

ANAYASA HABERLERİ / CONSTITUTIONAL NEWS

“HUKUK NEREYE GİDİYOR?

Gözlemler ve Sorular*

(WHERE IS THE LAW GOING? OBSERVATIONS AND QUESTIONS)

Kemal Gözler**

Ülkemizde ve derecesi farklı olmakla birlikte diğer bazı ülkelerde, demokrasi, hukuk devleti ve temel hak ve hürriyetler günden güne geri geliyor. Neticede hukukun ve hukuk biliminin değeri tartışmalı hâle geliyor. Bu konuda önce bazı gözlemlerde bulunmak ve sonra da birtakım sorular sormak istiyorum.

I. GÖZLEMLER

Aslında burada demokrasinin nasıl gerilediği, hukuktan nasıl uzaklaşıldığını ve temel hak ve hürriyetlerin nasıl zedelendiğini örnekler vererek ayrıntılı bir şekilde göstermek gerekir. Ben burada örneklere girmek istemiyorum. Zira somut örnekler vererek bu gözlemleri dile getirmek artık cesaret istiyor. İçinde bulunduğumuz akademik özgürlük düzeyi buna müsait değil.

Burada sadece genel gözlemlerde bulunmakla yetiniyorum.

Hukuk burnunun üstüne kocaman bir yumruk yedi.

Temel hak ve hürriyetleri korumak amacıyla tasarlanan anayasal ve hukukî mekanizmalar, temel hak ve hürriyetlere müdahale etme aracı hâline dönüştü.

^H Hakem denetiminden geçmemiştir.

* Bu makale ilk defa 6 Aralık 2018 tarihinde <http://www.anayasa.gen.tr/hukuk-nereye-gidiyor.htm> adresinde yayınlanmıştır.

** <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>.

Hâkimler, temel hak ve hürriyetleri koruyan değil, tersine temel hak ve hürriyetlere müdahale eden görevliler hâline geldi.

İktidarı sınırlandırmakla görevli organlardan birincisi olan Anayasa Mahkemesi, iktidarı sınırlandıran bir unsur değil, tersine onu tahkim eden bir unsur hâline dönüştü.

Kısacası hukuk, siyasetin *longa manus*'u hâline geldi.

Artık hukuk, siyaseti çerçeveselendirmiyor; tersine o siyasetin cenderesi altında bulunuyor.

Bu olgu, derecesi farklı olmakla birlikte diğer bazı ülkelerde de gözlemleniyor.

Saf hukukî yaklaşım, bugün devletin temel organlarının nasıl işlediğini açıklamakta yetersiz kalıyor.

Artık anayasa veya kanunlardaki kurallara bakmak, karşılaşılan hukukî sorunun nasıl çözümleneceği konusunda bir fikir vermiyor. Örneğin anayasa mahkemelerinin önündeki bir iptal davasının sonucunu tahmin etmek için anayasanın ne dediğine bakmanın bir yararı kalmadı. Zira artık anayasa mahkemesi kararları anayasaya değil, birtakım hukuk dışı faktörlere bağlı. Belirli bir davada anayasa mahkemesinin ne yönde karar vereceğini anayasa hukuku profesörleri değil, gazeteciler daha iyi tahmin ediyorlar.

Aynı şey idare ve ceza hukuku için de geçerli. İktidarın önem verdiği bir idarî işlemin idarî yargı tarafından iptal edilme ihtimali neredeyse sıfır. Bugün, siyasî niteliği olan bir olayda, en kıdemli ceza hukuku profesörleri dahi gözaltına alınan bir kişinin tutuklanıp tutuklanmayacağını, sanığın mahkum olup olmayacağını bize önceden söyleyemez. Ceza hukuku profesörlerinin bilgileri artık bu konuda bir işe yaramıyor.

Beş yıl önce açılmış bir soruşturma dolayısıyla bir akademisyenin neden sabah 6'da gözaltına alındığı, bir milletvekilinin yeniden seçilmesine rağmen neden yasama dokunulmazlığından yararlandırılmadığı ve tutukluluğunun neden devam ettirildiği hukukla izah edilemiyor. Bunları izah etmek için hukuk dışı unsurları göz önüne almak gerekiyor.

Olan biteni açıklamak bakımından hukuk bilimi çaresizlik içinde. Olaya uygulanacak normun ne olduğu, bu normun olaya nasıl uygulanacağı konusunda hukuk profesörlerinin derin bilgilerinin, normu uygulayacak hâkimin hangi hukuk dışı faktörler altında çalıştığı bilgisi karşısında pek bir değeri bulunmuyor.

Yorum teorisi konusunda yıllarca çalıştım ve bu konuda pek çok makale yazdım. Artık üzülererek görüyorum ki, hiçbir yorum teorisi, hâkimler üzerinde, hâkimlerin siyasal çevrelerden aldıkları sinyallerin yarattığı etkinin yarısı kadar bile bir etki yaratmıyor. Genç meslektaşlarıma yorum teorisi üzerinde çalışıp bu işe yaramaz bilgilerle yıllarını heba etmek yerine, hâkimlerin kişisel geçmişlerini ve hangi etkilere maruz kalarak karar verdiklerini incelemelerini tavsiye ediyorum.

