

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL AKTİVİZMİ VE SİYASAL ELİTLERİN TEPKİSİ

Prof. Dr. Ergun Özbudun

Bilkent Üniversitesi

Hukuk Fakültesi



Özet

Bu makale, tarihsel bir perspektifte, Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm alanında atmış olduğu adımları eleştirmekte ve bu tutuma ilişkin siyasal elitlerin verdiği tepkiyi örneklendirmektedir. Türkiye'de devlet elitleri ve siyasal elitler arasında süregelen çatışmayı göz önünde tutarak yargısal aktivizmi Türk modernleşmesinin bir sonucu olarak değerlendiren metin, yakın dönemdeki Cumhurbaşkanlığı seçimini de yine bu bakış açısıyla incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal aktivizm, Anayasa Mahkemesi, siyasal elitler, yargı iktidarı, cumhurbaşkanlığı seçimi.

Judicial Activism of the Turkish Constitutional Court and the Reaction of Political Elites

Abstract

This article is criticising the judicial activism of the Turkish Constitutional Court from an historical perspective and exemplifying the reaction of political elites to this stance. Regarding the ongoing confrontation between the state elites and political elites in Turkey, the text considers judicial activism as a culmination of Turkish modernization and scrutinizes the recent presidential election from this viewpoint.

Keywords: Judicial activism, the Turkish Constitutional Court, political elites, juristocracy, presidential elections.

Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi

“Yargısal aktivizm” (judicial activism) ve yargının kendi kendini sınırlandırması (judicial restraint) anayasa yargısını benimsemiş hemen tüm ülkelerde sıklıkla gündeme gelen kavramlardır. Anayasa mahkemelerinin önüne gelen birçok sorunun siyasal niteliği, bu mahkemelerle parlâmentolar arasında zaman zaman çatışmalar görülmesini hemen hemen kaçınılmaz kılmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme hâkimi Frankfurter’in şu düşünceleri, yargının kendi kendini sınırlandırması lehinde sık sık örnek gösterilmektedir:

“Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu ‘bir kanun’ haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (awesome) yetkisi, azamî ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır” (Koopmans, 2003: 51-52’den naklen).

Hâkim Frankfurter, başka bir vesile ile de, yargı organını halk siyasetine karıştırmanın “demokratik bir sisteme düşman” olacağını belirtmiş ve “mahkemeler bu siyasal çalığa girmemelidir” diye eklemiştir (Koopmans, 2003: 52). Gerçekten A.B.D. Yüksek Mahkemesinin tarihi, gerek yargısal aktivizm, gerek yargısal kendi kendini sınırlandırma dönemlerine tanıklık etmiştir. Bunun belki de en iyi bilinen örneği, 1930’larda Başkan Franklin D. Roosevelt ile Yüksek Mahkeme arasında ortaya çıkan çatışmadır. Roosevelt, 1932 yılında “Yeni Dağıtım” (New Deal) adını verdiği bir programla seçilmiştir. Bu program, ekonomik depresyonu sona erdirmek ve kitlesel işsizlikle mücadele etmek yönünde, ılımlı sosyal demokratik olarak

vasıflandırılabilir tedbirleri içeriyordu. Bu amaçla çıkarılan birçok kanunun Yüksek Mahkemece anayasaya aykırı bulunması karşısında hiddete kapılan Roosevelt, “milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemedan kurtarmak için harekete geçmek zorundayız” diyordu. 1936 seçimlerinden de ezici bir zaferle çıkan Roosevelt, Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirecek bir plan ortaya attı. Buna göre, Mahkemenin yetmiş yaşını aşmış üyelerine (altı üye bu durumdaydı) oy hakkına sahip olacak yardımcı hâkimler verilecekti. Bu planın Kongrede görüşülmesi sırasında Yüksek Mahkeme içtihadını değiştirdi ve bazı “Yeni Dağıtım” kanunlarını onayladı. Böylece çatışma, Roosevelt’in planının yürürlüğe girmesine gerek kalmadan çözüldü (Koopmans, 2003: 59-60).

