

Türkiye’de Hukuk Devleti İnşa Süreci

İnsanlık tarihi boyunca, özgürlüğe yönelik en büyük tehlikeler devletlerden gelmiştir. Bu nedenle en büyük örgütlü güç olan devletin sınırlandırılması fikri insanın doğasında olan özgürlük istenciyle doğrudan ilintilidir. Öyle ki Woodrow Wilson “özgürlüğün tarihi,devlet gücünün sınırlandırılmasının tarihidir” der. Nigel Ashford ise “kanun hakimiyetindeki bir devlet ile keyfi güçlerin hakimiyetindeki arasındaki fark gideceğimiz bir yere varmamız için arabamızla hangi yolu takip etmemiz gerektiğini bize gösteren bir işaret levhası ile nereye ne zaman gideceğimizi bize söyleyerek hareket özgürlüğümüzü kısıtlayan bir devlet bildirisi arasındaki fark kadar büyüktür” demiştir.

Devletin salt bir otorite kaynağı (mutlak güç) olmaktan çıkarılıp, sınırlı hale getirilmesi düşüncesiyle oluşan hukuk devleti siyasi ideali bugün devlet örgütlenmesinin dayandığı temel ilkelerden biri olarak görülmektedir. Hukuk devleti genel hatları itibariyle; tüm eylem ve işlemlerinde bireyi öncelikli alıp hukuka bağlı kalan, vatandaşların rızası ile genel, soyut ve insanlık tarihinin tecrübesiyle oluşmuş temel hak ve özgürlüklerin temeli olduğu, belirli kişi ve grupların lehine veya aleyhine olmayacak şekilde yapılmış yasaların oluşturduğu, Fredieric Bastiat’ın ifadesiyle, “bireyin meşru savunma hakkının kolektif organizasyonu” olan hukuk karşısında tüm vatandaşların hatta devlet ve vatandaşın eşit olduğu siyasi bir idealdir. Kanunla sınırlandırılmış devlet idealinde, devletin müdahale, bireyin özgürlük alanları yasalarla belirlenmiştir. Bu noktada bilhassa üzerinde durulması gereken yasaların meşruluğu konusudur. Kanun ve hukuk devleti farkının tezahür ettiği nokta da burasıdır. Başka bir ifadeyle, tüm devletler belirli kurallar koyup, oluşturulan bu kurallara bağlı kalabilirler. Ama bu devletlere hukuk devleti demek sahih olmaz. Bu yaklaşım yasakçılıkla hukukiliği özdeşleştirir ve yasakçı rejimlerin –konulan kanunlara bağlı kalmak

şartıyla- hukuki olduğunu kabul eder. Böyle bir perspektife sahip olan normativist hukukçu Hans Kelsen, Nazilik'in hukuki olduğunu söylemekte beis görmemiştir.

Türkiye'nin Hukuk Devleti İdealiyle İmtihanı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uluslararası bir kuruluştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış temel haklara binaen karar verir. Mahkemeye, bir kamu otoritesinin (parlamento, idare, mahkeme vb.) sorumluluk alanına giren işlemlerinden dolayı şikâyetle bulunabilir. Mahkeme kişilere veya kuruluşlara karşı yapılan şikâyetlere bakmaz. Başka bir deyişle AİHM devlet ve vatandaşın karşı karşıya geldiği davalara ilgilenir. Mamafih geçtiğimiz sene en fazla mahkûmiyet Türkiye'ye karşı verilmiştir. Sadece bu resme baktığımızda bile ülkemizde devlet ve hukuk ilişkisini yeniden düzenlenmesi gerektiğini görebiliriz.

Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Hukuk devleti ideali çok boyutlu bir kavram olmakla birlikte, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı boyutu, gerçekleşebilmesi için zaruri bir koşuldur. Bu ilke onun özsel niteliklerindendir. Çünkü devlet gücünün sınırlandırılıp denetlenebilmesi ve yasaların genel olması bu şekilde sağlanabilir. Kendi içinde incelediğimizde bu ilke birbiriyle doğrudan ilintili iki ilkeden oluşur. Öyle ki bağımsız olmayan bir yargının tarafsız olabileceğini söylemek mesnetsiz bir açıklama olur.

