strafen und andere Sanktionen bewußt auf sich. Damit leiteten sie einen Wandel der Rechtsprechung ein. Der Supreme Court der USA erklärte zunächst die ethnische Diskriminierung durch staatliche, sodann auch

durch private, der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen für verfassungswidrig. Was zunächst als strafbare Handlung erschien, erwies sich bei verfassungskonformer Auslegung des Rechts als rechtmäßiges Handeln. Die bewußte Inkaufnahme der Sanktionen war ein persönliches Opfer im Dienst der Herbeiführung eines verfassungsmäßigen Rechtszustandes. Das ist aus staatsphilosophischer Sicht nicht zu kritisieren.

Zu II.

1. Ein zweiter Typus des zivilen Ungehorsams besteht in der Übertretung von Gesetzen, deren Gerechtigkeit und Verfassungsmäßigkeit außer Zweifel stehen und von den Übertretenden auch gar nicht in Frage gestellt werden. Der Zweck ist, das Einschreiten der Polizei auszulösen, um alsdann der Polizei Widerstand zu leisten und auf diese Weise Aufsehen zu erregen, insbesondere Fernsehen und Presse anzulocken. Dies gibt dann Anlaß zu politischen Erklärungen, die auf diese Weise eine viel größere Breitenwirkung entfalten, als es legale Publikationen und Demonstrationen tun könnten.

In diesem Sinne wurde vor allem in der Bundesrepublik Deutschland ziviler Ungehorsam geübt. Die Verfassungsorgane sollten genötigt werden, zu unterlassen, wenn sie für richtig hielten, z. B. die Aufstellung der Bundeswehr, den Beitritt zur NATO, die Atombewaffnung, die Regelung des Notstandsrechts in der Verfassung, die Einrichtung von Atomkraftwerken, die Nachrüstung, eine Volkszählung, den Bau einer Flughafenstartbahn, die Neuregelung des Asylrechts usw.

Die Verfechter des zivilen Ungehorsams in diesem Sinne betrachten sich selbst als eine intellektuelle und moralische Elite von so hohem Rang, daß die Regierungspolitik unverzüglich ihren Vorstellungen anzupassen sei. Die Regierung handle illegitim, wenn sie etwas bloß deshalb tue, weil es nach ihrer eigenen Meinung und der Meinung der Mehrheit richtig sei; sie habe vielmehr der Meinung der "Elite" zu folgen.

Um sie dazu zu veranlassen, sei es gerechtfertigt, andere Menschen an der Ausübung ihrer Rechte zu hindern: Soldaten werden in ihre Kasernen eingesperrt. Straßen werden durch Sitzblockaden für andere Verkehrsteilnehmer unbenutzbar gemacht. Flughäfen werden blockiert, Universitäten besetzt.

* Prof. Dr. Martin Kriele, Universität zu Köln seminar für staatsphilosophie und rechtspolitik.

Veranstaltungen gesprengt usw. Der Arzt kann den Kranken nicht rechtzeitig erreichen, die Mutter ihr Kind nicht im Kindergarten abholen, der Geschäftsmann nicht zum verabredeten Termin erscheinen, der Soldat am freien Wochenende die Kaserne nicht verlassen usw. Daß damit Rechte von Mitbürgern verletzt werden, steht außer Zweifel und wird auch nicht bestritten. Die in ihren Rechten verletzten Mitbürger haben den Betreffenden keinerlei Unrecht zugefügt haben und stehen mit ihnen in überhaupt keiner Beziehung. Sie sind nur Mittel zum Zweck.

Diese Gesetzesverletzung soll sich auf sogenannte "gewaltlose Maßnahmen" beschränken. "Gewaltlos" in diesem Sinne soll heißen: Nicht Mord, Totschlag, Körperverletzung, wohl aber Nötigung, Hausfriedensbruch, Steuerverweigerung. Ob Sachbeschädigung als "gewaltlos" und deshalb als gerechtfertigt gilt, ist umstritten.

Darüber hinaus werden auch die verfassungsmäßigen Rechte der Parlamentsmehrheit und der von ihr getragenen Regierung mißachtet, und insofern auch die Rechte aller Staatsbürger, insbesondere der Wähler der Mehrheit. Damit wird zugleich die Demokratie als Staatsform in Frage gestellt: die Verfassungsorgane sollen sich dem Druck von Minderheiten beugen, die aus der Opposition heraus den Staat zulenken beanspruchen.

2. Es handelt sich um eine Karikatur des zivilen Ungehorsams, um den Mißbrauch des moralischen Ansehens, das er sich in den USA erworben hat. Die Berufung auf Martin Luther King ist Irreführung: der Widerstand ist mit seinem zivilen Ungehorsam in jeder Hinsicht unvergleichbar.

Auffallenderweise kommt dieser Typus des Widerstands nur unter politischen Verhältnissen vor, wo, wie in Deutschland, zweierlei zusammentrifft:

Erstens: der Staat nimmt die Rechtsverletzungen sanktionslos hin, oder die Strafen sind äußerst mild. Zweitens: die Rechtsbrüche ziehen jedoch die Medien, insbesondere das Fernsehen an. Diese begleiten sie mit großem Wohlwollen, teils, weil sich auf diese Weise interessante Bilder ergeben, teils aus politischer Motivition. Die Gesetzesübertreter erhalten Gelegenheit zu öffentlichen Statements. Die Ereignisse gewinnen den Charakter von Volksfesten und machen viel Spaß. Man präsentiert sich der Öffentlichkeit als Märtyrer, ohne ein ernsthaftes Sanktionsrisiko einzugehen. Kurz: der Lustgewinn ist hoch und den geringen Preis wert. In Staten, wo der Lustgewinn vielleicht nicht so hoch, hingegen das Sanktionsrisiko erheblich ist, pflegt diese Art von zivilem Ungehorsam zu unterbleiben. Es wäre da-

von auch dringend abzuraten.

Diese Art von zivilem Ungehorsam ist nicht nur juristisch, sondern auch staatsphilosophisch - aus Gründen der Moral, der Sittlichkeit, der Ethik, des Naturrechts oder des göttlichen Rechts - nicht rechtfertigungsfähig.

Es gibt Bemühungen, ihn verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, vor allem durch eine extensive Auslegung von grundrechtlich geschützten Freiheiten, insbesondere der Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 26 der Verfassung der Türkischen Republik) oder der Versammlung (Art. 34). Diese Bemühungen beruhen jedoch auf einem Mißverständnis dessen, um was es sich beim zivilen Ungehorsam handelt. Sind die Handlungen tatsächlich von diesen Grundrechten gedeckt, so sind sie rechtmäßig und stellen keinen zivilen Ungehorsam dar. Das Merkmal des zivilen Ungehorsams ist die bewußte Verletzung des Rechts und die bewußte Inkaufnahme von Sanktionen zum Zweck der politischen Demonstration.

Der Versuch, ihn verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, veranlaßt deshalb die Gesetzesübertreter dazu, die Rechtsverletzung durch neue Aktionen soweit zu steigern, daß der Rahmen des verfassungsrechtlich zulässigen wiederum überschritten wird: Es geht innen ja gerade um den demonstrativen Rechtsbruch. Wird auch die neue Stufe der Rechtsverletzung wiederum verfassungsrechtlich gerechtfertigt, so sind die Betreffenden dafür keineswegs dankbar, sondern sehen sich veranlaßt, den Rechtsbruch noch weiter zu intensivieren - solange, bis dem Staat nichts anderes mehr übrig bleibt, als Sanktionen zu verhängen.

Zu III.

1. Nach klassischer, schon aus dem Altertum überlieferter Lehre gibt es ein naturrechtlich begründetes Widerstandsrecht gegen Tyrannei. Sowohl die Griechen als auch die Römer kannten z. B. die Rechtfertigung des Tyrannenmords. In Deutschland wird der Tag der versuchten Tötung Hitlers, der 20. Juli 1944, jährlich feierlich erinnert, ebenso der Tag des Volksaufstands in der DDR (17. Juni 1953).

Die Frage, wann eine Ordnung als tyrannisch angesehen wird, hängt von den Legitimitätsvorstellungen der Zeit ab. Die Ermordung Cäsars galt als gerechtfertigter Tyrannenmord, weil Cäsar die Verfassungsregeln der Römischen Republik mißachtete. Im Fehderecht des europäischen Mittelalters wurde ein Herrscher u.a. dann als Tyrann angesehen, wenn er einen Rechtsstreit rechtswidrig entschied. Ob das der Fall war, beurteilte der Unterlegene nach seiner eigenen

(meist sicherlich einseitigen) Rechtsauffassung. Im französischen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts galt der König auf protestantischer Seite als Tyrann, wenn er die reformierte Konfession unterdrückte, auf katholischer, wenn er sie duldete - beides schloß sich gegenseitig aus.

Heute pflegt man demokratische Verfassungsstaaten und Diktaturen zu unterscheiden. Letztere gelten als Tyrannei, es sei denn, sie sind darauf gerichtet, einen vorübergehenden Staatsnotstand zu überwinden und die demokratische Verfassungsordnung wiederherzustellen (ähnlich schon im Staatsrecht der Römischen Republik). Dauerhaft etablierte Diktaturen durch eine Einheitspartei, durch das Militär oder durch theokratische Instanzen besitzen in den Ländern, deren Rechtsbewußtsein von den Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats beeinflußt ist, keine Legitimität.

Legitimität bedeutet: die Staatsbürger anerkennen die Rechtsordnung als berechtigt, weil sie im großen Ganzen Recht und nicht Unrecht (im ethischen Sinne) ist und das erforderliche Minimum an innerem Frieden, an Schutz gegen Gewalt und Überlistung, an Freiheit und Gleichberechtigung, kurz: an Gerechtigkeit sichert. Ich betone die Begriffe: "im Großen und Ganzen" und "das erforderliche Minimum": Auch der Rechtsstaat schafft nicht die vollendete Gerechtigkeit, nicht das Paradies auf Erden. Seine Akzeptanz durch den Bürger beruht vielmehr darauf, daß er erträglicher ist als die Alternativen Anarchie oder Tyrannei.

Garantiert der Staat nicht mehr wenigstens im Großen und Ganzen dieses Minimum, wird er also selbst zur Tyrannei, so verliert seine Legalität ihre Legitimität. Seine Gesetze werden nur noch aus Angst befolgt, nicht mehr aus Akzeptanz ihrer Berechtigung. Wer diese Angst überwindet, zum Widerstand schreitet und das Risiko der Sanktionen bewußt eingeht, ist dann, an überpositiven Normen gemessen, seinerseits gerechtfertigt, allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich: erstens, sein Widerstand strebt nach Herstellung des Rechtszustands, zweitens, er besitzt eine gewisse realistische Chance, dieses Ziel zu erreichen, drittens, einen gewaltlosen Weg zu seiner Erreichung gibt es nicht mehr, viertens, der Widerstand leistende nimmt das Risiko der Sanktionen nur auf sich selbst oder, wenn er es zugleich für andere eingehen muß, so hält es sich im Rahmen des Zumutbaren. Konkret gesprochen: besteht das Risiko der Auslösung eines Bürgerkrieges, so sind deren Schrecklichkeiten abzuwägen gegen die konkreten Unerträglichkeiten der fortdauernden Tyrannei.

Unter diesen Voraussetzungen also gibt es eine

naturrechtliche Rechtfertigung des illegalen Widerstands.

2. Ist aber Widerstand gegen Tyrannei gerechtfertigt, so erst recht Widerstand gegen Versuche, eine demokratische Verfassungsordnung durch Putsch oder Revolution zu beseitigen und eine Tyrannei zu errichten.

Das Grundgesetz sieht vor: "Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist" (art. 20 IV). Im Falle von Putsch oder Revolution gelten also die erforderlichen Abwehrmaßnahmen einschließlich des Tötens der Angreifer als gerechtfertigt. Will man diese Sicht in einer Formel zusammenfassen, so lautet sie: Loyalität im Rechtsstaat, Widerstand gegen Tyrannei.

3. Legt man die Maßstäbe zugrunde, die zwischen Rechtsstaat und Tyrannei unterscheiden, so ist die Türkei unter der Geltung und Wirksamkeit der Verfassung vom 9. November 1982 ein Rechtsstaat und keine Tyrannei. Das gilt ungeachtet der Menschenrechtsverletzungen, die der jüngste Jahresbericht von "amnesty international" anprangert. Denn bei ihnen handelt es sich durchweg um Verletzungen des türkischen Rechts. Rechtsverletzungen gibt es - in unterschiedlicher Schwere - in jedem Staat der Erde. Sie machen einen Staat nicht zur Tyrannei, solange seine Rechtsordnung im Großen und Ganzen rechtsstaatlich ist und den Bürgern ausreichende und risikolose Mittel wie Beschwerde, gerichtliche Klage, öffentlicher Protest, Demonstration, Petition und ähnliche Einflußmöglichkeiten bleiben.

Zu IV.

1. Usurpation bedeutet im Unterschied zur Tyrannei die Innehabung der Herrschaftsausübung gilt als nicht legitim, z. B. der König war nicht König im Sinne der tradierten monarchischen Erbfolgeregeln, oder er beanspruchte die Herrschaft über ein Volk, das seiner Herrschaftsgewalt nicht rechtmäßig unterstand. Dann gilt traditionellerweise Widerstand als gerechtfertigt. Die Regeln des Widerstands gegen Tyrannei gelten entsprechend. Der Usurpator kann gleichzeitig tyrannisch regieren und tut es häufig. Dann gibt es einen doppelten Grund zum Widerstand. Usurpation ist aber unabhängig davon, ob die Herrschaft im übrigen tyrannisch ist oder nicht.

Als naturrechtlich ist gegen Usurpation galt z. B. der Freiheitskampf der Niederländer gegen die spanischen Statthalter, ebenso der Widerstand Gandhis gegen die britische Kolonialherrschaft in Indien, überhaupt die Erhebung der Kolonialvölker

gegen die Kolonialherren, die Résistance gegen Besatzungsherrschaft, der Widerstand der IRA in Nordirland und der Palästinenser in Israel, die ungarische oder tschechische Auflehnung gegen die sowjetische Vorherrschaft 1956 oder 1968.

Heute geht es nicht mehr um monarchische Erbfolge regeln, Kolonialherrschaft oder militärische Besatzung, sondern um das ethnische Selbstbestimmungsrecht der Völker. In der Zeit der Nationalstaaten hat sich die Rechtsauffassung verbreitet: Jedes Volk habe einen legitimen Anspruch auf einen eigenen Staat. Deshalb wurde nach dem Ersten Weltkrieg die ungarische Monarchie in mehrere kleinere Volksstaaten aufgelöst. Die Tschechen und die Slowaken haben sich erst jüngst friedlich voneinander getrennt. Wo eine friedliche Trennung nicht gelingt, werden mörderische Bürgerkriege entfacht, so im ehemaligen Jugoslawien, in Teilen der ehemaligen Sowjetunion (Georgien, Armenien, Aserbeidschan), in großen Teilen Afrikas. In vielen Fällen gehen mit den ethnischen auch noch religiöse Gegensätze einher und steigern den Fanatismus, so in Jugoslawien, im Süden der ehemaligen Sowjetunion, in Indonesien oder in Nigeria (Biafrakonflikt), im Sudan und anderen Staaten Afrikas. In all diesen Fällen geht es vor allem darum, die Staatsgrenzen so zu ziehen, daß sie mit den Siedlungsgebieten der Völker übereinstimmen, und die ethnische Vorherrschaft des einen Volkes über das andere zu überwinden.

Doch lassen sich die Siedlungsgebiete der Völker meist nicht auf bestimmte Gebiete begrenzen. Die moderne Mobilität, insbesondere die Migration in die Großstädte, hat zu erheblichen Siedlungsmischungen der Völker geführt. Man kann die Staatsgrenzen allenfalls dann neu ziehen, wenn ein Volk zumindest schwerpunktmäßig eigene Siedlungsgebiete hat und überdies groß genug ist, um einen politisch und wirtschaftlich lebensfähigen Staat möglich zu machen. Aber auch wo das gelingt, leben in den neuen Staaten meist Angehörige der anderen ethnischen Gruppierungen, die nun ihrerseits befürchten, dort unterdrückte Minderheit zu werden und sich dagegen auflehnen. Besonders der jugoslawische Konflikt macht diesen Mechanismus anschaulich.

Martin Kriele
Ziviler Ungehorsam und Widerstand-
Natturrechtlich Gerechtfertigt?
[Sivil İtaatsızlık ve Direnme- Doğal Hu-
kuka Uygun mu?]
adlı bildirinin özet - yerinesi:*

Hukuk devletinde sivil itaatsızlık ve direnme tartışmasına bir açıklık getirmek için, dört farklı olguyu birbirinden ayırmak gerekir:

Kurz: wenn man das Selbstbestimmungsrecht der Völker in dem Sinne anerkennet, daß jede ethnische Gruppierung ihren eigenen Staat haben müsse, wenn man in der Verweigerung dessen Usurpation sieht und daraus ein Widerstandsrecht ableitet, dann ist eine ausweglose Situation geschaffen: es kommt zu einer Kette von Bürgerkriegen. Jeder Sieg führt zu neuen Unterdrückungen, die wiederum Bürgerkriege auslösen können und so fort.

Wären die Impulse des ethnischen Selbstbestimmungsrechts weniger vehement, so würde sich als friedensstiftendes Konzept anbieten, auf das Vorbild der Schweiz zu verweisen: Die Angehörigen der vier verschiedensprachigen Bevölkerungsgruppen haben gleiche Rechte und Pflichten. Der kantonale Föderalismus und die proportionale Repräsentation in der Volksvertretung gewährleisten, daß sich keine Bevölkerungsgruppe durch die andere dominiert und unterdrückt fühlt, obwohl sie von Zahl und wirtschaftlichem Gewicht her unterschiedlich stark sind. Niemand spricht hier von Usurpation, und folglich kommt ein aus dem Selbstbestimmungsrecht der Völker abgeleitetes Widerstandsrecht nicht in Betracht.

Doch das Modell Schweiz funktioniert nur unter den besonderen Bedingungen, die hier eine solidarische Staatsnation zusammengeschweißt und einen hohen Grad an Zufriedenheit und Rationalität ermöglicht haben. In den meisten ethnischen Konfliktfeldern der Welt hingegen herrscht ein beträchtlicher Fanatismus. Wie kann sich die Staatsphilosophie dazu stellen? Ein Widerstandsrecht bejahen, würde bedeuten, die Bürgerkriege legitimieren und schüren. Es verneinen, würde bedeuten, den Herrschaftsanspruch der jeweils dominanten ethnischen Gruppen legitimieren und stärken, die Minderheit erst recht in Empörung treiben, also ebenfalls Bürgerkriege provozieren.

2. Das Problem läßt sich also überhaupt nicht mit der Bejahung oder Verneinung eines Widerstandsrechts lösen. Der Ausweg ist in anderen politischen Strategien zu suchen. Sie zu erwägen, überschreitet das mir gestellte Thema.

- I- Anayasaya aykırı olan veya Anayasaya aykırı olarak yorumlanan kanunların ihlali.
- II- Anayasaya uygun kanunların ihlali.
- III- Zorbalığa, darbeye ve ihtilale karşı direnme.
- IV- Usurpasyona direnme.

(*) Bay Kriele'in tebliğinin özeti elimize ulaşmamıştır. Bu sebeble tebliğın ilk kısmının çevirisini yayınlıyoruz.. Metnin Türkçesi için Gökhan Antalya'ya teşekkür ederiz.

DREIZEHN THESEN ZUM ZIVILEN UNGEHORSAM (1)

Ralf DREIER *

1. Ziviler Ungehorsam, wie er sich historisch von David Henry Thoreau über Mahatma Gandhi bis zu Martin Luther King- herausgebildet hat, steht in der Tradition des Widerstandsrechts. Er kann nur vor dem Hintergrund dieser Tradition angemessen verstanden und beurteilt werden.

2. Die klassische Lehre vom Widerstandsrecht ist im Mittelalter ausgearbeitet worden und hat sich, mit z.T. geänderten Begründungen, bis weit in die Neuzeit erhalten. Das Widerstandsrecht steht danach im Spannungsverhältnis von Legalität und Legitimität. Legalität wird durch positives Recht und Legitimität in der Regel durch Kategorien überpositiven Rechts (göttliches Recht, Naturrecht, Vernunftrecht) definiert. Objekt des Widerstandes ist die rechtswidrige (illegitime) Innehabung oder Ausübung hoheitlicher Gewalt. Bedingungen der Rechtfertigungsfähigkeit von Widerstand sind, daß er sich gegen schwerwiegendes Unrecht richtet und verhältnismäßig ist. Weitere Erfordernisse (Erfolgsaussicht, Subsidiarität) lassen sich nach heutigem Verständnis unter die Teilprinzipien des Verhältnismaßigkeitsgrundsatzes (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Proportionalität) subsumieren. Obwohl im Mittelpunkt der traditionellen Diskussion gewaltsamer Widerstand (insbesondere das Problem des Tyrannenmordes) steht, umfaßt die klassische Lehre auch gewaltlosen Widerstand.

3. In der europäischen Verfassungsgeschichte der Neuzeit wurde das Widerstandsrecht zunehmend zurückgedrängt - zunächst durch die Herausbildung des modernen Staates als eines territorialen Herrschaftsverbandes mit innerer und äußerer Souveränität, dann durch die Herausbildung rechtsstaatlicher und demokratischer Institutionen. Doch blieben grundsätzliche Bestreitungen des Widerstandsrechts (insbesondere bei Kant) bis in die 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts die Ausnahme. Die amerikanische Unabhängigkeitserklärung von 1776 und die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 belegen, daß das Widerstandsrecht zum Kernbestand der abendländischen Menschenrechtstradition gehört. Erst mit dem juristischen Positivismus setzte sich seit der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts - die Auffassung durch, daß das Widerstandsrecht als Rechtsinstitut endgültig der Vergangenheit angehöre. Grundlage dieser Auffassung ist die positivistische These der Trennung von

Recht und Moral, in der "Recht" ausschließlich positives Recht und "Moral" dasjenige meint, was traditionell Naturrecht, Vernunftrecht oder Gerechtigkeit heißt. Der Konflikt zwischen Rechtspflicht und Moralpflicht, wie er sich im Widerstandsrecht manifestiert, ist aus positivistischer Sicht kein rechtliches, sondern ein ausschließlich moralisches Problem.

4. Die Erfahrung totalitärer Diktaturen im 20. Jahrhundert hat den juristischen Positivismus nachhaltig in Frage gestellt. Jedenfalls in Deutschland bejahen die Gerichte, bis hin zum Bundesverfassungsgericht (2), und die herrschende Lehre ein überpositives Recht auf Widerstand gegen Unrechtsstaaten. Unrechtsstaaten sind dadurch definiert, daß ihnen konstitutive Elemente der Rechtsstaatlichkeit in dem Sinne fehlen, wie sie sich in der europäischen Verfassungsgeschichte der Neuzeit herausgebildet haben (effektive Gewährleistung von Menschen- und Bürgerrechten, Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Unabhängigkeit der Gerichte, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlicher Machtausübungen). Diese Elemente können unterschiedlich ausgestaltet und auf verschiedene Weise mit Merkmalen der Demokratie (Parlamentarismus, freie und gleiche Wahlen, Volkssouveränität) verbunden sein. Die gerichtliche Anerkennung von Widerstandshandlungen in einem Unrechtsstaat ist in aller Regel erst nach seinem Zusammenbruch oder außerhalb seiner möglich. Ob und unter welchen Voraussetzungen Widerstand gegen einzelne Rechts- und Verfassungswidrigkeiten im *Rechtsstaat* rechtlich anerkennungsfähig ist, ist streitig.

5. 1968 ist in das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) eine spezielle Regelung des Widerstandsrechts aufgenommen worden (Art. 20 Abs. 4). Danach haben alle Deutschen, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist, ein Recht auf Widerstand gegen Bestrebungen, die darauf gerichtet sind, die rechtsstaatlich - demokratische Ordnung zu beseitigen. Widerstandsfall im Sinne dieser Vorschrift ist ein Staatsstreich "von oben" oder "von unten". Praktisch relevant geworden ist die Vorschrift bislang nicht. Wenn ihr Tatbestand erfüllt ist, kann durch sie auch ziviler Ungehorsam rechtlich gerechtfertigt werden.

6. Ziviler Ungehorsam ist eine besondere Form des Widerstandes, die durch Öffentlichkeit und Ge-

(*) Prof. Dr. Ralf Dreier, Göttingen.

waltlosigkeit definiert ist. Das Merkmal der Öffentlichkeit kennzeichnet den zivilen Ungehorsam als eine Form demonstrativen Protestes. Das Merkmal der Gewaltlosigkeit will im Sinne von "nicht gewalttätig" verstanden sein. Es schließt die bewußte und gewollte Verletzung von Personen und die Zerstörung und Beschädigung von Sachen aus. Die Theorie des zivilen Ungehorsams stellt überwiegend auf die Rahmenbedingungen eines Rechtsstaats ab. Ziviler Ungehorsam kann aber auch in Unrechtsstaaten geübt werden. Die friedliche Revolution in der Deutschen Demokratischen Republik im Herbst 1989 ist dafür ein Beispiel. In der internationalen Diskussion hat sich weithin die Definition von John Rawls durchgesetzt. Danach ist ziviler Ungehorsam "a public, nonviolent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about a change in the law or policy of the government" (3). Diese Definition ist sachgemäß, wenn man sie so interpretiert, daß Ziel des Ungehorsams auch die Beseitigung eines illegitimen Herrschaftssystems sein kann.

7. Im Mittelpunkt des Streits um den zivilen Ungehorsam steht nicht seine rechtliche, sondern seine *politisch-moralische* Rechtfertigungsfähigkeit. Die Rechtfertigungsbedingungen (schwerwiegende Ungerechtigkeiten als Angriffsziel, Verhältnismäßigkeit der Mittel) und ihre theoretischen Grundlagen (Naturrecht, Vernunftrecht, Sozialkontraktstheorien, Utilitarismus) sind großenteils aus der Geschichte des Widerstandsrechts bekannt. Besonderheiten ergeben sich aus den Rahmenbedingungen des demokratischen Rechtsstaats. Dazu ist zweierlei anzumerken. Erstens: Die Qualifikation eines Staates als demokratischer Verfassungsstaat (oder auch als Unrechtsstaat) ist keine Frage des "alles oder nichts", sondern des "mehr oder weniger". Daraus folgen Abstufungen (und Zeitpunkte der Erfolgsaussicht), die für die politisch-moralische Bewertung zivilen Ungehorsams relevant sind. Zweitens: Auch im voll ausgebildeten demokratischen Verfassungsstaat gibt es Funktionsstörungen des Repräsentativsystems, denen gegenüber ziviler Ungehorsam - z.B. in Fragen des Minderheitenschutzes oder bei ökologisch irreversiblen Entscheidungen staatlicher Organe - ein legitimes Element unmittelbarer Demokratie sein kann.

8. Nicht jede Handlung zivilen Ungehorsams, die politisch-moralisch gerechtfertigt werden kann, ist auch *rechtlich* rechtfertigungsfähig. Im Gegenteil: Da der demokratische Verfassungsstaat gewöhnlich hinreichende Möglichkeiten gerichtlichen Rechtsschutzes, politischer Einflußnahme und legaler Proteste bietet, ist es in ihm in der Regel rechtlich verboten, zum Mittel demonstrativer Gesetzesverletzungen zu greifen. Wer zivilen Ungehorsam im

Rechtsstaat übt, muß bereit sein, die rechtlichen Sanktionen, die auf dem Ungehorsam liegen, zu tragen. Gerade dadurch erweist sich die Ernsthaftigkeit und das moralische Gewicht seines Protestes. Das schließt jedoch nicht aus, daß ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat *ausnahmsweise* auch rechtlich gerechtfertigt werden kann. Diese Möglichkeit ergibt sich daraus, daß das Spannungsverhältnis zwischen Legalität und Legitimität im Rechtsstaat bis zu einem gewissen Grade in das positive Recht verlagert ist. An die Stelle des Vorrangs des "Naturrechts" vor dem positiven Recht tritt im Rechtsstaat der Vorrang der Verfassung vor dem unterverfassungsrechtlichen Recht.

9. Die ausnahmsweise mögliche rechtliche Rechtfertigung zivilen Ungehorsams im Rechtsstaat stützt sich auf Grundrechte in Verbindung mit einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichteten Güterabwägung. In Betracht kommen - außer der Gewissensfreiheit - vor allem die Grundrechte der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit, die in ihrem Überschneidungsbereich die Demonstrationsfreiheit gewährleisten. Die Struktur der Rechtfertigung läßt sich durch folgende Formel ausdrücken: "Wer allein oder gemeinsam mit anderen öffentlich, gewaltlos und aus politisch-moralischen Gründen den Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt, handelt grundrechtlich gerechtfertigt, wenn er dadurch gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert und sein Protest verhältnismäßig ist" (4). Diese Formel ist auf lebhafteste Kritik gestoßen. Sie ist aber lediglich eine Ausformulierung der Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in diesem Sinne juristisch "wahr". Sie ist jedoch mißverständlich, weil sie geeignet ist, bei den Betroffenen Hoffnungen zu wecken, die in der Regel unerfüllbar sind. Gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat nur dann rechtlich rechtfertigungsfähig, wenn er sich auf kurzfristige und symbolische Gesetzesverletzungen beschränkt, durch die Rechte Dritte nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt werden. Mißverständlich ist die Formel auch, weil in ihr nicht deutlich wird, daß die ausnahmsweise mögliche Rechtfertigung in der Regel nicht auf der Ebene des Verfassungsrechts, sondern dadurch stattfindet, daß bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in einfachen Gesetzen der Wertgehalt der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit berücksichtigt wird. Doch lassen diese Möglichkeiten des Mißverständnisses den sachlichen Gehalt der Formel unberührt. Was den Ungehorsam Akt betrifft, so will der Begriff der *prime-facie*-Illegalität beachtet sein: Eine auf den ersten Blick rechtswidrige Handlung kann sich auf den zweiten Blick - Nach einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichteten Güterabwägung - als rechtmäßig erweisen.

10. Eine typische Form zivilen Ungehorsams sind Sitzblockaden. Zu ihnen hat das Bundesverfassungsgericht am 11. November 1986 eine Grundsatzentscheidung getroffen, die sich ausführlich mit dem Problem des zivilen Ungehorsams befaßt (5). Die Entscheidung bestätigt die hier vertretene Auffassung, belegt aber auch den tiefgreifenden Dissens, der in der rechtlichen Bewertung zivilen Ungehorsams in Deutschland nach wie vor besteht.

Es ging in der Entscheidung um Verfassungsbeschwerden, mit denen sich die Beschwerdeführer gegen strafgerichtliche Urteile wendeten, durch die sie wegen Nötigung gemäß § 240 des Strafgesetzbuches der Bundesrepublik Deutschland (StGB) verurteilt worden waren. Der im wesentlichen übereinstimmende Sachverhalt war, daß die Beschwerdeführer mehr oder weniger kurzfristig Zugangsstraßen zu amerikanischen Kasernen blockiert hatten, in denen im Zuge der seinerzeitigen Nachrüstung Mittelstreckenraketen mit nuklearen Sprengköpfen stationiert werden sollten. § 240 StGB lautet:

"(1) Wer einen anderen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird... bestraft.

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

(3) Der Versuch ist strafbar."

Streitig war, ob diese Vorschrift dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderung genügt, ob die von den Strafgerichten vorgenommene weite Auslegung des Gewaltbegriffs mit dem Analogieverbot vereinbar ist, ob "Sitzdemonstrationen" der in Rede stehenden Art vom Gewaltbegriff erfaßt werden und unter welchen Voraussetzungen sie als verwerflich zu qualifizieren sind. Der zuständige Senat des Bundesverfassungsgerichts ist in den für die Bewertung zivilen Ungehorsams entscheidenden Fragen zu einer 4:4-Stimmengleichheit gelangt - mit der Folge, daß die Verfassungsbeschwerden (bis auf eine Ausnahme) zurückgewiesen wurden. Der wesentliche Gehalt der Entscheidung ergibt sich aus den Leitsätzen:

"1. Soweit in § 240 StGB Nötigungen mit dem Mittel der Gewalt unter Strafe gestellt sind, genügt die Normierung durch den Gesetzgeber dem aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Bestimmtheitsgebot.

Infolge Stimmengleichheit kann nicht festgestellt werden, daß das aus Art. 103 Abs. 2 GG herleitbare Analogieverbot verletzt wird, wenn Gerichte die Gewaltalternative des § 240 StGB auf Sitzdemonstrationen erstrecken, bei denen die Teilnehmer

Zufahrten zu militärischen Einrichtungen ohne gewalttätiges Verhalten durch Verweilen auf der Fahrbahn versperren.

2. Die Verfassung gebietet nicht, die Teilnahme an derartigen Sitzdemonstrationen sanktionslos zu lassen. § 240 StGB ist jedoch in dem Sinne verfassungskonform auszulegen, daß die Bejahung nötiger Gewalt im Falle einer Erstreckung dieses Begriffs auf solche Sitzdemonstrationen nicht schon zugleich die Rechtswidrigkeit der Tat indiziert.

