

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

BERNHARD
SCHLINK
**GEÇMİŞE
İLİŞKİN
SUÇ VE
BUGÜNKÜ
HUKUK**

ALMANCADAN
ÇEVİREN
REYDA ERGÜN



Vergangenheitsschuld und Gegenwärtiges Recht / Bernhard Schlink

© Diogenes Verlag AG, Zürih, 2007

© Zoe Yayıncılık Tic. Ltd. Őti, İstanbul, 2018

Almancadan  eviren: Reyda Ergün

Hukuk Dizisi: 003

1. Basım: Dost Kitabevi Yayınları / Ekim 2012

2. Basım: Zoe Kitap / Mart 2019

ISBN: 978-605-81033-2-0

Dizgi: Selin Kalkan

Kapak Tasarımı: Savaş  eki 

Baskı: Ayhan Matbaa

Mahmutbey Mah. 2622. Sok. No: 6/31 Bağcılar / İstanbul

Sertifika No: 22749

Zoe Kitap

Sertifika No: 42428

Merkez Mah. Perihan Sok. No:67/2 Emin Bey Apt.

ŐiŐli / İSTANBUL

Tel/Faks : 0.212.230 95 96

info @ zoekitap.com www.zoekitap.com

Bernhard Schlink

Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk

Almancadan Çeviren: Reyda Ergün



BERNHARD SCHLINK, 1944 yılında Almanya'da doğdu. Kamu hukuku ve hukuk felsefesi profesörüdür. 1987-2006 yılları arasında Nordrhein-Westfalen Anayasa Mahkemesi'nde yargıç olarak görev yaptı. 1992 yılından beri Berlin'deki Humboldt Üniversitesi'nde öğretim üyesidir. Edebiyat kariyerine 1980'lerde öykü ve polisiye romanla başlayan Schlink'in 1995'te yayımlanan Okuyucu (Vorleser) adlı romanı uluslararası bir başarı yakaladı.

REYDA ERGÜN, Sankt George Avusturya Lisesi'nden mezun oldu. Hukuk lisansının ardından insan hakları hukuku alanında yüksek lisans yaptı. Galatasaray Üniversitesi'nde kamu hukuku doktora programını tamamlayan Ergün, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır.

İçindekiler

Önsöz	9
Hukuk – Suç – Gelecek	13
Hukuk Devleti ve Devrimci Adalet	36
Uygunsuz Bir Dayatma Olarak Geçmiş?	55
Geçmişle Hukuk Aracılığıyla Baş Etmek	79
Kamu Hukuku Biliminin Yas Tutma Beceriksizliği mi?	108
Sonsöz: Geçmişin Bugünü	125

Michael Schröter için

Dipnotlardaki Kısaltmalar

BBG	<i>Bundesbeamtengesetz</i> Federal Memurlar Kanunu
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> Ceza Hukukuna İlişkin Federal Yargıtay Kararları
BRRG	<i>Beamtenrechtsrahmengesetz</i> Devlet Memurları Hukuku Çerçeve Kanunu
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgericht</i> Alman Federal Anayasa Mahkemesi
JGG	<i>Jugendgerichtsgesetz</i> Gençlik Mahkemeleri Kanunu
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> Alman Ceza Kanunu
RNPG	<i>Gesetz zur Prüfung von Rechtsanwaltszulassungen, Notarbestellungen und Berufungen ehrenamtlicher Richter</i> Avukatlığa Kabul, Noterlik Görevlendirme ve Fahri Yargıçların Atanmasının Denetlenmesi Hakkında Kanun
VVDStRL	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i> Alman Kamu Hukuku Öğretim Üyeleri Birliği Yayınları

Hukuk Dergileri:

AÖR	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
ArbR	<i>Arbeitsrecht Aktuell</i>
DÖV	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i>
DtZ	<i>Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JZ	<i>JuristenZeitung</i>
KJ	<i>Kritische Justiz</i>
KritV	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i>
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
NJ	<i>Neue Justiz</i>
NJW	<i>Die Neue Juristische Wochenschrift</i>
NZA	<i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
SJZ	<i>Die Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
StV	<i>Zeitschrift Strafverteidiger</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

Önsöz

Suç daima geçmişte kalana ilişkindir. Suçun yalnızca tek tek insanların geçmişteki davranışlarına değil, geçmişe ilişkin oluşu ve tarihin belli bir dönemini tamamen ve dahası o dönemin ardından gelen bugünü de karartması, Nazi Almanyası sonrası döneme özgü bir tecrübedir. Yahudi Soykırımı'nın karanlık gölgesi geniş bir alana yayılır ve geçmişe ilişkin suç¹ konusunun kuşakları aşarak sürekli gündeme gelmesine neden olmuştur.

Bu kitaptaki yazılar son on beş yıla yayılan bir süreçte ortaya çıktı. Kitap, savaş sırasındaki ve sonrasındaki kuşakların herhangi bir suçun faili olup olmadıklarına yönelik soruyla başlıyor. Ardından komünist geçmişle hukuki olarak ve yargısal yollarla baş etme teşebbüsünü inceliyor. Sonrasında genel olarak hukuk aracılığıyla

¹ Bu kitabın adında da geçen ve “geçmişe ilişkin suç” sözcükleriyle karşılanması tercih edilmiş olan *Vergangenheitsschuld* kavramı Bernhard Schlink tarafından özgül bir durumu anlatmak için kullanılmaktadır. Geçmişe ilişkin suçtan söz ederken anlatılmak istenen, gerçek ya da tüzel kişilerin geçmişteki davranışları değildir. Burada anlatılmak istenen daha ziyade belli bir dönem boyunca yaşamış olan bütün bir kuşağa bulaşan bir suçtur. Söz konusu dönem artık geçmişte kaldığında bile, gölgesi bugüne uzanır; sonraki kuşaklara da bir tür suçluluk ve sorumluluk duygusu bulaştırır. Yazarın kavrama getirdiği açıklama için bkz: Bernhard Schlink, *Guilt About The Past*, House of Anansi Press, Kanada 2010, s. 1 (ç.n.).

geçmişle baş etmenin² mümkün olup olamayacağını sorguluyor ve hemen ardından özel olarak nasyonal-sosyalist geçmişle, bir yandan kamu hukuku bilimi çerçevesinde diğer yandan da toplumsal olarak, yüzleşme konusuna dönüyor. Kitaptaki, her biri bu konulardan birine ayrılmış olan yazılar, geçmişe ilişkin suçun bugün için anlamı ve bugünkü hukukun geçmişe ilişkin suçla baş etmekte oynayabileceği rol üzerine sağlam bir kanı oluşturma sürecinin duraklarıdır. Bu role ilişkin soru, 1989'dan sonra teorik bir soru olmaktan çıkıp benim kuşağımdan hâkimlere, savcılara, avukatlara ve hukuk bilimcilerine yönelik pratik bir soru haline gelmiştir. Soru, Yahudi Soykırımı'nın gölgesinde bir soru olarak kalmış ve sık sık nasyonal-sosyalist geçmişin hukuki olarak ve yargısal yollarla üstesinden gelinmesinde ihmal edilenin, komünist geçmişle başa çıkarken bir dereceye kadar telafi edilmesinin gerekli olduğu ileri sürülerek tartışılmıştır.

Son on beş yıla yayılan süreçte bazı şeylere farklı bir açıdan bakmayı öğrendim. İlk yazıyı yazdığım dönemde, geçmişe ilişkin suça bulaşmışlığın bir gün sona ereceğine güvenim, bugüne kıyasla daha fazlaydı. Ellili yıllarda geçmişin yeterince işlenmemiş olduğuna ilişkin yargım daha katıydı. Oysa daha Vietnam Savaşı sonrasında ABD'de görmüş olmam gerektiği ve Duvar'ın yıkılmasından sonra yeni federe devletlerde görmüş olduğum gibi, tarih-

² *Vergangenheitsbewältigung* ya da *Bewältigung der Vergangenheit* terimi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Batı Almanya'da Nazi Almanya'sı geçmişinin acı tecrübeleriyle ilişki sorunu bağlamında ortaya çıkmıştır. Alman dili ve tarihine özgü bu terimin başka dillere çevrilmesinde sorun yaşanması kaçınılmazdır. Mithat Sancar'ın *Geçmişle Hesaplaşma* adlı kitabında isabetle ortaya koyduğu gibi, terimi *Bewältigung* sözcüğünün sözlükteki karşılıklarını kullanarak çevirmek (geçmişle başa çıkmak, geçmişle baş etmek, geçmişin üstesinden gelmek) kavramın özgül anlamını ortaya koymaya yetmemektedir. Sancar'ın, terimi karşılamak için önerisi "geçmişle hesaplaşma" kavramıdır. Bu çeviride bilinçli olarak terim, sözlük anlamları kullanılarak karşılanmıştır. Zira Sancar'ın da kitabında yer verdiği gibi, Bernhard Schlink *Vergangenheitsbewältigung* ya da *Bewältigung der Vergangenheit* teriminin kullanımına ilişkin eleştiri getiren yazarlardan biridir ve bu kitapta da söz konusu tartışmaya yer vermektedir. Dolayısıyla terimin "geçmişle hesaplaşma" kavramıyla karşılanması bu kitap bağlamında çeviride sorunlara yol açabilecektir. Konuya ilişkin olarak bkz: Mithat Sancar, *Geçmişle Hesaplaşma. Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yayınları, İstanbul 2007, s. 25-35 (ç.n.)*.

sel değişimlerden sonra unutmak ve bastırmak için özel bir irade gerekmez. Söz konusu olan yalnızca, gelecekte kendini dayatacak gemişı işleme ödevini yerine getirmek için insanlarda bir süreliğine derman bırakmayan bir yorgunluktur. Ayrıca şunu da öğrendim: Hukukun geçmişle baş etme sürecindeki katkısı, şu ya da bu kararın alınmasından çok, alınması gerekli kararın ne olduğunun bulunması için ihtiyaç duyulan şekil ve usulü hazır etmesindedir.

Kitaptaki yazıların tümü, konuyla hukuki olarak ilgilenenlere hitap ediyor; yine de hukuk bilgisi gerektirmediklerini söyleyebilirim. Yazılardan dördü ilk önce tebliğ olarak sunulmuş ve tartışmaya açılmıştır. İlk tebliğ Loccum Protestan Akademisi'nde, ikincisi ve üçüncüsü Berlin Humboldt Üniversitesi'nde ve dördüncüsü Frankfurt am Main'daki Max-Planck Avrupa Hukuk Tarihi Enstitüsü'nde Michael Stolleis'in onuruna düzenlenen bir sempozyumda sunulmuştur.

Söz konusu edilenin özel olarak geçmişe ilişkin suç ve bugünkü hukuk mu, yoksa genel olarak geçmişin bugünü mü olduğuna gelince, buna ilişkin teorik ve aynı zamanda yazınsal uğraşımda yol arkadaşım, her zaman için dostum Michael Schröter'di. Bu kitabı, güzel sohbetlerimiz ve zekice tavsiyeleri için duyduğum minnetle ve dostluğumuzun bahtından duyduğum sevinçle, ona ithaf ediyorum.

Berlin, Şubat 2002
B.S.

Hukuk - Suç - Gelecek³

I.

Hukukçular için suç, isnat edilebilirlik anlamına gelir. Suçlu, isnadın yöneltildiği kişidir; hukuka uygun davranmaya ehil olmasına rağmen hukuka aykırı davranmıştır. Hukuka uygun davranma ehliyeti, idrak ve idrake göre hareket etme kudreti gerektirir.⁴ Yürürlükte olan hukuka göre, yetişkinler tam, gençlerse şarta bağlı olarak hukuka uygun davranma ehliyetini haizdir. Çocuklarsa bu ehliyetten bütünüyle yoksundur. On üç yaşına kadar kişinin suç ve ceza ehliyeti yoktur. On dört ila on yedi yaş arasındakiler için suç ve ceza ehliyeti, kişinin yaş olgunluğuyla doğru orantılıdır. Genç yetişkinler, yani on sekiz ila yirmi yaş arasındakiler, kural olarak bir yetişkin gibi suç ve ceza ehliyetini haiz addedilirler; ancak bireysel gelişim, çevre koşulları, fiilin niteliği gibi etmenler çerçevesinde, bu gruba girenler henüz reşit değıllermiş gibi muamele edilir.⁵

³ Bu yazı ilk olarak şu kaynak içinde yayımlanmıştır: Jörg Calließ (der.), *Geschichte- Schuld-Zukunft* (Loccum Protokolle 66), Rehburg-Loccum 1988, s. 57-78.

⁴ Bu sonuç, suç ehliyetine ilişkin düzenlemeden çıkar: §§ 20f. StGB; karşılaştırmak için ayrıca bkz: Systematischer Kommentar zum StGB (Stand Mai, 1987) içinde H.-J. Rudolph, § 19 Rn. 5; Leipziger Kommentar zum StGB (Berlin/New York, 1985) içinde R. Lange, § 21 Rn. 4.

⁵ Karşılaştırmak için bkz: § 19 StGB, §§ 1 / 2, 3 ve 105 JGG; buna ilişkin olarak bkz: R. Brunner, *Jugendgerichtsgesetz*, Berlin/New York, 1985, § 21 Rn. 4.

Hukuki ve aritmetik olarak şu hesap doğrudur: Halen hayattaki Almanlardan bugün en azından elli yedi yaşında olanlar ancak 9 Mayıs 1945'ten önce kusurlu hareket etmiş olabilirler. Yani o tarihte, bugün elli yedi ila altmış bir yaşında olanlar on dört ile on yedi, bugün altmış iki ila altmış beş yaşında olanlarsa on sekiz ile yirmi yaş arasındaydılar ve ancak bugün artık emeklilik yaşında olanlar o tarihte yirmi yaş üzeriydiler. Bunlar her iki devletteki⁶ Almanların aşağı yukarı yüzde on dokuzunu oluşturmaktadır. Bu oran, 2000 yılında aşağı yukarı yüzde on beş, 2010 yılındaysa yuvarlak bir hespla yüzde yediye düşecek ve 2025 yılında artık, 9 Mayıs 1945'ten önce olup bitenlerin hukuki anlamda onun kusurundan ileri geldiği söylenebilecek tek bir Alman bile kalmamış olacak.⁷ Bu hesaptan çıkan sonuç şudur: Almanlar suçlarından kolayca sıyrılabirler; suçtan muafiyet bir lütuf değil, geç doğmuş olmaktan kaynaklanan bir haktır.

Hukuki anlamda, yalnızca kişinin kendisi ve kişi de yalnızca kendi davranışı nedeniyle suçlu olabilir. Kendisi fail değil de suça iştirak eden, yani başkalarını suça azmettiren veya suç işlenmesine yardım ve yataklık eden bile olsa, kişiyi suçlu kılan yine kendi azmettirme ya da yardım ve yataklık fiilidir. Hukuki olarak bir kişinin suçu, bir başkasının kine kaynaklık edemez; suç, ne aynı kuşağın üyeleri arasında yatay ne de bir kuşaktan diğerine dikey olarak intikal eder. İçlerinden bazılarının suçuna istinaden topluluğun tüm üyelerinin suçlandığı kolektif suçluluk kavramı, hukuki suç kavramı ile bağdaşmaz.⁸

Bunun hukuki dar kafalılıkla hiçbir ilgisi yoktur. Başlangıçta düşünölmüş olan suç kavramı, suçun yatay düzlemde ve dikey düz-

⁶ Doğru ve Batı Almanya. Bu yazı iki Almanya'nın birleşmesinden önce kaleme alınmıştır (ç.n.).

⁷ Yukarıdaki hesap için gerekli veriler konusunda şu kaynağa başvurulmuştur: *Statistischen Jahrbuches 1986 für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart/Mainz 1986, s. 61, 67, 588.

⁸ F. W. Rothenpieler, *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, Berlin, 1982, s. 288 ff.

lemde, bir kuşağın üyeleri arasında ve kuşaklar arasında intikalini dışlayacak denli darsa, bunun nedeni, hukukçuların dar görüşlülükleri değildir. Günlük hayatta kullanılan suç kavramını hukuki suç kavramından ayıran yalnızca dayanak noktasıdır: Birinde suç isnadı yürürlükte olan hukuk normları ile çelişen hareketler ve ihmallere dayanırken, diğerinde başka normları ihlal eden davranışlara dayanır; dinin, ahlakın, yerinde davranışın, örf ve âdetin, iletişimin ve etkileşimin işleyişinin normlarını ihlal eden davranışlara... Her iki durumda da kişinin norma uygun davranmaya ehil tutumuna rağmen norma aykırı davranmış olması, kişinin kendi davranışına bağlanır ve suç isnadının koşuludur.

Bu suç kavramıyla, 1933 ve 1945 arasındaki zaman için, cürümleri işleyenler veya bunlara iştirak edenlerin yanı sıra, bu cürümlere karşı koymaya ve muhalefet etmeye ehil olmalarına rağmen, bu direnci göstermeyi ve muhalefet etmeyi ihmal etmiş olanların da suçlu olarak tanımlanmaları mümkündür. Bunun için gerekli koşul, yalnızca söz konusu cürümleri işlememeyi ve onlara iştirak etmemeyi değil, aynı zamanda bu cürümlere karşı direnç ve muhalefeti buyuran normun tanınmasıdır.⁹ Ben kendi adıma bu normu hem koyulabilir hem de tanınmaya değer buluyorum. Ama bu normu ihlal etmiş olma isnadının muhatabı yine de tüm Almanlar ve sonucu da kolektif suç değildir. Zira bu isnat da ancak norma uygun davranışa ehil oluşa dayandırılabilir ve her ne kadar pek çok Alman, olan bitenlere ayak uydurmuşluklarını ve tezahüratlarını acınacak biçimde ve uydurulmuş tehlike hikâyeleriyle mazur göstermeye çalışmış olsalar da, aslında genelde gerçekten de eksik olan karşı koyma ve muhalefet etme ehliyetiydi.

Bir sonraki kuşağın mensuplarıysa, nasyonal-sosyalist cürümleri işlemekten ve bu cürümlere iştiraktan dolayı suçlu olamayacakları gibi, gösterilmemiş olan direnç ve edilmemiş olan muhalefet

⁹ F. König, "Kollektivschuld und Erbschuld", Zeitschrift für katholische Theologie, 1950, s. 40 (50 ff).

için de suçlanamazlar. Buna rağmen çoğu, bu cürümlerle bir alakadarlık, bir mahcubiyet, bir sıkıntı ve bir utanç hissederler. Cürümlerin izleriyle yüzleşirken alakadarlık, bu cürümlerin kurbanlarıyla kişisel olarak karşılaştıklarında mahcubiyet, suçtan muafiyetin yol açtığı kendini beğenmişlikle ve kendinden memnun biçimde, üstten ileri sürülmüş bir iddia karşısında sıkıntı ve kendilerini ya da kendilerine yakın duran ve kendilerini ait hissettikleri kişileri böyle bir tavır içinde yakaladıkları zamansa utanç... Sayısız örnek verebilirim; son zamanlarda Alman Solu, İsrail'in yürüttüğü politikanın değerlendirilmesinde kendini özellikle öne çıkarmak zorunda kaldıkça hep bir utanç hissettim; Federal Almanya Başbakanı Helmut Kohl İsrail'de geç doğmuş olmanın bahsettiğini bir hak gibi talep ettiğinde, bir sıkıntı hissettim. Ne zaman Yahudi arkadaşımın kamplara götürülüp damgalanmış babasıyla karşılaşsam, her seferinde mahcup hissederim kendimi. Ama bu duygulanımların ve onlarla doğru orantılı beklentilerin alanı hukukun değil, yerinde davranışın alanıdır. Şüphesiz, yerinde davranmamak da kişiyi suçlu kılabilir. Ama yersiz davranış yine de sadece yalnızca yersiz davranıştır. Diğer yandan yukarıda sözü edilen kural, bu durumda da geçerlidir: Yersiz davranıştan dolayı yine yalnızca kendileri yersiz davrananlar, böyle bir davranışa iştirak edenler veya ona karşı koymayı ya da muhalefet etmeyi ihmal edenler suçludur.

II.

Öyle görünüyor ki günlük hayatta kullanılan suç kavramı gibi, dar anlamıyla hukuki suç kavramı da bugünkü eğilimle örtüşüyor: Suç yüklü geçmişten, meselenin yakında halledilmiş olacağının şen keskinliği içinde sıyrılıvermek... Bununla birlikte, söz konusu eğilime eşlik eden gölge-olaylar, suçun gerçekten de bu şekilde kavranıp kavranamayacağını ve üstesinden gelinip gelinemeyeceğini sorduruyor insana.

Bu eğilime eşlik ve onu teşvik eden, federal cumhuriyetçi yeni bir Alman kimliği inşa etme gayretidir. Federal Parlamento¹⁰ artık, eskiden bir pedagoji akademisine ait olan binada geçici olarak bulunmak istemiyor, aksine federal cumhuriyetçi devletselliğin temsili sembolü olan bir binada faaliyet göstermek istiyor. Televizyon yayınının kapanışında kamera, Alman Ulusal Marşı'nın eşliğinde, geniş açıyla Ren Nehri kıyısındaki hükümet binalarını gösteriyor. Bonn 1989'da Federal Anayasa'nın kırkinci yılı onuruna, folklorikten tutun akademik olanlara kadar ihtişam dolu kutlama etkinlikleri düzenlemek niyetinde. Federal Almanya Cumhuriyeti tarihine ilişkin bir müze planlanıyor ya da inşasına başlandı bile. Böyle sayısız örnek verilebilir. Bundan sonra birlikte yaşayacağımız tarih, başlangıcı 1949 yılı olacak biçimde kısaltılmalı, 1949'a kadar olan zamansa tarih öncesi ilan edilmelidir. Federal cumhuriyetçi devletselliğin sahneye koyduğu gösteriler zevksiz biçimde Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin benzer etkinliklerini hatırlatıyorsa, bunun nedeni rejinin, mizansenin veya koreografinin hataları değildir. Söz konusu olan aynı şeydir aslında. Federal Almanya Cumhuriyeti, kendine özgü bir kimlik ve tarih inşası sürecinde geride kalmışlığını telafi etmektedir. Bu inşanın nasıl gerçekleştirileceğini Demokratik Almanya Cumhuriyeti zaten göstermişti. Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde başından beri söz konusu inşa amacı, son tahlilde, kimliğin ve tarihin suçtan arınmış olması gerektiği için güdülmüdü. Kendi tarihi savaştan sonra başladığına göre, savaş sırasında ve savaştan önce olan bitenlerle kendi tarihi arasında bir suç bağlantısı zaten olamazdı. Bu akla yatkın geliyor, yine de aynı zamanda başlangıçta ortaya koyulan suç kavramıyla bağdaşması aslında mümkün olmayan bir suç bağlantısı ve suç intikali olasılığını akla getiriyor. Aslında var olmayan bir suç bağlantısı neden ayrıca koparılmalıdır ki?

¹⁰ Bundestag, Federal Konsey [Bundesrat] ile birlikte Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yasama erkini oluşturur. Savaş sonrasında federe devletler, yeni anayasayı da yapacak olan yasama organının ikametgâhı olarak Bonn kentini seçmişlerdir. Başlangıçta geçici olarak Bonn'daki eski Pedagoji Akademisinin binasını mekân tutan Bundestag, 1949'dan 1999'a kadar burada faaliyet göstermiştir. 1990'da iki Almanya'nın birleşmesiyle birlikte başkentin Bonn'dan Berlin'e taşınmasına karar verilmiştir. Savaşta ağır hasar görmüş olan eski parlamento binası Reichstag'ın onarımı dokuz yılda tamamlanmış ve Bundestag böylece yeni ve daimi mekânına kavuşmuştur. Bu metnin yazıldığı tarihte Bundestag henüz hâlâ Bonn kentindedir (ç.n.).

Yukarıda betimlenen gelişmenin yansımaları, benim disiplinim içinde, yani kamu hukuku ve idare hukuku bilimi alanlarında da gözlemlenebilir. Geç anayasalaşma hareketleri döneminden beri gelenekselleşmiş olan kadim sorunlar, sanki ilk defa ellili yılların başında ortaya çıkmışlar gibi giderek daha fazla ele alınır oldular. Savaşın hemen sonrasında hukuk bilimini yeni temeller üzerine oturtma çabası, tarihle ve böylece aynı zamanda suçla olan bağı koparmaya bel bağlamıştı. Söz konusu çaba, Nazi Almanyası dönemindeki cürümlerin hukuka uygunluklarının savunulabilmiş olmasından hukuki pozitivizmi sorumlu tutmuş ve onun karşısına doğal hukuku oturtmuştu.¹¹ Buna göre, Weimar Cumhuriyeti'nde pozitivist olarak yetiştirilmiş olan hukukçu, nasyonal-sosyalist devletin her buyruğunu hukuk olarak tanımak ve uygulamak zorunda kalmıştı; hukukçu, devlet buyruklarının hukukiliğini sorgulamasına izin verecek ölçütü ancak doğal hukukun normlarında bulabilirdi. Bu nedenle, hukukçunun Nazi Almanyası'nda görünür hale gelmiş sorumsuzluğundan ve çaresizliğinden gelecekte kaçınılacaksa, hukukçuyu ve hukuk bilimini doğal hukuku uygulamakla yükümlü kılmak kural olmalıydı.¹² Doğal hukukun bu yeni doğuşunun, hem hukuki sorunların ele alındığı bilimsel çalışmalar, hem de yargı uygulaması açısından büyük önemi vardı.¹³ Federal Anayasa Mahkemesi içtihadını, on yıllar boyunca bu bakış açısı şekillendirdi. Gerçi Federal Anayasa Mahkemesi nadiren açıkça doğal hukukun emirlerinden ve yasaklarından bahsetmiştir. Yine de Mahkeme, Anayasa'nın emirlerini ve yasaklarını,

¹¹ Karşılaştırmak için bkz: W. Maihofer, *Naturrecht und Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1972; H. D. Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte 1945-1965*, Köln 1968, s. 13 ff.; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962, s. 219 ff.

¹² Bu argüman en kesin biçimiyle 1946'da G. Radbruch tarafından ortaya konmuştur. Karşılaştırmak için bkz: G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *SJZ* 1946, 105 (107). Bu makaleyle Radbruch, daha önceki, *Rechtsphilosophie* adlı eserinde (Leipzig 1932, s. 76 ff.) geliştirmiş olduğu pozitivist duruşundan uzaklaşır.

¹³ G. Müller, *Naturrecht und Grundgesetz. Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts*, Würzburg 1967; H. Weinkauff, "Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", *NJW* 1960, 1691.

belli değerlerin ifadesi ve belli bir değerler düzeninin çökertilmesi olarak anlamış ve yazılı olanın ardındaki asıl hukuku gören doğal hukukçu tetkik tarzıyla, Anayasa'nın metni ve yapısı karşısında kendi olabilecek en geniş hareket özgürlüğünü yontmuştur.¹⁴

Ne var ki, doğal hukukun yeniden doğuşu döneminde benimsenen ön kabuller yanlıştı. İmparatorluk ve Weimar Cumhuriyeti dönemlerinde uygulama alanı bulan hukuki pozitivizm, bir buyruğa uyma ve buyruğun icrası ideolojisi değildi; daha çok hukukun yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin şekilcilik, akılcılık ve liberallikle tanımlı bir yöntemdi ve nasyonal-sosyalist hukukun akıl dışılığı ve keşmekeşliği karşısında hantal kaldı¹⁵. Nasyonal-sosyalist hukukçular pozitivizm ve liberalizmi yan yana anıyor, ikisini birden tek solukta mahkûm ediyorlardı; onların bilimsel temsilcileri Weimar Cumhuriyeti dönemindeki pozitivistler değil, aksine diğerleriydi; yani 1933'ten bile önce pozitivizmin aşılmasını ve hukuk uygulamasıyla biliminin yeni politik içerikler, kararlar ve değerler doğrultusunda yönlendirilmesini talep etmiş olan hukukçulardı.¹⁶ Demek ki doğal hukukun yeniden doğuşunun anti-pozitivist etkisi, 1945'teki çöküşün getirdiği bir kazanım değildir;

¹⁴ Karşılaştırmak için bkz: BVerfGE 6, 55 (72); 7, 108 (205, 208 f.); 27, 1 (6); 28, 243 (260f.); 30, 173 (193); 35, 79 (114). İkinci Senatonun daha önceki Anayasa içtihadı özellikle G. Leibholz tarafından yönlendirilmiştir. Leibholz 1935'te zorunlu emekliye ayrılmış ve 1938'de de iltica etmek zorunda kalmıştır

¹⁵ Karşılaştırmak için bkz: H. Fangmann, "Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945", *Das Recht des Unrechtsstaates. Arbeitsrecht und Staatsrechtswissenschaften in Faschismus* (der. U. Reither), Frankfurt/New York 1981, s. 211; I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, Münih 1976, s. 33; W. Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied/Darmstadt 1972. Weimar dönemi pozitivistliği konusunda özellikle G. Anschütz, W. Jellinek, H. Kelsen ve R. Thoma adları ve onların başına gelenler öne çıkar.

¹⁶ Karşılaştırmak için bkz: I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, Münih 1976, s. 33; J. Meineck, *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus. Eine Studie zum Problem der Kontinuität im staatsrechtlichen Denken in Deutschland 1928-1936*, Frankfurt/New York 1978; L. Poliakov / J. Wulf, *Das Dritte Reich und seine Denker. Dokumente*, Berlin 1959, s. 323 ff. Bu bağlamda özellikle şu isimleri anmak gerekir: E. Forsthoff, J. Heckel, R. Höhn, E. R. Huber, O. Koellreuter, A. Köttgen, T. Maunz, U. Scheuner, C. Schmitt, W. Weber.

aksine 1933'teki köklü değişimin mirasıdır. Öyle ki, anayasal hukuk düzenine önem verilmesi ve onun korunması zorunluluğuna ilişkin düşünce, 1945'ten önce nasyonal-sosyalist hukuk düzeniyle ilgili olarak bulunmuş kavramlar ve yapılar içinde geliştirilebilmiştir. İyi bilinen bir örnek, memurların nasyonal-sosyalist devlete yönelik kapsamlı bir sadakat üzerine yemin ederken tekrarlamaları için hazırlanmış ifadelerin, nasyonal devlet ibaresi yerine özgür ve demokratik anayasal düzen ibaresinin konulmasından ibaret değişiklikle bugüne kadar hâlâ devlet memurları hukukunda muhafaza edilmesidir.¹⁷ Diğer bir örnek, resmi kilise hukukunda bulunur. Buna göre, 1945'ten sonra devlet ve kilisenin eşit yetkili birlikte varoluşu, Nazi Almanyası'nda devlet ile Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'nin eşit yetkili birlikte varoluşu resmi kilise hukukuna özgü modele uygun olarak nasıl inşa edildiyse, aynı şekilde inşa edilmiştir. Evvelce Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi için söz konusu olduğu gibi, bu kez de kilise, kamu tüzel kişiliğine rağmen devlete tâbi olmayacak, aksine kendine ait bir varlığı ve meşruiyet alanı bulduğundan devletin karşısına eşitler arasında bir ilişki içinde çıkacaktı.¹⁸ Örnekler yine böylece uzayıp gider. Kavramlarla yapıların devamlılığına, kavramlarla yapıları icat eden ve kullanan kişilerin devamlılığı denk düşer.¹⁹

¹⁷ Karşılaştırmak için bkz: §§ 4, 35 BRRG, §§7, 52 BBG. Buna ilişkin olarak bkz: Mühl, *Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht*, Stand Juni 1987, § 7 BBG Rn. 12ff, § 52 BBG Rn. 3ff.; E. Plog / A. Wiedow, *Kommentar zum BBG*, § 7 Anm. 13ff.; § 52 Anm. 3ff.; C. H. Ule, *Beamtenrecht*, Köln 1970, § 4 BRRG Anm. 3ff.; § 35 BRRG Anm. 3; H. H. Schrader, *Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst*, Berlin 1985, s. 269ff., 294 f., 321 ff., 346 ff.; farklı görüş için bkz: E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978, s. 26ff.; E.-W. Böckenförde, "Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue?", *Der Abschied vom Extremistenbeschluß* (der. H. Koschnick), Bonn 1979, s. 76.

¹⁸ H.-R. Lipphardt, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, Berlin 1975, s. 595 f.; karşılaştırmak için bkz: S. Grundmann, "Staat und Kirche in Bayern", BayVbl. 1962, 33 (34); K. Hesse, "Schematische Parität der Religionsgesellschaften nach dem Bonner Grundgesetz? Zum Urteil des OVG Berlin 25.2.1953", *ZevKR* 1953/54, 188 (190f.); E. R. Huber, *Verfassungsrecht des großdeutschen Reiches*, Hamburg 1937/1939, s. 297 f.

¹⁹ Yukarıda, on altıncı dipnotta anılan isimlerden sadece R. Höhn, O. Koellreuter ve C. Schmitt 1949'dan sonra artık görevlendirilmemiştir. Bu konuda bkz: Fangmann'nun yanlış ama bilgilendirici metni (Künye için bkz: On beşinci dipnot, s. 225 ff.) ve Meinck'in, künyesi on altıncı dipnotta bulunan eseri.

Tarihle ve onunla birlikte suçla olan bağı koparma çabasını doğal hukukun yeniden doğuşu olarak adlandırmıştım. Oysa az önce sizi bilgilendirdiğim süreç kulağa tarihsel bağı koparmaktan çok, muhafaza etmek gibi geliyor. Bu bir çelişki değil. Gösterdiği şey, tarihsel bağın koparılamamış, olsa olsa kopuş çabası içinde ancak yadsınabilmiş olduğudur. Doğal hukukun tekrar hatırlanmasıyla denenen, geçmişini inkâr etmek ve yeni bir başlangıç iddiasında bulunmak, tabiatın masumiyetini tarihin suçunun karşısına oturtmak olmuştur. Karşımıza yine aynı soru çıkıyor: Başlangıçta tasarlanmış olan suç kavramına göre zaten mevcut olmayan bir suç bağlantısı neden inkâr edilmek zorundadır?

Besbelli ki, bizim suç kavramımızın ne dikey ne de yatay düzlemde suç bağlantıları kurduğu gerçeği bizi rahatlatamıyor; rahatlatamadı da. Kolektif suç hakkındaki savaş sonrası tartışmalar da şunu gösteriyor ki, bir zamanlar sahip olduğumuz, farklı bir suç kavramı değildi; bugünkü suç kavramımızın sınırlarını parçalıyor görünen bir tür suç hissiydi.²⁰ Aynı suç hissinin, sözünü ettiğim alakadarlık ve mahcubiyet, sıkıntı ve utanç, yerli-yersizlik ve zevksizlik duygulanımlarında izini sürmek mümkün.

Bu suç hissi bağlamında önemli olanı açıklayabilmek için bizim suç kavramımızın da ardında ne var, bunu sorgulayacağım. Hukuk tarihi açısından baktığımızda bu kavrama öncel ve görünüşe bakılırsa bizim suç kavramımızı zorlayan suç hissinde muhafaza edilmiş olması olası, daha geniş anlama sahip bir sorumluluk, yükümlülük ve kefaret kavramı bulunmaktadır.

²⁰ Karşılaştırmak için bkz: Rothenpieler, s. 199 ff.; daha eski dönemden özellikle H. Arendt'in "Organisierte Schuld" başlıklı makalesi, *Die Wandlung* 1945/46, s. 333 (343); H. Henkel, "Kollektivschuld", *Internationales Recht und Diplomatie* 1960, s. 37 (51); König, s. 55.

III.

Eski Germen hukukunda, yapılmış olan haksızlık yalnızca fail ve kurbanı arasındaki hukuki barışa değil, failin klanıyla kurbanın klanı arasındaki hukuki barışa da zarar verirdi. Sadece fail değil, failin klanı da, paralel biçimde sadece kurban tarafından değil, kurbanın klanı tarafından da yürütülen intikam veya beslenen düşmanlığa maruz kalırdı. Benzer biçimde, fail gibi failin klanı da kefarete parasını ödemekle yükümlüydü ve kurban kadar kurbanın klanı da bu parayı talep edebiliyordu.²¹ Bu kolektif sorumluluk, yükümlülük ve kefarete, yatay düzlemde olduğu gibi dikey düzlemde de geçerliydi; hem yetişkinlere hem de çocuklara sirayet ederdi. Failin kurbanı bir çocuk olduğunda, intikam kurbanı olarak kesinlikle failin kendisi değil, failin klanından bir çocuk seçilirdi.²² Huzur bulamama, topluluğun bütününe karşı yapılan haksızlığın yaptırımı yalnızlaştırma ve düşkünleştirme yoluyla, failin karısı ve çocuklarının yaşam temeli ellerinden alınırdı.²³ Bu olgusal alakadarlığın da ötesinde, daha sonraları dinsel sapkınlıkta olduğu gibi, vatana ihanet durumunda çocuklar açısından ebeveynlerinin fiillerinin hukuki sorumluluğunu üstlenme zorunluluğu olağandı. Örneğin 1320 senesinden itibaren, Nürnberg'e, halkın selametini tehlikeye düşüren uyrukları çocuklarıyla birlikte bir çuval içinde boğmaya karar verme yetkisi biçiminde bir imtiyaz sağlanmıştı.²⁴ Failin ailesi ve klanı yoksa veya klan ve aile bağı zayıflamışsa, sorumluluk, yükümlülük ve kefarete en yakın ve en önemli topluluğa geçerdi; Germen hukuku, ilgili cezai yaptırımlarını loncalara ve cemaatlara karşı da tanıyordu.²⁵

²¹ V. Achter, *Geburt der Strafe*, Frankfurt/M. 1951, s. 13ff.; H. Brunner, "Abspaltungen der Friedlosigkeit", ZRG 1890, s. 62 (62); R. His, *Deutsches Strafrecht bis zur Karolina*, Münih/Berlin 1928, s. 47f., 65, 99; R. His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters I*, Leipzig/Weimar 1920, s. 266f., 646ff.; E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1965, s. 22.

²² His, *Karolina*, s. 52f (Künye bir önceki dipnotta).

²³ A.g.e., s. 50ff.; His, *Mittelalter*, s. 423ff.; Brunner, s. 62, 70ff.; Schmidt, s. 30.

²⁴ W. Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, Neudruck Aalen 1965, s. 34 (ilk baskı 1895); Schmidt, s. 72.

²⁵ His, *Karolina*, s. 21f.

Geç Orta Çağ'dan itibaren kolektif sorumluluk, yükümlülük ve kefarete düşüncesi, zamanla tamamen ortadan kalkmak üzere gerilemeye başladı.²⁶ Ancak 19. yüzyılda bile Almanya'da hâlâ şahıs birliklerinin suçlu olup olamayacakları, cezalandırılıp cezalandırmayacakları tartışılmaktaydı.²⁷ Anglosakson hukuk çevresi, birliğe yönelik para cezasına hükmedilmesini bugün bile tanımaktadır.²⁸ Bugünkü uluslararası hukuk kolektif cezaları yasaklamakla birlikte²⁹, topluluklara karşı, misilleme unsurları da içerebilecek tedbirlerin alınmasına izin vermektedir. Bir uluslararası hukuk kitabında bu, ince bir akıl yürütülerek şöyle açıklanmıştır: Her ne kadar misillemenin tek tek mağdurları, faili olmadıkları bir fiil nedeniyle, örneğin günah keçisi olarak, bir cezaya katlanmak zorunda kalsalar bile, söz konusu ceza yine de münhasıran topluluğa karşı bir misilleme niteliği taşır.³⁰

Kolektif sorumluluk, yükümlülük ve kefarete düşüncesinin gerilemesinin ve zamanla tamamen ortadan kalkmasının çeşitli nedenleri vardır.

²⁶ Bu gelişmeye ilişkin olarak karşılaştırmak için bkz: K. S. Bader, "Schuld-Verantwortung-Sühne als rechtshistorisches Problem", *Schuld-Verantwortung- Strafe. Im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie*, Zürich 1964, s. 61 (72ff.); G. Dahm, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin/Leipzig 1931, s. 162ff., 173 ff.; His, *Karolina*, s. 5, 16f, 21, 58ff.; His, *Mittelalter*, s. 285ff, 423ff, 662ff. Dönüm noktası olarak bireysel sorumluluk ilkesinin *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507) ve *Carolina* (1532) aracılığıyla pozitif hukuka geçmesi gösterilir. Karşılaştırmak için bkz: H. Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin 1974, s. 24f.; Achter, s. 137; H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1978, s. 74; E. Kaufmann, "Erfolgshaftung", *Wörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG) I, Berlin 1971, Sp. 990 (1000f.); W. Schild, "Der 'entliche Rechtstag' als das Theater des Rechts", *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption* (der. P. Landau, F.C. Schroeder), Frankfurt/M. 1984, s. 119 (130f.).

²⁷ Karşılaştırmak için bkz: Rothenpieler, s. 27ff; o dönemdeki tartışmalar için özellikle bkz: O. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887, s. 77lf. Karşı görüş için bkz: P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 28, Gießen 1808, s. 53; F. C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* II, § 94, Berlin 1840, s.310 ff.

²⁸ Rothenpieler, s. 37; H. H. Jescheck, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände", *ZStW* 1953, 210 (221f).

