

ANAYASA YARGISI ÜZERİNE

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

I — ANAYASA YARGISI VE TOPLUM

Yargı üzerine tartışılmalı bir aydı Kasım. Kamuoyunda «Türban Yasası» diye bilinen Yasanın iptali, Yasama organının yeni bir yasal metinle konuyu düzenlemesi, çeşitli açılardan değerlendirildi.

Bir görüş, Anayasa Mahkemesinin varlığını halk iradesine, demokrasiye aykırı buluyor; bir başkası mahkemenin kararını haksız buluyor ve onu savunan yargıcı da önceden oyunu belli etmekle suçluyordu. Üçüncü görüş ise, mahkemeyi haklı, Yasama organını haksız görüyordu.

Biz, sorunu serinkanlı irdeleyebilmek için, tartışmaların geride kalmasını bekledik. Ancak sağlıklı sonuçlara ulaşabilmek için kuşkusuz ortamın elverişliliği yetmez. Yaklaşım ve yöntem de önemlidir.

Yaklaşım çok bakışlı olmalıdır. Biz bunu Anayasa yargısına toplum, hukuk ve devlet açısından bakarak yerine getireceğiz.

Yönteme gelince. Bizce burada «hangisi doğru?» sorusu yerine «yanılgı nerede?» sorusunun yanıtı aranmalıdır.

Bu yaklaşım ve yönteme göre ilk soruyu soralım. Anayasa Mahkemesi, halk iradesinin gerçek temsilcisi sayılan Yasama organının çıkardığı bir yasa kuralını iptal edebilir mi? Bu demokrasiyle nasıl bağdaşabilir?

Yalnız sokaktaki insanın değil, yüksek konumda bulunan kimilerinin de bu soruya yanıtı çoğu kâr şu olmuştur: Bir yargı organının yasa iptal etmesi, demokrasi ve halk iradesine aykırıdır. Toplumu yargıçlar değil, Yasama ve Yürütme organları yönetmeli, son sözü onlar söylemelidir.

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı

İnsanların çoğu kolaycı çözümlere eğilimlidir. Ancak bunlar sağlıklı ve sürekli olamazlar. Yüzeysel ve aldatıcıdır. Bu yanıtlar da öyle.

Yanılı nerede?

Yanılı «hukuk devleti» kavramını algılayamamaktan kaynaklanmaktadır.

Hukuk devleti bir ülküdür. İnsanı ezen iktidarla haklarına uyulmasını isteyen insanın çatışmasından, diyalektiğinden doğmuştur.

Açıklayalım : Her yerleşik toplumda, Devlet vazgeçilmez bir kurumdur. Düzen onunla yürüyecektir. Ne var ki devlet, hemen her zaman tüm güçleri elinde tutmaktan yana olmuş; bu ise bireyi ezmiştir. Oysa, uygar bir toplumda «her şeyin ölçüsü insandır: Homo mensura», İnsansız Devlet düşünülemez. Kuşkusuz devletsiz insan da düşünülemez. Ancak bir farkla: Devlet insan için vardır, insan devlet için değil. Çünkü devlet, insanı mutlu kılmak amacıyla yaratılmış bir yerde yapay bir kurumdur. İnsan ise, canlı bir yaratıktır. Ezilerek, hakları yok edilerek, değerleri öldürülerek mutlu kılınmaz. İnsanı ezen bir devlet, asıl amacını unutmuş, devlet olmaktan çıkmış, zorbaya dönüşmüştür. İnsan hakları günümüzün evrensel/ortak dinidir. Haklar ve özgürlükler asıldır, sınırlamaları ise ayrıktır. Devletin haklara ve değerlere uyulmasını sağlamak için, nesnel (objektif) ölçülere gerek vardır. Bu ölçüleri bize veren kurumun adı hukuktur. Demek ki devlet, hukuka bağlı olduğu sürece, bu ölçülere uymuş, insan daha çok insanlaşmış, haklara ve değerlere saygı gösterilmiş olur. Öyleyse amaç, «daha az devlet, daha çok hukuk» olmalıdır.

Şimdi şu sorunun yanıtı verilmelidir. Bu güzel tabloyu nasıl gerçekleştireceğiz? Kısaca, hukuka bağlı, hukukun üstünlüğüne saygılı devleti uygulama alanına aktarmanın yolu nedir?