Infolge Stimmengleichheit kann nicht festgestellt werden, daß es von Verfassungs wegen in der Regel zu beanstanden ist, wenn Gerichte Sitzdemonstrationen der genannten Art unter Würdigung der jeweiligen Umstände als verwerflich im Sinne von § 240 Abs. 2 StGB beurteilen".

Schon vor dieser Entscheidung hatten die Strafgerichte die Teilnehmer an Sitzdemonstrationen etwa je zur Hälfte freigesprochen und verurteilt. Diese Unsicherheit ist durch die zitierte Entscheidung nicht behoben worden. Der Dissens in der rechtlichen Bewertung zivilen Ungehorsams besteht fort. Immerhin fordert das Bundesverfassungsgericht einstimmig, daß "Sitzdemonstrationen" der fraglichen Art nur aufgrund einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichteten Güterabwägung als rechtswidrig beurteilt werden dürfen. Das ist der Sinn der in These 9 zitierten Formel. Mit Stimmengleichheit offengeblieben ist die Frage, ob ziviler Ungehorsam vom Typus der Sitzblockade "in der Regel" als nicht rechtswidrig zu qualifizieren sei. Das leuchtet ein, da es dafür wesentlich darauf ankommt, in welchem Umfang in jedem Einzelfall Rechte Unbeteiligter beeinträchtigt worden sind. Der Gesetzgeber ist bisher nicht eingeschritten, obwohl mehrere konkurrierende Vorschläge zu einer Neufassung oder Ergänzung des § 240 StGB vorliegen.

11. Großdemonstrationen sind ein Grenzfall zivilen Ungehorsams (6). Sie sind, soweit sie sich innerhalb der Regelungen des Versammlungsrechts halten, legal. Sie bewegen sich jedoch oft an den Grenzen dieses Rechts. Auch dazu liegt eine Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor, deren Leitsätze für die rechtliche Bewertung zivilen Ungehorsams von Bedeutung sind (7).

Die Entscheidung stammt vom 14. Mai 1985 und ist einstimmig ergangen. Sie betraf Verfassungsbeschwerden gegen verwaltungsbehördliche und gerichtliche Entscheidungen, die im Zusammenhang mit einer internationalen Großdemonstration gegen ein Atomkraftwerk (Brokdorf) getroffen worden waren. Die Leitsätze 1-4 lauten:

"1. Das Recht des Bürgers, durch Ausübung der Versammlungsfreiheit aktiv am politischen Mei-

nungs- und Willensbildungsprozeß teilzunehmen, gehört zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens. Diese grundlegende Bedeutung des Freiheitsrechts ist vom Gesetzgeber beim Erlass grundrechtsbeschränkender Vorschriften sowie bei deren Auslegung und Anwendung durch Behörden und Gerichte zu beachten

2. Die Regelung des Versammlungsrechts über die Pflicht zur Anmeldung von Veranstaltungen unter freiem Himmel und über die Voraussetzungen für deren Auflösung oder Verbot... genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn bei ihrer Auslegung und Anwendung berücksichtigt wird, daß

a) die Anmeldepflicht bei Spontandemonstrationen nicht eingreift und ihre Verletzung nicht schematisch zur Auflösung oder zum Verbot berechtigt.

b) Auflösung und Verbot nur zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen dürfen.

3. Die staatlichen Behörden sind gehalten, nach dem Vorbild friedlich verlaufener Großdemonstrationen versammlungsfreundlich zu verfahren und nicht ohne zureichenden Grund hinter bewährten Erfahrungen zurückzubleiben. Je mehr die Veranstalter ihrerseits zu einseitigen vertrauensbildenden Maßnahmen oder zu einer demonstrationsfreundlichen Kooperation bereit sind, desto höher rückt die Schwelle für behördliches Eingreifen wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit.

4. Steht nicht zu befürchten, daß eine Demonstration im ganzen einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder daß der Veranstalter oder sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen, bleibt für die friedlichen Teilnehmer der von der Verfassung jedem Staatsbürger garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten, wenn mit Ausschreitungen durch einzelne oder eine Minderheit zu rechnen ist. In einem solchen Fall setzt ein vorbeugendes Verbot der gesamten Veranstaltung strenge Anforderungen an die Gefahrenprognose sowie die vorherige Ausschöpfung aller sinnvoll anwendbaren Mittel voraus, welche den friedlichen Demonstranten eine Grundrechtsverwirklichung ermöglichen".

12. Die zitierten Entscheidungen sind umstritten. Die Kritik an ihnen richtet sich im Kern gegen die Werte- und Abwägungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den ihr zugrunde liegenden Rechtsbegriff (8). Dem berechtigten Kern dieser Kritik kann, wie in der neueren Diskussion insbesondere Robert Alexy gezeigt hat (9), auf dem Boden jener Rechtsprechung Rechnung getragen wer-

den, nämlich dadurch, daß man formal-prozedurale Verfassungs- und Rechtsprinzipien (Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Parlamentarismus, Demokratie) gemäß ihrem Rang gewichtet. In der Sache ist die Rematerialisierung des Rechtsstaats und des Rechtsberiffs, die sich in der Werte- und Abwägungsrechtsprechung manifestiert, irreversibel. Das bestätigt ein Blick auf die Verfassungsrechtsprechung in anderen demokratischen Verfassungsstaaten (10).

13. Ob und in welchem Umfang man zivilen Ungehorsam im Rechtsstaat für rechtlich rechtfertigungsfähig hält, hängt nicht zuletzt davon ab, wie man ihn politisch - moralisch bewertet. Um zu einem rechts und staatsethisch begründeten Urteil zu gelangen, ist es erforderlich, sowohl seine Erscheinungsformen als auch seine Ursachen genauer zu untersuchen. Dazu liegen nur erst Ansätze vor (11). Zu vermuten ist, daß die Herausforderungen, vor denen die Staaten und Staatengemeinschaften heute stehen - Bevölkerungswachstum und Migrationsbewegungen, Umweltzerstörungen und Ressourcenverknappungen, massive Ungleichheiten zwischen den Entwicklungsländern und den Industriestaaten, die Krise des Wohlfahrtsstaats in Europa, das Wiederaufleben nationalistischer Tendenzen - auch weiterhin Protestbewegungen erzeugen und die Debatte um das Widerstandsrecht und den zivilen Ungehorsam nicht zur Ruhe kommen lassen werden.

Fußnote

(1)- Ich verzichte in dieser Thesenreihe - bis auf einige unmittelbare Nachweise - auf Fußnotenbelege. Generell verweise ich auf die Sammelbände A. Kaufmann / L. E. Backmann (Hg.), Widerstandsrecht, Darmstadt 1972; P. Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam in Rechtsstaat, Frankfurt/M 1983; B. Streithofen (Hg.), Frieden im Lande. Von Recht auf Widerstand, Bergisch - Gladbach 1983, sowie auf M. Kriele, Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979, S. 111 ff; ders., Recht - Vernunft - Wirklichkeit. Berlin 1991, S. 409- 437; T. Laker, Ziviler Ungehorsam. Geschichte - Begriff - Rechtfertigung, Baden - Baden 1986; A. Kaufmann, Von Ungehorsam gegen die Obrigkeit. Aspekte des Widerstandsrechts von der antiken Tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit, von leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam in modernen Rechtsstaat, Heidelberg 1991, und auf meine eigenen Arbeiten zum Thema: R. Dreier, Recht - Staat - Vernunft, Frankfurt/M. 1991. Kap. 2 und 3; ders., Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: P. Glotz (Hg.) a.a.O S. 54- 75; ders., Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht, in: Festschrift für R. Wassermann, Neuwied/ Darmstadt 1985, S. 299- 316.

(2)- Vgl. BVerfGE 5, 86 (376 ff)- KPD- Verbot.

(3)- J. Rawls, A Theory of Justice, Cambridge/ Mass. 1971, S. 364.

(4) R. Dreier, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam (1983), wieder abgedruckt in: ders., Recht - Staat - Vernunft (oben Fn. 1), S. 39- 72 (64). In meinen anderen Beiträgen zum Thema (s. oben Fn. 1) habe ich diese Formel gegen Kritik verteidigt.

(5) BVerfGE 73, 206 - Sitzblockaden; bestätigt in BVerfGE 76, 211 - Bastian.

(6)- Auf andere Handlungsformen - Hausbesetzungen, Geländebesetzungen, Sachbeschädigungen- sei hier nur am Rande verwiesen. Eine hohe Virtuosität in der Inszenierung spektakulärer und öffentlichkeitswirksamer Formen zivilen Ungehorsams - von Schornsteinbesteigungen bis zu Schiffskaperungen- hat die Umweltorganisation Greenpeace entwickelt. Erwähnenswert ist, daß - laut Auskunft der deutschen Unterorganisation von Greenpeace- bis Mitte 1992 kein einziger Akteur wegen seiner Beteiligung an einer dieser Aktionen in Deutschland strafgerichtlich verurteilt worden ist. - Steuerverweigerungen liegen im Überschneidungsbereich von zivilem Ungehorsam und Gehorsamsverweigerungen aus Gewissensgründen. Zu ihrer Rechtfertigungsfähigkeit (aus theologischer, ökonomischer und juristischer Sicht) vgl. W. Böck/ H. Diefenbacher/ H.- R. Reuter, Pazifistische Steuerverweigerungen und allgemeine Steuerpflicht. ein Gutachten, Heidelberg 1992.

(7)-BVerfGE 69, 315- Brokdorf.

(8)- Vgl. zuletzt W. Offenloch, Der Streit um die

Blockaden in rechts - und verfassungstheoretischer Sicht. JZ 1992, 438- 443.

(9)-Vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985 (TB- Ausg. Frankfurt /M. 1986), bes. Kap. 3. Zur rechtsbegrifflichen Dimension des Streits um die Werte - und Abwägungsrechtsprechung vgl. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg / München 1992, S. 117 ff, 148 ff, 186 ff.

(10)- Für die USA vgl. W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1987; s.a. ders., Gesetz, Recht und Gerechtigkeit, JZ 1989, S. - 1- 10, 61- 67.

(11)- Für Deutschland vgl. H. - D. Schwind/ J. Baumann u.a. (Hg.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt. Analysen und Vorschläge der Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt (Gewaltkommission), Bd. 1, Endgutachten und Zwischengutachten der Arbeitsgruppen, Berlin 1990 (zum zivilen Ungehorsam insbes. S. 52 ff, 105 ff, 119 ff). Siehe dazu auch W. Schmitt Glaeser/H.D. Horn, Private Gewalt im politischen Meinungskampf. Zugleich ein Beitrag zur Legitimität des Staates, 2. Aufl. Berlin 1992.

Ralf Dreier

"Dreizehn Thesen zum zivilen Ungehorsam" [Sivil İtaatsizliğe İlişkin Onüç Tez] adlı bildirinin özeti *

"Bildiri direnme hakkını tarihinin kısa bir bakışla başlatmaktadır. Sonra Almanya'daki sivil itaatsizlik tartışması- savlar biçiminde- irdelenmektedir. Merkezde sivil itaatsizliğin siyasi- ahlaki meşruluk

yeteneği değil, aksine hukuki meşruluk yeteneği yer almaktadır. Sivil itaatsizlik direnmenin kamuya açıklık ve şiddetsizlik özellikleriyle belirginleşen özel bir biçimi olarak tanımlanmaktadır. Kilit sav: hukuk devletinde sivil itaatsizliğin yalnızca ayırık durumlarda ve katı koşullarla, yani üçüncü kişilerin haklarının çiğnenmediği ya da önemsiz derecede çiğnendiği kısa süreli ve sembolik tarzdaki yasaya aykırılıklarla sınırlı kalmak üzere hukuksal meşruluk kazanabileceğini ileri sürmektedir. Alman Anayasa Mahkemesinin ilişkin kararı dikkate alınmaktadır."

(*) Metnin Türkçesi için Hayrettin Ökçesiz'e teşekkür ederiz..

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN SİVİL İTAATSİZLİK

Bülent TANÖR *

Anayasa Hukuku açısından sivil itaatsizlik neyi ifade ediyor? Benim değineceğim konu bu. İtiraf edeyim ki, bu kavram hakkında pek bilgi sahibi değildim. Yalnız, Üçüncü Dünya'da bazı ülkelerde görülen, bir Üçüncü Dünya ülkesi olan Türkiye'de ise pek yaygın olmayan direnme ve protesto kültürlerine değindiğim bir kitabımda, "medenî itaatsizlik" terimini aktarmıştım (Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu/2, BDS yay., İstanbul 1991, s. 110- 111)

Bugün, bu bildiriye hazırlamamı isteyen Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi arkadaşlarımla bu isteği üzerine, konuyu biraz daha yakından tanıma durumunda olduğumu sanıyorum. Ancak bu bilgiler de başlangıç bilgileri olup, hayli yüzeyeldir. Bu konuda elde ettiğim bilgileri genel başvuru kaynaklarına, Henry David Thoreau'nun *Sivil İtaatsizlik* başlıklı kitabına (çev. H. Aslan), J. Rawls'un "A Theory of Civil Disobedience" başlıklı makalesine borçluyum.

İlkin, bu kavramın tanımı, teori ve pratikteki durumu üzerinde duracağım. Bundan sonra, sivil itaatsizliğin meşruluk koşullarını irdeleyeceğim. Son olarak da, anayasal sistemdeki rolü konusunda birkaç saptamada bulunmak isterim.

I) TANIMI

Rawls şöyle bir tanım getirmiş: "Hukuk düzeninde ya da devlet (hükümet) politikalarında bir değişiklik sağlama amacıyla girilen alenî, şiddet içermeyen, bilinçli, siyasal ve yasaya aykırı eylem". Howard Zinn de, "yaşamsal bir sosyal amaç için, yasanın bile bile, tasarlanarak çiğnenmesi" noktasına vurguyu basıyor.

Bunlardan şu beş unsuru ayıklamak mümkündür:

1) **Yasalara** ya da yönetimin kararlarına ters, bunlara **aykırı** düşen bir eylemin bulunması; bu eylemin eylemciler tarafından bilinçli bir şekilde ortaya konmuş olması.

2) Eylemin **siyasal** karakter taşıması, yani siyasal ilkelere yola çıkması ve kendini bunlarla meşrulamaya çalışması.

3) Eylemin **alenî**, yani açık olması, gizli- kapaklı olmaması.

4) **Yasaya karşı** gelme anlamındaki bu eylemin **şiddet yoluna başvurmaması**, eylemcilerin yıkıcı olmak şöyle dursun, haksız saydıkları yasayı tanımamalarından dolayı kendilerine verilecek olan cezayı da göze almaları.

5) **Ve nihayet**, genel bir **adalet** duygusuna ya da **moral meşruluk** anlayışına dayanılması; bunlara gü-

venilerek değişiklik ya da düzeltme istemlerinin ileri sürülmesi.

Buraya kadarki özellikleriyle sivil itaatsizlik, kamu hukuku genel teorisindeki "**pasif direnme**" kavramı ile benzeşmekte ya da özdeşleşmektedir. Burada amaç, bir bütün olarak hukuk düzenini yoksaymak ya da yıkmak ve değiştirmek değil, yüksek adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle uzlaşmadığı ileri sürülen bir yasayı devreden düşürmek için, barışçıl ama yasadışı, yasayı yoksayan ama sembolik ve çok kez de kitlesel eylemlerde bulunmaktır.

Bu eylemlerin, yukarıki "**bilinçlilik**", "**kasıtlılık**" ya da "**iradilik**" unsurlarından çıkan bir başka özelliği de, "**ısrarlı**" ya da "**az çok süreklili**" bir nitelik taşımaları gereğidir. Örneğin, oy kullanma zorunluluğu öngören bir hukuk sisteminde, dört - beş yılda bir yapılan seçimlerde oy kullanmamak, "**ısrarlılık**" unsurundan yoksun bir eylem olduğu için, sivil itaatsizlik kapsamında görülmemektedir.

Bu arada, sivil itaatsizliğin aktif ve pasif olmak üzere iki biçimde görülebileceğine işaret edeyim. Aktif biçimi, yasaklanan bir eylemi yapmak; pasif biçimi de yapılması buyurulan bir eylem ya da işlemi (örn. vergi ödemek) yapmama halidir.

Son olarak, "**sivil**" sıfatı üzerinde duruyorum. Oldukça bulanık bir anlamsal görüntüye sahip bu kavram çeşitli çağrışımlarla yüklüdür:

1) **Yurttaşlık** (citizenship) görevleri (varolan hukukî düzenin meşrulanması),

2) **Askerî** (military)'nin karşıtı (fizik şiddetin reddi),

3) **Gayri medenî** (uncivil)'in karşıtı (medenî bir davranış anlamında),

4) "**Kamusal**" (public) anlamında ve "**özel**"in (private) karşıtı olarak,

5) Yalnız bir kişinin ya da grubun değil, bütün yurttaşların hak ve özgürlüklerini ilgilendiren "siyasal sistem değişiklikleri" ni amaçlaması, bunları ön-görmesi.

Bu anlam yükleriyle batı dillerindeki "civil" in. bizdeki bir karşılığı da "**medenî**" (Medineli, Siteli) olmalıdır. Hatta bence "**medenî itaatsizlik**" deyimini, sivil itaatsizlik deyimine göre daha yerinde bir karşılıktır.

II. TEORİ VE PRATİK

Medenî itaatsizliğin teorik arka planı çok gerilere uzanmakta. Bu düşünsel hazırlık, dinsel ve dinsel olmayan teoriler zemininde kendini göstermekte.

Dinsel düşünce alanında ilkin hıristiyanlığa değinmek gerekir. Bu dinde savaşçılık kadar (örn. haç-

* Prof. Dr. Bülent Tanör, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesidir.

lılar) barışseverlik de var oldu. İsa ve kurduğu kilise aslında bir "medenî itaatsizlik" tarzı doğdu. Bu doktrinde, birey ve bireycilik, kişi ve kişicilik (personalizm), baskıya karşı şiddetsiz direnme ("Öbür yanağına çevir"!), medenî itaatsizliğe giden yolları döşemişlerdir. İngiltere ve Amerika tarihinde, silah taşımayı reddeden barışsever, antikonformist ya da dinci hareketlerde bu doktrinin izleri açıkça görülür (Quakers).

Her halde, Uzak Asya'da hinduizm ve budaizmde cisimlenen şiddet karşıtı gelenekler, bu diyarlardaki medenî itaatsizlik eylemlerinin zihni ve fikrî bahçesini oluşturur.

İslam için de aynı şey düşünülebilir mi? Burada, "Hakikat"ın militanca kavranması ve yayılması görevinin (cihad, "ululemre itaat" ilkesinin ve cemaatçilik (communautarisme) ruhunun, medenî itaatsizlik türü bir başkaldırını zorlaştırdığını düşünüyorum.

Dinsel olmayan teorileştirme çabalarına gelince; bunların başlangıcı ABD'de iç savaş öncesinde Emerson ve Thoreau'nun yaydıkları düşüncelerde bulunabilir. Bu arada, ileriki dönemlerde anarşistlerin oynadıkları rolün de hakkını yememek gerekir. Çok daha geniş bir çerçeveye çizmek gerekirse, bütün doğal hukukçu doktrinlerin katkısından söz edilebilir.

Burada sadece Thoreau'nun ünlü denemesinin temel düşüncesini aktarmakla yetiniyorum. Mantık örgüsü şöyle sıralanmaktadır:

1) Yazılı yasadan daha yüce bir yasa anlayışı (vicdan yasası)

2) Bunların çatışması durumunda ikincisine uyulması gereği

3) Bu yüzden yazılı yasaya karşı çıkmanın sonuçlarına katlanılması

4) Medenî itaatsizliğin haksız yasanın kaldırılmasına hizmet etmesi.

İşte, Henri David Thoreau'nun "Poll Tax" ödemesini reddedip hapse girmeyi göze almasındaki ve yargılanmayı istemesindeki amaçlar; yurttaşların dikkatini çekmek, kölelik karşıtı kampanyaya destek götürmek, köleci yasaların (Fugitive Slave Act) kaldırılmasını sağlamaktı.

Medenî itaatsizliğin pratiğinde ikinci eksen isim M. Gandhi'dir. Gandhi ilkin Güney Afrika'da (1907) haksız ve ayrımcı yasalara karşı Hintlileri etrafında topladı, bunları doğrudan eyleme yöneltti. Amaç, toplu tutuklamaları göze alarak, hatta isteyerek, adaletsiz yasaların ayıklanmasını sağlamaktı.

Gandhi, Güney Afrika'daki "staj günleri"nden sonra, asıl barışçı direniş ve sivil itaatsizlik eylemlerini Hindistan'da sahneye koydu. Burada, **Satyagraha** felsefesini (barışçı direniş) ördü. Hindistan eylemlerinde iki yön dikkat çekicidir. Birincisi, sömürgeci yönetime karşı eylemlerdir. Bunun en popüler örneklerinden biri, tuz yapımı yasağına karşı, onbinlerle insanın birer tas deniz suyunu buharlaştırarak sembolik bir şekilde yasayı (yasağı) çiğneme ey-

lemleridir. İkinci eylem türünün hedefi geleneksel ve dinsel buyruk ve yasaklar olmuştur. "Dokunulmazlar"ın (paryalar) köy kuyularını kullanma hakkını elde etmeleri bu yolla gerçekleşmiştir.

Sivil itaatsizlik konusunda Kıta Avrupasından da bir örnek vereyim: Nazi işgaline uğrayan Danimarka, Thoreau'nun kitapçığının elden ele dolaştığı bu ülkede işgalciler, yahudilerin sırtlarında altı uçlu sarı yıldız işaretiyle dolaşmalarını buyurmuşlardı. Bu ülkenin insanları, başta Kral Christian olmak üzere, ırkçı ve faşist buyruğu göğüslemek ödevini vicdanlarında duydular ve hepsi sarı yıldızlı giysiler giymeye koyuldular. Naziler, Kral'ın hasta olduğunu bildirip saray dışına çıkamayacağını (!) açıklayınca, bu defa da bütün ülke insanları saraya ve krala çiçek götürme toplu eylemiyle ortaya çıktılar. Böylece, işgalci denetimindeki günlük yaşamı çiçeklerle felce uğrattılar.

Yeniden Thoreau'nun ülkesine dönelim. ABD'de ekonomik bunalım yıllarında "oturma eylemleri". İkinci Dünya Savaşı sırasında askerlik karşıtı hareketler, askerî harcamalara katılmamak için vergi beyanamesi vermeme, bunun yerine Thoreau'nun kitabını verme şeklindeki eylemler dikkate değer. 1950- 70 arasında da, ırk ayrımcılığını reddetmek için otobüs, dükkân, kilise, lokanta gibi yerlerde "sit-ins" eylemleri başarılı sonuçlar verdi. Elde edilen kazanımlar mahkeme kararları ile yasalarda (1957- 1965) ifadesini buldu. Vietnam savaşı günlerinde "çağrı belgeleri"ni, daha sonraları da bayrak yakma eylemleri bu sembolik protestoların kitlesel örnekleri oldular. Bayrak yakma eylemi, Federal Yüksek Mahkeme tarafından söz ve ifade özgürlüğünün (free speech) bir yolu sayılacaktır.

Son olarak Türkiye'ye bakmak istiyorum. Acaba bizde, sivil itaatsizlik tipi eylemler olmuş mudur? Bugünden şöyle bir geriye doğru baktığımızda, bazı eylem tipleri hemen akla geliyor: Memurların grev yasağını delen TÖS genel boykotu; kürçe yayım yasağını sistemli bir şekilde delen kürçe kaset, kitap, video, vb. basımı; türban yasağını bilerek çiğnemen ve cezalandırılmayı göze alanların eylemleri; mahkeme kararıyla müstehcen sayılıp toplatılan bir kitabın (H. Miller, Oğlak Dönencesi) başka ve çok sayıda yayınevi tarafından, müstehcen sayılan bölümler çıkartılarak fakat bunlara yer veren mahkeme kararı ile birlikte yeniden basılması; genel grev yasağına karşı "toplu vizite" eylemleri; özel radyo ve TV yasağına karşı sürdürülen yayınlar, vb. Bu örneklerde, sivil itaatsizlik kavramının tipik unsurları vardır. Gerçi bunları yaratanlar ya da yorumlayanlar, olaya bir "sivil itaatsizlik" kavramı açısından bakmıyorlardı. Çünkü bu kavram bizde pek bilinmiyordu. Ama belki bizde, Molière'in Kibarlık Budalası'nda M. Jourdain'e söylediği gibi, "farkında olmadan nesir" (prose) ile uğraşmaktaydık !.

III) MEŞRULUK SORUNU

Sivil itaatsizliğin bir de meşruluk ya da meşrulanma (justification) sorunu var. J. Rawls iki koşula önem veriyor:

Birincisi; sivil itaatsizlik eylemlerinin "esaslı (substantial) ve açık adaletsizlik" durumlarıyla sınırlı tutulması gereğidir. Örneğin, özgürlüklerden eşit olarak yararlandırma ya da yararlanma (equal liberty) ilkesine ters düşen yasalar bu konuda ilk akla gelenlerdir. Ben burada bir "orantılılık" ölçüsü sezmemekteyim. Yani, sivil itaatsizlik gibi yasa dışı bir eylemin meşrulanabilmesi için, insanlara yönelik yasal haksızlıkların da bununla orantılı ölçüde ağır ve açık olması gereklidir.

İkincisi; yasadaki haksızlığın düzeltilmesi için gerekli yasal başvurular iyi niyetle yapılmış, ama bir sonuç alınmamış olmalıdır. Yasal protesto, gösteri ve başvuruların başarı sağlayamamış olması halindedir ki, medenî itaatsizlik bir zorunluluk olarak, son keredeki başvurulabilecek bir çare olarak belirmiş olmalıdır. Ama, çok açık ve aşırı ihlaller varsa, bu ikinci koşulun aranmaması da mümkündür. Bir azınlık dininin ya da dilinin hoyratça yasaklanması bunlara örnektir. Kanımca bunlara en yakın düşen örnekler, İran'da Bahailik dininin, Türkiye'de de 1983- 1991 arasında kürtçe ifade hareketlerinin yasaklanmış olmasıdır.

IV) ANAYASAL SİSTEMDE YERİ

Sivil itaatsizliğin anayasal teori ve sistem içindeki rolü ne olabilir? Konuşmamı bitirirken, son olarak bu dikenli konuya eğiliyorum.

Konunun duyarlı ve dikenli olduğu açıktır. Çünkü, yasadışı direnme usullerini anayasal hukukun alanına davet etmenin, tehlikeli bir tavır olacağı düşünülebilir. Böyle bir teorileştirme çabası ilk bakışta, yasatanımazlığa ve kargaşaya çağrı anlamına da gelebilir. Bir başka sakınca da, sivil itaatsizliğin kurumsallaştırılması yoluyla, demokratik toplumdaki

çoğunluk iradesinin ve tercihlerinin geçersiz kılınması tehlikesidir.

Bütün bu sakıncalara karşın, sivil itaatsizliğin demokratik anayasal teori ve pratiğe olumlu katkıları vardır, hatta belki bunlar daha da üstün ve önemlidir.

Bir kere bu kurum ve anlayış, ciddî adaletsizliklerin hüküm sürdüğü bir demokratik toplumda, bunların giderilmesinde etkili bir çözüm olabilir. Tanımı bakımından "yasadışı" olması, yasal açıdan sakıncalı sayılması, sivil itaatsizliğin moral açıdan ve meşruluk anlayışı bakımından taşıdığı üstün değerleri gölgelemez, gölgelememelidir. Bu yasa dışı eylem türü, sonuçta anayasal sistemin de istikrarlı hale gelmesine hizmet edebilir. Çünkü, eşitsizlik ve adaletsizlik lekelerinden arınmış bir demokratik sistemin istikrarı da daha güvence altına alınmış olur. Öte yandan, yurttaşlar arası dayanışmayı beslemesi noktasından da "eğitici" bir rolü olduğu açıktır.

Bu olumlu yönleriyle sivil itaatsizlik; demokratik yönetim teorisi ve pratiğinin parçası haline gelmiştir. denebilir. Aslında, ortaçağdan beri demlenen "direnme" teorisi ve pratikleri, mutlakiyetçi sistemlere en ciddi darbeleri indiren değerler olmamış mıdır? Bu bağlamda günümüzde, sivil itaatsizlik teorisinin salt yasallık üzerine kurulu anayasal demokrasi anlayışını tamamladığı, "meşru demokratik otorite" kavramını beslediği ortadadır. Belli koşullarda, yasadışı eylem yoluyla demokratik meşruluk anlayışına katkıda bulunulabileceğini kabul etmekten korkmamak gerekir. Çoğunlukçu demokrasinin çoğulcu ve katılımcı demokrasiye evrilmesinde, "Yasa yanlış yapmaz" yanlışlığının düzeltilmesinde, siyasal ve yargısal denetimlerin yetersizliğinden doğan aksaklıkların aşılmasında sivil itaatsizliğin yapıcı roller oynayabileceği açıktır. Dolayısıyla, yargı organlarının da bu tür eylemler karşısında daha anlayışlı davranmalarını, eylemlerin meşru ve mazur görülebilir (justifiable) nitelikleri gözetererek, yasal yaptırımları azaltıcı ya da askıya alıcı bir tavır içinde olmalarını beklemeye hakkımız vardır.

TARTIŞMA VE SORULAR

DISKUSSION UND FRAGE

Hüseyin Hatemi: (Oturum Başkanı) Şimdi soruları alacağız. Sonunda biraz, başkanlık sıfatını kötüye kullanmak pahasına belki arkadaşım Tanör'ün ve daha önce sayın Aliefendioğlu'nun benim konuşmama yaptıkları atfa karşı ben de kendi düşüncemi kısaca belirtmek istiyorum, fakat önce soruları alalım.

İbrahim Uslu: Teşekkür ederim sayın başkan. Ben Prof. Kriele'ye bir soru yöneltmek istiyorum. Sabahın beri konuşan sayın konuşmacılar şu karışık durum üzerinde ittifak ettiler. İslamın temel unsurlarından biri sivil itaatsizlik, yasalara yahut hükümet politikalarına karşı bir sivil direniş olmasıydı. Fakat özü itibarı ile yasalara veya hükümet politikalarına karşı olmayan bazı sivil itaatsizlik örneklerine de tarihte rastlamak mümkün. İşte bunların arasında aklıma gelen birkaç tane var. Diyelim ki katolikliğe karşı protestan direnişi, yahut Hippiler direnişi veya son dönemlerde bayağı gündemde olan İslamcı hareketler. Bu tür hareketler, yönelmesi itibarı ile yasalara veya hükümete karşı olmayıp egemen değerlere yahut toplumsal düzenin temelini yönelen bu kitlesel örgütleri de sivil itaatsizlik kavramı içine sokmak mümkün mü, yoksa bunları daha başka bir başlık altında mı incelemek gerekiyor? Teşekkür ederim.

Kriele: Also die Herkraft dieser Streite der Begriff ziviler Ungehorsam, der ist ja jünger. Der Begriff ziviler ungehorsam ist jüngerer Datums, aber Widerstand gab's schon immer und natürlich nicht nur Widerstand gegen Tyrannen oder z.B. die Auflegung des Protestantismus gegen katholische Kirche oder eine Auflegung gegen das damalige Reich. Die Reichsmacht von Mittelalter. Die damals als legitim galt und es war also ein Widerstand gegen der geltenden Gesetze oder Tradition nicht wahr? Also Gesetze gelten erst in der Neuzeit in eurem Staat, als massgeblich und nur darauf können sich das dann beziehen wenn soviel Widerstand und Übertretung von Gesetzen. Aber wenn man der Begriff der moderne Begriff so ausweitet, dass er historischen - Faele umfasst, darf man nicht von dieser Übertretung sprechen. Da haben Sie völlig Recht. So muss man von der Verletzung des noch geltenden Rechts sprechen, mit dem Ziel der Reform. Das Ziel der Protestanten war ja die Anerkennung als gleich - berechtigt. Darf ich auch eine Frage stellen an Prof. Tanör, vielleicht eine Bemerkung machen. Sie sagten es gibt in der Türkei Gesetze aus Militärzeit, welche nicht zu ändern sind und das ist ja matriell verfassungswidrig. Wenn das der Fall ist, dann wür-

de ich sagen das ist ein ganz legitimer Grund für ziviler Ungehorsamkeit. Das wäre ein ähnlicher Fall wie Martin Luther King.