Keza belirli bir hâkimin önünde davası olan kişilere de davanın nasıl sonuçlanacağı konusunda hukukçulara değil, gazetecilere veya bu etkiler konusunda bilgi sahibi olan diğer kişilere danışmalarını salık veriririm.

Artık hukuk bilimiyle uğraşmak, havanda su dövmek veya meleklerin cinsiyetini tartışmak misali işe yaramaz bir faaliyet hâline geldi. Muhtemelen bu nedenle günümüzde anayasa ve idare hukukçuları derin bir ümitsizlik içindeler. Uzmanlık alanlarının aslında bir işe yaramadığını görüyorlar ve ömürlerini boş bir işe adadıklarından dolayı da pişmanlar. Neticede üniversitelerimizin anayasa ve idare hukuku anabilim dalları, bütün motivasyonlarını yitirmiş, mesleklerine yabancılaşmış, mutsuz insanlar topluluğu hâline dönüştü. Bu sebeple meslektaşlarımız çalışma isteği ve enerjisi bulamıyorlar.

Artık bir anayasa hukuku veya idare hukuku makalesi yazmayı bırakın, anayasa hukuku veya idare hukuku dersi anlatmanın bile zevki kalmadı. Hocalar öğrencilerinin karşısında yalan söylüyormuş hissiyle ders anlatıyorlar. Amfiye yöneldiklerinde pek çoğunun ayakları geri geri gidiyor.

Benzer gözlem ceza hukukçuları için de geçerli. Politik nitelikteki bazı davalarda uzmanı oldukları ceza hukuku bilgisinin bir işe yaramadığını; ceza yargılamasının, ceza usûlünün ilkeleri doğrultusunda değil, bir tünelde giden ve geriye dönme veya yol değiştirme imkânı olmayan bir araba misali sürdürüldüğünü üzülererek gözlemliyorlar¹.

¹ Yeni Türk Ceza Kanununun mimarlarından biri olan ve sekiz yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı yapmış bulunan adı geçen Fakültenin Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma Merkezi Müdürü Prof. Dr. Adem Sözüer'in, bu durum karşısında söylediği şu sözler çok manidardır: "Kolluk, savcılık, mahkeme, Yargıtay'da bir zincirde oluşturulmuş, adli sistem dışından bu zincire 'belli kişilerin suçlu bulunması ve mahkum edilmesi' talimatı veriliyor. Bu zinciri oluşturan her halkada bulunan hâkim savcılar adil bir yargılama değil, daha baştan suçlu olarak damgaladıkları

Başta anayasa hukuku olmak üzere ülkemizde hukuk biliminin değersizleşmesi sürecini yaşıyoruz. Hukuk biliminin değersizleşmesine yol açan şey, aslında bizatihi “hukuk”un değersizleşmesidir.

II. SORULAR

Yukarıda birkaç gözlemde bulundum. Bu gözlemlerle ilgili birkaç soru da sormak isterim.

1. Hukukun sona erdiği bir yerde hukuk bilimi de sona erer mi?

Hukuk başka, hukuk bilimi başkadır. Bunlardan birincisi ikincisinin konusudur. Ancak konunun ortadan kalktığı yerde konuyu incelemekle görevli bilim dalı varlığını sürdürebilir mi? Olmayan bir şeyi inceleyen bir bilime neden ihtiyaç olsun? Dahası ihtiyaç olsa bile olmayan bir şey üzerinde bu bilim nasıl olup da incelemede bulunsun?

2. Hukukun değersizleştiği bir yerde hukuk bilimi de değersizleşir mi?

Belki hukukun sona ermediğini, kısmen de uygulandığını veya en azından kağıt üzerinde ülkede hâlâ anayasa ve kanunların bulunduğu söylenebilir. Peki ama anayasa ve kanunların bir norm olarak uygulanmadığı ve kendilerine sistematik olarak uyulmadığı bir ülkede “anayasa” ve “kanun” diye sunulan metinlerin bir değeri olabilir mi? Bu metinlerin değeri yoksa bu metinleri incelemekle görevli olan hukuk biliminin bir değeri olabilir mi?

3. Anayasa ve kanunlarda yazılanın dışında ülkede başka bir “hukuk” mu var?

Ülkede şu ya da bu şekilde bir beşerî düzen sürdüğüne göre, hukukun yok olmadığı, hâlâ bir “hukuk”un olduğu, ama bu “hukuk”un anayasa ve kanunlarda yazılan hukuk olmadığı düşünülebilir mi? Peki ama bir

kişiyi mahkum etmek için hareket ediyor. Bu nedenle bu tür önceden kararı verilmiş yargılamalara tünel bakışlı dava diyoruz. Tünelin başından sonuna kadarki her aşamada, yani soruşturma kovuşturma ve temyiz evrelerinde tünelin sonundaki kişi hep suçlu görülmektedir, mutlaka mahkum edilecektir” (http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/1099638/Affin_sonu_kaos.html).