1982 T.C. Anayasası, yargısal aktivizme çok elverişli hükümler ihtiva etmektedir. Anayasanın devletin temel niteliklerini tanımlayan ve değiştirilmesi mümkün olmayan ilk üç maddesinde toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet gibi fevkalâde geniş ve tanımlanması imkânsız kavramlar yer aldığı gibi, ikinci maddede sayılan Atatürk milliyetçiliği, insan haklarına saygı, hukuk devleti, demokratik devlet, lâik devlet, sosyal devlet gibi kavramların hayli değişik şekillerde tanımlanabileceği açıktır. Anayasanın 176’ncı maddesi gereği Anayasa metnine dahil sayılan Başlangıç bölümü ise “Türk millî menfaatleri”, “Türklüğün tarihi ve manevî değerleri”, “Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliği” gibi, daha da müphem ve tanımlanması imkânsız kavramları ihtiva etmektedir. Bu tür geniş ve belirsiz kavramların Anayasa Mahkemesine, aktivist bir tutum izleme yolunda büyük imkânlar sağladığı açıktır.

Türk Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumu, gerek 1961, gerek 1982 Anayasaları dönemlerinde gözlemlenebilir. 1961 Anayasası dönemine ait en iyi örnek, muhtemelen Mahkemenin bazı anayasa değişikliklerini iptal etmiş olmasıdır. 1961 Anayasasında anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda açık bir hüküm yoktu. Teorik olarak, böyle bir denetimin gerçekleştirilebilmesi için, ya anayasa üstü birtakım “süpra-pozitif” normların, veya anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşinin varlığının kabul edilmesi gerekirdi. Oysa Anayasada böyle bir hiyerarşinin varlığına dair hiçbir işaret bulunmadığı gibi, anayasa hukuku literatüründe de bütün anayasal normların eşit hukukî değerde olduğu görüşü hâkimdi. Sadece, Anayasanın 9’uncu maddesi, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini öngörüyordu. Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında verdiği bir kararda (E.1970/1, K.1970/31, 16.6.1970 AMKD, Sayı 8, s. 323), Anayasanın 2’nci maddesinde sayılan Cumhuriyetin niteliklerinin, değiştirilemez nitelikteki Cumhuriyet ilkesine dahil olduğunu ileri sürerek, bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Mahkemeye

göre, 2'nci maddede sayılan niteliklerden (insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti) herhangi birine aykırı bir anayasa değişikliği, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralına da aykırı olacaktır. Mahkeme, bu görüşünü şu sözlerle ifade etmektedir:

“Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasanın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı, başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırmak suretiyle, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.”

Anayasa Mahkemesi, bu gerekçelerle, anayasa değişikliklerini gerek şekil, gerekse esas yönünden denetleyebileceği sonucuna varmıştır. Bu yorumun, Anayasa Mahkemesine hemen hemen tüm anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi verdiğinde kuşku yoktur; çünkü 2'nci maddede sayılan niteliklerden biriyle ilgili olmayan bir anayasa değişikliğini tasavvur etmek güçtür.

Siyasal elitlerin bu karara tepkisi, 1971 Anayasa değişiklikleri ile, Mahkemenin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisini, sadece şekil yönünden denetimle sınırlandırmak suretiyle gerçekleşti. Anayasanın 147'nci maddesinde yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin “Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler” hükmü getirildi. Buna rağmen Mahkeme, 1975, 1976 ve 1977 yıllarında dört anayasa değişikliğini daha iptal etti. Bu sefer Anayasa Mahkemesinin gerekçesi, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralının, sadece bir maddî hukuk normu değil, aynı zamanda bir şekil kuralı olduğu yolundaydı. Dolayısıyla, 2'nci maddede sayılan niteliklere aykırı bir anayasa değişikliği, şekil yönünden Anayasaya aykırı idi. Anayasa Mahkemesi, bu görüşünü şöyle ifade etmiştir:

“Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürütecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemez, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşmayacaktır...9’uncu maddede yer alan yasak kuralı bir şekil şartı olduğundan” dâva konusu olan Anayasa değişikliği, “diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir” (E. 1973/19, K. 1975/87, 15.4.1975, *AMKD*, Sayı 13, s. 430-21. Aynı mahiyette, E. 1976/38, K. 1976/38, K. 1976/46, 12.10.1976, *AMKD*, Sayı 14, s. 252-86; E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977, *AMKD*, Sayı 15, s. 106-31; E. 1977/82, K. 1977/117, 27.9.1977, *AMKD*, Sayı 15, s. 444-64).

Bu kararlara karşı tepki, 1982 Anayasası ile gerçekleşti. Anayasa, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki şekil denetimini muhafaza etmekle birlikte, bunun içeriğini tanımlayarak sınırlandırdı. Anayasanın 148’inci maddesine göre bu denetim, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.” 149’uncu madde ile de, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin iptaline karar verebilmesi için üçte iki çoğunluk şart koşulmuştur. 2001 Anayasa değişikliği ile bu nitelikli çoğunluk, beşte üçe indirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ile siyasal elitler arasında başka bir çatışma noktası, siyasî partilerin yasaklanması ile ilgilidir. Anayasanın 69’uncu maddesi, siyasî partilerin kapatılmasına şu iki durumda cevaz vermektedir: (a) bir siyasî partinin tüzüğü ve programının, 68’inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde; (b) bir siyasî partinin, 68’inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline gelmesi durumunda. 1986 yılında 3270 sayılı Kanunla değiştirilen Siyasî Partiler Kanununun 103’üncü maddesi ve onun yollamada bulunduğu 101’inci maddeye göre, parti üyelerinin parti yasaklarına aykırı eylemlerinden dolayı parti kapatma yoluna gidilebilmesi için, önce ilgili kişilerin bu eylemlerinden dolayı hüküm giymeleri, daha sonra Cumhuriyet Başsavcılığının bu kişilerin partiden kesin olarak çıkarılmalarını istemesi ve siyasî partinin otuz gün içinde bu istemi yerine getirmemiş olması gerekiyordu. Kapatma dâvası açıldığında da

o parti üyelikten çıkarma istemini yerine getirdiği takdirde dâva düşüyordu. Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi dâvasında Siyasî Partiler Kanununun bu hükmünü ön mesele olarak incelemiş ve önce onun iptaline, daha sonra da bu iptal hükmüne dayanarak Refah Partisinin kapatılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi, Türk Ceza Kanununun 141, 142 ve 163'üncü maddelerinin kaldırılmış olması nedeniyle, bu maddelerden hüküm giymenin mümkün olmadığı, dolayısıyla bir partinin yasak eylemlerin mihrakı (odağı) haline gelmiş olup olmadığına saptanmasında, 103'üncü maddenin uygulanma olanağının kalmadığıdır (E. 1998/2, K. 1998/1, 9.1.1998, *AMKD*, Sayı 34, Cilt 1, s. 241-42. Bu kararın kapsamlı bir tahlili için, bk. Öden, 2003: 63/74). Bu karar Mahkemeye, bir siyasî partinin Anayasaya aykırı eylemlerin "işlendiği odak haline gelmiş olup olmadığını kanunla belirlenmiş herhangi bir ölçüte bağlı kalmadan doğrudan doğruya Anayasaya dayanarak serbestçe takdir etme olanağını sağlamıştır" (Öden, 2003: 71).