Bülent Tanör: Tamamıyla aynı fikirdeyim. İşte Anayasa yargısının çalışmadığı bir alanda yurttaş girişimine ihtiyaç vardır, sivil itaatsizliğe ihtiyaç vardır derken kastettiğim buydu. Ve Anayasa yargısının çalışmadığı bu alan çok geniş bir alan. Dolayısı ile hukuka aykırılığın, antidemokratizmin tek yaptırımı olarak geriye sivil itaatsizlik yahut da yurttaş girişi mi kalıyor. Deminki örneklerimden şunu hatırlıyorum. Yurttaş girişimini geniş bir kavram olarak kullandım, kastettiğim sivil itaatsizliktir. Bakın deminki örneklerden birkaç tanesi Anayasa Mahkemesine götürülemeyen yasalarla ilgilidir. Kürtçe yasağı 1983 tarihli bir kanundur, Anayasa Mahkemesine götürülemezdi. Türban yasağı 1981 tarihli bir mevzuattır, Anayasa Mahkemesine götürülemezdi. Yasa kitap başkadır ve eskidir. İşçi eylemlerinin, işçilerin demokratik haklarının kısıtlanması 1983 tarihli bir kanundu, Anayasa Mahkemesine götürülemezdi. Bunun gibi bir örnek vereyim; ben bir öğretim üyesi gibi bir derneğe üye olmak için rektörün iznini almak zorundayım. Mesela bu Alman Kültüre üye olmak istesem, izin almak zorundayım. Bu aşağılayıcı bir şeydir. Birçok derneğe üyeyim, izin almıyorum, almayacağım. Ben öğretim üyesi arkadaşlarımda böyle davranmalarını arzu ederim. Eğer Türkiye'de binlerle öğretim üyesi rektörden izin almadan değişik derneklere üye olurlarsa çok iyi bir sivil itaatsizlik örneği verirler, çünkü bu yasa da 1981 tarihlidir; bu da Anayasa Mahkemesinin önüne gidemez. Tek yol sivil itaatsizlik yoludur bence. Radyo-televizyon için de durum aynen budur. Ancak orada doğrudan doğruya Anayasadan bir tekel çıkmaktadır, delinecekse yalnız bu yasa değil Anayasanın kendisidir. Şu anki her şey Anayasa'nın koyduğu yasaktır, yani yasaların değil.

... Es ist in den Vorträgen wie ich finde zurecht das Widerstandsrecht mit der zivilen Ungehorsamkeit in Verbindung gebracht worden. Eine Bemerkung das Widerstandsrecht wurde und wird de facto ja auf eigenes Risiko ausgeübt. Wir haben von 1944 ein lebendiges Beispiel dafür. Mit anderen Worten, die Berechtigung wird ex post festgestellt und zwar von den Machthabern, die früher oder neu gelten. Und das ist eine wesentliche Relativierung. Mit anderen Worten: Man hat Maßstäbe zu suchen, aber diese Maßstäbe bleiben letztendes einer objektiven Jurisdiktion verschlossen wie ich finde. Vielleicht ist es eine pauschal Betrachtung. Nun würde ich sa-

gen für das zivile Ungehorsam ähnliches gelten. Auch er kann und sollte vielleicht auf eigenes Risiko hin unternommen werden. Der Einsatz ist ja so viel geringer als wäre Tyranne worden. Und man sollte dann nicht scheuen unter Umständen. Wenn man es für die gute Sache getan hat, das ist ein Argument. Das ist eine Sache. Die andere Sache ist, daß ich fragen möchte, ob die Verhältnismäßigkeit ein sicheres Kriterium, ein sicheres Justizkriterium für die Bestrafung bzw. für die Freistellung des zivilen Ungehorsams ist. Es geht ja um die Güterabwägung. Eine Abwägung von Betroffenen Gütern und Grundrechte auf der anderen Seite. Hier eine Abwägung ein Rationalkriter vorzulegen halte ich für außerordentlich schwierig und so erkläre ich auch zum Teil das Spalten der Rechtsprechung. Ein Drittes eine dritte Frage an unseren türkischen Kollegen: Gibt es vergleichbare Rechtsprechung über Zivilungehorsam in der Türkei? Danke Schön.

Bülent Tanör: Gerçi Anayasa Mahkemesinin bir sayın üyesi yanımızda duruyor, ama ben Türk Anayasa Mahkemesinden konusundaki ki, bu kavram yabancı, Türkiye'nin yabancı, söz aramızda, ben de bir hafta öncesine, bir ay öncesine kadar yabancıydım bu konunun ve ben de öğrenci olarak geldim. Anayasa Mahkemesinde ve resmi hukuk çevresinde bu kavram yoktur. Kavram olmayabilir, bu anlayış var mıdır? Adını koymadan kavramın. Hafızamı yokluyorum. Ben bir şey hatırlamıyorum. 1962'den beri Türk Anayasa Mahkemesinin sivil itaatsizlik anlamına gelebilecek eylemleri, yasal düzenlemeleri Anayasaya uygunluk kavramında yorumladığına dair pek fazla bir şey hatırlamıyorum bu bağlamda.

Hüseyin Hatemi: Sayın Tanör, ben dışarıdan medeni hukukçu olarak bir şey sormak istiyorum konuyla ilgili. Acaba doğrudan Anayasa Mahkemesine açılan iptal davalarında belki pek bir ipucu bulamayız ama bu defi yoluyla yani itaatsizlik bir ceza mahkemesi önüne gitmiş itaatsizlik şeklinde. Anayasaya aykırılık öne sürülmüş ve defi yoluyla inceleme halindeki somut norm denetimi sırasında acaba böyle bir içtihat hatırlıyor musunuz?

Bülent Tanör: Hatırlamıyorum. Orada bile mahkemenin yaptığı yine bir norm denetimidir, ama somut. Türkiye'de sırf tarafları bağlayıcı karar verildiği için.

Hüseyin Hatemi: Yani mazur gösterici sebep olarak gösteriyor mu?

Bülent Tanör: Ben bilmiyorum; bu olsa olsa ceza mahkemelerinde bir problemdir.

Hüseyin Hatemi: Ben de hatırlamıyorum.

Sami Selçuk: 1970'li yılların başında Türkiye Öğretmenler Federasyonu ülke çapında bir direniş hareketi düzenledi. Bu direniş hareketi hemen he-

men her yerde dava ile sonuçlandı çünkü TCK 236. maddesine ters düşüyordu. Ancak mahkemelerin bir bölümü beraat kararı verirken, bir bölümü mahkum, et kararı verdi. Konu Yargıtayın önüne geldi. Yargıtay beraat kararlarını onadı. Anayasa Mahkemesine gittiğini, böyle bir olayın, buna benzer bir olayın gittiğini ben anımsamıyorum. Hemen burada başka bir noktaya girmek istiyorum. Sayın Tanör konuşmasının bir yerinde hukuka uygunluk nedeni üzerinde durdu. Sanıyorum bunu yarın tartışacağız. Ama şimdiden şunu söyleyeyim burada bir hukuka uygunluk nedeni olması son derece güç, olamaz da. Olsa olsa indirici neden olabilir. Failin güdüsüne bakarak saikin iyi olduğunu değerlendirip cezasını indirebilirsiniz. Nitekim saik dolayısıyla failin cezasının indirilmesi bizde de vardır. Yasa bunu açıkça öngörmemiştir. İtalya'da da bu vardır. Fakat indirilme oranı son derece düşüktür, cezayı ancak altıda biri oranında indirebilirsiniz. Sayın Tanör yine çok ilginç bir noktaya temas etti. Dedi ki, Anayasa Mahkemesi ve yargıçları ve yargı organları bunu iyi değerlendirmelidir. Şimdi, Sayın Tanör'ün Anayasa Mahkemesine **Türban** konusunda yönelttiği eleştirileri aynen benimsiyorum. Bu karar verildikten sonra, sanıyorum, bu karara karşı çıkanlardan ilki benim. Bilmiyorum ondan evvel karşı çıkan oldu mu? Sayın Aliefendioğlu bunu bilirler. Çünkü ben gerekçesine karşı çıktım. Ancak gerekçede sanıyorum Sayın Tanör'le ayrılıyoruz. Dedi ki; yargı organları bazı gerçekleri değerlendirmeli. Hayır, yargı organlarının Türkiye'yi kurtarmak gibi bir işi yoktur. Yargı organlarının işi hukuku kurtarmaktır. Bu hukuk da yazılı hukuktur. Onun ötesine geçtiğiniz anda yasanın yerine geçmeye başlıyorsunuz. Bu görüşe katılmak mümkün değil. Nitekim bu kararda Anayasa Mahkemesi de bu güdüde, ne yazık ki, hareket etmiştir. Ne yapmıştır? Türkiye'yi kurtarmaya kalkmıştır. Ve onun için eleştirilmiştir. Şimdi Sayın Tanör bir eliyle bize vermek istediğini öbür eliyle alıyor ki, bu eleştirinin bir iç çelişki ile sakatlandığı kanısındayım. Onun için biz yargıçlar belli sınırlar içerisinde karar vermek durumundayız. Anayasayı sevmeyebilirsiniz, beğenmeyebilirsiniz ama Anayasa Mahkemesinde görev yapıyorsanız o Anayasa'ya uygun kararlar vermek zorundasınız. Onun için 1981- 83 arasındaki yasaların Anayasa Mahkemesinin bir takım yoğun zorlamalarla iptal edebileceğini ben sanmıyorum. Yalnız Danıştay, - Sayın Tanör'ün bunu bilmesi gerekir -1402 sayılı yasa ile ilgili bir karar verdi. Sayın Tanör'ün düşüncesi doğrultusunda bir karar verdi. Danıştay, bildiğim kadarıyla, bu yasa sıkıyönetim sırasında geçerlidir dedi ve o şekilde karar verdi. Belki de öyle düşünüyor olabilir Sayın Tanör ama biz buna katılmıyoruz.

Hüseyin Hatemi: Aynı durumda ve aynı kanun uygulanmış kişi olarak belirtiyorum ki, ben de Sayın Tanör ve Danıştay'la aynı fikirdeyim.

Sami Selçuk: Siz tabii ona katılabilirsiniz çünkü tarafınız. Ben yargıcım, siz tarafınız. Evet hemen geçiyorum, başka bir nokta, ben biraz şu meşruluk kavramının daha açıklığa kavuşturulmasından yanayım. Fransızların bir meşruluk anlayışı var, Sayın Tanör bunu daha iyi bilir, ben bu konuya fazla eğilmiş değilim, ilgi alanım da değil. Yalnız bildiğim kadarıyla, bir maddi meşruluk anlayışı var, bir de biçimsel meşruluk anlayışı var. Herhalde konuyla da yakından ilgili, şöyle ki, biçimsel meşruluk yasa-ya uygun bir biçimde oluşan iktidardır, düzendir ama maddi meşruluk çoğunluğun ya da çoğunluk sayılacak oranda insanların rızasına dayanan bir düzendir. Birinci meşruluk artık Fransa'da hiç değilse çoktan terkedilmiştir, yani dünyada bırakılmıştır, asıl meşruluk anlayışı benim bildiğim kadarıyla ikinci, maddi meşruluktur. *L'egalite materielle* denilen nokta. Bakın sizin gibi konuşmaya başladım. Ben de Fransızca konuşuyorum. Bunun yanında...

Hüseyin Hatemi: Birşey rica edebilir miyim? Tabii çok önemli konular, ama şu sebeple bir müdahalede bulunmak gereğini duyuyorum, şimdi yarın sizin ceza hukukuna dair bir tebliğiniz var, onun için mümkün olduğu kadar soru şeklinde sorsak ta...

Sami Selçuk: Şimdi ben diyorum ki bu kavram açısından da acaba meşruluk üzerinde duran Sayın Tanör ve Prof. Kriele ne düşünürler? Teşekkür ederim.

Bülent Tanör: Efendim, meşruluk açısından Türkiye'nin durumu nedir? Biçimsel meşruluk aşılmıştır artık maddi meşruluktur esas olan, gerçekten. Bir an için Türkiye'deki iktidarların, yasakoyucuların artık normal bir biçimsel demokrasi formuna uygun olarak işbaşına geldikleri, biçimlere uygun yasalar çıkarttıkları esastır. Şimdi Türkiye'de eksik olan hangisidir bunların, ikisi birden eksiktir. Yani bugün Batı'nın çoktan aşmış olduğu biçimsel meşruluk da Türkiye'de yoktur. Deminden beri tartıştığımız bir ülkenin Anayasa'sını beş tane general yapmışsa, bir cunta yapmışsa, beşyüzden fazla çok önemli yasanı beş general yapmışsa, o ülkede yasama sürecinde, biçimsel meşruluk var mıdır, yok mudur? Bu resmen bir dayatmadır, bir empozisyonudur, bir kuvvet dayatmasıdır. Onun için Türkiye'nin işi iki kat zordur. Maddi meşrulukta da ondan çok daha gerilerde kalmış olan, dünyanın aştığı biçimsel meşruluk sorunuyla başbaşadır. Anayasa Mahkemesinin **Türban kararına** gelince, Anayasa Mahkemesinin hakikaten vatani kurtarmaya soyunması yanlıştır. Katılıyorum. Türban kararıyla Anayasa Mahkemesi vatani kurtarmak endişesiyle hareket etmeden bu Anayasa'yı bile zorlamıştır. Bu Anayasa'da çok yasak var ama Türban yasağının nereden çıktığını ben anlayabilmiş değilim. Laiklikten hayır çıkmaz. O ayrıntılara girmek istemiyorum burada ama Anayasa Mahkemesi bu konuda mevcut Anayasa'yı bile aşmıştır, zorlamıştır ve daha çok yanlış

yapmıştır. Ama hayatın gerçeği,- işte bugünkü konumuz sivil itaatsizlik-, Anayasa Mahkemesinin kararını da boşa çıkartmıştır. Anayasa Mahkemesinin kararı herkesi bağlar, vatandaşları da bağlar. Burada tabii bağlayamıyor, çünkü mantıksız, bir mantığı yok.

Hüseyin Hatemi: Süheyl Bey, sizin hangi konudaydı?

Süheyl Batum: (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Doçenti) Kavramın niteliği üstüneydi.

Hüseyin Hatemi: Yani bu şimdi konuşulanlarla mı ilgili?

Süheyl Batum: Hayır, değil.

Hüseyin Hatemi: Gene sizin müsaadenizle, çok geri kaldı ama, Sayın Aliefendioğlu yine bu konuyla ilgili birşey söylemek istiyor. Buyurun.

Yılmaz Aliefendioğlu: Birinci soru, sivil itaatsizlik konusu mahkemelere intikal etmiş mi? Etmisse, somut örnekler verilebilir mi? Ben onüç senedir, Anayasa Mahkemesinden çalışıyorum. Aşağı yukarı tüm kararlara da katılmışımdır, ama bizden Anayasa Mahkemesinde sivil itaatsizlikle ilgili bir konu geçti mi? Kavram olarak, bizim için, gayet tabii çok yeni bir kavramdır. Ancak bazı örneklerini gördük, özellikle 1970'li yıllarda çok gördük. Gerisini Sayın Selçuk Bey burada belirttiler. Türkiye Öğretmenler Federasyonu'nun bir genel grev kararı vardı. Bir gün uygulandı. Bunun iki yönü vardı. Bir ceza açısından Yargıtay'a, bir de işlerine son verme şeklinde sonuçlanan idari yargıya intikalden. Ceza bakımından Yargıtay idari yargı, böyle bir grevin uygun olduğu yani işten ayrılma cezasının verilmemesi gerektiği sonucuna vardı. Bu da her halukarda, biraz önce söylendiği gibi oranlılık değerle, dedi ki orada, evet bir gün gelmemekle kural ihlal edilmiştir ama bu bir suçsa da bunun cezası işine son vermek olmamalı. Diğer birşey hatırlıyorum, genel grev kararı bizim Anayasa'ya göre o tarihte yasak, 61 Anayasası'na göre. Anayasa'ya, yani kanunlara aykırıydı. O zamanki sendika başkanı grev kararıyla hatırlarsanız ilk şalteri çekti, bundan dolayı da, yalnız bir yasal takibat yapılmadı, aslında bu da yasalara aykırıydı ama bir takibat olmadı. Bu biraz da hoşgörülle, biraz da belki politik etkiler nedeniyle, hoşgörülle karşılandı. Yine diğer bir örnek, idari yargıya intikal eden, güzergahlarla ilgiliydi. Toplu yürüyüşlerde güzergahın mülki amirlerce saptanmasına karşı çıktı yürüyüşü düzenleyenler. Ama buna rağmen mülki amirler aynı güzergahta ısrar ettiler. Bunun iki yönlü gelişmesi oldu. Bir, idari yargıya başvurma suretiyle idari yargıdan bir karar alınması suretiyle. Bir yerde böyle bir karar gerek görmeden de eski, yani mülki amirin belirlediği güzergahın dışında bir güzergahta yürüyüşü yaptılar. Bu yolda da ek bir ceza

sonuç alınmadı. Belki bazı inzibati tedbirler uygulandı; fevkalade bir durumdu ama genellikle hoşgörüyle karşılandı, bildiğim kadarıyla. Diğer bir yandan, eleştirilere, özellikle Anayasa Mahkemesiyle ilgili kısımların savunması galiba biraz bana düşüyor. Birincisi ihtilali takiben, özellikle Anayasa yürürlüğe girmeden, Meclisin Başkanlık Divanı oluşmadan önce çıkan yasalara karşı Anayasallık denetimini kapsayan, öngören geçici 15. madde ve bir de eski 61 Anayasa'sında benzer geçici 4. madde de vardı. Bunlar denetimi ile ilgili maddeyi iptal etti. Biz Anayasa Mahkemesi olarak, henüz o engeli aşmış değiliz. Doğru, yani şöyle değiliz, Anayasa Mahkemesinin lafzi yorumuyla bu engeli aşmak gerçekten zor. Sami Selçuk arkadaşımızın da söylediği gibi. Ama belki bu madde aşılr, ama henüz aşılmış değil, yalnız bugün çoğunlukla çıkan karar belki ilerde yoğunlukla çıkar, aşağı yukarı şimdi de sanıyorum dört kişi, üç, dört kişi bu görüşte, yani mahkeme kararına karşı. **Türbanla** ilgili konu kritik bir konu. Gerçekte türbanla ilgili iki karar var. İki karardan ikincisi nitelik olarak bir hayli farklı. Birinci karar sivil okullarda türban yasağı getiren bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmedi. Konu o zaman laiklik değildi, bu bir ideolojik temsildi hem de üniversitelere ideolojik temsil götürmek o dönemde bireyin eşitlik ilkesine aykırıydı çünkü bireyin eşitlik ilkesine aykırı bir sonuç getirdi. Anayasa Mahkemesi şunu söyledi, herkes istediği kıyafeti okul dışında giyebilir, bunu yasaklayan yok, ama resmi dairelerde nasıl kravat takmak zorunluluğu getirilirse, bu onların asli bir görevi uygulamanın kendilerinden beklenen uygulamanın olmazsa yüksekokula, üniversiteyi gidenlerin de belirli bir ideolojik görüşlerini oraya götürecektir ve onu temsil edecek kıyafetlerle değil ama okulun istediği medeni bir kıyafet içinde olması gerekir. Tıpkı okullarda, bu daha tabii ilkokullarda olduğu gibi, önlüğün ilkokulda aranması gerektiği gibi. İkinci karar daha farklıydı, Anayasa Mahkemesinin ikinci kararını ben hararetle savunuyorum, şu açıdan doğrudur çünkü Anayasa Mahkemesinin ikinci kararında, kanun diyordu ki, dava konusu olan kanun, kanuna uygun bir kıyafette olmak, kanuna uygun olmak şartıyla serbesttir, üniversite açısından. O halde, üniversiteye giden bir insanın kanuna uygun giyim kuşamı nedir? Bunun için yasalara ve bir de Anayasa Mahkemesinin kararına bakmak lazım, bağlayıcıdır. O nedenle Anayasa Mahkemesinin ilk kararına uygun düşmemesi nedeniyle bu ikinci karar da redle sonuçlanmıştır. Ben yalnız bir de şunu arzetmek isterim efendim, gerçekten sivil itaatsizlik konusunda ne denli ileri gidebiliriz? Yani her konu sivil itaatsizlik kapsamı içerisinde düşünülebilir mi? Şimdi Bülent Bey Hocamızın belirttiği gibi ilk onbeşinci maddeye giren o beşyüz, diğer geride kalan o zaman kanun hükmünde kararname, o Millî Birlik Komitesinin tebliğlerini de sayarsanız bu sekizyüz küsur sayıya

çıkıyor. Ama bunlara karşı bir sivil işe girmek, ve yahut da sivil itaatsizlik yoluna gitmek ne derece haklı görülebilir? Bunun sonu anarşiye varmaz mı? Belirli ölçülerde bu haklı görülebilir, ama ölçüsü, orantısı nedir? Gerçekte bu da düşünmeye değer bir nokta sanırım.

Hüseyin Hatemi: Yavaş yavaş bir nevi sivil itaatsizlik tezahürleri arttı! Terk edenler başladı, süre bitmediği halde. Onun için, süreyi acaba mümkün olduğu kadar kısaltsak, yani şimdi Süheyl Bey söz almıştı. Başka bir söz almak isteyen varsa, bir kişi gene sabah Bakır Bey'in yaptığı gibi, başka söz almak isteyen varsa onu da alalım ve soruları bitirelim. Beşbuçuk civarında bitmiş olsun bu toplantı. Eğer yoksa, Süheyl Bey'e söz veriyorum. Buyrun, Süheyl Batum.

Süheyl Batum : Herkesin sabrının sonuna gelindi herhalde, ben de o yüzden çok kısa sormaya gayret edeceğim. Şimdi, sivil itaatsizlik kavramı bana da yabancı bir kavramdı. Aynı Bülent Bey'e olduğu gibi. Bana daha da yabancıydı, çünkü iki gündür üstünde düşünemedim, ne bu kavram? diye. Şimdi şunu söyleyeyim. Sivil itaatsizlikle **direnme hakkını** bir arada değerlendirdiğimde, ilk önce direnme hakkı malum, toplumla beraber kullanılan bir hak, yani daha toplum ağırlıklı. Kişinin tek başına direnme hakkını kullanması mümkün değil. Ancak toplumun meşruluğunu yitirmiş bir iktidara karşı direnmesi sözkonusu. Fakat sivil itaatsizlik kavramı bana, daha birey ağırlıklı, fert merkezli bir hak olarak, veyahut ta bir kavram olarak geldi ilk başta. Çünkü, bir gurubun, bir topluluğun hatta bir kişinin sivil itaatsizlik yoluna başvurması mümkün. Toplumla beraber kullanılması gereken bir kavram değil. O bakımdan, bir yönüyle düşündüğümde sivil itaatsizlik kavramı daha fert merkezli, birey ağırlıklı bir kavram olarak vücut buluyor ama diğer yönüyle baktığımızda da sivil itaatsizlik diyoruz, yani kelime itibarıyla baktığımızda aslolan, itaat, devlete itaat, devleti temel alarak, bazı koşullarda buna itaatsizlik hoşgörülebilecek belki bir kavram. Bu yönüyle baktığımızda da, itaatsizlik devlete çok istisnai koşullarla, bazı kanunları şeklindeki kabul etmemek, bir devlet merkezli, devleti temel alarak kullanılabilir bir kavram. Şimdi bu kavramı, sivil itaatsizlik kavramını, bu yönüyle ya birey ağırlıklı ya da devlet merkezli diye düşündüğümde, zannediyorum, panelistler arasında da bir farklılık var. Bu nedenle, ben Sayın Bülent Tanör'ün söylediği sivil itaatsizlik kavramına daha yakın görüyorum kendimi. O bakımdan Sayın Alman profesörlere yönelmek istiyorum sorumu. Şimdi bir sivil itaatsizlik kavramı açıklandı ve Alman Anayasa Mahkemesinin de, eğer tabii ki çeviri yoluyla geliyor, yanlış anlamış olabilirim, onu da söyleyeyim, ama Alman Anayasa Mahkemesinin de koymuş olduğu ölçüye göre ve Sayın Prof. Krielenin de belirttiğine göre, yani meşru bir iktidarın,

meşru olduğu kabul edilen bir iktidarın, halkın temsilcilerinin koymuş olduğu bir kanuna karşı, eğer bu despot kimse falan değilse, halkın temsilcileri tarafından koyulmuş bir kanunsa, sivil itaatsizlik kavramını yanlış, yolların kapatılması yanlış sonuçlara yol açabilecek, insanların işine gidemeyeceği sonuçlara yol açacak bir kavram. Ve zaten Anayasa Mahkemesi de, gene diyorum yanlış anlamadıysam, eğer hukuka uygun bir şekilde kullanılmışsa bu, önceden hukuki formaliteleri yerine getirilmiş, izin alınmış, silahlı saldırısız bir şey kullanılmışsa, o zaman bu sivil itaatsizliği hak olarak görebiliyormuş. Ama bu zaten bence demokratik toplumun temeli. Yani bu sivil itaatsizlik değil, sivil itaat. Çünkü demokratik toplumun temeli zaten, bu tür hakların kullanılabilmesi sonucunu doğuruyor. Peki o zaman sivil itaatsizlik ne olabilir ancak bence, aynı direnme hakkı gibi, varolan kanunlara rağmen daha üstte olduğu kabul edilen bir ilke, bir temel, bir felsefi temele ulaşmak için o kanunların ihmal edilmesi, bile bile aykırı davranılması. Ancak bunun bir hak ifade etmesi gerekir ki, sivil itaatsizlik üzerinde konuşabilelim. Yoksa zaten çok uygun bir şey yapılmışsa bunun sivil itaatsizlikle bağlantısı kalmaz, olsa olsa sivil itaat olur dediğim gibi. Şimdi bu konuda şunu belirtmek istiyorum. Mesela, yanlış anlamadıysam tabii, topluluk Amerikan üslerine giden yolları kesiyor ve orada oturuyor ve mahkeme bunu bir şiddet kullanma olarak kabul ettiği için cezalandırmayı haklı görüyor. Halbuki burada da olan bir üstün değer var, olduğu varsayılan. Nasıl direnme hakkı da böyle varolduğu, meşruluğu yitirdiği kabul edilen bir iktidara karşı yapılıyorsa, bu da daha üstün bir değeri kabul ettirmek, yaşama hakkını veya biraz daha barış içinde yaşama hakkı gibi böyle bir ilkeyi kabul ettirmek için girişilen bir eylem. Şimdi bu konuda ne düşünüyorlar? Ben sivil itaatsizliği tam manasıyla, o yönüyle anlayamadım. Bülent Bey'in söylediğini kabul ediyorum, sivil itaatsizlik bence o olması gerekir diyorum. Ama belki Sayın Alman hocaların söylediğini yanlış değerlendirdim. Bir kez daha rica edeceğim.

Hüseyin Hatemi: Çok teşekkür ediyorum. Aslında bu soru, benim de zihnimde var ve maalesef yarın ben de panelist olarak buna bir cevap vermek zorundayım. Benim bir taraftan da maalmemnuniye kürsüde bulunan iki Alman misafir profesör de yarın bu panele katılacak olan profesörler. Onun için kendilerine şu imkanı, tabii ben tanımıyorum, kendilerinin elinde iki imkan var, ya yarın panelde bu sorunuza cevaplandırıyorlar. Bilhassa hakikaten bu kavramı belirtmek lazım. Nedir sivil itaatsizlik? Ne zaman sivil itaatsizlik sözkonusu olur? Ve hukuk devleti içinde buna nasıl yer verilir? Direnme hakkı, ayaklanma, karşı koyma hakkı değil. Kanunsuz emir gibi bizim Anayasa'da sadece bir konuya kanunsuz emre riayet etmeme gibi bizim Anayasa'da belirtilmiş münferit bir durumdan daha geniş. Kanunlara

karşı da sözkonusu olabiliyor, yalnız idari tasarruflara değil. İşte bilhassa kanunlara karşı çıkma şeklinde sivil itaatsizlik ceza mahkemesi önünde, Anayasa Mahkemesi önünde ne gibi bir hukuka uygunluk sebebi olabilir? Ne ölçüde olabilir? Temel haklar aşılmamışsa, esasen mesele yok, itaatsizlik değildir dediğiniz gibi. Ama temel hakların sınırı aşılmışsa, o zaman bu aşma ne zaman mazû görülür? Bunu yarın tartışırız. Fakat tabii Sayın Profesörler istiyorlarsa, arzu ediyorlarsa, derhal de görüş belirtirler.

Dannecker: Ich habe den Eindruck, daß Sie die Frage doch mit dem Wunsch verbunden war, so kurz wie möglich zu fassen. Ich möchte drei Punkte ganz kurz ansprechen. Erstens auch in Deutschland ist der Ausdruck zivile Ungehorsam erst seit etwa 1980 gebräuchlich, obwohl die Sache, um die es geht viel älter ist. Die Sache um die es geht, gibt es auch in der Türkei. Das habe ich aus dem Vortrag von Herrn Kollege Tanör gemerkt. Der Ausdruck ist offenbar schwierig gebräuchlich. Zweite Bemerkung: Es gibt besonders in den USA, in Gross Britanien und in den Skandinavischen Ländern sehr breite und zwischen Lücken füllende Literatur zum zivilen Ungehorsam. Ich kenne diese mittelbar von GB. Hier ist der Begriff der Zivilungehorsam extrem umstritten, aber es hat sich wie gesagt die Definition von John Rawls relativ breit durchgesetzt. Das unterscheidet zwischen 5 verschiedenen Phänomenen. Erstens legal Protestan, ist klar. Zweitens provokatorischen Gesetzesverstößen, die mit der Absicht be-
gangen werden, die gerichtliche Überprüfung eines Gesetzes ins Werk zu setzen. Drittens Zivilen Ungehorsam entweder gegen ein bestimmtes für verfassungswidrige ungerechtes Gesetz richten kann, oder sich richten kann gegen eine Ungerechtigkeit gegen einen Mißstand gegen eine Verfassungswidrigkeit und zu diesem Zweck ganz andere Gesetze bricht. Dann geht es um die Frage, die gestellt worden ist, ich kann das Nötigungsverbot, das in der Frage enthalten ist, demonstrativ verletzen um auf eine Mißstand hinzuweisen. Das wäre etwa eine typische Erscheinungsform für Zivile Ungehorsam. Viertens unterscheidet Rawls Gehorsamsverweigerungen aus Gewissensgründen. Die müssen nicht öffentlich sein. Ich kann aller Stimme in meinem Keller meine Steuern verweigern wie das auch Rawls getan hat; aus Protest gegen die Ausbeutung Ideale, gegen die Eroberungskriege gegen Mexico. Zum zivilen Ungehorsam wird es erst, wenn ich in der Öffentlichkeit mit einer Plakat durch die Strasse gehe, seht ihr ich verweigere die Steuern. Wenn ich also einen demonstrativen Protest mache. Fünftens Widerstand, gewaltsamer Widerstand. Das Typologie habe ich schon in meiner dritten Bemerkung eingebaut, nämlich die erläuternde Bemerkung zum mittelbaren zivilen Ungehorsam in der Form einer Verletzung einer Mords die damit gemeintes Verhandeln.

Hüseyin Hatemi: Böylelikle bugünkü oturunun soruları cevaplandırılmış oluyor. Yalnız ben bana yapılan atfa bir iki cümleyle düşüncemi belirtmek istemişim ve müsaade ederseniz iki dakika ona temas edeyim. Ve artık bundan sonra soru sorulmamasını rica ederim.