Uğranılan nice düş kırıklıkları, binlerce yıllık tarihsel ve bilimsel acı deneyimler, insanlığı bu soruna çözümler bulmaya zorlamıştır. Ulus ve meclisler önünde ant içerek söz vermeler, veto, erkler ayrılığı halkoylaması, iki meclis, seçimler, Anayasanın üstünlüğü, bu arayışlara verilen başlıca yanıtlardır. Ancak, bugüne değin hiç birisi yeterli olmamıştır. Özellikle geri kalmış toplumlarda rejim sık sık tıkanmıştır.

Bunlardan «Anayasanın üstünlüğüdür» bizim üzerinde duracağımız konu.

Anayasayı öbür yasaların üstünde kılan nedenler bellidir. Toplum, kendi adına oluşturduğu kurucu bir iktidarla toplumsal uzlaşmayı (consensus) gerçekleştirdiğinde ortaya çıkan temel metnin adı Anayasadır. Anayasa, bu yüzden devlet düzeninin işleminde hukuk kuralları hiyerarşisinin doruğunda yer alır. Devlet bu kurallar çerçevesinde etkinliğini sürdürme yükümlülüğünü, topluma, toplumun bireylerine karşı önceden benimsemiştir. Böylece, bireylerin elinde, nesnel ölçüler getiren bir hukuk metni bulunmakta, devlet kendini bu metinle bağlamaktadır.

Devlet denilen karmaşık yapıda ise çeşitli erkler vardır. Yasama erki bunların başında gelir. Çünkü çağdaş devlet, her şeyden önce etkinliğini, herkesi, kendini bile bağlayan yasalar çıkararak sürdürür. Bunun adına «yasallık (légalité) ilkesi» diyoruz. Böylece bu ilkeyle, hukuka bağlı devleti yaratma yolunda ilk ve önemli bir adım atılmış olur. Ancak bu yetmez. Çünkü amaç, yasaya bağlı devlet değil, hukuka bağlı devlettir. Çünkü yasalar, her zaman hukuka ve Anayasaya uygun olmazlar. Yasanın Anayasaya uygun olması, bir tür «üst yasallık (super-légalité)» ilkesidir (Duverger). Öyleyse yasa Anayasaya aykırı ise, geçerli değildir. Zira yasama etkinliği (yasa yapma) ve dolayısıyla yasa, geçerliliğini bizzat Anayasadan alır. O yüzden, Anayasaya aykırı bir yasa, bizzat kendini yaratan ana kaynağa (varlığa ve değere) karşı çıkmış bir metindir (Kelsen). O halde böyle bir metin ya kaldırılmalıdır ya da iptal edilmelidir.

Birincisi, yani metnin kaldırılması, Anayasaya aykırılığı anlar anlamaz yasama organınca yapılabilen bir işlemdir. Ancak bu beklenti uygulamada yapısal ve ruhsal nedenlerle istenen sonuçları vermemiştir. Yapısal neden şudur: Yasama etkinliğinin odağında politika olgusu vardır. Politika ise özü gereği öznel, dış etkilere açık, toplumsal titreşimlere ve dengesizliklere duyarlıdır. Duygusaldır. Yasama erkinin en güçsüz yanı da budur. Sık sık öfkelenir. Öfkesini çoğu zaman ürküntü (parık) ve tepki yasalarıyla hakları ve özgürlükleri çiğneyerek sergiler; tıpkı öfkelenen bir baba, hatta soğukkanlılığını yitiren bir suçlu gibi yanlış davranışlarda bulunur. Geçmişten örnek verelim: Kırşehir'i ilçe yapan yasa gibi. Ruhsal nedeni ise şudur: Kendi yanlışını benimsemek insan ve toplum yaşamında kural değil, ayrık bir olgudur. Kolay değildir. Üstelik çok kişiden oluşan yasama organının yanlışını itiraf ve düzeltmesini istemek düşsel bir beklentidir.

Öyleyse, yapısı gereği, zaman zaman öfkelenen, toplumun tepkilerinden etkilenen bir yasama organının bu yanlışlarını; toplumdan en az etkilenen bir başka gücün saptaması ve söylemesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. İşte bu güç, erk; yargı organıdır.

