

YASACILIK ve HUKUKCULUK ÜSTÜNE

Asis. Dr. Rona SEROZAN

*Adaletle aykırı hukuk olamayacağı gibi,
sağduyuya aykırı mantık da olamaz.*

RENARD

Memleketimden hukuk manzaraları :

Dernekler Yasasının 13'üncü maddesinin «siyasetle iştigal yasağı» deyimini öğrenci derneklerinin siyasal renkte bildiri yayınlama yasağı olarak karşılama...

Anayasanın 21'inci maddesinde dile gelen bilimi öğretme ve yayma özgürlüğü ile 40'inci maddesinde dile gelen özel teşebbüsler kurma özgürlüğünden ve 120'nci maddesinin devlet eliyle kurulması zorunlu kuruluşlar olarak yalnız «Üniversiteler» i anmış olmasından, «Üniversite» levhasını taşımayan «Özel Yüksek Okullar» ın Anayasa-ya uygun kuruluşlar olduğu sonucunu çıkarma...

Memur boykotlarına, Devlet Personeli Yasasının memurlara grev eyleminde bulunmayı yasaklayan 27'nci maddesine ve Ceza Yasasının «devlet memurlarından üç veya daha çok kimsenin önceden aralarında vaki olan karar ve uyuşmaya dayanarak usul ve nizam hilâfına memuriyetlerini terk» den söz eden 236'nci maddesine dayanarak - hiç çekincesiz - 'suç' etiketini takma...

Anayasanın temel haklar çatısı altında açıkca ön görülmediği ve Anayasanın başlangıç bölümünde de meşruluğunu yitirmiş bir iktidara karşı kullanılmış olmakla tükendiği anlaşılabilceği için, yurttaş yararına, devlet güçlerine karşı direnme hakkını tanımama...

«Üniversiteler, kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organları eliyle yönetilir ve denetlenir» diyen Anayasanın 120'nci maddesinden öğrencilerin Üniversite yönetimine katılmıyacakları sonucunu çıkarma...

Ceza Yasasının 141 ve 142'nci maddelerine dayanarak, belirli fikir sahiplerine (bu arada bir kompozisyon ödevinde Lenin adına yer vermiş bir öğrenciye) 'fikir suçlusu' damgasını vurma...

Ölüm cezasının uygulanabilirliği sonucuna «..... mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkilerindedir» diyen Anayasanın 64 üncü maddesine dayanarak varma...

Polis Ödev ve Yetki Yasasının 8'inci maddesinin D bendine dayanarak tiyatrolar kapatma...

Ceza Yargılama Usulü Yasasının 86'ncı maddesine dayanarak kitaplar toplatma...

.....

Çirkin manzaralar!

..... Beynin insanlığa kapalı karanlık odasında sofistیک bir dialektikle yasa dilinin filolojisi, yasa kavramlarının skolastiği, -sözün özü- düpedüz 'hukuk simyagerliği' yapılmakta; hukukun 'adalet' ve 'yerindelik' (opportunité) değerleri, 'yasaya bağlılık - hukuksal güvenlik ve istikrar' 'alibi'sine sığınarak şeytanlar potasında hiç acımasız, duyarsız, alabildiğine eritilmekte...

Hukuku totemist-mistik-kavramsal bir mantıkla tanrısal bir kesin buyruk (kategorik emperatif), bir ebedî 'yazılı akıl' katına yüceltikleri yasalara indirgeyip kemikleştiren ve gömen, hukuk uygulamasında skolastik, metafizik ve dedüktif (tümden getirici) bir düşünce yöntemini benimseyen, hukuka ve insanlığa yabancılaşmış 'hukuk simyagerleri', 'yasa bilgicileri', bizi binyılların ayırdığı Solon'un, Aristoteles'in ve yüzyılların ayırdığı Thomas Aquino'nun bile gerisine düştüklerinin farkında değiller.

