

NORMA İNDİRGENEN HUKUK, TEKNİSYENE DÖNÜŞTÜRÜLEN HUKUKÇU

Nimet DEMİR, 23.07.2023

<https://www.karar.com/gorusler/norma-indirgenen-hukuk-teknisyene-donusturulen-hukukcu-1770882>

Hukukçu Nimet Demir ‘Hukukun içi boşaltılarak norma indirgenmesi vahşet ve bedeviyete davetiye hükmündedir’ uyarısında bulunuyor.

Karl L. Popper, sahip olduğu düşünsel bilgelik, şairlik ve peygamberlik yetilerini kullanamayan aklın mutsuzluğunu ‘akıl, insanlığa teknisyen olarak, sürücü olarak hizmet etmek zorunda kaldığı zamanlar acı çekiyordu(1)’ sözleriyle dile getirir. Ne yazık ki günümüz Türkiye’inde aynı acıyı içi boşaltılan hukuk ve teknisyene dönüştürülen hukukçu yaşıyor. Hürriyet ve eşitlik gibi değerleri tahakkuk ettirmeye ayarlı hukukumuz mutsuz; çünkü günümüz iktidarı ona tabiatının aksine istibdat ve imtiyaz görevi yükledi. Bilgi, tecrübe ve liyakati öncelemesi gereken hukukumuz acı içinde; çünkü ondan kişiye sadakati, muktedirlere yakınlığı, belli inanç ve yaşam sahiplerini kollaması beklenir oldu. Bu yüzden olmalı ki mevzuatımız sosyal olgudan yoksun, etik değeri göz ardı eden yasa ve kararname mezarlığına döndü. Normu sosyal olgu ve adalet idesine göre yorumlama yeti ve yetkisine sahip hukukçumuz da mutsuz; zira ondan bu yetisini bastırması, yasayı yürütme lehine yorması/yorumlanması beklenmekte, karşı durması halinde önüne ‘kırk katır veya kırk satır’ seçeneği konmaktadır. Bu uygulama yaklaşık on beş yıldır sürüyor. Geldiğimiz aşamada yargıdan gün geçmiyor ki iktidara alternatif olabilecek siyasetçilerin önünü kesen veya iktidarı eleştiren gazetecileri mahkûm eden kararlar sudur etmesin. Evet, bu yazının konusu hukuku norma indirgeyen, hukukçuyu teknisyene dönüştüren zihniyet.

A- HUKUKUN NORMA İNDİRGENMESİ

Aristo, insan için “zoon politikon” tabirini kullanır. İslam Filozofları ise, insanı “Medeni-i bittab” şeklinde tarif ederler. Politikon kelimesi şehre karşılık gelen polisten, medeni kelimesi yine şehir anlamında medineden türetilmiştir. Görüldüğü gibi iki kültürde de insan şehre nispetle tarif edilmiştir. Peki, şehrin belirgin özelliği nedir diye sorduğumuzda karşımıza hukuk çıkar. Nitekim Aramicede medine veya medeniyet hukukun uygulandığı yer anlamına gelmektedir. Hukuk mitolojik dönemden günümüze birçok evreden geçip olgunlaşarak geldi. İlk önce Tanrının sözü iken, sonra hükümdarın fermanı oldu. En nihayetinde toplumun ortak

aklından süzülen yasaya büründü. Yani mitolojik, teokratik, despotik aşamalardan geçip bilimde demir attı. Geline aşamada insanların medeni bir şekilde birlikte yaşamalarının koşullarını oluşturan hukuku analize tabi tuttuğumuzda karşımıza sosyal olgu, etik değer ve norm çıkar. Sosyal olgu; bilim, sanat, tecrübe ve liyakat gibi toplumda var olan ve yükselen değerleri ifade ederken: Etik değer; muhtevasında eşitlik, özgürlük, yarar, nesafet ve direnme gibi hakları barındıran adaleti deyimler. Norm ise; tüm bu değerlerin buyruk formuna sokulması, ihlalinin müeyyideye bağlanmasıdır. Devlet veya herhangi bir otorite hukuk bilimi üzerinde oynayamaz(2). Sosyal olgu ve etik değer göz ardı edilerek norma vücut verilmez. Hukuk, ancak toplumsal sorunların tecrübe edilen bilgisiyle oluşturulur. Bu oluşumda adalet idesi hep gözetilir. Açık toplumlarda bu ameliye evrensel değerlerin hakemliğinde gerçekleşir. Şimdi sosyal olgu, etik ve evrensel değer yoksunu norm örneklerine geçelim. İlki Anayasa, ikincisi KHK' den olacak.