Ülkemiz açısından yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını incelersek ilk olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başkanın adalet bakanının olması garabetiyle karşılarız. Bu yapı ne parlamenter sistemin kuvvetler ayrılığı ilkesi ne de hukuk devleti idealiyle uyuşur. (Avrupa'da hem bakan, hem de müsteşarının HSYK üyesi başka ülke bulunmamaktadır.) Adalet Bakanını HSYK başkanı yapıp ona “adalet müfettişlerine soruşturma izni verme” gibi

görevler yüklersek yargıyı yürütmenin altında konumlandırmış oluruz. Bu yargının bir emir-komuta mantığı içinde çalışmasına neden olacaktır. Fiiliyatta incelediğimizde hâkim adayları, yazılı sınavla birlikte adalet bakanlığı tarafından “mülakata” tabi tutulmaktadırlar. Bu sınav yöntemi nepotizmin ahlaki bir davranış olarak kabul edildiği ülkemizde kabul edilemez. (ÖSS sisteminin dünyadaki en güvenilir sınav sistemlerinden olduğu söyleyen hükümet hâkim adaylarına neden ayrıca mülakat yaptığı ayrı bir soru işaretidir.)

Hukuki aktivizmi Nigel Ashford “hukuki kararların doğrudan yargıçların tercihlerinin ve ön yargılarının, onların doğruya ve yanlışa ilişkin görüşlerinin verdiği kararların yansıması” olarak tanımlar ve tarafsızlığa ilk darbenin buradan geldiğini söyler. Yani hukuki aktivizm yargıçların davalara hukukun değil kendi perspektiflerinden – iyi / doğru anlayışlarından- bakmasıdır. Devletin ideolojik bir taraf olduğu, bu ideoloji ışığında makul ve sakıncalı vatandaş tanımlarının yapıldığı ve vatandaşların –dolayısıyla hâkimlerin- eğitim hayatı boyunca resmi ideoloji doğrularının mutlak doğru olarak gördüğü bir konjonktürde bulunmamız, hukuki aktivizmi beraberinde getirmiştir. Sonucunda hukuk, negatif olma özelliğini yitirme noktasına gelmiştir. İnsanların nasıl düşünmesi gerektiğini, ifade özgürlüğünü hangi konularda kullanabileceğini ceza yaptırımlarıyla belirlenmeye çalışılmaktadır. Bu çarpık yapının son kurbanlarından Atilla Yayla, ifadelerinin resmi ideolojiye ters düşmesinden dolayı hüküm giymiştir.

Hukuk Önünde Eşitlik

Eşitlik ve aynılık kavramaları çok karıştırılan iki kavramdır. Bilhassa kapalı / köktenci ideolojiler insanların eşitliğini aynılık olarak yorumlayıp bir tek tipleştirme çabasına girmişlerdir. Ancak insanlar kültür, din, cinsiyet, siyasi görüş, felsefi düşünce bakımından birbirinden farklıdırlar. Hukuk önünde eşitliğe baktığımızda önemli olan “hak eşitliğidir”.

Daha açık bir ifadeyle söylemek gerekirse aynı durumda olanların içinde imtiyaz sahibi yaratmamaktır. Bu ilke farklı olan insanların -din, dil, ırk, sınıf, cinsiyet, felsefi görüş bakımından- aynı muameleyi görmelerini beraberinde getirmemektedir. Bu bağlamda Aleviler'in zorunlu din dersinden muaf tutulmasının onlara imtiyaz sağlayacağı görüşü mesnetsizdir. Farklı dinden olan insanlara zorunlu olarak din dersi verip bu uygulamayı eşitlikle ilişkilendiremeyiz. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İzmir 1.İdare Mahkemesi ve Danıştay 8. Dairesi tarafından bu dersin insan hakları sözleşmesinin "eğitimde ailenin dini ve felsefi inancına saygı gösterir" ilkesine uygun olmadığı yönünde kararlar alınmıştır.