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra 12.8.1999 tarihli ve 4495 sayılı Kanunla, Siyasî Partiler Kanununun 101 ve 103'üncü maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, odak olma durumu şu şekilde tanımlanmıştır: "Bir siyasî parti, birinci fıkrada yazılı fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre, merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır." Değişikliğin amacının, Anayasa Mahkemesinin odak halinin mevcudiyetini tesbitteki takdir yetkisini bir ölçüde sınırlandırmak olduğu açıktır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, Fazilet Partisi dâvasında, Siyasî Partiler Kanununun değişik 103'üncü maddesinin Anayasaya uygunluğunu ön-mesele olarak incelemiş ve sonuçta maddeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi özetle şöyledir:

"Siyasi partilerin Anayasa ile belirlenmiş demokratik temel düzeni yıkmaya veya önemli ölçüde tehlikeye düşürmeye yönelmeleri söz konusu olduğunda yaptırım uygulanmasını engellemek ya da önemli ölçüde zorlaştırmak demokratik sistemin özünüle bağdaşmaz... Kapatılma tehdidi altında bulunan bir siyasî partinin fıkrada sayılan organlarından, üyelerinin Anayasa ve Yasa'ya aykırı eylemlerine açıkça veya sessiz kalarak zımnen onay vermeleri beklenemez...Bu durumda, 103. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, Anayasa'nın 69'uncu maddesinin altıncı fıkrası uyarınca bir siyasî partinin 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı fiillerin işlendiği odak haline geldiğinin saptanması olanaksızlığa varan bir zorluk içermektedir"

(E. 2000/86, K. 2000/50, 12.12.2000, AMKD, Sayı 36, Cilt 2, s. 900-902. Bu Kararın tahlili için bk. Öden, 2003: 79/84. Öden, isabetli olarak, bu kararın “mücadeleci demokrasi” anlayışına uygun düştüğünü belirtmektedir. Öden, 2003: 81).

Siyasal elitlerin bu karara karşı nihaî tepkisi, 2001 anayasa değişikliği ile, iptal edilen 103’üncü maddenin ikinci fıkrasının hemen hemen aynı şekilde Anayasanın 69’uncu maddesine monte edilmiş olmasıdır. İptal edilen hükümle yeni Anayasa hükmü arasındaki tek fark, yeni metinde genel başkanın da ilgili parti organları arasında sayılmış olmasıdır. Böylece, Anayasanın 69’uncu maddesinin altıncı fıkrası şu şekli almıştır:

“Bir siyasî partinin 68’inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.”

Böylece, Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasında uzun süre devam eden çekişme, neticede yasama organının tercihi yönünde sonuçlanmıştır. 2001 Anayasa değişikliklerinde ayrıca, 149’uncu maddede yapılan değişiklikle parti kapatma dâvalarında salt çoğunluk yerine beşte üç çoğunlukla karar verilmesi şartı getirilmiştir. Her iki değişikliğin amacının partilerin kapatılmasını güçleştirmek ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki takdir yetkisini bir ölçüde sınırlandırmak olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi ile siyasal elitler arasındaki çatışmanın, bir anayasa değişikliği yolu ile, siyasal elitlerin tercihleri doğrultusunda sonuçlandığı üçüncü bir alan, özelleştirme konusu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin özelleştirmeye soğuk bakan ve bazı özelleştirme kanunlarını iptal eden tutumu (Özbudun, 2006: 319-32) karşısında, 1999 yılında 4446 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliği, özelleştirmeye açıkça yer vermek suretiyle, çıkarılacak özelleştirme kanunlarını daha sağlam bir hukukî zemine oturtmuştur. 47’nci maddeye eklenen 3’üncü ve 4’üncü fıkralara göre, “Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen

yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” Aynı anayasa değişikliği ile, gene serbest piyasa ekonomisinin hukukî altyapısını güçlendirmek amacıyla, 155’inci maddede yapılan değişiklikle, Danıştayın “imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek” görevi, “imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek” şeklinde değiştirilmiş, böylece Danıştayın görüşü bağlayıcı olmaktan çıkarılmıştır. Gene aynı amaçla, 125’inci maddeye, “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” hükmü eklenmiştir.

