

HUKUKUN DOĞASI VE FİLİSTİN MESELESİ - 1. KISIM

Youtube deşifre metin

Emir KAYA, 15 Kasım 2023

<https://www.youtube.com/watch?v=9Ush3da0ZKs>

Konuşmama başlamadan önce, ben özellikle öğrencilerin -kitleyi tanımak adına- hangi alanda okuduklarını biraz merak ediyorum. Ona göre irticalen konuşacağım. Konuşmayı şekillendirmek açısından bu önemli. Hukuk fakültesi öğrencisi kimler var? Evet, öğrenci arkadaşların belki üçte biri. Geri kalanlar? Sosyal bilimlerde kimler var? Evet, geri kalanlar da mühendislik ve diğer alanlar diye varsayıyorum.

Benim konuşmam hukukun doğası üzerine olacak. Filistin meselesine biraz geç geleceğim. Belki en sonda geleceğim ama hukukun doğasıyla ilgili konuşurken siz aslında Filistin meselesinin hukuki yönünü de anlamış olacaksınız diye bir temennim var. Hukukun doğası problemi Filistin meselesiyle neden ilgili ve bu neden önemli? Çünkü Filistin’le ilgili, son zamanlarda Gazze’deki soykırım ve insan katliamına karşı biz “Hukuk bir şeyler yapsın” istiyoruz. Belki birtakım sivil adımlar atıyoruz. Belki kimi savaş seçeneğini aklından geçiriyor. Ama bütün bunların ötesinde “Hukuk bir şeyler yapmalı değil mi?” diyoruz. Hukuktan beklentilerimiz var.

Peki hukuk neden bir şey yapamıyor? Hukuk nasıl bir şey ki etkili olamıyor, gibi sorular aklımızda uçuşuyor. Bu soruların cevapları için bizim hukukun doğasını tanımamız gerekiyor. Hukukun doğasını ben bugün iki düşünür üzerinden tanıtmak istiyorum. İkisi de Alman. Biri Hans Kelsen. Avusturyalı denilebilir. Geriye gidildiğinde de Yahudi ama bunun konuşmamız açısından bir önemi yok. Diğeri de Carl Schmitt.

İkisi de 1880’lerde doğmuş, 1970-80’lerde ölmüş. Uzun yaşamış ikisi de. I. Dünya Savaşı’nda olgunluk çağındalar. İkisi de eserlerini en önemli, en etkili eserlerini 20, 30, 40’lar bandında vermişler. Birbirlerine paralel bir hayat hikayeleri var ama hukuk nosyonları yüzde yüz zıt. Birbirinin zıttı iki nosyona sahipler. Bu iki nosyonu anlattığım zaman Filistin meselesinin hukuki yönünün çok net anlaşılacağını düşünüyorum.

Kelsen’le başlayalım. Hans Kelsen’in meşhur kitabının adı “Hukukun Saf Teorisi”. Hukukun saf teorisinde Kelsen’in iddiası şu: Hukuk bilimi -ki hukuk öğretisinin uygulamasının, hukuk nosyonunun temelidir- saf olmalıdır. Hukuk bilimine başka hiçbir şey karıştırılmamalıdır.

Teknik bir alan olmalıdır tabiatıyla. Dogmatik bir alandır. Normlardan oluşur. Hukuk bilimi normları inceler ve bu normların kendi içerisindeki akışını inceler. Kendi içerisindeki mantığını, hiyerarşisini, bu normlar hiyerarşisindeki üst normların alt normlara etkisi, alt normların üst normları etkisi, yorum teknikleri gibi tamamen hukuku teknik dogmatik mekanik bir konu olarak ele alır ve buna hukukun saf teorisi der.