Demek, bağımsız bir yargı organı, yasama organını olası yanlışlardan uzak tutacak, onun gereksiz tepkilerini frenleyecek, kısaca hukukun nesnel ölçüleri içinde onu hukuksallaştıracak biricik güçtür. İşte, Anayasa yargısının varlık nedeninin, tarihsel ve toplumbilimsel deneyimlere dayanan hukuksal gerekçesi budur.

Anayasa yargısı, Anayasaya aykırı bir yasal metni iptal etmekle, yasama organına ne ayak bağı olmakta, ne de onun yerine geçmektedir. Salt hukuk açısından, hukukun ne olduğunu söyleyerek, onu hukukun içine çekerek, hukuk devletinin oluşmasına katkıda bulunmakta «herşeyin ölçüsü insandır» kuralına ters düşen aykırılıkları düzeltmektedir.

Gerçi, yasama organının çıkardığı bir yasa kuralının yargı organınca iptali, ilk bakışta yargının yasamaya ağır bir el atması gibi görünmektedir. Ancak gerçek bu değildir. Şudur: İptalle, hukuka, dolayısıyla halk iradesine aykırı davranan yasama, halk iradesi çizgisine getirilmiştir. Böylece, Anayasa yargısı, son çözümlemede, halk iradesi doğrultusunda halk adına karar veren bir odak olmaktadır. Yeter ki, yargıçlar ve yargı, hukuk alanı içinde kalsınlar. O yüzden böyle bir el atmanın hukuka bağlı devletin gerçekleşmesinde en sağlıklı yöntem ve «yargıçlar hükümeti» suçlamasının yersiz olduğu kanıtlanmıştır (Duverger, Larché).

Geleceğin kurallarını koyan Anayasalara öbür yasaların Anayasaya aykırı olamayacağını yazmanın yetmediğini gören kurucu iktidarlar, bu olasılığı önleyici mekanizmalar getirmelidirler. Çağımızda durum budur. Gerçekten çağdaş devletlerin hemen hepsinde, yasama organını frenleyen Anayasa yargısı benimsenmiştir. 1803 ten beri A.B. Devletleri Yüksek Mahkemesinin yolunu izleyenlerin yanı sıra, birinci dünya savaşından bu yana bu işi uzman Anayasa Mahkemelerine verenlerin sayısı hızla artmıştır. Türkiye otuz yıldır bu mutlu ülkelerden biridir.

Anayasa yargısının, değerini bilelim. Böyle bir yargının hangi mahkemeye verileceği bir sistem sorunudur. Ancak varlığı kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Bu açıklamalarımızdan sonra, yazıya başlarken sözünü ettiğimiz türban kararını değerlendirerek Anayasa yargısını hukuk açısından sorgulayacağız.

II — ANAYASA YARGISI VE HUKUK

Anayasa Mahkemesi, 3511 sayılı (10.12.1988) Yasanın YÖK Yasasına getirdiği «Yüksek öğretim kurumlarında, dinî inanç sebebiyle, boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir» hükmünü iptal etmiştir ,7.3.1989 tarihli ve 1-12 sayılı karar. R.G. 5.7.1989).

Bu yazımızda, ülke çapında yankı uyandıran kararı, sorgulamak istiyoruz. Bu sorgulamada bizi, kararın haklılığından çok, gerekçesi ilgilendirmektedir.