Her zaman başkan olmak fırsatını bulamıyorum! Kırk yılda bir başkanlık zevkini tadıyorum! Bari hiç olmazsa yarın cevap verin de bir gecenin zevkini tadayım, söylediklerim pek karşı çıkmadan kaldı diye. Yarın başka konuşmacılara karşı çıkarken bana da gene bir şut çekebilirsiniz. Şimdi Sayın Tanör'e ben de katılıyorum. Çünkü ben başka bir tebliğimde söyledim, ilahi tabii hukuk görüşüne bağlıyım zaten. Ama Sayın Tanör de Anayasa'nın üzerinde hukuk olduğunu söyleyerek, mesela buradaki bir sayın hakimin pozitivist hukuk görüşüne katılmadı.. İşte benim de dediğim odur. Anayasa'nın üzerindeki, bence işte o ilahi tabii hukuktur. Sayın Tanör, tabii hukukun ilahi olması şart değildir dedi. Ben kelime olarak tabii hukuk görüşleri içinde ilahi görüşe bağlı olmayan, ilahi öğretiye bağlı olmayan tabii hukuk okulları yoktur demedim. Ama bunların normatif hukuk felsefesi olarak anlamı yoktur. Eğer tanrıyı kabul etmezse tamamen gerçek yargılarına dayanan birşey olur. Mesela **Darwin Hukuku** olur, **Orman Hukuku** olur, güçlü gelen galip gelir, der. Böyle olması gerekir demenin, *Sollen*'nin anlamı kalmaz. Çünkü gerekir diyen de yaratıcının kendisidir. Değer yargılarını koyan da yaratıcının kendisidir. Yaratıcıyı kabul edince artık ilahi tabii hukuktan başka bir görüş kabul edemeyiz. Nitekim, pozitivist bir hukukçu Kelsen, bir değer yargısı vermiyor. Kendisi ilahi tabii hukuk görüşünde olduğu için değil ama gerçek anlamda tabii hukuk böyle olur ister istemez. diyor bir toplantıda. "Tabii hukuk olmaz Tanrı'ya inanç olmaz," diyor. Tabii hukuk mutlaka gerçek anlamıyla ilahi tabii hukuktur. Sonra yalnız İslam itaat emrediyormuş gibi, yalnız İslam'ın itaat emri hemen kötü yorumlanıyor, kölece itaat şeklinde anlaşılıyor. Ululemre itaatin ne manaya geldiğini sabah izah ettim ve Sayın Tanör bunu benim görüşüm sandı. Halbuki yazılı tebliğimde olan fakat söylemedim, özetlediğim için, bu daha sabah bir çizgi çektim. 661'den sonra İslam pozitif kamu hukukun-

dan örnek veremeyiz ama direniş örneği, sivil itaatsizlik örneği İslam devleti olmayan devletlere karşı verebiliriz, dedim. Başlıca örneğin yorumudur bu, onun söylediğidir. Dolayısıyla İslam'ın sözüdür. Eğer İslam'da mutlak kölece itaat olsaydı, 2. Emevi hükümdarının temsilcileri Kerbelâ'da Hüseyin'e söylüyorlar, Bülent Bey'in atfı yaptığı ayeti okuyorlar Kur'an'dan, Ululemre itaat lazım diye, Hüseyin de şehit edilmesinden çok az bir süre önce, gene İslam'ın sözünü şu şekilde söylüyor orada, dikkat edin yani ayetin bütünü okuyun, "Allah'a, Resul'üne ve *Ululemri minküm*, sizden olan idareciye", yöneticiye, padişaha, melike, imparatora, *imperium* sahibine değil, yöneticiye sizden olmak şartıyla, gerek maddi ve gerek manevi yönden, gerek formel, şekli adaletin gerçekleşmesi yönünden Ululemre itaat ancak bu şartlarla olur. O kölece itaat diye yorumlanacak itaate İslam'da esasen yer yoktur. Fakat Paulus'un, St. Paul'un, Romalılara mektubunda, "zalim olsun yani ne olursa olsun her türlü hükümete her türlü yönetime itaat etmek görevidir bir hıristiyanın" emri vardır. Hz. İsa'nın değil. Ama ben bundan bahsetmedim. Hz. İsa'nın dağ vaazından bahsettim. Çünkü ben teori ile pratiği ayırıyorum. Hıristiyanlığı Hz.İsa'dan öğreniyorum. Dağ vaazından öğreniyorum, yoksa Paulus şöyle demiştir, şu halde hıristiyanlıkta kölece itaat vardır demiyorum. İşte İncil önümde. O ayetleri okuyabilirim ama okumuyorum. Vardır. Bu mutlak olarak itaat. Paulus'undur. İslam'ın değildir. Hz.İsa'nın da değildir. Yani demek istediğim bu gibi toplantılarda mutlaka İslam'ı bir günah keçisi, *Sündenbock* haline getirmeyelim. Batıda bir hıristiyan, ilahi tabii hukuk görüşünde izah eden biri gelse, hemen siz niye engizisyon falan diye kalkıp kimse hıristiyanlığı tahkir etmez. Çünkü şöyle düşünür. Pratik başkadır, burada onu müdafaa ettiği gerçek hıristiyanlık, Hz. İsa'nın hıristiyanlığı başkadır. İslam için de bu hoşgörüyü gösterelim. İslam'da mutlak itaat olsaydı, kölece itaat olsaydı, bu anlamda Sayın Tanör sivil itaatsizliğin en belirgin örneğini müslüman cephesinden vermezdi. Başörtülü kızlardan bahsedemezdi. Çünkü o zaman başörtülü kızlar da her türlü otoriteye itaat lazımdır diye bilakis itaat edeceklerdi. Demek ki İslam onları böyle köleleştirmemiş.

(...)

III. OTURUM

Ceza Hukuku Açısından Sivil İtaatsizlik

[Ziviler Ungehorsam aus der Sicht des Strafrechts]

DER EINSATZ DES STRAFRECHTS ZUR BEKÄMPFUNG DES ZIVILEN UNGEHORSAMS IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Gerhard DANNECKER *

I. Erscheinungsformen des zivilen Ungehorsams und deren strafrechtliche Relevanz

Gegenstand meiner Ausführungen ist der Umgang des Strafrechts mit politisch motivierter Gewalt von Privatpersonen, die den Prozeß der Willensbildung des Volkes zu beeinflussen bezwecken. Dieses historisch bedeutsame wie auch aktuelle Problem ist in der Bundesrepublik durch die Protestbewegung gegen den sogenannten NATO- Doppelbeschluß vom 12.12. 1979 (1) erneut in die Diskussion geraten. Neben Demonstrationen gegen die Nachrüstung der Bundeswehr und die Stationierung von Mittelstreckenraketen (2) richteten sich spektakuläre Proteste gegen den Bau von Atomkraftwerken und Wiederaufbereitungsanlagen für radioaktive Substanzen (3) oder gegen Erweiterungen von Flughäfen und Autobahnen (4), gegen gesundheitsschädliche Gewässer- und Luftverschmutzungen (5) und gegen einen nicht hinreichenden Tierschutz (6). Weiterhin sind Gebiete wie der Datenschutz zum Ziel von Aktionen des zivilen Widerstandes geworden. Insgesamt konzentrierten sich die Protestaktionen jedoch auf die Themen komplexe Ökologie und militärische Rüstung. Dabei ging die ökologische Debatte in historischer Sicht der Rüstungsdiskussion vor (7). Die Demonstrationen reichen vom passiven Sitzen oder Stehen auf der Straße, um durch Verkehrsbehinderungen auf die Probleme aufmerksam zu machen, über den Boykott der Stromzahlung und die Sachbeschädigung (Einreißen von Bauzäunen oder Abknicken von Strommasten) bis hin zu gefährlichen Körperverletzungen (Schießen auf Polizisten mit Stahlkugeln) und sogar bis zum Polizistenmord (8). Die Bereitschaft zahlreicher Bürger, in den Auseinandersetzungen um die als existenzbedrohend empfundenen Umweltprobleme und militärischen Fragen strafrechtliche Normen zu verletzen, ist groß. Trotz des Dogmas der "Gewaltfreiheit" verstoßen die Demonstranten häufig gegen Strafgesetze; im Vordergrund stehen die Tatbestände der Sachbeschädigung, des Hausfriedensbruchs und insbesondere der Nötigung. Neben diesen Individualrechtsgütern können auch Schutzgüter der Allgemeinheit betroffen sein. Außerdem richtet sich der zivile Ungehorsam mit der partiellen Aufkündigung des Gesetzesgehorsams gegen den Rechtsstaat (9) und das Demokratieprinzip (10) und bedeutet einen "Angriff auf die Mehrheitsregel" (11).

Die "gewaltfreien" Rechtsverstöße unterfallen dem Begriff des zivilen Ungehorsams, der in der deutschen Literatur- im Anschluß an Hugo A. Bedau (12) und John Rawls (13) - wie folgt umschrieben wird: "Ziviler Ungehorsam ist ein politisch-moralisch motivierter, öffentlicher, friedlicher Akt des Protestes gegen das Verhalten der staatlichen Gewalt, der zumindest eine tatbestandliche Rechtsverletzung beinhaltet" (14). Auf die verschiedenen Definitionen braucht hier nicht näher eingegangen zu werden (15), da im Vordergrund des zivilen Ungehorsams die politisch moralische Rechtfertigungsfähigkeit steht, nicht aber die rechtliche Rechtfertigung. Letztere muß anhand der allgemeinen Voraussetzungen der Strafgesetze und der strafrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründe bestimmt werden. Die strafrechtliche Problematik des zivilen Ungehorsams kann folgendermaßen charakterisiert werden: "Geht es bei der Opferung eines Gutes um eine strafatbestandliche Rechtsverletzung, die als Protest gegen ein bestimmtes staatliches Verhalten unter grundsätzlicher Anerkennung der Legitimität des Staates und des verletzten Recht vollzogen wird, so wird der Vorgang als ziviler Ungehorsam bezeichnet, wenn die Rechtsverletzung mäßig beleibt und nur, jedenfalls hauptsächlich, Güter mit öffentlicher Befangenheit trifft (Fortkommen im öffentlichen Verkehr, öffentliche Gebäude etc.)" (16).

Die Kontroverse um die strafrechtliche Bewertung des zivilen Ungehorsams betrifft daher nicht die Straftatbestände der Körperverletzung und Tötung, die nach ganz herrschender Meinung weder durch Notstand noch durch die Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit gerechtfertigt werden können (17). Das gilt gleichermaßen für terroristische Gewalt und für Gewalttaten, wie sie gegenwärtig in der Bundesrepublik gegen Ausländer begangen werden. Über die Strafbarkeit und Strafbedürftigkeit solcher Delikte besteht völlige Übereinstimmung in Rechtsprechung, Wissenschaft und Bevölkerung, aber auch in der Politik, die gegenwärtig eine Verschärfung des Strafrechts zur Bekämpfung von Gewalttätigkeiten rechtsextremistischer Gruppen einführen will. Demgegenüber ist der Einsatz des Strafrechts als besonders einschneidendes Mittel des Staates umstritten, wo Gewalttätigkeiten im Zusammenhang mit legalen, insbesondere grundrechtlich geschützten Protesten auf-tauchen (18) und die Täter unter strikter Vermeidung von Gewalttätigkeiten im Wege von

(*) Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Universität Bayreuth

Straßenblockaden die Bewegungsfreiheit Dritter einschränken oder der Zugang zu Einrichtungen wie Kernkraftwerken oder Bundeswehrkasernen versperren. Richten die Täter ihre Verhaltensweisen gezielt darauf aus, allein den Verkehr zu beeinträchtigen, ohne daß Rechtsgüter wie Eigentum, körperliche Integrität usw. verletzt werden, so stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen des zivilen Ungehorsams der Tatbestand der Nötigung eingreift. Dieser Straftatbestand steht im Mittelpunkt der Diskussion um die strafrechtliche Beurteilung. Bevor ich zu den strafrechtsdogmatischen Fragen komme, soll kurz auf den Täterkreis und die praktische Relevanz des zivilen Ungehorsams in der Bundesrepublik eingegangen werden. Anschließend soll zu den Fragen Stellung genommen werden, inwieweit Sitzblockaden als Anwendung von Gewalt im Sinne des § 240 StGB angesehen werden können, inwieweit ein Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt, welche Rolle dabei die Grundrechte spielen und wonach sich die Verwerflichkeit des Einsatzes passiver Gewalt bestimmt. Abschließend werde ich mich damit befassen, wie Staatsanwaltschaften und Untergerichte in der Praxis mit dem zivilen Ungehorsam umgehen.

II. Täterkreis und Häufigkeit des zivilen Ungehorsams

1. Täterkreis

Täter sind vor allem Bürger, die ihren Einfluß auf den Volks- und Staatswillensbildungsprozeß nicht hinreichend gewährleistet sehen und auf diesem Wege politischen Einfluß nehmen wollen. Die soziale Integration reicht von Randgruppen mit erheblichen Sozialisationsdefiziten bis zu sozial integrierten "unauffälligen" Bürgern. Im Regelfall sind die Demonstranten sozial integriert und setzen die Gewalt zwar instrumentell, aber unspezifisch gegen bestimmte Objekte ein. Randgruppen, die an solchen Demonstrationen häufig gleichermaßen beteiligt sind und dazu tendieren, schwerwiegendere Straftaten wie Sachbeschädigungen und insbesondere Körperverletzungen zu begehen, unterfallen nicht mehr dem zivilen Ungehorsam.

2. Häufigkeit

Bezüglich des Umfangs politisch motivierter Gewalthandlungen sozial integrierter Bürger liegen keine verlässlichen Zahlen vor. Jedoch konnte die Gewaltkommission der Bundesregierung feststellen, daß die Anzahl der "unfriedlich" verlaufenen Demonstrationen im Zeitraum von 1980- 1988 im Verhältnis zum Zeitraum von 1970- 1979 angestiegen ist (19). Die Zu- und Abnahme läuft dabei parallel zu den Versuchen, umstrittene Großprojekte durchzusetzen (20). Insgesamt wurde eine

beträchtliche Anzahl von Verfahren durchgeführt, obwohl weit mehr als die Hälfte der Fälle ungeahndet bleibt. Einzelne Amtsgerichte hatten Hunderte von Verfahren zu erledigen und verurteilten die Täter nahezu routinemäßig zu gleichhohen Strafen (21). Üblicherweise werden Geldstrafen in Höhe von 20 Tagessätzen, also geringfügige Geldstrafen, verhängt. Generell besteht Einigkeit darüber, daß es sich um eine wichtige Problematik handelt, die in den letzten Jahren Gegenstand eingehender strafrechtlicher und kriminologischer Untersuchungen war und die Frage nach den Ursachen für die Gewaltbereitschaft und nach möglichen Präventionsstrategien aufwirft.

III. Ziviler Ungehorsam als strafbare Nötigung iSd § 240 StGB

Der Tatbestand des § 240 Abs. 1 StGB setzt zunächst voraus, daß jemand einen anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt. Als Nötigungsmittel kommen die Gewalt und die Drohung mit einem empfindlichen Übel in Betracht. Dieser Tatbestand, der die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung schützt, ist in zweierlei Hinsicht von besonderem Interesse:

Zum Einen handelt es sich bei der Nötigung um einen Straftatbestand, der dem Richter einen weiten Auslegungsspielraum läßt und eine Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale erfordert. Bereits der Begriff der Gewalt ist umstritten. So wird diskutiert, ob Sitzblockaden ohne Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verankerte Analogieverbot unter den Gewaltbegriff subsumiert werden können (22). Weiterhin bietet das Spannungsverhältnis zwischen dem grundrechtsrelevanten zivilen Ungehorsam und der strafrechtlichen Bekämpfung Anlaß zur Diskussion, ob der Einsatz von Sitzdemonstrationen zur Erzwingung erhöhter Aufmerksamkeit für Meinungsäußerungen gerechtfertigt ist, wenn es sich um die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen handelt und welche Bedeutung dabei den Grundrechten zukommt (23).

Zum anderen ist die Nötigung in rechtsvergleichender Hinsicht interessant, denn es handelt sich hierbei um ein Kind der Aufklärung, genauer: um ein Kind der deutschen Aufklärung. Sowohl dem Altertum als auch der Neuzeit war ein allgemeines, auf die private Freiheitssphäre in ihrem umfassenden Sinne bezogenes Delikt fremd. Erst in der Aufklärung wurde der Freiheitsschutz über die Freiheitsberaubung hinaus erweitert und dadurch umfassend gewährt. Soweit ausländische Rechtsordnungen neben der Freiheitsberaubung eine entsprechende allgemeine Strafvorschrift kennen, ist in der Regel der Einfluß des deutschen Rechtsdenkens nachweisbar (24).

1. Sitzblockaden als Anwendung von Gewalt i.S.d. § 240 StGB

a. Typischerweise werden andere Verkehrsteilnehmer durch die Blockaden dazu gezwungen, anzuhalten oder einen anderen Weg als den beabsichtigten einzuschlagen, oder es wird der Zu- und Ausgang von bestimmten Gebäuden und Anlagen versperrt. Unstreitig ist, daß der tatbestandsmäßige Erfolg vorliegt, wenn Dritte zu einem Tun oder Unterlassen gezwungen werden (25). Lediglich Bagatellfälle, in denen der Zugang zu Gebäuden und Anlagen oder das Weitergehen von Passanten für weniger als 4 bis 5 Minuten behindert wird, werden als nicht tatbestandsmäßig angesehen (26). Auch wenn die Polizei wegen einer Blockade den Verkehr umleitet, so daß Demonstranten und Verkehrsteilnehmer nicht aufeinander treffen, soll nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nur ein Versuch, sondern ein vollendetes Delikt vorliegen (27). Bei der Vermittlung des Nötigungserfolges durch die Polizei darf der Erfolg dem Täter jedoch nur zugerechnet werden, wenn dieser das Verhalten des Dritten als mittelbarer Täter beherrscht. Die Polizei trifft jedoch eine eigenverantwortliche Entscheidung; erst diese Entscheidung ist Grundlage für den Nötigungserfolg. Diese Unterbrechung des Zusammenhanges hat zur Folge, daß den Demonstranten nur der Vorwurf des Nötigungsversuches gemacht werden kann (28).

b. Im Mittelpunkt der Diskussion steht die Frage, ob Sitzblockaden unter den Gewaltbegriff subsumiert werden können, obwohl es sich nicht um Gewalttätigkeiten handelt. Inzwischen haben das Bundesverfassungsgericht (29) und auch der Bundesgerichtshof (30) in zwei bedeutsamen Entscheidungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Sitzblockaden Stellung genommen. Beide Gerichte haben das Verweilen von Demonstranten auf der Fahrbahn als Nötigung durch Gewalt qualifiziert, wenn dadurch die Teilnehmer am Straßenverkehr behindert werden. Als konstitutionelle Merkmale des Gewaltbegriffs werden zum einen die Kraftentfaltung des Täters und zum anderen die Zwangswirkung gegenüber dem Opfer herausgestellt. Eine körperliche Berührung des Opfers wird nicht für erforderlich gehalten. In den Sitzblockadefällen wird die Gewaltanwendung damit begründet, daß eine körperliche Kraftentfaltung im Errichten der Barrikaden bzw. im Hinsetzen oder Hinstellen liege; die körperliche Zwangswirkung sei im Verhindern der vom Opfer gewollten ursprünglichen Fortbewegung zu sehen.

In der Literatur (31) wird teilweise hiergegen eingewendet, der Gewaltbegriff habe durch seine extensive Auslegung in der Rechtsprechung jegliche Konturen verloren, nachdem die bloße Zwangswirkung für das Opfer an die Stelle der unmittelbaren Einwirkung auf den Körper des Opfers getreten sei.

Damit werde die Grenze zwischen Gewaltanwendung und Drohung mit einem empfindlichen Übel, der zweiten Begehungsmodalität der Nötigung, aufgehoben.

Auch das Bundesverfassungsgericht (32) geht davon aus, daß der Gewaltbegriff im Laufe der Zeit von den Gerichten "vergeistigt" oder "entmaterialisiert" worden sei, und zeigt folgende Entwicklung auf: Die erste Stufe sei durch das Erfordernis der Entfaltung von körperlicher Kraft durch den Täter zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes gekennzeichnet (33). Sodann habe der Bundesgerichtshof auf ein größeres Maß an Kraftaufwendung verzichtet (34). In einer dritten Stufe habe dieses Gericht auf eine die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung beeinträchtigende Zwangswirkung abgestellt (35) und sei im sogenannten Leapple Fall (36), in dem ein Demonstrant einen Straßenbahnfahrer durch Sitzen auf den Schienen an der Weiterfahrt gehindert habe, zur weitesten Ausdehnung des Gewaltbegriffs gelangt: Sowohl das Erfordernis körperlicher Kraftaufwandes des Täters als auch die Einwirkung auf den Körper des Opfers hätten ihre maßgebliche Bedeutung verloren; es genüge, daß der Täter mit nur geringem Kraftaufwand einen lediglich psychisch determinierten Prozeß in Lauf setze und dadurch einen unwiderstehlichen Zwang auf den Genötigten ausübe.

Allerdings hatte das Reichsgericht (37) bereits im Jahre 1885 das Verschließen der Tür eines Zimmers, in dem sich Personen aufhielten, als Gewalt definiert und bestätigt, daß es der Aufwendung physischer Kraft nicht bedürfe. Weiterhin hat dieses Gericht das Versperren eines Weges durch eine Menschenmenge (38) oder das Losfahren mit einem Auto, obwohl eine andere Person noch auf dem Trittbrett stand (39), als strafbare Nötigung qualifiziert. Insofern ist die scharfe Gegenüberstellung physischen, körperlichen Zwanges einerseits und psychischen, seelischen Zwanges andererseits nicht erst Ergebnis eines vom Bundesgerichtshof eingeführten weiten Gewaltbegriffes. Die extensive Auslegung entspricht vielmehr einer langen Tradition der Rechtsprechung, die neben der Gewalttätigkeit stets auch Fälle erheblicher Zwangsausübung, in denen dem Täter keine Wahl zwischen der Hinnahme des Übel und dem Nachgeben gelassen wurde, unter den Gewaltbegriff subsumiert hat.

Die Rechtsprechung hat also stets auf eine strikte Grenzziehung zwischen Gewaltanwendung und Drohung mit einem empfindlichen Übel verzichtet und auf die Gegenwärtigkeit und das Maß des Zwanges, auf die körperliche Auswirkung abgestellt. Dieses Vorgehen weist den Vorteil auf, daß Eingriffe, welche die Willensfreiheit in gleicher Weise beeinträchtigen, auch gleich behandelt werden. Sofern man die Gewalt nach der körperlichen Auswir-

kung unter Verzicht auf eine körperliche Kraftentfaltung bestimmt, handelt es sich -so das Bundesverfassungsgericht (40)- gleichwohl um eine durchaus eigenständige Ergänzung zu der Drohung mit einem empfindlichen Übel. Diese extensive Auslegung ist notwendig, denn an die Stelle von Meinungen und Argumenten treten zwanghafte körperliche Einwirkungen gegen Personen oder Sachen, ohne daß das Opfer eine Chance hat, seine Vorstellungen und Interessen durchzusetzen, wenn es nicht seinerseits zur körperlichen Zwangseinwirkung greifen will. Eine Beschränkung der Nötigung auf Brachialgewalt würde dem sozialen Sinngehalt nötigen Verhaltens im heutigen Strafrecht nicht mehr gerecht (41). Es ist daher auch in der rechtspolitischen Diskussion unstrittig, daß die Notwendigkeit einer Bestrafung besteht. Kontrovers diskutiert wird lediglich, ob sich die Einführung einer strafrechtlichen Sonderregelung empfiehlt, die dem Bestimmtheitsgrundsatz besser Rechnung trägt und eine einheitliche Rechtspraxis ermöglicht, oder ob es vorzugswürdig ist, die Gewalt im Rahmen des § 240 StGB auf physische Gewalt zu beschränken und die dadurch entstehende Strafbarkeitslücke durch Einfügung der Alternative des "vergleichbar schweren psychischen Zwanges" zu schließen (42).

2. Rechtfertigungsgründe

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in der Anwendung der Nötigung auf Verkehrsblockaden eine noch zulässige Auslegung des Gewaltbegriffs sah, ist eine Verschiebung der Diskussionsschwerpunkte hin zur Frage nach der Rechtfertigung von Sitzblockaden festzustellen.

a. Nach Art. 20 Abs. 4 GG haben alle Deutschen ein Recht auf Widerstand gegen Bestrebungen, die darauf gerichtet sind, die rechtsstaatlich demokratische Ordnung zu beseitigen. Weiterhin darf sonstige Abhilfe durch die demokratisch legitimierte Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung nicht möglich sein. Liegen die Voraussetzungen dieses Grundrechtes vor, so ist der zivile Ungehorsam gerechtfertigt. Solange jedoch oppositionelles Verhalten möglich ist und solange die Kontrolle von Parlament und Regierung funktioniert und gegen vermeintliches Unrecht Rechtsmittel in Anspruch genommen werden können, steht dem Bürger kein Recht auf Widerstand zu. Selbst extreme Gegner der Bundesregierung sprechen dieser nicht die demokratische Legitimation ab, so daß Art. 20 Abs. 4 GG bislang in keinem Fall praktisch relevant geworden ist. Zur Auflehnung oder Selbsthilfe gegen politisch unerwünschte staatliche Entscheidungen ermächtigt dieses Grundrecht nicht.

b. Weiterhin ist eine Rechtfertigung durch den

in § 34 StGB normierten Notstand in Erwägung zu ziehen (43). Nach § 34 StGB handelt nicht rechtswidrig, wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr handelt, um diese Gefahr abzuwenden, vorausgesetzt, das vom Täter geschützte Interesse überwiegt das verletzte wesentlich. Dieser Rechtfertigungsgrund verdient besonderer Aufmerksamkeit. Sein Grundgedanke ist, "daß das Recht im Konfliktfällen die Inanspruchnahme fremder Rechtsgüter zulassen muß, wenn dies im Vergleich zu dem drohenden Schaden als das geringere Übel erscheint, m. a. W. wenn eine umfassende Abwägung aller im Einzelfall für und gegen die Zulässigkeit des Eingriffs sprechenden Umstände ergibt, daß das Interesse an der Zulassung der Notstandshandlung das Interesse an der Respektierung des verletzten Rechtsguts überwiegt" (44). Diese weite Formulierung des § 34 gibt die Konfliktlage wider, die auch die Aktionen des zivilen Ungehorsams kennzeichnet: Um eines höherrangigen Interesses willen soll die Verletzung von rechtlich geschützten, niederrangigen Rechtsgütern ausnahmsweise gerechtfertigt sein.

Erste Voraussetzung ist das Vorliegen eines schutzfähigen Interesses. Schutzfähig i.S.d. § 34 StGB ist grundsätzlich jedes rechtlich geschützte Interesse, auch Interessen der Allgemeinheit, wie die Verkehrssicherheit (45) oder die Aufrechterhaltung der Lebensmittelversorgung (46). An solchen Interessen knüpfen Demonstrationen häufig an, z. B. soweit für eine Verbesserung des Umweltschutzes demonstriert wird. Problematischer ist das Vorliegen einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr. Eine Gefahr für ein Rechtsgut wird man in der Regel noch bejahen können, weil es ausreicht, daß der Schadenseintritt ernstlich zu befürchten ist (47) oder daß die Wahrscheinlichkeit eines Schadens nicht völlig fern liegt (48). Hingegen ist schon fraglich, ob die Gefahr auch gegenwärtig ist. Allerdings hält es die Rechtsprechung für ausreichend, daß der Schadenseintritt erst nach Ablauf einer ungewissen Frist zu erwarten ist (49). Damit kommt es entscheidende auf das Merkmal "nicht anders abwendbar" an. Rechtfertigungsfähig sind nur Notstandshandlungen, die in der konkreten Situation das erforderliche, d.h. das geeignete und zugleich das relativ mildeste Mittel zur Gefahrenabwehr darstellen. Zum einen geht die Rechtsprechung (50) zutreffend von einem grundsätzlichen Vorrang der staatlichen Stellen für die Gefahrenabwehr aus (51). Zum anderen ist bereits die Eignung einer Demonstration zur Abwendung einer Gefahr fragwürdig, da durch die Nötigung nur die jeweils zuständigen Verantwortlichen aufgefordert werden, Schritte zur Gefahrenabwehr vorzunehmen (52).

Besonders schwierig zu beurteilen ist auch die Frage, ob Aktionen zivilen Ungehorsams das jeweils mildeste Mittel zur Gefahrenabwehr darstellen. Angesichts weitreichender Rechtsschutzmöglichkeiten

und der Möglichkeit von Petitionen dürfen einschneidende Protestmittel nicht eingesetzt werden. Angesichts dessen, daß für die Erforderlichkeitsprüfung strenge Maßstäbe gelten, kann eine Rechtfertigung nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen.

Bei der Prüfung des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses ist zu klären, ob nach der Gesamtlage des konkreten Falles das Interesse am Schutz des bedrohten Rechtsgutes und damit der Zulassung einer sonst verbotenen Handlung das beeinträchtigte Interesse überwiegt (53). Anhaltspunkte sind das allgemeine Rangverhältnis der betroffenen Rechtsgüter, die Intensität und der Umfang des drohenden Schadens, der Grad der Gefährdung und die Größe der Rettungschancen. Eine Rechtfertigung wird jedoch in den Fällen der "Sozialnot" verneint, in denen der gesamten Bevölkerung Schaden droht (54). Damit sind z. B. Blockaden gegen Nachrüstung oder Atomenergie nicht rechtfertigungsfähig. Ebenso wenig genießt die Abwendung individueller sozialer Not den Schutz von § 34 StGB (55).

Schließlich müssen bei der Anwendung des Wertmaßstabes, an dem sich die von § 34 StGB geforderte Interessenabwägung orientieren muß, die Wertungen der Gesamtrechtsordnung berücksichtigt werden. Diese Wertungen stehen wiederum unter dem maßgeblichen Einfluß des Verfassungsrechts, insbesondere des Grundrechtskataloges (56). Auf diese Weise fließen verfassungsrechtliche Wertungen direkt in die strafrechtliche Interessenabwägung ein. Die Möglichkeiten und Grenzen einer einfachrechtlichen Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams weisen daher eine allgemein wirksame, enge Verknüpfung mit dem materiellen Verfassungsrecht auf.

Ohne auf die Voraussetzungen des § 34 StGB näher eingehen zu müssen, bestehen Bedenken, den rechtfertigenden Notstand auf den zivilen Ungehorsam anzuwenden. Denn dieser Rechtfertigungsgrund ist ebenso wie die Notwehr und die Nothilfe dadurch gekennzeichnet, daß es sich um einen begrenzten Tatbestand handelt, der Situationen erfaßt, in denen der Staat den Angriff auf Rechtsgüter nicht wirksam oder nicht rechtzeitig abzuwehren vermag (57). Außerdem ist der Einsatz privater Gewalt nur zulässig, wenn sie auf die Erhaltung und nicht auf Veränderung der Rechtsordnung gerichtet ist (58). Letzteres kennzeichnet aber den zivilen Ungehorsam.

c. Daher wird in der Literatur in Erwägung gezogen, den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§193 StGB), der nach dem Gesetzeswortlaut nur für Ehrdelikte Geltung beansprucht, analog anzuwenden. So hat Eser anläßlich der Protestaktionen Ende der 60er Jahre aus § 193 StGB für die Verletzung von Rechtsgütern, die einen besonders starken Sozialbezug haben, folgende all-

gemeine Rechtfertigungsformel hergeleitet: "Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn sie nach gehöriger Prüfung in erforderlicher und geeigneter Wahrung oder Durchsetzung berechtigter Privat- oder Allgemeininteressen erfolgt, die auch den Täter angehen und nicht außer Verhältnis zu dem verletzten Rechtsgut stehen" (59). Diese Idee hat Tiedemann aufgegriffen und für eine vorsichtige Erweiterung der anerkannten strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe plädiert: "Nach dem Modell von rechtfertigendem (übergesetzlichem) Notstand und berechtigter Interessenwahrnehmung ist eine Güterabwägung durchzuführen. Dabei ist (insbesondere im Hinblick auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit) das Freiheitsprinzip durch Ausschluß unmittelbar gewaltsamer Mittel und unter Einschränkung bei Auswirkungen auf Unbeteiligte anzuwenden" (60).

Ziviler Ungehorsam hat als Protest Meinungsäußerungen zum Inhalt; er unterfällt da mit unstreitig Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, der die Meinungsfreiheit schützt. Wird der Protest in einer Versammlung zum Ausdruck gebracht, so greift daneben das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) ein. Allerdings deckt die Versammlungsfreiheit nur friedliche Demonstrationen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Brokdorf-Entscheidung (61) den Begriff der Unfriedlichkeit restriktiv ausgelegt und auf den Verlauf der Demonstration im ganzen abgestellt. Wenn nur eine Minderheit Ausschreitungen begehe, bleibe für die friedlichen Teilnehmer die Versammlungsfreiheit grundsätzlich gewährleistet (62). Diese Auslegung hat zur Folge, daß eine Versammlung im Zweifel friedlich bleibt, auch wenn sie durch gewalttätige Ausschreitungen einer "Minderheit" geprägt war (63).

Grundrechtlicher Schutz wird nur in den Grenzen des positiven Rechts gewährt. Art. 5 Abs. 2 GG enthält aber eine Schrankenregelung, die die Meinungsäußerung unter den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze stellt. Hierunter versteht das Bundesverfassungsgericht alle Gesetze, "die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat" (64). Zu den allgemeinen Gesetzen gehören insbesondere die Strafgesetze. Da der zivile Ungehorsam per definitionem mit bestandlichen Verletzungen von rechtlichen Verbotsnormen verbunden ist, tritt - zumindest prima facie - ein Widerspruch mit der Unverbrüchlichkeit des Rechts auf, die eine Grundvoraussetzung jeder Rechtsordnung darstellt (65). Das Bundesverfassungsgericht hat das Verhältnis von Schutzbereich der Grundrechte und Grundrechtsschranken als

Wechselwirkung in dem Sinne gekennzeichnet, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen und demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen. Hieraus entsteht die verfassungsgerichtliche Forderung nach einer Güterabwägung zwischen dem Grundrecht und den von den Strafnormen geschützten Rechten und Interessen (66).

Bezüglich der Einbeziehung der Grundrechte in die Abwägung kann auf die Darlegungen Dreiers (67) rekurriert werden, der die Rechtfertigung unmittelbar auf verfassungsrechtliche Erwägungen stützen will (68). Dreier hat folgende, das "generelle Abwägungsergebnis" zusammenfassende Formel entwickelt: Eine grundrechtliche Rechtfertigung ist zu bejahen, wenn damit "gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert wird und der Protest verhältnismäßig ist". Die Minderheit soll das Recht auf politisch motivierten Ungehorsam gegen das demokratische Gesetz haben, wenn angesichts der Schwere der Ungerechtigkeit, die bekämpft wird, der Rechtsbruch (etwa Sitzstreik, Straßenblockade, Baubesetzung, Hausbesetzung) angemessen sei (69).

d. Gegen eine Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams, die ohnehin nur ausnahmsweise in Betracht kommen kann, erhebt die herrschende Meinung gleichwohl folgende Bedenken, auch soweit die Protesthandlungen in den Schutzbereich der Grundrechte fällt (70): Rechtfertigen könne allenfalls ein überragendes Gewicht des vertretenen Anliegens, also der politischen Ansicht, die mit der Demonstration verfolgt werde. Wenn die Gegenansicht aber gleichfalls verfassungsgemäß sei - ansonsten ginge es um Staatsnotwehrhilfe oder Staatsnotstandshilfe-, so könne und dürfe das Gewicht einer politischen Ansicht in einem strafrechtlichen Verfahren nicht ermittelt werden. Hierbei handele es sich um eine prinzipielle Frage, denn in einer Demokratie sei jede Ermittlung des Gewichts einer Kontroverse zwischen legalen politischen Ansichten außerhalb von Wahlen und Abstimmungen unzulässig (71).