Mustafa Erdoğan genel eşitlik ilkesini "kişiler arasında 'haklı' bir neden olmaksızın ayırım yapılmaması" olarak tanımlar.(1) Haklı nedenler ise uluslar arası hukuksal normlarda din, dil, ırk, soy, sınıf, cinsiyet, felsefi inançlardır. Bunlar geneli itibariyle doğuştan kazanılan özelliklerdir. Bu farklılıkların dışında, genel eşitlik ilkesinin –yargılanan kişinin lehine ve aleyhine- dışına çıkılmamalıdır. Sanığın kimliği ve yargılanmakta olduğu suç / suçlar onun adil yargılanma hakkını elinden alamaz. Bunu AİHM, Abdullah Öcalan-Türkiye/2003 kararıyla bir kez daha ortaya koymuştur;

AİHM, başvurucunun avukatlarının dava dosyasına ulaşmalarına geç bir tarihe kadar izin verilmemesinin savunmanın karşılaştığı güçlükleri katlandığını, bunun da başvurucunun, bir sanık olarak 6.madde kapsamında sahibi olduğu savunma haklarını kullanmasının güçleştirdiğini kabul etmektedir.(2) Kamuoyunun genel tavrı etkisinde kalan mahkeme bu olayı görmezlikten gelse de hukuk açısından baktığımızda genel eşitlik ve savunma hakkının çiğnenmesidir.

Devletin Hukuka Bağlanması ve İstikrar

Hukuk devleti idealinde, devletin bütün kuvvetleri – yasama, yürütme, yargı- hukukun belirlediği çizgiler içindedir. Hukuk normları ile belirlenen görevler yine hukuku denetiminde icra edilir. Devlet faaliyetlerinin sınırlarını ve bu sınırların ihlal edilip edilmediğini kontrol eden hukuk normları, devleti temel hak ve hürriyetlerin hizmetine sokan, birey eksenli bir yapıya sahip olmalıdır. Bu ilke Serap Yazıcı'nın işaret ettiği gibi devlet yönetiminin keyfiliğini önleyici pozisyonudadır.(3) Mamafih, 12 Eylül anayasa değişikliği ile sağlanan YAŞ ve HSYK kararlarının, yargı denetimine açılması bu doğrultuda atılmış olumlu adımlardır. Yine bu değişikle gelen 15. maddenin kaldırılması ve Genelkurmay Başkanı, dört kuvvet komutanı ve Meclis Başkanı'nın görevlerini ilgilendiren suçlardan dolayı yargılanacağı mahkemenin belirlenmesi hukuk devleti idealinin olağan bir sonucudur. Çünkü devletin hukuka bağlanmasından bahsediyorsak ve bunun suretten değil gerçek anlamıyla gerçekleştirilmesi istiyorsak, bazı kişi ve kamu görevlilerinin doğrudan veya dolaylı olarak yargılanamaz olarak addedemeyiz.

İstikrar, son yıllarda siyasi literatürümüze giren bir kavramdır. Bilhassa iktidar patisi ekonomik ve toplumsal gelişmenin en önemli koşulunun istikrar olduğu düşünmektedir ve sürekli olarak bu noktaya vurgu yapmaktadır. Frederic Bastiat istikrarlı bir hükümetin temelini, organize gücü sadece adaletsizliği önlemeye yönelten bir hükümet modelinin oluşturduğunu söyler. Kendiliğinden doğan düzene müdahaleci olmadan, kazanılmış haklara saygılı, hukuki istikrarı – hukuk kurallarının zorunlu olmadan değiştirilmemesi – sağlamış bir hükümet. Bu hükümet modeli istikrar arayışımızın kilit noktasıdır. Böyle bir hükümet vatandaşların öngörebilirliğini artırır ve doğal sonucu olarak toplumsal istikrarı oluşturur. Bu noktadan hareketle, eylem yapan öğrencileri istikrar düşmanı olarak gösterip eylem yapma haklarını engellemeye çalışmak sahih bir istikrar arayışı değildir. Olması gereken

vatandaşların haklarını zararsızlık ilkesi ışığında kullanabilmesidir. Ancak böyle bir konjonktürde vatandaşların öngörülebilirliği artar ve gerçek anlamda istikrar sağlanır.