Bundan 2500 yıl önce Solon, kendisinden, hazırlayıp kaleme aldığı yasaların hangi anlama geldiği sorulmasın, bu yasalar yaşamın

kesintisiz akımına uyabilsin diye, kolay ulaşılamayacak bir adaya çekilmişti. 2300 yıl önce Aristoteles, «Nikomak Etiği» adlı yapıtında şöyle sesleniyordu: «Yasaların genel ve soyut kurallarına uymayan bir olayla karşılaşan yargıç, yasa kuralını bugüne ve bu yere taşınmış bir yasa koyucusunun derisi altına girerek düzeltmelidir». Thomas Aquino'nun 900 yıl önce kalme alınmış «Summa Theologica»sında da şu çarpıcı sözlere rastlıyoruz: «Bazı olaylar karşısında yasalar iflâs eder. Bu gibi durumlarda, yasanın harflerine göre değil, fakat yasa koyucunun, kurallarını koyarken gözönünde bulundurduğu adalet değerine göre karar vermelidir. Çünkü bu olayları önceden görebilseydi yasa koyucunun kendisinin adalete uygun bu yargıç kararını da yasasına yerleştirmiş olacağı kuşkusuzdur.»

*
*

Hukuk uygulamasında skolastik-metafizik-dedüktif (tümden getirci) soyut ve kurgusal (spekülatif) düşünce yönteminin yerini, bugün artık tüm bilimlerde uygulanagelen ve 'var olan'a 'somut'a eğik, önsel (apriori) ve saltık (absolu) değer yargılarından arınmış, endüktif (tüme varıcı) düşünce yöntemi almıştır. Toplumbilimci, olaybilimci, gerçekçi, akılcı 'hukukçu', artık yaşam gerçeklerini yasa kurallarının Prokrust yatağına yatırmamakta; tersine, yasa kurallarını yaşam gerçeklerine uydurmakta, yaşam gerçeklerinin hukuksal gücünü tanımaktadır. Hukuksal dünya görüşünde (Fenomenolojinin, Eksistansiyalizmin, Ontolojinin, Dialektik maddeciliğin, Neo-Pozitivizmin izlerini taşıyan) bu yeni anlayışı benimsememiş olan 'hukuk astrologları' ile Kopernik'in evren kuramındaki devrimini benimsememiş olanlar arasında hiçbir fark yoktur.

*
*

Eski insan topluluklarında hukuksal yargılar yasalardan uslanmazdı. Örneğin Roma'da praetor, yurttaşlarının uyuşmazlığını çözüme bağlarken somut olay adaletini yazılı hukuktan geniş ölçüde bağımsız olarak gerçekleştirirdi. (Roma hukukunu günümüze dek diri tutan da geniş ölçüde bu 'serbest' praetor uygulaması olmuştur.) Ne var ki zihinsel eylemleri mekanikleştirmek, yalınlaştırmak ve böylelikle zihinsel çabayı azaltmak, düşünsel eylemlerde tutumluluğu sağlayabilmek için, zamanla, somut olaya ilişkin yargı yazılı hukuk kılığına sokulmaya başlandı ve böylece bir somut olaya ilişkin yargıya kendisinden sonra gerçekleşebilecek olaylara da yaygın ge-

nel bir yürürlük gücü kazandırıldı. Fakat bu kazüistik (tek olaycı) yol, her somut olayın değişik özellikler göstermesi karşısında bırakılarak, yasa kuralları olanaklı olduğu ölçüde soyutlaştırılmaya başlandı. «Başkasının gözünü çıkaran cezalandırılacaktır» kuralı, başkasının kulağını koparanın da çıkması üzerine, «Başkasına zarar veren cezalandırılacaktır» s o y u t kuralına çevrildi.