3. Die Verwerflichkeit von Sitzblockaden

§ 240 StGB weist die Besonderheit auf, daß jede Gewaltanwendung oder Drohung mit einem empfindlichen Übel ausreicht, um als tatbestandsmäßiges Verhalten qualifiziert zu werden. Erfasst werden also auch Verhaltensweisen, die nicht sozialgefährlich oder sozialschädlich, sondern lediglich sozial störend oder lästig sind. Daher bedarf es über die Prüfung der anerkannten rechtfertigenden Situationen hinaus einer Verwerflichkeitsprüfung.

Nach § 240 Abs. 2 StGB ist die Tat nur rechtswidrig, "wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist". Das angewandte Mittel muß im Hinblick auf den verfolgten Zweck strafwürdiges Unrecht, ein über die Erfüllung eines bloßen Übertretungstatbestandes hinausgehendes Unrecht (72), ein sozialunerträgliches Verhalten (73) darstellen. Das Verhalten muß mit anderen Worten einen solchen Grad der Strafwürdigkeit aufweisen, daß es mit Mitteln des Strafrechts bekämpft werden muß. Hierüber besteht zwar im Grundsatz Einigkeit; jedoch sind die Beurteilungskriterien im Einzelfall umstritten.

Gerade bei Demonstrationen und anderen kollektiven Meinungsäußerungen ist die Verwerflichkeit der Gewaltanwendung in besonderem Maße begründungsbedürftig. Sie kann sich nur aus einer Güterabwägung zwischen den Abwehransprüchen der Betroffenen und den Grundrechten der Demonstranten - der Meinungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit - ergeben. Wenn man § 240 StGB trotz seiner Unbestimmtheit mit der herrschenden Meinung für verfassungsmäßig hält (74), ist es zwingend, den Richter als ermächtigt anzusehen, aufgrund einer umfassenden Abwägung über die Freiheitsräume von Täter und Opfer zu entscheiden. Denn jede Entscheidung zugunsten desjenigen, der Zwang im Sinne des § 240 StGB ausübt, verkürzt den Freiheitsraum des Betroffenen (75).

Das Bundesverfassungsgericht (76) hat deshalb zutreffend die Forderung aufgestellt, der Richter müsse alle Tatumstände in die Rechtswidrigkeitsprüfung einbeziehen. Umstände wie Dauer und Intensität einer Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zu- und Ausfahrten, Sachbezug der betroffenen Personen zum Protestgegenstand, die Zahl der Demonstranten und die Dringlichkeit der blockierten Fahrten betreffen Tatumstände, die für das Maß des wirklichen Unrechts mitbestimmend sind. Hiervon hängt es ab, ob der Eingriff der Demonstranten Bagatelldarakter hatte und ob das Verhalten der beeinträchtigten Personen aufgrund des Sachbezuges das Unrecht wesentlich mindert.

Durch das Erfordernis der Verwerflichkeitsprüfung wird die Bejahung der Nötigung zwar stark ins Konkrete normative verlagert, doch erst eine umfassende Bewertung aller unrechtsrelevanter Kriterien einschließlich der Situation des Nötigungsopfers ermöglicht es, lediglich sozialstörendes, unerwünschtes Verhalten unterhalb der Strafbarkeitsgrenze auszuschließen. Auch das Bundesverfassungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß im Falle von Sitzblockaden, sogenannter passiver Gewalt, die Indizwirkung der Tatbestandsmäßigkeit entfallt und die Verwerflichkeitsklausel deshalb als strafbarkeitseinschränkendes "tatbestandsregulieren-

des Korrektiv" dienen müsse (77).

Darüber hinaus wird kontrovers diskutiert, inwieweit das Nahziel, z. B. eine Verkehrsbehinderung, durch die Verfolgung des Fernzieles, das die Öffentlichkeit wesentlich berührt wie die Verhinderung der militärischen Aufrüstung oder der Bau von als gefährlich eingeschätzten Atomkraftwerken, gerechtfertigt sein kann. Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 5.5. 1988 (78) gegen eine Berücksichtigung der Fernziele ausgesprochen und dadurch vermieden, daß die erstinstanzlichen Gerichte über die Bedeutung und Anerkennungswürdigkeit des Anliegens entscheiden müssen. Damit stellt sich die Frage, ob die Erzwingung erhöhter Aufmerksamkeit für Meinungsäußerungen die Strafbarkeit ausschließen kann. Hierbei handelt es sich um eine Art Zwischenziel, das vier Richter des Bundesverfassungsgerichts in einem Minderheitenvotum zur Verfassungsmäßigkeit des § 240 StGB herausgearbeitet haben (79): Ursprünglich hätten die Gerichte das Fernziel einbezogen und um so gewichtiger eingestuft, je anerkennungswerter und bedeutsamer das betreffende Anliegen nach Einschätzung des Gerichts sei. Dieses Vorgehen berge die Gefahr in sich, daß der Richter der Wertung seine eigene politische Ansicht zugrundelege. Aus diesem Grund haben die vier unterlegenen Richter auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungsfreiheit (80) verwiesen. Auch bei Auseinandersetzungen um die Verletzung der Meinungsfreiheit stehe dem Richter kein Urteil darüber zu, ob die vertretene Meinung richtig oder falsch sei. Jedoch komme der Meinungsfreiheit im Konfliktfall um so größeres Gewicht zu, je weniger es sich um unmittelbar gegen ein privates Rechtsgut gerichtete Äußerungen im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in der Verfolgung eigennütziger Zwecke, und je mehr es sich um einen Beitrag zum Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handele. Das müsse auch und erst recht für die Prüfung gelten, ob eine Nötigungshandlung als verwerflich zu mißbilligen sei (81). Als Fazit des Minderheitenvotums kann festgehalten werden, daß der Eingriff in persönliche Rechtsgüter Dritter mit der Motivation legitimiert werden kann, einen Beitrag zum Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage zu leisten.

Der Bundesgerichtshof hat zu diesen Ausführungen bislang nicht Stellung genommen, sondern lediglich die Berücksichtigung der Fernziele ausgeschlossen (82). Die Bestimmung der Verwerflichkeit erfordert jedoch eine Einbeziehung auch der subjektiv vom Täter verfolgten Zwecke. Nur so kann das Verhalten des Täters umfassend gewürdigt werden. Aber auch wenn man den Weg geht, die Erzwingung erhöhter Aufmerksamkeit für Meinungsäußerungen als Zwischenziel anzuerkennen, so erfordert dies eine Gewichtung des Fernziels. Denn der besondere

Rang, die Berechtigung und das Maß der erhöhten Aufmerksamkeit lassen sich nur über das Fernziel bestimmen. Hier zeigt es sich, daß die Nah- und Fernziele aufeinander bezogen sind und eine Einheit bilden, die nicht sachwidrig aufgespaltet werden kann (83). Es ist geradezu typisch und charakteristisch für Rechtfertigungsgründe, daß die Ziele, die der Täter mit oder über die Tatbestandsverwirklichung hinaus verfolgt, zu seinen Gunsten berücksichtigt werden (84). Jede Rechtswidrigkeitsprüfung - und dies gilt auch für die Verwerflichkeitsprüfung im Rahmen des § 240 StGB - setzt stets eine umfassende Interessenabwägung voraus, in die Art und Weise, Umfang und Veranlassung des Eingriffs eingehen (85).

Allerdings dürfen nur Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die dafür sprechen, dem Genötigten einen Teil seiner Freiheit durch den Entzug des strafrechtlichen Schutzes zu nehmen. Insbesondere politische, religiöse, weltanschauliche und wirtschaftliche Ziele des Täters dürfen nicht zur Rechtfertigung für Eingriffe in die Freiheit anderer herangezogen werden. Hierbei handelt es sich lediglich um Faktoren, die ebenso wie auch sonst "die Beweggründe und die Ziele des Täters, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewandte Wille" (§ 46 Abs. 2 StGB allein für die Strafzumessung relevant sind (86). Für die Rechtswidrigkeitsprüfung ist vielmehr entscheidend, ob der Eingriff in die Willensfreiheit geringfügig und im Hinblick auf ein pflichtwidriges Verhalten des Genötigten unangemessen ist (87). Daß diese Abwägung unerlässlich ist, wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß auch bei einem unstreitig straflosen Demonstrationzug durch belebte Straßenzüge die Bewegungsfreiheit von Demonstranten und anderen Demonstrationsteilnehmern beeinträchtigt wird. Bei "normalen" Demonstrationen ist die Störung unbeteiligter Dritter nur unausweichliche Nebenfolge, bei den einschlägigen Formen des zivilen Ungehorsams in gewissem Sinne der Schwerpunkt der Aktion (88). Auch das Bundesverfassungsgericht hat eine strafbare Nötigung unter Rückgriff auf Art. 8 GG verneint, soweit die Behinderung Dritter am Versammlungs ort "unvermeidbar" mit der rechtmäßigen Versammlung verbunden ist und "nur als Nebenfolge in Kauf genommen", nicht aber beabsichtigt wird (89).

IV. Umgang der Staatsanwaltschaften und Untergegerichte mit dem zivilen Ungehorsam

Obwohl sich der Bundesgerichtshof und auch das Bundesverfassungsgericht für eine Strafbarkeit der Sitzblockaden ausgesprochen und zu den zentralen Fragen eindeutig Stellung bezogen haben, ist die Kontroverse über die Anwendung des Nötigungstatbestandes weiterhin sowohl zwischen Rechtsprechung und Literatur als auch innerhalb der Recht-

sprechung nicht beendet. Weder die Staatsanwaltschaften noch die Amts- (90), Land (91)- und Oberlandesgerichte (92) akzeptieren die höchstrichterliche Rechtsprechung im Ergebnis und sind nicht bereit, die üblichen Geldstrafen in Höhe von 20 Tagessätzen zu verhängen. Eine Strafbarkeit gemäß §113 StGB (Widerstand gegen die Staatsgewalt) liegt nach herrschender Meinung ohnehin nicht vor, wenn die Demonstranten sitzen bleiben und sich von der Polizei wegtragen lassen (93).

Soweit die Demonstanzanten Ziele wie die Friedenssicherung, die Verhinderung von Umweltzerstörung oder die Unterbindung der als gefährlich eingeschätzten wirtschaftlichen Nutzung der Atomkraft verfolgen, berücksichtigen die Gerichte diese Motivation nicht nur im Rahmen der Strafzumessung als Milderungsgründe (§ 46 StGB). Sie versuchen vielmehr in zahlreichen Fällen, die ohnehin geringen Strafen zu vermeiden, indem sie auf Umwegen zur Straflosigkeit kommen oder die Verfahren durch Einstellung mit oder ohne Geldauflage erledigen. Teilweise stellen Staatsanwaltschaften und Gerichte die Verfahren gegen die Zahlung von Geldauflagen sogar an Organisationen wie "Greenpeace" ein, also gerade an solche Organisationen, die zum zivilen Ungehorsam aufrufen (94). Daneben zeichnet sich in der Praxis eine "Verschleppungstaktik" ab, die in der Nähe der Rechtsbeugung und Strafv ereitelung im Amte angesiedelt ist (95): Akten werden über Jahre nicht bearbeitet; Verfahren werden durch umfangreiche Beweiserhebungen im Ausland verzögert.

Dieses Vorgehen zeigt, daß auch die strafrechtlichen Instanzen davon ausgehen, daß die Strafzwecke in aller Regel nicht erreicht werden können: Die Abschreckung des Täters scheitert bei sozial integrierten Personen, die aus Überzeugung für politische Ziele eintreten. Gleiches gilt für die Abschreckung der Allgemeinheit. Aber auch die positive Generalprävention, die Festigung des Rechtsbewußtseins der Allgemeinheit, kann schwerlich erreicht werden, wenn sich die Demonstranten unter bewußtem Verzicht auf Gewalttätigkeiten für lebenswichtige Interessen aller einsetzen. Daher sollte verstärkt in Erwägung gezogen werden, von den strafprozessualen Einstellungsmöglichkeiten mit und ohne Geldauflagen Gebrauch zu machen, wenn keine erheblichen Störungen und Beeinträchtigungen Dritter eingetreten sind, und dabei ein gleichmäßiges Vorgehen zu erreichen.

(1) Bulletin der Bundesregierung 1979, Nr. 154, S. 1409 f.

(2) Vgl. nur Brauch, Die Raketen kommen! Vom Natodoppelbeschluß bis zur Stationierung, 1983.

(3) Ronellenfisch, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, 1983, S. 79 ff.

(4) Rucht (Hrsg.), Flughafenprojekte als Politikum. Die Konflikte in Stuttgart, München und Frankfurt, 1984.

S. 185 ff.

(5) Schütt, So stirbt der Wald, 4. Aufl., 1985.

(6) Bachmann, Umweltfragen- kommentierte Bibliographie, 1981.

(7) Laker, Ziviler Ungehorsam. Geschichte- Begriff- Rechtfertigung, 1986, S. 99 ff.

(8) Rolinski, in : Rolinski/Eibl- Eibelsfeldt (Hrsg.), Gewalt in unserer Gesellschaft. Gutachten für das Bayerische Staatsministerium des Innern, 1991, S. 13 f.

(9) H.H. Klein, Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat?, in: Festgabe zum 10 jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 196.

(10) Karpen, "Ziviler Ungehorsam" im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984, S. 259 f.

(11) Hassemer, Ziviler Ungehorsam- ein Rechtfertigungsgrund?, in: Festschrift für Wassermann, 1985, S. 336 ff.

(12) On Civil Disobedience, Journal of Philosophie 58 (1961), S. 661: "Anyone commits an act of civil disobedience if and only if he acts illegally, publicly, nonviolently and conscientiously with the intent to frustrate (one of) the laws, policies and decisions of the government."

(13) A Theorie of Justice, 1971, S. 365: "public, non-violent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about a change in the law or policies of the government."

(14) Laker a.a. O. (Fn. 7), S. 186.

(15) Eingehend dazu Laker a.a. O. (Fn.7), S. 121 ff.

(16) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 443 Rdn. 5 a.

(17) Lenckner, Strafrecht und ziviler Ungehorsam- OLG Stuttgart, NStZ 1987, 121, JuS 1988, 353 ff. m.w.N.

(18) Zur Abgrenzung der "politisch" motivierten von der "nicht politisch" motivierten Gewalt Schwind/ Baumann/ Schneider/Winter: Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Endgutachten der unabhängigen Regierungskommission zu Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt, 1989, S. 44.

(19) Schwind/Baumann/Schneider/Winter a.a.O. (Fn. 18), S.55.

(20) Rolinski a.a.O (Fn.8), S. 15.

(21) J. Meyer, Ziviler Ungehorsam und Nötigung gemäß § 240 StGB, in: Stöhr (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie, 1986, S. 6 f.

(22) Dazu Kühl, Sitzblockaden vor dem Bundesverfassungsgericht, StV 1987, 129; Meurer/Bergmann, Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, JR 1988, 51.

(23) Günther, Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtsfertigungsnahe?, in: Festschrift für Baumann, 1992, S. 216 ff.; Kühl, StV 1987, 135; Reichert- Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, 1991, S. 293 ff.

(24) Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 7. Aufl. 1988, § 13 Rdn. 1.

(25) Schönke/ Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 24. Aufl. 1991, § 240 Rdn. 12

(26) Schäfer, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl. 1989, § 240, Rdn. 59 und 75.

(27) BGH 1 StR 3/90; a.A. BayObLG NJW 1990, 59.

(28) Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 3. Aufl. 1991, S. 89.

(29) BVerfGE 73, 206 ff.

(30) BGHSt 35, 270 ff.

(31) Geilen, Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, in: Festschrift für H. Mayer, 1966, S.

445 ff; Jakobs, Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes, in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 627, Fn. 29; Sommer, Lücken im Strafrechtsschutz des § 240 StGB?, NJW 1985, 769 ff.; Wolter, Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit, NStZ 1985, 193 ff.; ders., Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigunstatbestandes, NStZ 1986, 241 ff.

(32) BVerfGE 73, 239 f.

(33) RGSt 56, 88.

(34) BGHSt 1, 145.

(35) BGHSt 8, 102; 19, 263; 23, 126.

(36) BGHSt 23, 46.

(37) RGSt 13, 49 f.

(38) RGSt 45, 153.

(39) RG HRR 1939, 59.

(40) BVerfGE 73, 243.

(41) So zutreffend Otto a.a.O. (Fn. 28), S. 82; vgl. auch Gössel, Strafrecht- Besonderer Teil, Bd 1, 1987, S. 214 f.

(42) So die Gewaltkommission a.a.O. (Fn. 18), S. 216.

(43) Näher dazu Lenckner, JuS 1988, 353 f.; Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 87 ff.

(44) Schönke/Schröder/Lenckner a.a.O. (Fn.25), § 34 Rdn. 1.

(45) OLG Düsseldorf NJW 1970, 674.

(46) RGSt 77, 115 f.

(47) BGHSt 22, 345.

(48) Schönke/Schröder/ Lenckner a.a.O (Fn. 25), § 34 Rdn. 15.

(49) BGHSt 5, 373, BGH NJW 1979, 2054 mit Anmerkung Hirsch, JR 1980, 115 ff.

(50) Vgl. BGH StV 1988, 432 sowie OLG Koblenz NJW 1963, 1991.

(51) Vgl. dazu auch Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 41 ff.; ders., Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S.56 ff.

(52) Lenckner, JuS 1988, 354.

(53) Schönke/ Schröder/Lenckner a.a. O. (Fn. 25).§34 Rdn. 22.

(54) Schönke/ Schröder/Lenckner a.a. O. (Fn. 25), § 34 Rdn. 41; Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 10 Aufl. 1985, Rdn. 38 mit weit. Nachw.

(55) Schönke/ Schröder/Lenckner a.a. O. (Fn. 25), § 34 Rdn. 41 d.

(56) Hirsch a.a. O (Fn. 54), Rdn. 56.

(57) Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 55 ff.

(58) Schmitt Glaeser, in: Rolinski/Eibl-Eibesfeldt (Hrsg.) a.a.O (Fn.8), S. 205.

(59) Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Zugleich ein Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives Recht, 1969, S. 47.

(60) Tiedemann, Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsfällen, JZ 1969, 726; kritisch dazu Lenckner, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?, in: Gedächtnisschrift für Noll, 1984, S. 243 ff.; ders. JuS 1988, 352 f.

(61) BVerfGE 69, 315 ff.

(62) BVerfGE 69, 361 mit zahlreichen Nachweisen.

(63) Kritisch dazu Schmitt Glaeser, in: Rolinski/Eibl-Eibesfeldt (Hrsg.) a.a.O. (Fn. 8), S. 199.

(64) BVerfGE 7, 20 9 f. (Lüth); BVerfGE 62, 244.

(65) BVerfGE 66, 139.

(66) BVerfGE 7, 209 f. (Lüth).

(67) Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 54 ff.; ders., Widerstand im Rechtsstaat?, in: Festschrift für Scupin, 1983, S. 573 ff.

(68) Kritisch gegen eine generelle Rechtfertigungswirkung von Grundrechten Hirsch a.a.O. (Fn. 54), vor § 32 Rdn. 13; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, S. 17 ff.

(69) Dreier, in: Festschrift für Scupin, S.593; kritisch dazu Kriele, Widerstandsrecht in der Demokratie? Über die Legitimität der Staatsgewalt, in: Streithofen (Hrsg.), Frieden im Lande, 1983, S. 145 ff.

(70) Jakobs a.a. O. (Fn. 16), S. 444 Rdn. 5b.

(71) Hassemer, in: Festschrift für Wassermann, S. 325 ff., 336 ff.; Prittowitz, Sitzblockaden- Ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung, JA 1987, S. 17 ff; 21 ff.

(72) BGHSt 18, 391.

(73) Welzel, Dass deutsche Strafrecht, 11 Aufl, 1969, § 4313 b.

(74) Vgl. nur Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45. Auf. 1991, § 240 Rdn. 2a

(75) Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nulla poena sine lege", JuS 1968, 310; Otto, Sitzdemonstration und strafbare Nötigung in strafrechtlicher Sicht, NStZ 1987, 213.

(76) BVerfGE 73, 257; 76, 217.

(77) BVerfGE 73, 247 ff.; kritisch dazu Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 48 f.

(78) BGHSt 35, 270; vgl. dazu Arthur Kaufmann, Der BGH und die Sitzblockade, NJW 1988, 2581 ff.

(79) BVerfGE 73, 257 f.; dazu Bertuleit, Der Fernzielbeschluss des 1. Strafsenats des BGH vor dem Bundesverfassungsgericht, ZRP 1992, 46 ff.; Eser, Irritationen um das "Fernziel", in: Festschrift für Jauch, 1990, S. 35 ff.; Reichert- Hammer, Fernziele und Unrecht, S. 37; Tröndle, Sitzblockaden und ihre Fernziele, in: Festschrift für Rebmann, 1989, S. 481 ff.

(80) BVerfGE 66, 139 m.w.N.

(81) BVerfGE 73, 258 f.; dazu Schmitt Glaeser, Private Gewalt im politischen Meinungskampf, 2. Aufl 1992, S. 111 ff.

(82) BGHSt 35, 270.

(83) Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 19. Aufl. 1991, § 240 Rdn. 18.

(84) Reichert- Hammer, Fernziele und Unrecht, S. 95.

(85) Dazu Otto/Krey/Kühl, Erstgutachten der Unterkommission Strafrechtswissenschaft der Gewaltkommission, in: Schwind/Bauman et al. (Hrsg.), Ursachen, Bd. 2, Erstgutachten der Unterkommissionen, 1990,S. 898.

(86) Schüler-Springorum a.a.O.(Fn. 43), S. 92 f.

(87) Lackner a.a.O. (Fn. 83), § 240 Rdn. 21; Otto a.a.O. (Fn. 28), S. 86.

(88) So zutreffend Tiedemann, JZ 1969, 719.

(89) BVerfGE 73, 249 f.

(90) Vgl. die Nachweise bei Reichert- Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, S. 40 Fn. 78.

(91) LG Kreuznach NJW 1988, 2626; LG Zweibrücken StV 1989, 397.

(92) OLG Zweibrücken NJW 1991, 55; OLG Stuttgart NJW 1991, 55.;OLG Stuttgart NJW 1991,995; BayObLG NJW 1992,521.

(93) RGSt 2, 411; BGHSt 18, 134; Backes/Ransiek. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, S. 625; Lackner a.a.O. (Fn. 83), § 113 Rdn. 5.

(94) Reichert- Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, S. 39.

(95) Otto, Strafbare Nötigung durch Sitzblockaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und die Thesen der Gewaltkommission zu § 240 StGB, NSTZ 1992, S. 568.

Gerhard Dannecker

"Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung des zivilen Ungehorsams in der Bundesrepublik Deutschland" [Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Sivil İtaatsızlığın Önlenmesinde Ceza Hukukunun Devreye Sokulması] adlı bildirisinin özeti *

I. Sivil itaatsızlık, halk iradesinin oluşumunu etkilemek isteyen bireylerin politik amaçlı güçlerini kullanmasıyla ilgilidir. Bunun diğer bir şartı, hukuka aykırılığın ölçülü olması ve esas itibarıyla kamusal bağlılıkla (Befangenhait) hakların çiğnenmiş olmasıdır. Elektrik ücreti boykotuna dikkat çekmek için caddede oturma eylemiyle trafiği aksatmak suretiyle gösteri yapmak kafi iken, gösteride maddi ve hatta ağır yaralama gibi çeşitli zararlar verilmektedir. Çevre problemlerine ve askeri sorunlara ceza normlarını çiğnemek suretiyle çözüm aranmasını çoğu vatanındaş yadırgamaktadır.

"Kuvvet kullanma hürriyeti" doğmasına rağmen, göstericiler çoğu zaman ceza kanununa, özellikle tehdit (Nötigung) hükmüne aykırı düşmektedirler.

II. Bu fiili işleyenler, halk ve devlet iradesinin oluşumunda yeterince etkili olamadığını gören ve bu yolla politik etkide bulunmak isteyen vatandaşlardır. Sosyal entegrasyonu tamamlamış vatandaşların politik motivasyonla kuvvet kullanmaları kapsamı bakımından, Federal Hükümetin Kuvvet Komisyonu, olaylı gösteri sayısının, 1980-1988 döneminde, 1970-1979 dönemine göre arttığını belirlemiştir. Artış ve eksiliş, tartışmalı büyük projelerin tatbikine teşebbüs edilmesiyle paralellik arz etmektedir. Toplam olarak önemli sayıda dava açılmıştır. Bazı Sulh Mahkemeleri yüzlerce davaya bakmış ve failleri rutin bir şekilde 20 gün hapis cezası karşılığı para cezasına mahkum etmişlerdir.

III § 240 I StGB hükmünün tatbiki, bir kimsenin değerini kuvvet kullanarak /veya tehditle bir

* Metnin Türkçesi için Sayın M. Kamil Yıldırım'a teşekkür ederiz.

şey yapmaya, katlanmaya veya yapmamaya mecbur etmesi şartına bağlıdır. Tipik olarak oturma eylemi vasıtasıyla diğer seyir halindeki kişiler durmaya veya hedeflediklerinden başka bir kullanmaya mecbur edilmektedirler veya belirli binalara giriş-çıkışları engellenmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi ve Federal Yüksek Mahkeme göstericilerin yolda oturmasını, diğer kişilerin seyrüseferini engellemesi halinde, kuvvet kullanarak tehdit olarak nitelendirmiştir. Kuvvet kullanmanın, barikatların kurulmasında fiziki güç kullanmaları; mağdurların arzu ettikleri yönde hareket etmelerini engelleme ile gerçekleştiği kabul edilmektedir. Böyle geniş bir yorum gereklidir, çünkü fikir ve argümanların yerini eşya ve şahsa yönelmiş zorunlu nesnel etkiler almaktadır. Mağdur kendi plânını ve çıkarını gerçekleştiremedi, bu etkiye muhatap olmaktadır. Tehdidi branşlar itibarıyla sınırlamak, günümüz ceza hukukunda davranışların sosyal muhtevasına uygun düşmemektedir. Hukuk politikasına yönelik tartışmada kesin olan bir husus da vahim olaylarda ceza verme mecburiyeti olduğudur.

Federal Anayasa Mahkemesinin ikrah ve tehdidin tatbikinde, trafiği bloke etmeyi, cebir kavramının kabule şayan bir yorumu olarak telakki etmesinden sonra, tartışmanın ağırlık noktası, oturma şeklinde blokenin meşruluğunun tesbitine kaymıştır. §34 StGB 'de düzenlenmiş olan iztirar halinin meşruiyeti daha yüksek menfaatlerin korunması için bazı hakların istisnaen çiğnenebileceği fikrine dayanır. Daha § 34 StGB'nin şartlarına girmeden, iztirar halinin sivil itaatsızlıkta uygulanmasının endişeyle karşılandığı görülmektedir. Çünkü bu kurumun meşruiyeti devletin hakka saldırıyı etkili şekilde veya zamanında bertaraf edememesi halinde mevcuttur. Bundan başka, özel kuvvet kullanılmasına, sadece, hukuk düzeninin korunması (değiştirilmesi değil) için izin verilir.

§ 240 StGB her türlü güç kullanımı veya tehdidin hissedilebilir şekilde gerçekleşmiş olmak kaydıyla kanuni maddi unsura uygun bir fiil olarak nitelendirileceğine işaret etmektedir. Sosyal açıdan tehlike veya zararlı olmayan sadece huzur bozucu veya ortamı ağırlaştırıcı davranışlar dahi bu kapsama girmektedir. Buna göre, ulaşılmak istenen amaç için kuvvet kullanmanın hukuku inkar eder mahiyette görülmesinin tesbitine ihtiyaç vardır. Davranış, ceza hukuku vasıtasıyla mücadeleyi gerektirecek derecede cezaya müstehak olmalıdır. Gösterilerde,

pasif kuvvet kullanımının hukuku inkar eder mahiyette oluşu, ancak ilgilinin durumunun bertaraf edilmesini talep hakkı ile göstericilerin temel hakları - fikir açıklama ve toplanma hürriyeti - arasında hakların dengelenmesi ile ortaya çıkabilir. Federal Anayasa Mahkemesi, bu yüzden haklı olarak, hakimın tüm olayları hukuka aykırılık denetiminden geçirmesini istemektedir. Buna mukabil Federal Yüksek Mahkeme meşruiyet sorununu irdelerken, askeri yatırım veya atom reaktörü inşaatının engellenmesi gibi kamuyu yakından ilgilendiren olaylarda, nihai amacın takip edilmesini kabul etmemiştir. Bununla birlikte, meşruiyet sebebi açısından, tipik ve karakteristik olan bir husus, failin takip ettiği amacı onun yararına kullanacağıdır. Her şeyden önce sadece mağdurun hürriyetinden bir kısmını almayı haklı kılan mülahazalar belirleyici olacaktır. Özellikle failin hareket sebebi ve amacı, fiilden anlaşılan kastı ve fiilde kullandığı iradesidir. (§46 II StGB) ki, bunlar cezanın miktarı için önemlidir.

IV. Ne savcılıklar, ne de alt mahkemeler, oturma eyleminin cezalandırılmasına yönelik Yüksek Mahkeme İçtihadını sonuçta kabul etmektedirler, ve bunlar düşük miktarda para cezası vermeye de razı

değillerdir. Doktrindeki hakim fikre göre göstericilerin oturmaları ve polis gelip kendilerini kaldırmaları fiilinde §113 StGB (devlet gücüne karşı ayaklanma) suçu işlenmiş sayılmaz. Göstericiler, barışın korunması veya çevreye verilen zararın engellenmesi gibi amaçlara sahiplerse, mahkemeler ve savcılıklar davaları takipsizlik kararıyla veya para cezası verilmeksizin bitirmeye çalışmaktadırlar. Tatbikatta bir geciktirme taktiği de görülmektedir. Dosyalar yıllarca ele alınmamaktadır; yurt dışından çok sayıda delil ikamesi için muhakeme geciktirilmektedir. Bu olaylar göstermektedir ki, ceza verme amacına her olayda ulaşılamayacağını ceza mahkemeleri dahi kabullenmektedirler. Failin caydırılması, politik amaçları için inanmış sosyal entegrasyona sahip şahıslara karşı başarılı olamamaktadır. Aynı şey kamunun caydırılması faraziyesinde de geçerlidir. Fakat göstericilerin, herkesin hayatî çıkarına rağmen kuvvet kullanmaktan bilinli şekilde feragat etmeleri halinde de, konunun hukuk bilincinin korunmasına, pozitif genel korunmaya pek zor ulaşılabilir. Bu nedenle, üçüncü şahsın önemli bir zararı veya dezavantajı oluşmamış ise, ceza usulundeki takipsizlik imkanlarından faydalanılması hususu ön plana çıkartılmalı ve mutedil bir noktaya ulaştırılmalıdır.

SİVİL İTAATSİZLİK VE CEZA HUKUKU

Mehmet Emin ARTUK*

Bu tebliğimizde önce sivil itaatsizliğin tanımını yapacak ve unsurlarını belirteceğiz. Sivil itaatsizliğin tarihçesine değinmemize müteakip ülkemiz ve diğer bazı ülkelerdeki sivil itaatsizlik olaylarından örnekler vereceğiz. Tebliğimiz ceza hukuku açısından sivil itaatsizliğin değerlendirilmesiyle sona erecektir.

I. Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Unsurları

Sivil itaatsizlik Devlet gücünün davranışına karşı siyasi-ahlâki bir saikle, aleni olarak, en az bir kanuni tipe uyan hareketi içeren barışçıl bir protesto eylemidir.(1) Laker'in tanımına, illegal davranışta bulunanın, bu davranışının yasal sonuç veya sonuçlarına katlanmayı göze almasını da kanaatimizce eklemek gerekir. Bu tanımdan sivil itaatsizliğin unsurları ortaya çıkmaktadır. Bu unsurlar kısaca, yasaya aykırılık(illegalite), şiddetsizlik, kamuya açıklık(alenilik), siyasi-ahlâki saik(motivasyon) ve pozitif hukuk normunun ihlâlinin sonuçlarına katlanmadan ibarettir. Bu unsurları kısaca inceliyelim:

a) Yasaya Aykırılık

İllegalite kavramından bir pozitif hukuk normuna aykırılık anlaşılmaktadır. Daima illegal olan sivil itaatsizlik, en az, diğer bir anlatımla hiç olmazsa bir hukuk normunu ihlâl eden bir harekettir. Bu ihlâl icrai bir şekilde gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir biçimde de(hukuken emredilen bir hareketi yapmama biçiminde de, örneğin vergi ödemekten kaçınma gibi) oluşabilir. Belirtelim ki, ihlâl edilen norm ile protesto amacının çoğu kez aynı olması olanak dışıdır.

b) Şiddetsizlik

Sivil itaatsizlik şiddete(zora) başvurmalıdır. İnsanlara karşı cebir ve tehdit kullanılmamalıdır. Şiddet "maddi cebir", tehdit ise "manevi cebir"dir(2). Biz buradaki şiddeti maddi ve manevi cebir'i kapsayan bir şekilde ele alıyoruz. "Cebir" kavramı Türk Ceza Kanununda(TCK.) bazen suçun kurucu unsuru(örneğin, TCK.m. 258, 416/1, 429/1) bazen de suçun ağırlatıcı sebebi(örneğin, TCK.m.277, 414/2) olarak öngörülmüştür. Cebir, şiddet, tehdit terimleri TCK.nda bazen birlikte(örneğin TCK.m.175/2, 254/3, 258/1, 277, 304/2, 414/2, 416/1, 429/1, 430/1, 496) bazen de ayrı ayrı(örneğin, "şiddet ve tehdit" şeklinde, TCK.m.174/1, 254/1, 255, 298/2, 3, 299/2, 515/1, "cebir ve şiddet" şeklinde, m.310) kullanılmışlardır.