Ben bu hukukun saf teorisini iki anlamda anlıyorum. Biri bildiğimiz saf suyun saf olması gibi. Diğeri de hani aptal anlamında saf deriz ya saf adam, safdil, ben buna bazen netleşsin diye hukukun safdil teorisi diyorum. Saf teori ancak saf insanların inanacağı bir teori ama hukukun bu saf teorisi aynı zamanda da dünyada en etkili teorisi. Türkiye’de en etkili demeyeceğim, Türkiye’de hukukun tek teorisi bu. Bugün hukuk fakültesindeki arkadaşlar hukuk diye öğrendikleri her şeyi bu saf teoriye göre öğreniyorlar. Öğrendikleri hukukun belki çok geleneksel Roma hukukundan gelen kökleri olduğunu, evrensel hukuk olduğunu, bütün dünyada geçerli olduğunu vesaire zannediyorlar. Hukuk fakültesindeki öğrenciler, hukukçular, bu hukukun saf teorisine göre, aynı zamanda pozitivist diyebileceğimiz, bu saf teoriye göre eğitim alırlar.

Saf teoride hukuka siyaset bulaştırılmaz. Hatta biraz kültürün de desteğiyle siyaset kirli ve pis bir şey olarak görülür. Hukuk ise saf ve temiz bir şeydir. Hukuk üstündür. Çünkü saf ve temizdir. Siyaset ise alçaktır çünkü kirli ve bulaşıktır. Böyle bir algı: Temelde siyaseti ve siyasetçiyi kötüleme. Ben bunlara tabii ki katılmıyorum. Siyaseti hukuktan daha dürüst buluyorum. Kendim bir hukukçuyum ve ben siyaseti genel olarak hukuktan daha dürüst buluyorum.

Hukukun saf teorisinde siyaset yoktur, dedik. Psikoloji yoktur. Hakimler adeta kanunun ağzıdır. İnsan faktörü devreye girmez. Norm bellidir. Dar bir aralıkta normu yorumlarsanız ve uygularsanız. İnsan faktörü pek yoktur. Psikoloji faktörü pek olmayınca sosyoloji de yoktur. Dolayısıyla kanun yapımında toplumu dikkate almanız gerekmez. Çünkü toplum hukukta gözetilmesi gereken bir şey değildir. Hukukun saf olması için toplumu gözetmemek gerekir. Bu sözlerimin nereye gittiğini iyi anladığınızı biliyorum.

Toplumu dikkate almamak ne demek? Kanun yapımı tek noktada toplanır. Teknik bir mesele olarak ele alınır ve en fazla diğer kanunlarla uyum dert edinilir. Bu kanunun topluma etkisi ne olur, toplum benden ne bekliyor, ben ona ne veriyorum gibi sosyolojik, toplumsal kaygılar esas olarak gözetilmez.

Yine ekonomi yoktur. Antropoloji yoktur. Hukukun gerçekliğini oluşturan hiçbir şey yoktur. Bunlar arasında bir köprü ve bağlantı yoktur. Halbuki bu alanlarda çok ciddi geçişler vardır. Mesela ekonomik davranış ile hukuki davranış aslında birbirinin aynısıdır. Burası aynı zamanda bir iktisat üniversitesi. Ekonomik davranış sizin güveninize göre şekillenir, güveninize göre paranızı tutarsınız, harcarsınız. Yatırım tercihleriniz tamamen güvene göredir. Hukuki davranış tercihleri de güvene göredir. Bir davranışım sonunda ceza alır mıyım, almaz mıyım? Devlete ne kadar güveniyorum? Özgürlüğümü kullanmak istediğimde başıma işler gelir mi? Hukuki davranış da güvenden kaynaklanır, iktisadi davranış da güvenden kaynaklanır. Ama bunlar arasında bir ilişki kurulmaz.

Hukuk, kanuncu ya da eski bir ifadeyle adliyeciler ve teknisyen yetiştirir. Teknik insan yetiştirir. Teoriye gerek yoktur çünkü sen çarkta bir dişlisin. Teori bilmene gerek yok. Avukat, uygulayıcı, hâkim, savcı yetiştirir. Hukukun saf teorisi budur.