Yasaların doğum ve gelişimindeki bu ilkel kökenleri tanıladıktan sonra, yasaların -üzerinde oynanmaz- bir 'kesin buyruk' oluşturduğunu ileri sürmek, salt totemist-mistik bir mantığa, bir 'fikir alışkanlıkları kölesi'ne yakışır. Hukukcunun, insanın düşünme tembelliğinin ürünü olan soyut yasa kuralını biricik hukuk kaynağı olarak görmesi ve somut yaşam gerçeğinin hukuksal gücünü (die normative Kraft des Faktischen — JELLİNEK —) yadsıması, hukuku (ve beteri : aklını) yadsıması olur. Yasa koyucu, kazüistisizmden (tek olaycılıktan) imgeleme gücü ölçüsünde uzaklaşarak alabildiğine s o y u t kuralların dökümünü yapsa bile, dinamik yaşamın uçsuz bucaksız, önceden kestirilmesine olanak bulunmayan, hesaba kitaba gelmez, kesintisiz bir evrime açık olaylarına egemen olamaz; yasal kapıların s o y u t hukuksal olguları s o m u t yaşam olgularının milyarda birini kucaklayamaz.

Yasaların, tarih süreci içerisinde belirli bir zaman diliminin (tutumsal ve toplumsal) ahlâk anlayışını (bir buyruk biçiminde) çimentolaştırdığını, belirli bir çağın egemen olan sınıfının iradesini ebedileştirmeyi amaçladığını, imdi hukuk dünyasına çıktıktan bir süre sonra, dialektik toplumsal ve tutumsal evrimin ardında kalacağını, yaşam gerçekleri ile çelişeceğini algılayabilmek için, mutlaka bir «Hukuk Başlangıcı» dersi öğrencisi olmak gerekmez. (1)

,

«Soysuz insan» diye nitelendirilen suçlunun ashnda «soylu insan» diye nitelendirilen kişinin uykusunda (düşünde) işlediği suçu uyanırken işlemekten başkaca bir günahı olmadığını, tüm kötülüklerin nedeninin erinlik öncesi çocukluk dönemindeki minik psişik traumalarda aranması gerektiğini tanıtlamış psikoanaliz okulunun bulgularından sonra, saltık bir 'irade özgürlüğü' mitine dayanan bir Ce-

1) «La vie est faite de ruptures d'unités et de brèches à la logique» — Yaşam, bütünün çözülmeleri ve mantıkdaki yarıklardan oluşur— SALEİLLÉS

za Yasası, nasıl olur da hiç çekincesiz yürürlük gücü taşıyabilir? (2) Cezanın amacına ilişkin görüşler, düşünsel evrim sonucu dipten doruğa değiştikten, arkaik 'kefaret düşünüsü' yerini 'iyileştirme düşünüsü'ne, 'repressif ceza hukuku' anlayışı yerini 'prevantif tedbirler hukuku' anlayışına bıraktıktan sonra ölüm cezası nasıl uygulanabilir? (3) «Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» diyen Ceza Yasasının 44'üncü maddesi nasıl kayıtsız yürürlük gücünü sürdürebilir de suç işlediğini, vicdanının sesine kulak vermiş olduğu halde algılayamamış, hukuka aykırılık bilinci taşımamış bir fail (başta anılan örnekteki öğrenci) cezalandırılabilir? (4) Failin iktisadî ve psişik alt yapısı nasıl boşlanır? Gandhi'yi bile hücreye tıkayabilecek koyu faşist bir ceza yasası nasıl olur da 'yasa kuralı faşizmi' ile uygulanabilir?

19'uncu yüzyılın, hattâ yer yer (beteri) Roma ve Bizans hukukunun anakronik tutumsal ahlâk ve eşitlik (suum cuique) anlayışını dondurmuş ve bencil 'homo economicus'un, Numerius Negidius'u so-palarla kovalayan, zincirlere vuran Aulus Agerius'un ve mülkiyet fetişinin yaftasını taşıyan Türk Yurttaşlar ve Borçlar Yasaları bugün nasıl olur da 'yasa fetişimizi' ve hepsi 'von' takısını taşıyan soyluların, burjuva hukuk otoritelerinin pandektoloji yöntemiyle uygulanabilir?

Özel Yüksek Okullar faciasını yaşamamış bir Anayasa koyucusunun önüne geçmemiş bulunması doğal olan Özel Yüksek Okulların

2) 'frade özgürlüğü' konusunu bir 'felsefî spekülasyon' (!?) olarak aşağı-layan ve bu konunun hukukcuyu değil de filozof veya kriminologu ilgilendirdiğini ileri süren ceza hukuku otoritelerimiz (Bk. DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 4 üncü bası, İstanbul, 1967-69, I 107 ve II 165/166) için söylenecek söz bulunamaz.