Bazı müellifler sivil itaatsizliğin bu unsurunu

direnme çeşitlerinden (pasif) direnme kapsamına almaktadırlar. Onlara göre bir direnme biçimi olan pasif direnme, Devletin, ya da egemen sınıfın, buyruklarına, koyduğu kanunlara, bireylerin, toplumun zora başvurulmaksızın uymaması, bu emir ve kanunların gereklerini yerine getirmemesidir (3).

c) Kamuya Açıklık

Sivil itaatsizlik kavramına gizlilik yabancıdır. Bir çağrı fonksiyonunu üstlenen sivil itaatsizlik "mesajını, etkili olabileceğini hesapladığı araçlarla..muhabatına ulaştırmayı amaçlamaktadır". Bu bakımdan vicdani nedenlerle itaatten kaçınan ve çağrı fonksiyonunu taşımayan hareketler, sivil itaatsizlik olarak nitelendirilemez(4).

d) Siyasi-Ahlâki Saik

Ayrıntılı düşünmesi sonucu sivil itaatsizlikte bulunan, haksızlık olarak gördüğü Devlet tasarruflarına karşı-bu haksızlıklar arasında özellikle özgürlük ve adil bir fırsat eşitliği ilkelerinin çiğnenmesi gösterilebilir-kişisel çıkarını gözetmeden direnmektedir. Kamusal yarara yönelik ve aleni bir protesto tarzı oluşu itibarıyla sivil itaatsizlik, siyasi özelliğe sahiptir (5).

e) İhlâl Edilen Pozitif Hukuk Normunun Yaptırımına Katlanma

Yaptırıma katlanmanın sivil itaatsizliğin unsuru olup olmadığı hususu müellifler arasında tartışmalıdır. Gandhi ve Thoreau yaptırıma katlanmayı eylemlerini destekleyen unsur olarak ele almışlardır.

II. Sivil İtaatsizliğin Tarihçesi

Sivil İtaatsizlik (Civil Disobedience) kavramı ilk defa yazar ve doğa tarihçisi Henry Davit Thoreau (1817-1862) tarafından 1848 yılında verilen bir konferansta kullanılır. Thoreau'nun sivil itaatsizliğe ilişkin tek hareketi, vergisini ödemeyerek kasabanın cezaevine atılmasından ibarettir. Vergiyi bir dostunun ödemesi üzerine salıverilir. Köleliğe karşı davranışları başarısızlıkla sona eren Thoreau şöyle diyerek sivil itaatsizliği savunmuştu: "Ben şunu bilir şunu söylerim: Adlarını verebileceğim yüz kişi, on kişi, yalnız on namuslu insan, evet, hattâ bir tek NAMUSLU insan bu bizim Massachusetts Devletinde köle kullanmaktan vazgeçip bu yoldaki işbirliğinden düpedüz kaçınsa ve dolayısıyla hapse atılsaydı, Amerika'da köleliğin köküne çoktan kibrit suyu dökülmüş olurdu"(6).

Sivil itaatsizliğin öncülerinden olan Mahatma Gandhi(1869-1948) Güney Afrika'da bütün Hintlilerin parmak izlerinin alınması, kaydedilmeleri ve polise kayıtların yapılıp yapılmadığını araştırmak amacıyla Hintli Evlerine izinsiz girebilme yetkisi veren

(*)Doç. Dr. Mehmet Emin Artuk, M.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesidir.

kanunu protesto etmek için, itaatsizlikte bulunmuş ve tutuklanmıştır. Yönetimin kafa vergisini kaldır-maması nedeniyle de tutuklanan Gandhi, direnişleri-ni Hindistan'da da sürdürmüştür (7).

III. Sivil İtaatsizlik Olaylarından Örnekler

Sivil itaatsizliğin konuları değişik olabilmekte-dir. Örneğin silahsızlanma (Braunschweig'daki VW Fabrikasında 3000 kadar işçinin, Alman Parlamen-tosunun atom silâhları kararına karşı bir saatliğine grevi, 28.3.1958), askerlik hizmetinden kaçınma (Federal Almanya'da askerlik hizmetinden kaçınan Fransızların lehine yapılan bir gösteri, 9.9.1962), olağanüstü durum kanunlarının protestosu (Hür Ber-lin Üniversitesindeki Otto-Suhr Enstitüsünün İşgali, 23.5.1968), atomdan elde edilen elektrik hesabını kısmen ödememeye çağırısı (Hzehoe, 19.2.1977), atom enerji santralinin kurulmasına mukavemet (Brok-dorf, 30.10.1976, 13.11.1976, Grohnde, 19.2.1977), cephane depolanmasına karşı askeri sahaya ağaç ve çalı dikimi (Erlangen, Sonbahar 1978), boş duran evlerin kullanmak amacıyla işgal edilmeleri (Berlin, İlkbahar 1981), asker alma dairesi önünde celp bel-gelerinin yakılması ve oturma (Nürnberg, 5.4.1982), nüfus sayımını boykot çağırısı (27.4.1983), orta menzilli füzelerin yerleştirilmesini protesto amacıyla 90 profesörün bir günlüğüne işi bırakmalar-ı (30.1.1984) eylemleri sayılabilir. Federal Alman-ya'daki bu sivil itaatsizlik örneklerine benzer olaylar Amerika, Avusturya, Belçika, Fransa, Hollanda, İngiltere ve İsviçrede de gerçekleşmiştir (8).

Ülkemizde de sivil itaatsizlik olaylarına rastlan-maktadır. Gerçekten 1969 yılının son günlerinde uy-gulanmış olan öğretmenler boykotu son yılların en önemli hukuksal ve sosyal olaylarından belki de bi-rincisini oluşturmuştur. Yüz bini aşkın öğretmen, lehlerine verilen Danıştay kararlarının uygulanma-ması, Anayasadaki ilkelere aykırı olarak insan hay-siyetine yaraşır yaşama koşullarından yoksun bira-kıldıkları, lâik Devlet ilkesinin eğitim ve öğretim alanında hiçe sayıldığı, fikir özgürlüğünün reddedi-ldiği, kamu görevlilerinin güvenliklerinin baltalandığı gerekçeleriyle dört gün süren bir boykot eylemin-de bulunmuşlardır. Öğretmen boykotuna katılanlar-ın fiilleri grev olarak nitelendirilerek haklarında memurların birlikte görevlerini bırakmalarına ilişkin TCK.nun 236 ncı maddesi gereğince davalar açıl-mıştır. Boykotun kısa süreli olması da 236 ncı mad-denin uygulanmasını engellememiştir. Gerçekten Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 236 ncı maddenin kamu düzeni ile ilgili olduğunu belirttikten sonra "Ka-nunkoyucunun kamu hizmetinin düzen içinde ve ke-sintisiz devamını sağlamak amacını güttüğünde te-reddüt edilemez. Bu sebeple (usul ve nizam hilâfına) memuriyeti(terk)'in memuriyetle ilginin tüm kesilmesi veya maddenin yalnız usulsüz çekil-melere hasrı gerektiği şekilde yorumlanması, maddenin amacına aykırı düşer. Kaldı ki memuriyet memurluk görevinin yapılmasıyla mümkündür. Yi-

ne kamu düzeninin devamlılığı gözönüne alınırsa terk hususunun kısa veya uzun süreli olmasının da önemi ve suça etkisi bulunmadığı kendiliğinden or-taya çıkar. Bu itibarla kısa veya uzun bir süre gö-revin bırakılması, maddedeki (terk) unsurunun tahak-kukuna yeterlidir. Şu ciheti de belirtmek gerekir ki görevin terki, kamu hizmetinin ifa edilmemesi, (usul ve nizam hilâfına) görevin bırakılması demek oldu-ğuna göre görev yerinden ayrılmamak için hukuki mahiyetini değiştiremez. Diğer taraftan üç veya da-ha fazla sayıda memurun eylemden evvelki anlaş-malarına diğer memurların sonradan ve muhtelif za-manlarda (münferiden) (usul ve nizam hilâfına) ka-tılmaları ile de görevi terk suçu teşekkül eder." de-miştir (9). Her ne kadar öğretmenler boykotunda yu-karıda belirtildiği gibi mahkûmiyet kararları veril-mişse de bazı savcı ve hâkimler mahkûmiyete iliş-kin görüşleri paylaşmamışlardır. Örneğin, Nevşehir Asliye Ceza Mahkemesi, öğretmen boykotunun grev olmadığını, haksızlıklara karşı bir protesto ni-teliği taşıdığını şöyle belirtmektedir: "657 SK.un 27 maddesi ise, devlet memurlarının greve karar ver-melerini, grev tertiplmelerini, grev ilân etmelerini ve bu yolda propaganda yapmalarını, greve veya grev teşebbüsüne katılmalarını, grevi desteklemele-rini ve teşvik etmelerini yasaklamaktadır. Buna göre sanığın boykot süresince görevini yapmamasının grev sayılıp sayılmayacağını incelemek gerekir. 275 sayılı Kanunun 17. maddesine göre grev, "İşçilerin, işverenle olan münasebetlerinde iktisadi, sosyal durumlarını korumak veya düzenlemek amacı ile iş-yerinde veya işkolunda faaliyeti durdurmak veya önemli ölçüde azaltmak için aralarında anlaşarak veya bir teşekkülün aynı amaçla verdiği bir karara uyarak işi bırakmaları"dır. Görülüyor ki, GREV DOLAYISIYLA işi bırakmaktaki amacın, işverenle olan münasebetlerde "İKTİSADİ VE SOSYAL DU-RUMU KORUMAK VE DÜZENLEMEK olması şarttır"

Kararda protesto boykotu ile grev arasındaki fark şu şekilde belirtilmektedir: "Çağrıda, boykot yapılması gerektiğinin nedenleri olarak, üretici bir eğitim ve öğretim sisteminin uygulanması, yabancı eğitim uzmanlarının uzaklaştırılması, bir sömürü konusu olan özel okulların devletleştirilmesi, tek ki-tap sisteminin uygulanması, ders araçlarının yeterli duruma getirilmesi, eğitim ve öğretimde ve sınıf mevcutlarının tayininde pedagojik ölçülerin nazara alınması, köy çocuklarına eğitimde fırsat eşitliğinin sağlanması, kitaplıkların köylere kadar yayılması, özel kabiliyetli çocuklarla devletin ilgilenmesi, barış gönüllülerinin çalışmalarına son verilmesi, öğret-men maaşlarının geçim seviyesine göre ayarlanma-sı, öğretmenlerin ve ailelerinin mesken ve sağlık so-runlarının halledilmesi, tayinlerin hakkaniyete uy-gun esaslara göre yapılması, öğretmenlere yurt için-de ve dışında inceleme yapmak imkânlarının sağlan-ması.... teftiş sisteminin rasyonel esaslara bağlanma-

sı, grev hakkının tanınması, öğretmen sendikalarına eğitim yönetimine katılma hakkının verilmesi ileri sürülmektedir. Görülüyor ki, bu nedenler içinde GREVİN ANA UNSURUNU TEŞKİL EDEN İKTİSADİ ve SOSYAL ve ÖZLÜK NEDENLER ÇOK ARKA PLANDA KALMIŞTIR ve GREVİN BU ANA UNSURUNU TAHAKKUK ETTİRECEK ÖNEM ve NİTELİKTE DEĞİLDİR. İktisadi ve sosyal ve özlük durumlarla ilgili olmayan diğer nedenler ise, ULUSAL PROBLEMLERDİR; ve kanunda grev amaçları meyanında belirtilmemiştir. Bunun içindir ki, sanığın ve onun gibi 4 gün süre ile göreve gitmeyen öğretmenlerin bu davranışları "boykot" deyimi ile ifade edilmiştir. BOYKOT, KENDİLERİNE GÖRE HAKLI VE HUKUKİ OLAN İSTEKLERİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİ KINAYAN KİMSELERİN, BU İSTEKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİ SAĞLAMAK AMACI İLE BAŞVURMAK ZORUNDA KALDIKLARI BİR PROTESTO, BİR DİRENME HAREKETİDİR. Boykotçu ve boykotçular bu davranışları ile, bu isteklerinin gerçekleşmesini sağlamak değil, bu isteklerini anlatmak ve yetkili organları uyarmak gayesini güderler. Boykot, işte bu yönü ile de grevden ayrılır. Grevin, maddi ve sosyal menfaatlerin sağlanmasına kadarki devamlılığı, boykot için bahis konusu değildir. Grev, bu menfaatin sağlanması ile, boykot ise uyarmanın istenilen şekilde olması ile gayesine erer. Bütün bu izahlara göre, maznunun boykot olarak isimlendirilen davranışlarında, grev suçunun unsurları yoktur. 657 SK.un 27. maddesi boykot için uygulanamaz."(10). Nevşehir Asliye Ceza Mahkemesi, protesto boykotu olarak nitelendirdiği öğretmen boykotunda sanığın cezalandırılmaması gerektiği sonucuna şu gerekçeyle varmaktadır: "4 günlük boykota katıldığı sabit olan sanık, boykot çağrısına bir aydından beklenen medeni cesaretle uymuştur. Bu çağrıya uymayı, çağrının yukarıda belirtilen nedenleri itibarıyla, ulusal bir görev saymıştır... Sanığın ve onun gibi hareket eden öğretmenlerin bu cesaret dolu direnişleri hukuka aykırı değildir, tüm anlamı ile demokratiktir, Anayasanın düşünce özgürlüğünü nizamlayan 20. maddesine uygundur. Sanık, maaşının artırılması gibi kişisel bir nedenle değil, bir kısım ulusal davalar için bu demokratik davranışta bulunmuştur. Onu, bu davranışı nedeniyle cezalandırmak demokrasimizi ve Anayasamızı inkâr etmek demektir. Esasen bugün Türkiye'de sanığın fiilini suç sayan bir kanun yoktur."(11).

Ermenek Asliye Ceza Mahkemesinin kararı da aynı nitelikteydi. Bu kararda Türkiye Öğretmenler Sendikasının yaptığı boykotun, Grev Kanunundaki tanıma uygun olmadığı şöyle belirtilmekteydi: "TÖS Genel Başkanlığının boykot kararı tek başına öğretmenlerin iktisadi durumlarının düzeltilmesi talebini kapsamayıp, Milli Eğitimin Türkiye'de millileştirilmesi ve barış gönüllüsü denen örgütün kaldır-

ılması, öğretmenlere olan baskının yok edilmesi ve gerçekçi bir Milli Eğitim Politikasının takip edilmesi amaçlarını gütmekte olduğundan TÖS Genel Başkanlığının aldığı karar gereğince yürütülen boykot, grev kanunundaki tarife uymamaktadır."(12).

Yukarıda belirtilen öğretmenler boykotu dışında sivil itaatsizliğin diğer bir örneğini, maden işçilerinin 3 Ocak 1991 tarihli direnişi oluşturmaktadır. 30-31.10. 1990 tarihinde Türk-İş Olağanüstü Başkanlar Kurulu aşağıda zikredilen sebepleri ileri sürerek "genel eylem" kararı almıştır: "1) Başta Anayasa olmak üzere, çalışma hayatını ilgilendiren yasalarla temel hak ve özgürlükleri engelleyen öteki antidemokratik hükümlerin bugüne kadar düzeltilmemesi, 2) Vurguncularla fırsatçılara olanak tanıyan başıboş piyasa düzeni ve enflasyondan kaynaklanan hayat pahalılığının geniş halk kitlelerini ezmesi, 3) Büyük çaplı bütçe açıklarının, işçi ve memur ücretlerine konulan ağır vergi ve fonlarla karşılama yoluna gidilmesi, 4) Devlet memurlarına verilen komik zamlarla mağduriyetlerinin artırılarak sürdürülmesi, 5) Laik Cumhuriyet ilkelerinden ödün verici tarzdaki, düşünce ve uygulamalara karşı çıkılmaması, 6) 120 milyar liraya ulaşan işçi alacaklarının, borçlu belediyeler tarafından halen ödenmemiş olması, 7) Yüksek kazanç ve rant sahiplerine tanınan imkânların artırılması ve vergi kaçaklarının önlenememesi, 8) Bugüne kadar yaptığımız iyiniyetli uyarıların dikkate alınmaması, 9) Özellikle 12 Eylül Ortamının getirdiği yasak ve kısıtlamaları, yönetimde kurumlaştırmaya çalışan bugünkü iktidarla diyalog yoluyla sorunların çözülemeyeceği görüşünde birleşen Türk-İş Başkanlar Kurulu, bu olumsuzluklar karşısında, genel eylem uygulamasına oybirliği ile karar vermiştir."(13). Türk-İş Başkanlar Kurulunun "genel eylem" kararı 26 Aralık 1990 daki Bakanlar Kurulu toplantısında, yasa dışı ilân edilmiştir. Bu eylemin önlenmesi gayesi ile Kamu İşveren Sendikaları Ankara 6 ve 8. İş Mahkemelerinde "ihtiyati tedbir" ve "tesbit" davaları açmışlardır. Başvuruları olumlu bulan mahkemeler "genel eylem"e "ihtiyati tedbir" kararı almışlardır. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığı da bu kararın "genel eylem"e katılan herkesi bağlayacağını belirtmiştir. Buna rağmen memurlar, muhalefet partileri, meslek odaları ve diğer demokratik kuruluşlar tarafından desteklenen eylem gerçekleştirilmiştir. Eylem sırasında şiddete başvurulmadığını belirtelim.

Ülkemizde son zamanlarda rastlanan kanuna aykırı diğer bir sivil itaatsizlik olayı, Sakarya Adliyesinde görevli savcı, hâkim ve idari personel tarafından 11.4.1993 Pazar günü Adliye Binası önünde gerçekleştirilmiştir. Belirtelim ki bu eylem bütün Türkiye'de diğer adliye mensupları tarafından da desteklenmiştir (14). Özel radyoların kapatılmasına müteakip gerçekleştirilen protesto eylemleri de (15) sivil itaatsizliğe örnek olarak gösterilebilir.

IV. Ceza Hukuku Açısından Sivil İtaatsizlik

ğın Değerlendirilmesi

Siyasi-ahlâki saikle de olsa yasaların çiğnenmesi, eylem teşebbüs derecesinde de kalsa, en demokratik ülkelerde bile ceza kanunları tarafından cezalandırılmaktadır. Gerçekten Anayasasında (16) direnme hakkına yer veren Devlet, diğer taraftan ceza kanununa koyduğu hükümlerle, "pasif direnme"yi dahi cezalandırmaktan çekinmemiştir.

Sivil itaatsizliğin mevzuat tarafından kabul edilmesinin çeşitli sebepleri vardır. Birinci sebep düzen düşüncesine dayanır. Sosyal ve siyasi düzenin korunması esas olup, düzen anarşiye daima tercih edilir. Diğer bir sebep, Anayasada öngörülen demokratik müesseselerin ve hak ve hürriyetlerin direnmeyi lüzumsuz hale getirdikleri düşüncesidir. Bütün bu kanuni teminat varken ve etkili olmak niteliğini kaybetmemişken yasalara aykırı olarak direnmek lüzumsuz ve gayri meşrudur. Diğer bir anlamıyla, demokratik Devlet yeterli adli ve hukuki korunma ve yasal protesto imkânları sunduğu için yasa ihlallerine başvurmak yasaktır. Sivil itaatsizliğin saiki ve maksadı bakımından sübjektif olduğu düşüncesi de onun mevzuat tarafından reddedilmesinin üçüncü bir nedenini oluşturur. Geçekten itaatsizliğe hak ve adaleti savunmak maksadıyla başvurduklarını iddia edenlerin samimi olup olmadıklarını, şahıs, zümre vs. çıkarları için hareket edip etmediklerini veya sadece kin, intikam gibi hislerine mağlup olup olmadıklarını kestirmek her zaman kolay değildir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle sivil itaatsizlik Ceza Kanunları tarafından suç olarak kabul edilmektedir. Gerçekten TCK. örneğin 236 (17), 260 (18)üncü maddelerinde bazı itaatsizlik hareketlerini cezalandırdığı gibi TCK. m. 311 de suçun işlenmesinin diğer bir anlatımla sivil itaatsizlik sayılan fiillerin aleni tahrikini yaptırım altına almıştır. Ancak sivil itaatsizlik saiki siyasi ahlâki olduğundan bu husus cezanın hesabında gözönüne alınmalıdır. Faili harekete geçiren saik-konumuzla ilgili olarak siyasi-ahlâki saik-onun kişilik ve kusurunu ortaya koyar. TCK. 29 uncu maddesinin son fıkrasında saikin gözönüne alınacağını açıkça belirtmiştir.

DİPNOTLAR

(1) Thomas Laker, Ziviler Ungehorsam, Geschichte-Begriff-Rechtferigung (Göttingen Doktora Tezi), Baden-Baden 1986, s.186. Öğretide Almanca "ziviler Ungehorsam", İngilizce "Civil disobedience" olarak ifade edilen bu kavramın çeşitli tanımlarına rastlanmaktadır. Hugo Adam Bedau'ya göre "yasaya aykırı, kamuya açık, şiddetsiz ve vicdani olarak bir yasayı ya da bir hükümet politikasını veya kararını engellemek isteyen kimse sivil itaatsizlik işlemiş olur". John Rawls'a göre ise sivil itaatsizlik, "yasaların ya da hükümet politikalarının değiştirilmesini amaçlayan ve kamuya açık bir tarzda gerçekleştirilen şiddetsiz, vicdani ve aynı zamanda siyasi nitelikli, yasaya aykırı bir edimdir". Ayrıntılara giren bir tanım Hans de With vermiştir. Müellife göre bir hareketin sivil itaatsizlik

olarak kabul edilebilmesi şu şartların varlığına bağlıdır: a) Sivil itaatsizlik evrensel olan ahlâki ve siyasi ilkeleri savunmayı amaçlamalıdır, b) Haksızlığın giderilmesi için bütün yasal yollar denenmiş olmalıdır, c) Protesto kaba güç, kullanılmadan yapılmalı, tarzıyla birlikte önceden duyurulmalı ve fairness ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir, d) Sivil itaatsizliğe katılan kimse, normun ihlâlinde öngörülen -zarar tazminatı, para cezası ve diğer cezalar gibi- yaptırımlara katlanmaya hazır olmalıdır, e) Eylemcinin iyi niyeti ve genel yarar için buna girişiyor olması dikkate alınmalıdır. Bu ve benzeri tanımlar için bkz. Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusunun Meşruluğu Sorunu (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul 1993, s.124 vd.

(2) Bkz. Abdullah Pulat Gözübüyük, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Muhayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, c.II, (Hususi Kısım-Cürümler) (Madde 125-281), 5. Baskı, İstanbul, Tarihsiz, s.1007

(3) Krz. Çetin Yetkin, Siyasal İktidara Karşı Direnme ve Devrim, İstanbul 1970, s.24

(4) Ökçesiz, s.138

(5) Bazı Ceza Kanunları (örneğin, 17.8.1950 Yunan CK.m.79/3, 2.1.1975 şekliyle Federal Alman CK.m.46/2, TCK.m. 29 son) cezanın hesaplanmasında failin saiklerinin gözönüne alınacağını açıkça öngörmektedir.

(6) Thoreau,H.D.: Haksız Yönetime Karşı, Çev.: Vedat Günyol, İstanbul 1963, s.27, zikreden, Yetkin, s.25

(7) Geniş bilgi için bkz. Laker, s.29 vd.; Ökçesiz, s.33 vd. Sokrates de sivil itaatsizliğin bir öncüsüdür.

(8) Almanya, ABD, Avustralya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İsrail, İsviçre, İtalya, Japonya ve Norveç gibi parlamenter demokratik hukuk devletlerinde günümüze kadar gerçekleşmiş sivil itaatsizlik olaylarının listesi için bkz. Ökçesiz, s.51 vd.

(9) Yargıtay C.G.K. 28.12.1970, Esas 4/313, Karar 429, zikreden, Gözübüyük, a.g.e.c.II, s.881-882.

(10) Nevşehir Asliye Ceza Mahkemesinin 2.3.1970 gün ve 970/50 E. sayılı kararı, kararı zikreden Muammer Aksoy, Devrimci Öğretmen Kırımı ve Mücadelesi, c.I, Ankara 1975, s.116-117.

(11) Nevşehir Asliye Ceza Mahkemesinin 2.3.1970 gün ve 970/50 E. sayılı kararı, zikreden Aksoy, a.g.e., c.I, s.118

(12) Ermenek Asliye Ceza Mahkemesinin 27.1.1970 tarihli kararı. Mahkeme 19.1.1970 günlü E.969/200, K. 970/3 sayılı kararında da aynı görüşleri belirtmişti. Kararlar için bkz. Aksoy, a.g.e., c.I, s.119-120. Tavşanlı Asliye Ceza Mahkemesi de "...öğretmen kitlesini, hakkını aradığı için mahkemeye sevk etmektense onların dertlerini dinlemek, sorunlarına çözüm yolu aramak toplum yararı bakımından izlenecek en gerçekçi bir yol olması gerekir... Gerçek savunmalarında ve gerekse boykota katılma bildirimlerinde SUÇ KASTI ile hareket edilmediği ve Türk Toplumunda Milli Eğitim alanında daha rasyonel bir eğitim ve öğretim sisteminin yerleşmesi amacı ve ereği ile hareket edildiği anlaşılmıştır. Öyle ise sanıklar hakkında beraat kararı vermek, hem bugünün gerçek adalet anlayışı, hem de ceza hukukunun temel ilkeleri bakımından uygun ve adaletli, bir çözüm yolu olacaktır..." diyerek boykot fiilini hak arama temel hakkına dayandırmaktadır, Tavşanlı Asliye Ceza Mahkemesinin E.1970/37, K. 970/51 sayılı ve 15.4.1970 günlü kararı, zikreden Aksoy, a.g.e., c.I, s.122 vd.

(13) 90 Petrol-İş (Türkiye Petrol, Kimya, Lastik İşçileri Sendikası), Year Book for 1990, İstanbul, s.90 vd. zikreden, Ökçesiz, s.86

(14) Ökçesiz, s.86-87

(15) Örneğin Trabzon'da Gökkuşluğu FM denize açılarak tekneden üç saat boyunca yasak yayın yapmıştır. İzmir'de ise, Genç Radyo bir minibüsten yasak yayında bulunmuştur. Bkz.Cumhuriyet, 7.4. 1993, s.1.

(16) Örneğin, 21.8.1911 Portekiz Anayasası m.37; 5.2.1917 Meksika Anayasası m.39; 1.12.1946 Hesse Anayasası m.147; 1947 Bremen Anayasası m.39; 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası başlangıç kısmı.

(17) Bkz. Faruk Erem, Memuriyet Vazifesini Terk Suçu, Adliye Dergisi, sy.1, Ankara 1959, s.3-8

(18) Bkz. Gözübüyük, a.g.e., c.II, s.1039-1041

CEZA HUKUKU AÇISINDAN SİVİL İTAATSIZLIK

Sami SELÇUK *

Sayın Başkan, Sayın Konuklar.

Ben bu bilimsel şölene bir bildiri sunmak üzere çağırılmadım. Yorumcu olarak çağırıldım. Çünkü, "sivil itaatsizlik" konusu benim ilgi ve bilgi alanımın dışındadır. İki gündür sunulan bildirimlerin ve yapılan tartışmaların ışığında, ceza hukuku açısından, ihtiyatlı bir değerlendirme yapmak istiyorum. Çünkü, bilimde irticalen konuşulmaz.

Yanılmıyorsam, "sivil itaatsizlik" denilince şu anlaşılmaktadır: Anayasaya uygun ya da aykırı olan devlet gücüne karşı, yaptırımları göze alarak, ahlâk açısından haklı (meşru) görülebilir biçimde, zor kullanmadan yapılan iradî, ölçülü ve siyasal boyutlu bir direniş. Amerika'da ulusal bayrağı yakma, bizde 1983'teki dil ve ayrıca türban, kitap yasaklarına, devletin televizyon tekeline v.b karşı çıkma eylemleri buna örnek gösterildi. Böylelikle haksızlıkları, haksız yasaların yarattığı adaletsizlikleri düzeltme, siyasal iktidarın meşrulaştırılmasına katkıda bulunma gibi işlevlere sahip.

Dünden beri yapılan konuşmalarda sivil itaatsizliğin kökeni Sokrates'e dek çıkarıldı. Gandi'de en parlak örneğini bulduğu belirtildi. Bence bu konuda Babeuf'ün (1760- 1797) unutulması, sanıyorum, haksızlık olur.

Sivil itaatsizlik kavramının ceza hukuku öğretisinde geçen kanı suçlarıyla akraba olduğu kanısındayım. Gerçekten kanı suçlarında fail, bir haksızlığı düzeltmek kaygısıyla, görev yaptığı inancıyla suç işler. Yazılı hukuka aykırı eylemi, ahlâk dünyasında onay görür. Karşı çıkılan, benimsenip onananla hukuka uygun kılınmak istenir. Kamuoyu, değerler çatışmasında, kanıyı yüce saymaya, bu nedenle suç işlemeyi de onamaya eğilimlidir. Ancak, bir suç işlenmiştir. Böylece kanı suçu, bir yandan düzeni korumaya çalışır, öte yandan da bir normu ihlâl ederek, normlar düzenini çiğner. Devlet göreceliği (rölativizmi) "evet" derken, devlet oliguculuğu (pozitivizmi) "hayır" der. Sözelimi; Robin Hood ve Demirci Mehmet Efe'nin yaptıkları gibi, düzenin haksızlığı inancıyla varsıllardan para çalarak yoksullara dağıtmak.

Görülüyor ki, sivil itaatsizlik ile kanı suçları arasında, güdü (saik) açısından bir akrabalık vardır.

Gerek kanı suçlarında ve gerekse sivil itaatsizlikte ortaya çıkan güdünün olumluluğu, kanımca, bir suç işlendiğinde yargıç tarafından gözetilebilir ve T.C. Yasasının 29/ son. madde ve fıkrası uyarınca temel cezanın belirlenmesinde; aynı Yasanın 59.

maddesi uyarınca da cezanın takdirî nitelikte indirilmesinde gerekçe yapılabilir.

Böyle bir eylem, T.C. Yasasının 308. maddesine girebilir mi? Bence hayır. İlkin, sivil itaatsizlikte, fail adalete başvurarak bir hak isteyemeyeceğinin bilincindedir. Bu açıdan söz konusu suçu oluşturamaz. Öte yandan, bu suç, zor (maddî/ manevî) kullanmayı da gerektirir. O zaman da ortada sivil itaatsizlik yoktur.

Tehdit olur mu? Bence hayır. Çünkü bu suçta da manevî zor vardır. Tek bir olasılık, T.C. Yasasının 191. maddesinin son fıkrasında öngörülen ve ağır bir tehdit sözünü içermeyen suç. Bunun dışında, tehdit sözünü içermeyen bir eylemi T.C. Yasasının 188. ya da 191. maddelerine göre cezalandırmak, bence, ceza hukukunda "örnekseme yasağı ilkesini" çiğnemek olacaktır.

Aklıma bir de memura karşı edilgin (pasif) direnme suçunu düzenleyen T.C. Yasasının 260. maddesi geliyor. Fail bu cürümde, zor kullanmayacak, ama bir güç harcayacaktır. Zor kullandığı anda, eylem aynı Yasanın 258. maddesine girer. O zaman da zaten ortada yine sivil itaatsizlik yoktur.

Türkiye'de 1969- 1970 yıllarında yaşanan ve kamuoyunda "öğretmen boykotu" diye adlandırılan eylem, T.C. Yasasının 236. maddesine giriyordu. Kimi mahkemeler suç güdüsünün iyi ve haklı olduğu gerekçesiyle aklanma kararları verdiler. Bu yanlış. Çünkü, ceza hukukunda güdü, kural olarak, gözetilemez. Gözetildiği yerlerde özel kasıt adını alır. Ayrıca güdünün iyi ve yüce olması suçu ortadan kaldıramaz. Evlenme güdüsüyle kız kaçırmakla şehvî güdülerle kız kaçırmak arasında, suçun oluşması açısından, hiç bir fark yoktur. Ancak, yukarıda da değindiğim gibi, yargıç cezayı belirlerken ya da takdirî indirim yetkisini kullanırken bunu gözetebilir. O kadar.