²⁹ Henkel, s. 43f, 49; karşılaştırmak için bkz: F. Münch, "Kollektivschuld und Staatenstrafe", *Internationales Recht und Diplomatie* 1967, s. 37 (39, 42); H. v. Weber, "Kollektivstrafe", *Wörterbuch des Völkerrechts II* (der. K. Strupp, H. J. Schlochauer), Berlin 1961, s. 25lf.

³⁰ Weber, s. 252.

Bir fiili kolektif olarak üstlenme zorunluluğu çoğunlukla suç kavramı altında düşünülmez bile. Suç bireysel ve subjektif olarak tanımlandığında, bir başkasının neden olduğu bir neticeyi üstlenme zorunluluğunu, netice sorumluluğu olarak kusur sorumluluğundan ayırmak akla yakındır. Zaten o bir başkasının neticeyi üstlenme zorunluluğu, onun söz konusu neticeye neden olmasına bağlıdır; fiili bilmesine ve istemesine değil. Ve tam da bu bakımdan söz konusu olan, kusur değil netice sorumluluğudur.³¹ Öyleyse, kolektif netice sorumluluğunun gerilediği süreç, aynı zamanda bireysel kusur sorumluluğunun ya da basitçe adlandırırsak suç kavramının ve suç ilişkisinin ağır bastığı süreç olarak belirir.³² Fiil anındaki subjektif algı ve bireysel ıslaha yönelik yaptırım amacı üzerinde duran Hristiyan günah öğretisinin ağır basması, bireyci biçimde tasarlanmış olan ve ayrıca fiilin subjektif yönünün anlaşılabilmesi için kavramsal ve yapısal çatıyı sağlayan Roma hukukunun iktibas ve Aydınlanma'nın bireyciliği ve öznelciliği, bu gelişmenin ardında yatan nedenler olarak göze çarpar.³³ Tüm bu gelişmeler karşısında suç kavramı kolektif sorumluluk, yükümlülük ve kefare kanunları ile ilişkisi içinde ancak -o da olanaklıysa- irrasyonel suç kavramı olarak kabul edilebilir; psikik bir fenomen olarak -C. G. Jung'a dayanan hukuki bir araştırmada böyle adlandırılmıştır- suç, faili aşarak daha geniş bir insani ve hatta mekânsal çevreye doğru yayılır, fiilin gerçekleştiği eve ve köye ve ormana sirayet eder ve ilksel olduğu kadar irrasyoneldir de³⁴ ...

³¹ Achter, s. 12ff, s. 20; Achter, Die Erfolgshaftung. Rezension v. E. Kaufmann, Frankfurt/M. 1958, ZRG 1960,387 (388ff.); Bader, s. 71ff.; Schild, s. 136,139; Schmidt, s. 22ff., 31; aksi görüş için bkz: A. Kaufmann, Das Schuldprinzip, Heidelberg 1976, s. 217ff.; E. Kaufmann, Die Erfolgshaftung. Untersuchungen über die strafrechtliche Zurechnung im Rechtsdenken des frühen Mittelalters, Frankfurt/M. 1958, s. 218ff.; A. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend - historischer und dogmatischer Darstellung, Leipzig 1895, s. 34f, 37; P. Mikat, "Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen", Festschrift für H. V. Weber, Bonn 1963, s. 9 (10, 31); W. E. Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechts I. Das Strafrecht der Germanen, 1842, Neudruck Aalen, 1960, s. 155f.; özetleyici olarak Kaufmann, s. 990ff.

³² Bkz: Bader, s. 71ff.; Henkel, s. 39f.; aksi görüş için bkz: Kaufmann, s. 1000.

³³ Achenbach, s. 24f; Achter, s. 10, 12ff., 112ff.; Bader, s. 73; Dahm, s. 151 ff.; Engelmann, s. 33ff.; Henkel, s. 39; His, Karolina, s. 14, 102; C. Hohenlohe, Beiträge zum Einflusse des kanonischen Rechts auf Strafrecht und Prozeßrecht, Innsbruck 1918, s. 32ff.

³⁴ Rothenpieler, s. 21.

Ama bizim suç kavramımızın ortaya çıkmasını sağlayan süreç, sadece Hristiyan günah öğretisinin ağır basması, Roma hukukunun ictibas, Aydınlanma'nın filizlenip yeşermesiyle açıklanamaz ve yalnızca irrasyonellikten rasyonelliğe bir geçiş olarak görülemez. Klanların yükümlülüğü düşüncesinin ortadan kalkması, klan birliklerinin dağılmasına denk düşer³⁵; kırsal nüfusta feodalleşmeye bağlı düşüş, birçoklarını “kan davası gütmek için çok aciz ve kefare için fazla fakir” kılar.³⁶ Feodal hâkimiyetin filizlenmesi ve gücün uygulanmasının feodal beylerin elinde tekelleşmesi, intikam ve kan davası yasakları gerektirir. Ekonomik ve politik olarak toplum, herkesin ayrı ayrı birer hukuk kişisi olacağı şekilde dönüşür. Bu kesişmeden önce insanın bir hukuk kişisi oluşu kendinden değil, aksine yalnızca klanın veya yine lonca ve cemaatin hukuk ve koruma birliğine aidiyetinden kaynaklanmaktaydı.³⁷

Bu hukuk ve koruma birliğini sorumluluk birliği olarak kavramak ve şekillendirmek irrasyonel değildir. Kolektif sorumluluk, yükümlülük ve kefare düşüncesine içkin olan özellikli rasyonellik, her şeyden çok, Germen hukukunda tanınan sorumluluktan kurtulma olanaklarında kendini gösterir. Failin klanı faili reddeder, kovar ya da kurbanın klanına teslim ederse, sorumluluktan kurtulurdu.³⁸ Burada ayrıca söz konusu olan, failin ekonomik bir faktör olarak rolüydü; klan aynı zamanda ekonomik bir birlikti. Bu birlik, üyelerinin işgücü ve çalışma verimiyle hayatta kalıyordu ve bu nedenle fiilden ve failden bir de ekonomik olarak yararlanamalıydı. Teslim ile birlikte fail, öldürölmek veya köleleştirilmek üzere, artık kurbanın klanının tasarruf yetkesi altına giriyordu.³⁹ Daha sonraki dönemde, failin kurbanın klanına tesliminin yerine,

³⁵ Bader, s. 65; His, *Karolina*, s. 101.

³⁶ G. Radbruch, “Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien”, *Elegantiae iuris criminalis*, Basel 1950, s. 1 (8f).

³⁷ Bader, s. 65f.; His, *Karolina*, s. 47f, 58ff.; His, *Mittelalter*, s. 285ff.; Schmidt, s. 23.

³⁸ Bader, s. 66ff.; His, *Karolina*, s. 5, 8, 17, 53f, 101; Schmidt, s. 33, 36.

³⁹ Bader, s. 68; Brunner, s. 88ff.

kamu gücüne teslimi ön plana çıktı.⁴⁰ Kamu gücü, faili reddetmedikleri, cezalandırmadıkları veya teslim etmediklerinde, bu nedenle lonca ve cemaati de cezalandırıyordu.⁴¹ Sorumluluktan kurtulma olanakları arkasındaki düşünce açıktır: Topluluk, faille olan dayanışma ve ekonomik ilişkisini idame ettirdiği, ondan yararlandığı, onu himaye ettiği ve cezalandırılmasını önlediği sürece sorumluluk altındadır. Burada kullanılan, cezanın önlenmesi ve himaye kavramları modern kavramlardır ve işlenen suçtu aydınlatıp faili cezalandırmadığı veya teslim etmediği zaman kamu gücünün topluluğu bu nedenle cezalandırması, öncelikle bir kamu gücünün varlığını gerektirir. Böyle bir kamu gücünden, erken Germen hukukunda ancak yetersiz biçimde ve ilk olarak Orta Çağ ile birlikte söz edilebilir. Ancak failin klanının, faili reddetme, kovma veya teslim etmeyle sorumluluktan kurtulmasına ilişkin uygulama eskilere uzanır ve daha o zamanlarda bile bu uygulamada, faille dayanışmayı kendisi seçmiş olduğu için topluluğun sorumluluğu bulunduğu düşüncesinin izlerini görmek mümkündür.⁴² Bu düşünce, kusur sorumluluğunun karşısına mutlak bir netice sorumluluğu oturtmak anlamına gelmez. Burada topluluğa yüklenen, herhangi bir ilgisiz fiil değil, topluluğun faille olan dayanışmasıdır.

IV.

Suçun, davranışların birbirlerine geçerek dolandığı ağlarının kolları uzundur. Yalnızca fail değil, faille bir dayanışma birliği içinde olan ve fiilden sonra da olmaya devam eden herkes bu ağlara takılır. Bugün bu kişilerin hukuki olarak suç ağına takılmaları, ancak dayanışmanın devamının ya da kurulmasının yürürlükteki hukuka göre cezasız kalmaya yol açma suçu veya suçun işlenmesine yardım ve yataklık teşkil ettiğine hükmedilebiliyorsa söz konusu

⁴⁰ His, *Karolina*, s. 17, 101.

⁴¹ A.g.e., s. 2lf.; Brunner, s. 64ff.

⁴² Karşılaştırmak için bkz: Kaufmann, s. 996.

olur. Ama yukarıda görmüştük; suç kavramı yalnızca yürürlükteki hukuk normlarıyla değil, başka normlarla da bağlantılıdır. Dinle ahlakın, yerinde davranışla örf ve âdetin, iletişim ve etkileşimin işleyişinin normlarıyla... Faille dayanışmanın devamı ya da oluşturulması fiiline suç niteliğini kazandıran unsurun, yürürlükteki hukuk düzeni uyarınca cezasız kalmaya yol açma veya yardım ya da yataklık niteliğinde olması zorunludur. Ancak bu zorunluluk, söz konusu fiilin sair normlar uyarınca, hâlihazırda başka, daha dolaylı ve o kadar yoğun olmayan tezahürler içinde tanımlanabilmesine ve yaptırıma tâbi tutulmasına engel değildir.

Bu normlar vardır, demek istiyorum. Dayanışmanın idamesi ve oluşturulması, normatif bir süreçtir; onu yüklenen ve ona eşlik eden normatif beklentiler bulunur. Burada normatif beklentilerden anlaşılması gereken, gerçeği öğrenmeye istekli biçimde olgulara yönelmiş beklentilerden farklı olarak, olgusal olana karşı, öğrenmeye isteksiz biçimde kendilerinde diretilen beklentilerdir.⁴³ Herhangi bir kişi başka biriyle olan dayanışma ilişkisini açıkladığında, aslında şunu açıklamış olur: O bir başka kişi nasıl değerlendiriliyorsa öyle değerlendirilmek, o kişiye nasıl davranılıyorsa kendisine de öyle davranılmasını istemektedir. Fiili olarak konumu, diğer kişinin konumundan farklı olsa da... İki konumun birbirinden farklı olduğunu ve dolayısıyla aynı değerlendirmeye ve davranışa tâbi olma beklentisinin yanlışlığını herkes görebilir. Bununla beraber, gerçeği öğrenme isteğiyle söz konusu beklentiden vazgeçilmez; aksine öğrenmeye isteksiz biçimde, bu beklentide diretilir. Dayanışma içinde bulunduğunu açıklayan kişinin kendisi de, konumunun farklılığı nedeniyle, bu kez dayanışma açıklamasını ciddiye alan üçüncü kişiyle aynı değerlendirme ve davranışa tâbi olamayacağını öğrenmeye hazır olmaktan uzaktır. Başka bir ifadeyle, dayanışmanın idamesi ve oluşturulmasının bedeli, öyle olmasını tercih etmeyeceği durumlarda da kişinin aynı değerlendirme ve davranışa tâbi tutulmasıdır. Kişi başka biriyle olan daya-

⁴³ N. Luhmann, "Normen in soziologischer Perspektive", *Soziale Welt*, 1969, s.28 (36f.).

nışma ilişkisinden vazgeçmediği sürece, o başkasının bütün davranışları kişiye atfedilir.

Bu atfı mümkün kılan normlar, özel bir ahlakın veya örf ve âdetin normları değil, iletişim ve etkileşimin işlemlerini sağlayan kurallardır. Dayanışmanın idamesi ve oluşturulması, sorumlulukta ve sonuçlarla iddiaları yüklenme ve taşımada ortaklık değilse, zaten ortada dayanışma falan yoktur. Bir aileye, bir birliğe, bir örgütlenmeye ya da bir kuruma ve hatta bir halka ortak aidiyet, bu dayanışma ilişkisini kurar. Bunu reddetmek, bundan vazgeçmek, buna aykırı davranmak mümkün değildir, anlamında söylemiyorum bunu. Ama bunlar gerçekleşmediği sürece dayanışma vardır.

Bir halka ortak aidiyetin de dayanışma ilişkisini kurduğu gerçeği pek de hoşumuza gitmez. Biz Almanlar kendimizi Alman olarak görmekten çok, bir dünya toplumunun dünya vatandaşları, özgür dünyanın özgür yurttaşları, Atlantikliler veya Avrupalılar olarak görme eğilimi taşırız. Ama bilinçli seyahat eden herkes, dünyanın bizim arzuladığımız denli kozmopolit ve enternasyonal olmadığını gayet iyi bilir. Bu arzu, aslında bir başka arzunun belirtisidir; aynı halka ortak aidiyetle kurulmuş dayanışma ilişkisinden, sorumlulukta ve suçta ortaklıktan kurtulma arzusunun...

Son olarak ileri sürdüğüm düşünceleri, başlangıçta ortaya koyduğum sorunla ilişkilendirmeme izin verin. 1945'ten önceki cürümlerin işlenmesinde, yalnızca faillerin, azmettirenlerin, yardım ve yataklık edenlerin değil, bunu yapabilecekken direnç göstermemiş ve muhalefet etmemiş olanların da payı vardır. Cürümler gerçekleştikten sonraysa iki olasılık bulunuyordu: Dayanışmanın idamesi veya sona erdirilmesi. Failler ve şu ya da bu biçimde fiillere iştirak etmiş olanlar, ya dayanışma birliği içinde tutulacaklardı ya da bu birlikten dışlanacaklardı. Hukuk tarihi açısından geçmişe bakıldığında, reddetmemenin, mahkûm etmemenin, dışlamamanın da suçu kuran bir unsur olduğu görülür. Burada konu edilen,

hukuk tarihine karışmış bir olgu değildir; bugün de şu ifade geçerlidir: Başka biriyle dayanışma ilişkisi kuran ya da bu ilişkiyi devam ettiren biri, o kişinin işlediği suça bulaşmış sayılır. İlke şudur: Reddetmemek, kişiyi başkasının faili olduğu, eski bir suça bulaştırır; ama yeni ve bu kez kişinin kendisinin faili olduğu bir suç yaratarak... Bizatihi fiil aracılığıyla suçlu olmayan ancak fiilin faille birlikte onlara da isnat edildiği dayanışma birliğinin üyeleri, kendilerinin faili olmadıkları suçu reddederek söz konusu iddiaya cevap vermezlerse, kendilerinin faili oldukları bir suç yüklenmiş olurlar. Bu ilke uyarınca 1945'ten önce fail ve iştirakçi olmayan Almanlar, sonrasında, failleri ve iştirakçilerini reddetmedikleri için suçlu olabilmişlerdir. Şu konuda kuşku yoktur: Yapabilecekleri durumlarda bile Almanlar bunu yapmamışlardır veya ancak rastlantısal ve gönülsüz olarak yapmışlardır.⁴⁴ Bunu kolektif olarak suçtan haberdar oldukları yerde de yapmamışlardır; suçun artık herkes tarafından bilinir hale geldiği ve herkes için af dilendiği ve affedilmek için yalvarıldığı yerde bile, tek tek faillerin ve iştirakçilerinin reddedilmesinden kaçınılmıştır.

Suçun ağlarının, deyim yerindeyse, kendi trajedileri vardır. Çünkü reddetmek, mahkûm etmek, dışlamak genellikle tam anlamıyla başarılabilir; nitekim 1945'ten sonra da öyle oldu. Bunun bir nedeni, sayıların büyüklüğü. Öyle ya da böyle, söz konusu cürümlere iştirak etmiş olan çok fazla kişi vardı. Başka bir nedense, o berbat arada kalmışlık; bir uzun bıçaklar gecesi⁴⁵ aracılığıyla gerçekleş-

⁴⁴ Karşılaştırmak için bkz: B. R. Giordano, *Die zweite Schuld oder von der Last, Deutscher zu Sein*, Hamburg/Zürich 1987; A. ve M. Mitschelich, *Die Unfähigkeit zu trauern. Grundlagen kollektiven Verhaltens*, Münih 1967.

⁴⁵ Yazar, Nazi Almanyası için dönüm noktası olduğu kabul edilen ve Almanca *Nacht der langen Messer* olarak adlandırılan olaya gönderme yapıyor. Weimar Cumhuriyeti döneminde nasyonal-sosyalist hareketin yükselişinde büyük rol oynayan yarı askeri örgüt SA (Sturmabteilung), nasyonal-sosyalistlerin iktidara gelişinden sonra, Hitler'in kişisel muhafızlığını yapmak üzere kurulan SS (Schutzstaffel) örgütünün gelişmesiyle gözden düşmüştür. Örgütün fazla güçlenerek başına buyruk hareket etmeye başlamasından rahatsız olan ordunun ve sermayenin baskısıyla Adolf Hitler, 30 Haziran 1934'ü 1 Temmuz 1934'e bağlayan gece pek çok üst düzey SA elemanının öldürülmesini emretmiştir. O gece kaç kişinin katledildiği tam olarak bilinmemektedir. Örgütün başı Ernst Rohm tutuklanmış ve sonrasında yargılanmadan infaz edilmiştir (ç.n.).

tirilecek bir reddediş ile hukuk devleti ilkesine uygun yargılama usulleriyle reddediş arasında... İlkinde kurunun yanında yaşın da yanması riski vardır. İkinci yolsa örgütlü suç karşısında iflas edebilir.⁴⁶ Üçüncü bir olasılık da yoktur zaten. Almanlar, yalnızca rastlantısal ve gönülsüzce değil, tutarlılık ve kararlılıkla faillerden ve suça iştirak edenlerden kendilerini ayırmak istemiş olsalardı bile suçtan kurtulamazlardı: Zira reddediş tüm suçluları içermezdi ya da suçsuzları da içerirdi.

V.

Ya çocuklar? Faillerin, azmettirenlerin ve suça iştirak edenlerin suçlulukları, kendiliğinden anlaşılır bir şey. Bunu yapabilecekken direnç göstermemiş ve muhalefet etmemiş olanların da suçluluklarına akıl erdirilebilir. Hatta failleri ve suça iştirak edenleri reddetmemiş, onları mahkûm etmemiş, onları dışlamamış olanların da suça bulaşmış olduklarını kabul edebiliriz. Son olarak, şunu da anlamak mümkün: Söz konusu reddediş radikal biçimde gerçekleştirilseydi, yeni suçların işlenmesine neden olacaktı. Ama çocukların da suçun ağlarına takılmaları mı gerekiyor?

Şu ana kadar ortaya konulan düşünceler bağlamında, bu sorunun cevabı basit gibi görünüyor. Bir dayanışma birliğinin üyeleri ancak, birliğin suçlu üyelerini reddetmemeleri nedeniyle suçlu addediliyorlarsa ve halk da bir çeşit dayanışma birliğiye, çocuklar reddetmemiş olma suçuna şu nedenle bulaşmış olurlar: Faili olmadıkları suçu öğrenmeye, onu reddetmeye ve böylece kendi suçlarını işlemeye ehil oluncaya dek, söz konusu suç onları bekler. Ama bana kalırsa, varılan bu sonuç sanıldığından daha çetrefil, hem de iki açıdan.

⁴⁶ Karşılaştırmak için bkz: J. Baumann, Der Aufstand des schlechten Gewissens. Ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung der NS-Gewaltverbrechen, Bielefeld 1965; A. Rückert, NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, Heidelberg 1982, J. Weber, P. Steinbach, Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren?, München 1984.

İlk olarak şunu gözlemlemek mümkündür: Yalnızca 1945'ten sonra failleri reddetmemekten suçlu olanların, yani kendileri fail ya da şu veya bu şekilde suça iştirak etmiş olmayanların çocukları, kural olarak suçluluk duygusundan azadedir. Görünen o ki, reddetmeyi emreden normu kuran suç bağlantısı yeterince uzağa ulaşmamaktadır. Bunun nedeni, söz konusu bağlantının dikey değil yalnızca yatay düzlemde işlemesi değildir. Zira geri kalanların yani faillerin, azmettirenlerin ve suça iştirak edenlerin çocuklarıyla, daha küçük ölçekte, bunu yapabilecekken direnç göstermeyenlerin ve muhalefet etmeyenlerin çocukları, genelde belli bir suçluluk duygusu ve aileleriyle, işledikleri suç üzerinden tartışma ve onları hayatlarından çıkarma, reddetme ihtiyacı hissederler. Belki şu söylenebilir: Reddetmeyi emreden norm, yalnızca bir sonraki kademeye kadar ulaşır; yatay düzlemde bir kademe ve dikey düzlemde bir kademe... Faillerden ve sair iştirakçilerden çağdaşlarına ve altoylarına ulaşır. Ama çağdaşlar üzerinden onların altoylarına dokunamaz. Bunun niye böyle olduğuna ilişkin bir açıklama getirmeye çalışacağım, ulaşılan sonucu biraz daha öteye taşımak istiyorum. İkinci olarak gözlemlenebilecek olgu şudur: Kurbanların çocukları da, faillerin çocukları nasıl ebeveynlerinin fiilleriyle damgalanmışlarsa, aynı çaresizlik ve şaşkınlıkla ebeveynlerinin acılarıyla damgalanmışlardır. Geçmiş yıllarda, hem onlar hem de diğerleri hakkında bazı şeyler okumak mümkündü. Her iki tarafta da korku ve şüphenin tetiklediği bir içe kapanma, bundan kaynaklı bir savunma ihtiyacı, apaçık bir şikâyet ve tüm bunların içinde de ebeveynlerinin, onları kurban ya da fail kılan kaderlerinin yükü altında kendi kimliklerini bulma ihtiyacı hissediliyordu.⁴⁷ Belki de bu ihtiyaç, yalnızca faillerin çocukları tarafından suçluluk hissi olarak adlandırılıyor; ama kurbanların çocuklarının bu ihtiyacı nasıl adlandırdıklarından bağımsız olarak, sonuçta benzer biçimde yaşanıyor. Kurban ya da fail olmaya ilişkin kader, çocuklarda benzeşmeye başlıyor.

⁴⁷ Karşılaştırmak için bkz: C. Edvardson, *Gebranntes Kind sucht das Feuer*, Münih/Viyana 1986; P. Sichrowsky, *Schuldig geboren. Kinder aus Nazifamilien*, Köln 1987; H. Epstein, *Die Kinder des Holocaust. Gespräche mit Söhnen und Töchtern von Überlebenden*, Münih 1987.

İncelememin sonucunu açıklamaya çalışacağım, öncelikle konunun ilk boyutu yönünden... Reddetmeme suçu, bir dayanışma birliği gerektirir. Bu, bir birlik olarak fiilen yaşanmalıdır; ilişki ve değiş tokuş rabitası içinde olan insanlarla bir birlik içinde... Dayanışma birliği, kavranamaz ve deneyüstü bir şey değildir; aksine somut insanlar arasındaki somut iletişim ve etkileşim ilişkisidir. Bu nedenle bir halka ya da benzerine birlikte aidiyet, bir dayanışma birliği oluşturmak için henüz yeterli değildir. Bu somut olarak yaşanmalıdır ve bir kuşağa ya da bir aileye aidiyet içinde yaşanacaktır da. Gerçi sadece bu durumlarda değil ama öncelikle bu aidiyet türlerinde... Bir kuşağa ya da aileye aidiyet, halkın dayanışma birliğine aidiyete kişisel deneyim olarak zemin hazırlar. Halkla, halkın tezahürleriyle ve tarihiyle kendini özdeşleştirme ve başkalarının konuyla ilişkili algıları ve beklentileri de ilke olarak söz konusu zemini hazırlayabilir. Ancak daha bulanık ve daha zayıf biçimde... Ne de olsa bunlar engellenebilir ve uzak durulabilir şeylerdir. Geçmişte yaşamaktan- sa azimle burada ve şimdi de yaşanabilir ve kişiyi belirli beklentiler içinde Alman olarak karşılayan Alman olmayanlarla temastan kaçınılabilir. Buna karşılık, insanın kendi ailesi veya kuşağıyla karşılaşmaktan, onlara ait olmaktan kendisini sakınması mümkün değildir ve bu nedenle, reddetmeyi buyuran norm her seferinde yatay ve dikey düzlemde bir sonraki kademeye kadar ulaşır.

Şimdi sıra inceleme sonucunun ikinci boyutunda. Kurbanların çocuklarının da tekrar kurbana dönüşmeleri, kurban olma kaderlerini failerin çocuklarının suçlu olma kaderlerine benzer biçimde yaşamaları, kurbanların kendilerinin bir suçu olduğuna delalet olarak anlaşılabilir. Direnç göstermemek ve muhalefet etmemek insanı suçlu kılıyorsa, bundan dolayı yalnızca, tanık olmakla yetinip göz yumanlar değil, kurbanlar da suçludur. Burada ayırt edici olan, direnç göstermeye ve muhalefet etmeye ehil olup olmadıktır. Söz konusu ehliyeti haiz oldukları öylece ne söylenebilir ne de reddedilebilir. Direnç ve muhalefetin gerekliliğini idrak edecek anlayış kadar, bu anlayışa uygun davranma gücü de -çünkü son

kertede söz konusu olan kaybetmekten çok kazanmaktır- tanık olmakla yetinip göz yumanlar kadar kurbanlarda da vardı. Ve hem kurbanlar hem de diğerleri arasında, fiilen direnç göstermiş ve muhalefet etmiş olanlar ve bunu yapmamış olanlar bulunmaktaydı. Kuşkusuz, kurbanlar korku nedeniyle felç olmuşlardı ve umuttan kafaları karışmıştı ve dolayısıyla gözlerini yumdular ve idrak ettiklerini bilinç dışına ittiler. Bu anlaşılır bir şey. Ama anlaşılabilir o kadar çok şey var ki... Konuyla ilgili bir tartışmada sorulduğuna tanık olduğum, soğukkanlılıkla yöneltilmiş olan o soruda bile, anlaşılır olan ve anlaşılması da gereken bir şey vardı: Hayatları söz konusu olmasına ve kaybedecek bir şeyleri kalmamasına rağmen Yahudiler kendileri direnç göstermemiş ve muhalefet etmemişlerdir. Ucu kendilerine dokunan bir durum söz konusu olmamasına ve tehdit altında olmamalarına rağmen Almanlar neden direnç gösterip muhalefet edeceklerdi?

Kurbanların kendilerinin suçlu olabilecekleri fikrinin ağza alınması bile neredeyse mümkün değildir. Çektikleri acıların korkunçluğu, insanın suçlarını saptamaktan alıkoyar. Ama sesli olarak söylenemeyen gerçek, çocuklarında görünür hale gelir. Ebeveynlerinin çektiği, kendi içine kapanmaya, savunmaya geçmeye ve kendi kimliğini bulma ihtiyacına yol açan acılar tek başına henüz hiçbir şeydir. Ebeveynlerine kurban rolü biçen kaderde bulunması mümkün başarısızlık ve suçla birlikte çocukların sırtına öyle bir yük biner ki, onlar da reddetmek zorunda kalırlar. Faillerin ve suça iştirak etmiş olanların çocuklarının reddetmek zorunda kaldıkları gibi...

Böylece, reddetmenin çocuklar için ne anlama geldiği açıkça ortaya çıkar. Bu, insanın reddetmek zorunda olduğu kişileri aslında anlayamayacağını söylemek değildir. Bu, insanın onları gerçekten sevmesinin mümkün olmadığı anlamına da gelmez. Bu daha çok, onların hayatını yaşamak, kaderlerini yüklenmek, onların izinden yürümek istememek anlamına gelir. “Ebeveyninden vazgeçmek”,

elbette anlayışa ve sevgiye tamamen yol verilmesine kadar da varabilir;⁴⁸ ebeveynini anlamak ve sevmek, çocuğu öylesine deforme edici bir dayanışma ve suç birliğine bulaştırabilir ki, bu, kendi kimliğini kurtarmak adına engellenmelidir. Reinhard Frank bunu çok da uzun olmayan bir zaman önce, kamusal olarak babası Hans Frank'a⁴⁹ karşı gerçekleştirmişti.⁵⁰ Kamuoyu bundan hiç hoşlanmamıştı, bunu anlıyorum. Ama şunu da anlayabiliyorum: Reinhard Frank bunu yapmak zorundaydı.⁵¹ Babasını hem sevmek ve anlamak hem de aynı zamanda babasının fiillerini mahkûm etmek ve bunlardan tiksınmek seçeneği, onun kendi benliğinde bölünmesine yol açardı.

VI.

Yavaş yavaş bitiriyorum. Ebeveynlerin suçunun çocuklarında dönüştüğü kaçıştan o çocukları hiçbir yargıç, hiçbir yargılama, hiçbir mahkeme kararı kurtaramaz. Belki psikoterapistler ve psikanalistler yapabilirler bunu. Görünen o ki, kurtuluşun yerini bilinç dışına itme alabilir ve bu durum insanı, farklı yoğunluklarda ara sıra, alakadarlık, mahcubiyet, sıkıntı ve utanç duyguları aracılığıyla rahatsız eder. Her halükarda kolektif olarak yaşanmış tarihsel olay kuşakları aşarak bireysel psişik yaşantı haline gelir; söz konusu tarihsel suçu reddetme ödevi, her kuşağın yaptığı gibi, kendi kimliğini bulma ödevine karışır. Tarihçiler arasındaki tartışmalar içinde çocukların kuşağının üyeleri, tekrar reddetme ve bilinç dışına itme seçenekleri arasında gidip gelirler. Torunların kuşağı içinse bu tartışmalar, birey olarak her bir bilim insanının bu tezatla ve aynı za-

⁴⁸ Karşılaştırmak için bkz: V. E. Pilgrim, *Die Eltemaustreibung*, Reinbeck 1986.

⁴⁹ 1920'ler ve 1930'larda Nazi Partisinde hukukçu olarak görev yaptı. Adolf Hitler'in 1933'te iktidara gelmesiyle birlikte Nazi Almanyası'nın önder hukukçusu oldu. 1939'da ilan edilen Polonya'yı yönetmek üzere vali ve general olarak atandı. Sivil halk üzerinde korku imparatorluğu kurdu. Polonya Yahudilerinin toplu olarak katledilmesinde büyük rol oynamıştır. Nürnberg yargılamalarında savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlemekten suçlu bulunarak infaz edilmiştir (ç.n.).

⁵⁰ Stern, Sayı: 04. 06. 1987.

⁵¹ Tepkiler için bkz: H. M. Broder, *Der Spiegel*, Sayı: 06. 07. 1987, s. 166.

manda bilimsel dürüstlük iddiasıyla nasıl başa çıktıklarına ilişkin bir ders konusundan fazlası değildir.

Hukukun normları ve şu ana kadar tartışılanlar süresince hukuk normlarını bir kenara bırakarak ele alınmış olan diğer normlar, nasyonal-sosyalist cürümlerle ilgili olduğu ölçüde, bundan sonraki kuşakları bütünüyle suçtan arınmış biçimde geleceğe doğru bırakır. Onları geleceğe doğru, hem de tarihsiz olarak bırakır; kendi kimliğini tarihten bu yana veya tamamen burada ve şimdi de tanımlama kararında gelecek kuşakların bir parça özgürlükleri var. Kuşkusuz tercihlerini tarihle beslenen kimlikten yana kullandıkları ya da başka halkların üyeleri tarafından bu kimlik içinde tutuldukları ölçüde, geçmiş kuşaklarla belli bir dayanışma içinde olurlar ve belli bir biçimde tekrar onların suçuyla aralarına mesafe koymak zorunda kalırlar; onları benimsemek ya da reddetmek zorundadırlar. Tarihin içinde suç muhafaza edilir ve tarihle birlikte gelecekte de yaşamaya devam eder.

Hukuk Devleti ve Devrimci Adalet⁵²

1- Komünist Geçmişle Ceza Hukuku Aracılığıyla Baş Edilmesinde Almanlara Özgü Yöntem

Hiçbir ülke, komünist geçmişiyle baş etmek için Almanya kadar ceza hukukuna bel bağlamamıştır. Vaktiyle sistemin desteklenmesi için kullanılmış olan cinayet, işkence, özgürlükten yoksun kılma ve yolsuzluk gibi yöntemlerle ceza hukuku vasıtasıyla hesaplaşmaya yönelik siyasal talebe evvelce komünist olan bütün ülkelerde rastlanır gerçi. Ancak bu talep çoğu kez sessiz sedasız ortaya konulur, asla Almanya'da olduğu gibi yüksek sesle değil.⁵³ Söz konusu talep, özellikle Macaristan'da, Polonya'da ve Çek Cumhuriyeti'nde, savcılıkların soruşturmalar başlatmaları sonucunu doğurmuştur. Ancak eski Çekoslovakya İçişleri Bakanı Frantisek Kinc'l'in mahkûmiyetine kadar, ilgili mahkûmiyetler hakkında ne gündelik basında ve konuya ilişkin yayınlarda okunacak ne de haberlerde iletilecek bir havadis vardı. Almanya Sosyalist Birlik Partisi'nin işlemiş olduğu suçlara ilişkin zamanaşımının durması hakkındaki Nisan 1993 tarihli Alman kanununa benzer şekilde, sistemi destekleyici ve suç teşkil eden fiillerin takibini, bunlara ilişkin zamanaşımının 1990'da başlamasını

⁵² Bu yazı ilk olarak *Neue Justiz. Zeitschrift für Rechtsetzung und Rechtsanwendung*'da yayımlanmıştır (Sayı: 48, Yıl: 1994, Fasikül: 10, s. 433-437).

⁵³ Bu, Almanlara özgü yöntem konusunda karşılaştırmak için bkz: K. Lüderssen, *Der Staat geht unter - das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt/M., s. 12ff.

hükme bağlayarak teşvik etmek isteyen Kasım 1991 tarihli bir Macar kanunu, Macaristan Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulundu.⁵⁴ Benzer bir Polonya kanununun, Polonya Anayasa Mahkemesi önünde direnip direnemeyeceği konusu ise henüz çözüme bağlanmış değil. Romanya'da Çavuşesku çifti kurşuna dizildi ve oğul Çavuşesku, Arnavutluk'ta dul Hodscha'nın ve Bulgaristan'da Todor Shiwkow'un, Georgi Atanassow'un ve Rumen Owtscharow'un başlarına geldiği gibi, hapse atıldı. Sistemi destekleyici, suç teşkil eden fiillerin takibi konusunda daha da ileri gidilmesi, söz konusu ülkelerde, Rusya'da ve eski Yugoslavya devletlerinde olduğu gibi, ya hiçbir suretle istenmedi ya da dönemin acil sorunlarıyla kıyaslandığında yeterince önemli sayılmadı.

Peki, neden özellikle Almanya, ceza hukukuna ilişkin böylesi bir gayretkeşlik gösteriyor? Almanya'yı komünist geçmişi olan diğer ülkelerden farklı kılan ne? Komünist geçmişi olan diğer ülkelerde henüz oluşturulmuş, ceza hukukuna ve muhakemesine ilişkin gerekli altyapıya Almanya'nın zaten sahip olması keyfiyeti mi? Ama bu keyfiyet olsa olsa komünist geçmişle ceza hukuku vasıtasıyla baş edilmesi uygulamasındaki zorlukları izah edebilirdi. Ceza hukuku vasıtasıyla baş etmeye teşebbüs etmekte dahi görülen isteksizliği ya da böyle bir teşebbüsten imtina edilmesini bu keyfiyet açıklayamaz. Farkın nedeni, Alman adaletinin nasyonal-sosyalist dönemdeki haksızlıklarla baş edilmesinde ihmal edilmiş olanı, komünist dönemin haksızlıklarıyla baş ederken telafi etme ihtiyacında mı yatmaktadır yoksa? Ama ne kadar tuhaf bir ihtiyaç olurdu bu ve ne kadar tuhaf bir tasavvur olurdu, farklı tarihsel bağlamlarla hesaplarken bir ölçüde birinin diğerinden mahsup edilebileceğini düşünmek. Almanya'da diğer ülkelerden farklı bir tarzda galiplerin ve mağlupların bulunması keyfiyeti midir yoksa ayırt edici olan? Farkın nedeni, Almanya'daki soğuk savaşın soğuk bir iç savaş olması, bu savaşın sonunda geriye biri muzaffer diğeri mağlup iki Alman iç savaş tarafı kalması ve iç savaşların, nasıl iç savaşa özgü bir

⁵⁴ Macaristan Anayasa Mahkemesi Kararları, 1992, s. 77.

kindarlıkla yürütülüyorlarsa, yine aynı şekilde özel bir hesaplaşma ve bedel ödetme şevkiyle sona erdirilmeleri keyfiyeti midir? Galip tarafın adaletinin, politik tartışmalarda tekrar tekrar ortaya konulan iddiasının altında yatan anlam tam da budur. Bu iddia, ancak Almanya'da olduğu gibi biri galip diğeri mağlup iki iç savaş tarafının olduğu veya biri devralan diğeri devredilen iki ülke toprağının bulunduğu yerde, devralanın kendilerini devredenin seçkinlerinin yerine geçirebileceğine ve ceza hukukunun bu seçkinler değişimine eşlik edebileceğine ve bu değişimi meşrulaştırabileceğine işaret ediyor olabilir. Komünist geçmişi olan diğer ülkelerde olduğu gibi, yeni seçkinlerin geniş ölçüde eskilerden ibaret ve başka aday bulunmamasından dolayı bunun bir zorunluluk da olduğu yerde, kim kiminle ceza hukuku aracılığıyla hesaplaşacaktı ki?

İç savaşlar, yeniden birleşmeler, yeniden bütünleşmeler ve yeniden yapılanmalarla ilgili tarihi deneyimler, elbette asla her zaman hesaplaşma ve bedel ödetme deneyimleri değildir. Devletin bölünmesi veya birliği, Amerikan toplumunun bürüneceği yapı için amansızca yürütülmüş olan Amerikan İç Savaşı mutabakatla sona ermişti.⁵⁵ Savaş süresince Kuzey'de, vaktiyle Birlik üzerine yemin etmiş olan Güneyli subaylar, memurlar ve politikacılarla casusların ve kölelere kötü muamele etmiş ve Birlik dostlarını kovuşturmuş olanların yargılanması talep edilmişti. İç savaş bittiğindeyse derdest olan tek bir dava vardı, o da savaş esiri Kuzey devletleri askerlerine muamelesinden dolayı bir Güney devletleri karargâhı komutanı hakkındaydı. Konfederasyon Başkanı Jefferson Davis'e karşı soruşturma başlatıldı ama hiçbir zaman yargılama yapılmadı. Açılan soruşturmalar da Konfederasyon Başkanı rolünden dolayı değil, Abraham Lincoln suikastına iştirak ettiği şüphesi nedeniyle yürütüldü. Hatta iç savaş sırasında Kuzey'de talep edilmiş ve planlanmış olan, Güney devletleri subayları, memurları ve politikacılarının kamu hizmetlerinden çıkarılmaları tasarısı bile ilk barış yılını atlatamadı.

⁵⁵ Karşılaştırmak için bkz.: E. Froner, *Reconstruction. America's Unfinished Revolution*, New York 1989, s. 176ff.

Bu uzlaşma ve ceza hukuku vasıtasıyla hesaplaşmadan vazgeçme politikasının bir nedeni, Başkan Andrew Johnson'un Güneyli seçmenlerin oyları konusunda kendisini güvence altına alma arzusunda yatıyordu. Ancak yeniden yapılanmanın doğru biçimi üzerine yürütülen siyasal ve toplumsal tartışmalarda bundan başka ve daha derin iki neden görünür hale gelmiştir.⁵⁶ Bu nedenlerden biri uyarınca denmekteydi ki, başka bir devletle savaşır gibi Güney'le bir savaş yürütülmüştür; karşılıklı esir değiş tokuş edilmiş ve gözlemci gönderilmiştir, müzakerelerde bulunulmuştur. Hal böyleyken, sonradan Güney'in devlet ve hukuk düzeni bütünlüğünü kabul etmemek mümkün değildir. Diğer nedense şuydu: Güney'de ceza hukuku aracılığıyla hesaplaşmaya karar verilseydi, buna ahlaki bir hesaplaşmanın içkin olması kaçınılmaz hale gelecekti. Bu da Kuzey'de pek uygun bulunmamış, her halükarda insanlara problemli görünmüştür. Her ne kadar iç savaşta her zaman politik ve ekonomik nedenler de söz konusu olmuşsa da, yürütülen savaşın amacı, ahlaki olarak, köleliğin kaldırılması ve siyahların beyazlarla eşitliğiydi. Dolayısıyla Kuzey'in Güney'e karşı kazandığı zafer, ahlaki bir zafer olarak telakki edildi. Ne var ki, kölelik kurumu uzun zaman Kuzey tarafından da desteklenmiş, hatta bazı Kuzey devletlerinde iç savaş boyunca idame de ettirilmişti. Dolayısıyla ortak bir ahlaki olarak yalnızca bulaşmışlık hissi söz konusuydu, hesaplaşma ve bedel ödetme pek de uygun kaçmayacaktı.

