

Anayasa: Kimin İhtiyacı?*

Constitution: Who Needs it?

Arş. Gör. D. Celaleddin KAVAS**

Aslında geniş perspektifli bir konuşma yapmayı düşünüyordum, ancak günümüzde olup bitenler buna müsaade etmeyecek gibi. Referandum gündemine bakacak olursak; çok tartışmalı bir referandumu geride bıraktık. Bu bize neyi gösteriyor? Hukuk alanlarının, anayasa hukuku öncelikli olarak, kendileri tartışmalı bir duruma düştü. Bu durum bir krize girildiğine dair işaret veriyor. Çünkü öyle bir noktaya gelindi ki, hukuk içerisinde, en absürt durumlara karşı bir şey yapılamadığı bir çıkmaz söz konusu. Dünyanın genel işleyişi, dünya sisteminde olup bitenler zaten bu imkanların önüne birtakım setler çekiyordu. Ama iyi kötü, belli sınırlar içerisinde birtakım hak ihlallerinin mahkemeler önünde tartışılabilirdiği bir düzen vardı. Bunu geride bıraktık ve çıkmaza girildi. Anayasa hukuku bence ilk etapta bunu yaşamış oldu bu anayasa değişikliğiyle. Türkiye'deki en normativist hoca olarak bilinen Kemal Gözler bile artık siyaset sosyolojisi yazıları yazmak zorunda kaldı. Önceden, ders kitabında diyordu ki: *"Anayasa hukukçularının siyaset bilimine girmeleri çok yanlıştır. Biz kötü bir siyaset bilimcisi değil, iyi bir anayasa hukukçusu olmalıyız."* Bu konuda çok katı olan ve bunun şampiyonluğunu üstlenen biri bile, son iki aydır -belki bir senedir de yapıyor ama- *"Batılularda devlet kavramı nedir, bizde nedir?"* gibi yazılar yazmaya başladı. Demek ki hukuk alanlarının ilk adımıdaki, ontolojisi diyebileceğimiz, *"Niçin biz bu işe el atıyoruz?"* sorularına cevap bulma işine dönüldü. Niçin anayasa var? Geldiği yer çıkmaza girdi; en başa dönüyoruz. Bunun birçok hukuk alanlarında da muhtemelen ilerleyen dönemlerde benzer birtakım krizler yaşayabileceğini tahmin ediyorum. Şu aralar çok popüler olan, *post-truth* denen bir şey var. Demokrasinin, insan haklarının ve benzer evrensel ilkelerin tamamen tersi yönde bir rüzgâr esiyor dünyada. Dolayısıyla bu değerler üzerine kurulu olan modern hukuk da bir çıkmaza girmek durumunda kalacak. İster istemez bunların sorgulandığı bir noktaya yaklaşıyoruz. Bu öteden beri gerekli olan bir şeydi. Ben dört sene Türkiye İş Kurumu'nda memurluk yaptım. Belki o dört sene boyunca

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde düzenlenen "Hukuka Güncel Bakışlar" programı kapsamında, 27.04.2017 tarihinde sunulan tebliğ metnidir.

** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

işinden olan binlerce insanla konuştum. Onlara tazminat haklarıyla alakalı tavsiyelerde bulunmaya çalışıyordum. O binlerce insanın öyle tahmin ediyorum ki belki yüzde altmışı bana şunun gibi tepkiler veriyorlardı: *“Ne tazminatı, Allah’ından bulsun, ben içerideki maaş alacağımı alsam yeter, bir daha onların yüzünü görmeyeyim!”* Bu benim yaşadığım örnek olduğundan söylüyorum. İş Hukuku alanı bu insanların tepkilerini inceleyemiyor, çünkü bunlar iş hukukunun incelemesi dışında kalan şeyler olarak görülüyor. Bahsettiğim şey iş hukuku uzlaşmazlıklarının yüzde altmışlık gerçekliğini ifade ediyorsa iş hukukçularının bu anlamda kendi alanlarının sosyolojisini yapmaları gerekirdi. Bunu yapmıyorlar. Aynı şekilde ceza hukukçuları, ticaret hukukçuları da... Hukuk sosyolojisi çalışanlar ise bu gerçekliklerin çok uzağında metinler ürettikleri için; ne Türkiye’deki gerçek hukuk sorunlarına temas etme imkânı doğuyor, ne de hukuk sosyolojisinden diğer hukuk alanlarına bir fayda temin edilebiliyor. Böyle bir kopukluk var. Belki hukuk sosyolojisi kürsülerinin kaldırılarak, her hukuk alanının kendi sosyolojisini yapabilecek bir disipline dönüştürülmesi gerekiyor! Demin sözünü ettiğim kriz arttıkça bu gereklilik artacaktır da. İnsanlar yeniden *“Biz bu hukukla bu toplumsal gerçekliği nasıl buluşturabileceğiz?”* gibi en temel sorunlara dönmek zorunda kalacaklardır.