Ayrıca, bir yasanın haksız ve hatta Anayasa'ya aykırı olması, onu uygulamadan alıkoyamaz. Yargıç, "Ben yasayı, Anayasa'ya aykırı gördüm" ya da "haksız buldum" gerekçesiyle uygulamaktan kaçınmaz. Bu, kişisel düşüncelerini yargıya yansıtmak olur ve erkler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Yargıcın görevi, yürürlükteki yasayı uygulamaktır, iyi/kötü diye ayırmak değildir. Tersî görüş kargaşaya yol açar. Yargıç, bir yasa normunu, olması gereken hukuk açısından, haksız buluyorsa, bilimsel bir inceleme yazısında elbette onu eleştirebilir. Bu bir yurttaşlık görevidir. Ancak, yargıçlık cübbesini giydiği anda onun görevi, ne olursa olsun, olan hukuku uygulamaktır. 1967 yılında Fransız Yargıtayı, kira ile ilgili bir yasa normunu olması gereken hukuk açısın-

(*) Doç. Dr. Sami Selçuk, Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanındır.

dan kararında eleştirmişti. Fransız Yargıtayı, bence haklı olarak, böyle bir eleştiriyi içeren kararın ilâma dönüşmesine izin vermedi ve onu bozdu.

Bu nedenlerle, ister sivil itaatsizlik, ister kanı suç denilsin, eylem bir ceza normunu ihlâl ediyorsa, fail cezalandırılacaktır. Bundan kaçmaya olanak yoktur.

Burada şunu da belirtmek isterim. Halkın yargılamaya katıldığı ülkelerde, halktan seçilen yargıçlar (jüri üyeleri) olması gereken hukuka uygun bulmadıkları yasa normlarını çiğneyen failleri "suçsuz" diyerek aklamışlar ve bu skandal kararlar, söz konusu yasaların ya da normların düzeltilmesine katkıda bu-

lunmuştur.

Sanırım bu da bir tür sivil itaatsizliktir.

Her sistemde az çok bir keyfilik, adaletsizlik mutlaka vardır. Yetkin sisteme ulaşılsaydı, kuşkusuz tartışma biterdi. Ama bu bir düştür. Öyleyse bu düşü olabildiğince gerçekleştirmek için, bu haksızlıklara elbette karşı çıkılacaktır. Bunun yollarını araştırmak hukukçuların ve düşünürlerin tekelinde olmamalı ve demokrasi, insanların boşalmalarına izin vermeli. Bu rejim için bir güvenlik süpabıdır. Ama ölçü de kaçırılmamalı.

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA VE SORULAR DISKUSSION UND FRAGEN

Hüseyin Hatemi: Bir soru yöneltmek istiyorum. O da şu. Bilhassa Sami Selçuk Bey'in buradaki izahatından şu netice çıktı veya ben yanıldım, ben böyle bir netice çıkarttım. Hakim kanunu Anayasa'ya aykırı görse dahi, eleştirmek hakkını dahi haiz değildir. Ama ben aynı kanaatte değilim; onun için, bu konuda ceza hukuku uzmanlarının görüşünü almak istiyorum. Öyle zannediyorum ki, Anayasa'nın, 1982 Anayasa'sında dahi, hiç değilse kerhen muhafaza edilen bir maddesi vardır: Anayasa, yargı organlarını da bağlayan üstün hukuk kurallarıdır ve yargı anlamında da bu Anayasa'nın temel kurallarının doğrudan doğruya etkisi hiç değilse şu şekilde nazara alınmalıdır. Ben de şunu kabul ediyorum, pozitif hukukta kanun Anayasa'ya aykırıdır diye Ceza Kanunu'nun bir ceza kuralı Anayasaya aykırıdır diye hakim somut norm denetimi dışında, mesela defan ileri sürülmüştür, Anayasa Mahkemesine gitmiştir, onu bekleyebilir ama uygulamaması güçtür. Apaçık, eğer başka türlü yapma imkanı yoksa. Fakat özellikle Sami Bey'in beyanlarından şu netice çıktı, hakim Anayasa'ya uygun yorumlanabilecek bir kanunu dahi Anayasa'ya en ufak anlamıyla lafzıyla tatbik etmek zorundadır. Bu bana aşırı pozitivist bir görüş gibi geliyor. Sonra gene Anayasa kurallarının üstün hukuk kuralları oluşu dolayısıyla, hiç değilse hakim doğrudan doğruya bu Anayasa ilkesi gereğince, *oportünite* açısından tevkif edemez bir kanunu gerekçesinde ama, Anayasa'ya aykırılığını belirtme, bu açıdan tevkif etmek, Anayasa'ya uygun yorumlamıyorsa bile, hiç değilse tevkif etmek, eleştirmek, hakimin hem ödevi hem de hakkıdır. Bu açıdan görüşlerini rica ediyorum, bilhassa Sami Selçuk Bey'in. Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu: Teşekkür ederim, efendim. O zaman bütün soruları alayım. Ondan sonra cevaplandırılmasına gidelim. Buyurun Bülent Bey. Bir de şunu arzedeyim, vaktin geçmiş olmasını dikkate alarak soruları lütfen kısa tutalım.

Bülent Tanör: Ben Sami Selçuk Bey'in değindiği bir konuya tekrar dönmek istiyorum. Öğretim üyeleri dernek üyesi olmak için izin almak zorundalar. Ben dün, almayalım, topluca derneklere üye olalım ve saçma sapan, aşağılayıcı yasağa karşı çıkalım, gerekirse müeyyidesine katlanalım demiştim. Bunun müeyyidesi para cezasıdır. Hapis olsaydı acaba ben de aynı şekilde düşünebilir miydim? Müeyyidesi para cezası, cezai bakımdan böyle. Ama asıl müeyyide bu değil. Asıl müeyyide idari, yani üniversitenin ya da idarenin o elemanı ihraç etmesine kadar varabilecek çok ağır müeyyideler var. Esas müeyyide budur ve ciddi bir müeyyidedir. Buna rağmen bugün Türkiye'de sayısı az bile olsa birçok öğ-

retim üyesi arkadaşımız bu yasağı dinlemiyorlar ve izin almadan derneklere üye olabiliyorlar. O bakımdan para cezası müeyyidesini öbür esas müeyyideyle birlikte düşünmekte fayda var. Bu konuşmayı biraz kişisel bir noktada bitirmek zorundayım, özür dilerim ama kendi açımdan bana da bir yollama yapıldı, ben Türk Yargıtay'ının, Türk Askeri Yargıtay'ının komünizm propagandasını yasaklayan, faşist İtalya'dan alınma 142. maddeyi en sert şekillerde uyguladığı dönemlerde, o kadar sert bir şekilde ki, Karl Marx'ın Komünist Manifestosu'nu bile yasakladığı dönemlerde, **Karl Marx'ın Hayatı ve Eserleri** kitabını toplattırdığı, çevirmenini ağır bir cezayla 2,5 sene hapse mahkum ettirdiği dönemlerde bu maddeden dolayı üniversite mensubuyken ağır hapis cezasına çarptırıldım. Ve bile bile çarptırıldım. Göze alarak çarptırıldım. İki defa da üniversiteden çıkarıldım. Sanırım, yapılan kişisel yollama ile ilgili olarak bu kadarının hatırlatılması yeterli olacaktır. Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu: Teşekkür ederim. Başka bir soru var mı?

Abdullah Dinçkol (M. Ü. Hukuk Fakültesi): Benim Selçuk Bey'e bir sorum olacak. Eğer yanlış anlamadıysam, memura direnme, gerektiğinde pasif direnme, gerektiğinde icra memuruna direnmenin de sivil itaatsizlik unsurlarını taşıyabileceğini belirtmişti. Burada dünkü tanımlardan yasalarda bir değişikliği düzenleyen, şiddetsiz, siyasi ancak yasaya karşı bir tedbir şeklinde bir kanun aldığımızı dikkate aldığımızda, acaba siyasi niteliğinin ağır basması gerekmiyor mu sivil itaatsizliğin, yoksa biraz önce belirtildiği gibi icra memuruna veya bir memura pasif direnmeyi de bu kapsama alabilir miyiz? Teşekkür ederim.

Atilla Nalbant (M. Ü. Hukuk Fakültesi): Şimdi benim sivil itaatsizlik olgusundan anladığım iki önemli temel nokta var. Bir eylemcinin tavrı; eylemcinin tavrında bir takım özellikler olması gerekiyor. İkincisi; kolluk kuvvetlerinin tavrı. Dün Prof. Zair bir örnek verdi. O çerçevede kolluk kuvvetlerinin pasif direniş yapan eylemciler karşısında işbirliği arayışına girmesi gerektiğini belirtti. İşte ben Prof. ve Doç. Emin Artuk'a şu soruyu yöneltmek istiyorum. Bu durumda sivil itaatsizlik olgusunu değerlendirirken, acaba kolluk kuvvetlerinin sivil itaatsizlik eyleminde bulunan eylemcilere karşı tavırları ceza hukuku bakımından nasıl bir önem taşıyor? Yani bir hafifletici neden olarak değerlendirilebilir mi? Eğer kolluk kuvvetleri sivil itaatsizlik eyleminde bulunan kişilere karşı sert önlemler alırsa, bu durumda bu acaba o fiilin o suçun durumunu nasıl et-

kiler? Teşekkürler.

Yılmaz Aliefendioğlu: Teşekkürler. Başka soru?

Hayati Şener: Biraz çetrefil olsun diye, aslında ben hukukçu değilim ve bir gezi esnasında Yunanistan'da bir mahkemeyi ziyaret ettiğimizde, Türkiye'de görmediğim değişik bir kadro ile karşılaştım. Bir mahkeme dışında hiçbir mahkemede ne avukatlar ne de hakimler cüppe giymiyorlardı. Bu birincisi. Aynı bir gözlemim Almanya'da oldu. Almanya'da bir tazminat davası dolayısıyla mahkemeye gittiğimde, hakimlerle sanıkların bir masa etrafında, yükseklik olmadan aynı masa etrafında karşılıklı oturup mahkemeyi gördüklerini gördüğümde şaşırmıştım. Şimdi buradan hareketle, Türkiye'de bir avukat bir mahkemeye cüppesiz giderse, burada sivil itaatsizlik söz konusu olur mu? Bir de başka bir konu var. Parlamentoda benim gördüğüm kadarıyla parlamento başkanı Sayın Cindoruk'un da şikayetçi olduğu bir konu var: Frak meselesi. Parlamentoda Başkanlık Divanı'nda milletvekilleri belli tip elbiseler giymek zorundalar, kravat takmak zorundalar. Diyelim ki bir milletvekili kravat takmadığı zaman sivil itaatsizlik mi olacaktır?

Tayfun Çalkavuk (İ. Ü. İktisat Fakültesi): Sayın Sami Bey'e bir soru sormak istiyorum, mensubu olduğu kurum da dikkate alınarak: Türk Yargıtayı sivil itaatsizliğin gelişmesinde ne gibi katkılarda bulunabilir? Şayet, benim anladığım kadarıyla, çok sıkı bir pozitivist tutum takınırsa, bu sivil itaatsizliğin gelişmesinde olumsuz etkiler yapmaz mı? Teşekkür ederim.

İfakat Aydemir (Avukat, İstanbul Barosu): Benim sorum da Sami Bey'e yönlendirilecek, çünkü sivil itaatsizlik bireylerin karşısına yaptırım olarak çıktığında yargı organı da karar mercii oluyor ve adliye ve adaleti temsilen de Sami Bey burada. Türk hukuku yargıç uygulamakla yükümlüdür, geliştirmek görevi değildir der. Acaba yargıç bu anlamda bir hukuk teknisyeni midir? Yani önüne gelen kanunu alıp, lafzi anlamıyla yorumlamakla görevli birisi midir? Yoksa bir hukukçu mudur? Yani yargıcın kimliği hukukçuluk kimliği midir, yoksa hukuk teknisyeni kimliği midir? Eğer hukuk teknisyeni kimliği ise, Selçuk Bey'in söylediklerine katılmak belki mümkün. Hukukçu kimliği ise, hukukun ne olduğunu belirlemekte, geliştirmekte, dolayısıyla ve konumuzla ilgili olarak sivil itaatsizliğin ne olduğunu, müeyyidesinin ne olduğunu belirlemekte yargıcın yetkisi, takdir sınırları nerede kalacaktır?

Yılmaz Aliefendioğlu: Sorular burada tamamlanmış oluyor. Şimdi sıra cevaplara geliyor. Sanıyorum Sami Bey'in işi epey ağır. Soruların büyük bir çoğunluğu Sami Bey'e yöneldi. Buyurun efendim.

Sami Selçuk: Teşekkür ederim Sayın Başkan ve

demek ki Sayın Hatemi haklıydı, dedi ki bugün bana yarın sana! Bu gerçekleşti; duanız, dileğini. *Meydana düşen kurtulmaz sevgi kazadan* diyor şair, ben de herhalde altından kalkmaya çalışacağım. Önce hemen şunu belirteyim, Sayın Dinçkol'un verdiği örneği sivil itaatsizlik örneği olarak vermedim. Somut normun yani 260. maddenin en çok uygulandığı bir olayı belirtmek suretiyle nasıl uygulandığını söyledim ve oradan oturanların da aynı şekilde davrandığı zaman memura karşı bu suça giremeyeceğini belirttim. Hemen onun cevabı bu kadardır. Şimdi en çok bana yöneltilen sorular, bir lafzi yorum daha doğrusu bir yasa metni fetişizmi içerisinde bir uygulamacı olup olmadığım sorusuydu. Ben bu konuda çok duyarlıyım, çünkü Türkiye'de benim anladığım kadarıyla yorum dilbilgisi değildir ve bu disiplin Türkiye'de oturmamıştır. Ama salt yorum dediğim ki bunun doğrusu ve teleolojik sözcüğünün karşılığının "gereksel" olması gerekir. Sayın Profesörün de yakın ve uzak amaçlaması gerekir, uzak amaç olarak gerekir değil. Şimdi gereksel yorum dendiği zaman bir bakarsınız çoğu zaman **gerekir** yorum yapılırdı **gereksel** yorumdur. Fakat bir bakarsınız, sınır çok aşılıştı, bunun kuralları vardır. Ben yasakoyucunun sivil itaatsizlik konusunda ceza yasasını uygularken yargıcın bir yargıç bilinciyle hareket etmesi gerektiğini söyledim. Yıllarca ölüm cezasına karşı gelmiş biriyim ben ve bu konuda yazılar yazdım en katı dönemlerde, ancak olması gereken hukuk açısından o yazılar. Bir yargı kararı söz konusu olduğu zaman ben kişisel düşüncelerimi gizleyerek ve dahi açıklayarak, yargı kararında, ben ölüm cezasına karşıyım, bunu uygulayamam diyemem. Bu mümkün değildir. Bunu nerede derim, makalemde derim. Böyle şey olmaz, bu ikisini birbirinden ayırmak zorunludur. Aksi takdirde anarşi başlar. Bir hukukçu anarşiye prim veremez. Çok şey bildiğine karşın bu konuda çok duyarlı olmak gerekir. O kanıdayım. Bu açıdan sivil itaatsizlik konusu gerçekten çok ilgi çekici bir konudur. Ben yargıcın katı bir uygulamasını arzu etmedim, bu konuda tam tersine yargıcın sakin, iyi olduğunu gereğe edinmek suretiyle 59. maddeyi uygulayabilceğini veya Yargıtay'ın böyle bir uygulamadan dolayı 59. maddeyi sen bu şekilde uygulayamazsın demeye hakkı yoktur. Böyle bir karar pekala verilebilir ve hukuka uygundur. Bakın bir uygulama var. Bir de aynı saikten söz ederek ben temel cezayı asgari haddten başlatıyorum diyebilir. Ama bu yasa hukuk anlayışına uymuyuyor, ben bunu beğenmedim, tatbik etmiyorum diyemez, bu mümkün değildir. Eğer yasa, Sayın Hatemi'nin sözlerine geliyorum, gerçekten yargıç tarafından Anayasa'ya aykırı olarak düşünülüyorsa, yargıcın yapacağı şey bellidir, somut norm denetimini sağlamak üzere konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne getirir. Yargıcın yapacağı şey yasalarımızda belli. Ben ille de uygulayın demiyorum ki. Bizim daire de bir yıl önce böyle bir şey yaptı, gerçi sivil itaatsizlik değil-

di o tabii, biz Anayasa'ya aykırı gördük yasayı ve nitekim Anayasa Mahkemesi de iptal etti. Yapılacak şey bellidir. Ben Anayasa'ya aykırı olsa bile yasayı uygula veya uygulama demedim. Yasayı kişisel düşüncelerine göre, beğenmedim diye uygulamamaya hakkı daha doğrusu yetkisi olmadığını söyledim. İki biririnden farklıdır. Eğer yargıç dediğim gibi Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünüyorsa, Anayasa Mahkemesi önüne gidebilmek için o yolları çalıştırabilir ve çalıştırmalıdır da. Anayasa Mahkemesi öngörülen süre içerisinde karar vermezse, kendi düşüncesini pozitif hukuka yansıtır. Bu yasanın Anayasa'ya aykırı olup olmadığını kararında yansıtır ve ona göre uygulamayı yapar ve Yargıtay da bu denetlemeyi yapar. Bu normal bir yoldur, pozitif hukuk izin vermiştir yasayla. O nedenle Sayın Hatemi ile aramızdaki ayrılığın bulunduğunu sanmıyorum, sanıyorum birleşiyoruz bu konuda. Bilmiyorum kendilerine inandırıcı cevap verebildim mi? Sayın Tanör'e gelince, kendisinin kişisel savaşımını biliyorum. O konu gerçekten bir kahramanlık boyutuna da ulaşmış olabilir ama ben sizi örnek gösterirken yani herkesin aynı şeyi yapamayacağını söylemek istedim. Yoksa, sizin yapamayacağınızı değil. Karşınızda bir hapis cezası vardı ve bir para cezası vardı. Herhalde insanlar bunları çiğnerken yalnız bir başına yaptıkları zaman biraz daha iyi değerlendirmek zorundadır. Yalnız şu noktayı hemen belirteyim, Danıştay'ın bildiğim kadarıyla Yargıtay'dan ve ilk mahkemelerden daha geniş bir takdir hakkı vardır. İdari nitelikteki bir ceza verilirken, bu çok iyi olumlu bir biçimde değerlendirilebilir, sanmıyorum ki ihraç noktasına gelsin, çünkü dün Sayın Aliefendioğlu'nun belirttiği gibi öğretmenler boykotunda Danıştay idari nitelikte bir ceza vermemiştir. Yani kamuoyunun sesini az çok dinlemiştir, dinleyebilmiştir çünkü daha geniş bir takdir hakkı vardır bu organın. Yargıtay'ın ve ilk mahkeme mahkemelerinin böyle bir yetkisi yoktur. Normda öngörülen ögeler olmuşsa, o ögelere rağmen ben bu maddeyi uygulayamam diyemez ceza yargıcı. Buna yetkisi yoktur, eğer derse başka bir suç işlemiş olur. Ceza Yasasında onun maddesi vardır, 234'tür sanırım. Onun için Sayın Tanör'ün söyledikleri doğrudur ama biraz eksik bir doğru gibi geldi bana. Onu belirtmek istiyorum. Diğer arkadaşlarımıza, Sayın Tayfun ve Aydemir arkadaşlarımıza da sanıyorum cevap vermiş oldum. Teşekkür ederim.

Yılmaz Aliefendioğlu: Efendim, bu konuda çok kısa bir saptama yapmak istiyorum. Sanırım bu konunun Anayasa'yı da ilgilendirmesi açısından Sayın Hatemi'nin sorusu ile ilgili olarak özellikle bir saptama yapmak isterim. Efendim tabii ceza yargıcının durumu biraz daha güç. Sami Selçuk Bey arkadaşımız o açıdan atladı çünkü ceza yargıcı hukukçudur ama aynı zamanda teknisyendir; çünkü cezada yasal ilkesi vardır. Tabii, yasal unsurların öngördüğü durumlar varsa, ceza hakimi. belki bunlar hafifle-

tici nedenler de olabilir, onu uygulayabilir ama herhalde bu suç değildir dememek zorunluluğu içindir. Yalnız özellikle Hatemi Bey'in dediği şekilde yasa Anayasa'ya aykırıysa ceza hakiminin tavrı ne olmalıdır? Doğaldır ki, bunu iki yolla, ya sanığın veya vekilin başvurusu üzerine, hakim bunu, Anayasa'ya aykırılık iddiasını, ciddi bulur, Anayasa Mahkemesine gönderir; birinci yol: Ya da hakim re'sen bunu dikkate alır, Anayasa'ya aykırı görür ve Anayasa Mahkemesine gönderir; bu da ikinci yol. Yalnız şurada bir sorun vardı. Gerçekte önemli bir nokta. Şimdi, bildiğiniz gibi bazı yasaların Anayasa'ya aykırılığı için başvurulamıyor. Danışma Meclisi zamanında yani Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı kuruluncaya kadar çıkan yasalara ve kanun hükmünde kararnamelere karşı Anayasa'ya başvurulamıyor. Bu durumlarda yasa, ceza yasası Anayasa'ya aykırı ama Anayasa Mahkemesine başvurma yolu tıkalıysa ne olacak? Esas önemli sorun bu, sanıyorum. Bu 61 Anayasası zamanında da oldu. 61 Anayasası zamanında iki kez Anayasa Mahkemesinin karşısına geldi, özellikle hakaret suçlarında ispat hakkı ile ilgili olarak. Anayasa Mahkemesi dedi ki, bu hüküm Anayasa'ya aykırıdır ama ben bunu iptal etmekle yetkili değilim, ama hakim bunu ihmal edebilir, dedi. Yani iptalin yerine *ihmal* gibi bir yeni görüş bildirildi ve sanıyorum büyük oranda güçlükleri de aştı. 61 Anayasası'nda bir unsur daha vardı. Biraz önce Selçuk Bey de bahsettiler, orada hakim bir yasayı Anayasa'ya aykırı görürse Anayasa Mahkemesine gitme yolu da kendisi için kapalıysa, başvurabileceği başka bir yol daha var. Anayasa Mahkemesinden belirli bir süre içerisinde bunun cevabının gelmesi lazım. Bu süre 61 Anayasası'nda altı ay içindeydi. Altı ay içinde gelmezse hakim kendi takdirine göre, Anayasa'nın 138. maddesine göre, önce Anayasa'ya bakar, sonra yasaya bakar ve kendi takdirini verir. Ancak yeni Anayasa'da bu hüküm yok maalesef. Şimdi yeni Anayasa'da beş ay içinde gelmezse Anayasa Mahkemesinden, yani dava sonuçlandırılmazsa, hakim yürürlükteki yasalarla görüyor, yani mevcut yasalara bağlı kalıyor. Bir de böyle bir güçlük var. Onu da bahsetmek istedim. Teşekkür ederim. Sayın Prof.... sorulan sorulara cevap verecek.

... Ja ich würde doch ganz gerne etwas aus deutscher Sicht sagen, da wir ja die Probleme auch kennen und wenn es ganz konkret und praktisch wird, sieht man vielleicht auch die Unterschiede sehr gut. Der erste Punkt: In Deutschland in Amerika in allen hoch entwickelten Ländern spricht Keiner mehr davon, daß der Richter ein Techniker ist, daß der Richter nur Gesetz anwendet. Das war die Vorstellung von Montesquieu. Ein schönes Beispiel wurde in dem Vortrag gebraucht. Was passiert wenn jemand eine Sitzlokal gemacht und weggetragen werden soll? Ist das passiver Widerstand, der strafbar ist, oder nicht? In der Türkei wurde gesagt,

ja. In Deutschland ist es straflos und ich glaube das ist generale Behaltung. Wenn ein unbeteiligter Dritter beeinträchtigt wird, dann kann er über Nötigung sprechen. Wenn der Polizist, der dazu da ist, der dafür bezahlt wird, daß er diese Leute Recht trägt, wenn ihm Unannehmlichkeiten gemacht wird, ist das sicher keine Straftat. Also in Deutschland würde hier auf jeden Fall Straflosigkeit angenommen und dies zeigt schon, daß der Richter in jeder Entscheidung ganz klar eine Wertung treffen muß. Ein weiteres Beispiel: Sie haben darauf hingewiesen, daß die Gesetzesbindung sehr strikt sei. Wir hatten das Problem in Deutschland mit einem Fall. Da hatte ein Türke seinen Onkel ermordet, weil der Onkel die Frau des Neffen vergewaltigt hatte. Das ist eindeutig ein Fall des Mordes und für Mord ist zwingend lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen. Trotzdem hat der Bundesgerichtshof Ziele der Gesetzesgebung weggesetzt und ein minderschwerer Fall angenommen, weil er gesagt hat, es würde gegen das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen, wenn er in diesem Fall die gesetzliche Strafe geben würde. Wir müssen uns eins vor Augen halten: Die Gesetzesbindung ist nicht im Interesse des Richters. Es handelt sich um ein Grundrecht und das Grundrecht ist ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat. Der Bürger kann sich darauf berufen, aber nicht der Richter, indem er sagt, das ist für mich verbindlich auch wenn ich das ganze für Unverhältnismäßig halte. Ich glaube das ist ein ganz wichtiger Gesichtspunkt, den wir einbeziehen müssen. Analogie ist im Strafrecht verboten. Aber doch nur zu lasten des Täters. Zu gunsten des Täters, das wird von allen vertreten. Also das scheint mir richtig zu sein auch noch als ein Punkt. Eine kleine Anmerkung noch zu der Verwaltungsaktion: Es wird jemand aus der Universität entlasten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs für Menschenrechte handelt es sich bei diesen Verwaltungsaktionen um Strafen. Wenn wir hier sagen, das hat mit Strafrecht nichts zu tun, dann sind wir nicht auf dem neuesten Stand der internationalen Diskussion und das gilt nun was für die Menschenrechte gesagt wird für alle Staaten, die unterzeichnet haben. Neue Entwicklungen gehen dahin das ganze zu fordern. Das nur als eine Ergänzung, Vielen Dank.

Yılmaz Aliefendioğlu: Size yöneltlen bir soru cevaplanmadı. Kolluk kuvvetlerinin davranışlarına ilişkin bu ne yönde olmalıdır? Kolluk kuvvetleri bu sivil itaatsizlikte bulunan gruba karşı hoşgörülü olmalı mıdır?

... Die Polizisten sollen natürlich nicht tolerieren, eine Sitzlokal, durch die der Verkehr beeinträchtigt wird. Die Polizisten haben die Aufgabe und das Recht und die Verpflichtung die Demonstranten wegzutragen. Nur es ist ein Widerstand gegen Staatsgewalt. Das Vorgehen der Polizei,

wenn die Demonstranten weggetragen werden, das ist legal und legitim, aber wie gesagt ist keine Straftat, die gegen den Staat gerichtet ist, sondern eine Straftat, die die Rechte der Passanten also der Privatleute, die zum Beispiel in dieses Haus in dieses Gebäude gehen wollen. Da liegt die Straftat möglicherweise, wenn es eine längerfristige Lokal ist. Es ist durchaus zulässig, daß die Polizei die Leute beiseitigt.

Yılmaz Aliefendioğlu: Efendim, bir soru sanıyorum, cevaplanmadı. Cüppe giymeme, hakimlerin kürsüye oturmaması ile ilgili olarak cevap vermek isteyen varsa? Söz sizin efendim?

Emin Artuk: Sayın meslektaşım Atilla Nalbant'ın iki sorusu var. Sivil itaatsizlikte tarafların tavrından bahsettiler. Şimdi isterseniz önce ikinci sorudan başlayalım. Zabıta kuvvetlerinin hareketleri açısından alalım. Bilhassa ülkemizde zabıta kuvvetlerinin izinsiz toplantı ve gösteri yürüyüşlerine karşı biraz fazla sert davrandıkları düşüncesindeyim. Bu bakımdan aklıma hemen TCK'nun 228. maddesi geliyor. Buna göre "devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suistimale kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar, yapılımasını emreder veya ettirirse....." şeklinde bir madde var. Zabıta kuvvetlerinin örneğin sadece kanuna aykırı bir şekilde yolda oturan kişilere karşı sert muameleleri, onları itmeleri veya ne bileyim ,dövmeleleri, zannedirim 228 . madde içinde mütalaa edilmesi gerekir. Yani memurun fiili kanaatimizce 228e girmez. O kişilerin yollarda oturmaları, onların sivil itaatsizlikte buldukları olgusunu ortadan kaldırmaz. Yine fiil bir suç teşkil eder, kendileri açısından... Toplantı ve yürüyüş kanunu açısından ele alırsanız. Ayrıca o kişilerin böyle bir tutumda bulunmaları, zabıta kuvvetlerinin ikazına rağmen kalkmamları, pasif bir mukavemet, devlet memuruna karşı pasif mukavemet olarak nitelendirilir. Bu tür bir hareket 260. madde içinde mütalaa etmek lazımdır. Benim düşüncem bu.

Yılmaz Aliefendioğlu: Efendim belki sizin sorunuz cevapsız kaldı ama o burada sivil itaatsizlik kapsamı içinde görülmeyecek galiba, konu açısından. Buyrun efendim.

... Ich wollte nur kurz darauf hinweisen, daß in Deutschland Anfang der 70'er Jahre eine Bestrebung insbesondere unter den Anwälten bestand, keine Roben vor Gericht zu tragen. Das heißt sich der Pflicht Roben zu tragen durch Gehorsamsverweigerung zu entziehen. Das ist wahrscheinlich weiß Herr Kollege Dannecker darüber besser Bescheid, mehr Fach von Gerichten entschieden worden und wenn ich richtig sehe, hat der Bundesgerichtshof die Pflicht Roben zu tragen durchgesetzt. Das heißt dieses Bestreben, sich davon zu befreien, hat keinen Erfolg gehabt.

PANEL

PODIUM SDISKUSSION

Ali Güzel: Değerli konuklar, Panelin tartışma bölümüne geçiyoruz. Bu bölümde, panelistlere soru sormak isteyenler, lütfen banda geçmesi açısından, isimlerini belirtip hangi konuşmacıya soru yönelttiklerini de açıklasınlar. Tabii panelistlerin de soru sorma, ya da açıklık getirme konusunda hakları var. Sayın Bakır Çağlar söz istedi. Önce konuşmak yahut soru sormak isteyenleri tespit edelim. İsim lütfen. İbrahim Ülker... Evet başka?. Sayın Tanör. Hayati Şener. Evet, beş kişi söz istedi. Buyrun Sayın Çağlar.

Bakır Çağlar: Ben Mithat Bey'in konuşma alanına bir ek yapmak istedim. Bir çeşit bütünleştirici ve son konuşmacıyı dinledikten sonra. Ben Hobbes'dan ve diğer klasik düşünürlerden söz ederken sivil itaatsizliğin kavranmasında muhteşem Hobbes'dan pek fazla yardım beklemem gerekir demiştim. Şimdi düşüncemi düzeltiyorum son konuşmacıyı da dinledikten sonra. Bugün hala yeni Hobbes'lar ve yeni.. var anladığım kadarı ile meseleye çok yumuşak yaklaşmak gerektiğine göre yeni Hobbes'lar ve ... var. O zaman bunlar muhteşem .. değil güncel düşünürler haline geliyor. Ama o zaman da ortaya şöyle bir sorun çıkıyor. Sivil itaatsizliğe bu Hobbes'çu yaklaşım çerçevesi içinde yani devlete öncelik tanıyan yaklaşım çerçevesi içinde yaklaşıldığında, etnik çatışmalar konusunda Sayın Profesörün getirdiği çözümlerin hiçbirinin, ben, pratik geçerlilik taşımadığını düşünüyorum. Bunu Hobbes'çu açıdan çözeceksek Amerika'daki etnik çatışmalara o zaman, bir altıncısını da eklemek lazım o zaman daha pratik olur. Zaten bu pratik uygulama da. Teşekkür ederim.

Dr. İbrahim Güder: Ben bir öneri getirmek istiyorum, soru sormaktan ziyade. Şimdi sivil itaatsizliği ben statik toplumdaki dinamik topluma geçiş olarak kabul ediyorum. Statik toplumlarda sivil itaatsizliği görmek mümkün değil. Zaten o tür devletlerin geliştiğini de göremiyoruz. Çevremizdeki ülkeler buna bir örnek teşkil edebilir. Ancak, sivil itaatsizliği de yasaları açacak bir mekanizma olarak gördüğümü ifade etmek istiyorum. Eğer anayasalarda sivil itaatsizliği bir anarşi boyutuna getirmemek istiyorsak, o zaman bazı supaplarla Anayasa'ya eklemek gerekiyor. İsviçre örneğinde olduğu gibi: inisiyatif, referandum. Teşekkür ederim.