A — Biçim (üslûp) açısından gerekçeyi başarılı bulmak, ne yazık ki, güçtür. Bir yargı kararı, elbette bir yazımsal metin değildir. Ama, bir günlük'te yayımlanan makale de değildir. Yalın, açık, fazla sözcüklerden ve yinelemelerden arınmış olmalıdır. Oysa Mahkemenin kararı; «çağdışı», «açık biçimde», «ayrıcalıktan da öte», «içtenlikli» gibi asalak zarf ve nitelemeler (redondance, superfétation, parasitisme); hemen her sayfada aynı düşüncüyü başka başka biçimlerde yinelemelerle (battologie tautologie, kimileyin de pléonasme) doludur. Hemen her sayfada sık sık yinelenen bölünme (ayrım) (32-36), düzenlemenin hukuka değil dine dayanması (24-32, 34) bunlardan yalnızca birkaçıdır. Öbürleri sayılmaya kalkışılrsa bu satırlar yetmez. Tümcelerın çoğu birbiriyle bağlantısızdır. Fransızların «asymétrie ya da anacoluthie» dedikleri kopukluklara da rastlanılmaktadır (Mimin, Le style des jugements, Paris, 1978, s. 15-206). İşte bir tanesi : «Laik anlayış, devletin, göreviyle ilgili düzenlemelerin salt günlük yaşamla ilgili olmasını gerektirdiği gibi içeriklerinin de mutlaka dinsel doğrultuda olmasını gerektirmemektedir» (3.25). Oysa bütün bunlardan kaçınılabilir, kimi paragraflar atılabilir, birleştirilebilir, özlü, kısa ve veciz (laconique, concis) bir metin yaratılabilirdi. Bir yargı kararı, eksiksiz ve fakat fazlalıklardan arınmış bir yapıt olmak zorundadır. Üstelik Anayasa Mahkemesi gibi, öbür yargı organlarına göre yılda pek az karar veren, herkesin gözlerini üzerine diktiği bir yargı organından örnek metinler beklemek hepimizin hakkıdır. Yan yana, alt alta sıralanan tümcelerle örülen bir dokumada ise, yukardaki olumsuzlukların bulunması doğaldır.

B — Düşünce ve mantık örgüsü açısından da gerekçe başarısızdır. Mahkeme, ilkin, haklı olarak, maddede kullanılan «dinî inanç sebebiyle» deyişinden yola çıkıyor (s. 22), giyinme biçiminin, kültür, gelenek, estetik, çevre etkenleriyle belirlenen bir toplumsal olgu olduğunu vurguluyor (s. 24), dinle bağlantı kurarak yapılan

düzenlemenin laiklikle ilgisini belirtiyor. Bu mantık yerindedir, tutarlıdır. Ancak ardından «dinsel inanç gereği» sözcükleri kullanılmasa bile, bu amaçla yapıldıkları anlaşılan düzenlemeleri de laikliğe aykırı buluyor (s. 29). Oysa, dinsel görünümlü bir giysinin, özgürlük gereği de giyilebileceği, dahası dinsel amacı belirlemenin olanaksızlığı ve Mahkemeyi ilgilendirmedeği unutuluyor.

Vicdan özgürlüğü, teokratik bir ülkede devletin lütfudur; laik ülkede ise kaçınılmaz sonuçtur. Laiklikle vicdan özgürlüğünü ayrı kurumlar (s. 24) olarak gören yüce Mahkeme, biraz ötede vicdan özgürlüğünü laikliğin sağladığını yineleyerek (s. 25, 28), iki kurum arasındaki neden-sonuç ilişkisini benimsiyor. Böylece, ilk önermeyle, doğru olan son önerme çatışıyor.

Laikliğin özlü bir tanımını verecek yerde, tarihçesini ve Türkiye'deki uygulamasını dağınık biçimde sergileyen Mahkemenin, bu konuda da sağlam bir anlayış sergilediğini söylemek güçtür.

C — Hukuk açısından : Anayasanın başlangıcı ile 2, 10, 24 ve 174. maddeleri açısından konuyu irdeleyen Anayasa Mahkemesi, laikliğin önemine, ulusal birliği kurmadaki etkisine değiniyor ve böylece amacını açıklıyor: Dinle bağlantısı sözcüklerle açıklanmasa bile, dinsel güdü ile yapılan giysi düzenlemeleri, laiklikle bağdaşmayan bir özgürlük anlayışını savunmaktır (s. 29, 31). Mahkemeye göre dava konusu kural, islami başörtüsüne ayrıcalık tanıyarak eşitliği örselemekte, dahası kişileri başını örtmeye yönlendirip zorlamaktadır (s. 31).

Giyside özgürlük getiren bir kuralın, insanları zorladığını söylemek, tam bir çelişkidir. Mahkemeler şurada burada görülen kimi toplumsal çalkantılara kapalı olmak durumundadırlar. Onlar, yalnızca hukuk kurallarından esinlenirler.