Bu girizgâh üzerinden devam edecek olursam; *“Anayasa kimin ihtiyacıdır?”* sorusuna dikkat edilmesi lazım. Çünkü bu birincil, temel sorunun cevabını kaybetmiş durumdayız. Niçin anayasa diye bir ihtiyaçtan bahsediyoruz? Şöyle bir varsayımdan yola çıkarsak sanırım bu soruya cevap bulunabilir. Farz edelim ki bugün bir değişiklik oldu ve anayasa yürürlükten kalktı. Diyelim ki demin şaka olsun diye bahsettiğimiz şey gerçekten oldu ve OHAL KHK’sı ile *“Anayasayı yürürlükten kaldırıyoruz!”* dediler! Anayasa Mahkemesi de *“Ben OHAL KHK’sını denetleyemiyorum!”* dedi ve gerçekten anayasa kaldırıldı! Anayasanın olmaması durumunda ilk aklımıza gelecek şeyler şunlar olurdu: Hükümet olağanüstü sınırsız yetkiler dolayısıyla keyfi uygulamalarını bin kat arttırmaya yönelir, devasa bir iktidar gücü belirmeye başlar... Ne deniyor her zaman? *“Anayasalar iktidarlara sınırlandırmak içindir”* deniyor. Bu yüzden akla, anayasanın olmadığı şartlarda iktidarın da başını alıp gideceği geliveriyor. Ancak biraz siyaset sosyolojisinin gerçeklerine bakacak olursak, hiçbir iktidar önü alınamaz bir zorbalığı ya da önü alınamaz bir sınırsız yetki imkânını bu şekilde pervasızca kullanmak istemeyecektir. Çünkü bu artık yönetilemez bir siyasal atmosfer doğuracaktır. O toplumla arasındaki tüm irtibat imkânlarını koparmış olacaktır. Bu bakımdan anayasaya ilk ihtiyaç duyacak olan siyasi iktidar olacaktır. En azından suiistimal ettiği bazı alanları meşrulaştırmak için yine bir anayasaya, hukuki bir dayanağa ihtiyaç duyacaktır. Muhaliflere de, en azından görünür olmaları ve kontrol edilebilir bir pozisyonda kalmaları için siyaset alanında meşru bir yer açmayı isteyecektir. Son bir senedir de

yaşadığımız da buydu. “*Fiili durum zaten varken, istediğini yapabiliyorken; niye bir daha değişiklik yapmak istiyor?*” dendi. Yetmiyor; onun mutlaka bir hukuki zemininin oluşturulmasına ihtiyaç duyuluyor. Anayasalar daha çok siyasal iktidarların ihtiyacı olan bir şeydir. O genel kabul gören “*İktidara karşı anayasa*” tezini tam desteklemeyen bir gerçeklik bu.

Dinleyici: Şöyle bir şey var; ihtilal veya darbe dönemlerini düşündüğümüz zaman diyelim ki iktidarın sınıfsal karakteri değişiyor. Ama hukuk devam ediyor; var. Geçmişin daha farklı yorumlanan ceza kanunları da uygulanmaya devam ediyor. O kanuna göre yargılıyor mesela karşı devrimci dediklerini yargılarken. Kendi bir anda beş yüz maddelik bir ceza kanunu yazamayacağı için. Darbe dönemlerinde de anayasayı bir anda yapamayaacağı için. Bazı hükümlerini askıya alıyorklar ama sistemi yıktığı zaman bile kaç sene sonra yeni anayasa ve kanunlar yapılabiliyor. Geçiş döneminde eski kanunlar ve anayasa kullanılıyor.