3) Ceza hukuku otoritelerimiz (Bk. DÖNMEZER - ERMAN, II, 668/69) —ne acıdır— «Ölüm cezasının zarurî bulunup bulunmadığı konusu bir zaman (!?) ve maksada uygunluk (!?) meselesi...» dir; «rasyonel olmaktan ziyade hissi» dir diyerek ölüm cezasının meşruluğunu «..... bu günün Türkiye'sinde umumi ef-kârın ölüm cezasının ilgasını terviç eder temayül arzelmekte...» bulunmayışına dayandırmaktadırlar.

4) «Türk Ceza Kanununun 44 üncü maddesinde sarih olarak kanunu bil-memek mazeret sayılmaz denilmiştir. Böylece (!?) Türk Ceza Hukuku bu ko-nuda geleneksel görüşe (!?) taraftar olmuş bulunmaktadır.» diyen DÖNMEZER-ERMAN'ın (I, 200) bu anakronik görüşünü, yazarların taraftar buldukları 'teknik hukuk' (!?) plâtosunda bile çökertmeye yetecek kanıtlar için bk. BAUMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bielefeld, 1968, § 27 III; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59 N V.

kuruluşu, günümüzün değişik bir boyut kazanmış maddî anlamda demokrasi anlayışı ile nasıl bağdaşır?

Bırakalım yasa üstüne çıkmayı, yere basmayı; salt (Ana) yasa platosunda kalalım, (ana) yasal kalıplar içerisinde düşünelim :

Bilim özgürlüğünün düşünceleri açıklama özgürlüğünden ayrı ve özel olarak düzenlenişi ve Üniversitenin özerkliği ile birlikte ele alındıkta, her türü dış bücün Üniversiteye dolaysız ya da dolaylı baskısını, müdahalesini, etkisini önlemeyi amaçladığı kabul edilmek gereken Anayasanın 120'nci maddesinin, tarih çarkı gerisin geriye çevrilerek, demokratizasyona (öğrencilerin yönetime katılmasına) kırmızı ışık yakan klerikal-feodal bir Ordinariuslar egemenliğini, bir Ordinariuslar özerkliğini (!?) ön görmüş olduğu nasıl ileri sürülebilir?

Düşünceleri açıklama özgürlüğünün günümüzde kazandığı soylu, boyutlu anlam karşısında, Batının kapitalist rejimlerinin "repressif tolerans" sığılğındaki hoşgörüsünü bile esirgeyen güvelenmiş Dernekler Yasasının 13'üncü maddesi ile Ceza Yasasının 141 ve 142'nci maddeleri nasıl ortodoksa uygulanabilir? Boykota kışkırtıcı bir düşünce açığa vurması nasıl koğuşturma konusu yapılabilir? Kitaplar nasıl toplatılabilir? Tiyatrolar nasıl kapatılabilir?

Ahlâka aykırılık kavramı, feodalite ve burjuva ahlâk anlayışının yaftasını, ahlâka aykırılığın (iradesi 'özerk' bile olsa 'özgür' olmayanlar yararına) tutumsal bir içerik kazandığı günümüzde nasıl hâlâ taşıyabilir?

..

Evet...

Asla tanrısal ve ebedî 'yazılı akıl' (ratio scripta) sayılamayacak, gerçek (reel) değil, fakat salt saymaca (nominel) bir değer taşıdığı söylenebilecek olan 'yasa', şematik bir 'lojik' ile değil, olsa olsa bilinçli bir 'teleoloji' ile uygulanabilir.

..