Bülent Tanör: Ben Prof. Kriele'ye birşey sormak istiyorum. Bu etnik sorun çözümüyle ilgili olarak beş model ortaya getirdiler. Beşincisi, tercümede zorluk çekilen beşincisi, acaba şu kavramla yakın

mi? Fransız literatüründe, "democrasi consesiative" diye bir kavram vardır. Bununla yakından ilgili mi? Ya da İngilizcede yanılmıyorsam "consesiation democracy". Bu kelimenin Türkçesi maalesef yok, bildiğim kadarıyla. Yani azınlıkların merkezi sistem içerisinde, lokal sivilite, değişik mezheplerin, değişik azınlıkların, mezhepsel azınlıkların orantılı bir şekilde temsilini öngören bir mekanizma. Lübnan, eski Kıbrıs, biraz Belçika, biraz Kanada. Acaba beşinci model bu anlayışla mı akraba? Bunu öğrenmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Kriele: Gibt es eine Proportionalvertretung von Kurden im Parlament? In Frankreich gibt es nicht mehr. Das Problem entsteht dadurch, es ist weltweit in Afrika in Rußland anders, daß sich die ethnischen Konflikte nicht durch regionale Lösungen lösen lassen. Und zwar deswegen nicht, weil die Bevölkerungsmischung so stark ist. Auch in den Großstädten, das ist ja hier in İstanbul mit den Kurden ähnlich, nicht. Unter den gegebenen Umständen letztendlich gibt es zwei Lösungen: Entweder die Gleichberechtigung, wenn es geht ideal, das Topmodell. Wenn es nicht gehen sollte, dann überlege ich regionale Modelle Federalistische. Gehen nicht wegen Bevölkerungsmischung, -wanderung. Also wenn kein regionales Modell geht, dann muß man personale Modelle wählen. Ob das geht, weiß ich nicht, Ich habe ja hier nicht zur türkischen Fragen Stellung zu nehmen, ich gebe nur Modelle.

Atilla Nalbant: Benim sormak istediğim soru şu; özellikle sivil itaatsizlikte sivil kavramı üzerinde biraz düşünmek gerektiğini düşünüyorum. Sivil kavramı acaba yurttaşla bağlantılı, yani insandan farklı mı? Şimdi bunu biraz somutlaştırarak sormak istiyorum: Özellikle.. 'ya. Çünkü, şimdi Alman hukuk sisteminde bu artık tanınmış bir kavram, sivil itaatsizlik. Acaba bir yabancı sorunu, Almanya'da da olan bir sorun. Bir yabancılar yasası çıktığı zaman, bir yabancı bu yasaya karşı bir sivil itaatsizlik gösterdiği zaman, acaba bu eylem ve bu hukuki kavram çerçevesinde değerlendirilebilir mi? Yani buradan asıl varmak istediğim konu şu, ortada olan bu kavram bir yurttaşla ilgili kavram mıdır, yoksa insanla ilgili bir kavram mıdır? Teşekkürler.

Prof. Kriele: Gestern hat bereits einer der Referenten versucht den Begriff oder den Ausdruck Zivil in der Wendung ziviler Ungehorsam zu erläutern. Es gibt keine eindeutige Wortverwendungsregel, gemeint ist allseits zivile gleich nicht militärisch gleich nicht gewaltsam aber es ist wohl

nicht gemeint soweit ich nicht übersehe, das zivile Ungehorsam ist gleich dem Staatsbürger. Theoretisch wäre denkbar, und es gibt ja praktische Ansätze dafür, daß sich Ausländer in Deutschland mit den Mitteln des zivilen Ungehorsams gegen ungerechte Behandlungen wehren. Ob sie damit Erfolg haben, das eine zweite Frage, aber das anzuwenden, steht theoretisch den Ausländern zu.

Hayrettin Şener: Şimdi ben sadece pratik hayattan değişik örnek vererekten sivil itaatsizliğe açıklık getirmesini istiyeceğim. Şimdi Alman kilisesinin de uyguladığı bir kural vardır. Türkiye'de okullardaki kurallardan birisi bu kıyafet zorunluluğu, mecburiyeti. Devlet okulunda mesela, spor ayakkabısıyla okula gelmek yasaktır. Yahut ta kravat takmak, belli renklerde ceketler giymek gibi. Ben Almanya'da öğretmenlerin dahi böyle bir kurala uymadığını bizzat gördüm. Birincisi bu gelişim Almanya'da nasıl olmuştur? Bir sivil itaatsizlik sonucu mu olmuştur. Bu soruyu Sayın Dreier cevaplayacak. Bir de şimdi sivil itaatsizlik ne zaman devlete karşı olan birşeydir? Yine İstanbul'dan -Almanya'da belki böyle bir sorun yoktur- ama yine burdan bir misal vermek istedim. Şimdi İstanbul'da eski Suriçi semti vardır: Eski İstanbul. Şimdi İstanbulun bu bölümüne bir raylı sistem yapıyor. Bu raylı sistem yapıldıktan sonra, bundan 15 gün öncesine kadar, zannediyorum, minibüs denen araçların, minibüslerin Suriçine girmesi yasaklanmıştı. Fakat bu yasağı minibüsçüler dinlemedi, bu bir gelişme. İkincisi minibüslerin girip çıkmasından rahatsız olan bir sokağın ahalisi de daha sonra, minibüsçülere karşı yolu bir kamyon dolusu taşla kapattılar, yani burada iki sivil grup birbirleriyle mücadele eder duruma geldi, hatta bu sivil grupların bir tanesi kanunu bizzat savunma durumundaydı. Evet .bu kadar. Teşekkür ederim.

Dreier: Adressat zivil Ungehorsams ist typischerweise der Staat in sofern eine Art Gewaltmißbrauch, Aber Herr Kriele hat heute das schöne und klassische Beispiel des Streitrechtes erwähnt. Der Streit richtete sich ursprünglich gegen Arbeitgeber, also gegen Zivilpersonen oder Unternehmer mittelbar auch gegen den Staat, weil er auch keine Gesetze geschaffen hatte, die unter bestimmten Voraussetzungen den Streit erlaubten. In der Tat findet man diese Handlungsform des zivilen Ungehorsams heute so, daß sie sich sowohl gegen den Staat, als auch gegen kommunale Einrichtungen, als auch gegen die private Einrichtungen, die in einem bestimmten Bereich ein Monopol haben, richten. Was Sie gefragt haben ist kein juristisch zu lösendes Problem, ist auch nicht zivil Ungehorsam.

Dieselhost:

Hüseyin Hatemi: Şimdi efendim, vaktimiz daldı. Alman konuklarımızın başka bir kuralı var, bunun nedenini arzu ederseniz. Hocam siz son ko-

nuşmacı olarak.....

Dieselhost: Vielleicht eine kurze Bemerkung. In 1945 hat ein großer alter Mann der deutschen Sozialdemokratie Karlo Schmidt gesprächsweise gesagt, man muß die deutsche Jugend zum Ungehorsam erziehen. Er meinte damit, daß die Erfahrungen des dritten Reiches, so benutzt werden sollten, daß die Erziehung zur Bereitschaft der Tyrannei, dem Unrecht, dem beginnenden Unrechtsstaat zu begegnen, geweckt werden sollte. Der selbe Karlo Schmidt hat dann in 1948 bei dem Erlaß des Grundgesetzes die Aufnahme eines Widerstandrechts in die Verfassung abgelehnt, weil dieses Widerstandsrecht mißverstanden werden könnte, als Aufruf zum Landdienstbruch. Dieses Spannungsverhältnis zeigt ganz gut auch, wenn der bloß so zu sagen dieses eines Mannes die Problematik, die mit dem Ungehorsam verbunden sein kann, daß die Bereitschaft gerade in Deutschland mit seiner verhältnismäßig grobartigen Tradition die Bereitschaft Unrecht und einem beginnenden Unrechtssystem zu widerstehen erzogen werden sollte, das leuchtet noch heute ein. Ich glaube nicht, daß die Weimare Republik daran zu grunde gegangen ist, daß zu viele zivile Ungehorsam geleistet wurde. Wenn daß die Bürger bereit gewesen sind, den Un in Lauf zu lassen ohne Widerstand zu leisten gegen das beginnende dritte Reich. Heute kämen wir vielleicht darauf, an die Bürger zu erziehen zu der Bereitschaft zur Zivilcourage. Das braucht nicht die Bereitschaft zum Gesetzesbruch zu sein, aber zum Zivilcourage sich gegen beginnenden Mißstände und Probleme zu wecken. Auch auf die Straße zu gehen und demonstrieren natürlich, im Rahmen des Demonstrationsrecht. Aber da der Rahmen grau ist und die Zonen fließen, gerät er damit wieder in Rangbereiche des zivilen Ungehorsams. Das war der Punkt, auf den ich hinweisen wollte mit diesem Begriff des Primafacien Ungehorsams. Das als ein kleiner Nachtrag. Vielen Dank

Hüseyin Hatemi : Prof. Diesselhorst'un meseleyi koyuş tarzına ben de tamamen katılıyorum. Öyle zannediyorum ki, ben de meseleye aynı şekilde baktığımı anlatmaya çalıştım. Problemi aynı şekilde koydum fakat ortak olduğunu zannettiğim görüşü daha somut bir örnek üzerinde belirtmek için müsadenizle bir halk hikayesinin şemasından yararlanmak istiyorum. Hani bizde bir hikaye vardır; bir sürü sahibi, sürüsünü çobana emanet eder, dikkat edelim, halk kendisini sürü olarak bu *Gesellschaftsvertrag*'la yönetici olan çobana emanet etmiyor, halk sözleşmenin tarafıdır. Çobanla halk arasında bu iki sözleşme tarafı *Partner* arasında *Gesellschaftsvertrag* meydana geliyor. Sürü halkın işlevidir, halkın yararlarıdır, yani bunların iyi yönetimidir. Sonra bu *Gesellschaftsvertrag*'tan bu içtimai mukavele bir *Geschäftsführung* sözleşmesi şeklinde, iş yönetimi sözleşmesi şeklinde meydana geliyor. Hobbes' un

izahında olduğu gibi önceden halk olan *Gesellschaftsvertrag*'tan sonra sürü haline gelmiyor . Sürü başta da halkın menfaatiydi, çıkarıydı, bu gerçek anlamda *Gesellschaftsvertrag*'tan sonra da oldu. Şimdi çoban bu sürüyü hukuk devleti kurallarına göre, hesabını verecek tarzda idare ediyor. Herşeyin hesabını tutuyor, fakat hesap vereceği sırada elinde bir küçük çanak yoğurt var, sürü sahibinin karşısına çıkıyor ve ona şöyle diyor : Tam şeklen bütün muhasebe kurallarına uygun bir hesap veriyorum: ikisi gitti kasaba, ikisini sayma hesaba, üçünü kurt kaptı filan deyip, elinde yoğurt dolu tas, geriye sürüden bu yoğurt çanağı kaldı, işte onu da sana getirdim, diyor. Şimdi halk bakıyor ki; şekli demokrasi kurallarına uygun hesap ediyor. Ama bir şey diyemiyor, ama işin içinde bir yolsuzluk var; onu da izah edemediği için adalete uyulmadığı, demek ki gerçek yönetim usullerine uyulmadığı için, halk bu sırada, ister sivil itaatsizlik diyelim sürü sahibi yani halk yoğurt çanağını adamın başına geçiriyor. İşte hesabını dürüst veren böyle yüzünün akıyla çıkar diyor. Şimdi *ziviler Ungehorsam* bu tepkidir. Her şey şeklen usulüne uygun cereyan ediyor ama işin içinde bir şeyler var , halk onu izah edemiyor. Şeklen usulüne uygun cereyan etmesini gizleyen perde, onu öyle gösteren, örten perde, kamufle eden perde de sivil toplum, pluralist, bilmem çok partili rejim gibi gene şekli kurallar oluyor. Bunun arkasında oynanan oyunu sezemeyen halk sivil toplum lafının kötüye kullanılmasına karşı, o da sivil kelimesini kullanarak sivil toplumdaki yararlanıyorsanız ben de sivil itaatsizlik yaparım diyor. İşte ondan sonra da çobanlar şey diyor, hesabımızı doğru dürüst verdik , yüzümüzün akıyla çıktık. Ama böyle değil. Şu halde cezalandırılmam , yoğurdu başımıza geçirin, size hesabın yalnız şekli kurallarla değil, adalet kurallarına da uygun şekilde verilmesi yani sürünün gerçekten iyi idare edilmesidir. Bunun çaresini de hem iyi idare nedir, maddi bakımdan bunun üzerinde düşünerek, hem de şekli bakımdan bu akdi, bu sözleşmeyi halkın daha önceki denetimini tüm sorunlar hesap beklemekten , devamlı çobanı kontrol edebilmesini sağlayacak iyi bir demokratik örgütlenme modeli üzerinde düşünmeliyiz. Durum böyle çözümler, kanaatin deyim. Teşekkür ederim.

Ali Güzel:Biz teşekkür ederiz. Sayın Çağlar bir kelime için söz istediler, buyrun sayın Çağlar.

Bakır Çağlar : Sürü kelimesine itiraz ediyorum. Teşekkür ederiz. (Sürü ile Çoban çok eskilerde kalan bir konu) (Karşılıklı lütfen tartışmayalım.)

Hüseyin Hatemi : Bir dakika, ben gene, bilhassa bunun yanlış anlaşılacağını beklediğim için "sürü burada halk değildir, sürü halkın işleridir, malvarlığıdır, *Geschäftsführung* sözleşmesidir. Hobbes'un dediği gibi halk bu sözleşmeden sonra sürü oluyor demiyorum" diye belirttiğim halde gene yanlış anla-

şıldıysa, ben artık el insaf-ı Allah'a sığınıyorum.

Ali Güzel : Efendim panel reisi olarak, önce panele konuşmacı olarak katılan hocalarımıza , ikinci olarak siz konuklarımıza sabrınız ve dikkatiniz, yaptığınız katkılar ve sorular için sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Ve yine de bu kişisel, duygusal bir teşekkür. Türkiye'de bilim hayatına verdi, söylendi, vardı ama adı koyulduğu ve yeni bir tartışma yeni bir konuyu gündeme getirdikleri için bu sempozyumu düzenleyenlere şahsım adına teşekkür ediyorum. Şimdi sempozyumun kapanış konuşmasını yapmak üzere Sayın Hayrettin Ökçesiz'i davet ediyorum

Hayrettin Ökçesiz: Konuya yeniden girmek istemiyorum. Sona ermiş bir sempozyumun tartışma konularını tekrar alevlendirmenin şu anda elbette bir gereği yoktur. Ancak yine de birkaç cümle ile kimi noktalara kısaca değinmek istiyorum: Ben sivil itaatsizlikte Gandhi'nin modelini benimsiyorum. Gandhi'nin çok ilginç iki sivil itaatsizlik yönü vardır: Birincisi şiddetsizlik, çok az konuşuldu bu sempozyumda. İkincisi, sivil itaatsizlikte bulunurken sivil itaatsiz kimsenin, Gandhi ona Satyagrahi diyor, ikna edilmeye hazır olma tutumunu taşıması. Yani direnirken, kendisine karşı direndiği objesinin ya da sujenin haklarına saygı duyan, onun argümanlarına açık olan bir tutum içermesi. Bu şu bakımdan önemli: hukuk devletinde sivil itaatsizlikten bahsettik biz, itaatsizlikten değil. Bu bir sivil itaatsizliktir ve sivilin altını çizmek lazım. Sivil demek, belli bir çerçevede yönetimle anlaşmış olmak demektir. Yani sivil itaatsizlik de o zaman, karşılıklı meşruluk reddi değil, aksine meşrulukların karşılıklı tanınarak devletin hukuk devleti olamadığı yerde devleti hukuk devleti olmaya çağıran ama hukuk devleti yollarının tıkandığı yahut beklenen yardımı edemediği yerde bu tarzda bir ses duyurmak demektir. Onun yasal nitelenmek zorunluluğu yoktur. Ancak yasakoyucu sivil itaatsizlik edimlerini diğer adı suçlardan ayırabiliriz. Tartışmaya katmak istediğim son sözler bunlardır. Medeni cesaretle sivil itaatsizlik eylemlerinde bulunan insanların bu gerçekliklerini biz burada bilimlerin ve felsefelerin yöntemleriyle irdelemeye, eleştirmeye çalıştık. Ümid ederim ki, bu tartışmalara devam edilir. Sivil itaatsizlik çağdaş toplumların önemli bir olgusudur. Türkiye bu durumu on yıllardan beri yaşıyor. Şimdi tabii çocuğun ismini koymak gerekiyor, sayın Selçuk'un dedikleri gibi.

Burada, **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi** adına **Alman Kültür Merkezi** ile birlikte giriştiğimiz bu iki uluslu sempozyumun gerçekleşmesinde sağladığı maddi olanaklar ve gösterdiği manevi destek için Alman Kültür Merkezi Müdürü Sayın Johannes Weissert'e içten şükranlarımı sunuyorum.

Bu üniversite dışı akademik etkinliğe bildirimleri ve tartışmaları ile katılan değerli bilimsel ve felsefeciler Sayın: Prof. Dr. Bakır Çağlar, Prof. Dr. Ger-

hard Dannecker'a, Prof. Dr. Malte Diesselhost'a, Prof. Dr. Ralf Dreier'e, Prof. Dr. Ali Güzel'e, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye, Prof. Dr. Martin Kriele'ye, Prof. Dr. Bülent Tanör'e, Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na, Doç. Dr. Emin Artuk'a, Doç. Dr. Sami Selçuk'a ve değerli dinleyicilerimize (ülkemizde bu tür felsefi etkinliklerde görülen izleyici kıtlığı karşısında ilginç sayılacak bir sayıda) iki gün boyunca gösterdikleri etkin katılımı yarattıkları yoğun ve seçkin bilgi ve iletişim ortamı için içten teşekkürlerimi dilegetirmekten kıvanç duyuyorum.

Sempozyumun ilk tasarımından sona erdiği güne kadar olağanüstü gayretleri ile yardım eden, Alman Kültür Merkezi Program Asistanı Sayın Semra Aktaş'a gönülden teşekkür ediyorum. Sempozyum süresince etkinliğin aksamaması ve sorunsuz sürebilmesi için üşenmeden ve küçümsemeden bana yardım eden değerli meslektaşlarım sayın; Arş. Gör. Zeynep Özlem Üskül'e ve Arş. Gör. Ahmet Haluk Atalay'a teşekkür borçluyum. İki günden beri buradaki zorlu görevlerinin üstesinden tam yerlilikle gelen similtan çevirmenlerimiz sayın Fatma Artunkal'a değerli hizmetlerinden bütün yararlananlar adına içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Son olarak, fakat asla bu anlamda olmamak üzere, Argumentum Aylık Hukuk Dergisinin Yayın Kurulunun ve Genel Kurulunun Değerli Üyelerine, bu tür bir sempozyumu dergimiz adına gerçekleştirmek için bana verdikleri izin ve görevden dolayı teşekkür ederim.

Dreier: die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das einfache Gesetzesrecht berücksichtigt. Dafür haben wir heute morgen noch von Herr Dannecker gehört, wie die Gerichte bei der Interpretation des Nötigungsparagraphen insbesondere der Rechtfertigungsklausel Verwerflichkeitsklausel die Grundrechte der Meinungs- und Referendumsfreiheit anziehen und so unterschiedlichen Ergebnissen zivilen Ungehorsam teilweise für gerechtfertigt halten, teilweise nicht. Die dritte Bemerkung betrifft das eigentliche Rahmenthema dieses Diskussions Zukunft des zivilen Ungehorsams. Vielleicht erinnern sich einige von Ihnen, daß ich die dreizehnte meiner 13 Thesen zum zivilen Ungehorsam in Thema gebündelt hatte. Ich bin der Meinung, daß Widerstand gegen mißbräuchliche Innehabung oder Ausübung öffentlicher Gewalt ein Dauerthema ist, das je nach der Konstellation in einem Staat... wieder gelten macht. Was die besondere Protestform, Widerstandsform, Handlungsform des zivilen Ungehorsams betrifft, so habe ich den Eindruck, daß gerade in demokratische Verfassungsstaaten, die vor Herausforderungen stehen mit gegen die zu kämpfen haben durch unterschiedliche Meinungen regiert zu werden.

Ali Güzel: Teşekkür ederiz. Buyrun Sayın Ha-

temi.

Hüseyin Hatemi: Sayın dinleyenler, herşeyden önce sayın meslektaşım, arkadaşım Bakır Çağlar'ın kendisini ifade ederken seçtiği kendini açıklama, ifade etme araçlarından kullandığı ifade tarzından biraz rencide olduğumu müsaadesiyle belirtmek istiyorum. Her konuşmaya girerken, benzer konulu her konuşmayı yaparken, içimde bir endişe olduğunu itiraf ederim: Gene yanlış anlaşılacağım, gene bir alay söylemediğim şeyler yüklenecek, veya gene önyargılara göre Babil kulesi teorilerine göre nitelendirileceğim diye. Mesela benim niye Avrupa'da, batıda inanan bir katolik diyelim, katolik kilisesi hukuku mensubu gidip bir yerde konuşurken, bir yerde kendi fikrini izah ederken, niye mesela **militan** gibi bir niteliklemeyle karşılaşmaz da bizde karşılanır bunun özlemine çekiyorum. Benim de ilahi tabii hukuk mensubu, ona gönül vermiş ona bağlanmış birisi olma özgürlüğüm yok mudur ki buraya gelip ilahi tabii hukuk diye, özel olarak yanlış anlamaları da önlemek için katolik olsun, protestan olsun, gerçek musevi olsun bütün inanırlara ortak, temel değerler dizisi diye savduğum bir görüş, sonra benim daha hangi gurup olduğunu bilmediğim bir Türkiye Mühendisleri gurubuyla özdeşleştirdim. Ben hiçbir Türkiye mühendisi ile aynı düşünmüyorum. Ben hukukçuyum. Mühendis ideolojisi diye birşey de yok zaten. Pragmatizm gibi gösterilen, oportünist bir mühendis ideolojisi varsa, bu da sadece şeklen müslüman olanlar tarafından da temsil edilmiyor, geniş ölçüde İslam'ın karşısında olan bir Papatya Gurubu tarafından da temsil ediliyor. Şu halde müslüman olunca yani İslam'a inandığını söyleyince niye mutlaka bir guruba mensubiyet ve de o gurubun militanı olmak gibi bir zan doğursun. Ben burada kendi türkümü söylüyorum. Tek başıma kendi türkümü söylüyorum. Türkiye' de bu türküye katılan fazla kişi olduğunu hiç ümit etmiyorum. Hiç zannetmiyorum. Sizin müslüman dediğiniz çevrelerde de benim söylediğim, hepsini bir potaya koyduğunuz çevrelerde de ben gene Babil kulesi yayınlarını aşamıyorum. Ve gene bir bakıma tüzücü bir tespit ki aynı anadili paylaşmadığımız kişilerle daha iyi anlaşıyorum, tercüman aracılığıyla da olsa. İşte Türkiye'de bu havayı değiştirmek lazım bence. Ben yalnız kendi söylediklerimle bağlı olarak konuştum ve hiç bir bugünkü İslam düzeninden hatta tarihteki İslam düzeninden de örnek vermeyeceğimi söyledim. Dedim ki, 661'den sonra pozitif İslam kamu hukuku örneği diye bir örnek veremem. Ama mesela 1979'dan sonra verebilirim deseydim, o zaman hiç değilse, bir ölçüde bazı bu kabil sorular bana da sorulurdu ama ben kimse'nin temsilcisi değilim. Şimdi ilahi tabii düzeni diyelim, gerçek anlamda olması gereken tabii hukuk anlayışı diyelim, bu tabii hukuk anlayışına göre gene meseleye bakarsak, dün şöyle söylemişim ben, nazari olarak o islam ve daha geniş anlamıyla ortak ilahi tabii hukuk anlayışında sivil itaatsizliği, karşı

koymayı şu şekilde anlıyorum diye izah ettim, fakat bugünkü hukuk devleti anlayışıyla nasıl bağdaştırılır bu kavram? Bu İslamın sorunu değildir. Zaten İslam hukuk devleti, hıristiyan hukuk devleti yoktur. Hukuk devleti vardır. Bu insanlığın varması gereken ortak bir hedeftir. İslam hukuk devleti başka türlü, hıristiyan hukuk devleti başka türlü olmaz. Hukuk devletidir veya değildir. Hukuk devleti nedir? 1. Maddi bakımdan meseleyi incelemek lazım. Adalet devletidir. *Gerechtigkeitsstaat*'dir. Maddi bakımdan, maddi kıstasta, hukuk devleti demek adalet devleti demektir. 2. Şekli bakımdan da Tanrı tarafından seçilmiş bir devlet reisi olmadıkça, bir peygamber başta olmadıkça, hukuk devletinin, yani adalet devletinin onsuz olmaz şekli şartı demokrasidir. Şu halde demokratik hukuk devletidir. Ancak bu *ziviler Ungehorsam* kavramı niye karşımıza çıkıyor ve niye çözemiyoruz? Çünkü maddi bakımdan hukuk devletinin ne olduğunu unutuyoruz. Unutmamız için de baskı gurupları, çıkar gurupları, örgütlü çıkar gurupları ellerinden geleni yapıyorlar. Yani bize, şu beyin yıkama yoluyla, batıda, İslam ülkelerinde şu düşünceyi telkin ediyorlar. Hukuk devleti demek sadece şekli şartlarla hukuk devleti demektir. Demokrasi varsa, hukuk devleti var demektir. Demokratik usuller varsa, hukuk devleti var demektir. Ve bunu da gerçek adaleti, nazari alanda nisbileştirerek, rölatif hale getirerek yapıyorlar. Yani nazari alanda diyorlar ki adalet kavramı görecelidir. Adalet diye bir şey yoktur. Şu halde bir nevi gene.. 'ye dönüş. Çoğunluğun sesi. Ama çoğunluğun sesi de olmuyor o ses, maalesef. Baskı gurubu megafonunu kim eline geçirmişse, kimin yüksek çıkıyorsa sesi, yani intizamı güç kimin elindeyse, onun sesidir. Şeklen de demokrasi vardır. Şu halde mesele yoktur; daha ne istiyorsunuz? diyorlar. Ve bunu da *Pluralismus* sivil toplum gibi yeni nazariyelerle, bir *Scheindemokratie* bir göstermelik demokrasiyi bize, hukuk devleti olarak, bilinçsizleştirip, yabancılaştırıp bize kabul ettirmeye çalışıyorlar. İster hıristiyan olsun, ister Amerika'da olsun, ister şarkta olsun, ister garpta olsun, önemli değil.

İslam hukuk devleti filan yoktur. Hukuk devleti vardır, o da adaletin gerçekleştiği devlettir. Hukukçular da böyle bilinçsizleşince adalet madem ki göreceli kavramdır deyince, işte Almanların da söylediği, bizde de ortak bir deyimde olduğu gibi hani "*Wessen Wagen steigt er, dessen Lied singt er*" usulü gibi kimin hukukçularla hangi baskı gurubu güçlüyse onun türküsünü çaldığına. Halk ne yapacağını bilmiyor. Herkes hukuk felsefesi adalet başıma gelmedikçe ateş düştüğü yeri yakıyor başına gelmedikçe bu kavramlar üzerinde düşünemiyor ve kafalar çok karışıyor sivil toplum diye baskı guruplarının perdesi altında *juristische Persönlichkeit* tüzel kişiler perdesi altında, partiler, holdingler bunlar arasında gizli ilişkiler filan derken bu halkın sesi de olmuyor. Çoğunluğun sesi de olmuyor. İktisadi

oligarşinin sesi oluyor. Halk da bundan bilinçsiz de olsa bir rahatsızlık duyduğu zaman bir itaatsizlik tezahürü gösteriyor. O zaman halka diyoruz ki yahu senin daha istediğin nedir? İşte maşallah çok partili pluralist demokrasi, sivil toplum filan. Halkta ister istemez bu işin içinde bir terslik var ama anlamıyorum diye bir itaatsizlik belirtisi gösteriyor. O zaman karşımıza işte acaba hukukçuların vicdanını bir nebze olsun tatmin edecek bir sivil itaatsizlik kavramı çıkartıp kalgorist metodlarla biraz daha sömürüyü, bilinçsizleştirmeyi ileri götürebilir miyiz diye düşünüyorum. Şu halde sivil itaatsizlik kavramı gerçek maddi anlamda da hukuk devletinin ne olduğu üzerinde düşünülmeden ve bu sorun çözümlenmeden çözülecek bir sorun değildir. Biz burada yani mesela aids gibi kanser gibi önemli bir hastalığı ama biyolojik değil sosyolojik açıdan doktorların nasıl biyoloji temeline dayanarak hastalıklara bir çare bulmaya çalışan fen adamlarıysa biz de sosyoloji temeline dayanarak toplumsal hastalıklara çare bulmayı düşünüyorsak eğer, *ziviler Ungehorsam* terimi yeterli bir çare değildir. O aspirin demektir. Palyatif tedbir demektir. Biz herşeyden önce yabancılaşmayı önleyen, maddi bakımdan, maddi muhteva bakımından da adaleti gerçekleştiren bir devleti kuracağız, yani adaletin ne olduğunu önce tespit etmemiz gerekir. Eşitlik adaleti *Menschenrecht* alanında mutlak olarak tatbik edilmiyorsa, din farkı yapılıyorsa, dil farkı yapılıyorsa, kadın erkek cins farkı yapılıyorsa, adalet, temelinden çökmüştür. O devlet sadece şekli bakımdan bir göstermelik demokrasidir. Şu halde, eşitlik adaleti mutlak olarak insan hakları alanında gerçekleştikten sonra olan adaletini, liyakat adaletini de gerçekleştirecek bir adalet kavramını, devrimci teori olmadan devrimci pratik olmaz, doğru öğretimi olmadan, doğru uygulama olmaz; önce adaletin ne olduğunu bilelim; ondan sonra da ilerisi için tekrar bir yabancılaşma süreci ortaya çıkmasını diye sivil toplum gibi lafları da bir tarafa bırakarak yabancılaşmayı önleyen halkı yönetimle özdeşleştiren bir siyasi örgütlenme biçimi üzerinde düşünelim. Ancak o zaman sorunu çözmüş oluruz. Yoksa aksi takdirde, bana öyle geliyor ki, aspirinle kanser tedavi etmeye çalışıyoruz ve bu sivil itaatsizliği ister hafifletici sebep kabul edelim, ister halkın sesini biraz güçlü çıkarttığı zamanlarda mahsus olmak üzere bir hukuka uygunluk sebebi kabul edelim, problem çözülmüş olmayacaktır. Teşekkür ederim.

Ali Güzel: Biz teşekkür ederiz, sayın Hatemi.

Bakır Çağlar: İzin verirseniz -sanırım- yanlış bir anlama oldu; iki noktada Prof. Hatemi benim hocamdır. Onun dürüst bir insan olduğunu biliyorum. Ama onun ötesinde bir militan olmadığını çok iyi biliyorum. İsterseniz onun sıfatını birlikte koyalım: Prof. Hatemi bir marjinal. Marjinaler militan olmaz, entellektüel olur. Bu bir. İkincisi, entellektüel olduğunu kanıtlamak için size ikinci bir kanıt vereceğim,

biz ve halk diyor. Militanlar biz ve halk demez. Biz halkız derler. Biz halkız demediğine göre Sayın Hatemi bir entellektüel. Fakat Sayın Hatemi'nin bir entellektüel olarak şu anda hakim düşünceyi temsil ettiğini hiç bir zaman söylemedim. Papatyalardan kendisi sözetti, ben onu söylemedim, söylemek dahi istemem... lerden sözettim ama Prof. Hatemi'den söz etmedim. Onun için niçin bu kadar alındığı konusunda gerçekten ciddi bir soru kafamda ortaya çıktı. Buna ilişkin Prof. Hatemi'nin düşüncelerini kastetmiyorum. Onun için bu ufak düzeltmeyi yapmak gereğini duydum. Hepsi bu kadar.

Ali Güzel: Teşekkür ederim. Sn. Prof. Kriele.

Kriele: Ich möchte wieder zurück zum Thema und möchte drei Anmerkungen machen. Erstens

zum Begriff des zivilen Ungehorsams. Bewußte Gesetzesübertretung zum Zweck der kiritischen Demonstration. Das kann vom Begriff her nicht juristisch rechtfertigungsfähig sein. Nur demokratisch naturrechtlich philosophisch rechtfertigungsfähig, nicht juristisch. Wenn es juristisch rechtfertigungsfähig zB. wenn es im Rahmen der Versammlungsfreiheit staattfindet, dann ist kein ziviler Ungehorsam, sondern gebrauch machen von den legalen Mitteln der Demokratie. Die gehen auf die Strasse, demonstrieren, die Straße blockieren, weil so und so. Das ist alles legal. Vor der juristi - schen Entscheidung weiß man nicht, ob es genau legal ist oder nicht. Erst entscheiden die Gerichte. Aber nach der Entscheidung weiß man das und das legal ist Und was legal ist, kann zu der Definition hier nicht zivil Ungehorsam sein. Zweitens...

ARGUMENTUM Aylık Hukuk Dergisi

Yayın Kurulu: Yrd. Doç. Dr. O. Gökhan Antalya, Ar. Gör. Funda Başaran, Ar. Gör. Nurşen Caniklioğlu,
Yrd. Doç. Dr. Abdullah Dinçkol, Ar. Gör. Fethi Gedikli, Prof. Dr. Ali Rıza Okur,
Ar. Gör. Pervin Somer, Yrd. Doç. Dr. Kamil Yıldırım, Yrd. Doç. Dr. Mustafa Yıldız.

Bu Sayıyı Yayına Hazırlayan: Fethi Gedikli

Sahibi ve Yazı İşleri Sorumlusu: Yrd. Doç. Dr. O. Gökhan Antalya

Haberleşme Adresi : Argumentum- Yrd. Doç. Dr. O. Gökhan Antalya, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 81014 Haydarpaşa, İstanbul

Dizgi-İçdüzen ve Baskıya Hazırlık: Nusret Özcan **Baskı:** Erken Ambalaj