Karşıtına geçelim, karşıtı ne diyor? Karşıtı bunun tam tersini söylüyor. Kelsen, hukukun saf teorisinin zıddına hukuk politikasını koyar. Hukuk politikasının dışlar. Schmitt ise şöyle der: Aslında var olan tek şey siyasettir. Siyaset de iktidar için yapılır. İktidar kimdir? İktidar, olağanüstü hale karar verendir. “Olağan durumda bile arayamazsın” der iktidarı. Olağan akışta, herhangi bir ortamda olağanüstü hal yaratabilen kişi iktidardır. Olağanın yöneticisi iktidar sayılamaz. Olağanüstü hal yaratma şansına sahip olan, akışı değiştirebilen, akışı bozabilen gerçek iktidardır ve hukuk dediğimiz şey o gerçek iktidarın, olağanüstü hal yaratabilen gerçek iktidarın, olağan durumu düzenlemek için ortaya attığı bir şeydir.

Olağan durumda birbirinizle kavga etmeyin, olağan durumda borçlarınızı ödeyin, olağan durumda şöyle evlenin, böyle boşanın, olağan durumda idarenin yükümlülükleri bunlar olsun, memurlarınki şunlar olsun... Hukuk dediğimiz şey hep o olağan durumu anlatır ama hukukun aslının ne olduğunu ancak olağanüstü bir durumda anlarsın. Çünkü iktidarın gerçekte kimde olduğunu ancak olağanüstü bir hal yaratıldığı zaman anlarsın. Onun dışında sen hukuk diye yine iktidarın düzeneğine tabisindir.

Kelsen’le arasındaki zıtlığı ve bütünleşmeyi görüyor musunuz? Kelsen’le arasında müthiş bir zıtlık var ama aynı zamanda da birbirlerini tamamlıyorlar. Kelsen’in söylediği, kurguladığı teknik hukuk algısı, Carl Schmitt’le birleştirdiğimizde, olağan durum hukukçularını, olağan durumu anlatıyor. Olağan durumun teknisyenlerini anlatıyor hukukçu diye. Ama olağanüstü hal yaratıldığı zaman hukukun doğası, gerçek doğası ortaya çıkar. O da nedir? Hukukun aslında bir güç olgusu olduğudur. Hukuk özünde güce bağlıdır. Hukukun üstünlüğü diye bir şey yoktur. Bu ancak ve ancak güçlünün gücünü perçinlemek için kullandığı bir formül olabilir.

Anayasalarda olağanüstü halleri düzenleyen hükümler vardır. Bizim anayasamızda da var. Carl Schmitt, olağanüstü halin anayasada düzenlenmesine bile karşı çıkar. Çünkü der ki; olağanüstü hali sen yasayla düzenliyorsun ve yasayla ortaya çıkarıp yönetiyorsun. Bu gerçekte bir olağanüstü hal değildir. Yasayla ortaya çıkmış bir şeydir. Olağanüstü hali yaratmak yasanın da üstüne çıkabilmek demektir. Meseleyi anladınız. Detaylarına devam edeceğim.

Şimdi, İsrail'in Gazze'de yaptığı şey ne? Dünya genelinde bir olağanüstülük yaratıyor. Hukuk kuralları İsrail'i bağlamıyor. Kelsenci ekolden gelmiş, saf, naif, biraz da ajite edeyim, zavallı hukukçular bunun karşısında şoke oluyorlar. Allah Allah nasıl olur, nasıl hukuka uyulmaz da işte nasıl hukuk tanınmaz da bu kadar Birleşmiş Milletler var, bu kadar örgütler, mahkemeler, Adalet Divanı, bu kadar hukuka saygısızlık edebilir? Ben Schmitt'in sözcüsü gibi konuşayım, onu dillendireyim arkadaşlar: Hukuk zaten böyle bir şey. Hukuk zaten böyle bir şey! Hukukun doğasında ve tanımında bu var. Olağanüstü hali bağlayan bir hukuk olamaz.