Hayır, hesaplaşma ve bedel ödetme bir iç savaşı izleyebilir; ama bu zorunlu bir sonuç değildir.⁵⁷ Bu sonuç, birlikte ahlaki olarak yalnızca bulaşmışlık nedeniyle doğmayabilir. Veya ortak bir bitkinlik ya da yeni bir başlangıca ve yeniden inşaya yönelik ortak arzu nedeniyle de... Şüphesiz birlik ve beraberlik ihtiyacı, hesaplaşma ve bedel ödetme isteğini teşvik de edebilir. Az sayıda suçluyla hesaplaşma, çok sayıda suçsuzdan oluşan bir topluluk kurar. Bir sistemin safralarının

⁵⁶ Karşılaştırmak için bkz: G. Smith, *No Treason in Civil War*, New York 1865.

⁵⁷ Çeşitli tarihi olasılıklar için bkz: H. Quaritsch, "Theorie der Vergangenheitsbewältigung", *Staat* 1992, s. 519.

göze batan münferit aşırılıklar olarak mahkûm edilmesi, sistemi daha az göze batan biçimde desteklemiş olan herkesin aklanması anlamına gelir. Böylelikle tarihin kötü dönemleri de bireysel ve kolektif tarihi bilinçle uyumlaştırılabilir: Bireysel aşırılıklar bir tarafa bırakılırsa, o kadar da fena dönemler olmadıkları söylenebilir.

II. Komünist Geçmişle Ceza Hukuku Aracılığıyla Baş Edilmesi ve Bir Hukuk Devleti İlkesi Olarak Geçmişe Uygulama Yasağı

Komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi konusunda Almanlara özgü gayretin nedeninin, bir uçta galiplerin adalet mekanizması ve diğer uçta mağlupların aklanmasının bulunduğu yelpazenin neresine düştüğü sorusu, bana kalırsa, ceza hukuku aracılığıyla baş etme yönteminin faydalandığı hukuki argümanlar dikkate alındığında, kendi kendine cevaplanır. Söz konusu yöntem, yalnızca ceza hukukuna ilişkin argümanlardan faydalanmaz. Anayasa hukukuna, hukuk felsefesine ve hukuk metodolojisine ilişkin argümanlara ve özellikli bir hukuk kavramına da ihtiyaç duyar. Bunlara ihtiyaç duyar; zira yöntemin kırılma noktası, bir hukuk devleti ilkesi olan geçmişe uygulama yasağıdır.

Hukuki çıkış noktası basittir. Anayasa madde 103/2' ye göre, bir fiil ancak, gerçekleşmesinden önce cezalandırılabilir olduğu hukuki olarak düzenlenmişse cezalandırılabilir. Cezalandırılabilirliğin yasal olarak tayini, suçun unsurlarının ve haklı nedenlerin tespitini içerir; yalnızca suçun unsurlarını yerine getiren ve haklı nedene dayanmayan davranış cezalandırılabilir. Gerçekleştirildiği anda adam öldürme suçunun unsurlarını yerine getiren, ancak bir haklı nedene bağlanmış olan, Duvar'ı geçmeye çalışana öldürme amacıyla ateş etme fiili, haklı neden suçu ortadan kaldırdığından cezalandırılmazdı. Böyle bir haklı neden, Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin Sınır Kanunu'nda bulunabilir. Madde 27/2'ye

göre, sınır ihlallerinin ağır hallerini, örneğin tehlikeli araçlarla veya başkalarıyla iştirak halinde sınır ihlalini önlemek için ateşli silah kullanımı, haklı neden olarak düzenlenmiştir. Madde 27/5'e göre, bu esnada yaşam hakkı ancak olasılığa göre korunur; yani her durumda değil. Aslına bakılırsa, ateşli silahı gerektiği gibi kullanmış olan kimse, sadece cezalandırılmamakla kalmaz; aynı zamanda övülür ve mükâfatlandırılır.⁵⁸

Buna karşılık ceza yargısı, Berlin Eyalet Mahkemesi'nden⁵⁹ tutun Federal Yargıtay'a⁶⁰ kadar, Duvar'ı geçmeye çalışanlara öldürme amacıyla ateş etme fiillerini cezalandırmaktan hiç de imtina etmemiştir.⁶¹ Ceza yargısı, alternatif ya da kümülatif olarak, iki argümana dayanır; ilk argümana göre fiilin gerçekleştiği tarihte benimsenmiş olan haklı neden [...] bu haklı nedenin şümulünde adaletin ve insanlığın temel ilkelerine açık ve ağır bir aykırılık ifadesini buluyorsa, daha üst bir hukuk normunu ihlal ettiğinden dikkate alınamaz. Aykırılık o kadar ağır olmalıdır ki, bütün halklara ortak olan, insan değeri ve haysiyetine dayanan hukuki kabulleri zedelemelidir.”⁶² Ardından “Radbruch Formülü” olarak bilinen şu cümle metne aynen alınmıştır: “Pozitif yasanın adalete aykırılığı o denli kabul edilemez olmalıdır ki, yasa artık hukuk olamayacak denli adaletten uzaklaşmış sayılmalıdır”.⁶³ Ne var ki, Federal Yargıtay, bu doğal hukukçu! argüman konusunda o kadar da rahat değildir. Bu

⁵⁸ Ateşli silahı, haklı nedenin kapsamını aşan biçimde kullanan kişiler de övülür ve mükâfatlandırılırdı. Bu nedenle Federal Yargıtay, haklı nedeni salt “biçimsel” bulmakta ve Demokratik Almanya Cumhuriyeti sınır askerlerinin kaçaklara ateş etmelerinin, Demokratik Almanya Cumhuriyeti cezai kovuşturma makamlarınca doğrudan kovuşturulmasına lüzum görülmeyen fiiller olarak görüldüğünü” saptamaktadır. Federal Yargıtay, NJW 1994, 267 (269).

⁵⁹ Berlin Eyalet Mahkemesi, JZ 1992, 492; JZ 1992, 691; NJ 1994, 210.

⁶⁰ Federal Yargıtay, NJW 1993, 141; NJW 1993, 1992.

⁶¹ Yazarı, iki Almanya'nın birleşmesinden sonraki dönemden söz ediyor (ç.n.).

⁶² Federal Yargıtay, NJW 1993, 141 (144). Literatürde de cezalandırılabilirlik, pozitif hukukun üstünde olan normlara aykırılıkla temellendirilmiştir. Karşılaştırmak için bkz: R. Alexy, “Aussprache”, VVDStRL, Sayı 51, 1992, 133; J. Hruschka, “Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht”, JZ 1992, 665 (667ff); G. Küpper, H. Wilms, “Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes”, ZRP 1992, 91 (94).

⁶³ Federal Yargıtay, NJW 1993, 141 (144).

argüman yoluyla Demokratik Almanya Cumhuriyeti ve nasyonal-sosyalist Almanya arasında yapılan karşılaştırmanın problemli olduğunun farkındadır. “Bu (Radbruch tarafından 1945’ten sonra geliştirilen) bakış açısının, eldeki olaya aktarılması kolay değildir. Zira Almanya içindeki sınırdan insanların öldürülmüş olması, nasyonal-sosyalist katliamla bir tutulamaz.”⁶⁴ Böylece Federal Yargıtay ilk doğal hukukçu argümanın yanına bir ikincisini koyar. Söz konusu argüman, hakimi, fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan yasanın ve onun öngördüğü cezalandırılabilirlik şartlarının araştırılmasında, “salt olgusalılık anlamında, fiilin gerçekleştiği tarihteki devlet pratiğinde ifadesini bulmuş olan yorumla bağlı” görmez; aksine hakimden, “doğru yorumlanmış yasaya”, yani orantılılık ilkesi ölçüsü uyarınca yorumlanmış yasaya, “insan hakları dostu yorum” ışığındaki yasaya dayanmasını bekler.⁶⁵ Fiilin gerçekleştiği tarihteki cezalandırılabilirliğin yasal şartları olarak tanınan ve uygulanan değil, aksine bizim daha iyi ve elbette daha sonraki anlayışımıza göre tanınması ve uygulanması gereken şartlar ölçüt olmalıdır. Bu argümana göre söz konusu yorum yöntemi geçmişe uygulama yasağıyla çelişmemektedir, zira geçmişe uygulama yasağı güvenin korunmasını amaçlar; yanlış ve insan hakları düşmanı bir yoruma dayanan güvenin se korunması mümkün değildir.⁶⁶

İkinci argüman, ilkinin bir çeşitlemesi olmaktan fazlasıdır. Bu argüman da gerçi kulağa biraz doğal hukukçu geliyor. Ancak tam da doğal hukukçu tanıtlamayı ardında bırakmak istiyor ve gerçekten de söz konusu tanıtlamanın ötesine geçiyor, hukuk kavramına ve kendi yorum yöntemine dayanarak... İkinci argümana göre, yürürlükteki hukuk, hukuk olarak tanınan ve uygulanan şey değil, doğru anlayışa göre tanınması ve uygulanması gerektiği haliyle yasadır. Doğru anlayış, doğal hukukçu-insan hakları dostu bir anlayış olabileceği gibi, basitçe

⁶⁴ A.g.e.

⁶⁵ A.g.e., 148.

⁶⁶ Karşılaştırmak için ayrıca bkz: F. Ch. Schroeder, “Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag”, JZ 1992, 990 (1992ff); Ch. Starck, “Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit”, VVDStRL, Sayı: 51, 1992, 7 (27f.).

federal cumhuriyetçi-hukuk devletçi bir anlayış da olabilir. Demokratik Almanya Cumhuriyeti seçimlerinde sahtecilik, Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde kısmen olağandı; asla ceza kovuşturmasına uğramıyordu ve bu ne insan haklarıyla ne de doğal hukukla ilgili bir konu. Mahkeme içtihadına göre bunlar cezalandırılabilir fiillerdir; zira Demokratik Almanya Cumhuriyeti seçimlerindeki hilelerin tespit edilmesinin korumuş olduğu kişi varlığı hakları, her şeye rağmen, bir ölçüde, Federal Cumhuriyet seçimlerindeki hilelerin tespitinin koruduğu kişi varlığı haklarıyla aynı türden ve aynı değerdedir.⁶⁷ Keza Demokratik Almanya Cumhuriyeti yolsuzluk tespiti, mahkeme içtihadı tarafından, federal cumhuriyetçi olanla birlikte uygulanmıştır.⁶⁸

Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin ceza hukuku, özünde zaten daima federal cumhuriyetçi olageldiyse, o zaman Federal Cumhuriyet'in ceza hukukunun Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde gerçekleşmiş olan fiillere uygulanması, bir geçmişe uygulama sorunu doğuramaz. Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin ceza hukuku doğru anlayışla yorumlandığında özünde zaten hep hukuk devletçi ve insan hakları dostu olagelmışse, o zaman Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde gerçekleşen hukuka aykırılıklar münferit aşırılıklar olarak bir kenara bırakılabilir ve Demokratik Almanya Cumhuriyeti yılları geri kalan konular bağlamında bireysel ve kolektif biyografiyle uyumlaştırılabilir. İktidarın sistem özellikli uzantıları zaten hep daha iyisini bilmeye ya da her halde bilebilecek olmaya karşı, hukuka aykırı ve insan hakları düşmanıydıysa, o zaman bunu bilen veya bilmeleri gereken o dönemin

⁶⁷ Federal Yargıtay, NJW 1993,1019 (1022f); buna ilişkin olarak bkz: BVerfGE (İkinci Senatunun ikinci kamarası), NJW 1993, 2524; karşılaştırmak için ayrıca bkz: Dresden Eyalet Mahkemesi, NJ 1993, 493; Dresden Eyalet Mahkemesinin kararını destekleyen görüş için bkz: F. L. Lorenz, "Rechtsgeltung, DDR-Geschichte und Angemessenheit von Strafe", JZ 1994, 388; eüleştiril görüş için bkz: Th. Vormbaum, "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung", NJ 1993, 212.

⁶⁸ Braunschweig Yüksek Eyalet Mahkemesi, DtZ 1992, 126; sınırlayıcı olarak ceza hukukuna ilişkin Federal Yargıtay Kararları 40, 169; M. Seebode, "Rechtsbeugung und Rechtsbruch", JR 1994, 1; E.-C. Rautenberg, G. Burges, "Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung gegen Staatsanwälte und Richter in der früheren DDR", DtZ 1993, 71; E. Wolf, "Rechtsbeugung durch DDR-Richter", NJW 1994, 1390; Vormbaum aksi görüşü savunmaktadır (Vormbaum, s. 212).

seçkinleri daimi olarak itibarsızlaşmışlardır. Demek ki, komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi konusunda Almanlara özgü gayretin çifte nedeni vardır. Söz konusu gayret, aynı zamanda hem galiplerin adalet mekanizmasına hem de mağlupların aklanmasına hizmet eder; kendi seçkinlerini Doğu'nun eski seçkinlerinin yerine geçirirken Batı'ya meşruiyet kazandırır ve Doğu'da, Demokratik Almanya Cumhuriyeti yıllarında seçkin olarak veya aşırılıklarla kendilerini açık etmemiş olanları aklar. Bu şekilde Doğu ve Batı arasındaki gerilimin azaltılıp azaltılamayacağı, iç içe kaynaşmanın teşvik edilip edilemeyeceği ve ortak bir siyasi kültür oluşturulup oluşturulamayacağı konusu, bana öyle geliyor ki, şüphecilikle değerlendirilmelidir. Ortak siyasi kültürün hukuk devleti bilincine sahip olduğu ve hukuk devleti taahhüdü altına girdiği yerde, çok daha büyük bir şüphecilikle... Zira komünist geçmişle yukarıda nitelendiği biçimiyle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi, hukuk devleti ilkesiyle kolay kolay bağdaşmaz.

III. Hukuk Devleti İlkesi Olarak Geçmişe Uygulama Yasağı ve Hukuk Kavramı

Ceza yargılaması içtihadının geçmişe uygulama yasağını aşmak için geliştirmiş olduğu hukuk kavramının kendisi, zaten hukuk devleti ilkesine uygun değildir. Hukuk olarak tanınan ve uygulananı değil de hukuk olarak tanınması ve uygulanması gerekeni yürürlükteki hukuk olarak tespit etmek, hukuk kavramını asli önemdeki bir boyutundan yoksun bırakır: Gerçeklik boyutundan. Burada, yürürlük ve yürürlükteki hukuk kavramlarındaki bu ampirik boyutun diğer boyutla, yani manevi-normatif boyutla nasıl bir araya geleceği henüz kesin değildir.⁶⁹ Hukuk ve devlet felsefesinin bu klasik probleminin her zaman için nasıl kavranabileceği ve çözülebileceği, ampirik ve manevi-

⁶⁹ Karşılaştırmak için bkz: G. Jakobs, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch", *Vergangenheitsbewältigung durch Recht* (Der. J. Isensee), Berlin 1992, s. 37 (44); ayrıca bkz: G. Jacobs, "Untaten des Staates - Unrecht im Staat", GA 1994, s. 1.

normatif boyutların hukuk kavramı içinde bir araya gelişleri, her bir problemin kavranmasında ve çözülmesinde anlaşılır hale gelir.⁷⁰ Ceza yargılaması içtihadının, yasa konusundaki formülünü alıntılıdığı *Gustav Radbruch*'u tek başına ele alalım. Bu formüle göre, adalete katlanılamaz biçimde aykırı olan yasaya, doğru hukuk olmadığından, uyulmaması gerekir. Radbruch'un, rölativizm ve pozitivism etkisi altındaki erken dönem düşüncesinden, doğal hukukçuluktan esinlenmiş geç dönem düşüncesine dek muhafaza ettiği ve kendisiyle çelişkiye düşmeksizin muhafaza da edebileceği hukuk kavramı, "hukuk değerine, hukuk idesine hizmet etme anlamını taşıyan gerçeklik" olarak hukuk kavramıdır ki, burada "hukuk idesi [...] adalet idesinden başka şey olamaz".⁷¹ Hukuk idesinden yoksun bir hukuk gerçekliği söz konusu olduğunda, hâlâ bir hukuktan bahsedilip bahsedilemeyeceği sorusu kendini gösterir ve Radbruch'un geç dönem düşüncesinde ifadesini bulan formül, bu soruya bir cevap vermektedir. Ama bu geç dönem doğal hukukçuluktan esinlenmiş cevap da gerçekliğin ötesine sıçrayamaz. Her ne kadar söz konusu cevap, kötü gerçekliğin hukuk olarak yürürlük iddiasını reddetse de, hukukun yürürlük bulabilmesi için gerçekliğe ihtiyaç duyduğunu, hukuk olarak tanınan ve uygulanan şeyin sadece yürürlükteki hukuk olduğunu da yadsımaz.

Ceza yargılaması içtihadının geçmişe uygulama yasağını aşmak için kullandığı hukuk kavramı⁷², hukuk ve devlet politikası açısından

⁷⁰ Kelsen'in normatif "saf hukuk öğretisi" kavramı bile, ampirik etkililiği yürürlük kavramı içinde konumlandırır; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viyana 1960, s. 215 ff.

⁷¹ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973, s. 119f.

⁷² Eleştiriler için bkz: F. Dencker, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik", *KritV* 1990, 299 (305); H. Dreier, "Aussprache", *VVDStRL* 52, 1992, 137; G. Grünwald, "Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen", *StV* 1991, 31; J. Isensee, "Aussprache", *VVDStRL* 51, 1992, 135; J. Isensee, "Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe", *Vergangenheitsbewältigung durch Recht* (Der. J. Isensee), Berlin 1992, s. 91 (106); G. Jakobs, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?", s. 37 (44); G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1991, s. 69; G. Jakobs, "Untaten des Staates - Unrecht im Staat", s. 1; B. Pieroth, "Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorechtsstaatlichen Vergangenheit", *VVDStRL* 51, 1992, 92 (103); H.-J. Scholten, "Zur Bedeutung von § 7 StGB für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes", *ZRP* 1992, 476.

yanlış olmakla kalmaz. Bu kadarla kalsaydı çok da önemli bulunmayabilirdi. Ne var ki, hukuk kavramının gerçeklik boyutundan mahrum bırakılmasının hukuk devleti ilkesiyle uyuşmayacak sonuçları vardır. Zira gerçeklik boyutu, gerçeklikteki yürürlük boyutu, hukukun kamusallığını kuşatır. Kamusal olarak tanındığı ve uygulandığı ölçüde hukuk geçerlidir. Kamusal olarak tanınabilmesi ve uygulanabilmesi içinse kamusalılık iddiasında bulunmalı, kamusal, genel bir niteliği haiz olmalıdır. Bana öyle geliyor ki, tam da bu noktada, ampirik ve manevi-normatif boyutların hukuk kavramı içinde bir araya geldikleri sistematik yerdir. Sosyal ilişkileri, kamusalılık ve eşitlik anlamında şekillendirme iddiası, hukuk idesi olarak adalete de özgüdür. Ve hukuk devleti, tarih ve gelenek uyarınca, kamusal düzenlemelerin kamusal olarak yürürlükte olduğu devlettir.

Günümüzdeki komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş etme girişimi, bu kamusalılık iddiasından, henüz daha ilk adımda vazgeçmek zorunda kalıyor. Öyle anlaşıyor ki, savcılıklar ve mahkemeler, Almanya Sosyalist Birlik Partisi'nin işlediği suçlara ilişkin olarak zamanaşımının yıllarca, hatta on yıllarca durmasını sağlayacak yasa kapsamında, içtihatla geliştirilen ölçütler uyarınca, Duvar nişancısı, mayın döşeyicisi, gardiyan, casus oldukları veya seçimlerde sahtekârlık yaptıkları ya da yolsuzluklara bulaştıkları için⁷³ aleyhlerinde soruşturma ve kovuşturma açılması gereken kişilerin, deyim yerindeyse, yalnızca gülünç sayıda bir bölümüyle meşgul olabilecekler. Ceza hukuku aracılığıyla baş etmenin sonrasında ulaşması gereken doygunluğun da ardından aslında neyin gerçekleşeceği, eyaletin Adalet Bakanının ve yerel savcılarının kişisel angajmanlarına bağlı kalacaktır. Neyin doğrudan doğruya bilgileri dahilinde olduğuna, kamuyu nelerin alenen ilgilendirdiğine, neyin kolay soruşturulabilir olduğuna ve sorunsuz bir mahkûmiyet kararı vaat ettiğine... Bu, ceza hukukunun kamusalılık değil, tesa-düf düsturu uyarınca uygulanmasıdır. Neden olmasın? Burada uy-

⁷³ "Rejim suçlarının" tezahürleri için bkz: C. Schaefgen, "DDR-Regierungskriminalität. Erscheinungsformen und Probleme", *Recht und Politik* 1992, s. 191.

güçlenen hukuk, gerçeklikteki kamusal yürürlüğüyle tanımlanmış değildir; aksine aslında nasıl tanınmış ve uygulanmış olmalıydı sorusuna sonradan verilen cevaplar uyarınca henüz adım adım inşa edilmektedir.

Geçmişe uygulama yasağının aşılması adına ceza yargısı, kendi yanlış hukuk kavramını geliştirmiştir. Bu, geçmişe uygulama yasağının köklerinin, tam da hukuk kavramının kendisinde, hukuk devleti ilkesine uygun ve özgü olduğu haliyle hukuk kavramında bulunduğuna işaret eder. Fiilden sonra konulmuş ve fiile göre biçilmiş olan değil, ancak fiilden önce sabit olan hukuk, kamusallığın güvencesidir. Geçmişe uygulama yasağının anlamı ve mantığı hakkındaki tartışmalarda konu edilmiş olan ve edilen tüm diğer her şey, yine bu olguya bağlanır.⁷⁴ Yalnızca hukukun kamusallığı keyfilik karşısında koruma sağlayabilir, yalnızca fiilden önce sabit olan kamusal hukuk sayesinde yurttaş, devletten ne beklemesi gerektiğini bilebilir; ancak fiilden önce sabit olan kamusal hukuk suçluların *Magna Carta*'sı, hukuka saygılı yurttaşlar için motivasyon kaynağı, hukuka saygı göstermeyen yurttaşlara yönelik istisnalara dayanak olabilir. Geçmişe uygulama yasağının anlamı ve mantığına ilişkin düşüncelerde bu tespitlerden fazlası da vardır. Buradan şu sonuç çıkıyor: Fiilden önce sabit olan kamusal hukuk yalnızca, tam olarak yasada formüle edilmiş olan ve hâkime sadece kendini dillendirmesi için ihtiyaç duyan hukuk değildir; tanındığı ve uygulandığı haliyle hukuktur.⁷⁵

Geçmişe uygulama yasağı ve hukuk devleti ilkesi arasında, hukuk dogmatikliğine ilişkin çifte bağlantı vardır; zira hukuk düzenimiz geçmişe uygulama yasağını iki ayrı dogmatik biçimde içerir. İlkinde göre, ceza hukukunda geçerli olan ve koşulsuz olarak düzenlenmiş

⁷⁴ Tarihsel olarak ve güncel anlamda geçmişe uygulama yasağı konusunda karşılaştırmak için bkz: H.-L. Schreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt/M. 1976.

⁷⁵ Benzer görüş için bkz: J. Isensee, "Der Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe", s. 91 (106); G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, s. 69.

bir geçmişe uygulama yasağı vardır. Diğerine göreyse, geçmişe etkili olan devlet eylemleri karşısında, dayanağını yurttaşların güveninde bulan, gerçek ve gerçek olmayan geçmişe uygulamaya ve az ya da çok korunmaya değer güvene göre farklılaşan ve sadece ara sıra geçmişe uygulama yasağı olarak kuvvetlenen genel bir güvence vardır.⁷⁶ Bu, şarta bağlı geçmişe uygulama yasağı, Anayasa madde 20/3'te düzenlenen hukuk devleti ilkesinden türetilmiştir.⁷⁷ Şarta bağlı olmayanınsa bu şekilde türetilmeye ihtiyacı yoktur, zaten Anayasa madde 103/2'de kategorik olarak formüle edilmiştir. Gerçi bu yasak, şarta bağlı geçmişe uygulama yasağında da olduğu gibi, Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrası üzerinden anayasa değişikliğinden etkilenmeyecek biçimde, Anayasa madde 20/3'teki hukuk devletinin temel ilkeleri arasında sayılmamıştır.⁷⁸ Yine de bu yasağın anayasal hukuk devletini şekillendiren unsurlardan⁷⁹ ve böylelikle şarta bağlı geçmişe uygulama yasağının da temelinde olduğu kabul edilmektedir. Her iki geçmişe uygulama yasağı da hukuk devleti ilkesinin uydusu gibidir, ikisi de hukuk devletiyle bu bağları aracılığıyla sistematik bir bağlam içinde yer alır. Bununla beraber ikisi tamamen birbirinden farklıdır. Yurttaşın korunmaya değer güvenine dayanma fikri, Anayasa madde 103/2'deki şarta bağlı olmayan geçmişe uygulama yasağına bütünüyle yabancıdır.⁸⁰

⁷⁶ Kamusal geçmişe uygulama yasağı için bkz: B. Pieroth, *Rückwirkung und Übergangsrecht*, Berlin, 1981.

⁷⁷ Karşılaştırmak için bkz: Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 25, s. 269 (289f.); 72, 200 (257); H. D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Münih 1992, m. 20. Rn. 47ff.; F. E. Schnapp, *GG-Kommentar, I. Bd* (I. v. Münch, Ph. Kunig), Münih 1992, m. 20 Rn. 27.

⁷⁸ Pieroth, s. 106.

⁷⁹ Anayasa madde 103/2'nin düzenleme içeriğinden türetilen, hukuk devletine özgü her bir ilke için bkz: Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 64, 389 (394 - Keyfiyet Yasağı); 73, 206 (235 - Kuvvetler Ayrılığı); Schreiber, s. 215ff (Kanunilik İlkesi); R. Wasserman, *Alternativ-Kommentar zum GG für die Bundesrepublik Deutschland, I. Bd*, 1989, madde 103 Rn. 44 (Demokrasi İlkesi).

⁸⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 103/2'yi açıkça kamusal geçmişe uygulama yasağının, güvenin korunmasına bağlanan sınırlamalarından ayrı tutmaktadır. Karşılaştırmak için bkz: Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 25, 269 (289, 291).

Ceza yargısı bunu da yanlış değerlendirmektedir. “Geçmişe uygulama yasağı [...] sanığın fiilin gerçekleştiği tarihte, o zaman yürürlükte olan hukukun baki kalacağına dair duymuş olduğu güveni korur.”⁸¹ Bu, Anayasa madde 103/2’deki geçmişe uygulama yasağının ana fikri olarak doğru olduğu kadar, söz konusu yasağın şartı olarak da o denli yanlıştır. Zira Federal Yargıtay’ın burada atfı yaptığı ilgili şerhte de bu ifade aslında yasağın ana fikri anlamında kullanılmıştır.⁸² Ancak Federal Yargıtay tarafından koşul olarak anlaşılmakta ve uygulanmaktadır. “Hukukun, fiilin gerçekleştiği tarihteki devlet pratiğinde olduğu gibi, gelecekte de insan haklarına aykırı bir haklı nedenin tanınmasını sağlayacak biçimde uygulanacağı beklentisi korunmaya değer değildir. Sanığın, fiilinin hukuka aykırılığında temelini bulan suç isnadıyla, Demokratik Almanya Cumhuriyeti hukukunun doğru yorumuyla henüz fiilin gerçekleştiği tarihte yargılanması gerektiği biçimde yargılanması, keyfilik değildir.”⁸³

Hal böyleyken, nesnel hukuki durumların öznelleştirilmesi ve şekli hukuki durumların somut olaylara uygulanması eğiliminin kamusal olarak gözlenmesi gerekir.⁸⁴ Federal Yargıtay bu eğilimdedir. Ancak tam da en yüksek ceza mahkemesi olarak bu eğilimde olmamalıdır. “*Nulla poena, nullum crimen sine lege*”⁸⁵, tam da nesnelliği ve şekilselliği içinde ceza hukukunun hukuk devleti ilkesine ilişkin kendine özgülüğüdür. Anayasa madde 103/2’deki şarta bağlı olmayan geçmişe uygulama yasağı, şarta bağlı geçmişe uygulama yasağının düzeyine indirilirse, bu nitelikten feragat edilmiş olur.

⁸¹ Federal Yargıtay, NJW 1993, 141 (148).

⁸² H. Rüping, *Bonner Kommentar zum GG*, Stand. Okt. 1993, M. 103/2, 2 Rn. 16.

⁸³ Federal Yargıtay, NJW 1993, 141 (148).

⁸⁴ Anayasa hukuku alanında yapılmış eleştirel bir envanter çalışması için bkz: E.- W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Münih- Nymphenburg 1989.

⁸⁵ “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini anlatan Latince deyim (ç.n.).

Ben, Federal Yargıtay'ın da söz konusu eğilim karşısında bütünüyle şüphelilikten uzak, nesnelliği ve şekilselliği içindeki geçmişe uygulama yasağına karşı bütünüyle duyarsız olmadığını sanıyorum. Bu, Federal Yargıtay'ın son tahlilde Radbruch formülüne, yani doğal hukukçu argümana dayanmaya yanaşmamasının bir başka nedeni olabilir. Zira doğal hukukçu argüman yalnızca bir zamanların hukukuna, yani Demokratik Almanya Cumhuriyeti ve hatta nasyonal-sosyalist hukuka yönelmez; bugün yürürlükte olan geçmişe uygulama yasağının kendisini de tehlikeye sokar. O dönemlerin hukukunun ancak doğal hukuka uygunluğu ölçüsünde geçerli olduğu argümanı, sonuç değişmeksizin kolayca, geçmişe uygulama yasağının neticelerinin ancak doğal hukuka uygunluğu ölçüsünde geçerli olduğu argümanına tahvil edilebilir. Öyle ya da böyle sonuç, kişinin, doğal hukuk öyle öngörüyorsa cezalandırılması, doğal hukuk aksini gerektiriyorsa cezalandırılmamasıdır. Geçmişe uygulama yasağının, ancak sonuçlarının doğal hukuka uygun olmaları halinde geçerli olacağı kabul edildiğinde, yasağın anlamsız hale geleceği ortadadır. Doğrudan doğruya sonradan ortaya çıkabilecek, temelinde iyi niyetler yatan cezalandırma ihtiyacına karşı kullanılmazsa, yasağın hiçbir anlamı yoktur. Temelinde iyi niyetler yatan, sonradan ortaya çıkabilecek cezalandırma ihtiyacı, ancak bir anayasa hükmü aracılığıyla sınırlandırılmak zorunluluğunu ortaya çıkarmaya yetecek ağırlığa sahiptir. Sonradan ortaya çıkan ve temelinde kötü niyetler yatan cezalandırma ihtiyacıysa kendi işini kendisi halleder.

IV. Hukuk Devleti Talepleriyle Adalet Talepleri Arasında Komünist Geçmişle Ceza Hukuku Aracılığıyla Baş Edilmesi

Her şey yukarıda ileri sürülmüş olduğu gibiyse, hukuk devleti, hukuk devleti ilkesine uygun ve özgü hukuk kavramı, hukuk devleti ilkesi gereği olan kamusalılık ve Anayasa madde 103/2'deki geçmişe uygulama yasağı, komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesine aykırı düşünüyor, adalet nerede kaldı o zaman? Sosyal ilişkileri kamusalılık ve eşitlik anlamında şekillendirme iddiası-

nın adalete de içkin oluşu konunun bir boyutuysa, diğer boyutu da adaletin haksızlığın adının konmasını ve haksızlığın failinin cezalandırmasını gerektirmesi değil midir? “Biz adalet istemiştik ama elimize geçen hukuk devleti oldu” - bugün komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi yöntemiyle sürdürülen adalet çalışmasının bile hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kabul edilebilir olmadığını düşünürsek, Bärbel Bohley’e⁸⁶ atfedilen, düş kırıklığı yüklü bu sözün taşıdığı gerçek payı artar mı?

Sorun başka şekilde de kavranabilir. Adaletin yeri nedir? Hukuk devleti, kuşkusuz... Bir hukuk devletinde adaletin gerçekleştirilmesi gerekir. Ama hukuk devletinde adalet ancak, hukuk güvenliği ilkesiyle bağlı, hukuka karşı gelenin de yararlandığı temel ve yargılamaya ilişkin haklar aracılığıyla ve geçmişe uygulama yasağıyla da sınırlanmış biçimde gerçekleştirilebilir. Bu tahditler ve sınırlamalar olmaksızın adaletin gerçekleştirilebileceği başka bir yer daha var mıdır?

Devrim, hukuk devletine özgü tahditleri ve sınırlamaları tanımaz; hukuk devleti ilkesi uyarınca kurulmuş bir devlet ve hukuk düzenine karşı yöneldiğinde tüm bunları rafa kaldırır. Kendisi doğrudan doğruya böyle bir düzen kurmak istiyorsa, ancak o zaman hukuk devleti ilkesine uygun sınırlamalar üzerine çalışır; yine de bu sınırlamalara hemen tâbi olmaz. Devrim, devletin hukukunun olduğu kadar hukuk devletinin de sıfırlandığı noktadır. Devrim, hiçbir şeyle bağlı olmayan devrimci adaletin kendini gösterdiği andır.

Bu, saf adaletin vakti olabilir. Adaletin gerçekleştirilmesinde hukuk devleti ilkesinin öngördüğü sınırlar, hukuk devletinin olağan devamlılığı içinde bütünüyle kabul edilebilir olsalar da, adil olmayan bir rejimden kopuş sürecinde, söz konusu rejimin temsilcileri ve yandaşlarının adil biçimde cezalandırılmaları konusunda aksine zor

⁸⁶ Demokratik Almanya Cumhuriyeti’nde yaşamış olan yurttaş hakları savunucusu. Politik görüşleri ve eylemleri nedeniyle Almanya Sosyalist Birlik Partisinin kurduğu rejimin en tehlikeli düşmanları arasında kabul edilmiştir (ç.n.).

katlanılır bir engele dönüşebilirler. Keza devrimci sıfırlanma noktası, elbette, yeni ve daha beter bir adaletsizlik sürecinin başlangıcı da olabilir. Devrimin uzun bıçaklı gecelerinde kurunun yanında yaşı da yanar. Eski rejimin temsilcileri ve yandaşlarına karşı, kolaylaştırılmış ve kısaltılmış yargılama prosedürleri uyarınca yürütülen davalara bakan devrim mahkemeleri de, dizginlerinden boşalan devrimci halk öfkesine nazaran adaletsizliğe karşı daha fazla koruma sunarlar gerçi. Yine de hukuk devleti ilkesi uyarınca yürütülen ceza yargılamalarının sunduğu hukuk güvenliğini asla sağlayamazlar. Yargılama aracılığıyla adaletsizliğe karşı sağladıkları güvenlik için sunduklarıyla, adaletin gerçekleştirilmesini aslında yeniden sınırlayabilirler.

Devrimci sıfır noktasının olgularda adalete tahvili, devrimcilerin sorumluluğuna bağlıdır. Bu, hukuki değil, ahlaki ve siyasi bir sorumluluktur. Adaletin gerçekleştirilmesinden kaçınmak ve devrimi ilgili çatışmalardan bağımsız, özgür ve uzlaştırmacı bir noktada tutmak için iyi nedenler bulunabilir. O zaman da devrimin ardından kurulan bir hukuk devletinde, adaleti hukuk devletine özgü sınırlamalardan bağımsız olarak gerçekleştirme fırsatı kaçmış olur. Başka türlü formüle edersek, devrimciler adalet istiyorlarsa, adaleti kendileri kurmalıdırlar; devrim sona erip de olağan devlet düzeni yeniden inşa edildiğinde ellerinde kalacak olan, yalnızca hukuk devleti ilkesi ölçütlerine uygun bir hukuk devleti ve adalet olabilir.

Hukuk devletinde olağan ve olağanüstü hal söz konusu olduğunda her zaman yaşandığı gibi, burada da adaletin yerine yönelik soruya ilişkin, hukuk devletine özgü olağanlık ve devrimci istisna arasında uzlaştırmacı çözümler bulunur. İçlerinde kötülerini de vardır; bu tarz çözümler, aslında ancak hukuk devletine özgü olağanlığın askıya alınmasıyla hukuken mümkün olanı, hukuk devletine özgü olağanlık koşulları altında, hukuk devletine ve temel haklara özgü teminatların argümanlarla yumuşatılması yoluyla mümkün kılmak isterler. O zaman da hukuk devletine ve temel haklara özgü teminatlar, mübadele edilebilirliği değerlendiren hesaplar ve beklenebilirlik tahmin-

leri içinde eriyip gider; *Radikalenerlaß*'ın⁸⁷ ya da tecridin⁸⁸ meşrulaştırılması buna örnek verilebilir. Uzlaştırıcı çözümler, diğer yandan anayasa değişikliklerine dayanabilirler ve bu değişiklikler aracılığıyla belli bazı hukuk devletine ve temel haklara özgü teminatları kısmen askıya alabilirler. Hocam *Emst-Wolfgang Böckenförde*⁸⁹, bundan yıllar önce, Freiburg Üniversitesi'ndeki göreve başlangıç konuşmasında, bu anlamda terörizmle mücadeleye ilişkin küçük bir acil durum önleminin anayasa hukuku düzeyinde düzenlenmesini önermişti.⁹⁰ Burada da benzer şekilde düşünülmesi gereken, konu komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi olduğu ölçüde, bir anayasa değişikliğiyle Anayasa madde 103/2'yi askıya almaktır. 10 numaralı Denetleme Konseyi Yasası⁹¹, kendi zamanında, insanlığa karşı suçlar için geçmişe uygulama yasağını kaldırmıştı.⁹² Neden devrimci adaletin, hukuk devletine özgü olağanlık içinde bunun gibi bir yeri olmasın? Neden komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilebilmesi adına geçmişe uygulama yasağının askıya alınması mümkün olmasın?

⁸⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 39,331 (351); *Radikalenerlaß* eleştirisi için bkz: B. Schlink, "Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht", *Staat* 1976, s. 335.

Kamu Hizmetindeki Anayasa Dışı Güçler Sorununa İlişkin Esaslar ya da kısaca *Radikalenerlaß*. 1972 yılında Federal Almanya Cumhuriyeti'nde çıkarılmış olan bir kararname. Buna göre, yürürlükteki hukuk uyarınca etkin biçimde anayasaya sadakat kamu hizmetine alınmanın koşuludur. Öyleyse anayasa dışı bir örgüt üyeliği, ilke olarak, kişinin anayasaya sadakati konusunda şüpheye yol açacaktır. Bu durumda kişinin kamu hizmetine alınma başvurusu reddedilebilir. Kararname özellikle Alman Komünist Partisini hedef alıyordu (ç.n.).

⁸⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 49, 24 (33).

⁸⁹ Alman kamu ve idare hukukçusu. 1983-1996 yılları arasında Alman Federal Anayasa Mahkemesinde yargıç olarak görev yapmıştır. Carl Schmitt'in savaş sonrası dönemdeki en önemli öğrencilerinden biri olarak kabul edilir.

⁹⁰ E.-W. Böckenförde, "Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen", *NJW*, 1978, 1881 (1889f.).

⁹¹ *Kontrollratgesetze*. Denetleme Konseyi Yasaları, işgal hukukuna ilişkin yetkileri çerçevesinde müttefik devletlerin 1945-1948 yılları arasında nasyonal-sosyalizm ve militarizmin tüm izlerini ortadan kaldırmak için Almanya'da çıkarmış oldukları yasalardır. 20 Aralık 1945 tarihli ve 10 numaralı yasa, savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçlar işlemiş olan kişilerin cezalandırılmasına ilişkindir (ç.n.).

⁹² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de ceza hukukuna özgü geçmişe uygulama yasağına bir sınır lama getiriyor (AİHS, m. 7/2).

Böyle bir anayasa değişikliği, anayasa hukuku açısından sorun çıkarmazdı. Anayasanın bu şekilde değiştirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin anayasa politikasına özgü tartışma yürütmekse, komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesinin ve bu yöntemin ne kadarının aslında istenip istenmediği ve isteniyorsa anayasa hukuku bağlamında hangi bedel karşılığında bunun gerçekleşeceği sorularının cevaplanması adına, ceza mahkemelerinin tartışmalı argümanlarından daha uygun bir çözüm olurdu. Peki, anayasa politikasına özgü böyle bir tartışmada, ilgili bir anayasa değişikliği konusunda ne öne sürülebilirdi? Genel önlemeye yönelik önerilerin böyle bir anayasa değişikliğine kapı aralaması olasılığı, özel önlemeye yönelik öneriler kadar düşüktür. Yukarıda sözü edilen, galiplerin adaleti ve mağlupların aklanması, bir anayasa değişikliği yapılmasına değmez. Böyle bir devrimci miras, örneğin geçmişe uygulama yasağını askıya alan bir halk meclisi kanunu var olsaydı, o zaman birleşmiş Almanya'daki yasa koyucu için de böyle bir yükümlülük söz konusu olurdu. Ama yok.

Devrimci adaletin vakti geçti. Hukuk devletine özgü olağanlık, geçmişe uygulama yasağını da içerir ve şimdilerde yürütülen şekliyle komünist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi yöntemini dışlar. Ben, bunun sadece hukuk mantığına değil, keza siyaset mantığına da içkin olduğunu düşünüyorum. Birleşmiş Almanya'da yeni ceza yargılamalarından çok daha önemli ve acil işler var.

Uygunsuz Bir Dayatma Olarak Geçmiş⁹³

I.