Adaletle çelişen, ülkenin ve çağın gereklerine ters düşen bir yasa kuralına yargıcın uymayabileceği ne ölçüde kuşkusuz ise, böyle bir

yasa kuralına karşı yurttaş için 'boyun eğme ödevi'nin de söz konusu olmayacağı o ölçüde kuşkusuzdur. Bir 'meşru müdafaa hakkı' olarak ve bu hakkın sınırları içerisinde, yasamaya ve yürütmeye karşı **direnme**, kişinin en doğal hakkıdır (hatta **ödevi**dir). 'Yasacılar' direnme hakkının Anayasanın başlangıç bölümünde yer almadığını Anayasa sözcüklerini kırk yarararak 'karanlık'da tartışadursunlar, (pasif ve de aktif) **direnme hakkı Anayasanın hiçbir bucağında yer almamış olsa bile, Anayasa öncesi ve üstü bir 'insan hakkı' olarak (ışık gibi) vardır.** (5)

∴

Montesquieu'nün yasama, yürütme ve yargı organlarının işlevlerini kesin ve katı çizgilerle ayırmış olan köhnemiş 'kuvvetler ayrılığı dogması'nda bir hacıyatmaz inadı ile bekinenler, hukuk uygulayıcısını bir 'tasımlama (syllogisme) otomati ve robotu', bir 'yasa pağanı' (6) olarak karşılıyanlar, bir 'fikir robotu' olmaktan öteye geçememiş olanlardır. Yasanın 'Tanrı buyruğu' olduğu, hukuk uygulayıcısının ise bir 'insan' bile olmadığı görüşü, ancak bir 'hukuk yobazı'na yakışır. Batıda yasama organının kural koyma tekeli yıkılabı onyıllar olmuştur. T.C. Anayasasının 132'nci maddesi, yargıcın Anayasaya, yasaya, **h u k u k a** ve vicdanı kanılarına göre hüküm vereceğini, 8 inci maddesinin 2'nci fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin yargı organlarını da bağladığını, 2'nci maddesi de Türkiye Cumhuriyetinin bir «**kanun devleti**» değil, fakat «..... insan haklarına dayanan (şekli anlamda değil, maddi anlamda) **hukuk devleti**» olduğunu belirtmekte bulunduğuna göre, 'yasacılar'ın da artık yasaların —bir karış olsun— üstüne çıkarak yere basmaları, (ürkmesinler!) (Ana) yasaya bağlılık yeminlerine bir 'sadakatsizlik' olmaz!

∴

5) Bk. HEYLAND, Das Widerstandsrecht des Volkes, 1949; SCHNEIDER, Widerstandsrecht in Staatsrecht und staatstheorie der Gegenwart, 1964; MANZ, Deutsches Staatsrecht, 1969 (sayfa 90); Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 5, 86. İşte bu direnme hakkı 'yasaya aykırı' öğretmen boykotlarını 'hukuka uygun' kılar; bu görüşü dile getiren bildirimleri, söylevleri ve bu satırları da «cürüm sayılan fiili övme veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik» suçunun (Ceza Yasası Madde 312) olgular bütününden çıkarır.

6) «La bouche qui prononce les paroles de la loi» (MONTESQUIEU).

Yasalara (mistik) bağlılığın kalktığı, yasaların insancıl ve bilimsel hukukculuğun gerektirdiği biçimde sulandırıldığı anda hukuksal güvenliğin kalkacağı, hukuksal istikrarsızlığın yerleşeceği kaygısı yersizdir. Asıl keyfilik (hukuksal güvensizlik), kavram hukukcularının (kavramsal düşüncenin de bağlı bulunduğu 'kutuplaşma yasası' uyarınca kaçınılmaz olarak ortaya çıkan) çelişik çözümlerinden ileri gelmektedir. Bir yasacı- kavram hukukcusu, biçimsel mantık kurallarına yüzde yüz düşer yolda, bir uyumsuzluğu, yasadan tersten kanıtlama (mefhumu muhalifden istidlâl) yoluyla olumsuz bir çözüme bağlamışsa, bir başka yasacı- kavram hukukcusu, yine biçimsel mantık kurallarına yüzde yüz uygun düşer yolda, aynı uyumsuzluğu yasadan örnekseme (kıyas) yoluyla olumlu bir çözüme bağlayabilecektir. Hukuk edebiyatını şöyle bir yüzeyde taramak bile 'yasa bilgicileri'nin, 'kavram satranççıları'nın nasıl bir 'zar oyunu' oynadıklarını görmeye yeter. Ruhsal, toplumsal ve tutumsal gerçeklere sırt çevirip yasa kurallarını, yasal kavramları, yasa koyucusunun iradesini mistik bir inançla putlaştıranlar, adaleti ancak tesadüfen tutabilecek (tutturabilecek) uyurgezerlerdir.