1-) Yargı görevini yerine getiren yargıçların, herhangi bir etki altında kalmadan tarafsız ve adil karar vermeleri için bağımsız ve özgür olmaları gerek. Sosyal olgu ve etik değer bunu gerektirir. Nitekim Anayasanın 138. maddesi yargı bağımsızlığını düzenler. Bu maddeye göre; hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Yargının bağımsızlığı elbette kendi içinde oluşturacağı bir idari mekanizmayla mümkündür. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararları, Venedik Komisyonu Raporlarının tamamında hâkimlerin seçim ve kariyerleri konusunda karar verecek mercilerin hükümet ve idareden bağımsız olmaları, bu mercilerin üyelerinin yargı tarafından seçilmesi ön görülmektedir. Oysa yargımızın idari işlerini deruhte eden Hâkimler ve Savcılar Kurulunu kurgulayan Anayasanın 159. maddesine baktığımızda kurulun oluşmasında yargının hiçbir rolünün olmadığını görüyoruz. Maddeye göre HSK 13 kişiden oluşmaktadır. Adalet Bakanı ve yardımcısı kurulun üyeleridir. Geriye kalan 11 üyeden dördünü Cumhurbaşkanı, 7 tanesini ise Türkiye Büyük Millet Meclisi seçmektedir. Meclisteki çoğunluğun yürütmenin elinde bulunduğu gözetildiğinde, HSK'nın oluşumunda yürütme organının tam anlamıyla belirleyici olduğu görülmektedir. Mevcut bu düzenleme nedeniyle, yürütme, bağımsız olması gereken yargının patronu haline gelmiştir. Bugün siyasetin yargı kararlarıyla dizayn edilmesinin temelinde Anayasanın sosyal olgu, etik ve evrensel değerlerle bağdaşmayan 159. maddesi yatmaktadır.

2-) 2547 Sayılı yüksek Öğretim Kanununun 13. Maddesi rektör olarak atanacak öğretim üyesinin en az üç yıl profesör olarak görev yapmasını öngörmekteydi. Yasa koyucu burada muhtemelen liyakat, tecrübe, eşitlik, genellik gibi sosyal olgu ve etik değerleri baz alarak bu hükmü oluşturmuştu. Bu hükümdeki üç yıl şartı 2 Temmuz 2018 tarihli 703 Sayılı KHK ile kaldırılmış, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Rektörlüğüne atama yapıldıktan sonra 15 Temmuz 2018 tarihli 800 Sayılı KHK ile tekrar üç yıl şartı geri getirilmişti. Aynı üç yıllık şart bu kez 13 Eylül 2018 tarihli 17 Sayılı KHK ile kaldırılmış, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Rektörlüğüne atama yapılmış, akabinde tecrübeye ne gerek var düşüncesiyle olmalı ki şart yeniden konulmamıştır. Bu atamalarla ilgili detayı Sayın Kemal Gözler'in "Türkiye Nereye Gidiyor" isimli eserinden takip edebilirsiniz(3). Söz konusu tasarrufla hukuka ferman muamelesi reva görülmüştür. Tıpkı Dördüncü Murad'ın kendisi içtiğinde kaldırdığı, içmediğinde ise geçerli kıldığı alkol yasağı gibi.

B- HUKUKÇUNUN TEKNİSYENE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ

Öğretide hukukçu ile teknisyen ayrımı yapılır. İlki önüne getirilen davada adaleti tahakkuk ettirmek için hukuk biliminin muhtevasındaki tüm enstrümanları kullanan bir mühendis gibi davranırken; ikincisi, kendini, eline tutuşturulan yasayı motomot olaya uygulamakla sınırlı sayar. Son yıllarda maalesef rağbet ikincisine yönelmiş, birinci kesim tu kaka sayılmıştır. Ellere tutuşturulan metnin dışına çıkmak, "ben teknisyen değilim demek" ne mümkün. Aslına bakarsanız bu don kişotluğa gerekte yok. Doğal yasaların dizginlerinden kopmuş bir yargıç olarak kararlarının yükünü mevcut yasalara tahmil edip, yasaların konformizmine sığınmak dururken hukukçuluğa soyunmanın âlemi ne"(!)" Hukukçu ve teknisyen tasvirini biraz detaylandırıp, akabinde Can Atalay hakkında Yargıtay 3. Ceza Dairesinin verdiği karara değineceğim.