31 Ağustos 1990 tarihli İki Almanya'nın Birleşmesi Hakkında Sözleşme, Almanya'nın birliğinin inşasını ele alır ve hedefi de bu inşanın tamamlanmasıdır. "Tasfiyeleri", "yürürlük düzenlemeleri", "uyum düzenlemelerini", "denkleştirmeleri", "denetlemeleri", "sevkleri", "intikalleri", "devralmaları", "geçişleri" düzenler. Birleşme hukuku geçiş dönemi hukukudur; geçişin ne zaman gerçekleştirilmiş ve birliğin ne zaman tamamlanmış olması gerektiği, Birleşme Sözleşmesi'nin belirttiği tarihlerde ifadesini bulur. Son tarih 31 Aralık 1996'dır, ⁹⁴ o tarihe dek mali teşkilatta belediyeler için Anayasa madde 106/5'ten bir sapma geçerli olacaktır. Anayasa'dan -birleşmeye bağlı- diğer sapmalar, 31 Aralık 1995'ten sonra zaten artık hukuken kabul edilebilir değildir. Birleşme Sözleşmesi'nde belirtilen tarihlere göre, en geç 1997 yılı, tamamlanmış olan birliğin ilk yılı olacaktır.⁹⁵

⁹³ Bu yazı ilk olarak şu kitap içinde yayımlanmıştır: Rolf Grawert, Bernhard Schlink, Rainer Wahl, Joachim Wieland (Der.), *Offene Staatlichkeit. Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, Berlin 1995, s. 341-355.

⁹⁴ Birleşme Sözleşmesi, madde 7/2-2.

⁹⁵ Ancak, avukatlık ruhsatı, noterlik şartları ve fahri görevli hâkimlerin atanmalarının denetlenmesi hakkında, daha sonra çıkarılmış bir yasa aracılığıyla, Birleşme Sözleşmesi dışında, daha uzun bir süre öngörülmüştür. Avukatlık ruhsatının iptali ya da geri alınması, en fazla 1998 yılına dek bu yasaya dayandırılabilir (§ 13/2 RNPG).

Kamu hizmeti mensuplarının 3 Ekim 1990'dan önce kurulmuş hukuki ilişkilerine yönelik, Birleşme Sözleşmesi'yle kararlaştırılmış olan düzenlemeler de açıkça geçiş düzenlemeleri olarak adlandırılır.⁹⁶ Ama burada geçiş, esas itibarıyla daha geç son bulur. Yalnızca süresi 31 Aralık 1993'e kadar uzatılmış olan bildirimli fesih hakkındaki düzenleme belirli süreli dir.⁹⁷ Daha önce Devlet Güvenlik Bakanlığı için faaliyette bulunanların kamu hizmetinde çalıştırılmasının devamının kabul edilemezliği nedeniyle haklı fesih hakkındaki düzenleme süreye bağlanmamıştır. Ancak eski Devlet Güvenlik Bakanlığı personelin den hiç kimsenin artık kamu hizmetinde çalışmadığı gün, buna bağlı bir haklı nedenle fesih de söz konusu olmayacaktır.⁹⁸ Burada geçiş ancak, birleşmeden önce Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmaya yaşları müsait olanların kuşağı iş hayatını bıraktığı zaman sona erer. Daha önümüzdeki binyılın üçüncü ve dördüncü on yılına kadar, gençlik yıllarında Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın gayri resmi elemanı olan bir kamu hizmeti çalışanının, bu işbirliğini tespit eden ve *Gauck* kararı diye adlandırılan bir karar aracılığıyla işten çıkarılması söz konusu olabilecektir. *Gauck* Dairesi'nin⁹⁹ belgelerin-

⁹⁶ Birleşme Sözleşmesi, madde 20/1.

⁹⁷ Birleşme Sözleşmesi metninde açık olmasına rağmen, literatürde bunun tespit edilmesi gerektiği ve vurgulanmaya değer olduğu kabul edilmektedir. Karşılaştırmak için bkz: F.-J. Sacker, H. Oetker, Münchner Kommentar zum BGB, Ergänzungsband, Zivilrecht im Einigungsvertrag, Münih 1991, Rn. 1008.

⁹⁸ Birleşme Sözleşmesi, Devlet Memurları Hukuku Çerçeve Kanunu ve Federal Memurlar Kanunu'nun uygulanması konusunda da belli bazı ölçütler içerir (EK I, Bölüm XIX, Konu A, Kısım III, madde 2 ve 3). Burada sayılı memurların, kamu hizmetindeki bir işveren açısından iş ilişkisinin feshine haklı zemin sağlayabilecek şartlar söz konusuysa, işine son verilebilir. Bu düzenlemenin süresi, 31 Aralık 1996 tarihine kadardır. Yine de, Federal Memurlar Kanunu madde 12/1-1 ve konuya ilişkin eyalet hukuku düzenlemelerine göre, ilgili kişi, daha önce Devlet Güvenlik Bakanlığında çalışıp çalışmadığına ilişkin soruya kasten yanlış cevap vermişse, hileye bağlı yanılma nedeniyle atama kararının geri alınması mümkündür.

⁹⁹ Eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti Devlet Güvenlik Servisinin Belgeleri İçin Federal Müfettişler Dairesi. Dairenin ilk başkanı olan Joachim Gauck'a atfen kısaca Gauck Dairesi olarak da bilinir. İki Almanya'nın birleşmesinden sonra, eski Devlet Güvenlik Servisi (Stasi) belgelerinin ortaya çıkarılması ve o dönemde haklarında bilgi toplanmış kişilerin bu bilgilere ulaşmalarının sağlanması amacıyla 29 Aralık 1991'de Stasi Belgeleri Kanunu (StUG) çıkarılmış ve bu kanunla ilgili görevleri yürütmek üzere söz konusu daire kurulmuştur (ç.n.).

de yeni bilgilerin ortaya çıkması olasılığı yıllar geçtikçe şüphesiz azalmaktadır. Ancak belgelerin sayıca fazlalığı ve karmaşıklığı nedeniyle, böyle bir durumun hâsıl olması bütünüyle olanaksız da değildir. Dolayısıyla da bir *Gauck* kararı hiçbir zaman nihai değildir, aksine daima geçicidir. Karar, şimdilik herhangi bir bilginin bulunmadığını veya yalnızca şu ya da bu bilgilerin var olduğunu tespit eder ve her zaman yeni bilgiler içeren yeni bir *Gauck* kararı vasıtasıyla geçersiz kılınabilir. Bu yeni *Gauck* kararınınsa, yeniden ve ayrıca talep edilmesi gerekmez. Bir fesih gerçekleşmediği sürece, bir kere edilmiş olan müracaat yeni bilgilere ulaşılan her seferde yeni *Gauck* kararlarına yol açar.

Tüm bir kuşağın bu şekilde kapsanması, komünist geçmişle kamu hizmeti hukuku aracılığıyla baş edilmesi çabasıyla ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi çabasını birleştirir. Her ikisinde de konuyla ilgili ceza yahut iş yargılamalarıyla dolu daha pek çok on yıl göze alınmalıdır, her ikisinde de bir kuşak tarih sahnesinden çekildiği zaman ancak geçiş sona erecektir.¹⁰⁰ Ve ancak geçişin sona ermesi ile Almanya'nın birliği tamamlanmış olacağından ve birliğin henüz tamamlanmamış olmasından kaynaklanan politik ve toplumsal sorunlar sancılı bir şekilde kendilerini gösterdiklerinden, şimdilerde, bir Demokratik Almanya Cumhuriyeti-Bitiş Kanunu, ceza hukukuna ve kamu hizmeti hukukuna ilişkin geçişin sona ermesini düzenleyen bir yasa isteyenler seslerini yükseltmektedirler.¹⁰¹ Kamu hizmeti hukukuna ilişkin geçişin sona ermesi için Birleşme Sözleşmesi Ek I'deki resmi açıklamalara bile başvurulabilir; örneğin, haklı nedenle fesih hakkındaki süreye bağlanmamış düzenlemeye

¹⁰⁰ Ceza hukukuna yakınlık, Birleşme Sözleşmesi'nde yalnızca haklı nedenle fesih koşullarının geçmişle ilgili oluşu aracılığıyla da açıklık kazanır (Federal İş Mahkemesi Kararları, 70, 309 [319]; 70, 323 [328]). Bu, gelecekle ilişkili olarak anlaşılan sair fesih hukuku kurallarından bir kopuş anlamına gelir (karşılaştırmak için bkz: E. Stahlhacke, U. Preis, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Münih 1995, Rn. 618; W. Hillebrecht, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht*, Neuwied 1989, §626 Rn. 89; U. Preis, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, Münih 1987, s. 322ff.).

¹⁰¹ Karşılaştırmak için bkz: U. Wesel, *Die Zeit*, Sayı: 06. 01. 1995, s. 3.

ilişkin olarak, bu feshin “politik bir mesaj ortaya koyması” gerektiği yönünde bir açıklama notu vardır.¹⁰² Bir mesaj bir durum değil, bir olaydır; uzun süreye yayılırsa, mesajın hâlâ doğru olup olmadığı konusunda şüpheyi düşürür.

Bir ceza affının nasıl olabileceği, neye dayanabileceği ve neye göre farklılaşabileceğine yönelik çeşitli tasarılar ve öneriler var. Benzer biçimde, kamu hizmeti hukukuna ilişkin geçişin sona erdirilmesi için de çeşitli olasılıklar düşünülebilir. Haklı nedenle fesih hakkındaki süreye bağlanmamış olan düzenleme daha yakından incelenildiğinde, ne yapılması gerektiği belirginleşecektir.

II.

Düzenleme iki seçenek içerir. Birincisi uyarınca, eğer çalışan, insanlık veya hukuk devleti ilkesinin esaslarına aykırı hareket etmişse ve bu nedenle iş ilişkisinin sürdürülmesi kabul edilemez gözükiyorsa, haklı fesih için önemli bir neden vardır. Bu seçeneğin uygulamada neredeyse hiç önemi bulunmamaktadır.11 Uygulamada asıl önemi olan, çalışanın Devlet Güvenlik Bakanlığı için faaliyette bulunmuş olmasının ve bu nedenle iş ilişkisinin sürdürülmesinin kabul edilemez gözükmemesinin haklı fesih için önemli bir neden olarak sunulduğu seçenektir. Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmayı Ulusal Güvenlik Makamı için çalışmayla bir tutan alt seçeneğin uygulamada bir önemi yoktur. Demek ki haklı fesih için önemli neden bahsinde söz konusu olan, Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olmak ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin kabul edilemezliği kıstaslarıyla, kabul edilemezliğin sebebinin tam da bu çalışma olması keyfiyetidir.

Birinci kıstas, bir kişinin Devlet Güvenlik Bakanlığı için ana görev veya yan görevle mi, resmi veya gayri resmi olarak mı çalışmış ol-

¹⁰² Birleşme Sözleşmesi EK I, Bölüm XIX, Konu A, Kısım III, madde 3, Açıklayıcı Notlar.

duğuna göre farklılaşmaz.^{103 104} Yine de, söz konusu kişinin yalnızca *Devlet Güvenlik Bakanlığı*'nda çalışmış olması değil, *Devlet Güvenlik Bakanlığı* için çalışmış olmasını arayan ifade biçiminde yargı içtihadı, "bilinçli ve amaçsal bir iş birliğinin" varlığının aranması gerektiği sonucunu çıkarmaktadır.¹⁰⁵ Kişinin yalnızca kullanılmış olması yeterli değildir; yalnızca imzalamakla kalmış ve iş birliği noktasına hiç gelmemişse, kişinin bir taahhüt beyanı imzalamış olması da yeterli değildir.¹⁰⁶ Bir kişinin Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olup olmadığı konusu tartışılıyorsa ve bu konuda şüpheler bulunuyorsa, çalışmış olma durumunun *Gauck* Dairesi'nin belgelerinden anlaşılıyor olması da yeterli değildir. Zira bu belgelerin kendi varlıklarını aşan, kendi içeriklerini belgeleyen bir ispat değeri yoktur ve delillerin değerlendirilmesi esnasında çok dikkatli kullanılmalıdır.¹⁰⁷ Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olmaya ilişkin ispat yükü işverendedir.¹⁰⁸ Tüm bunlar dışında, birinci kıstas, kişinin Devlet Güvenlik Bakanlığı için hangi görevi yerine getirmiş olduğuna göre de farklılaşmaz.¹⁰⁹ Yargı içtihadı, birinci kıstası pasaport kontrolü birimlerindeki binbaşı¹¹⁰, sosyalist mülkiyete karşı işlenen suçları soruşturan hukukçu¹¹¹, istihbarat birimindeki telsizci¹¹² ne kadar yerine getiriyorsa, patates soyan aşçı yamağının¹¹³ da o ölçüde yerine getirdiğini kabul etmektedir.

¹⁰³ Yine de karşılaştırmak için bkz: Federal İş Mahkemesi, NZA 1994, 1026.

¹⁰⁴ Federal İş Mahkemesi, DtZ 1994, 190 (191); NZA 1994, 844 (846).

¹⁰⁵ Federal İş Mahkemesi Kararları, 70,309 (317); 70,323 (327); buna ilişkin olarak bkz: F. Lansnicker, T. Schwirtzek, "Der Beweiswert von Stasi-Unterlagen im Arbeitsgerichtprozeß", DtZ 1994, 162.

¹⁰⁶ Federal İş Mahkemesi, NZA 1994, 25 (26); Berlin İş Mahkemesi, NZA 1992, 593 (595f.).

¹⁰⁷ Berlin Eyalet İş Mahkemesi, N] 1993, 330 (331); Berlin İş Mahkemesi, NZA 1992, 593 (595f.); karşılaştırmak için ayrıca bkz: Federal İş Mahkemesi, DtZ 1994, 190 (191); Federal Yüksek Mahkemenin, Devlet Güvenlik Bakanlığı dosyalarının ceza yargılamasındaki ispat değeri konusundaki emsal kararı için bkz: Federal Yüksek Mahkeme, NJW 1992, 1975.

¹⁰⁸ Säcker, Oetker, Rn. 1021; Lansnicker, Schwirtzek, Rn. 1020.

¹⁰⁹ Berlin Eyalet İş Mahkemesi, NJ 1992, 226; Säcker, Oetker, Rn. 1020.

¹¹⁰ BAG, DB 1994, 181.

¹¹¹ Federal İş Mahkemesinin 18. 03. 1993 tarihli kararı - 8 AZR 479/92.

¹¹² Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi, DB 1993, 176.

¹¹³ Berlin Eyalet İş Mahkemesi, NJ 1992, 226.

Yargı içtihadı ilk ayrımı diğer kıstasa sıra geldiğinde, yani bu çalışmış olma durumu nedeniyle iş ilişkisinin sürmesinin kabul edilemez gözükmektedir. ¹¹⁴ Ayırt edici bir “somut olay incelemesi” zaten Birleşme Sözleşmesi’ndeki resmi açıklama notlarında da talep edilmektedir; “iş ilişkisinin devamının kabul edilemez gözükmektedir, somut şartlara istinaden ölçülüp biçilmelidir”.¹¹⁵

Peki burada, “gözükmek” ne anlama geliyor? Federal İş Mahkemesi bu vasfa “özel bir anlam” vermektedir. Mahkeme’ye göre bu vasıfla kanun, “içsel olarak saptanabilecek bir durum üzerinde değil, idarenin söz konusu iş birlikçisiyle olan ilişkisinin ön planda nasıl görüldüğü üzerinde” durmaktadır. “Aklanma olgularının dikkate alınmasını [engellenen]” bir “dışarıdan bakarak değerlendirme” gerekmektedir. “Yeter ki bu olgular, daha önceki çalışmayla aynı biçimde kendilerini açığa vurmamış olsunlar. Yalnızca bu koşul altında söz konusu olgular, kişinin sicilinin görünüşte yarattığı resmi sarsmaya ve kabul edilemezliğin tespitine karşı koymaya yararlar”.¹¹⁶

Bunlar gayet açık sözcükler. Dikkatli okunduklarında ve ciddiye alındıklarında önem taşıyanın durumun ne olduğu değil, nasıl görüldüğü, hatta “ön planda” nasıl görüldüğü olduğudur. Yani kişinin vazifesinin devamı aslında beklenebilir olmasına rağmen bunun kötü görünmesi nedeniyle kişi işten çıkarılabilir; kişinin vazifesinin devamı aslında kabul edilemez olmasına rağmen öyle görünmemesi halindeyse, kişi işten çıkarılamayacaktır. Böyle bir sonucun Anayasa’yla bağdaşamayacağı açıkça ortadadır. Anayasa

¹¹⁴ Daha erken yargı içtihatlarında, bir somut olay incelemesinin gerekli olup olmadığı ya da fesih şartları derken söz edilenin mutlak bir fesih nedeni olup olmadığı henüz tartışmalıydı. Karşılaştırmak için bkz.: F. Lansnicker, T. Schwirtzek, “Staatssicherheit und öffentlicher Dienst”, DtZ 1993, 106 (108).

¹¹⁵ Birleşme Sözleşmesi EK I, Bölüm XIX, Konu A, Kısım III, madde 1, Açıklayıcı Notlar.

¹¹⁶ Federal İş Mahkemesi Kararları, 70,309 (319); 70,323 (329f.); buna ilişkin olarak bkz.: R. Ascheid, “Aktuelle Rechtsprechung zum Einigungsvertrag”, NZA 1993,97 (102).

madde 3/12 ve 33'te yer alan, konuya ilişkin temel hakların¹¹⁷ nasıl daima birbirleriyle olan ilişkileri ve göreceli önemleri içinde belirlenmesi gerektiği, söz konusu temel hakların anayasal eşitliği ve özgürlüğü yanlış bir olası görüntü uyarınca değil, gerçek ilişkiler ve gerçek davranışlar uyarınca ölçtükleri, kendiliğinden anlaşılır.

Federal İş Mahkemesi'nin kendisi de anayasa hukukuna özgü kaygılara, "gözükmek" vasfına getirdiği kendi yorumuna karşı gönderme yapar. Ne var ki, anayasa hukukuna özgü kaygılar açıkça zikredilmediğinden, yapılan göndermedeki anayasa hukukuna özgü temel noktalar da belirgin hale gelememektedir. Ama Federal İş Mahkemesi, Almanya'nın birliğinin inşasının istisnai bir durum olduğunu ve böyle bir durumda genelleştirici bir değerlendirme tarzının savunulabilir ya da emredici olduğunu söyleyebilirdi. O zaman şunlar iddia edilebilirdi: Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde kamu idaresi, politik olarak merkezin çizgisine sadık yurttaşlarla fazlasıyla doluydu; politik olarak bu çizgide olmayan yurttaşların kamu hizmetine girme şansına nihayet erişebilmeleri için, söz konusu aşırı doluluğun etkili bir şekilde azaltılması zorunluydu.¹¹⁸ Temel haklar bir dereceye kadar genelleştirilir; Demokratik Almanya Cumhuriyeti günlerinden beri kamu hizmetinde olan kişilere getirilen olası münferit temel hak kısıtlamalarıyla, Demokratik Almanya Cumhuriyeti günlerinde kamu hizmetine girmeleri engellenmiş olan birçoklarının temel haklarının öncelikle tanınması aracılığıyla hesaplaşmadır söz konusu olan. Böyle bir genelleştirici yaklaşım saçma olduğundan değil... Ama bu yaklaşım yalnızca, kamu hizmeti kadrolarının aşırı dolu olduğu ve personel azaltma zorunluluğunun kendini gösterdiği ve bireysel temel hak güvencesinin kolektif olarak temel hakları optimuma ulaştırma çabasının gerisinde kalmasını elzem kılan, ivedi bir sorunun kendini dayattığı, istisnai ve sınırlı süreli bir duruma uymaktadır.

¹¹⁷ Federal Almanya Anayasası madde 3 kanun önünde eşitlik ilkesiyle ayrımcılık yasağını, madde 33 ise yurttaşlık haklarında eşitlik ilkesiyle devlet memurlarının durumunu düzenlemektedir (ç.n.).

¹¹⁸ Karşılaştırmak için bkz: Federal İş Mahkemesi Kararları 70, 309 (320); 70, 323 (330).

Dolayısıyla böyle bir genelleştirici yaklaşım, tartışmalı fesih nede-
nini, belirli bir süre geçerli olabilecek bir neden olarak ele alırdı;
belirsiz süreyle geçerli olacak bir neden olarak değil. Şimdi, kamu
hizmeti yeniden yapılandırılmış ve yeni bir istihdam politikası
izlenmişken, öğretmen olarak yeni tayin edilmiş, profesör olarak
yeni görevlendirilmiş veya uzman olarak yeni atanmış olan kişi-
ler açısından, Federal İş Mahkemesi'nin bakış açısıyla, gerçekteki
davranış ve gerçek ilişkiler yerine görünüşe dayandırılmış bir işten
çıkarmanın haklı bulunması mümkün değildir.

Federal İş Mahkemesi, “görünmek” keyfiyetine ilişkin yorumunu
aydınlatmak için daha ileri bir adım atar. Mahkeme'ye göre söz ko-
nusu olan, yurttaşların idareye sürekli olarak güvenebilmeleri için
idarenin yurttaşlar nezdinde kendini nasıl ortaya koymak zorunda
olduğu anlamında “yurttaşların, idarenin hukuka uygunluğuna
sürekli güveni” ve “idarenin dışarıdan nasıl görüldüğüdür”.¹¹⁹ Bu,
memurların hizmet sırasında ve dışında yurttaşların idareye olan
saygılarını ve güvenlerini koruyacak biçimde davranma ve politik
olarak faaliyet gösterirken aynı amaç doğrultusunda ölçülü olma
ödevini hatırlatır.¹²⁰ Burada da yurttaşların güvenini korumak adı-
na, memurların ve idarenin görünüşte belli bir şekilde kendilerini
ortaya koymaları gereğine dayanılmaktadır. Ancak memurun bu
şekilde davranma ödevi, gerçek davranışa yönelik bir ödevdir.¹²¹
Memur bu şekilde davranırsa, emredilmiş olan ölçülülük ve me-
safeyi gerçekten de korursa, o zaman, eksik olan ölçülülük ve me-
safeden kaynaklanan kötü bir görüntünün hâsıl olması memura
zarar vermez. Memurun gerçekten ölçüsüz ve mesafesiz davranışı
idarenin görünüşte kendini ortaya koyuşuna açıkça zarar verme-
diği zamansa, bunun memura bir yararı olmaz. Fesihte kabul edi-

¹¹⁹ Federal İş Mahkemesi Kararları, 70, 309 (320); 70, 323 (320).

¹²⁰ Devlet Memurları Hukuku Çerçeve Kanunu, madde 35/2; Federal Memurlar Kanunu, madde 53.

¹²¹ Devlet memurları hukukuna ilişkin literatürde bundan, doğrudan ifadesini bulmasa da, ken-
diliğinden anlaşılır olduğu düşünülerek yola çıkılır. Karşılaştırmak için bkz: Mühl, *Gesamtkom-
mentar Öffentliches Dienstrecht. Beamtenrecht* (Der. W. Fürst), Stand Dez. 1994, K § 53 Rn. 3; U.
Battis, *Bundesbeamten-gesetz*, Münih 1980, § 53 Rn. 2.

lemezliğin çıplak görünüşüne dayanmak, burada ödevin yerine getirilmesi ve getirilmemesinin çıplak görünüşüne dayanılsaydı olacağı gibi, aynı şekilde hatalıdır.

Hayır, Anayasa ve temel haklar uyarınca işten çıkarma, ancak Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma keyfiyeti nedeniyle iş ilişkisinin devamı gerçekten de kabul edilemezse gerçekleşebilir. Bununla beraber “görünmek” vasfı bütünüyle anlamsız değildir. Bu vasıf fesih nedeninin anlaşılmasını sağlar ki, fesih nedeni aslında idarenin, yurttaşların idarenin içindeki vaziyetine vakıf olmadıkları zamanda da idareye güvenebilmelerini sağlayacak bir görüntü vermesinin, kendini yurttaşların önünde bu şekilde ortaya koymasının teminat altına alınmasında yatar. Öyleyse fesih nedenindeki kabul edilemezlik unsuru -ki burada her kabul edilemezlik durumunda olduğu gibi “kimin için kabul edilemez?” sorusu kendini gösterir- soyut bir önem olarak devlet açısından, amirler veya iş arkadaşları açısından bir kabul edilemezlik değildir. Aksine söz konusu olan, yurttaşlar açısından ve onlar açısından da özellikle Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olan biriyle idarenin müşterisi olarak bir işleri olduğu zaman ortaya çıkacak bir kabul edilemezliktir. Burada söz konusu olan gerçek anlamda bir kabul edilemezliktir. Onlar için kabul edilemez olan yurttaşlara dayatılmamalıdır, kabul edilemez olan durum dışarıdan gözükür olmasa bile... Diğer yandan onlar açısından beklenebilir olan, yurttaşlara dayatılmalıdır; yanlış ve kötü bir görüntü söz konusu olsa bile...

Üniversiteden iki örnekle bunu kafamızda canlandırmaya çalışalım. Örneklerden birinde, diyelim ki, öğrencilerinin güvenini kazanmış ve kendisiyle bu güvene dayanarak paylaşılmış bilgileri Devlet Güvenlik Bakanlığı'na aktarmış ve bu davranışıyla disiplin soruşturmalarına ve insanların yükseköğrenimden ihraç edilmelerine neden olmuş bir profesör söz konusu olsun. Bu duyulmamış olsa da ve duyulması da gerekmeseyse de, iyi görünüş kolayca sürdürülebilir olsa da, öğrencilerinin güvenini bu şekilde kötüye kullanmış olan bir profesör, profesörlerine

güven duyabilmeleri gereken öğrenciler açısından gözden düşmüştür. Diğer örnekte, Devlet Güvenlik Bakanlığı'na enstitüsünün yurtiçi ve yurtdışındaki başka enstitülerle resmi temasları hakkında bilgi vermiş ve enstitüsünde kamuya açık olarak verilen konferansların ses kayıtlarını alarak bunları Devlet Güvenlik Bakanlığı'na teslim etmiş olan bir profesör söz konusu olsun. Ondandır ders alan, onun yanında ve onunla birlikte araştırma yapan ve ona güven duyabilmesi gereken öğrenciler açısından söz konusu profesör Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olması keyfiyetinin kötücül manşetlere düşmesi nedeniyle itibar kaybetmez. Geriye kalan her durumda, iyi ve kötü manşetleri atan ve görünüşü yaratan kişiler aracılığıyla yalnızca üniversite daha da manipüle edilebilir hale gelmiş olmazdı; sonuç olarak, öğrencilerin üniversitelerine ve genel olarak yurttaşların idareye olan güvenleri de zarar görürdü. Zira bu güven, üniversitenin ve genel olarak idarenin manipülasyona izin vermemesini, başkaları tarafından oluşturulan ve kolayca zarar verilebilecek olan görünüşe değil, gerçeğe yönelmiş olmasını kapsar. Ancak güven, görünüşe değil de gerçeğe dayandığında yanıltılamaz ve hayal kırıklığına uğramaz. Başka bir ifadeyle, idare içinde gerçekten itibar kaybetmiş olan kimse artık yurttaşlara dayatılamaz. Yalnızca görünürde itibar kaybetmiş olan kimseye katlanmaksa yurttaşlardan beklenebilir olmakla kalmaz; idareden, bu kimse açısından kabul edilemezlik görüntüsünü ortadan kaldırması talep edilebilir, edilmelidir de.

Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma ve bundan dolayı iş ilişkisinin devamının kabul edilemezliğine dayanan fesih açısından bu, Devlet Güvenlik Bakanlığı için daha önceki çalışmanın kamu hizmetindeki bugünkü çalışmaya gerçekten itibar kaybetti-ri kaybettirmediği sorusuna cevap vermek anlamına gelir.

III.

Bu soru, görünüş hakkındaki sorudan daha basit bir soru değildir; aksine cevaplanması daha da zordur. Burada söz konusu olan, kamu hizmeti elemanı olarak ilgili kişiyle muhatap olmaya katlan-

masının yurttaştan beklenilemez olması biçiminde ortaya çıkan bir itibar kaybıdır ve itibar kaybının nedeni de zamanında Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olmaktır. Söz konusu olan, yurttaş için kabul edilemezliktir. Hangi yurttaş için peki? Daha önce Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde yaşamış olan yurttaş için mi? Eski Federal Cumhuriyet'te yaşamış olan yurttaş için mi? Yoksa soyut olarak bütün Almanlar için mi? Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın eski personelinin bugün kamu hizmetinde çalışmasının kabul edilemezliğine ilişkin soruyla kendi geçmişinden kopma çabası arasındaki ilişki, önceden Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde yaşamış olan yurttaş ile eski Federal Cumhuriyet'te yaşamış yurttaş açısından farklılaşacaktır. Ancak yeni eyaletlerde kamu hizmeti personeliyle muhatap olanlar artık yalnızca eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşları değildir. Diğer yandan, kamu hizmetiyle hocaları vasıtasıyla karşı karşıya gelen öğrenciler açısından söz konusu olan, öyle ya da böyle, ebeveynleri ister Demokratik Almanya Cumhuriyeti ister eski Federal Cumhuriyet kökenli olsun, kendi geçmişlerinden kopma çabası değildir. Öyleyse ne eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti ne de eski Federal Cumhuriyet yurttaşlarına, aksine soyut olarak bütün Almanlara mı dayanılmalıdır? Bu yine yalnızca biçimsel bir görünüş olurdu; gerçeklikten uzak, gerçek itibar kaybından ve gerçek kabul edilemezlikten uzak... Öyleyse geriye bir karar vermek kalıyor. Söz konusu karar da, kabul edilemezlik sorusunun dayanak noktası olarak eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşlarını almak zorunda. Esas itibariyle burada öncelikle söz konusu olan, ilgili yurttaşın muhatap olduğu hem yeni hem de eski kamu hizmetidir; yani Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın ona ne yapmış olduğu ve Devlet Güvenlik Bakanlığı çalışanlarının ona karşı nasıl davranmış, onun nazarında itibar kaybedip kaybetmemiş olduklarıdır. Bahsi geçen, yurttaşın kendine özgü, çocuklarının da üzerinde etki bırakmış olan geçmişi ve deneyimidir. Eski Federal Cumhuriyet'ten gelerek yerleşmiş olanlar da, gerçekten hayatlarını geçirecekleri yeni dünyanın içine girmek istiyorlarsa, bu geçmişi ve deneyimi de kucaklamalıdır.

Demokratik Almanya Cumhuriyeti kökenli yurttaşların perspektiflerinin esas alınabilirliği, Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma unsurunun değerlendirilmesinde bir ayrıma gitme zorunluluğu bulunduğu anlamına gelir; bugünkü yargı içtihiadında gidildiğinden daha detaylı bir ayrıma... Gerçi bugünkü yargı içtihiadı, Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma konusunda, bireysel olarak suça bulaşmışlık ve taksir ölçütü uyarınca ayırım yapmaya ilk derece mahkemelerinin belli ölçüde hazır olduklarını ortaya koyuyor.¹²² Ne var ki, her şeyden önce kamu hizmetinin dışarıdan nasıl görüldüğüne dayanan Federal İş Mahkemesi, daha önce Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma durumunu, idaredeki bugünkü istihdamı sorguladığından çok daha az sorguluyor. Bu çalışma, egemenliğe bağlı yetkilerle ilişkiliyse veya temel haklar açısından sorumluluk alınmasını gerektiriyorsa, Federal İş Mahkemesi çalışmanın devamını doğrudan kabul edilemez saymaktadır. Eski aşçı yamağı bugün köpek sahipliği vergisiyle ilgili bir işte çalışamaz, zira söz konusu olan egemenlik yetkileriyle ilgili bir görevdir.¹²³ Sosyalist mülkiyete karşı işlenen suçlarda görevli eski soruşturmacı bugün demiryollarında posta paketlerini yükleme ve boşaltma işinde çalışamaz, zira burada posta gizliliği hakkı açısından sorumluluk alınmasını gerektiren bir görev söz konusudur.¹²⁴ Buna karşın, daha önce kadro ve eğitim ana biriminde çalışan kimse, bugün bir devlet yurdunda aşçı olarak çalışabilmelidir¹²⁵ - aşçı, insan hayatı konusunda sorumluluk taşıdığından aslında bir tutarsızlık bu; ancak Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olanların hepsinin çalışmalarının devamına engel olunmayacaksa, belki de zorunlu bir tutarsızlık. Zira kamu hizmeti kapsamındaki her görev aslında temel haklara ilişkin sorumlulukları beraberinde getirir.

¹²² Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi, DB 1993, 176; Köln Eyalet İş Mahkemesi, ArbR 1994, 39 (40).

¹²³ Berlin Eyalet İş Mahkemesi, NJ 1992, 226.

¹²⁴ Federal İş Mahkemesinin 18 Mart 1993 tarihli kararı - 8 AZR 479/92.

¹²⁵ Federal İş Mahkemesi, NJ 1993, 379.

Her şeyden önce, Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma durumuna eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşlarının bakışı, yargının bakışından farklıdır ve ilgilinin bu çalışma aracılığıyla ve bu çalışma sırasında itibar kaybedip kaybetmemiş olduğuna yönelmiştir. Demokratik Almanya Cumhuriyeti'ndeki devlet, ekonomi ve toplum birliğinin arka planının karşısında, kamu hizmeti ve egemenlik yetkilerini kullanmayı gerektiren görev kavramları, eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşları için zaten anlamlı kavramlar değildir. Onlar açısından federal cumhuriyetçi, temel haklarla ilgili olan ve olmayan görevler ayrımı da aynı derecede zor anlaşılırdır; özellikle bir de yargı onlara ilişkin tutarsız kararlar aldığı zaman. Yargının ve eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşlarının farklı görüşlerde olmalarının nedeni belki o kadar da karmaşık değildir, ikisi de neyden anlıyorlarsa ona bakmaktalar. Elbette ki eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşını ilgilendiren, Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olan kişilerle nerede ve nasıl tekrar karşılaştığıdır. Yine de bir eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşı şu konularda bir ayrım yapmasını da bilir: Söz konusu kişiler Devlet Güvenlik Bakanlığı için nerede ve nasıl çalışmıştır? Bu, her bir bireysel olayda, beraber çalışma yükümlülüğü ve beraber çalışmanın kendisi açısından nasıl gerçekleşmiştir? Kişi beraber çalışmaya hangi gönüllülük derecesinde gönüllü olarak yanaşmıştır ve yine hangi gönüllük derecesinde işin içine girmiştir? Bunu mesleğiyle bağlantılı olarak mı yapmıştır yoksa mesleğinden bağımsız olarak mı? Ne dereceye kadar nesnel şeyler ne dereceye kadar kişisel şeyler hakkında bilgi vermiştir? Raporlarını nasıl şekillendirmiştir ve bu raporlar nelere yol açmıştır? Ama bu ayrım gözeten perspektiflerden bir tanesidir. Diğer, Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın politik ve toplumsal olarak oynamış olduğu çeşitli rollerle ilgilidir. Bu çeşitli politik ve toplumsal roller, Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın her bir somut beraber çalışma durumunda oynamış olduğu farklı ve deyim yerindeyse önüne geçilemez rollerden biraz farklıdır. Her bir somut beraber çalışma durumu, yalnızca kişinin bireysel bulaşmışlık ve taksirle

açıklanabilecek kadarı olarak değil, Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın politik ve toplumsal olarak oynamış olduğu şu ya da bu role iştirak olarak anlaşılmalıdır.

Burada Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın farklı politik ve toplumsal rollerinden söz edilmesi, bir yanlış anlamaya yol açmamalı. Bakanlık, yetkileri, hukuk devletine özgü idare yetkileri uyarınca sınıflan-dırmayı ve hukuk devletine özgü idarenin farklı dallarının birlikte varoluşunda olduğu gibi, yetki aktarımı yasağı aracılığıyla birbirlerine karşı dengelenmiş ve yurttaşa karşı gemlenmiş biçimde yan yana düzenlemeyi falan istemiyordu. Vesayetçi sosyalist devlet, böylesi denge ve fren mekanizmalarını tanımıyordu. Demokratik hukuk devletinden farklı olarak, yurttaşlarının ne istediklerini ya da daha ziyade ne istemeleri gerektiğini, hayatlarının anlamının ve mutluluğunun nerede olduğunu ya da olması gerektiğini bilen sosyalist devlet, yurttaşların iyiliğine yönelik iktidar araçlarının kullanılmasında hiçbir çekingenlik göstermiyordu. Bununla birlikte, vasinin vesayeti altında bulunan kişinin karşısına farklı rollerde çıkması ve vesayete yönelik ödevini yerine getirebilmek için daha başka roller de oynamak zorunda olması gibi, farklı rollerde arzı endam ediyordu. Nihayetinde hepsi vesayete özgü aynı ödevle ilgili olmalarına rağmen, roller farklıdır.

Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın dışarıda mı yoksa içeride mi faaliyet gösterdiği, soruşturma çalışmalarını gizli istihbarata özgü yöntemlerle mi yoksa polisliğe özgü yöntemlerle mi yürüttüğü, teknik altyapısını örgütleyip örgütlenmediği, mektup ve telefon iletişimini denetleyip denetlenmediği, kültürel çevrelere ve kilise çevrelerine sızıp sızmadığı veya muhaliflere gözdağı verip vermediği... Tüm olup bitenlerde kılıç ve kalkan, devleti ele geçirmiş olan ve topluma hükmeden partinin elinde olmuştur. Ancak Bakanlık, sözü edilen faaliyet alanlarında bütünüyle farklı biçimlerde kendini gösteriyordu. Bazen teknik olana bazense askeri olana öncelik vererek... Bazen bürokratik bazense ekonomik bir mantık yürüte-

rek... Casuslukta bütün istihbarat teşkilatlarının itaat ettikleri aynı komplocu kurallara itaat ederek ... Muhtemel muhaliflerin soruşturulması ve gerçek muhaliflerin bastırılmasında kendi yurttaşlarının araçsallaştırılmasından, alçaltılmasından, aşağılanmasından ve son olarak da fiziksel ve ruhsal olarak zarar görmesinden çekinmeyerek... Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın bazı rollerinin demokratik hukuk devletinde karşılığı yoktur. Özellikle de muhaliflerin soruşturulması ve bastırılmasındaki rolünün... Diğer rollerde söz konusu olan, modern devletlerde ve toplumlarda devlet ve toplum şeklinden ve fikrinden bağımsız olarak yerine getirilmesi zorunlu olan işlevlerdir. Bunların demokratik hukuk devletinde kendi karşılığı, işlevsel bir eşi vardır.

Bu rollerden birisi, siyasi yönetim için toplumun gerçek bir resminin teminidir. Demokratik hukuk devletinde bu rolü medya kendi bağımsızlığı ve çoğulluğu içinde yerine getirir. Medya bağımsızlığı ve çoğulluğunun olmadığı yerde, yani medyanın da toplumda neler olup bittiğini siyasi yönetim için işleyemediği yerde, bunu gizli istihbarat teşkilatı yapmak zorundadır. Bunu yaparken teşkilat, tek tek kişilerle ve durumlarla ilgilenmez; onun için önemli olan toplumsal durumlar, ruh hali ve gelişmelerdir. Bunun için de iş birlikçilerinden raporlar alır. Belli bir tip gizli istihbarat teşkilatı üyesi, boşuna değil, bilgilidir, gerçekçidir, hayalci değildir ve eleştireldir ve böylece belli bir tip gazeteciyle aynı biçimde tarif edilir - her ikisi de benzer bir şey yaparlar.

Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın, hukuk devletinde işlevsel bir eşi olan başka bir rolü, Demokratik Almanya Cumhuriyeti seçkinlerinin görevlendirilmelerinin denetlenmesiydi. Birinin gerekli uzmanlık becerilerine sahip olup olmadığı, edindiği niteliklerden belli olurdu. Niteliklerin edinilmesi de öyle bir biçimde politik rıza ya da en azından politik adaptasyonun kanıtlanmasına bağlanmıştı ki, uzmanlığa ilişkin güvenilirliğin yanı sıra belli bir politik güvenilirliğin da ortaya konulmuş olması gerekiyordu. Ancak seçkinler

açısından belli bir politik güvenilirlik yeterli değildi, Demokratik Almanya Cumhuriyeti seçkinlere politik olarak güvenebilmeliydi, öyle ki burada birinin güvenilirliği her zaman olduğu gibi birçok şeyden kaynaklanabilirdi; inancından, oportünizminden, bağlılığından ve bunların herhangi bir karışımından...

Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde seçkinler nasıl görevlendiriliyorlardı ve bu görevlendirmeler nasıl denetleniyordu? Federal Cumhuriyet'te seçkinler eskiden ve şimdi nasıl görevlendiriliyorlardı ya da görevlendiriliyorlar ve bu seçimler nasıl denetleniyordu ya da denetleniyor? Bu ikisini karşılaştıralım. Böyle bir karşılaştırma, sair konularda da sıklıkla olduğu gibi, Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin fiilen bir işçiler ve köylüler devleti olarak yola çıkmış olması keyfiyetini kavramak için anahtar niteliğindedir. Demokratik Almanya Cumhuriyeti, küçük burjuva olma yolundaki sanayi ve toprak proletaryasının devletiydi. Şehirler ve evler, yemek ve giyim alışkanlıkları, askeri ihtişam karşısında duyulan coşku ve hatta kilisenin anlamının gözlerde büyütülmesi, her şey bunun bir göstergesidir. Demokratik Almanya Cumhuriyeti, burjuvalarından kurtuldu; onları kaçtırmalıydı ve kaçtırttı da... Böylece burjuvazi ile birlikte burjuvazinin formlarını, stillerini ve standartlarını da bertaraf etmiş oldu. Burjuva toplumu *know-how* hâkimiyetini aristokrat dünyadan devralmış ve yeni aristokrasiye dönüşmüşken, sosyalist toplum kendini, söz konusu devralmaları ve dönüşümleri görmezden gelerek, en baştan ve en küçükten başlamaya mahkûm etti. O sırada burjuva toplumu, herhangi birinin bir pozisyona uygun olup olmadığı konusunda mutabık kalma sürecinde, birbirine karışmış formel ve enformel süreçler içinde mesleki nitelikleri değerlendirmenin yanı sıra, kişinin kendini nasıl ortaya koyduğuna ve nasıl hareket ettiğine de dikkat ediyor ve kişinin uygun olup olmadığı, doğru bir arka planı ve doğru bağlantılara sahip olup olmadığı konusunda, meseleye ilişkin imalarla ve telefonda fikir alışverişinde bulunuyordu. Buna karşılık Demokratik Almanya Cumhuriyeti, küçük burjuvaziye özgü korkaklık ve küçük düşünme alışkanlığı içinde, raporlamayı ve dosyalar

oluşturmayı denedi. Kendinden o kadar emin değildi ki, seçkinlerinden de ancak onların tutum ve davranışlarını dosyalarda, gizli belgelerde ve gizli elde edilmiş verilerde denetimi altında tutabildiği zaman emin oluyordu. Zira küçük burjuvazi mirasına, gizli olarak faaliyet gösteren komünist partinin komplocu geleneği ekleniyordu.

Ayrıca merkezi idarenin dış istihbarat servisinin işlevsel eşinin Federal İstihbarat Teşkilatı'nda bulunması, bu arada sık sık gözlemlendi.¹²⁶ Aynı biçimde, Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın ağır yasaya aykırılıkların takibi birimleri gibi suç tekniği araştırma birimlerinin de Federal Polis Dairesi'nde işlevsel eşiydi.

Bütün bu aktarılanlarla söylenmek istenen şunlar değildir: Bir kişi ister bir *Frankfurter Allgemeiner Zeitung* muhabiri olarak ister Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın çalışanı olarak toplumsal bir konum tercih etmiş olsun, arada bir fark yoktur. Bir profesörün bir mesleğe atama prosedürü sırasında başka bir profesöre bir aday hakkında onun arkasından iş çevirerek bilgiler vermesi, gayrı resmi bir iş birliğinin bir iş arkadaşı hakkında idari amirine kariyeri açısından önemli bilgiler vermiş olmasıyla aynı şeydir. Bir kişinin Doğu'nun genişleme istekleri çıkarına veya Batı'nın güvenlik ihtiyaçları çıkarına casusluk yapmış olması arasında fark yoktur. Hayır, söylenmek istenen bu değildir. Yine de bir sınır çizilmelidir; kendi koşulları çerçevesinde modern bir devletin işlevlerini yerine getirdiği ölçüde o sisteme katılmayla, bunun ötesine geçen, ayrımcılık yapan, baskı uygulayan ve insanları alçaltan sistem işlevlerine iştirak arasındaki sınırı çizmek gerekir. Böylesi bir iştirak itibar kaybettirir. Sair katılım türleri, herhangi bir rolde başka bir rolde olduğundan daha sempatik bulunabilir; birinde ahlaksal olarak, diğerinde olduğundan daha az kınanabilir. Ancak söz konusu katılım, işlevin yerine getirilmesi için

¹²⁶ Bkz: Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi, NJW 1991, 2501 (2503); G. Grünwald, "Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangenen Handlungen", StV 1991,31 (32); G. Widmaier, "Strafbarkeit der DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik auch noch nach der Wiedervereinigung?", NJW 1990, 3169 (317 If.).

gerekli olanla sınırlı kaldığında, her şeyden önce salt bir kişinin sistemin içine doğmuş ve sistemin içinde yaşamış olması keyfiyetinin bir sonucudur. Elbette katılımıyla kişi, sistemi işler halde tutmuştur; şu ya da bu rolde, Devlet Güvenlik Bakanlığı'nda ana veya yan bir işte çalışarak, kurumun resmi çalışanı veya gayri resmi iş birlikçisi olarak... Ama aynı şeyi işçisi de yapmıştır; planlayıcısı ve idarecisi de, hâkimi de, doktor ve mühendisi de, öğretmen ve araştırmacısı da. Bu kişilerin hepsi bunu yapmayı reddetmiş olsalardı, Demokratik Almanya Cumhuriyeti belki de daha iyi bir yer olurdu veya daha önce çökerdi. Ancak böyle bir reddediş, yalnızca açıkça ahlaka aykırı bir davaya karşı talep edilebilir ve tam da bunun karşısında sivil cesaretin ender ve güzel mucizesi olarak kalır.

Kabul edilemezlik veya beklenebilirlik konusuna ilişkin soru, şimdi cevaplanabilir. Kendilerine katlanılması beklenebilir olanlar, raporları ya kişilerle hiç ilgili olmayan ya da kişilerden insani bir muhakemeyle söz konusu rapor nedeniyle zarar görmeyecekleri şekilde bahseden, Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın eski çalışanlarıdır. Başkalarının raporlar yüzünden zarar gördüğü veya raporların başkalarının zarar görmesine yol açabilecek nitelikte olduğu ve başkalarının zarar görmemesinin artık raporu verenin elinde olmadığı durumlarda, ilgili, onunla kamu hizmetinde karşılaşmanın yurttaşlar için kabul edilemez olacağı derecede itibar kaybetmiştir.¹²⁷

¹²⁷ Bunun, itiraz hakkı açısından önemi vardır. Başka bir ifadeyle bu, 3 Ekim 1990 tarihinden sonra yapılan iş akitlerinde, iş akdinin yapılışı sırasında daha önceki Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışıp çalışmamış olmaya ilişkin soruya yanlış cevap verilmiş olduğu daha sonra ilgili *Gauß* soruşturmasında ortaya çıkarsa, kamu tüzel kişisi olan işverenin, *Federal Memurlar Kanunu* madde 123/1 uyarınca, hileye bağlı yanlışla nedeniyle iş akdinin iptali için ne zaman kanun yoluna başvurabileceği sorusu açısından da önemlidir. Soruya yanlış cevap verilmesi aracılığıyla işverenin yanıltılması, ancak sorunun sorulabilir ve bu nedenle yanıltmanın hukuka aykırı olduğu durumlarda itiraz hakkı doğurur (Kramer, *MünchKommBGB* zum BGB, Münch 1993, madde 123 Rn. 7; *Federal İş Mahkemesi*, NZA 1991, 719). Yargı içtihadındaki yorumun aksine, kişinin Devlet Güvenlik Bakanlığı'nda daha önce çalışmış olup olmadığına ilişkin soru, ancak, ilgilinin kamu hizmetinde çalışıyor oluşuna katlanmanın yurttaşlardan yukarıda betimlenmiş anlamda beklenelememesi, böylece de ancak daha önceki çalışmanın iş ilişkisi için önem arz etmesi ve işverenin soruların cevaplanmasında haklı ve korunmaya değer bir çıkarı bulunması halinde sorulabilir bir sorudur (Aksi yorum için bkz.: *Federal İş Mahkemesi*, NZA 1994, 25 [26]; *Berlin Eyalet İş Mahkemesi*, NZA 1992, 1131ff.).

IV.

Bunun yalnızca Devlet Güvenlik Bakanlığı için daha önce çalışmış olması nedeniyle kişinin kamu hizmetinde çalıştırılmaya devamının kabul edilemezliği olarak tanımlanan haklı fesih nedeninin yorumu ve uygulamasına ilişkin sonuçları yoktur. Söz konusu bilgilerin *Gauck* Dairesi tarafından nasıl ortaya koyulacağı sorusu açısından da sonuçları vardır. *Regelanfrage*, yani kamu hizmetinde çalışan herkesin sistematik olarak denetlenmesi, beklenebilirliğin doğru anlaşılmış ölçütüne nazaran çok daha geniş bir alana yayılır. Bu ölçüt, kişinin davranışıyla zarar vermesine veya zarar vermesi olasılığına dayanıyorsa, kamu hizmetinden çıkarılma prosedürüne kapı aralamak, zarar görmüş veya zarar görmüş olabilecekken zarar görmemiş olanlara da bırakılabilir. Kurbanlardan bazıları, onları kurbanla dönüştüren kaderden kimin sorumlu olduğunu zaten hep biliyorlardı ya da kurbanlara ilişkin tutulmuş dosyalardan sorumluların kimler olduğunu öğrenmişlerdi. Kurban olmayanlardan bazılarıysa, kurban haline gelmelerine ramak kalmış olduğunu ve bunun sorumlularını yine dosyalarından öğrenmişlerdi. Bazıları açısından her halükarda söz konusu dosyalar, onlara kimin zarar verdiği veya neredeyse zarar verecek olduğuna ilişkin bazı şüphelerin temelini oluşturmuştu. Öyle ya da böyle, zarar görmüş veya zarar görmesine ramak kalmış kişilerin içinde yer aldığı olayların duyulması olasılığı yeterince büyüktür. Kişileri kamu hizmetinde çalıştırmanın devamının kabul edilemezliği bağlamında söz konusu olan bu durumlardır, Devlet Güvenlik Bakanlığı için herhangi bir çalışmaya ilişkin bütün durumlar değil... Dolayısıyla da bir *Regelanfrage*'ye ihtiyaç yoktur.¹²⁸

Demokratik Almanya Cumhuriyeti'ndeki dönüşümden sonra ve hatta birleşmeden sonra da Devlet Güvenlik Bakanlığı belgelerinin yok edilmemesi veya mühürlenmemesi gereği tartışıldı. Yok etme ve mühürlememe kararı doğrudu. Geçmiş silinseydi, şimdiki

¹²⁸Yeni federe devletlerde de hâlihazırda *Regelanfrage I* nin kaldırılma olasılığı tartışılmaktadır (Karşılaştırma için bkz.: *Berliner Zeitung*, Sayı: 23. 01. 1995, s.5).

zaman tahrif edilmiş olurdu. Zira bugünlerde tartışmalara konu olan bir Demokratik Almanya Cumhuriyeti-Bitiş Kanunu'nun da, *Gauck* Dairesi'nin lağvedilmesinden katı bir şekilde ayırt edilmesi gerekir. Devlet Güvenlik Bakanlığı belgeleri saklanmalı ve ulaşılabilir kalmalıdır. Böylece biyografiler yenilenebilir, suç isnatları denetlenebilir, en basitinden tarihi araştırmalar yapılabilir. Olası bir Demokratik Almanya-Bitiş Kanunu, belgelerin artık kamu hizmeti mensuplarının daha önce Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışıp çalışmadıkları konusunda somut isnat ve şüphe olmaksızın sistematik olarak incelenmeyeceğini açıklamalıdır. Olası bir Demokratik Almanya Cumhuriyeti-Koruma Kanunu, *Regelanfrage*'nin kaldırılmak zorunda olduğunu açıkça ortaya koymalıdır.

Bir diğer sorun daha, yasalaştırılacak bir Demokratik Almanya Cumhuriyeti-Bitiş Kanunu aracılığıyla çözülebilirdi; geçmiş dönemin ve kapanmış olan davaların göz önünde bulundurulmaması eksikliği... Gerçi Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın ardında bıraktığı ve henüz üzerinde çalışılması tamamlanamayan kilometreler uzunluğundaki ve yığınlar oluşturan dosyalarda konuya ilişkin daha başka bilgilerin saklı olması ihtimali en azından dışlanamayacağı ölçüde bir *Gauck* kararı ancak geçici olabilir. Bu nedenle de bir *Gauck* kararı, Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olmanın incelenmesi prosedürünü de nihai olarak sonlandıramaz. Ancak her halükarda geçici olarak süreci bir sonuca bağlar; o ana kadar ulaşılabilen, konuya ilişkin bilgileri bir araya getirir, dış dünyaya açılır ve müracaat edilen pozisyonu o ya da bu şekilde doldurur. Muhatabı için bir eşik çizer, kişi ya bu eşğin ardında hayatına başka türlü çekidüzen verecektir ya da şu anki hayatının geçici olarak güvende olduğunu farz edecektir. Bir *Gauck* kararı, herhangi bir yargılama sonucu verilen nihai kararın da yol açtığı etkilere yol açar. Hatta aslına bakılırsa, bir yargılama sonucu verilen her karar açısından nihailik görelidir; bir prosedürü sonuca ulaştıran idari işlem hakkında yasa, idari işlemin "geri alınmadığı, iptal edilmediği, başka suretle geçersiz kılınmadığı ya da zamanın geçmesiyle

veya başka şekilde ortadan kalkmadığı sürece ve dereceye kadar geçerli [kalacağını]¹²⁹ söylemekten fazlasını söyleyemez. Çoğu şeyin sürekli değiştiği, yeni durumların ortaya çıktığı, yeni bilgilerin edinildiği ve yeni bir hukukun oluştuğu bir dünyada, ancak yargı kararlarının görelî nihailiğinden hareket edilebilir. Ama bu, olgusallık karşıtı ve normatif olabilir; hatta sadece bununla da kalmaz, böyle olmalıdır da... Artık her yeni hukukun, her yeni bilginin ve her yeni durumun, ne yargılamanın yenilenmesine izin vereceği ne de bunu emredebileceği düzenlenmek zorundadır. Ancak bu şekilde hukuki barış kendini gösterebilir ve ancak böylelikle yurttaş ne beklemesi gerektiğini, neye dayanabileceğini ve neye güvenebileceğini bilebilir. Hukuk devletine özgü bu güvenilirliğe, birliğe geçişten etkilenmiş ve hayatlarında kapsamlı ve derinlere nüfuz eden değişimlerle başa çıkmak zorunda olan yurttaşların özellikle ihtiyaçları vardır. Devlet Güvenlik Bakanlığı için her çalışmış olma durumu bir ilk, sonuçlanmamış ve bu nedenle de tehlike arz etmeyen *Gauck* kararı uyarınca göz ardı edilmeliydi, demek istemiyorum. Ama şunu söylemek istiyorum: Otuz yıl önce, bir şehirden başka bir şehre taşınmasına kadar Devlet Güvenlik Bakanlığı'nın gayri resmi elemanı olan bir öğretmeni ele alalım. Bu öğretmen bir ilk, tamamlanmamış ve tehlike arz etmeyen *Gauck* kararı üzerine hissettiği kısa bir rahatlama sonra, ikinci bir karardan sürekli korkarak yaşamak zorundaysa, aslında Anayasa'nın ona sunmak istediği hukuk devletine özgü güvenilirliğe mazhar olamamış demektir.

Bu örnekte, geçmiş olan zamanın bakış açısı, tamamlanmış olan yargılamanın bakış açısına yaklaşır. Aslında zaten Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma halinin istenildiği kadar uzak bir geçmişte kalabilmesi ve buna rağmen göz önünde bulundurulabilmesi mümkün değildir. Bunun haklılığı, öncelikle, çıkartılmış olan *Gauck* kararı uyarınca geçerlidir. Yeni bilgilerin yeni bir *Gauck* kararı gerektirmesinin anlaşılması ve kabul edilmesi, bilgilerin ilgi-

¹²⁹ İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 43/2.

li olduğu olaylar ne kadar eskiyse, o kadar zorlaşır. Genel olarak şu söylenebilir: İkinci bir ve hatta ilk *Gauck* kararını birleşme tarihinden ayıran süre ne kadar uzunsa, hâlâ göz önünde bulundurulabilmesi için Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma halini aynı tarihten ayıran süre o kadar kısa olmalıdır. Keza Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olma durumunun vahametine göre bir ayırma gitmek gerekir ve bu şüphesiz daha da zor olacaktır. Çalışmış olma durumu ne kadar uzak bir geçmişte kalmışsa, göz önünde bulundurulabilmesi için, bir zarara yol açmış olan vahamet o kadar büyük olmalıdır. Süreleri ve vahamet derecesini teker teker belirlemek, bir Demokratik Almanya Cumhuriyeti-Bitiş Kanunu'nu yapacak olan yasakoyucunun işidir.

Komünist geçmişle baş edilmesi, özellikle eski Federal Cumhuriyet yurttaşları tarafından, nasyonal-sosyalist geçmişin alt edilmesiyle aynı kefeye konulmak istenmektedir. Onlara göre, eskiden kaçınılmış olan sorunlara şimdi dönülmelidir; eskiden yanlış yapılmış olan şeylerin şimdi doğrusu yapılmalıdır, eskiden fazla uzlaşmacı bir tavırla yaklaşmış olan konularda şimdi hoşgörü gösterilmemelidir. Ne var ki, bu kez daha iyisini becerme arzusu, bizi ancak eski bir yanlışa ve her şeyden çok da o eski yanlışın tekrarına götürebilir. Bütün bu ceza yargılamaları, *Gauck* denetimleri, işten çıkarmalar ve emekli maaşı sınırlamaları, hemen savaş sonrasında gerçekleşen geniş kapsamlı, Nazilerden arındırma dalgası gibi işliyor. Daha önceki dalga, nasıl müttefiklerin yükümlülüğü olarak algılandıysa bugünkü de Batı'nın yükümlülüğü olarak algılanıyor. Tüm bu yargılamaların, denetimlerin ve işten çıkarmaların ardında da eski Federal Cumhuriyet kökenli savcılar, hâkimler ve memurlar bulunuyor. Eskiden olduğu gibi bugün de, insanın kendi geçmişıyle baş etmesinin başkaları tarafından örgütlenmesi, cahilce ve ayırsız bulunduğundan haksızlık gibi algılanıyor. Sonuç, eskiden olduğu gibi bugün de, bıkkınlık duygusu ve dışlama ihtiyacı yerine dayanışmacılığa hazır olma durumu. Bunun kendini açık ettiğı tek veri,

Demokratik Sosyalizm Partisi'nin¹³⁰ seçim başarıları değil. Yeni eyaletlerdeki ve özellikle de varlığı kanıtlanmış veya tahmin edilen Devlet Güvenlik Bakanlığı için iş görmeye ilişkin seçkin biyografilerin, Demokratik Sosyalizm Partisi'nin seçmenlerinin çok daha ötesinde sahip olabildikleri yüksek teşhis değerinde de bu açıktır. Geçiş dönemine dönüp bakıldığında, bütün bunların aslında hiç de şaşırtıcı olmadığı görülür. Yumuşak geçiş, Devlet Güvenlik Bakanlığı mensuplarının ele alınmasında da yumuşaktı. Söz konusu kurumu feshetme isteği ne kadar kesindiyse, tek tek bireylere karşı baş gösteren devrimci öfke o denli azdı.

Bu aynı zamanda, duyulan usancın neden aslında çok fazla sayıda yargılamanın sürmekte olduğuna kolayca işaret etmediğini de aydınlatır. Usanç bazen sadece bu niceliksel özelliğe sahip olabileceği gibi, çoğu zaman bir de niteliksel özellik taşır. Böylece aşırı yargılama sayısıyla bizzat kendi geçmişinin yadsınmasına karşı koyar. Demokratik Almanya Cumhuriyeti geçmişinin oluşmasına katkıda bulunmuş ve o geçmişi beraberinde taşımış ve sonuç olarak da onu devrimci bir yaklaşımla sarsmış ve sonlandırmış olan bireylerin geçmişinin yadsınmasına karşı koyar. Geçmiş nasıl da ima bugünkü kimliği kuran etkenlerden biriyse, bu kendine özgü Demokratik Almanya Cumhuriyeti geçmişi de, yeni eyaletlerdeki vatandaşların kendilerine özgü kimliğini kuran etkenlerden biri olmaya devam ediyor. Dolayısıyla usancın içinde gizli, yaralı ve inatçı bir şey vardır: Bizi olduğumuz gibi bırakın.

Keşke geçmiş basitçe hazmedilecek ve kabul edilecek bir şey olsaydı, demek istemiyorum. Tam da geçmiş bugünkü kimliği inşa eden etkenlerden biri olduğundan, geçmişten vazgeçmek, geçmiş-

¹³⁰ *Partei des Demokratischen Sozialismus (PDS)*. Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin devlet partisi olan Almanya Sosyalist Birlik Partisi (SED) içinden çıkmıştır. 1989'da kurulan parti, iki Almanya'nın birleşmesinden sonra doğu eyaletlerinde ayakta kalmış, yeniden örgütlenerek yerel düzeyde seçimlerde başarı göstermiştir. SED ile olan hukuki ve politik bağını yadsımayan PDS, Demokratik Almanya Cumhuriyeti geçmişiyle arasına yeterli mesafeyi koymadığı için yoğun olarak eleştirilmiştir (ç.n.).

le köprüleri atmak ve söz konusu olan kolektif geçmiş olduğundan, bireysel geçmişleri kolektif geçmişe katılmaması gerekenleri yadsımak ve dışlamak, geçmişle yüzleşmenin bir parçasıdır. Geçmiş, bugünkü kimliği kuran etkenlerden biri olduğu ölçüde, aynı zamanda daima bir kararın sonucudur. Öylesine özgürce ve sorumluluk altına girerek alınmış bir karardır ki bu, kolektif geçmişle yüzleşmede tek tek bireylerin yadsınmasının ve dışlanmasının eksikliği onların suçlarına öylesine dolanabilir ki, kolektif suçtan söz etmek böylece anlamına kavuşur.¹³¹ Öyleyse geçmişi bugünkü kimlik içinde muhafaza etmek demek, aynı zamanda daima geçmiş olanla köprüleri atmak anlamına da gelir. Ama tam da sadece tek bir geçmiş olayla veya tek tek kişilerin geçmişleriyle köprüleri atmak... Geçmişin bir bütün olarak yadsınması, dirence neden olacak ölçüde kimliği tehdit eder. Devlet Güvenlik Bakanlığı için çalışmış olmaları, Demokratik Almanya Cumhuriyeti yurttaşlarının büyük çoğunluğunun bu devletteki veya bu devlete olan angajmanından yalnızca derece olarak ayrılanlara da kamu hizmetine girme engeli getirildiğinde, tam da bu gerçekleşir.

Olan oldu. Komünist geçmişle baş edilmesinde şimdiye dek yapılan hatalar tamir edilemez. Ama bu hatalara bir son verilebilir.

¹³¹ Karşılaştırmak için bkz: Bu kitaptaki "Hukuk – Suç - Gelecek" başlıklı bölüm .

Geçmişle Hukuk Aracılığıyla Baş Etmek¹³²

I.

Geçmiş olan, baş edilebilir değildir; o hatırlanabilir, unutulabilir veya bilinç dışına itilebilir. Geçmişin öcü alınabilir, cezası kesilebilir, kefareti ödettirilebilir ve ondan pişmanlık duyulabilir. Geçmiş tekrarlanabilir de, bilinçli veya bilinçsiz olarak... Ona sonuçlarında müdahale edilebilir; öyle ki, şimdiki zamana veya geleceğe etki de bulunmasın ya da belli bir tarzda etkide bulunmasın veya tam da belli bir tarzda etkide bulunsun. Ancak olan olmuştur. Geçmiş olan erişilemez ve değiştirilemezdir. İnsanın önünde duran, sonra üzerinde çalışılan, bu çalışma aracılığıyla şekli değişen ve sonunda da tamamlanan ve bir ödev olarak ortadan kalkan bir ödevle baş etmede olduğu gibi, gerçek anlamda bir baş etme, geçmiş olan söz konusu olduğunda mümkün değildir. Ne İngilizcede ne de Fransızcada bir karşılığı bulunan “geçmişle baş etme” kavramının kullanımının Almanya’da yaygın olması, imkânsıza duyulan özlemi açığa vurur: Geçmişe öyle bir düzen verilmelidir ki, hatırası şimdiki zaman üzerinde daha fazla ağırlık yapmasın.

¹³² Bu yazı ilk olarak şu kaynakta yer almıştır: Helmut König, Michael Kohlstruck, Andreas Wöll (Der.), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, Opladen/Wiesbaden 1998, s. 433-451.

Roma hukuku “*in praeteritum non vivitur*”¹³³ ilkesini¹³⁴ kabul eder. Bu ilkenin hukuk uygulaması açısından can alıcı noktası şudur: Geçimlik geçmiş için değil, ancak şimdiki zaman ve gelecek için talep edilebilir. Hukuk felsefesine ilişkin anlamıysa, bizim geçmişte veya geçmişe doğru değil, şimdiki zamanda ve geleceğe doğru yaşıyor olduğumuzdur; hukukun geçmiş yaşamı değil, ancak şimdiki ve gelecekteki yaşamı şekillendirebileceği ve düzene sokabileceğidir. Gerçi geçmişteki haksızlık için zararın tazminine veya bir cezaya hükmedilebilir. Ancak maddi tazminat tam da sadece zarar görmüş veya kaybolmuş mal için bir tazmindir ve kaybı veya zararı ortadan kaldırmaz. Diğer yandan suçun da olumsuzlama olarak kavranması halinde, ceza suçun olumsuzlanmasıdır ancak.¹³⁵ Hatta geçmişe etkili olduğu söylenen kanun da aslında geçmişe etkili değildir, etkisini şimdiki zamanda ve geleceğe doğru gösterir. Geçmiş olanla yalnızca ilişkilidir ve hukuk bunu sıklıkla yaptığına ve yapmak zorunda olduğuna göre, ne zaman geçmişe etkili bir kanundan bahsedilebileceği sorusunu cevaplamak zaten güçtür.¹³⁶

Ancak söz konusu olan yalnızca geçmiş olanı şekillendirebilme ve düzene sokabilme fikrinin hukuka yabancı olması değildir. Tam tersine, geçmiş olanın sona ermiş ve tamamlanmış olması gerektiği fikri hukuka içkindir. Bir süre sonra vatandaş, devletin veya bir başka vatandaşın karşısında itiraz ederek kendisini savunmamış olduğu eylemine katlanmak zorundadır. Bir süre sonra idarenin kararları kesinleşir ve yargı kararları da hukuk gücü kazanır ve dokunulabilir olmaktan çıkarlar. Bir süre sonra zamanaşımı geçmişle ilişki kurulmasını engeller ve devlet eliyle ceza takibiyle vatandaşlar eliyle dava takibinin önüne geçer. Hukuk devletinde devlet

¹³³ “Geçmişte yaşanmaz” (ç.n.).

¹³⁴ *Codex Iustiniani*, 2. Kitap, 4. Başlık, 8. Paragraf.

¹³⁵ G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 97, Berlin 1833.

¹³⁶ B. Pieroth, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*, Berlin 1981, s. 97 ff.

eliyle ceza takibi, o dönemde cezalandırılabilir olmayan geçmiş bir olayla ilişkilenmek istediğinde de akamete uğrar. “*Nulla poena sine lege*”¹³⁷ geçmişe etkili yasaların anayasa hukukuna ilişkin olarak değerlendirilmelerinin güç olmasının en sağlam çıkış noktasıdır.

Geçmiş olanla baş edilemez ve hukukun kumaşının da geçmişle baş etmeye yönelik biçilmemiş olması, sadece, geçmiş olanı hedef alan ceza takibinden ne beklenebileceği sorusu açısından anlam taşımaz. Bu yalnızca, ceza takibinin hâlihazırda gerçekleşmiş olan-da hiçbir şey değiştirmedeği ve ceza takibi en üstün gayretle de yürütülse bu gayretin geçmiş olanı düzeltmediği anlamına gelmez. Susma ve saklamaya ve hatta nasyonal-sosyalist cürümlerin¹³⁸ tereddütlü kovuşturulmasına ilişkin ikinci suç kimi zaman, onun ardında ilk suçun perspektif açısından küçülmesine yol açacak denli dikkati çekiyorsa, bu yine de, ikinci suçtan kaçınmakla ilk suç da hafifletilebilirdi, demek değildir. Geçmiş olanla baş edilemeyeceğini, hatta hukuk aracılığıyla da baş edilemeyeceğini söylemek, aynı zamanda şu anlama gelir: Bugün komünist geçmiş için geçerli olan ceza takibiyle, nasyonal-sosyalist geçmişin tereddütle kovuşturulmuş olması telafi edilemez. Bu düşünce tarzına, nasyonal-sosyalist cürümlerin ceza takibinin utanç verici biçimde kifayetsiz kaldığını duyumsayan ve bu yüzden komünist cürümlerin ceza takibinde özel bir gayret gösterme borcu altında olduklarını düşünen angaje savcılarda ve hakimlerde rastlanır. Ne var ki, yeterli gelmemiş olan geçmişteki bir ceza takibiyle de baş etmek mümkün değildir.

Diğer yandan hukuk, toplumun ve siyasetin geçmiş olanla yaptıkları her şeyde işe koşulabilir. Hatırlamayı destekleyebilir, unutmayı ve bilinç dışına itmeyi de... Hatırlamayı özellikle ceza takiple-riyle, tazminatlarla, hakikat komisyonları ve mahkemeleriyle ve incelemelerin belge ve arşivlerde muhafaza edilmesi aracılığıyla

¹³⁷ “Kanunsuz ceza olmaz” (ç.n.).

¹³⁸ A. Rückerl, *NS-Verbrechen vor Gericht*, Heidelberg 1984, s. 105 ff.; G. Werle, “Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafrecht”, *NJW* 1992, 2529.

destekler; unutmayı ve bilinç dışına itmeyi ise aflatla ve ilgili tema ve tezlerin yasaklanması aracılığıyla... Hukuk geçmiş olanın etkide bulunmaya devam etmesinin engellenmesini veya bunun güvence altına alınmasını sağlayabilir. Hüküm giymiş vatandaşlara memnu haklarını geri verebilir, infaz edilmiş olan cezaları tazmin edebilir, tahrip edilmiş kariyerleri onarabilir ve geçmişte alınmiş kararları bozabilir ve hatta aksine geçmiş mahkmiyetlerin, cezaların, kararların ve başlamış olan kariyerlerin mevcudiyetinin devamını sağlayabilir. Hukuk, sayılan her bir bakımdan kullanılmıştır ve kullanılmaya da devam etmektedir. Çünkü toplumsal ve siyasal kültür kimi zaman bir hatırlama kimi zaman da bir unutma kültürüdür. Hatta her zaman ikisinden de birazdır, geçmişe yönelmiş hatırlama kültürü olarak toplumsal ve siyasal kültür geçmişin bazı kısımlarını da karartır, şimdiki zamana ve geleceğe ilişkin unutma kültürü olarak da geçmişin bazı parçalarına sıkı sıkıya sarılır ve bunlara büyük önem atfeder. Hatırlama kültürleri, kurban kültürleridir; o kültür altında ölmüş olan kurbanlara hatırlama ve tanıma bahşederler. Ama bunun yanında yukarıdan birisi çıkıp da hatırlama talep ettiğinde, bu acı vericidir. Unutma kltrlerindeyse, tam aksine, galipler her ne kadar hatırlanmayı talep eden kurbanları unutsalar da hatırlamayı sağlayan kurbanları unutmazlar ve şimdiki zaman ve geleceğe ilişkin tüm becerilerine rağmen bu kültürlerin kendi hatırlama ikonları vardır.

“Geçmişle baş etme” diye bir şey de, işte bu anlamda vardır. Geçmiş, geçmiş olan değildir; aksine geçmiş olanın, bireysel ve kolektif biyografıyla uyumlaştırılmasının sağlanabileceği biçimde yeniden inşasıdır. Geçmiş inşa edilmiş bir şeydir ve bu inşa üzerinde çalışılan, çalışma aracılığıyla şekli değiştirilen ve tamamlanan bir ödevdir. Ne var ki, bir tamamlamadan ancak geçici olarak söz edilebilir. Zira sürekli olarak geçmiş olana ilişkin yeni keşifler veya yeni uyumlaştırma gerekleri kendini gösterir. Geçmiş, kendisiyle baş edilebilecek ve hatta baş edilen bir ödevdir; ister geçmiş olanın inşası bunu kısmi unutma altında hatırlasın ister kısmi hatırlama altında unutsun, bu hiç fark et-

mez. Ödevle zaten baş edilmesi de gerekir, bireysel ve kolektif biyografiler geçmiş olanın uyumlaştırılmasına öz-algıda ve kendini ortaya koyuşta bütünlüğün koşulu olarak ihtiyaç duyarlar. Geçmiş uyumlaştırılmalıdır ki, şimdiki zamana karşı koz olarak kullanılamasın ve bu sayede şimdiki öz-algıya ve kendini ortaya koyuşa zarar veremesin.

Geçmişle baş etmenin gerek unutmaya gerekse hatırlama üzerinden gerçekleşebilir olması sıklıkla gözlemlenebilir. Antik dönemden modern döneme dek, unutmaya kültürleri hep olmuştur.¹³⁹ Ve İspanya, Rusya veya Avusturya gibi ülkelerde, iç savaş cürümlerinin, Stalinci veya nasyonal-sosyalist cürümlerin, unutan ve bilinç dışına iten bir biçimde ele alınması ahlaki olarak kabul edilemez bulunmuş ve eleştirilmiş olabilir. Ne ki bu durum, unutmaya ve bilinç dışına itmenin işe yaramamış olduğunu kanıtlamayı hiç de olanaklı kılmamaktadır. Söz konusu ülkeler bir nesil boyunca işlenmiş olan korkunç fiilleri kolektif biyografiyle uyumlaştırmışlar ve bir sonraki nesle barışçı bir şekilde geçmeyi başarmışlardır. Ve bugünkü sorunları geçmişleriyle ilgili olduğunda, söz konusu sorunlar, geçmişte gerçekleşmiş olan korkunç şeylerin özel olarak ahlaksal veya hukuki niteliğiyle ilgili değildir.

II.

Hukuku, hatırlayarak olduğu gibi unutarak baş etmek için, hatırlama kültürleri için olduğu kadar unutmaya kültürleri için de kullanan araçsallık, illa ki keyfilik anlamına gelmez; hukukun hatırlamak ya da unutmak için karşıt yönlerde araçsallaştırılması olasılığını dışlamaz.

Elimizde birkaç bulgu var. Bir olay ne kadar yakın bir geçmişte gerçekleşmişse, o denli kolay hatırlanır ve o kadar zor unutulur; meselenin hukuki olarak ele alınmasına yönelik talep o ölçüde güçlüdür ve meseleye hukuki olarak son noktanın konulmasına hazır

¹³⁹ Meier, "Erinnern - Verdrängen - Vergessen. Zum öffentlichen Umgang mit schlimmer Vergangenheit in Geschichte und Gegenwart", *Berichte und Abhandlungen der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaft* içinde, 3. Cilt, Berlin 1997, s. 59.

olma hissi, toplumda o derecede zayıftır. Gerçekten de çok yakın bir geçmişte gerçekleşmiş olan olaylara ilişkin bir ilk hatırlama ve hukuki olarak ele alma dalgasının ardından, sonraki dalgayı yaşılatan bir bitkinlik durumu ortaya çıkabilir. Almanlar savaştan, yıkımdan ve sürülmekten bitkin, geçmişle uğraşmaktansa yorgun düşmüş ve tüm güçleriyle yeni bir başlangıç ve yeniden inşa üzerine yoğunlaşmış olduklarından, hatırlama ve hukuki olarak ele alma konusunda ellili yıllarda da bir durgunluk yaşanmaktaydı. Kendisini müttefiklerin teşvikine ve desteğine borçlu olmasaydık, ilk dalga bile çok daha erken bir tarihte tamamlanmış olurdu. Duvar'ın yıkılmasından sonra da yeni eyaletlerin geçiş döneminden bitap düşmüş vatandaşları, kısa bir süre içinde, Demokratik Almanya Cumhuriyeti zamanında yaşanan talihsizlikler ve haksızlıklar hakkında daha fazla şey duymak istemeyecek hale gelmişlerdi; ilgili yargısal süreçleri, daha çok eski eyaletlerin ağırlığını koymasına borçluyuz. Esasen Almanlar hesaplaşmak için hatırlamaya ve meseleleri hukuki olarak ele almaya eğilim gösteren bir halk değildir. Birinci Dünya Savaşı, İkinci Dünya Savaşı ve Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin ekonomik ve siyasi başarısızlığı, Almanlar arasındaki bir azınlığın çoğunluğa yaşattığı ve bu nedenle söz konusu azınlığın sorumluluğu üstlenmesi, kefaret etmesi gereken durumlardan çok, kaderin hep birlikte katlanılması gereken tokatları olarak yaşanmışlardır.

Önem arz eden yalnızca, bir olayın yakın veya uzak bir geçmişte yaşanmış olması da değildir. Bir olay çok yakın bir geçmişte yaşanmış olmasına rağmen, insana uzak bir geçmişte kalmış gibi de gelebilir. Örneğin, olayın yaşandığı zaman savaş dönemidir; oysa şimdi barış yeniden tesis edilmiştir ya da olay uzak bir yerde, devrim sırasında veya eski bir sistem döneminde gerçekleşmiştir; oysa şimdi eve dönmüştür, tekrar kurallandırılmış ilişkiler içinde veya yeni bir sistem altında yaşanmaktadır. İki dünya -uzaktaki ve yakındaki, eski sisteminki ve yeni sisteminki, devriminki ve düzeninki, savaşın ve barışın-, aralarında çok kısa bir zamansal

aralık bulunmasına rağmen birbirinden o denli farklı olabilir ki, hatırlamak, geçmiş olayları şimdiki dünyanın koordinatları içinde düzenlemek ve muhafaza etmekte zorlanılır. Dünya bireyselden çok, kolektif olarak inşa edilmiş olduğundan, kolektif bir unutma ihtiyacının bireysel bir hatırlama ihtiyacı karşısında, bireysel bir unutma ihtiyacının kolektif bir hatırlama ihtiyacı karşısında olduğundan daha fazla sözü geçtiği de söylenebilir.

Hatırlanacak mı yoksa unutulacak mı? Hukuk dolayısıyla hatırlanmak mı yoksa unutulmak mı zorunda? Hukuk dolayısıyla hatırlanmasına mı yoksa unutulmasına mı izin verilmeli? Tüm bu sorular açısından kritik olan nokta, kendisi adına hatırlayan ve hatırlama, aydınlatma, tazminat, ceza takibi ve mahkûmiyet talep eden bir başkasının bulunup bulunmadığıdır. Başkaları tarafından bir olaya, bir davranışa, bir cürüme sıkı sıkıya tutunmak zorunda bırakıldığında, kişi için unutmak güçleşir. Yine başkaları tarafından belirli olaylar, davranışlar ve cürümlerle özdeşleştirilen bir topluluk da tüm bunlardan kendini, öyle kolayca unutmak ve bilinç dışına itmek yoluyla kurtaramaz. Bu başkaları sayıca ne kadar çok ve güçlüyseler ve sadece çağdaşlar değil, kurbanlar da oldukları ölçüde, söz konusu topluluğun işi zorlaşacaktır. Kurbanlar güçlü ve sayıları yeterince fazlaysa, topluluğun kültürüne kendi damgalarını basabilirler ve onu bir kurban kültürü olarak şekillendirebilirler. Kurbanların güçsüz ve az sayıda oldukları bir durumdaysa tersi söz konusu olacak, topluluğun kültürü kurbanları bir galip kültürü olarak ezip geçecektir. Olaylar, davranışlar ve cürümlerle özdeşleştirilmekten kurtulmak, topluluğun ne kadar fazla üyesi bunlara bulaşmışsa yine o ölçüde güç olacaktır.

Burada söz konu olan yalnızca fail, müşterek fail, azmettiren ve suça iştirak eden olarak bir suça bulaşmışlık değildir. Suça bulaşmışlığın haberdar olmak, seyirci kalmak ve göz yummak, kurbanlara yardımdan imtina etmek ve dolayısıyla faillerin toplumdan dışlanacaklarına, kovuşturulup yargılanacaklarına, hoşgörülle

karşılanmalarına ya da hatta toplumda itibar görmelerine neden olmak gibi türleri vardır. Germen kabilelerinde, bir kabilenin üyesi bir başka kabilenin üyesini yaraladığında veya öldürdüğünde, failin üyesi olduğu kabile, faili ya topluluktan dışlamak ya da eğer bunu yapmayıp topluluğunda barındırmak istiyorsa, diğer kabileyeye karşı, üyesinin fiilinden dolayı sorumlu tutulmayı kabul etmek zorundaydı.¹⁴⁰ Faille dayanışma, failin cürüm ve suçuna bulaşmışlığı beraberinde getirir - bu, kolektif suç fikrinin rasyonel çekirdeğidir. Kolektif suç, hastalık denen şeyin bedeninin içinde bulunduğu bir hal olması gibi topluluğun içinde bulunduğu bir hal değildir; suç topluluğun hasta, suçlu kısımlarından sağlıklı olanlara bir bakteri gibi taşınmaz ve bir nesilden diğerine bir gen gibi miras kalmaz. Kolektif suç fikri ancak, bir topluluğun, bir cürümün failleriyle dayanışma aracılığıyla faillerin işledikleri suçta rol oynamasını ve cürümün kurbanları karşısında sorumluluğu üstlenmesini anlatıyorsa bir anlam ifade eder.