Eşitlik ve özgürlük kavramlarını ters yüz eden bu algılayış, Anayasa Mahkemesinin 24. ve 174. maddelerle ilgili düşüncelerine de dayanak yapıyor: Başörtüsü, türban dinsel simgelerdir. Din ve mezhep ayrılığını, bölünmeleri kışkırtır. Dinsel inançları aynı olanları bile böler, vicdan özgürlüğünü tehlikeye düşürür.

Çağa, ortama, koşullara göre herkesin istediği gibi giyinebileceğini belirten, ama dinsel güdüyle giyinmeyi laikliğe aykırı bulan, bu giysinin de gerektiğinde din dışı güdülerle giyilebileceğini unutan Mahkeme, dinsel inançları ayrı olanların toplumda birlikte yaşamaları gerektiğini belirttiği halde, onlara serbest giyinme hak-

kını vermiyor. Çünkü, ona göre kutuplaşmalar toplumu tehlikeye düşürür.

Eğer her dinsel simge çatışma doğuracaksa rahibelerin giysilerini, dinsel tapınakların ayrı mimaride olmalarını da yasaklamak gerekmez mi? Bu kaygıyla yapılan yasaklamalar çatışmayı daha çok derinleştirmez mi?

Bu gerekçe bize çok şaşırtıcı gelmiştir. Üniversiteli genç kızlarımızın kendilerini tutsak kılan giysileri bizi de üzmektedir. Ancak; demokratik ve laik bir toplumda onlarla yan yana yaşamak, onları inandırarak doğrudan yana kazanmak; değerler çatışmasında, inanç özgürlüğünü ve uygulamasını kişisel beğenimize üstün tutmak zorundayız. Esasen, başörtüsünün çağcılışı, görünümünün güzel olmaması gibi kişisel değerlendirmeler bir yargı kararına dayanak olamazlar. Kaldı ki, dinsel giysilerin bölünme ve zorlama tehlikesi yaratacakları iddiası, yargı organını değil yasama organını ilgilendirir. Yargı organı, laiklik kuralını, Anayasayı, hukuku korumakla yükümlüdür. Ülkeyi korumak ve kollamak başka kurumların işidir. Yasama organı, böyle bir tehlike varsa, pekâla eylemi suç kabul ederek cezalandırabilir.

Dahası, laiklik açısından konuyu irdelerken, başörtüsünü islâmî esaslar, dini birleştiricilik açısından değerlendirip karara dayanak yapmak, kısacası dinle ilgili yargılarda bulunmak bağışlanmaz bir iç çelişkidir.

Laiklik, devletin dinler ve inançlar karşısında yansızlığıdır. Kamu düzeni çiğnenmedikçe, Devlet inançlara karışamaz. Başörtüsü ayrılıklara yol açacak kaygısıyla, bir dinsel inanç simgesi elbette yasaklanamaz. Üstelik bir inanç gereği onu kullanan, başkalarını zorlamadıkça ona karşı eyleme geçenlere karşı korunur. Dinlere saygılı laik devletlerin görevi budur. Nitekim, 1989 da benzer olaylar Farnsa'da da yaşanmış, Fransız Danıştay 27.11.1989'da çoğunluğa, başkasının özgürlüğüne ve laik öğrenim etkinliklerine zarar vermeksizin, öğrencilerin inançları doğrultusunda özgürce giyinebileceklerini; bir baskı, propaganda, kışkırtma ögesi olmadıkça bu tutumun laiklikle bağdaşacağını belirtmiştir. Üstelik bu, bir ölçüde yerindelik açısından yürütme organına bildirilmiş bir görüştür.

Yargıçlar geleceğin mutfağına yemek yapamazlar. Anayasa Mahkemesi, bir yasal metnin Anayasaya aykırı olup olmadığını irdelerken, hukuk alanında kalmak; toplumsal çatışma olasılığı v.b.