Evet, sanırım Alexis de Tocqueville demiş, Fransız Devrimi sonrasında “*Evet aristokrasi yerinden edildi ama o devasa idare hukuku halen devam ediyor; merak etmeyin!*” diye. Elbette bir hukuk düzeni birden bire ortadan kalkmış olamıyor. Ama ben anayasa merkezli düşündüğüm zaman anayasayı şöyle görüyorum. Diğer bütün hukuk alanları için de bu çözümleme yapılabilir: Birtakım hukuki düzenlemeler, el attığı konuları daha adil bir hale getirmekten ziyade, bazı adaletsiz şeylere mazeret üretme fonksiyonu icra ediyor. Mesela aile hukukuyla ilgili yeni bir düzenleme çıktığında, diyelim ki toplumdaki bir sorunu çözeceği ümit ediliyor. Ama uygulamaya geçildiğinde öyle adaletsizlikler üretiyor ki “*Ne yapalım hukuki düzenleme bunu gerektirdiği için bunu yapmak zorundayız*” diyoruz. Çoğu zaman hukuk bizim amaçladığımızın tersi yönde işliyor. Modern hukukun temel çelişkilerinden biri bu. Anayasa hukukunda ise bilhassa böyle işliyor. Mesela anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanı’nın birtakım yetkilerini sonuna kadar kullanması eleştiriliyordu. Bakanlar kuruluna başkanlık etmesi gibi. O da çıkıp bunun anayasada yeri olduğunu söylüyordu. Dolayısıyla siyasal iktidar kendi otoritesini destekleyecek bir şey olduğu için anayasaya ihtiyaç duyuyor.

Ancak bu yaklaşım her şeyi açıklamaya yetmiyor. Öncelikle bizim bir toplum olarak bir arada yaşama gerekçemiz ve irademiz olması lazım, bir anayasa olması için. Anayasa bir toplumsal mutabakat metni olamaz. Hiçbir toplum, hiçbir insan grubu bir hukuk metni etrafında toplanmak amacıyla bir araya gelmez. Böyle bir motivasyon olmaz. Mutlaka tarihi, kültürel, etnik, sınıfsal, siyasal sebeplerle insanlar bir aradadırlar; sonradan buna normatif bir düzene çevirirler ve bunun için bir anayasa üretirler. Hiç kimse “*Güzel bir anayasa yapalım ve bunun etrafında bir araya gelelim*” demez; bu kimseyi motive etmez. Ama bunun yine de bir istisnası vardır: Amerika Birleşik

Devletleri. Zaten tarihsel bir anomali gibidir. Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasası oranın her şeyidir. Konfederasyon olarak yaşayan insanlar o anayasa etrafında birleşip bir federasyona geçtiler. Bir hukuk metni üzerinde toplandılar. Bunun sebebi Amerika'da bir aristokrasinin olmayışıdır. Orada toplumsal düzene dair hakemlik rolü oynayabilecek, toplumsal düzenin, insan ilişkilerinin nasıl olacağına dair sürekli başvurulacak bir dayanak, psikolojik bir sabite olmadığı için onlar en rasyonel düzeyde bir sistem geliştirdiler. Dünyanın belki de en rasyonel anayasasını yaptılar. Avrupa kıtasındaki siyaset felsefesinin ürettiği kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti gibi ilkelerin en rasyonel ve başarılı şekilde uygulandığı yer Amerika kıtası oldu. Mesela Avrupa kıtasında mesela kuvvetler ayrılığı bu kadar, başkanlık sisteminde olduğu kadar keskin ve net bir şekilde uygulanmamıştır. Çünkü Avrupa'nın hala kendine ait birtakım otantisiteleri vardı. Kültürel birtakım yapıları devam etmekteydi ve insanlar bir anayasanın hatırı için değil, tarihsel değerler dolayısıyla bir arada olmayı sürdürürler. İngiltere'de yazılı bir anayasa yoktur ama İngiltere'de adalı olmak o toplumun her şeyidir. İşçi sınıfından da olsa, aristokrasiden de olsa, o bütünü bir parçası olmak onlar için bir anayasanın varlığından daha önemli ve belirleyicidir. Onlar bir şekilde teamüllerle bunu götürebilmişlerdir. Ama Amerika'da böyle bir şey yok. Bir göçmen topluluğu ve onlar tamamen çıkara, paraya dayalı ilişkileri rasyonelleştirebilecek bir hukuki düzen kurmak durumundaydılar. Dolayısıyla anayasaya en çok ihtiyaç duyan toplumlar *Amerikanlaşmış* toplumlardır, diyebiliriz. Sosyolojide "ideal tip" dediğimiz bir analiz birimi bağlamında bunu söyleyebiliriz. İdeal tipler, sosyal hayatın geometrisi gibidir. Tabiatta mesela üçgen görmeyiz, üçgene benzeyen, üçgene en yakın olan cisimlere üçgen deme eğilimindeyizdir. Sosyal gerçeklikte de bu tür tanımlar asla birebir oturmaz ama belli eğilimler, belli alamet-i farikalar, idealize edilip diğer unsurlarından yalıtılarak tipeleştirilebilir. Bence *Amerikanlaşma* da böyle bir ideal tip olarak zikredilebilir. Anayasa hukuku bakımından Amerikanlaşmış bir toplum anayasanın en belirleyici rol oynadığı toplumdur. Çünkü ekonomik değerlerin başat olduğu, insanlar arası ilişkilerde temel olduğu bir toplumdur söz etmekteyiz. Bu sosyalist bir düzen de olsa, tanım gereği Amerikanlaşmış bir toplumdur. Bu tür toplumlarda bir anayasanın varlığı, anayasal ilkelerin varlığı her şeyden daha önce gelebilir. Bugün Türkiye, bütün siyasi meselelerini anayasa tartışarak ele alma temayülü dolayısıyla Amerikanlaşmış bir topluma dönüşmektedir.