Nazi Almanyası'ndaki faillerin toplumdan dışlanmamış, kovuşturulup mahkûm edilmemiş, aksine hoşgörüyü karşılanmış ve itibar görmüş olmaları, makamlarında tutulmaya devam edilmiş ve kariyerlerinde ilerlemelerine izin verilmiş olmaları, ebeveyn ve öğretmen olarak toplumda kabul görmeleri, faillerin ve onların çocuklarının kuşağının Nazi Almanyası cürüm ve suçlarına bulaşmalarına neden olmuştur. Bunun önlenmesi ancak, tutarlı ve kararlı bir dışlama, ceza takibi ve mahkûm etme tutumuyla mümkün olabilir. Ne var ki faillerin ve iştirak edenlerin, haberdar olanların, seyirci kalanların ve göz yumanların sayısının fazlalığı karşısında, gerekli tutarlılık ve kararlılık gösterilebilecek gibi değildi. Psikolojik olarak da bu mümkün değildi; çocuklar ebeveynlerini, ikinci kuşak ilkini dışlamakta özgür değildir. Aslında dışlamaktan daha fazlası, tutarlı ve kararlı biçimde ceza takiplerinin yapılması ve mahkûmiyet kararlarının verilmesi gerekirdi. Ama hiçbir dışlama tutumu yeterince tutarlı ve kararlı olamazdı. Zira suça bulaşmışlı-

¹⁴⁰ Bkz: Bu kitaptaki "Hukuk - Suç - Gelecek" başlıklı bölüm.

ğın kaçınılmaz bir anı, deyim yerindeyse, trajik bir anı vardır. Bu an, kolektif suçtan söz etmenin bazen irrasyonel bir tınıya bürünmesini anlaşılır kılar; kan, beddua ve miras bu tınıda ilişkilendirilir. Ama anlaşılır kılmak, haklı çıkarmak demek değildir. Kolektif suç düşüncesinin rasyonel bir çekirdeği vardır ve bir topluluğu suça bulaştıran kan, beddua veya miras değildir; topluluğun üyelerinin belirli bir durumdaki belirli bir davranışdır. Ortada böyle bir durum olmadığında veya bu durum ortadan kalktığında ve davranış tamamlandığında, iş suça bulaşmaya da varmamış olur veya suça bulaşmışlık tekrar sona erer. Bu, suça bulaşmışlığın üçüncü kuşakta ortadan kalktığı anlamına gelir. Üçüncü kuşağın önünde artık, failleri dışlamak veya topluluk içinde barındırmak seçenekleri bulunmamaktadır; failleri dışlamayarak kendini onların suçlarına bulaştırması artık mümkün değildir.

Komünist geçmişle baş etmenin, öyleyse, nasyonal-sosyalist geçmişle baş etmekten tamamen farklı koşulları vardır. Nasyonal-sosyalist geçmişle baş etmede Almanların kolektif olarak özdeşleştirildikleri ve özdeşleştirilmeye de devam ettikleri cürümler, Almanların başka topluluklara, özellikle de Yahudilere karşı işledikleri cürümlerdir. Almanlar bu cürümlere yukarıda anlatılan tarzda kolektif olarak bulaşmışlardır ve onların unutmama ve bilinç dışına itme eğilimleri karşısına, kurbanların bu cürümlerin hatırlanması ve tazmin edilmesine yönelik arzuları dikilmektedir. Komünist geçmişte söz konusu olan, başka topluluklara karşı işlenmiş cürümler değildir; söz konusu olan, suça kolektif olarak bulaşmışlık değildir. Unutmama ve bilinç dışına itme eğilimleri karşısına dikilebilecek, kurbanların hatırlama ve tazminata yönelik bir arzusu da toplumda ortaya çıkmamıştır. Yahudi Soykırımı'nın cürümlerinin tereddütle kovuşturulmuş olması, Yahudilere karşı Alman suçunun bir parçasıdır. Buna karşın Duvar nişancıları hakkında ceza takibi yapılmıyorsa, bunun elbette kurbanların akrabaları için acı verici bir anlamı olurdu; ama kolektif bir boyutu bulunmazdı. Böyle bir durum, kurbanların akrabalarına acı veren, faillerin

titiz bir şekilde kovuşturulmadığı, yakalanmadığı veya tavizsizce cezalandırılmadığı, her zaman ve her yerde gerçekleşebilecek olan münferit olaylardan biri sayılırdı.

III.

Tüm bunlar düşünüldüğünde, hem hatırlayarak hem de unutarak geçmişle baş edilmesine ilişkin araçsallığına bakılmaksızın hukukun, hatırlamaya mı yoksa unutmaya mı içsel olarak daha yakın olduğu sorusu henüz kendini tüketmiş değildir. İster nasyonal-sosyalist geçmişin hatırlanması/unutulması söz konusu olsun ister komünist ya da cürümler ve suçlarla yüklü başka bir korkunç geçmişin^{141 142}, hatırlama lehine ve unutmayla bilinç dışına itme aleyhine genellikle üç neden öne sürülür ve bu nedenler öne sürülürken hukuka hangi anlamların verildiğiyle hukuktan nelerin beklendiği konuları incelenmelidir. Bunlardan birine göre hatırlama kurtuluşun sırrıdır¹¹. Bir diğeri için hatırlama ve ona eşlik eden suç ve yası ele alma gereği, aile içinde, kuşaklar arasında, bir kuşağın içinde ve politik kültürde aleniyetin, güvenin, bireyselliğin ve dayanışmanın koşuludur¹⁴³. Üçüncüsü açınsındansa hatırlamak, yaşanmış olanın tekrarlanmaması için şarttır¹⁴⁴.

Birinci neden, en karanlık olanıdır. Hatırlamanın kurtuluşun sırrı olduğuna ilişkin düşünce, Yahudi geleneğinin bir bilgeliğidir ve Yahudi geleneği içinde bir anlamı da vardır; Yahudi halkı, hatıraları olmaksızın, topraklarından kovulduğu, esarette ve sürgünde geçirdiği yıllarda kimliğini kaybederdi. Ama kendi kuşağının veya ebe-

¹⁴¹ Karşılaştırmak için bkz: T. G. Ash, "The Truth about Dictatorship", *The New York Review of Books*, 19. 2. 1998 tarihli sayı, s. 35 (35 f.).

¹⁴² E. Wiesel, *Chassidische Feier*, Viyana 1974, s. 204.

¹⁴³ G. Schwan, *Politik und Schuld. Die zerstörerische Macht des Schweigens*, Frankfurt/M. 1997.

¹⁴⁴ Ash, s. 35: "How many times has one heard repeated in Germany George Santayana's remark that those who forget the past are condemned to repeat it?" (Bu alıntı özgün metinde de İngilizce olarak yer almaktadır: "George Santayana'nın şu sözünün Almanya'da sürekli olarak tekrarlandığını kaç kere işitmişizdir?: Geçmiş unutanlar onu tekrarlamaya mahkûmdur") (ç.n.).

veynlerinin kuşağının üyeleri tarafından işlenmiş olan cürümleri hatırlamak veya unutmak arasında bir seçim yapmak durumunda olanlara gerekli bilgelik nedir? Basit bir geçmişin intikali veya canlandırılması anlamına gelmeyecek, geçmişle baş etmeye yönelik bir bilgelik ne olabilir ki? Yahudi halkı için geçmişte ve bugün hâlâ önemli olan gibi bir bilgelik nedir ki?

Bilgelik, Alman geçmişiyile baş etme konusundaki tartışma içinde değişti de nitekim. Hatırlama, kurtuluşun sırrından uzlaşmanın sırrına dönüştü¹⁴⁵. Uzlaşma, hayatta kalan kurbanlar ve kurbanların yakınları aracılığıyla affetmeyi şart koşar. Affetmek, faillerin ve onlarla birlikte suça bulaşmış olanların bu suçu ikrar etmelerini ve kendilerini affedilme şansı kadar yargılanma riskine de hazırlamalarını ve suçun ikrar edilmesi de fiilin hatırlanmasını gerektirir. Bu aynı zamanda toplumsal bir eski hale iadeyi de içerir; zira failler ve onlarla birlikte suça bulaşmış olanlar, hayatta kalan kurbanları ve kurbanların yakınlarını, mahkûm edilmelerinin veya affedilmelelerinin kendilerine bağlı olduğu kişiler olarak kabul ederler. Affetme aynı zamanda suçluların fiilin sonuçlarını ortadan kaldırmak adına ellerinden gelen her şeyi yapmalarını şart koştuğundan, o zaman hatırlama, fiil sadece kurbanların ölümünü değil, onların dünyalarını, izlerini ve hafızalarını da bütünüyle silmeyi hedeflemişse, fiilin sonuçlarını da ortadan kaldırmaya yönelik bir katkıdır. Fiil, suç, fiilin sonuçları, mahkûm etme ve affetmeye ilişkin bu düşüncelerin ana çekirdeği hem hukuki hem de ahlakidir; suçlular kendilerini suçlarına sıkı sıkıya tutunmaya bırakmalı ve suçu ikrar etmelidirler. Bilgeliliğin başka bir türü, kayıtsızlığa karşı mücadeleyi kurtuluşun sırrı olarak ve hatırlamayı da bu mücadelenin aracı olarak belirler.¹⁴⁶ Burada kayıtsızlık, umudun, inancın ve sevginin karşıtı olduğu için tehlikelidir. Kayıtsızlık, insanları dünyada olup

¹⁴⁵ O. Schwencke, "Das Geheimnis der Versöhnung heißt Erinnerung", *Erinnerung als Gegenwart* (Loccumer Protokolle 25), Der. O. Schwencke, Loccum 1987, s. 7 (7).

¹⁴⁶ E. Wiesel, "Erinnerung gegen die Gleichgültigkeit", *Erinnerung als Gegenwart* (Loccumer Protokolle 25), Der. O. Schwencke, Loccum 1987, s. 138 (157 f.).

bitenler karşısında, aynı zamanda ve hatta özellikle dünyada gerçekleşen haksızlıklar karşısında duyarsız kılar ve böylece de insanları, haksızlığın suç ortağı haline getirir. Hatırlama, kayıtsızlığı kılabılır, haksızlığın sonuçları hakkındaki bilinçlilik sayesinde haksızlığın köklerine ilişkin bir duyarlılık uyandırabilir; kurtuluş öyle bir haldir ki, insanlar haksızlığın gerçekleşmesine izin vermezler. Böylece hatırlama, bahsi geçen üçüncü neden anlamında, olup bitmiş olanın tekrarlanmaması, benzer bir şeyin meydana gelmesi için bir koşula dönüşür.

Hatırlamayı aile kültürü ve politik kültür konusundaki başarı için koşul olarak anlayan ikinci neden de çeşitli fikirlere dayanır. Bunlar arasında, travmatik geçmişin unutulması ve bilinç dışına itilmesinin onu daha da sorunlu hale getirdiğine, fail ve suçlu ya da kurban olmaya ilişkin travmaları konusunda sessiz kalan ebeveynlerin bireyselliklerini yaşayamadıkları ve çocuklarının karşısına açıklık ve güvenle çıkamadıklarına, bu nedenle bu kişilerin çocuklarının açıklık ve güveni öğrenemedikleri ve güçlü, aynı zamanda hem uzlaşmaya hem de direnmeye açık bir bireysellik geliştiremediklerine ilişkin varsayımlarla dolu, psikolojiyle ilgili düşünceler vardır. Bunlar arasında, aile içinde kazanılan açıklık, güven ve bireysellik yetileri olmaksızın, toplum içinde bireysellik ve dayanışma kabiliyetinin de eksik olacağına dair varsayıma dayanan sosyolojik düşünce vardır. Bunlar arasında, demokrasinin, vatandaşlarının demokratik erdemleri olarak açıklık, güven, bireysellik ve dayanışma üzerine inşa edildiğine ve bunlara yöneldiğine, bir diktatörlüğü ortadan kaldıran bir demokrasinin, failleri cezasız bırakması ve onların makamlarını muhafaza etmelerini, kariyerlerini devam ettirmelerini hukuki olarak engellememesi halinde inanırlılığını tehlikeye atmış olacağına, diktatörlüğün kurbanları içinse inanırlılığını bütünüyle kaybedeceğine ilişkin varsayımsal ve olgusal olandan normatif olana uzanan siyaset bilimsel düşünce vardır. Burada hukuki yaptırımların, özellikle de cezanın amacı, suçu önleme yöntemiyle, vatandaşlığa özgü erdemlerin onaylanması ve güçlendirilmesidir.

Üçüncü neden, söz konusu cürümlerin tekrar işlenmesinden kaçınmak gereği üzerinde durur ve doğrudan özel önlemenin, her bir fail üzerinde yaratılacak etki aracılığıyla bu tarz cürümlerin tekrarını engellemeyi hedefleyen cezalandırma amacıyla aynı noktada buluşur. Ama genel önlemenin cezalandırma amacıyla da bulunduğu bir nokta vardır. Öyle ya da böyle bütün üyeleri, söz konusu cürümleri işlememiş olsalar bile, desteklemiş ya da kabul etmiş veya sineye çekmiş olduğundan, toplumun bütününün istisnasız biçimde failin kendisine dönüştüğü bir durumda, genel önleme bu tarz cürümlerin toplum aracılığıyla tekrar işlenmesinden kaçınılmasını da hedefler.

Elbette suçun işlenmesini önlemeyi hedefleyen cezalandırma amacı öğretisi, her zaman karşılaştığı itirazlara¹⁴⁷ burada özellikle maruz kalır. Geçmişteki bir politik sistem içinde, sisteme itaatle çeşitli suçlar işlemiş olan bir konformist, yeni politik sistem içinde de konformisttir ve sisteme aykırı suçlar işlememesi için önceden korkutulmak zorunda değildir. O yeniden sosyalleştirilmek zorunda da değildir, eski sistemde topluluğa uygun biçimde davranmıştır ve yeni sistemde de topluluğa uygun davranmaktadır. Nasyonal-sosyalist cürümlerin takibi ve mahkûm edilmesinde, faillerin 1945'ten sonra normal bir hayat sürmüş ve komşularıyla arkadaşlarına karşı büyük bir dostluk, güvenilirlik ve yardımseverlik içinde olabileceklerini sürekli hatırd tutmak gerekmekteydi. Eski politik sistemi çökmüş ve yeni bir politik sistem geliştirmekte veya zaten geliştirmiş olan bir toplum da aslında önceden korkutulmak ve tekrar sosyalleştirilmek zorunda değildir. Özgürlükçü, demokratik bir sistemin vatandaşlarının özgürlük çabalarının sonucu olan kazanımlarını unutmaları ve demokrasinin neden olmadığı ama onun da uğraşmak zorunda kaldığı dünya dertlerini yine de demokrasiye yüklemeleri ve otoriter bir sistemin gözle görülür kesinliği, güvenliği ve düzenine özlem duymaları her zaman için

¹⁴⁷ Karşılaştırmak için bkz: C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I. Bd., *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Münih 1997, s. 47 f., 52 f.

tekrar edebilecek bir tehdittir. Bu tehdit de her zaman yeniden saptanmalı ve ona karşı mücadele edilmelidir. Yine de özgürlük isteği ve düzen özlemi arasındaki sarkaç hareketi fazlasıyla evrenseldir ve burada bir tekrardan söz ediliyor olsa bile, az ya da çok cürüm içeren mekanizmalar da dahil olmak üzere, düzen özleminin gerektirdiği mekanizmalar son derece çeşitlidir. Yahudi Soykırımı'nın tekrarlanmaması için gereken, hatırlanması değildir ve önleme burada sadece karşılaştırılabilir olandan daha başlangıçta kaçınılmasını ve bunun için gerekli olan vatandaş erdemlerinin, gerekli politik, ahlaksal ve hukuki duyarlılık ile cesaretin keskinleştirilmesini hedefleyebilir¹⁴⁸.

IV.

Hukuka ikisi de içkindir: Hatırlamak ve unutmak. Hukuk, faillerin suçlarından kaçamamalarını ve suçlarının sorumluluğunu almalarını, cezalandırılmalarını, söz konusu olayla karşılaştırılabilir başka bir olayın gerçekleşmesine izin verilemeyeceğini, böyle bir şeyin sineye çekilemeyeceğini, aksine bunun karşı konulması gereken bir şey olduğunu imlemeyi öngörür. Aynı zamanda geçmişin tamamlanmış ve halledilmiş olmasını ister. Elbette bu tamamlanmış ve halledilmiş olma halini hukuk, ancak bir süre sonra veya bugün kendisine hükmedilmesi gereken cezayı fiilin işlendiği tarihte işlenmiş olan fiilin cezası olarak öngörmüş olan bir yasanın yokluğu halinde ister. Ama bununla ihtilaf çözülmüş olmaz; toplumun, suçlu ilan etmek ve cezalandırmak istemek için yasaya ihtiyacı yoktur ve imler fiilden istendiği kadar sonra konulabilir. Hukukun geçmiş yaşamı değil, ancak şimdiki veya gelecek yaşamı şekillendirebilecek olması da ihtilafı çözmez. Mahkûmiyet kararı ve cezalandırma şimdiki zamanda gerçekleşir ve şimdiki zaman ve gelecek için bir işaret bırakır.

¹⁴⁸ Bu, Yahudi Soykırımı'nı başka bir şeyle karşılaştırılmaz bir olay olarak hatırlamak gerektiğine ilişkin tezin ahlaki ikilemidir. Karşılaştırılmazlık tezi kendisini ahlaki bir tez olarak görür ve karşılaştırılabilirlik tezini ahlaki olmadığı iddiasıyla yadsır. Ancak hatırlamanın ayırt edici ahlaki bir nedeni, hatırlanan olayın tekrarının engellenmesidir ki, bu da gerçekten ve anlamlı biçimde ancak karşılaştırılabilir olanın engellenmesi olabilir.

Hukuka her ikisi de içkin olduğundan, hukukun o ya da bu yön-
de araçsallaştırılması, salt araçsallaştırma değildir. Hukukun
araçsallaştırılması, hukuku geçerli kılar -iki yönünden biriyle
birlikte... Aynı zamanda hukuku ihtilafa sokar- diğer yönüyle
ihtilafa... Hem nasyonal-sosyalist hem de komünist Alman geç-
mişiyle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi de zamanaşımı
ilkesi ve geçmişe uygulama yasağıyla ihtilaf halindedir. Hem
nasyonal-sosyalist hem de komünist fiillerin takibi ve mahkûm
edilmesinin söz konusu olduğu dönemlerde, bu fiiller ya kıs-
men zamanaşımına uğramışlardı ya da zamanaşımına uğramak
üzereydiler. Diğer yandan bu fiiller, geçmişe uygulama yasağına
uygun olarak ancak işlendikleri tarihte de ceza gerektiren fiiller
olarak düzenlenmişlerse takip ve mahkûm edilebilecek fiillerdi.
Yasama, yargı ve hukuk bilimi göz önünde bulundurulduğunda,
hukuki bir bakışla ele alındığında, ihtilaf daha da gözle görülür
hale gelir.

Zamanaşımına ilişkin takip ve mahkûmiyet engeli, ilk olarak 1946
ve 1948 yılları arasında çıkarılan takibat yasalarıyla yumuşatıldı.
Bu yasalar, politik nedenlerle 1933 ve 1945 yılları arasında yaptı-
rımına bağlanmamış, ancak sonradan cezalandırılmaları adaletin bir
gereği olan suçlarda, 1933 ve 1945 yılları arasında zamanaşımının
durmuş olduğu fikrinden hareket edilmesi gerektiğini öngörmek-
teydiler.¹⁴⁹ Buradaki temel düşünce, ceza takibinin politik neden-
lerle tamamen felç olduğu yerde, zamanaşımının işlemesinin de
mümkün olmayacağıydı.¹⁵⁰ Benzer bir şekilde, 1993 tarihli zama-
naşımı yasası, 1949 ve 1990 yılları arasında Demokratik Almanya
Cumhuriyeti'nde politik nedenlerle kovuşturulamamış olan suç-
lar açısından, bu tarihler arasında zamanaşımının durmuş olduğu

¹⁴⁹ Karşılaştırmak için bkz: S. Zimmermann, *Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung. Rechtdogmatische und -politische Analyse mit vergleichenden Ausblicken nach Tschechien, Ungarn und Frankreich*, Freiburg i. Br. 1997, s. 67 f.

¹⁵⁰ A.g.e., s. 61; Federal Yargıtay, NJW 1962, 2308; ceza hukukuna ilişkin Federal Yargıtay Karar-
ları 18, 367 (368).

fikrinden hareket edilmesi gerektiğini düzenliyordu.¹⁵¹ Altmışlı ve yetmişli yıllarda nasyonal- sosyalist ve doksanlı yıllarda komünist fiiller açısından aynı ölçüde sorun teşkil eden zamanaşımının başlamasının, henüz dolmamış olan zamanaşımı sürelerinin uzatılması veya kaldırılması aracılığıyla önüne geçildi¹⁵².

Zamanaşımı hukukunun bu şekilde değiştirilmesine ilişkin hukuk bilimi literatüründe bazı kaygılar dile getirilmiştir, getirilmeye de devam edilmektedir; bunlara göre, “*nulla poena sine lege*” ilkesi biçiminde geleneksel olarak ifade edilen, Alman Anayasası’nın 103. maddesinin 2. fıkrasında pozitif hukuk hükmü olarak vücut bulan geçmişe etkili cezalandırma yasağı değilse bile¹⁵³, köklerini hukuk devleti ilkesinde bulan hukuk güvenliği ve güvenin korunması ilkeleri yine de zedelenmiş olmaktadır¹⁵⁴. Federal Anayasa Mahkemesi bu kaygıyı paylaşmamıştır; takibat yasalarında olduğu gibi¹⁵⁵, henüz dolmamış olan zamanaşımı sürelerinin uzatılması veya kaldırılmasını da Anayasa’ya uygun bulmuştur¹⁵⁶. Aslında, Alman Anayasası’nın 103. maddesinin 2. fıkrası uyarınca fiil işlenmeden önce yasal olarak düzenlenmiş olması gereken cezalandırılabilirliğin, suçun unsurları ve cezai yaptırımı içine alsa da ceza takibi şartlarını kapsamadığı yönünde düşünülmesini haklı kılacak pek

¹⁵¹ Karşılaştırmak için bkz: V. Kramer, “Zur Verjährungsproblematik bei SED-Unrechtstaten. Kritische Betrachtung zum Beschluß des OLG Braunschweig vom 22.11.1991”, NJ 1992,233 (235 f.); B. Pieroth/T. Kingreen, “Die verfassungsrechtliche Problematik des Verjährungsgesetzes”, NJ 1993, 385.

¹⁵² Karşılaştırmak için bkz: H.-L. Schreiber, “Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht”, ZStW 1995, 157 (178); Zimmermann, s. 177 ff.

¹⁵³ G. Grünwald, “Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderungen von Verjährungsvorschriften”, MDR 1965, 521; G. Grünwald, “Zur Frage des Ruhens der Verjährung von DDR-Straftaten”, StV 1992, 333 (336); Pieroth/Kingreen, s. 390 f., 392.

¹⁵⁴ Zimmermann, s. 214 ff.; karşılaştırmak için bkz: N. S. Buchner, Die Rechtswidrigkeit der Taten von “Mauerschützen” im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts. Ein Beitrag zum Problem der Verfolgung von staatlich legitimiertem Unrecht nach Beseitigung des Unrechtssystems, Frankfurt/M., s. 83 ff., 118 f.; Schreiber, 180.

¹⁵⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi I, 418.

¹⁵⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi 25, 269; Alman Federal Anayasa Mahkemesi, NJW 1995, 1145.

çok nokta vardır.¹⁵⁷ Vatandaş, hangi eylemlerinin ve ihmallerinin cezalandırılabilir olduğu ve hangi cezanın kendisini tehdit ettiği konusunda emin olmalı ve bu bilgiye güvenebilmelidir. Ancak aynı şey, ceza takibinin nasıl işleyeceği konusunda geçerli değildir. Bu, kusur prensibiyle de ilgilidir: Vatandaş, davranışının cezalandırılabilir olduğunu düşünmüyorsa ve hukuki durum uyarınca böyle düşünmesi de gerekmiyorsa, suçlu da olmayacaktır. Ancak yasaların vatandaşa, dolması halinde aslında cezalandırılabilir olan davranışının artık kovuşturulmayacağı bir mühlet vaat etmesi sayesinde kişinin suçu şüpheli hale gelmeyecektir.

Nazi Almanyası'nda ya da Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde asla takip ve mahkûm edilmemiş oldukları şüphe götürmeyen nasyonal-sosyalist ve komünist fiillerin takibi ve mahkûmiyeti meselesi, anayasa hukuku açısından daha da sorunludur. Çünkü burada failer davranışlarının cezalandırılabilir olmadığı fikrinden hareket etmişlerdir ve hukuki durum da bu şekilde hareket etmelerine izin vermiştir. Nazi Almanyası'nda Yahudileri herhangi bir emir olmaksızın öldüren ve "kastı aşan fail" diye adlandırılan kişilerden ceza hukuku çerçevesinde hesap sorulduğunda bu, askeri itaatsizlik neden gösterilerek yapılmıştır; bu kişilerden açık açık Yahudilerin öldürülmesi nedeniyle hesap sorulmamıştır, zira söz konusu fiil cezalandırılabilir değildi¹⁵⁸. Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde yasa dışı biçimde sınırı geçmeye çalışırken ağır bir sınır ihlalinde bulunan biri, öldürücü bir silah atışıyla engellendiğinde, bu durum Sınır Kanunu aracılığıyla haklı çıkarılmış ve sadece cezalandırılmamakla kalmamış, övülmüş ve ödüllendirilmiştir.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Karşılaştırmak için bkz: G. Bemann, "Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung", JuS 1965, 333 (339 f.).

¹⁵⁸ Karşılaştırmak için bkz: Werle, 2535.

¹⁵⁹ Karşılaştırmak için bkz: G. Jakobs, "Untaten des Staates - Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?", GA 1994,1 (5); Schreiber, 164.

Geçmişe uygulama yasağını açıkça askıya alan Uluslararası Nür-
nberg Divanı'nın statüsü ve müttefik devletlerin Denetleme
Konseyi'nin 10 sayılı yasasından farklı olarak, Federal Almanya
Cumhuriyeti yargısı bu yasağa her zaman sımsıkı sarılmıştır.¹⁶⁰
Buna rağmen nasyonal-sosyalist fiillerin cezalandırılmasını haklı
çıkarmak için, hemen ilk baştan Radbruch'un iddiasına baş-
vurulmuştur: Adaletle katlanılmaz bir aykırılık içindeyse, doğru
olmayan hukuk olarak pozitif yasa, adalete boyun eğmek zorun-
dadır.¹⁶¹ Cezalar, Nazi Almanyası'nda yürürlükte bulunan ceza
hukuku uyarınca verilmiştir. Ancak söz konusu ceza hukuku
önce "Radbruch formülü" diye adlandırılan formülle haklı se-
beplerden ve aynı zamanda kusursuzluk nedenlerinden arındırıl-
mıştır - ki tam da bunlar sayesinde faillerin Nazi Almanyası'nda
cezalandırılmaları mümkün değildi.¹⁶² Ellili yılların sonlarından
itibaren Yahudi imhası yargının konusu olduğunda, Hitler'in
imha emri, ilk başta Radbruch formülüyle değil, hukuk devleti
ilkesine dayanan bir düşünce tarzıyla bir haklı sebep olarak, Nazi
Almanyası ceza hukukundan çıkarılmıştır: Yayınlanmayan, ak-
sine sadece sözle açıklanan gizli bir emir olarak Hitler'in imha
emri, hukuki bağlayıcılıktan yoksundur. İmha emri aracılığıyla
Hitler, nasyonal-sosyalist yönetimin mensuplarıyla birlikte Ya-
hudi imhasının gerçek failidir; münferit olaylardaki failler, ceza
hukuku uyarınca yalnızca fer'i fail sayılabilirler. Meğer ki kastı
aşan failler olarak emre aykırı biçimde asli failler tarafından işle-
tilen ve yürütülen imha mekanizmasında bir dişli olmaktan iba-
ret rollerinin dışına çıkmış olsunlar.¹⁶³

¹⁶⁰ Karşılaştırmak için bkz: Werle, 2533.

¹⁶¹ G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", SJZ 1946,105 (107); aynı makale için bkz: A. Kaufmann (Yay. Haz.), *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, 3. Cilt, Heidelberg 1990, s. 83.

¹⁶² Karşılaştırmak için bkz: I. Sagel - Grande/H. H. Fuchs/ C. F. Rüter, *Justiz und NS- Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, 21. Cilt, Amsterdam 1979, s. 444; Werle, 2534.

¹⁶³ Karşılaştırmak için bkz: Werle, 2533.

Nasyonal-sosyalist hukuk sisteminde böyle bir düşünme tarzına yer yoktur. Nazi Almanyası bir hukuk devleti değildi ve şekli hukuk ve şekle aykırılık halinde hukuken yokluk gibi hukuk devletine özgü düşünceler ona yabancıydı. *Führer*’in iradesi ve emri, en üstteki hukuk kuralı ve aynı zamanda nasyonal-sosyalist hukuk sistemi içinde tüm hukukun kaynağıydı ve hiçbir şekle bağlı değildi. Hitler’in sözlü, yayımlanmayan, gizli emri de hukuk ortaya koyardı¹⁶⁴. Federal Almanya Cumhuriyeti yargısı bunu o kadar ciddiye almıştır ki, tâli olarak yine de bir çeşit Radbruch formülüne başvurmuş ve şekle uygunluk sağlanmış olsa bile *Führer*’in emrinin, hukukun, genel anlayış uyarınca sarsılmaz olan, uygar halkların üzerinde konsensüse ulaştığı, Yahudilerin imhası yasasını da içeren temel konularından birini geçersiz kılabilecek nitelikte olduğunu reddetmiştir.¹⁶⁵

Federal Cumhuriyet’in yargısı, Demokratik Almanya Cumhuriyeti hukukuyla da benzer biçimde yüzleşir; yürürlüğün doğal hukukçu reddi ve hukuk devletçi bir yorumun yeğ tutulmasından oluşan bir karışımla... Radbruch formülüne başvurarak, öldürme kastıyla Duvar’da gerçekleştirilen silah atışları konusunda Demokratik Almanya Cumhuriyeti Sınır Kanunu’nun öngördüğü haklı nedeni dikkate almaz. Federal Cumhuriyet’in yargısına göre söz konusu haklı neden, insan değeri ve haysiyetine ilişkin, tüm halklara ortak olan inanışı zedelemekte ve insanlık ve adalet gibi temel ilkelere aykırılık göstermektedir.¹⁶⁶ Bunun yanında, fiilin gerçekleştiği tarihte Demokratik Almanya Cumhuriyeti hukukunun neyi öngördüğünün belirlenmesinde, hâkimi fiilin gerçekleştiği tarihte Demokratik Almanya Cumhuriyeti’nde neyin hukuk olarak yo-

¹⁶⁴ G. Werle, *Justiz - Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin/New York 1989, s. 683; Werle, 2534.

¹⁶⁵ Ceza hukukuna ilişkin Federal Yargıtay Kararları 2, 234 (237 ff.); karşılaştırmak için bkz: Sagel - Grande, s. 444; Werle, 2534.

¹⁶⁶ Federal Yargıtay, NJW 1993,141 (144); Federal Yargıtay, NJW 1994, 2703 (2705); Federal Yargıtay, NJW 1994, 2709 (2709).

rumlandığı ve uygulandığıyla bağlı görmez; aksine “doğru yorumlanmış yasaya” dayanılmasını bekler. Yani hukuk devleti ilkesine uygun ve insan haklarına saygılı bir biçimde ve orantılılık ilkesi uyarınca yorumlanmış olan yasaya... Federal Cumhuriyetçi bu yoruma göre, Demokratik Almanya Cumhuriyeti’nin Sınır Kanunu, öldürme kastıyla Duvar’da gerçekleştirilen silah atışlarını haklı çıkarmamaktadır.¹⁶⁷

Yürürlükteki hukuk olarak uygulananın değil, başka ve sonraki bir bakış açısıyla yürürlükteki hukuk olarak uygulanması gerekenin hukuk olarak geçerli olduğuna ilişkin argüman, Radbruch formülünün doğal hukukçu argümanının bile ötesine geçmek ister. Ama bu argüman her halükarda doğal hukukçu bir argüman olarak tutarlıdır, doğal hukukçu bir yürürlükte olması gerekeni pozitif hukuk uyarınca yürürlükte olana karşı kullanarak...¹⁶⁸ Bir yasanın belli bir zamanda ve belli bir yerdeki yürürlüğünün, yasanın söz konusu zaman ve yerde gerçekten kendini geçerli kıldığı yorumdan, uygulamadan ve uyulmadan başka bir şey olduğu fikri, ortaya herhangi bir tutarlı yürürlük kavramı çıkarmaz.¹⁶⁹ Böylece her şey aslında Radbruch formülüne bağlıdır.

¹⁶⁷ Federal Yargıtay, NJW 1993, 141 (148).

¹⁶⁸ Bu anlamda Alexy büyük ölçüde yürürlük şartı olarak sosyal etkililik ölçütünden hareket etse de, bu ölçütü yine de “aşırı adaletsizliğin negatif tanım vasfı aracılığıyla sınırlanmış” olarak görür. Karşılaştırmak için bkz: R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg i. Br./Münih 1992, s. 201 ff., 204. Kaufmann da aynı biçimde, “alınına kara çalınmış ve akla gelebilecek hiçbir yönden adil gözükmesi mümkün olmayan, çok ağır ve hatta katlanılamaz adaletsizlik halinde” geliştirdiği yürürlük kavramında değişikliğe gider. Karşılaştırmak için bkz: A. Kaufmann, “Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht”, NJW 1995, 81 (84 f.).

¹⁶⁹ Karşılaştırmak için bkz: H. Dreier, “Gustav Radbruch und die Mauerschützen”, JZ 1997, 421 (431); K. Günther, “Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. 11. 1992”, StV 1993, 18 (21f.); Jakobs, s. 5 ff.; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viyana 1960, s. 215 ff.; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viyana 1979, s. 111 ff.; ayrıca bkz: Bu kitaptaki “Hukuk Devleti ve Devrimci Adalet” başlıklı bölüm.

V.

Federal Anayasa Mahkemesi de bu formüle dayanır. Ama tek dayandığı şey de bu formül değildir.

Nasyonal-sosyalist geçmişle ceza hukuku aracılığıyla baş edilmesi sürecinde yalnızca zamanaşımının askıya alınması, uzatılması ve ortadan kaldırılması gibi konularla uğraşmak gerekiyordu; bunların anayasa hukukundaki yerleri kuşkuluydu. Komünist geçmişle baş edilmesi sürecindeyse, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan geçmişe uygulama yasağıyla karşı karşıya gelinmişti. Söz konusu ilkenin anayasa hukukundaki yerinin Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrası olduğu konusunda kuşku yoktur.

Bu ilkenin hukuktaki yerinin anayasa hukuku kapsamında olması, hukukun kendi içindeki çatışma açısından çok önemli bir anlam taşır. Hatırlayan hukuk, söz konusu olan ilgili makamlar ve kariyerler olduğu ölçüde, ceza hukukudur; çok yönlü bir eski hale getirme ve tazminat hukukudur, kamu hizmeti hukukudur. Unutan hukuk da zamanaşımı, mevcut ve hukuk olarak geçerli olmaya ilişkin belirlemeleriyle yargılama ve usul hukukudur. Bahsi geçen hatırlayan ve unutan hukuk, yasakoyucu tarafından basit parlamenter çoğunluk aracılığıyla kâh daha ziyade bir yönde kâh başka bir yönde şekillendirilen, basit hukuktur. Hukukun kendi içindeki çatışma, burada olağan bir politik çatışma olarak bir karara bağlanıp neticelendirilmelidir. Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasıyla birlikte, hukukun kendi içindeki çatışma hukukun kendisi aracılığıyla merkezi önemde bir noktada karara bağlanmıştır; hiyerarşik olarak üstte bulunan hukuk, daha alt bir seviyedeki hukuk için, yasakoyucunun basit parlamenter çoğunlukla aşamaması gereken bir sınır öngörür. Özgürlükçü, demokratik ve hukuk devletçi anayasanın sınırlar öngördüğü her yerde her zaman olduğu gibi, bu sınır da politik olarak zayıf olan kesimi daha güçlü olan kesim karşısında güçlendirir. Kişi, davranışını cezalandırılabilir

bulmuyorsa ve hukuki durum karşısında öyle bulması da gerekmiyorsa, toplumun cezalandırmaya yönelik arzusu ve ihtiyacı karşısında bireyin cezalandırılmamaya ilişkin çıkarı korunur.

Federal Yargıtay gibi kendisi de hararetle doğal hukukçu argümanının uluslararası hukuk kapsamında güçlendirilmesi ve cisimleştirilmesi fikrine dayanmasına ve doğru olmayan hukuk olarak pozitif hukukun boyun eğmesi gereken adaletin kapsamında özellikle uluslararası hukukça tanınmış olan insan haklarını görmesine rağmen Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa hukukuna ilişkin bu karara Radbruch formülüyle pek de itiraz edemez.¹⁷⁰ Bunun nedeni, Radbruch formülünün iki yönden duruma uygun olmamasıdır. Formül günümüze uymamaktadır; gerçekten de doğal hukukun tanınması şart koşulamaz, ancak inanç ve talep olarak ortaya konulabilir ve söz konusu inanç ve talep, kırklı yılların sonuyla ellili yıllarda yaşanmış olan doğal hukuk rönesansı¹⁷¹ sona erdiğinden beri hiçbir şekilde genel olarak paylaşılan bir inanç ve talep değildir. Formül günümüzdeki durumlara da uymamaktadır; sonuç olarak adaletin gerektirdiği ceza sadece kısa ve erteleme esasına dayanan bir hürriyetten yoksun kılma cezasından ibaret olduğunda, Duvar'da gerçekleşen ve henüz kefareti ödenmemiş ateşli silahla vurma olayında, adaletle katlanılmaz bir karışıklığın bulunduğundan söz edilemez¹⁷².

Böylece Federal Anayasa Mahkemesi açısından, Radbruch formülünün yanında ayrıca Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alınmış olan "geçmişe uygulama yasağının temel bir görelileştirilmesi söz konusu olmuştur."¹⁷³ Buna göre, geçmişe uygulama yasağı aslında mutlak olarak geçerlidir; ancak

¹⁷⁰ Federal Anayasa Mahkemesi 95, 96 (133 ff.).

¹⁷¹ K. Kühl, "Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg", *Geschichtliche Rechtswissenschaft. Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Freundesgabe Alfred Söllner zum 60. Geburtstag am 5. 2. 1990*, Der. G. Köbler/M. Heinze/J. Schapp, Gießen 1990, s. 331.

¹⁷² Karşılaştırmak için bkz: Federal Yargıtay, NJW 1993, 141 (142); Federal Yargıtay, NJW 1994, 2240.

¹⁷³ Federal Anayasa Mahkemesi 95, 96 (132 f.).

sadece olağan hallerde mutlak olarak geçerlidir. Bir fiilin Alman Anayasası'nın geçerliliği altında işlenmiş olduğu ve yine Alman Anayasası'nın geçerliliği altında cezalandırılması da gerektiği hal-ler, normal hallerdir. Bu durumda fiil, cezalandırmanın gerçekleş-eceği dönemde yürürlükte olan, ancak fiilin işlendiği tarihte henüz yürürlükte olmayan bir ceza yasası uyarınca cezalandırılamaz. Bir fiilin, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle temel haklar konusunda yükümlü-lük getirmeyen başka bir anayasanın geçerliliği altında işlenmiş ve Alman Anayasası'nın geçerliliği altında cezalandırılması gereken bir fiil olması halindeyse, ortada bir olağanüstü hal var demektir. Burada geçmişe uygulama yasağı, yalnızca göreceli olarak geçerli-dir. Başka bir anayasanın geçerliliği altında bir fiil işlemiş ve bu fiili dolayısıyla Alman Anayasası'nın geçerliliği altında cezalandırılabil-ecek olan bir vatandaş, fiili işlediği tarihte yürürlükte olan hukuka güveninin mutlak olarak korunacağını düşünmemelidir. Vatanda-şın güveni, ancak fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan hukukun adaletle karşılık içinde bulunmaması halinde korunur.

Bu yaklaşımla, geçmişe uygulama yasağı tam da kalbinden vuru-lur. Geçmişe uygulama yasağı, Federal Anayasa Mahkemesi tara-fından ortaya konulduğu biçimiyle anlaşılırsa, aslında boşa gitmiş olur. Alman Anayasası'nın, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve temel hak-larla bağlı devletinde, bu devlette daha önce gerçekleşmiş olan şeyleri daha sonra geçmişe yürüyerek cezalandırmak, Alman Ana-yasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrası olmasa da hukuken mümkün değildir. Alman Anayasası'nın 1. ve 19. maddeleri arasında güven-ce altına alınmış olan haklar¹⁷⁴ zaten bir vatandaşın davranışını sonradan yasaklamaya engeldir, zira bir davranışın yasaklanması ancak başka bir davranışın elde edilmesine özgülenmiş olabilir ve dolayısıyla haklı bir nedene dayanır. Başka bir davranışın elde edil-mesine yönelik, sonradan getirilen bir yasak artık geç kalmıştır; dolayısıyla aslında böyle bir amaca özgülenmesi mümkün değildir ve dolayısıyla da haklı bir nedene dayanmamaktadır. Yasak, yönel-

¹⁷⁴ Alman Anayasası tarafından güvence altına alınmış olan temel haklar listesi (ç.n.).

diği kişiyi etkilemek gibi bir amaç taşımasaydı, yalnızca başkalarını korkutmayı hedefleseydi ve bu amaca da uygun bir araç olsaydı bile, yine de haklı bir nedene dayanıyor olmazdı. Zira o zaman da yöneldiği kişiyi salt obje olarak kullanmış ve böylece söz konusu kişinin haysiyetiyle çatışan bir durum ortaya çıkmış olurdu.