Öngörülebilirliğin oluşabilmesi için hukuksal normların gerçekleştirilebilir yani yapılabilmesi imkânsız ve anlaşılmaz maddelerin olmaması gerekir. Anayasamızın “iyileştirilmiş” 301.maddesi Türk Milleti’ni, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ni veya Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti’ni ve devletin yargı organlarının aşağılamanın suç olduğunu söyler. Sonraki fıkraya göre ise eleştiri amacıyla yapılan beyanların suç olmayacağını söylemektedir. Eleştiri ve aşağılamanın / hakaretin sınırı hayli incedir.(4) Bu sınır maddenin iyileştirilmesi amacıyla yapılan “lâfzî” değişikliklerle / makyajlarla belirginleştirilememiştir. Aşağılamak gibi sübjektif olguların mevzuatta yer alması öngörülebilirliği; dolayısıyla hukuksal istikrarı tehdit eder. Yasanın savunucularının Avrupa’da da benzer uygulamaların olduğunu ifade etmesi bir şey ifade etmemektedir. (İki yanlış bir doğru yapmamaktadır.) Yasanın ifade özgürlüğünü, hukuksal istikrarı tehdit edici konumdan sıyrılmasını sağlamak için devlet kurumlarına özel bir önem yüklemeyen, tüm kişi ve kurumları kapsayan şekilde genişletilmesi ve yasanın sınırlarının kalın çizgilerle belirlenmesidir.

Hukuk Devleti Yolunda Sivil Anayasa Gerekliliği

Darbe iktidar gücünü illegal yollarla ele geçirmektir. Doğası gereği zorbalığa dayanan bir yöntem olduğu için cumhuriyet, demokrasi gibi olgularla taban tabana zıt ve onlar için olağanüstü dönemlerdir. Ülkemizde 1924 Anayasası’ndan sonra yapılan anayasalar darbelerden sonra hazırlanan anayasalardır. Daha açık bir ifadeyle darbe anayasalardır. Olağanüstü durumlarda hazırlanan bu anayasalar, konjonktürün gereği olarak güvenliği başat olarak konumlandırmıştır. Ayrıca içinde bulunulan durum göz önüne alındığında gerçek bir toplumsal konsensüs ve halkın rızasından söz edilemez. Mamafih, Türkiye toplumunda, 50

yılı aşkın süren bir sivil anayasa özlemi vardır. Toplum bunu 12 Eylül anayasa değişikliğine evet diyerek bir kez daha göstermiştir.

Bununla beraber Mustafa Erdoğan'ın yeni anayasanın temelleri yazısında işaret ettiği noktalardan yola çıkarak, ilk olarak yeni anayasadan resmi ideoloji / Kemalizm temizlenmelidir. Hukuksal aktivizmin önlenmesinin ve hukuk karşısında eşitliğin sağlanabilmesi için bu bir zarurettir. (-Hukuk devleti idealinde en elzem konudur.) Çünkü hiçbir normatif temele dayanmayan resmi ideoloji / Kemalizm hem hâkimlerin hem de hukukun gözünde ideal ve sakıncalı vatandaş tanımları oluşturmaktadır. İkinci olarak kültürel çeşitlilik tanınmalıdır. Bunun için zorunlu din dersi, başörtülülere eğitim ve çalışma hayatından soyutlanma çabaları, sadece resmi dilde eğitim gibi AİHS ile de uyuşmayan uygulamalardan vazgeçilmelidir. Son olarak da, kazanılmış haklara saygılı ve tam anlamıyla denetlenen bir devlet yapısına denetleme mekanizmalarının –kamu denetçiliği uygulaması olumlu ve örnek bir adımdır- yeni anayasayla güçlendirilmesi ve silahlı kuvvetlerin sivil denetime açılması gerekmektedir. Sıraladığım maddeleri radikal adımlar olarak görebilirsiniz. Ancak özgürlüğe ve liberal demokrasiye bir “erteleme kültürü” ile ulaşamayacağımızı artık anlamamız gerektiğini düşünüyorum.

Kaynakça;

1. Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi s.128.
- 2.Dinç,2006:191.
3. Serap Yazıcı,1.9.2010.
- 4.Ergun Özbudun, Türkiye'nin Anayasa Krizi.s24.

Onur İbiş