gibi hukuksal olmayan kaygılara dayalı gerekçelerden kaçınmak zorundadır. O, yalnızca Anayasaya uygunluk (constitutionnalité) ya da aykırılık (inconstitutionnalité) denetimi yapar. Asla, yerinde-lik (amaca uygunluk, maslahata uygunluk: opportunité) denetimi yapamaz. Kelsen'in dediği gibi, Kral Midas'ın dokunduğu herşey nasıl altınlaşırsa Anayasa Mahkemesinin değindiği herşey hukuk-laşmalıdır. Yerindelik denetimi mahkemeyi hukuksallaştırmaz, si-yasallaştırır; gereksiz tartışmaların odağı yapar; güçlendirmez, za-yıflatır. Meclis görüşmelerine kadar inerek yasal metinlerin altın-da yatan düşünceleri genetik yorumlarla keşfe çıkarmak; yasanın nesnel iradesi yerine görüşmecilerin öznel iradelerini değerlendire-rek sonuçlar çıkarmak, sağlıklı bir yöntem, yorum ve yaklaşım değildir. Genetik ve sosyolojik yorumlarla yapılacak bir yerinde-lik denetimi, Duverger'nin dediği gibi, Anayasa Mahkemesini ya-sama işlevine kaydırır ve «yargıçlar hükümeti» suçlamasını gün-deme getirir. Unutmayalım ki, bu deyiş, ilk kez Fransa'da kulla-nıldı. Kimi yargıçlar, Kralın mutlakiyetçiliğine sınır getirme tut-kusuyla politik gücün işlevini oynamaya özendiler. «Yargıçlar hü-kümeti» deyişi 17. yüzyılda işte bu tutuma tepkinin ürünüdür (Parrot, 1989, n. 23).

Bizim kaygımız ve amacımız şudur: Anayasa Mahkemesini güçlü kılmak. Bunları yazarken, gerçeğe saygıyı, Mahkemenin de-ğerli yargıçlarına duyduğumuz saygıya üstün tuttuk. Mahkemeyi güçsüzleştirecek tutumlar nereden gelirse gelsin karşısına dikilmek zorundayız. Çünkü o, hepimizin mahkemesidir.

Özetle Anayasa Mahkemesi hukuksal sınırların içine çekilme-lidir. Yöntemler ve araçlar açısından sağlam ve sürekli bir yorum disiplini geliştirmelidir. 1978 Louisiana toplantısına sunulan ge-nel raporda, Anayasa yorumunun klasik yorum temellerine dayan-dığı, özellikle yasal metnin nesnel iradesine ve yorumda alt sınır ilkesine üstünlük tanındığı belirtilmiştir (J.S. Baker, Jr. s. 148, 149).

III — ANAYASA YARGISI VE YASAMA

İncelememizi, Anayasa yargısının bağlayıcılığı konusuyla ka-patmak istiyoruz.

Çoğu ülkelerde olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi kararları, biz-de de herkesi ve her kurumu (erga omnes), bu arada yasama or-ganını da bağlar (Anayasa, md. 153/son). Anayasamızda böyle bir hüküm olmasaydı bile elbette aynı sonuca ulaşılacaktı. Çünkü, yasamanın bir işlemi olan yasanın hem iptali, hem de bu iptalin

değersizliği anlamsız olurdu. Esasen, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, bildirici değil yapıcı bir karardır. Bir hüküm kaldırılmış, böylece yeni bir kural yaratılmıştır (Kelsen). O yüzden iptal, geçişli bir eylemdir, geçişsiz değil. Öyleyse ona uyulmalı, ge- reği yapılmalıdır.

Ülkemizde ise, ne yazık ki, yasama organı bunu çoğu kez bir saygınlık sorunu yapmakta, uymamanın yollarını aramaktadır. Yanılgı buradadır.

Bu yersizdir.

İlkin, yasama organı iptal kararına uymakla, Anayasanın 153. maddesine uymaktadır. Bir başka deyişle bu bir mahkemeye «boyuneğme» olgusu değil, Anayasaya uyma olgusudur.

İkincisi, yasama aslında bundan kıvanç duymalıdır. Nasıl, çarpık kravatımızı düzelterek bizi toplum içinde gülünç olmaktan kurtaran dostumuza gönül borcu duyuyorsak, daha önce de belirttiğimiz gibi, yasama da mahkemeye, kendini hukukun ve Anayasa- nın içine çektiği için, aynı borcu duymalıdır.