Buna karşılık, geçmişe uygulama yasağı, adalet duygusu ve bilincinde dönüşümü, devlet mantığı ve toplumun refahının gerektirdiklerine ilişkin bakışta değişikliği ve böylece de sistemin ve rejimin dönüşümünü amaçlar. Bunlar, adalet fikriyle birlikte cezalandırma ihtiyacının da değişeceği ve geçmişe etkili olarak sözünü geçireceği durumlardır. Geçmişe etkili olarak sözünü geçirecektir, zira fiilin gerçekleştiği tarihte hâkim olan adalet tasavvurunun yanlış ve bugün hâkim olan adalet anlayışının doğru olduğunu varsayar. Geçmişe uygulama yasağı, Federal Anayasa Mahkemesi içtihadında fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan hukukun, fiilin kovuşturulduğu ve yargılandığı dönemde hâkim olan adalet tasavvuruyla karşıtlık içinde olduğu yerde uygulanmadığında, yasağın geçmişe etkili bir cezalandırma isteğine, geçmişe etkili bir cezalandırma ihtiyacına karşı bir güvence olarak ihtiyaç duyulan uygulamasından mahrum bırakılmış olur. Bugünkü adalet anlayışının geçmiştekiyle aynı olduğu yerde, zaten geçmişe etkili herhangi bir cezalandırma ihtiyacı da yoktur; böyle bir ihtiyacı geçmişe uygulama yasağıyla karşılamak için bir neden de...

Federal Anayasa Mahkemesi'nin geçmişe uygulama yasağına yaklaşımı, söz konusu yasağın Uluslararası Nürnberg Mahkemesi'nin statüsü ve müttefiklerin çıkardığı 10 sayılı Denetleme Konseyi Yasağı aracılığıyla açıkça askıya alınmasını gereksiz görünür kılmakla kalmaz. Geçmişe uygulama yasağının nasyonal-sosyalist dönemde bütünüyle ortadan kaldırılışını, bundaki amaç nasyonal-sosyalist adalet tasavvurunun hâkim kılınmasıyla Weimar Cumhuriyeti'ndeki fiillerin Nazi Almanyası'nda Weimar Cumhuriyeti döneminde mümkün olduğundan daha kesin biçimde cezalandırılması

olduğu ölçüde, yeni bir ışık altında görmemize de neden olur¹⁷⁵. Nasyonal-sosyalist dönemde gerçekleşen daha kesin cezalandırma hali bizim adalet tasavvurumuza göre adaletsizlik olarak görünse de, geçmişe uygulama yasağının nasyonal-sosyalist dönemde ortadan kaldırılışı, Federal Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımının mantığı içinde adaletsizlik değildir; aksine söz konusu yasağın sistem ve rejim değişikliklerindeki göreceliğinin aslında gereksiz olarak tanınmasıdır, malumun ilamıdır.

Fiilin işlendiği tarihte ceza tehdidiyle karşılaşmış ya da karşılaşmamış olanların iyi ya da kötü niyetini sorgulamayan, fiili bugün kovuşturan ve yargılayanların niyetini de sorgulamayan, fiilin iyi ya da kötü niyetle mi işlendiğiyle de ilgilenmeyen, aynı zamanda cezalandırma ihtiyacının fiilin işlendiği tarihte yasa şeklini henüz kazanmamış olduğu hallerde, şimdiki cezalandırmanın adalete yararlı mı yoksa zararlı mı olacağını münferit olaylar üzerinden sorgulamayıp cezalandırmayı kategorik olarak yasaklayan geçmişe uygulama yasağı, şekilsellikte tanımlıdır. Tam da bu yüzden şekilci ve pozitivist değildir, pozitivist bir hukuk güvenliği anlayışının ifadesi olarak doğal hukukçu adalet tasavvurları ve cezalandırma ihtiyaçlarına karşı durmaz. Kendisi uyarınca dün hukuka itaat etmiş olan kişinin, bu itaati nedeniyle bugün ayıplanamayacağı hukuk güvenliği anlayışı da, bu anlayışın çatışma içinde olabileceği doğal hukukçu adalet tasavvurları ve cezalandırma ihtiyaçları gibi, hukukun ne olduğu ya da ne olması gerektiğine ilişkin içeriksel bir anlayıştır. Bu anlayış pozitivist değildir, pozitivistin konusu hiçbir şekilde itaat ve ödev ya da itaate ilişkin hukuk değildir.¹⁷⁶ Geçmişe uygulama yasağı, bir anayasal hukuk düzeninde pozitif hale getirilir ya da getirilmez ve bu keyfiyetlerden biri kadar diğeri de pozitivist bir yaklaşımla nitelenebilir. Pozitif hale getirildiğinde, *Lebenswelt*'in güvenilirliğini çok önemli bir noktada teminat altına

¹⁷⁵ Karşılaştırmak için bkz: Werle, s. 167, 348 f., 418 f., 696.

¹⁷⁶ H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1990, s. 182.

alır. Söz konusu olan davranışın cezalandırılması olduğu ölçüde, kişi, davranışın gerçekleştiği tarihte geçerli olduğu biçimiyle hukuka güvenebilmelidir. Ceza hukukuna ilişkin geçmişe uygulama yasağı, davranışın ahlaki açıdan doğru olduğu anlamına gelmez ve sonradan uygulanacak sosyal ve ekonomik yaptırımları dışlamadığı gibi mesleki ve kariyere ilişkin olumsuz sonuçları da dışlamaz. Yalnızca, geçmişteki *Lebenswelt*'e bundan böyle ceza hukuku eliyle dokunulamayacağı anlamına gelir.

VI.

Geçmişe uygulama yasağının geçerli olduğu yerde artık bir toplum, geçmişte kalanı, keskin bir araç olan ceza hukuku eliyle dışlama yoluyla kolektif biyografiyle uyumlaştıramaz; aksine uyumlaştırmayı başka bir yoldan gerçekleştirmesi gerekir; bunu yaparken de ceza hukuku eliyle dışlamanın başarıya ulaşamayacağı fikrini de kolektif biyografiyle uyumlaştırması... Bir toplum bunu yapmıyorsa ya da istemiyorsa, bu nasıl olacak? Ya geçmişte olup bitenler ancak ceza hukuku eliyle dışlama yoluyla uyumlaştırılması mümkün olacak denli korkunçsa?

Geçmişe uygulama yasağı, anayasal olarak güvence altına alınmıştır. Bu yasak, kanun yapma yetkisi olan yasakoyucu tarafından ortadan kaldırılamaz ya da değiştirilemez gerçi. Ama anayasayı değiştirme yetkisi olan yasakoyucu, bu yasağı ortadan kaldırmakta olmasa da değiştirmekte özgürdür. Bu konudaki tek sınırlama, Alman Anayasası'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında yer alır. Bu fıkra, insan haysiyetine değer verilmesi ve onun korunmasıyla (Alman Anayasası madde 1) yargının yasa ve hukukla bağlı olmasına (Alman Anayasası madde 20) ilişkin ilkelerle birlikte, her ne kadar geçmişe uygulama yasağının bütünüyle ortadan kaldırılmasına engelse de, yasağın değiştirilmesine karşı değildir¹⁷⁷. Geçmişe uy-

¹⁷⁷ Federal Anayasa Mahkemesi 30, I (24 ff.); karşılaştırmak için bkz.: Dreier, 433; Grünwald, 525; B. Schlink, "Das Abhör-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Staat* 1973, s. 85 (94 f.).

gulama yasağının, yargının ancak yasağın içini boşaltmak pahasına elde ettiği göreliliği, geçmişe uygulama yasağını açıkça nasyonal-sosyalist ve komünist suçların kovuşturulması için askıya alan bir anayasa değişikliği aracılığıyla, bu bedel ödenmeksizin de elde edilebilirdi.

Geçmişe etkili cezalandırmaya ilişkin soru, o zaman, yargı tarafından değil, yasakoyucu tarafından cevaplanması gereken bir soru olurdu - anayasayı değiştiren yasamanın faydalanacağı tartışma ve aleniyetle birlikte... Söz konusu soru o zaman, anayasayı değiştiren yasamanın konusu olarak bu tartışma ve aleniyeti de özellikle hak etmiş olurdu. Geçmişte olup bitmiş şeylerin geçmişe etkili olarak cezalandırılarak ve bu yolla toplum dışına itilerek mi yoksa başka bir şekilde mi kolektif biyografiyle uyumlaştırılacağına ilişkin soru, geçmişle baş etme konusunda büyük önem taşıyan bir sorudur.

Federal Cumhuriyet'in yargısının, bu sorunun cevaplandırılmasını yasakoyucuya bırakmayıp soruyu kendisinin cevaplamış olmasının birden çok nedeni olabilir. Birine göre, Nazi Almanyası'nın suçları o kadar korkunçtur ki, geçmişe etkili cezalandırmaya ilişkin soruya ancak tek bir cevap verilebilir gibi gözükmüştür; geçmişe etkili cezalandırmaya sonuç olarak karar verecek olan mahkemelerden önce, bu cevabı parlamentonun vermesini beklemek lüzumsuz bulunmuştur. Bir diğerine göre, Nazi Almanyası suçları için geçmişe uygulama yasağını yasakoyucu yerine görelileştiren yargı, yasakoyucunun takdirinin farkındadır. Hukuk gerçekten de her zaman doğal hukukçu biçimde yoğrulmuşsa, Nazi Almanyası'nda da söz konusu suçların hukuka uygun olarak ve aslında ceza hukuku eliyle kovuşturulmaları ve yargılanmaları mümkün olmamışsa, o zaman Nazi Almanyası'ndaki hukuk yanlış değildi; aksine aslında doğrudu ve yargı doğruyu uygulayamadıysa bunun nedeni nasyonal-sosyalist iktidar sahipleri eliyle engellenmiş olmasıydı. Öyleyse Nazi Almanyası'nda ceza takibi, takibat yasalarının oluşturulmasında da örneği görülmüş olduğu gibi, felce uğramıştı. Üçüncü olarak şu düşünüle-

bilir: Komünist geçmişe ilişkin olarak, ceza hukukundaki geçmişe uygulama yasağının zaten çoktan görelî hale gelmiş olması durumu, nasyonal-sosyalizmle komünizmi bir tutan totalitarizm tezinden daha büyük bir rol oynamıştır. Politik sistemleri, onların aynı, benzer ya da farklı totalitarizmlerini, *Unrechtstaat*¹⁷⁸ olarak aynı, benzer ya da farklı niteliklerini karşılaştırmak mahkemelerin işi değildir¹⁷⁹. Mahkemeler münferit fiillerle uğraşırlar ve bunu yaparken ceza hukukundaki geçmişe uygulama yasağına rağmen komünist fiilleri mahkûm etmek için, küçük değişikliklerle uygulayabilecekleri bir örnek bulmuşlardır. Bu örneği de uygulamışlardır.

Böylece geçmişe etkili cezalandırma aracılığıyla nasyonal-sosyalist ve komünist geçmişle baş etmeye yönelik olarak bir anayasal tartışma gerçekleşmemiş, buna ilişkin karar böyle bir tartışmanın ardından alınmamıştır. Bu şekilde hukuk, geçmişle baş etmeye yönelik özgül katkısından mahrum edilmiştir. Anayasa hukukundaki geçmişe uygulama yasağı güvencesiyle Anayasa, bu yasağı, geçmişe etkili cezalandırma aracılığıyla geçmişle baş etme hakkındaki sorunun sorulabileceği ve cevaplanabileceği bir alan, politik tartışmayla, politik alenilik içinde, politik aydınlanmaya yönelik olarak cevaplanacak özel önemde bir politik soru olarak ortaya koyar. Bu sorunun böyle sorulmamış ve cevaplanmamış olması, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin geçmişle baş etme süreci için bir kayıptır.

Çünkü tam da bu, hukukun geçmişle baş etmeye katkısıdır: Toplumun geçmişi inşa etme ve biyografiyle uyumlaştırma biçimi değil, toplumun insanın ve uyumlaştırmanın nasıl olacağını kararlaştır-

¹⁷⁸ Hukuk devleti olmayan devletler için kullanılan pejoratif isim. Hukuki olmaktan çok politik bir kavramdır (ç.n.).

¹⁷⁹ Karşılaştırmak için bkz: Federal Yargıtay, NJW 1993, 141 (144f.). Yine de burada da Federal Yüksek Mahkeme olayı şöyle görüyor: "Almanya iç sınırında insanların öldürülmesi, nasyonal-sosyalist katliamla aynı kefiye koyulamaz". Ancak şöyle devam ediyor: "Bununla birlikte, resmi görevde işlenmiş fiillerin değerlendirilmesinde, devletin, her ülkedeki genel kanaat uyarınca tâbi olduğu en dış sınırı aşmış olmamasına dikkat edilmelidir." Karşılaştırmak için bkz: B. Schlink, bu kitaptaki "Hukuk Devleti ve Devrimci Adalet" başlıklı bölüm.

tırma biçimi... Nitekim karar ne olursa olsun, hukuk önemli bir rol oynar; unutmama kültürlerinde unutmayı ve hatırlama kültürlerinde hatırlamayı destekler. Ama hukukun asıl başarısı, inşa ve uyumlaştırmanın biçimi konusundaki kararların alınmasındaki şekil ve usulün ortaya konulmasıdır. Bir gecede kafaları uçurarak değil, ceza davalarıyla, devrim mahkemelerinde görülen ceza davalarıyla değil, adli ceza davalarıyla, karar verme gücünün yargısal gaspıyla değil, yasakoyucunun kararları karşısında hukuk devleti ilkesi gereği gösterilmesi gereken saygı içinde yürütülen adli ceza davalarıyla, yasakoyucunun basit çoğunlukla değil, nitelikli çoğunlukla aldığı kararlarla toplum dışına itmek... Zira burada söz konusu olan anayasadır, yasakoyucunun anayasaya ilişkin kararlarıdır; bununla ilgili politik tartışma, alenilik ve aydınlanmadır ve bu politik tartışmada söz konusu olan geçmişin inşası ve biyografiyle uyumlaştırılmasıdır - bunlar hukukun değiştirdiği makaslardır. Hukukun geçmişle baş edilmesine özgül katkısı, hukuki şekil ve usullerdir. Bunlar hukukun genel olarak politik kültüre katkılarıdır.

Kamu Hukuku Biliminin Yas Tutma Beceriksizliği mi?

I.

4 Ekim 2000'de Alman Kamu Hukuku Öğretim Üyeleri Birliği, ilk defa nasyonal-sosyalizm dönemi Alman kamu hukuku öğretisini konu edindi. Sunulan her iki tebliğ de konuya ilişkin pek çok araştırmayı ve geniş bir literatürü ele almayı¹⁸⁰ ve güvenli bir zemin üstünde ılımlı bir resim sunmayı başarmıştı.

Söz konusu resim, anayasa ve anayasa organlarıyla hukuki şekillerin ve idari yargının anlam kaybını, devletle partinin yan yana ve karşı karşıya oluşunu ve bir olağanüstü yetkilendirilmiş kişiler, makamlar ve aygıtlar çokluğunu, egemenlik gücünün *Führer*'in iradesi ve buyruğunda toplanışını, hukuk terminolojisinin, Yahudilere karşı ayrımcılıkla Yahudilerin takip ve yok edilmesinin doğrulanmasına yarayacak biçimde nasyonalist ve ırkçı bir renk almasını, devlet tüzel kişisinden komünoteye, liberal hukuk devletinden nasyonal-sosyalist hukuk devletine ve nasyonalist *Führer* devletine, devlet ve toplum, toplum ve birey, hak ve hukuk, özel hukuk ve kamu hukuku karşıtlıklarından devletin, hareketin ve ulusun birliği, ulus ve ırkın birliği, önderin ve maiyetinin birliği

¹⁸⁰ Araştırmalar ve literatür, M. Stolleis tarafından bilimsel olarak ortaya koyulmuş ve değerlendirilmiştir. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3. Cilt, Münih, 1999, s. 246 ff.

formüllerine kavramsal geçişleri kapsar. Ama aynı zamanda bu resim, idare hukuku biliminin devletin icraat ve planlama aracılığıyla temel hizmetleri vermesi ile idare içindeki fiili süreçlere yönelmiş yeni ilgisinin modernize edilme potansiyelini ve hatta bir Avrupa devletler hukuku alanına dair nasyonal-sosyalist kavramlaştırmalar içinde, birleşmiş bir Avrupa ekonomisinin kanıtının ortaya çıkışını kapsar. Bu resme ayrıca, kamu hukuku biliminin yeni duruma kendini uyarlayışının ve bırakışının çeşitli tezahürleri dahildir: Suskunluğun ya da asıl meseleden uzak ve tehlikesiz konularla meşguliyetin yanında, sisteme çeşitli nitelik ve şiddetteki itaate daima, Weimar Cumhuriyeti'nin reddi içinde gelişmiş, liberallik, eşitlikçilik, parlamentarizm ve pozitivizm karşıtı bir heyecan eşlik eder. Bu itaat, kâh daha çok otoriter ve bunun yanında tamamıyla hukuk devleti ilkesiyle ve ahlaki olarak bağlı bir devlete duyulan muhafazakar özlem, kâh daha çok güç, ırk ve alana yönelmiş dırimselci bir istem, kâh daha çok oportünizm ve kariyer çabası tarafından desteklenmiştir. Son olarak da söz konusu resme, kamu hukuku bilimi araştırmalarına özgülünmüş kurumların, forumların ve yayınların gerileyişi, kamu hukuku bilimi öğretisinin gerileyişi, öğretim üyesi ve öğrenci sayısının gerileyişi dahildir.¹⁸¹ Özerklik iddiasındaki sivil bilim geleneği içinde yer alan kamu hukuku bilimi ve buna uygun olarak hukukçu yetiştirmeye nasyonal-sosyalist devlet zerre kadar ilgilenmiyordu; onun için tek önemli olan, yürürlükteki hukukun pratik olarak etkili, politik olarak da işlevselleştirilmiş biçimde uygulanmasıydı.

Alman Kamu Hukuku Öğretim Üyeleri Birliği de o zamanlar gerilemiş ve sonunda ortadan kalkmıştı.¹⁸² Önceleri vaziyet karmaşıktı, derken Yahudi meslektaşlarla münasebet sakıncalı olmaya başladı; sonrasında üyeler, Birlik'in geleceği konusunda fikir birliğine varamadılar, sonra da nasyonal- sosyalist bir kuruluş tarafından

¹⁸¹ Karşılaştırmak için bkz: 1933'teki darbeye Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi örneği. A.-M. v. Lösch, *Der nackte Geist*, Tübingen 1999.

¹⁸² Karşılaştırmak için bkz: Stolleis, s. 311 ff.

devralınması söz konusu oldu. Birlik her şeye rağmen böyle bir sonuçtan sakınmayı tercih etti ve faaliyetini durdurmak yoluyla bu tehlikeyi savuşturdu. Nitekim 1931’de seçilmiş olan yürütme kurulunun başkanı, 1938’de Birlik’i feshetti. Birlik, 1949’da yeniden kuruldu.

Bu tarihten beri, Alman, Avusturya ve öğretim dili Almanca olan İsviçre üniversitelerinde kamu hukuku dersi veren neredeyse tüm profesörler ve doçentler bu birliğe üyedir. Birliğe alınmak için önerilmemek veya öneriye rağmen alınmamak, kişinin kariyerine zarar verebilir. Yıllık kongrede bildiri sunmak için davet edilmenin ve derli toplu bir bildiri sunmanın kişinin kariyerine faydası vardır. Yıllık kongrelerin konuları -her defasında biri anayasa hukukuna, diğeri ise idare hukukuna yöneliktir- kamu hukuku biliminin o sıralarda hangi sorunlarla özellikle meşgul olduğunu yansıtır; bunlar bazen daha çok pratik açıdan önemli ya da politik olarak aktüel, kimi zamansa daha dogmatik ve kuramsal konular olmuştur. Seçilen konular aynı zamanda, toplumu o sıralarda en çok neyin meşgul ettiğinin de aynasıdır. Birlik, kongre konuları hakkında çekimser davranmamış, örneğin 1969’da öğrencilerin üniversitedeki durumu, 1973’te yabancıların ülkedeki konumu, 1979’da anayasaya sadakat ve kamu hizmeti, 1990’da Berlin Duvarı’nın çöküşünden sonra Almanya’nın anayasal durumu ve 1991’de Demokratik Almanya Cumhuriyeti geçmişinin hukuk devleti ilkesi çerçevesinde tamamlanıp geride bırakılması konularını görüşmüş ve Avrupa’nın bütünleşmesi sorunu da görüşmelere her daim eşlik etmiştir. İçerik olarak kongrelerin ana fikri, tartışılması zor tezlerle uğraşmaktan çok, konuya ilişkin geniş bir panorama sağlamak, yenileme yerine muhafaza etmek üzerine kuruludur ve sunumlarla bildirilen görüşlerin seyrinde katı bir ritüel hakimdir. Bu, Alman kamu hukuku biliminin kendi içindeki uyumluluğuna denk düşer ve abartmaksızın Birlik’ten, Alman kamu hukukunun cisimleşmiş hali olarak söz edilebilmesine olanak tanır.

II.

Alman Kamu Hukuku Öğretim Üyeleri Birliği'nin süreli yayınının 60. sayısında, nasyonal-sosyalizm dönemindeki Alman kamu hukukuna ilişkin her iki sunum ve bildirilen görüşler yayımlanmıştır.¹⁸³ Sunumlar o denli özenli biçimde bilgi veriyorlar ve o denli inandırıcı biçimde olguları analiz ediyorlar ki, söz konusu yıllık toplantıda göz alıcı ve rahatsız edici olan nokta, sunum metinlerini okurken, bildirilen görüşlerin yer aldığı bölümün okunması sırasında olduğundan daha az kendini gösteriyor.

Sunum yapanlara teşekkür etmek, her söz alındığında karşılaşılan bir adettir. 4 Ekim 2000'de bildirilen görüşlerdeyse teşekkürün özel bir rengi vardı, sunumu yapan kişinin konuyu bu denli açık ve tüm yükünden azade biçimde işlemiş ve yürütme kurulunun da daha en başta konuyu programa eklemiş olma cesareti göstermiş olması övülüyordu.¹⁸⁴ Gerçi tek bir kez, Birlik'in onlarca yıl konuyu gündeme getirme cesareti göstermemiş olmasından şikâyet edildi.¹⁸⁵ Ama cesaretin övülmesi ve bunun için duyulan şükran ağır bastı. Neden? Bir konuyu olaydan 55 yıl sonra ve yakın bilim dalları çok uzun zaman önce söz konusu sorunu ele almışken gündeme getirmekte, ne yeni ne provoke edici ne de tartışmalı bir resmin sunumunda bu denli cesaret gerektiren neydi?

Sitayişle karşılanan sadece yönetim kurulunun ve sunum yapanların cesareti değildi. Bunun yanında sunum yapanların, Alman kamu hukukunun oynadığı rolü ahlaki olarak ve Alman kamu hukuku öğretim üyelerinin nasyonal-sosyalizm döneminde işledikleri suçları genel olarak tartışmaya açmamış olmaları da övgüyle

¹⁸³ H. Dreier/W. Pauly, "Die deutschen Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus", VVDStRL 60, 2001, s. 9, 73; "Aussprache", s. 106.

¹⁸⁴ E.-W. Böckenförde, "Aussprache", s. 124; H. Hohmann, "Aussprache", s. 133 f.; M. Stolleis, "Aussprache", s. 108; H. F. Zacher, "Aussprache", s. 131 f.

¹⁸⁵ H.-W. Bayer, "Aussprache", s. 123 f.

karşılanmıştı.¹⁸⁶ Bu sitayiş de rahatsız edici. Ahlaki soru, hangi davranışın doğru hangisinin yanlış olduğuna ilişkin sorudur ve suça ilişkin soruysa sorumluluğun yerine getirilip getirilmediğine ilişkin sorudur. Nasyonal-sosyalizm dönemine ilişkin özel ilgi tam da bu sebepten kaynaklanmıyor mu? O dönemdeki doğru ve yanlış davranışa ilişkin sorular, daha az zor olan bizim zamanımız için de aydınlatıcı olan bir tarzda keskinleşmiş olduğundan değil mi bu ilgi? Kamu hukuku biliminin *proprium*¹⁸⁷ una ve kamu hukuku öğretim üyelerinin nasyonal-sosyalizm dönemindeki ödevleri ve sorumluluklarına ilişkin sorular da aydınlatıcı ve bugünkü öz-sorgulamayla öz-güveni ilgilendiren biçimde gündeme gelmiyor mu? Ahlaki ve suça ilişkin sorudan kaçınmaya övgü, rahatsız edicidir. Bunu övgüyle karşılayanların bizzat kendilerinin sorumluluğuna ilişkin soruyu ihmal aleyhine ve tüm gözlerin ihanete uğratılması ve muhafaza edilmesi gereken hukuk kültürünün karşı karşıya olduğu o zamanki tehlikelerden bugünlere çevrilmesi lehine konuşmalarından çok daha rahatsız edici¹⁸⁸... Burada, bir yönüyle suça diğer yönüyle sorumluluğa ilişkin soruyla, bir yanıyla ahlaki diğer yanıyla hukuk kültürüne özgü yükümlülük arasında, hangi bıçak sırtında tanıtılma yapılmaktadır?

Ahlaki ve suça ilişkin soruların sorulması aleyhine olan tanıtılma, bildirilen görüşlerin *cantus firmus*'u¹⁸⁹ karşısında büsbütün rahatsız edici hale gelir. Sunumlarda zaten konu edilmiş olduğu gibi, bu ağızbirliği, nasyonal-sosyalizm döneminde aslında bir Alman kamu hukuku öğretisinin var olmadığını ortaya koyar. Buna göre, kamu hukuku öğretisi zorunlu dayanak olarak hukuken bağlı bir devletsellik şart koşar ve o zamanlar hukuken bağlı bir devletsellik söz konusu olmadığından bir kamu hukuku öğretisi de mevcut

¹⁸⁶ Böckenförde, s. 124 f.; Stolleis, s. 108 f.

¹⁸⁷ “Bir şeye ait kendine özgümlük” anlamına gelen Latince sözcük (ç.n.).

¹⁸⁸ Böckenförde, s. 126; Stolleis, s. 108.

¹⁸⁹ Çok sesli bir kompozisyonun temelini oluşturan melodi (ç.n.).

değildir.¹⁹⁰ Bu doğruysa, aslında o zamanlar Alman kamu hukuku öğretim üyeleri de mevcut değildi. Kamu hukuku bilimi olmaksızın nasıl kamu hukuku öğretim üyeleri olabilir ki? Bu durumda o zamanlar yanlış bir kamu hukuku öğretisi etiketi altında kendileri tarafından aslında yanlış bir şekilde kamu hukuku öğretim üyeleri olarak adlandırılan kişiler tarafından yürütülen şeylerin muhakeme edilmesine yönelik hukuki ve hukuk bilimine ilişkin ölçütler anlamını kaybeder ve geriye sadece ahlaksal olanlar kalır. Ya da o zamanlar gerçekleşenler muhakeme edilmemelidir de sadece bunların tarihsel olarak kaydı mı tutulmalıdır? Ama durum buysa, neden bunun için 50 yılın üzerinde bir zamana ve özel bir cesarete ihtiyaç duyulsun?

III.

Bildirilen görüşlerin tutarsızlıkları, Federal Almanya Cumhuriyeti hukuk biliminin ortaya çıkışını ve nasyonal- sosyalizm dönemindeki hukuk bilimiyle başa çıkmayı öğrenişini imleyen belirtilere baktığımızda çözümlerir. Başlangıçtan itibaren bu başa çıkış, eski hukuk biliminden kopuş ve onunla devamlılığın belirtilerinde aynı anda söz konusu olmuştur: İçeriklerle ilgili olan şeyler kopuşun imlenmesinde ve kişilerle ilgili olan şeyler devamlılığın imlenmesinde¹⁹¹... Ellili yıllardaki pozitivizm eleştirisi ve doğal hukuk rönesansı¹⁹², altmışlardaki sınırsız yorumu getirilen eleştiri¹⁹³, sek-

¹⁹⁰ U. Battis, "Aussprache", s. 117; Dreier, 59ff.; E. Klein, "Aussprache", s. 128; J. Lege, "Aussprache", s. 136; O. Lepsius, "Aussprache", s. 134; Pauly, s. 74f, 101; H. Schiedermaier, "Aussprache", s. 119; C. Tomuschat, "Aussprache", s. 112.

¹⁹¹ Karşılaştırmak için bkz: B. v. Bülow, *Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit*, Berlin 1996, s. 187f.; M. Stolleis, "Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", KritV 1997,339 (346ff.).

¹⁹² Ellili yıllardan temsili metinler şu kaynakta bulunabilir: W. Maihofer (Der.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1962; karşılaştırmak için ayrıca bkz: K. Kühl, "Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg", *Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Freundesgabe Alfred Söllner zum 60. Geburtstag am 5. 2. 1990* (Der. G. Köbler, M. Heinze, J. Schapp), Gießen 1990, s. 331.

¹⁹³ B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen 1968; M. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974; karşılaştırmak için ayrıca bkz: O. Lepsius, *Die gegensatzauflösende Begriffsbildung*, Münih 1994.

senlerdeki pozitivizmin demokrasi ve hukuk devletiyle ilgisinin keşfi¹⁹⁴, Federal Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya ilişkin içtihatlarındaki nasyonal-sosyalist *Unrecht* rejimiyle olan deneyimlere yapılan göndermeler¹⁹⁵ - hukukun ve hukuk biliminin nasyonal-sosyalist içeriklerinden kopmak gerektiği konusunda Almanya'daki hukuk bilimi çevresinde konsensüs vardı ve hâlâ da var. Bununla birlikte, ellilerle altmışlarda, yetmişli yıllara kadar ders vermiş olan çoğu hukuk bilimcisinin bilimsel kariyerleri nasyonal-sosyalizm döneminde başlamış ve ilerlemişti. Bu kişiler, o dönemde varolan duruma angaje olmuşlar ve kendilerini açık etmişlerdi.

İçeriksel kopma ve kişisel devamlılık... İkisini birden imleyen belirtiyle hesaplaşmak için bir olasılık, kopuşun kişilerin öz-algı ve kendilerini ortaya koyuşlarıyla uyumlaştırılması olabilirdi; bu kişiler kendilerini değişmiş ve ıslah edilmiş olarak kavrayabilir ve sunabilirlerdi. Ama bu pratik ve uygulanmış bir olasılık olmaktan çok, teorik bir olasılıktı. Yanılmış ve yanlış davranmış olmak, suçlu olmak, anlayış gösterilmeye ve hatta affedilmeye ihtiyaç duy-mak, yeniden başlamak zorunda olmak - bunlar kimse için kolay değildir ve ister yargıda, ister idarede, ister bilim alanında olsun, memur hukukçular için özellikle zordur. Bu kişiler imaj olarak hukukun bekçileri ve koruyucularıdır; konunun politik olmayan hizmetkârları, bağımsızlık ve göreve sadakat erdemlerine sahip olma ödevini taşıyan memurlardır¹⁹⁶. İnsanın kötü ve zor deneyimler de dahil olmak üzere deneyimlerinden ders çıkarması ve böylece ba-

¹⁹⁴ Karşılaştırmak için bkz: N. Achterberg, "Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratietheoretischer Sicht", *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (Der. W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller), Berlin 1982, s. 133 (134f., 147); D. Grimm, "Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen", a.g.e., s. 149; H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1986, s. 278ff.

¹⁹⁵ Örnek olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi 5, 85 (138); 67, 213 (224); 80, 244 (253).

¹⁹⁶ Karşılaştırmak için özellikle bkz: H. Treiber, "Juristische Lebensläufe", KJ 1979, s. 22; ayrıca bkz: A. Görliitz, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Neuwied/Berlin 1970, s. 245f.; W. O. Weyrauch, *Zum Gesellschaftsbild des Juristen. Eine vergleichende Studie über die subjektiven Faktoren im Recht*, Neuwied/Berlin 1970, s. 319f.; tarihsel olarak bkz: R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt/M. 1986, s. 280ff.

kış açısını geliştirmesi, bu imaj ile bağdaşır. Hukuka ihanet etmenin, siyaseti yozlaştırmanın ve memur hukukçunun sahip olması gereken erdemlere ilişkin sorumluluktan dönmeninse bu imajla bağdaşması mümkün değildir. Kopuşun öz-algı ve kendini ortaya koyuşla uyumlaştırılması, gelenekselleşmiş, değer verilen, itina gösterilen bu imaja zarar verirdi.

Çifte belirtiyile hesaplaşmaya ilişkin bir başka ve bu sefer pratik ve uygulanmış olasılık, nasyonal-sosyalizm dönemini suça bulaşmışlık dönemi veya kader dönemi olarak kabul etmeyi gelenekselleştirmekten ibaretti; yani onun korkunç baskısı altında kişilerin artık eyleyen değil, kandırılan ve kötüye kullanılan oldukları karanlık bir dönem olarak¹⁹⁷. Buna göre bu kişiler aslında içten içe kendi imajlarına sadık kalmışlardır, bu imajı dışsal olarak da muhafaza etmeye ve fiilen göstermeye bu karanlık dönemin korkunç baskısı ya hiç izin vermezdi ya da sınırlı veya yalnızca gizli saklı bu mümkün olabilirdi. İktidarın mutlak ve bütünsel yaygınlığını göklere çıkarmakla, devleti partiye karşı güçlendirmek ve iktidarın kontrolsüz artışı ve keyfiyetine ilişkin hukuksal yaldızlamalarıyla, iktidarı hukuki şekillere uymaya zorlamak ve bu yolla onu gemlemek istemiş olmalıydılar. En kötü ihtimalle başlangıçta gidişatın heyecanı onlara da bulaşmış olmalıydı ve bir süre iktidar sahiplerinin tertiplerine karışmışlardı. Doğum günleri, ölüm yıldönümleri, armağan ve anma kitapları vesilesiyle gösterilen takdirler, bu stratejiyi hep yeniden tekrar ederler¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Karşılaştırmak için bkz: Treiber, s. 36ff.

¹⁹⁸ Karşılaştırmak için bkz: Treiber; H. Renk, M. Sudhof, "Herzlichen Glückwunsch", KJ 1988, s. 448; bunun yanında H. H. Klein, "Zum 10. Todestag von Ernst Forsthoff", DÖV 1984, s. 675 ("[...] kısa ama kısa olduğu ölçüde vahim bir süre bu tehlikenin [artan yönünü kaybetme tehlikesinin] kurbanı olmuştur [...]"); P. Lerche, "Theodor Maunz", AÖR 1994, s. 156 ("[...] nasyonal-sosyalist dönemin hukuk düzenine ilişkin kendisinin o dönemki düşüncelerinin [...] görevinden edilmesine nasıl sebep olduğunu yaşamak zorunda kaldı [...]"); R. Mußgnug, "Nachruf Ernst Rudolf Huber", DÖV 1991, s. 243 ("[...] gençlik yıllarında [Alman tarihinin] suçlarına da bulaşmıştır [...]"); T. Opperman, "Herbert Krüger 1905-1989", AÖR 1990, s. 310 ("[...] kendi neslinden bazıları gibi Krüger de bir süre için nasyonal-sosyalizmin göz kamaştırıcı dış görünümünün ve eski nasyonal gerekleri görünüşte yerine getirmesinin onu baştan çıkarmasına izin vermişti [...] o zor ve karanlık dönem [...]"); T. Opperman, "Hans Peter Ipsen", JZ 1998, s. 450 ("[...] mesleki kariyerinin başında Ipsen dönemin koşullarıyla uzlaşmak zorunda kalmıştır [...]"); W. v.

Bu o kadar tabii hale geldi ki, bunu bu şekilde yerine getirmemek ve benimsemek yakışıksız bir durum olarak algılanıyordu. Hocam Ernst-Wolfgang Böckenförde'nin yetmişli yıllarda Freiburg'da düzenlediği ve Weimar Cumhuriyeti'nin son yıllarına ayrılmış oturumuna Ernst Rudolf Huber'i davet ettiği, "Weimar Cumhuriyeti'nde kamu hukuku ve kamu hukuku bilimi" konulu bir seminer hatırlıyorum. Ve bir öğrencinin misafir hocaya nasıl doğrudan 1933'ten önce ve sonra yazdıkları konusunda bugün nerede durduğunu sormuş ve bunlardan alıntılar sunmuş olduğunu hatırlıyorum. Tek içerlemiş olan Huber ve tek mahcup olan Böckenförde değildi o gün, biz de seminer katılımcıları olarak yakışıksız bir durum karşısındaymışız gibi feci şekilde rencide olmuştuk. Gerçi çoğumuz nasyonal-sosyalizm zamanındaki kamu hukuku bilimi üstüne ayrıntılı biçimde çalışmış insanlardık, Huber'in kim olduğunu ve yazdıklarını biliyorduk. Ama orada söz konusu olan içeriklerdi, kişinin kendisi değil. O kişi karşımızda oturuyordu o an: Yaşlı bir beyefendi, bilgili olduğu her halinden belli, sorularımıza verdiği cevaplarda ölçülü ve nazik. Biz yalnızca, öğrenci veya asistan, seminer katılımcılarıydık; Huber'in ne doktorasını yapmakta olan ne de doçentliğe hazırlanan öğrencileriydik, onun öğrencileri veya asistanları bile değildik. Kişisel bilimsel bir ilişkinin var olduğu yerde, kim bilir yerinde davranışa ilişkin bu sınır nasıl da etkili, engelleyici ve koruyucu biçimde işliyordu!

Alman Kamu Hukuku Öğretim Üyeleri Birliği'nin yıllık kongresinde söz aldıklarında ahlaki ve suça ilişkin soruyu yöneltmemiş oldukları için övülmelerini, konuşmacılar, yerinde davranışa ilişkin sınırın bu etkisine borçludurlar. Ahlaki ve suça ilişkin soru, *ad personam* işler ve *ad personam* tanıtılma yakışıksız bir hareket olurdu. Buna karşılık, sorumluluk, hukuk kültürü ve bunlara yönelik

Simson, "Ernst Rudolf Huber", NJW 1991, s. 893 ("[...] böylece o [Hitler], boşlukta kaybolmuş iyi ve umutlu insanları, daha iyi, daha üstün, tarihsel olarak en büyük olmaya yetkin bir dünya hayaliyle baştan çıkarmayı başardı [...]"); karşılaştırmak için ayrıca bkz: B. Rüthers, "Geschönte Geschichte - geschönte Biographien", NJW 2000, s. 2402.

riskler hakkında *ad rem* tanıtlama yapılabilirdi. Konuşmacılar içeriklerin mahkûm edilmesiyle kişilerin korunması arasındaki bıçak sırtında gayet mahir biçimde hareket etmişler ve içeriksel kopma ile kişisel devamlılığın çifte belirtisini tehlikeye atmamışlardır.

Bundan dolayı konuşmacılar ve ayrıca yönetim kurulu da cesaretlerinden dolayı övüldüler. Aynı zamanda yerinde davranışa ilişkin sınırı da işaretleyen o bıçak sırtında hareket etmek başaramayabilirdi. Bir bilim ocağı olmaktan çok, birçok kişisel ilişkinin oluşturduğu bir ağ gibi işleyen bir bilim insanı pazarı olan Alman Kamu Hukuku Öğretim Üyeleri Birliği, yakışksızlık karşısında, sözü edilmiş olan seminerdekinden daha fazla tahammül gösteremedi. Gerçekten de nasyonal-sosyalizm döneminden çoğu Alman kamu hukuku öğretim üyesinin bu arada ölmüş olması, konuşmacıları *ad personam* dikkat etmeme çabasına yöneltebilirdi. Yerinde davranışa ilişkin sınırın ölümle beraber etki etmeyi bırakmadığı, aksine ölü kişiler olarak hatırlanmaya devam ettikleri sürece etki etmeye devam edeceği gerçeğini göz ardı edebilirlerdi. Ya da tam aksine kişilerin devamlılığına saygıdan dolayı kopuşu içeriklerde belirsiz biçimde anlatabilirlerdi. Bunların hepsi, yüzleşilmesi cesaret gerektiren risklerdi.