Biz bunu temenni etmiyoruz. Kabul ediyorum, elbette ki insan onuru üstün gelsin. Adalet üstün gelsin. Mahkemeler, insan hakları üstün gelsin. Savaş hukuku kuralları geçerli olsun. Ben de bu temennileri paylaşıyorum. Ama bu temennilerimiz gerçekleşmeyecek. Bunun da sebebi hukukun doğası ve bu doğa ancak olağanüstü hallerde ifşa oluyor. Olağan durumda bu doğa ifşa olmuyor. Olağanüstü durumda biz hukukun gerçekte ne olduğunu anladık ve anlıyoruz.

Şimdi burada bir trajediden bahsedeceğim. Biz Türk hukukçular Kelsenci bir anlayışla yetiştiriliyoruz. Dünyanın geneli Kelsenci bir anlayışla yetiştiriliyor. Ama bu savaşı çıkaranlar, Filistin'de, Gazze'de bu savaşı, soykırımı yapanlar, onlar Kelsenci anlayışı bize verip Schmittçi anlayışı kendilerine tutuyorlar. Onlar Schmittçi bakıyor. Biz onlarla aynı frekanstan bakmıyoruz.

Ben on yıldır Türkiye'deyim. Hukuk fakültelerinde hep şunu anlatmaya çalışıyorum arkadaşlar: Bize öğretilen şey hukuk değil. Bir sömürge ülkesinin teknisyenlerini kandırma ideolojisi. Bizi kandırmak için ortaya atılmış ideolojik formüllere biz hukuk diyoruz. Bizi gütmek için, tek tek hepimizi... İşte bu Kelsenci hukuk nosyonuyla kimi avukat olacak, kimi hâkim-savcı olacak, kimi akademisyen olacak, hepimiz tek tek bu sistem içerisinde güdüleceğiz. Hepimiz bu Kelsenci anlayışın dolmuşuna biniyor, aslında küresel bir Schmittçilik tarafından yönetiliyoruz.

Bu anlamda Türkiye, küresel sistemin memuru durumunda. Hukuk nosyonu açısından... Birleşmiş Milletler de bunun memuru, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi de bunun memuru. Bütün kurum ve kuruluşlar bunun memuru. Bu olağanüstü hali yaratabilen güç, hepimize memurmuşuz gibi hukuk formüllerini hap gibi yedirip, hepimizi saf naif bir halde tutmakta.

Kendileriye gerektiğinde Schmittçi bir anlayışla olağanüstü hal yaratmakta. “Sizi olağan durumda bu hukuk öğretisiyle idare ediyoruz” diyorlar, kendileri Schmittçi bir anlayışla dünyaya bakıyorlar. Bizim bu kısıkaçtan çıkmak için hukukun doğası üzerinde çok daha derin ve ciddi çalışmamız lazım.

Hukuk hangi anlayışa bağlı olursa olsun avantajlı bir şeydir. Avukat olursun para kazanırsın. Hukuk mezunları pek çok mesleklere girerler, sınırlama yoktur. Hâkim, savcı olursun, statün olur, gücün olur, koruman olur. Akademisyen olursun, aynı şekilde hukuk alanında bir statün olur. Mütalaanı yazarsın, mahkemelerle işin olur. Danışmanlığın olur, para kazanırsın. Hukuk nosyonunun sığ olmasının bir akademisyen olarak bana zararı yok, faydası var. Ceza kanununun sığ olmasının bana faydası var; derinleşip ortalığı bulandırmaya gerek yok. Biz bu sığılıktan fayda görüyoruz. O teknisyenlikle aslında biz satın alınmış oluyoruz.