Bizde aranacak olan şey bir anayasanın varlığı mı, yoksa bir toplumsal mutabakatın varlığı mı, meselesidir. Önce bir toplumsal mutabakat olması lazım, anayasanın sonradan bunu desteklemesi lazım; biz eğer o derece Amerikanlaşmış bir toplum değilsek. Bugün itibarıyla yapılan anayasa değişiklikleri de bize bunu sorgulatacaktır zaman içerisinde. "*Biz niçin bir arada*

*yaşıyoruz? Böyle bir anayasa için mi bir arada yaşıyoruz?” sorusu insanların zihninde gündend güne büyüyecektir. Dolayısıyla niçin bir arada yaşadığımız sorusu, toplumsal mutabakat sorusu cevaplandırılması önce gelen sorudur. Ondan sonra anayasa konusunda bir çözüm sağlanabilir. Bugün bu husus es geçildiği için gücünü yetiren istediğini yapabiliyormuş gibi bir manzara çıkıyor. Weber’in meşhur siyasi otorite tipleri vardır, *yasal / geleneksel / karizmatik otorite* diye. Bugün yasal otoritenin ortadan kalktığı ve karizmatik otoritenin baskın olduğu bir siyasi atmosfer görünüyor. Hâkimler karar verirken nasıl itham edilebilecekleri korkusuyla karar veriyorlarsa artık yasal otorite kalmamış, psikolojik etki öne geçmiştir. Bunun aşılabilmesi yeniden bir arada yaşama gerekçemizin temellerini netleştirilerek toplumsal mutabakata kavuşulması ve ardından yeniden buna göre bir anayasal çerçeve belirlenmesi lazım. Aksi takdirde 2019’a kadar tahterevallı gibi %49 mu, %51 mi öne geçecek diye bir sallantı içerisinde geçer. Bugün toplumsal mutabakatı değil de anayasayı tartışıyor olmak büyük bir problemdir. “*Filanca beyefendiye başkanlık yetkileri verelim mi, vermeyelim mi?*”, “*Meclisin yetkileri nerde başlasın, nerde bitsin?*” gibi şeyleri tartışıyoruz. Bu Amerikanlaşmış bir toplum olmanın sancısı. Toplumsal bir sorunu çözümüyoruz, “*filanca*”nın sorununu çözüyoruz. Dediğim gibi anayasa gerçekten bir yürürlükten kalksa, kendi sorunlarımızı ele almamıza sıra gelebilecek!*

Dinleyici: Nasıl bir toplumsal mutabakat öneriyorsun?

Öncelikle bu sorunun aşılmasına yönelik bir iradenin belirmesi lazım. Anayasa krizinin geldiği yer Kemal Gözler’i ne yapmaya icbar ediyorsa, buna dikkat kesilmeliyiz. Bunun hukuk alanında aşılabilmesi için hukuk felsefecilerinin değil; anayasa hukukçularının daha çok hukuk felsefesine ve hukuk sosyolojisine dönmeleri lazım. Diğer hukuk alanlarına teklif ettiğim gibi... Anayasa Hukuku zaten bildiğim kadarıyla, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, “Siyaset Bilimi” ile birlikte cesamet kazanmış bir disiplin. Sonradan daha normatif bir çerçeveye hapsolarak siyaset biliminden ayrılıyor.

Dinleyici: Anayasa yargısı değer kazandıkça anayasa hukuku da bağımsızlaşıyor.

Bu da yine birtakım tarihsel sebeplerle anlaşılabilir. Türkiye dünyada Anayasa Mahkemesi olan dördüncü ülke. İkinci Dünya Savaşı sonrası şartlarının gerekleri dolayısıyla böyle. Kelsen normativizmi de bu şartların bir ürünü aslında. Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