Sunumlardan sonra söz alanlar, içeriksel kopma ve kişisel devamlılığın uzlaşması için suça bulaşmışlık veya kader dönemine ilişkin söylemi, o karanlık yıllara ilişkin söylemi neredeyse hiç kullanmamışlardır. İlk olarak, bu söylem gülünçlük derecesinde aşınmıştır; ikinci olarak ise bu söylem kulağa makul gelen bir halef bulmuştur. Nasyonal-sosyalist dönem, Alman kamu hukuku öğretisi için karanlık bir dönem olmaktan bir yok döneme, hukuken bağlı devletsellik bulunmadığından dolayı bir kamu hukuku öğretisinin de varolmadığı bir döneme dönüşmüştür. O dönemde bir kamu hukuku öğretisi yok idiyse, o zaman kamu hukuku öğretim üyelerinin bir ölçüde mola vermiş oldukları söylenebilirdi. Bazıları için bu, kıyıda köşede kalmış konularla meşgul olma dönemi idi; diğerle-

ri içinde bir delalet dönemi. İçeriksel kopma ve kişisel devamlılık böyle de birbiriyle uzlaşabilmiştir; devamlılık, bunlar o dönemde gerçekten de var oldukları ölçüde, kamu hukuku öğretisi ve kamu hukuku öğretim üyeleri için muhafaza edilmiştir. Nasyonal-sosyalist dönemi kamu hukuku öğretisinin yok dönemi ve kamu hukuku öğretim üyelerinin mola dönemi olarak anlatan kopma, aynı zamanda aşılması en zor engebelerdendir.

Doğrusu, “yok dönemi” ve “mola dönemi” söylemi, seleflerinden daha inandırıcı değildir. Çünkü Alman geleneğinde devletin hukuki olarak ele alınması, devletin hukuki bağılıklarını ve sınırlamalarını öngörmemiş, aksine inşa etmiştir. İnşa etmek de zorundaydı; çünkü Almanya’da tarihsel ve teorik olarak devlet, anayasadan ve onun hukuki bağılıkları ve sınırlamalarından önce geliyordu.¹⁹⁹ Ancak Federal Almanya Anayasası altında devlet Anayasa aracılığıyla inşa edilmiş, yalnızca hukuki bağılıkları ve sınırlamaları içinde varolan bir şey olarak düşünülmüştür. Ancak bu Anayasa’nın devlet ve anayasa anlayışı altında ve onun geçmişe projeksiyonu içinde, kamu hukuku öğretisi ve öğretim üyelerinin yok ve mola dönemlerine ilişkin söylem, görünüşte bir inandırıcılık kazanır.

Söz alanlar tarafından kimi zaman bugünkü hukukçuların suça bulaşmaya ve hatalara karşı koyma kabiliyetlerinin nasıl güçlendirilebileceği sorusu sorulmuştur ve hukuk tarihi ve hukuk felsefesiyle uğraşmaları önerilmiştir.²⁰⁰ Veya hukuk kültürüne yönelmiş bugünkü risklerin neler olduğu sorulmuştur, herkesin bunları sayabileceği yönünde üstü kapalı bir cevap verilmiştir ama hiçbir şey

¹⁹⁹ Karşılaştırmak için bkz: G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1922, s. 364ff.; A. Köttgen, “Nation und Staat”, *Blätter für deutsche Philosophie*, 1931, s. 190, 194ff.; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, s. 4ff.; Anayasanın koşulu olarak devlet hakkında daha sonra ayrıca E.-W. Böckenförde, “Begriffe und Probleme des Verfassungsstaates”, *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt/M. 1999, s. 127, 135ff.; C. Möllers, *Staat als Argument*, Münih 2000, s. 256ff.; J. Isensee, “Staat und Verfassung”, *Handbuch des Staatsrechts* (Der. J. Isensee, P. Kirchhof), 1. Cilt, Heidelberg 1987; H. Krüger, “Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen”, *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag* (Der. H. Ehmke ve diğerleri), Berlin 1973, s. 285 (293ff.).

²⁰⁰ R. Gröschner, “Aussprache”, s. 113.

önerilmemiştir.²⁰¹ Veyahut hukukun araçsallaştırılma biçimleriyle kamu hukuku ve kamu hukuku öğretisinin kendilerinden beslendiği değerlerin normatif temellendirilmesinden vazgeçilmesine karşı uyarıda bulunulmuştur.²⁰² Hepsinde nasyonal-sosyalizm dönemi, kamu hukuku öğretisi ve kamu hukuku öğretim üyelerinin yok dönemi olarak ele alınmıştır. Sadece bir kere, çoğu zaman bunu bilmeden ve istemeden, bir biçimde o dönemdeki düşünceyi devam ettirdiğimizden söz edildi.²⁰³ Ve bir kere de kamu hukuku öğretisi ve öğretim üyelerinin o zamanki rolü ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin haber kaynağı olarak bugünkü rolü birbirleriyle bağlantılandırıldı ve kamu hukuku öğretim üyelerinin hangi ölçüde bir etkiye, geri planda bir güce ve şekillendirme iktidarına sahip oldukları soruldu.²⁰⁴

IV.

Bu, başarıya ulaşmış bir tarihselleştirme midir? Her iki sunumun ortaya koydukları tarihsel olarak doğrudur ve söz alanlar buraya kadar nakletmiş olduklarımın yanı sıra son derece ilginç, tarihsel açıdan aynı ölçüde doğru bazı ayrıntıları meydana çıkarmışlardır. Alman nasyonal-sosyalizmi dönemindeki Alman kamu hukuku öğretisi hakkında konuşmanın tabu olduğu zamanlar²⁰⁵ çoktan geride kaldı; bugün her şey okunabilir, her şey araştırılabilir, her şey yazılabilir. Aynı zamanda, yerinde davranışa ilişkin bir sınırın var olması ve gözetilmesi - buna karşı ne söylenebilir ki...

Geçmişin neden olduğu her travmanın ve her geçmişle baş etme deneyiminin sonunda, karşımıza tarihselleştirme çıkar. Tarih-

²⁰¹ Böckenförde, s. 126.

²⁰² H.-U. Gallwas, "Aussprache", s. 127; Hohmann, s. 134; Lege, s. 137.

²⁰³ M. Bullinger, "Aussprache", s. 123.

²⁰⁴ G. F. Schuppert, "Aussprache", s. 114f.

²⁰⁵ Altmışlı yıllarda Heidelberg'de öğretim gördüğüm döneme ilişkin anılarım arasında, içinde 1933-1945 yılları arasında kaleme alınmış hukuk bilimi literatürünün kilitli tutulduğu ve ancak bir profesörün özel izniyle içinden kitap alınabilen fakülte kütüphanesindeki dolap da var. Ona "zehir dolabı" denirdi.

sel çalışma, araştırma sonuçlarını güvenilir biçimde ortaya koyduğunda ve analizlerini eleştiriye açık şekilde sunduğunda, söz konusu olan başarılı bir tarihselleştirme değildir. Nasyonal- sosyalizm dönemindeki Alman kamu hukuku öğretisi üzerine yapılan tarihsel çalışmaların sonuçları, bu esnada tüm genişliği ve derinliğiyle güvenilir biçimde ortaya konulduğuna ve eleştiriye açık şekilde sunulduğuna göre, nasyonal-sosyalizm döneminin neden olduğu travma ile kamu hukuku bilimi içinde baş etme deneyimi başarılı bir sonuca ulaşmış mıdır?

Belki Alman kamu hukuku bilimi nasyonal-sosyalist geçmişinden gerçekten de kurtulmuştur. O zaman bu, Alexander ve Magarete Mitscherlich'e kadar geriye giden²⁰⁶ ve en son Gesine Schwan tarafından ele alınmış olan²⁰⁷, “travmatik geçmişle baş edilmesinde yas tutmanın gerekliliği” tezinin yanlış olduğu konusunda önemli bir emaredir. Çünkü Alman kamu hukuku öğretisi kesinlikle travmatik geçmişi için yas tutmamıştır, hatta onu travmatik olarak algıladığını söylemek bile zordur. Diğer yandan bu tez doğruysa, o zaman yas tutmanın ihmal edilmesi bir bedele mal olmuş olmalıdır. Schwan tam da geçmiş için yas tutmanın ihmal edilmesine, bu arada geçmişin hatırlandığı zaman bile bastırılmasına yıkıcı bir güç atfeder. Alman kamu hukuku kendini tahrip ederek mi bedel ödemiştir? Ve kamu hukuku bilimi tarihi yas tutma aşamasını atlayarak bir şans mı kaçırmıştır?

Mitscherlich'in kitabı bu gözle yeniden okunduğunda, yazarın ihtiyatı göze çarpar. Gözlemleri, incelemeleri ve ifade tarzı bir tekrar hissi yaratıyor değil; kitabın, çoğu Almanın nasyonal-sosyalizm dönemini retrospektif olarak bir bulaşıcı hastalık gibi deneyimlediğine ilişkin tespiti²⁰⁸, yıllık kongrede söz alanların nasyonal-sosyalizmden bir tür “hukukun HIV kapması” olarak söz etmesi kar-

²⁰⁶ A. ve M. Mitscherlich, *Die Unfähigkeit zu trauern*, Münih 1998.

²⁰⁷ G. Schwan, *Politik und Schuld*, Frankfurt/M. 1997.

²⁰⁸ Mitscherlich, s. 58.

şısında²⁰⁹ kulağa hâlâ güncel geliyor. Ama kitabın tezi, başlığının atasözü haline gelmiş olması keyfiyetinin sezdirdiklerine nazaran daha az cesurdur. “Hatırlamak ve yas tutmak mümkündü ve zorunluydu” tezi, ileri sürülmesi o denli kolay bir tez değildir. Burada daha çok Nazi geçmişinin gerçekliğinden ve duygu yükünden arındırılması, kolektif depresyona bir alternatif olarak görünüyor. Nazi geçmişinde vuku bulmuş olan şeylerin, o geçmişte yapılmış veya yapılmamış olan şeylerin ve başkalarının bunlardan zarar görmek zorunda kalmış olmalarının gerçekliğine duygusal olarak karşı durmak, çok derin bir ümitsizliğe sürükleyici bir öz-değer kaybı anlamına gelebilirdi. Bundan bilinç dışına itme yoluyla kaçınılmıştır ve yeniden inşa ve ekonomik büyüme için deli gibi çalışmak bilinç dışına itmeye yardımcı olmuştur. Kitap, o noktada artık yalnızca biyolojik kendini koruma güdüsünün yardım edebileceği bir ıztırar halinden bahseder: “Zaman yaraları iyileştirmekle kalmaz, faillerin de ölmesine izin verir”²¹⁰.

Yas tutmak için gerçekten de bir olasılığın varolmuş olup olmadığı ve hâlâ varolup olmadığı sorusunu Alexander ve Margarete Mitscherlich, yine son derece dikkatle sorarlar ve olumlu cevaplarlar. Dikkatle, çünkü yazarlar yas tutma beceriksizliğinin köklerinin, ideallerini ve onların vücut buluşlarını sevmeye biçiminde kendini gösteren Alman tarzının derinlerinde bulunduğunu düşünürler. Ve yas tutma kişinin kendisine karşı soğukkanlılık göstermesini, başkalarını tanıyıp kabul etmesini ve başkası için empati göstermesini şart koştuğundan, yas tutmak dışında her şey kişiye kolay gelir. Yas tutmanın ve dert ortaklığının işlememesinin bedelinin belki gerçekten de ödenmesi gerekiyordu: Psikolojik felç, aslında hukuksal bir konuyla ilgili olmayan yerlerde hukuksal durum ve talepler üzerinde ısrar etmek, toplumun gerçek sorunları karşısında körlük ve bu sorunları yaratıcı biçimde çözmek konusunda yeteneksizlik. Yazarlara göre, tüm bunlar nedeniyle toplumumuzun sorunlarına yaratıcı bir çözüm, temelini, başka-

²⁰⁹ B.-C. Funk, “Aussprache”, s. 133.

²¹⁰ Mitscherlich, s. 58.

larının anılarına ve duygularına gösterilen empatiye dayanan hukuksal yapıların kararlılığı yerine, empatiye dayanan öngörünün ahlakında bulmak zorunda kalmıştır...²¹¹ Schwan susmanın, inkâr etmenin ve bastırmanın bedelini tasvir etmekte belki daha özenli değilse bile daha ayrıntıcıdır. O da aile ve toplum içinde, vatandaşlar arasında, kuşaklar arasında, yabancılar karşısında, kendini başkasının yerine koyarak bir-biriyle ilişki içinde olmanın yokluğunu hisseder ve bundan demokrasi ve liberallik adına tehlikelerin büyümekte olduğunu görür.

Bu doğru mudur? Ve bu kamu hukuku bilimi açısından doğru mudur? Bunu hiçbir zaman bilemeyeceğiz - hem kamu hukuku bilimi açısından hem de Federal Almanya Cumhuriyeti toplumu açısından... Yas tutulmuş olsaydı ne olurdu - bu ancak tahmin edilebilir. Bu nasıl bir yas tutma olurdu ve neleri içerirdi, cevabı ancak tahmin edebiliriz. Huber'in gücenmemiş, aksine öğrencinin sorusunu ciddiye almış ve açık yüreklilikle cevaplamış olduğu bir seminer toplantısı nasıl olurdu? Böckenförde ve katılımcıların mahcup olmamış, aksine sorunun cevaplanması için dostça ısrar etmiş olduğu bir toplantı? Konusu, kamu hukuku biliminin bugünü için nasyonal-sosyalist geçmişinin ne anlam ifade ettiği olan bir kamu hukuku öğretim üyeleri kongresi nasıl olurdu? Akademik araştırmacılar ve hocalar olarak, bilirkişiler, dava temsilcisi ve siyasi danışmanlar olarak kamu hukuku bilimcilerinin, söz konusu geçmişin geri planı ve onun şimdiki zamana etkisi²¹² karşısındaki sorumlulukları üzerine tartışılmış olsaydı ne olurdu? Kültür ve zihniyet tarihine ilişkin boyutu, daha güçlü biçimde kamu hukuku öğretisi tarihi ve kamu hukuku öğretim üyeleri biyografisi içine alan, kamu hukukuna ilişkin bilimsel çalışmalar neye benzerdi? Kamu hukuku hocalarının öz-algı ve kendilerini ortaya koyuşları içindeki gelenek ve devamlılık çizgileri üzerine sorular soran çalışmalar, nasıl çalışmalar olurdu?

²¹¹ A.g.e., s. 158ff.

²¹² Olası bir neden için burada bkz: M. Stolleis, "Theodor Maunz - ein Staatsrechtslehrerleben", *Recht im Unrecht*, Frankfurt/M. 1994, s. 306.

Ve eğer yas tutulmuş olsaydı, Federal Anayasa Mahkemesi'nin pozitivizmi bu kadar katı olmazdı da, Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını ele alırken, bunların niteliğinin rastlantısallığıyla ilgili olarak daha esnek mi olurdu? Yeni siyasi ve hukuki gelişmeler üzerine sonradan düşünmek yerine, bunlar hakkında önceden mi kafa yorardık? Feminist hukuk bilimi gibi bilimsel yenilikleri, gülünç duruma düşürölmesi ve kaçınılması gereken bir tehdit olarak kavramak yerine merakla mı karşılardık? Demokratik Almanya Cumhuriyeti hukuk bilimine ve hukuk bilimcilerine daha fazla empatiyle mi yaklaşırdık? Birbirimizle karşılaşmalarımız daha az ritüel mi içerirdi? Gerçekten de Japon meslektaşlarımız değilde de Amerikalı meslektaşlarımız tarafından bu ritüeller, şakayla karışık bir şaşkınlıkla karşılanıyorlar. Meslektaşlarımız yalnızca bunu açığa vurmayacak denli kibarlar. Kamu hukuku bilimi öğretim üyeleri kongrelerimiz açık, canlı, duygu yüklü, hatta bazen belki de neşeli olaylar mı olurdu, neredeyse Weimar Cumhuriyeti'nde olduğu kadar açık, canlı ve yüklü? O zaman nasyonal-sosyalizm dönemindeki kamu hukuku bilimini konu olarak ortaya atmak ve işlemek, artık özel bir cesaret gerektirmez miydi?

V.

Yöneltilmiş olan sorular için her ne kadar güvenilir cevaplar varolmasa da bu sorular yine de görölmemiş, kavranamamış ve gerçekleştirilmemiş olasılıklara işaret ediyorlar. Ve insanı üzüyorlar - olasılıkların kaçırılmış olmasına yönelik ikinci suçun ikinci kederi.

Olasılıklar kavranabilir miydi? Tabii ki Alman kamu hukuku biliminin entelektüel ve sosyal iklimi, Weimar Cumhuriyeti'nin son dönemlerinde, nasyonal-sosyalizm döneminde ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin ilk dönemlerinde olduğu gibi değilde. Ancak değışiklikleri içsel süreçlerden çok, profesörlerin ekonomik durumlarının değışmesine, artmakta olan öğrenci sayılarına, üniversitelerin yeni görevlerine ve toplumun değışmiş olan yapısına borçluyuz.

Daha önceki entelektüel ve sosyal iklim hiçbir zaman, kendisinden uzaklaşılabilir, onun dışında gelişilebilir, karşısında yeni olasılıklar aranması gerekecek bir şey olarak algılanmadı.

Sonuç olarak, ikisi de doğrudur. Alman kamu hukuku bilimi nasyonal-sosyalist geçmişinden kurtulmuştur, onun ardından yas tutmamış olsa da - ne Alexander ve Margarete Mitscherlich'in kendilerinin de yas tutma olasılığına kuşkucu baktıkları ellili ve altmışlı yıllarda, ne de daha az kolektif depresyon tehdidi altında olan yetmişli ve daha sonraki yıllarda... Yas tutmayı ihmal ettiği için öz-yıkıcı bir bedel de ödememiştir. Yas tutmaksızın gerçekleştirilen tarihselleştirme, ağır yaralar veya derin acılar bırakmamıştır geride. Geride kalan, sinsî bir hastalıktır. Yas tutmaksızın gerçekleştirilen tarihselleştirme, kavranmalarının kendisinin bir bedel gerektirdiği değişim olasılıklarına mal olmuştur. Toplumsal yapı, bu gereken bedeli ödemekte zorlanırdı. Değişim olanakları, koşullar bunu gerektirdiğinde, geleneklerinden ve devamlılıktan koparlar; burada "yapı" derken söz konusu olan ister bir bütün olarak toplum, ister kamu hukuku hocaları topluluğu olsun. Koşulların zorlaması olmaksızın, gelenekleri ve devamlılıkları içinde yaşamaya devam ederler.

Sonsöz: Geçmişin Bugünü²¹³

I.

Önümüzdeki yıllarda benim neslim altmış yaşında olacak. Bizler son savaş yıllarıyla ilk savaş sonrası yıllarında doğduk ve Federal Cumhuriyet’le birlikte büyüdük. Ellili yılların salim dünyasının tadını çıkardık, sonra ondan bıktık ve ona karşı çıktık. Altmışlarda politikleştik, yetmişlerde meslek ve iş hayatına atıldık, seksenlerde kariyer yapmaktaydık ve doksanlardan beri politikada ve yönetimde, ekonomide, eğitimde ve medyada en önemli pozisyonları işgal ediyoruz. Birkaç yıl daha, sonra bizim yıldızımız tekrar sönecek.

Doğum günlerimiz, neler yapmak istemiş ve ne yapmış olduğumuza ilişkin konuşmalarla geçecek. Çoğu konuşmada laf dönüp dolaşıp Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı geçmişine gelecek.

Bilim ve eğitim, kültür ve medya alanlarında çalışıyorsak, geçmiş er ya da geç mutlaka konumuz olmuştur veya hâlâ konumuzdur. Politikada, idarede ya da yargıda görev alıyorsak aynı geçmiş, bizim özgürlük, eşitlik ve adil düzen konusundaki anlayışımızı güç-

²¹³ Bu makale ilk olarak “Buz üstünde. Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı’nı ele almanın önemi ve tehlikesi hakkında” başlığıyla yayımlanmıştır: *Der Spiegel*, Sayı 19, 2001, s. 82-86.

lendirmiştir. Ekonomi alanında veya serbest mesleklerde çalışanlarımızdan her kim bunların sorumlulukları üzerine kafa yoruyorsa, Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı geçmişine bulaşmışlıkları üzerine de kafa yoruyordur.

Çoğumuz için Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı, geçmişi bütünüyle şekillendiriciydi. Söz konusu geçmiş, ebeveynlerimizle şiddetli tartışmalarımızın ve onlara mesafe alışımımızın tam da temelinde yatıyordu; Alman tarihine ilişkin olarak kafamızda oluşan resim onun gölgesinde şekil aldı; Alman olduğumuzu, yurtdışında ona gönderme yapılarak bizlere “Alman” diye hitap edilmesiyle öğrendik. Onunla uğraşmak, mesleğimiz açısından ister küçük ister daha büyük bir rol oynasın, kendimizi algılayışımızın ve tanım-layışımızın başlıca unsuru oldu.

Tam da bu, geçmişin bugünü için güncel temeldir. Kurbanların ve faillerin geçmişten söz etmekten korktukları bir nesilden sonra, geçmiş hakkında konuşulmamasını düşünülemez bulan benim neslim ipleri eline aldı. Bu neslin ana akımı bir yandan bizim deneyimlerimiz, düşüncelerimiz, temalarımızken, diğer yandan da bizi şekillendirmiş olan ve hâlâ da meşgul etmeye devam eden geçmiştir.

Bunun tehlikesi yok değil. Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı altmışlarda konu edinildiğinde, mevzunun bütün itirazlara karşı mücadele ederek ileri sürülmesi gerekmişti. Unutmak ve unutturmak isteyişin beslediği bu itirazların gücünü kırabilmek için, konu üzerinde, tekrar ve tekrar, ısrarla durulması gerekmişti. Ne var ki o zamanlar, isyankâr bir gurur ve ahlaki bir güçten de yoksun olmaksızın gösterdiği bu ısrarı, benim neslim, söz konusu ısrar, işlevini kaybettikten sonra da sürdürmüştür. Geçmişin asla unutulmaması ve unutturulmaması gerektiği konusunda artık ikna edilecek kimse kalmadığında bile... Geçmiş konu edinmek, artık herhangi bir güç gerektirmedeğinde ve hiçbir gurura da hak kazandırmadığında bile...

Bunun sonucu, belli bir bayağılaştırma oldu. Bir anma etkinliği ve bir anıt daha, unutuş ve unutturuşa karşı bir toplantı, bir kitap, bir makale daha. Kosova'nın Auschwitz'le karşılaştırılması, Saddam Hüseyin'in Hitler'le, Duvar nişancılarının toplama kamplarındaki katillerle, şimdiki yabancı düşmanlığının o zamanki Yahudi düşmanlığıyla - bir zamanlar edilmesi gerekli olan ısrarın bu mirası, geçmişin bozuk para gibi harcanmasına neden oluyor.

Bunun vahim sonuçlarını bir sonraki nesilde gözlemlemek mümkün. Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı geçmişi karşısında bir sonraki neslin üyelerinin genelde gösterdiği bıkkınlık, temelini okullarda ve medyada, söz konusu geçmişle bayağılaştırıcı bir sıklıkla karşılaşmalarında buluyor. Bir sonraki neslin bazen geçmiş hakkında konuşurken kullandığı düşüncesizce ve hatta kinik üslubun nedeni de, benim neslim geçmişle ilişki kurarken ve geçmişe karşılaştırma için başvururken -sanki mevzu bahis ilişkiler ve karşılaştırmalar konuya ilişkin ahlaki bir ağırlık taşıymıyormuş gibi kendini gösteren ahlaki *pathos*²¹⁴.

Hiçbir karşılaştırma yapılmamalıydı, demek istemiyorum. Aksine, Yahudi Soykırımı'nın karşılaştırılmaz bir defaya mahsusluğu tezi de, bayağılaştırıcı karşılaştırmalar kadar vahimdir. Bir defaya mahsus, karşılaştırılmaz ve geçmişte kalmış olan, yeterli tarihsel mesafe alındıktan sonra bizi artık angaje etmez ve buna rağmen onun hakkında konuşurken onu kullanırsak söz konusu ahlaki *pathos* boşa gitmiş olur. Ahlaki angajmana varoluşsal olarak tahvil edilmeyen böyle bir söylem yanıltır ve bir sonraki nesil bunun bütünüyle farkında.

II.

Yahudi Soykırımı ve Nazi Almanyası'nın hem tarihsel olarak eş görülmemiş olan hem de rahatsız edici olmaya devam eden yönü, ülkemizin kültürel mirasıyla ve uygarlık içindeki yeriyle bunun gibi

²¹⁴ Coşkulu ve dokunaklı ifade tarzı (ç.n.).

korkunçluklara yatkınlık göstermiş olmasıdır. Bu bizi geçmiş ve bugün arasında karşılaştırma yapan sorular sormaya iter: Bir zamanlar üstünde kendimizi kültürel olarak ve uygarlık anlamında güvende zannettiğimiz buz tabakası gerçekte o kadar ince idiyse, bugün üzerinde yaşadığımız buz tabakası ne kadar güvenli? Buzun kırılmasından bizi ne koruyor? Bireysel ahlak mı? Toplumsal ve devletsel kurumlar mı? Buz tabakası zamanın akışı içinde kalınlaştı mı yoksa zamanın akışı bize onun ne kadar ince olduğunu mu unutturdu?

Bunlar bizim bireysel ve ahlaksal varoluşumuzun ve toplumsal ve devletsel birlikte yaşayışımızın temellerine yönelik sorular. Bunlar tam da, siyasi ve ekonomik ve ayrıca kültürel olarak ve uygarlık anlamında güvenlik içinde geçen onlarca yıllık yaşantının ardından, bugün tekrar rahatsız ve provoke edici olan sorular. Ama aynı zamanda bunlar her gün karşılaştığımız, her gün sorulması ve cevaplanması gereken sorular da değil. Belki de bu sorulara, zaten bize verilmiş olanı yaşama sorumluluğu içinde sürdürdüğümüz hayatımızdan başka verilecek bir cevap yoktur: Diğer insanlarla ilişkilerimiz, işimiz, kurumlarımız.

Bu, benim kuşağımın Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı ile meşguliyetinden sonuçlanan diğer tehlikedir: Bizim geçmişten çıkardığımız ders, kurumsal olmaktan çok ahlaksal bir dersti. Bizim ebeveynlerimizi, öğretmenlerimizi, profesörlerimizi veya siyasetçilerimizi suçladığımız şeyler körlük, korkaklık, oportünizm, hırslı ve saygısızca kariyer peşindelik, sivil cesaret eksikliğiydi. Tüm bunları onlara yükleyerek bu bireysel ve ahlaksal beceriksizliği kınamıştık ve bunu yaparken aslında ahlaki olarak başka türlü davranmaya ilişkin bir sorumluluğumuz olduğunu söylemeye çalışıyorduk.

Tüm bunları onlara yüklerken ileri sürdüğümüz ahlaki iddia şuydu: Onları suçlayarak yalnızca bir yanlış kınamıyorduk, aynı zamanda doğru olan şeyi yapıyorduk: Cesaret gösteriyorduk. Biz kendimiz artık öğretmen olduğumuzda, benim neslim sonrakilere

ahlaki ve siviller olarak cesaret göstermeyi öğretmeye çalıştı. Bu, geçmişten çıkarılan ders olmalıydı. Cesaret gösterilmeliydi. Yanlış olan karşısında hemen başlangıçta cesaret gösterilmeliydi ki böylece cesaret göstermenin başarıya ulaşmak için daha yüksek bir şansı olsun. Kişinin, kendisine “ben kendim, geçmişteki şu ya da bu durumda olsaydım ne yapardım?” diye sorarak ileride gerçekleştirebilecek durumlara karşı kendisini hazırlaması gerekliydi.

Şüphesiz geçmiş, bu gerçeği de öğretir. Ama bu, gerçeğin sadece yarısıdır. Geçmişin yine açıkça gösterdiği bir başka şey, bireysel ahlakın ilgili kurumların yokluğu halinde büsbütün çaresiz kalacağıdır; bireysel ahlakın bünyelerinde tanındığını bilebileceği, baş vurabileceği, güvenebileceği kurumların yokluğunda... Partiler, sendikalar ve birlikler, kiliseler ve dernekler, üniversiteler, okullar ve mahkemeler bir kere tek elden kontrol edilmeye başladıktan sonra, muhalif ahlaka kalan yalnızca riskli ve kahramanca bir jestle kendini korumaktır.

Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı geçmişinde bu jestin ötesine geçmiş bir muhalefet gösterilmişse, bunun temellerini sadece bireysel ahlakta değil, komünist veya sosyalist dayanışmada, Hristiyan inançta ve kiliseye karşı sorumlulukta, asalet ve memur onurunda da aramak gerekir. Geçmişten çıkarılan ders -ve bunu Federal Cumhuriyet’in ve Alman Anayasası’nın kurucu anneleri ve babaları benim kuşağımdan daha iyi bilmekteydiler-, bireysel ahlakla olduğu gibi toplumsal ve devletsel kurumlarla da ilgilidir; bir karar anında muhalefet etme gücüne sahip olması gerekiyorsa, bireysel ahlakın o kurumlar bünyesinde aşılması zorunludur. Bireysel ahlak, kurumların bir parçasıdır, onların içinde bir parçadır.

Bu, kurumların işleyişinin özellikle ahlaki olarak yürümesi ve yüceltilmesi gerektiği anlamına gelmez; politikada ahlak dersi veren mesajlar, yargı içtihatlarında ahlak dersi veren argüman-

lar, kiliselerin toplumsal hayatın tüm alanlarını ahlaksallaştırması veya okulların ve üniversitelerin sorumluluklarının ahlak göndermeli bir vurguyla tartışılması, geçmişin yine yanlış mirasıdır. Doğru işleyen kurumlarda, ahlaksal olan kendiliğinden anlaşılır.

III.

Bu, geçmişle baş etmek midir? Geçmişle baş etmek, geçmişin bize ince bir buz tabakası üzerinde yaşamak hakkında öğrettikleri üzerine düşünmek midir?

Ne kadar uzun süre “geçmişle baş edilebilirdi ve baş edilmeliydi” düşüncesiyle yaşarsak, o kadar paradoksal bir biçimde geçmiş kendini dayatır. Kökensel olarak ve gerçek anlamında baş etme, ödevler açısından geçerlidir; ödevler hemen karşımızda dururlar, sonra üzerinde çalışılır ve sonunda halledilirler ve üstesinden gelirler. İşte o zaman onlardan kurtuluruz.

Geçmişle baş etme olasılığı ve gerekliliği düşüncesi, sadece geçmişten özgürleşme özlemi içermez; aynı zamanda buna bir iddia da dayandırır. Her ödevde olduğu gibi burada da layıkıyla bunun için çalışan, ödevin, sonunda halledilmiş olmasını bekler ve bir kere baş edilmiş olan ödevden artık daha fazla sorumlu tutulmamayı talep eder. Hatırlama ödevini layıkıyla yerine getiren kişi, artık daha fazla geçmişte tutulmamak ister. Hatırlayan, unutmamasına izin verilmesini ister.

Özellikle benim kuşağımın geçmişe duyarlı ve hatırlamaya angaje olmuş üyeleri, yurtdışında, geçmiş yüzünden dışlanma duvarına çarptıklarında ve hiddetlendiklerinde, söz konusu paradoks bariz hale gelir: Geçmişe karşı o kadar duyarlı ve angaje biçimde yaklaşmaktadırlar ki başkaları nasıl olur da onları ısrarla geçmişe tutundurmaya kalkışabilir?

Gerçi travmatik bir geçmişe takılı bırakılmamak özlemi saçma değildir. Yanlış olan, travmatik geçmişe odaklanmanın ondan kurtulmayı garanti edeceği düşüncesidir. Herhangi bir bireysel geçmiş gibi kolektif bir geçmiş de sadece hatırlanmasına izin verilmediği zaman değil, keza hatırlanmak zorunda olduğunda da travmatiktir. Geçmişe odaklanmak, aslında yalnızca bastırmanın öbür yüzüdür. Travmadan kurtulma hatırlayabilmek ve unutabilmektir, aynı ölçüde hatırlama ve unutma içeren bir dinlenmeye bırakmadır.

Bu, kurbanlar ve onlardan sonra gelenler için, failler ve onlardan sonrakiler için nasıl geçerliyse aynı şekilde geçerlidir ve travmadan kurtulma tam olarak ancak her iki tarafta da başarıya ulaşırsa başarıyla sonuçlanabilir. Ama diğer tarafta da gerçekleşmesi ve başarıya ulaşması ancak umulabilir, beklenemez.

Almanların geçmişle baş etme ödevini layıkıyla yerine getirmelerinin sonucu olarak, diğer tarafın da geçmişi bir tarafa bırakması onlardan talep edilemez. Diğer tarafın nasıl ve neyi hatırladığı ve unuttuğu, ne derecede kurbanlara acıyarak veya failleri suçlayarak veya onlardan sonrakilerden tazminat talep ederek kendini travmatik geçmişten kurtarmayı denediği onun sorunudur. Diğer taraf ne yaparsa yapsın, bunun hakkında şikayet etmememiz ve hiddetlenmememiz gerekiyor; aksine bizim tarafımızda travma yaratmış olan bir geçmişle diğer tarafın zorlu başa çıkışına saygı borçluyuz.

Ama diğer tarafın yapıp ettiği, suçladığı ve dava konusu yaptığı şeyleri kolayca kabullenmek zorunda da değildir. Sırf suçlayan diğer taraf diye, suçlama doğru olmak zorunda değildir; yalnızca dava etti diye ödemek zorunluluğu bulunmadığı gibi. Belki hukuk değil ama yerinde davranış ve sadece diğer tarafın algılayışına değil, dünyanın algılayışına da saygı, tam da borçlu olunmadığı zaman ödemeyi emreder. Bu da ancak o zaman, kendince doğruluk payı taşır. Ama bunun bizim kendi geçmişimizle ilişkimiz ile aslında hiçbir ilgisi yoktur. Bu, geçmişin diğer taraf için hâlâ travmatik

olduğunu gösterir ama söz konusu geçmişin bizim için de aynı oranda travmatik olması gerektiği anlamına gelmez. Travmadan kurtulma aynı zamanda hem diyalog içinde hem de herkes için ayrı olarak gerçekleşir ve bir taraf bu diğer tarafta da başarıyla sonuçlanana kadar beklemek zorunda değildir. Birbirini beklerken taraflar, karşılıklı olarak travmada takılıp kalabilirler.

“Baş etme” diye bir şey yoktur. Olan, geçmişin bugün sorularda ve duygularda açığa çıkardığı şeylerle birlikte bilinçli yaşamaktır. Sorularda ve duygularda - tabii ki geçmiş bize sadece sorular sordurmaz; şaşkına dönmemize, sözcüklerin kifayetsiz kalmasına, üzgün, korku dolu veya kızgın olmamıza, tanrısal ve insani adaletten şüphe duymamıza ve ona sadece o dönemdeki faillerin değil, bir zamanlar seyirci kalmış veya görmezlikten gelmiş ya da daha sonra faillerin aralarında yaşamasına katlanmış olanların da karışmış olduğu suçtan mustarip olmamıza da sebep olur.

Geçmişin hiçbir soru işaretine veya duyguya neden olmadığı yerde, bozuk para gibi ortada dolaştırılıp harcanmasıyla hiçbir şey kazanılmış olmaz; böyle yapılırsa, geçmişin ahlaki mirası boşa harcanmış olur ve kaybolur gider. Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı'nın sonraki nesillerde uyandırmadığı sorular ve duygular varsa, yeni nesil bunlardan başka bir biçimde, kendine özgü tarzda haberdar olabilir. Yine de bundan sonraki nesiller için bazı şeyler, artık, birinci ve benim kuşağım olan ikinci kuşak için söz konusu olduğu gibi göstermeyecekler kendilerini; üçüncü kuşağın suça bulaşmışlığını iddia etmek çok zor ve izleyen kuşaklar için bu artık bütünüyle imkânsız hale gelecek.

IV.

Geçmişi halletmek hiçbir şekilde mümkün değildir. Geçmişte yaşanan şeyler asla unutulamayacak denli korkunç olduğu için değil sadece. Yalnızca bizi kültürel ve uygarlık içindeki varoluşumuzun

tehlikelerinin farkına vardığı için de değil. O aynı zamanda bütün ahlaksal konuları ve sorunları bünyesinde barındıran kumaştır. Sorumluluk ve zihniyet, direnç ve intibak, sadakat ve ihanet, tereddüt etmek ve harekete geçmek, güç, hırs, hukuk ve vicdan - kendini bugünkü *Lebenswelt*'e yeterli bir yakınlık içinde ve yeterli bir estetik nitelikle anlattırmayan bir ahlaki dram varolamaz.

Stalin'in ve Pol Pot'un ölüm tarlalarından farklı olarak Yahudi Soykırımı ve Nazi Almanyası, sivil kültürün sapıklıklarıdır ve içeriksel ve biçimsel evrenselliklerini daha da sapık bir şekilde sunarlar. Bu nedenle Yahudi Soykırımı ve Nazi Almanyası'na ilişkin kitaplar, filmler, tiyatro oyunları ve etkinlikler seli daha uzun süre sona ermeyecek; Almanya'da da dünyada da... Burada da geçmiş evrenseldir: Yahudi Soykırımı ve savaş, o ya da bu şekilde, bir kere daha herkesin katıldığı son tarihsel olaydır; Almanların ve Yahudilerin, Doğu ve Batı Avrupa'nın, Amerika'nın ve hatta Asya ve Afrika'nın... Bunlar özel bir tarzda bizim, hepimizin tarihidir.

Bu, geçmişin geçip gitmediği anlamına gelir. Özel olarak çaba gösterilmesine ve etkinlikler düzenlenmesine gerek kalmaksızın, benim kuşağımın onları şekillendiren altmışlı ve yetmişli yıllarda yaptıklarını bugün tekrar tekrar yeniden üretmesine gerek kalmaksızın, bir sonraki neslin geçmişle bıkkınlık ve sinizm tehlikesine varacak kadar sık karşılaşmasına gerek kalmaksızın... Tam da Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı'nın geçip gitmeyecek genel boyutları bulunduğundan, geçmişleri sonraki kuşaklar için tarihe dönüşebilir.

Herhangi bir bireysel olayda yaşandığı gibi, kolektif bir olay tarih olduğunda da, o artık bireysel ya da kolektif biyografiye hükmetmez; aksine ona entegre olur. Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı açısından bu, şu anlama gelir: Alman tarihi yalnızca bu olay çevresinde dönen ve ondan ibaret bir şey olarak görülmeyecektir. Alman tarihi gelecek açısından yalnızca bu olayın ışığında değer-

lendirilmeyecek, hatırlanmayacak ve ele alınmayacaktır. Nazi Almanyası'nda yadsınmış olan ve ellili ve altmışlı yıllarda marjinal ve yetmişlerden beri baskın biçimde ele alınan takip ve sürgün edebiyatı, bağlam içinde edebi ve bilimsel olarak yalnızca güçlü yanlarıyla değil, zayıf yanlarıyla konu edilecektir. Bu, aynı zamanda şu anlama gelir: Alman kurumları Yahudi mirasının korunması ve idaresi işini üstlenmeye yeltenmeyecektir - Almanya'da yaşayan Yahudi cemaatinin kendisinin yapabilecek durumda olmadığı ve sorunlu olduğunu düşündüğü şeyler hakkında gayretle... Aksi halde hükmetme burada ikinci bir yüzünü gösterir: O sadece Alman tarihini kısaltmaz, aynı zamanda Yahudi tarihini de kendi tekeline alır ve Klezmer müziği²¹⁵ çalan sayısız Alman grubunun şekline bürünmüş biçimde, onu küçük görür.

Biyografinin doğru şekillenmediği yerde özsaygı ve diğerleriyle ilişki de doğru işlemez. Genç kuşağın Alman olmaktan gurur duyma dileğinde doğru olan, doğru düzgün bir özsaygı ve diğerleriyle ilişkiyi taşıyabilecek bir biyografiye duyulan ihtiyaçtır. Nazi Almanyası ve Yahudi Soykırımı geçmişi, benim kuşağım için söz konusu olduğu gibi genç kuşağın bugünü olamaz ve geçmiş yeni kuşağın halletmesi gereken bir şey değilse, yeni kuşak için geçmişin tarih içinde aşılması gereklidir. Kişi ancak yapmış olduğu şey konusunda gururlu olabilir, olduğu şey konusunda değil. Genç kuşağa gururlu olmak hakkına sahip olduklarını garanti etmek yerine, geçmişin kolektif biyografiyle uyumlaştırılmasını borçluyuz. Geçmişin bugününün geleceği, tarihtir.

²¹⁵ Geleneksel Yahudi Müziği (ç.n.).

“Tüm bunlar düşünöldüğünde, hem hatırlayarak hem de unutarak geçmişle baş edilmesine ilişkin araçsallığına bakılmaksızın hukukun, hatırlamaya mı yoksa unutmaya mı içsel olarak daha yakın olduğı sorusu henüz kendini tüketmiş değildir. İster nasyonel-sosyalist geçmişin hatırlanması/ unutulması söz konusu olsun, ister komünist ya da cürümler ve suçlarla yüklü başka bir korkunç geçmişin, hatırlama lehine ve unutmayla bilinçdışına itme aleyhine genellikle üç neden ileri sürölür ve bu nedenler öne sürölürken hukuka hangi anlamların verildiğıyle hukuktan nelerin beklendiğı konuları incelenmelidir. Bunlardan birine göre, hatırlama kurtuluşun sırrıdır. Bir diğeri için hatırlama ve ona eşlik eden suç ve yası ele alma gereğı, aile içinde, kuşaklar arasında, bir kuşağın içinde ve politik kültürde aleniyetin, güvenin, bireyselliğın ve dayanışmanın koşuludur. Üçüncü açıdansa hatırlamak, yaşanmış olanın tekrarlanmaması için şarttır.”

Bernhard Schlink



ISBN-13: 978-605-81033-2-0