Mevzuatımıza göre hâkim ve savcılar memur değildir. 2802 sayılı Hâkim Savcılar Kanunu’na tabidir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında değildir. Gerçekte hukuk sisteminin en memur kesimi hâkim-savcılardır. Memur, emir kökünden gelir, emir alan, iş gördürülen demektir. Hâkim-savcılar sistemin emrindedir. Subaylar da memurdur, sürekli emir alırlar. İşleri emir almaktır. Ama subaylara, hâkim-savcılara imtiyazlı olduklarını göstermek için “Memurlar basit, siz imtiyazlısınız” denir. Halbuki kamu sisteminde çalışan herkes sistemin memurudur. Hepimiz memuriyet içerisindeyiz ve bu memuriyetten de fayda gördüğümüz için sorgulamalara girmiyoruz. Sorgulamalara girmeyişimizin sonucunu da ancak bu tür kriz anlarında görüyoruz, böyle şaşırıp kalıyoruz: Neden hukuk yok? Biz hukuk nosyonunda derinleşmeyi hukukun menfaatlerinden dolayı yapmıyoruz. Ben iki hukuk nosyonunu birleştirip bir hukuk tanımını yapacağım.

Hukukun doğası... Hukuk, güçlü olanın insafli olmasıdır. Bunu herhangi bir kitaptan almadım, kendi tanımım. Hukuk, güçlü olanın insafli olmasıdır. Gücünü tamamen istikrarsız, tamamen keyfi bir şekilde kullanılmayıp, “Güçlüyüm ama gücümü şöyle bir sisteme oturtayım” demesidir.

Biz bugün Atatürk Cumhuriyeti’nde Atatürk’ün hukuk nosyonunun tam zıt noktasındayız, biliyor musunuz? Bugün hukukla ilgili en büyük tartışma kuvvetler ayrılığı değil mi? Sürekli bunu konuşuyoruz. Atatürk kuvvetler ayrılığına inanmıyor. Atatürk ne der: “Tabiatta taksim-i kuva yoktur”. Taksim-i kuva kuvvetler ayrılığı. “Tabiatta kuvvetler ayrılığı yoktur, böyle bir saçmalık olmaz” diyor. Çünkü Atatürk tabiatçı. Tabiata bakıyor. Tabiatta yok böyle bir şey. Hangi aslan diğer aslana “Gel, sen yürütme ol, ben yasama olayım” der? Böyle bir şey yok. Atatürk buna inanmıyor. “Kuvvet temerküz eder” diyor. Temerküz ettikten sonra “Ben uygar

bir toplum oluşturmak adına astığım astık, kestğim kestik davranmayacak, mahkeme kuracağım” diyor. “Meclisle idare edeceğim, kurumları oluşturacağım” diyor. Bu, Atatürk’ün hukuk nosyonu. Biz bugün yüz sene sonra Atatürk’ün gerisindeyiz. Atatürk’ün hukuk nosyonu daha gerçekçi. Bizde böyle bir gerçekçilik yok. Bir hayal dünyasında, Avrupa’nın, Batı’nın oluşturduğu bir hayal dünyasında hukuku düşünüyoruz ve ele alıyoruz. Bundan çıkıp işte o gerçekçi hukuk nosyonuna girebilirsek dünyaya bambaşka bakacağız. O zaman hukukun sadece gücünün insafı olması değil, hukukun aynı zamanda bir güçlenme aracı da olduğunu fark edeceğiz.

Osmanlı’nın Balkanlar’daki fütuhatında en önemli stratejisi kadılık hizmetleri olmuştur. Osmanlı, Balkanlar’da çok fazla asker tutarak oraları yönetmemiştir. Kadı, adil kadı görevlendirmiş. Adil kadı görevlendirince, insanlar da “Bizde eskiden adalet yoktu, bu Osmanlılar bize güzel yargı hizmeti veriyor” deyince meşruiyet doğar.