ülkede anayasa ve kanunlar var iken, bunların dışında ve bunlara aykırı bir hukuk olabilir mi?

4. Hukuk bilimi, anayasa ve kanunlarda yazan hukuk yerine “uygulamadaki hukuku” inceleyebilir mi?

Hukuk biliminin konusu, beşerî davranış kurallarının incelenmesidir. Anayasa hukuku bilimi de devletin temel organlarının davranışlarının hangi kurallara tâbi olduğunu inceler. Devletin temel organları anayasada yazan kurallara göre değil, bir başka şekilde davranıyorlarsa, anayasa hukuku biliminin görevinin anayasada yazan kuralları değil, bu organların gerçekte uyduğu kuralları ortaya çıkarmak ve bunları incelemek olduğu söylenebilir mi?

Eğer böyle bir şey söylenebilirse aşağıdaki soruları da sormak gerekir.

5. Anayasa hukuku bilimi, metodolojisini değiştirmeli midir?

Yukarıda belirtildiği gibi, devletin temel organları, artık anayasadaki kurallara göre değil, başka kurallara göre davranıyorlarsa, anayasa hukuku biliminin görevinin, devletin temel organlarının uydukları bu kuralları ortaya çıkarmak ve bunları analiz etmek olduğu söylenebilir mi? Örneğin belirli bir davada anayasa mahkemesinin nasıl karar vereceğini önceden bilmek için bu konudaki anayasa hükmüne bakmak yerine, anayasa mahkemesi üyelerinin kimin tarafından atandığına ve hangi faktörler altında çalıştıklarına bakmak daha doğru değil midir? Keza bir ceza davasında sanığın tutuklanıp tutuklanmayacağı veya mahkum olup olmayacağını bilmek için, ceza kanununa ve ceza muhakemesi kanununa bakmanın gereği kalmadığı, bunun yerine dava dosyasıyla ilgisi olmayan başka unsurlara bakmanın daha doğru olacağı ileri sürülebilir mi?

6. Metodolojisini değiştirmiş böyle bir “hukuk bilimi”, gerçekten bir hukuk bilimi midir?

Yukarıdaki sorulara evet yanıtı verilirse şu sorular ortaya çıkmaktadır: Hukuk bilim insanları yukarıda belirtilen hukuk dışı unsurları nasıl inceleyeceklerdir? Hukuk bilim insanları, hâkimin olay hakkında nasıl karar vereceğini hâkimin uygulayacağı anayasa ve kanun hükmüne bakarak söyler. Hukukçuların uzmanlığı normun ne olduğu ve normun nasıl uygulanacağı konusundan ibarettir. Hukuk bilim insanlarının, normu

uygulayan hâkimin hangi hukuk dışı faktörler altında karar verdiği konusunda bir uzmanlığı yoktur. Bu konularda gazeteciler, hukuk profesörlerinden daha donanımlıdır. Eğer bu böyleyse, uygulanan gerçek hukuku anlamak için hukuk biliminin metodolojisini değiştirmesi, hukuk dışı unsurları inceleme alanına dahil etmesi, bizatihi hukuk bilimini, hukuk bilimi olmaktan çıkarmaz mı? Metodolojisi değişmiş böyle bir hukuk bilimi, hukuk bilimi sıfatına layık olur mu? Norm olmadan hukuk bilimi olabilir mi?

7. Anayasa hukukunda yeni bir dönem mi başlıyor, yoksa anayasa hukuku sona mı eriyor?

Bilindiği gibi anayasa hukuku bilimi, “klasik dönem”, “anayasa hukukunda siyasal bilim yaklaşımı” ve “yeni anayasa hukuku” olmak üzere üç gelişim dönemine ayrılır². Birinci dönem 1800’lerde başlayıp 1950’ye; ikinci dönem 1950’den başlayıp 1980’lere kadar sürmüştür. Artık 1980’lerde başlayan ve anayasayı müeyyidelendirilmiş bir norm olarak ele alan üçüncü dönemin sonuna geldiği söylenebilir mi? Anayasa hukukunun üçüncü döneminin sona ermesi, acaba ikinci dönemdeki siyasal bilim yaklaşımına geri döneceği anlamına mı geliyor? Yoksa üçüncü döneminin sona ermesi, anayasa hukukunun kendisine yeni metodolojik araçlar geliştirdiği yeni bir döneme geçileceği anlamına mı geliyor? Bunların ikisi de mümkün değil ise acaba anayasa hukukunun sonu mu geldi?

SONUÇ

Ben bu kısa makalede bazı gözlemler yapıp, birtakım sorular sordum. Bu sorulara benim kesin cevaplarım yoktur. Ancak genelde hukuk bilimi, özelde de anayasa hukuku bilimi, varlıklarını sürdürmek istiyorsa bu soruları tartışmak ve bunlara bir cevap vermek zorundadır.

² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*, Bursa, Ekin, 10. Baskı, 2018, s.35-40.