Gerçek anlamda hukuksal güvenliği ve istikrarı, yargılarını yasalardan tümünden gelim yoluyla uslamlayan kurgusal 'yasa ve kavram bilgicisi' değil, ancak o anda o somut olayın o somut çevredeki kahramanlarına inen ve somut olaydan tüme varan bir gerçekçi, olaybilimci 'hukukçu' gerçekleştirebilir.



Geleneksel 'hukuksal güvenlik ve istikrar' patetik yutturmacası ardında hukukun değil de yasaların egemenliğinden söz edenler, bilinçli veya bilinçsiz olarak, egemen sınıfın çıkarına kulluk edenlerdir. Gömlek fabrikasında gömlek çalan işçiyi cezalandırıp, sökülmiyecek gömlek yapımına ilişkin patenti kasasına kilitleyen işvereni cezalandırmayan yasaların egemenliği anlamında bir hukuksal güvenlik, son tahlilde, egemen sınıfın yerleşik tutumsal düzen güvencesi ve statükoculuk anlamına indirgenmiş olur. Gerçek anlamda bir hukuksal güven, egemen sınıfın vekili olan yasa koyucusunun (yurttaşlarca değil kavranmak, bilinemez) yasalarına değil, bu yasaların hacrinden sıyrılmış bağımsız bir yargıca karşı beslenebilir. Evet, gerçek anlamıyla bir hukuksal güvenlik, yurttaşlar arasında, benzer olgularda her zaman benzer yargılara varılacağı yolunda bir inancı yerleştirme

olmayıp, her zaman 'adaletli', 'yerinde' yargılara ulaşılacağı yolunda bir inancı kökleştirmedir. Hiç kuşku duyulmasın : Günün ve yerin gereklerine değer veren, somut olgulardan tüme varan bir yargıcın kararları her zaman adaletli olur, önceden kestirilebilir. Çünkü bu kararlar 'sokaktaki adam'ın da yargısıyla uyuşacaktır. Kavramsal düşünceyle şartlanmış aklın değil, sağduyuya ve adalet değerlerine bağlı aklın yolu 'bir'dir. Tüm yaratıklarda (kısas ilkeliğinde bile olsa) mevcut adalet duygusu, insanoglunda soylu bir hakkaniyet duygusuna çevrilmiştir. Yasalarla şartlanarak hukuka yabancılaşmış 'yasa-cı' bir 'Karakuş', her insan ise bir 'Hazreti Süleyman'dır!

..

Sevimli, güleç bir hukuku gerçekleştirecek, hukukçuyu yurttaş indinde bir 'tezvirci', aydın indinde bir 'tutucu', bazı düşünürler indinde de 'kötü insan' olmaktan kurtaracak, hukukçuluğu bir ' utanç uğraşısı'ndan bir 'kıvanç uğraşısı'na dönüştürecek gerçek hukukçular, fildişi kulesinde tüm otoritelerini yitireceklerinden, bilgiçlik mitlerinin çökeceğinden ürken ve yasa - hukuk özdeşliği saplantıları yerine beş duyularından caymayı yeğleyen apatik 'yasa bilgicileri'nin 'Çin Seddi'ni yıkmalı...

«Summun ius - summa iniuria» diyen Cicero'nun, «iyi hukukcu - kötü insan» diyen Luther'in, «Hukuk, hukukcudan başka herkesin bildiğini metodlu olarak görmezlikten (bilmezlikten) gelme sanatıdır» diyen Bentham'ın yalancı çıkarılması gecikmiştir bile...

. .Çözülsün artık gözleri bağlı terazi tutan adalet tanrıçasının gözlerinin önünden kör - ebe - bağı! Bitsin bu insanlığa ve hukuka yabancılaşma!