Evet, ülkemizde nedense böyle olmuyor. Yasama, çoğu kez mahkemenin kararının hukuka uygun olup olmadığını tartışıyor. Bu yanlıştır. Nasıl yargı yasamanın işlemlerini yerindelik açısından değerlendiremezse, yasama da yargının kararını hukuka uygunluk açısından değerlendiremez. Sözgelimi, yasalarımıza göre ölüm cezasını yargı verir. Ancak bu cezanın yerine getirilmesi ya- samanın onayına bağlanmıştır. Nedeni şudur: Ölüm cezası bir kez yerine getirildi mi, geriye dönmek olanaksızdır. O yüzden yerine getirilip getirilmemesini yargı dışında bir merciin incelemesinde yarar görülmüştür. Bizde bu merci yasamadır. İşte yasama bunu yaparken ölüm cezasını yerine getirmenin ülke için yararlı ve ye- rinde olup olmadığını gözetir. Ancak mahkeme kararının hukuka uyup uymadığını asla inceleyemez. Anayasa Mahkemesi kararı da böyledir. Eleştirilebilir, ama uyulması zorunludur.

Bu uyma, içten olmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararına kar- şın, yeniden benzer metinleri yasallaştırmak hukuka karşı dolan- dır. Erkler sürtüşmesine, çatışmasına yol açılmamalıdır.

Eğitim düzeyi yüksek ülkelerde bu tür çatışmalara rastlan- maz. Çünkü iktidara ve yasamaya karşı direnen bir yargının ar- kasında her zaman toplumun desteği vardır. Bunun güzel örneği İtalya'da yaşanmıştır: ikinci dünya savaşından sonra İtalya'da fa-

şizmin kalıntısı bir «zorunlu sürgün yasası» vardı. Buna göre doğduğu kentten başkasına giden ve orada iş bulamayan insanları, ilin valisi derhal geri gönderebilirdi. Buna uymamak suçtu. Bir partinin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi yasayı iptal etti. Başbakan De Gaspari Mecliste, karara uyulmayacağını, iptal edilen yasanın büyük kentlere işsiz güçsüz kimselerin akımını engellediğini ve dolayısıyla asayişsizliği önlediğini açıkladı. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi Başkanı De Nicola, bir bildiri yayımlayarak hükümeti suçladı ve Anayasa Mahkemesi kararına uyuluncaya değin mahkemenin hiç bir davaya bakmayacağını, hatta Roma'dan ayrılıp Napoli'ye taşınacağını belirtti. Taşındı da. Kamuoyu mahkemeyi destekledi. Bunalmı büyüdü, grevler yaygınlaştı, hizmetler durdu. Sonuçta Başbakan karara uyacağını açıklayarak Napoli'ye kadar gitti, Başkan De Nicola'dan özür diledi, Mahkeme de Roma'ya döndü.

Böyle bir olayın Türkiye'de yaşanması olanaksız görünüyor. Bundan da yasama yararlanıyor. Nitekim «türban yasası»nda da böyle olmuştur. Anayasa Mahkemesi bu yasayı iptal ederken sözcüğü sözcüğüne şöyle demektedir «...Yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri laik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz.» «...Dinsel inanç gereği» sözcükleri kullanılmasa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı, düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olmaz.» (s. 32).

Mahkemenin bu gerekçesi karşısında, yeni bir düzenlemeye elbette gerek yoktu. Bunun erkler sürtüşmesine, çatışmasına yol açması kaçınılmazdı. Nitekim Kasım ayında mahkemenin bir üyesinin yüksek sesle bunu anımsatması tartışmalara yol açtı. Öyle ki, kimi yetkililer, Mahkeme üyesi, Mahkeme kararının yalnızca gerekçesinin ışığında ve o çerçevede konuştuğu halde, üyenin yansızlığını yitirdiğini ve davadan çekilmesi gerektiğini ileri sürdüler. Basın ikiye bölündü. Ancak, kamuoyu İtalya örneğindeki gibi bir tutum takınmadı.

Gerçek şudur: yargıcın oyunu belli etmesi kavramı, her ülkede ve Türkiye'de bile dar anlamda anlaşılmaktadır (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 5.12.1977).