Hukukçu;

Hukuk bilimi muhtevasında kendi alanıyla ilgili tarih, sosyoloji, psikoloji, felsefe ve teknik gibi diğer bilimlere de barındırır. Hâkim, hukuk normlarına, tedrisinden geçtiği bu bilimlerin bütüncül bakışıyla yaklaşmalıdır. Çünkü hukukçuluk bu bütüncül bakışı gerektirir. Yeri gelmişken Friedrich A. Hayek'in "Hukuk, Yasama ve Özgürlük" isimli kitabındaki yargıcın hukukçuluğuyla ilgili "yargıcın terbiye edilmiş sezgisi, devamlı olarak, onu doğru sonuçlara, kendisi için cerh edilmez hukuki sebepler vermeye, şaşıracağı doğru sonuçlara götürür" ifadesini zikretmek isterim. Yine Yargıtay içtihadına yansımış hukukçu vurgusu içeren bir ifade; Hâkim gerektiğinde 'vicdanın temiz sesine uyarak' ve 'yasayı bile aşarak' adaleti gerçekleştirmekle görevlidir(4). Vecdi Aral'ın hukukçuyla ilgili tanımı; Hâkim, idesine göre, kanun koyucunun

bir uygulama organı değil, aksine tarihi kimliğinde, hukukun organı ve uygulayıcısıdır(5). Son olarak Roma Hukukuna yansıyan hukukçu yargıç tanımı; (Judex est lex loquenes) hâkim, konuşan canlı yasadır.

Teknisyen;

Teknisyen hukukun tekniğiyle ilgilidir. İnsanlar için ne önem taşıdıklarına bakmaksızın yazılı kuralları motomot uygularlar. Cicero'nun; ‘‘summum jus summa in jura (hukukun kesin bir biçimde uygulanması, en büyük haksızlıklara yol açar)’’ ifadesi teknisyence yaklaşımı tanımlar. Yine Vecdi Aral; ‘‘Adaletsiz sözü, hakkaniyete aykırı yargılara zorlayan yasalardan çok, bu yasalara rağmen hakkaniyetli bir karar vermeyen hâkimlere yöneliktir(6)’’ cümlesiyle teknisyen hakimleri deşifre eder. Rahmetli Vecdi Aral yaşasaydı ve günümüzde hakkaniyete uygun yasalar ve içtihatlarla rağmen adaletsiz karar veren yargıçları görseydi ne derdi acaba...

Can Atalay kararı;

Can Atalay Gezi Direnişi Davasında tutuklu olarak yargılanırken milletvekili seçildi. Davası yasa yolu aşamasında Yargıtay'da bulunmaktadır. Anayasanın 83. Maddesi yasama dokunulmazlığını düzenler. Bu maddeye göre; ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar hariç, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamazlar. Can Atalay Milletvekili seçildiği için yasama dokunulmazlığı çerçevesinde Anayasanın 83. maddesine göre hakkındaki davanın durması, kendisinin de tahliye edilmesi gerekir. Ancak Yargıtay 3. Ceza Dairesi Can Atalay'ın eyleminin Anayasanın 14. Maddesindeki ‘‘Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma, demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırma, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetleri yok etme veya sınırlandırılma’’ suçlarını oluşturduğunu, Anayasanın 83. Maddesinde ‘‘seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır’’ fıkrası bulunduğunu, bu yüzden sanığın yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağını belirterek davanın durdurulması ve tahliye taleplerini reddetti. Bu ret kararına Yargıtay 4. Ceza Dairesi nezdinde yapılan itirazdan da olumlu sonuç alınamadı.

Anayasa Mahkemesinin, 14. maddenin belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik koşullarına sahip olmadığı, bu yüzden anılan maddeye dayanılarak tutukluluk halinin devamına karar verilemeyeceği yönünde birden fazla içtihadı bulunmaktadır. Ben Anayasa Mahkemesinin içtihatlarından ziyade Yargıtay 3. Ceza Dairesinin ‘‘Açık bir şekilde 5237 sayılı TCK'nin 302,

307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Aksi takdirde Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne kasteden pek çok kanlı terör eylemini gerçekleştirdikleri için haklarında, sayılan mutlak terör suçlarından soruşturma ve kovuşturma bulunup yakalanması mümkün olmayan ve kırmızı bültenle aranan şahısların milletvekili seçilmesinin ve yemin ederek göreve başlamalarının önü açılır ki bu durumun hukuken isabetli olduğunu savunmak mümkün değildir" şeklindeki gerekçesi üzerinden kararı irdeleyeceğim.

1- Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, 14. Madde muhtevasını, henüz gerçekleşmemiş "çok kanlı eylemlere katılıp haklarında kırmızı bülten bulunan kişilerin milletvekili seçilmesinin önü açılma ihtimali gibi" vehmin vücut verdiği bir takım ihtimaller gözetilerek suç tipleriyle doldurduğu görülmektedir. Bu tarz bir yaklaşım hukuk bilimiyle bağdaşmaz. Zira hukukun özü ihtimal değil tecrübedir(7). Şimdiye kadar Dairenin gerekçesinde söylediği gibi çok kanlı terör olaylarına katıldığı için hakkında kırmızı bülten çıkarılıp ta milletvekili seçilmiş bir kimse yoktur. Oysa Mustafa Balbay, Engin Alan, Enis Berberoğlu, Ömer Faruk Gergerlioğlu gibi onlarca kişinin siyasi davalarla özgürlüklerinin ellerinden alınmaya çalışıldığı, kamu vicdanıyla bağdaşmayan bu uygulamanın adı geçenlerin milletvekili gösterilerek aşıldığı, durumlarının Anayasa Mahkemesi kararlarıyla meşruiyet kazandığı bir gerçektir. Dairenin hükmüne gerekçe yaptığı vehminden doğan ihtimal, hukukun özünü oluşturan ve şimdiye kadar ülkemizde biriken tecrübeye aykırıdır.

2- Önümüzde yorum yoluyla genişletme imkânının olmadığı/olamayacağı bir ceza davası bulunmaktadır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasanın 14. maddesinin sahip olmadığı belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik durumunu yorum yoluyla sanık aleyhine genişletilerek ceza hukukunun kanunilik prensibine açıkça aykırı davranmıştır.

3- Anayasanın 14. Maddesinin üçüncü fıkrası "bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir" hükmünü taşımaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi Gergerlioğlu kararında Anayasanın 14. maddesindeki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik durumunu yasama organının düzenlemesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, yetkisini aşarak, daha doğrusu yasama organının yetkisini gasp ederek 14. madde muhtevasını 5237 sayılı TCK'nin 302, 307, 309, 310/1, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile doldurması en hafifinden yargısal aktivizmdir.

4- Anayasa Mahkemesinin Can Atalay'ın durumuyla aynı olan Enis Berberoğlu, Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Leyla Güven kararlarında tutukluluğu ihlal saymış olmasına karşın, Yargıtay

3. Ceza Dairesinin bu kararları görmezden gelerek Can Atalay'ın tutukluluk halinin devamına karar vermesi içtihadı aktivizmdir(8).

SONUÇ İTİBARIYLA;

Beşeriyet hukuk sayesinde yerleşik ve medeni bir yaşama kavuşmuştur. Hukukun içerisinde insanlığın biriktirdiği ilim, sanat, tecrübe, liyakat gibi sosyal olguların yanı sıra, özgürlük, eşitlik, nesafet ve cesaret gibi etik değerler bulunmaktadır. Medeni yaşamı özümsemiş, halkının mutluluğunu arzu eden, adaletin bir değer olduğuna inanan herkesin hukuka sahip çıkması gerekir. Hukukun içi boşaltılarak norma indirgenmesi vahşet ve bedeviyete davetiye hükmündedir. Hukuk normları soyut ve geneldir. Somut olayın adaleti bu normların inşa edilmiş mantığını anlamakla mümkündür. Buda, normu, bir örgüyü söker gibi sökebilen, akabinde normun ifşa ettiği, gizlediği ve dışladığı tüm anlamları kavrayarak, somut olayın özel yasasını inşa etme bilgi ve becerisine sahip hukukçuyla mümkündür. Teknisyenle adaleti kotarmaya çalışmak, bir bakıma yedek subayla orduyu yönetmeye ve savaşa girmeye benzer.

1. Karl R. Popper, Açık Toplum ve Düşmanları, Liberte Yayınları 2010, 2. Cilt, Sayfa 31
2. Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları 2003, Sayfa 255
3. Kemal Gözler, Türkiye Nereye Gidiyor, Ekin Yayınları 2020, Sayfa 527-531
4. Yargıtay 1. Hukuk Dairesince tesis edilen 1978/2980-3172 sayılı Kararı
5. Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Fakülteler Matbaası 1975, Sayfa 90
6. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi 1992, Sayfa 134
7. Friedrich A. Hayek'in, Hukuk, Yasama ve Özgürlük, Türkiye İş Bankası 2012, Sayfa 139, 205
8. Yargısal Aktivizm, Serdar Korucu, Seçkin Yayınları 2014, Sayfa 55