Bugün bizim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine atfettiğimiz güç, onlardan yargı hizmeti almamızdan kaynaklanır. Peki o nasıl bana yargı hizmeti verebiliyor? En basit meselelerde bile bir teori, bir doktrin arayışı içerisinde. Kendisiyle çelişen o kadar saçma sapan kararları vardır ama saçmalığın bile teorisini yazar, saçmalığı bile çok güzel teorize eder. “Gerçekten de haklılar, galiba ben yanlış düşünüyorum” dersin. Çünkü hukukun doğasında fikirle, altyapıyla beslenmek vardır. Bu beslenme olmadığı zaman senin söylemin, gücün sadece kaba güç olur. Söylemsel gücünün de olması lazım. Burada duralım:

Foucault ne der? “Bilgi iktidardır”. Senin hukuk bilgini üreten kişi, senin üzerinde iktidar kurar. İnsan hakkı nedir? Bunu sana kim anlatıyor? AIHM anlatıyor. O senin üzerinde bir iktidar olmuş olur. Sana o bilgiyi veren senin üzerinde bir iktidar kurmuş olur. Dolayısıyla o iktidarın kimin elinde olduğu, bilginin kimin elinde olduğuna bağlı bir şeydir. Biz hep bilgiyi ezberleyen konumdayız. Bizim hukuk eğitimimiz böyle. Biz bilgiyi ezberleyen ve sınav kağıdına döken yapıdayız. Bilgi üretmiyoruz. Bilgi üretmediğin zaman iktidarı kaybediyorsun.

Bilgi üretenler o bilgiyi gerektiğinde askıya almayı biliyorlar. Bugün Gazze’de yaşanan şey tam olarak budur. “O bilgileri biz zaten sizin üzerinizde iktidar kurmak için üretmiştik” diyor lisan-1 hal ile. Lisan-1 hal ile. Batı ama Batı’nın da arkasındaki Batı, onun da arkasındaki en küçük çekirdek Batı. Batı bile diyemeyiz belki ona. Siyonizm diyor ki “O insan hakları, savaş hukuku falan var ya arkadaşlar, onu ben zaten sizi yönetmek için üretmişim, niye bu kadar ciddiye aldınız ki bunları? Bak, gerçeğim bu. İktidar bende. Olağanüstü hal yaratıyorum ve istediğim sonucu alıyorum. Hukukun doğasını da size fiilen öğretiyorum. Hala anlamıyorsanız, hala

hukuk fakültesindeki saf Kelsenci fikirlerle hukuk hayali içerisinde yaşıyorsanız saflığımıza doymayın”.

Filistin meselesinin arkasındaki teorik zihniyet dünyasını aktarabildim zannediyorum. Filistin meselesini birkaç cümleyle, direkt bugünkü somut olayla ilgili konuşayım. Filistin meselesi bugün Gazze’de patlak veren ama uzun zamandır, yüz seneyi de geçkin devam eden bu meselenin özü yine bir hukuki mesele olarak tanımlamak gerekirse nedir?

İki tane hukuk konusuyla çok ilişkilidir. Bir, mülkiyet hakkı. Filistin’deki olayın özünde bir mülkiyet felsefesi vardır. Bizde mülkiyet hakkı var. Mülkiyet hakkını biz AİHM içtihatları kapsamında konuşuyoruz. Derslerde anlatılıyor ama mülkiyet felsefesi yapan bir hukukçu ben görmedim. Mülkiyet felsefesi var Filistin’deki olayın özünde. Adamlar diyor ki “Mülk Allah’ındır, Allah da burayı bize verdi”. Özü hukuki bir problem. “Mülk Allah’ındır, Allah da bana verdi” diyor. İkinci konu ise eşitlik, ayrımcılık hukuku meselesi. Biz eşit değiliz diyor. Biz eşit değiliz, ben üstünüm, benden başkası goyim. Yahudi’yi Allah adeta farklı bir şekilde yarattı. Allah bizi kendisinin çocuğu olarak yarattı ve biz Allah’ın çocuğu olduğumuz için diğer uluslardan üstünüz. Allah nasıl mucizeler ile olağanüstü hal yaratmaya layıkta biz de Tanrı’nın çocukları olarak olağanüstü hal yaratmaya kadir ve layıgız, diğer insanların ve onları bağlayan hukukun üstündeyiz düşüncesindeler.