Günümüzde kimi ülkelerde yargıçların siyasal partilere ve sendikalara bile girmeleri serbesttir. İsveç, Norveç, Finlandiya'da böyledir. Almanya'da bir muhalif partide etkin görevlerde bulu-

nan, hatta günlük bir gazetede başyazarlık yapan bir yargıcın yansız olmadığı savını, 1920'lerde İmparatorluk Yüksek Mahkemesi geri çevirmiştir. Federal Yüksek Mahkeme de aynı görüşü sürdürmüş ve «İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin kararlı bir çizgide oluşturduğu içtihatlarında olduğu gibi ...ne dinî inançları ne de siyasal bir partiye üyeliği, yargıcın yanlılığı nedeniyle reddedilmesi için makul bir gerekçe olabilir. Yargıcın bir siyasal partide kapsamlı etkinliği gibi özel koşullar bulunduğu, durum daha değişik olabilir (...). Eğer yargıç Nasyonal sosyalizmin mağdurları ile ilgili kuruluşların etkinliklerine geniş ölçüde katılsaydı ya da bu ideolojiye ve onu izleyenlere özel bir kin gösterseydi» yargıcı reddetmek için yeterli bir gerekçe bulunmuş olacaktı. Yine Alman Federal Mahkemesi, 1953'te verdiği bir kararında şöyle demiştir: «Anayasa Mahkemesi yargıcının belirli bir partiye girmesi, onun ne bu makamdan çıkarılması ne de reddedilmesi için bir neden oluşturur». Mahkeme 1960 tarihli bir kararında da aynı görüşü yinelemiştir. (P. Gilles (Ö. Doğru).

Profesör Gilles'e göre «Hukuk metodolojisi kuramı, bilim felsefesi ve yargıçlar üzerine toplumbilimsel çalışmalar göstermiştir ki, yasaların büsbütün yansız uygulayıcısı anlamında siyaset dışı denilen yargıç tipi ya ütopiktir ya da saf ideolojiktir».

Bu kararları aşırı bulanlar olabilir. Biz de onları ihtiyatla değerlendiriyoruz. Ama, Anayasa Mahkemesinin bir üyesine yapılan eleştirileri, bunların ışığında gözden geçirdiğimizde, hiç de haklı bulmuyoruz.

Yasama Anayasa Mahkemesi kararlarına uyarı, ne kendisi ne de yargı ve yargıçlar yıpranacaktır.

Şimdi «yanılgı nerede?» sorusunu toptan yanıtlamanın tam sırasıdır. Anayasa yargısını ulusal iradeye ve demokrasiye aykırı görmek yanılgıdır. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yerine yerindelik denetimi yapması yanılgıdır. Yasamanın Anayasa Mahkemesi kararına uymaması ya da uyarı görünüp gerçekte onu dolanması yanılgıdır.

Bu üç yanılgıda birleşirsek doğruları kolayca bulabiliriz.

Sık sık yelpaze gibi kullandığımız bir özrümüz var: Türkiye geçiş dönemindedir. Demokrasi, halk, yasama, Anayasa Mahkemesi tüm kurumlar geçiş ve alışma dönemindedir. Bu bir ölçüde doğrudur. Ancak ne denli doğru olursa olsun bizim için gevşeme nedeni olamaz. Türkiye dünyadaki gelişme ivmesine uymazsa, za-

man yitirirse saygınlığını, herşeyini yitirir. Halk da, yasama da, yürütme de, yargı da kendi özgörevlerinin ve yetkilerinin sınırlarını iyi bilmek ve belirlemek durumundadır. Birbirlerinin alanlarına sarkarlarsa, önce sürtüşür, sonra çatışırlar. Demokrasi tıkanır, işlemez. Doğan kargaşada, «biri düdüğünü çalar», en güzel kurumlara kıyılır, sil baştan düzenlemelere gidilir. Nitekim öyle olmuştur. 1980'lerde 1961 Anayasasındaki yetkilerini iyi kullanamayan yasama, bunların bir bölümünü yürütmeye kaptırmıştır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yetki alanları, kendileri ve halk zararına, yasamanın ve yürütmenin yararına daraltılmıştır. Hakimler Yüksek Kurulu kaldırılmıştır. Yargı vurgun yemiştir.

Yazık olmuştur.

Umarız geçmişteki deneyimler özlemlerimizin gerçekleşmesine katkıda bulunur.