Şüphesiz, Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumunun örnekleri bunlardan ibaret değildir. Bunların yanında Mahkemenin, açık bir anayasal temele dayanmadığı halde kendisinde yürürlüğü durdurma yetkisi görmesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini Anayasada yer almayan önemlilik, zorunluluk, ivedilik, kısa sürelilik gibi şartlara bağlaması, Anayasada denetlenmesi yasaklanan sıkıyönetim ve olağanüstü hal kararnamelerini Anayasaya uygunluğu şüpheli bir yorumla denetim kapsamına alması, siyasi parti kapatma dâvalarında Anayasa ve Siyasî Partiler Kanunu hükümlerini aşırı bir katılıkla yorumlayarak siyaset alanını büyük ölçüde daraltması, Mahkemenin aktivist yaklaşımının en çarpıcı örnekleri olarak gösterilebilir. Ancak bunlar, şu ana kadar siyasal elitlerin anayasa değişikliği yoluyla ifade edilen tepkisine neden olmadıkları için, bu yazının kapsamı dışında kalmaktadır.

Anayasa yargısını benimsemiş ülkelerde yargısal aktivizm oldukça sık rastlanılan bir durum olmakla beraber sorun, Türkiye’de özel bir ağırlık kazanmaktadır. Çünkü Türk Anayasa Mahkemesinin aktivizmi, temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizmdir. Mahkeme, temel ve siyasi haklara ilişkin kararlarında aşırı derecede ihtiyatlı ve muhafazakâr bir tutum sergilemesine karşılık, üniter, milli ve lâik olarak tanımlanabilecek Cumhuriyetin temel değerlerinin korunmasına özel bir önem atfetmiştir. 1982 Anayasasının devletçi nitelikteki genel felsefesi ve Anayasa Mahkemesinin onu kuvvetle destekleyen yorumları, birçok gözlemciyi, 1982 Anayasasının resmî bir ideolojisi olduğu sonucuna götürmüştür (Erdoğan, 2000: 128-129; Erdem, 2005: 51-69). Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesinin özellikle parti kapatma dâvalarındaki yasakçı tutumunu bir anayasa hukukçumuz, “hak-eksenli” değil, “ideoloji-eksenli” bir paradigma olarak nitelendirmiştir (Arslan, 2005: 238-54; Özbudun, 2005: 83-106). Yukarıda değinildiği gibi, 1982 Anayasasının özellikle Başlangıç bölümünün, çok geniş, belirsiz ve ideolojik değer yargıları

içeren hükümler ihtiva ettiği ve bunun Anayasa Mahkemesine yargısal denetimde geniş bir takdir alanı tanıdığı doğrudur. Ancak sorunun kökleri, Anayasa metninin çok ötesinde, Türkiye'nin kendisine özgü siyasal gelişme çizgisinin yarattığı özelliklerde aranmalıdır.

Bu özelliklerin ayrıntılı bir tahlili, bu yazının kapsamı dışındadır. Ancak şu kadarını belirtelim ki, Türkiye'nin modernleşmesinin, çoğu Batı ülkesinde olduğu gibi bujuva sınıfının değil, askerî ve bürokratik devlet elitlerinin öncülüğünde gerçekleşmiş olması, demokratik siyasal hayata geçilmesinden sonra da, bu elitlere devlet hayatında belirleyici bir rol kazandırmıştır. Siyasal elitlerle devlet elitleri arasındaki çatışma, bir bakıma, çok-partili siyasal hayatımızın sıklet merkezini oluşturmuştur (Heper, 1985; Özbudun, 1996: 135-39). Devlet elitleri, kendilerini “devletin muhafızı”, Devletin sürekli menfaatlerinin koruyucusu bir vesayet makamı olarak algılamışlar; kısmî, özel ve gelip geçici menfaatlerin oportünist temsilcileri olarak gördükleri seçilmiş siyasal elitlere daima şüphe ile bakmışlardır (Özbudun, 1983: 247-68). 1982 Anayasasında bu anlayışın birçok işaretini görmek mümkündür. Bu vesayetçi zihniyet, güçlü sosyalleştirme mekanizmalarının etkisiyle, bugün dahi devlet elitlerinin önemli bir kesimine hâkim olmaya devam etmektedir. Genel olarak yargı organının, özel olarak da Anayasa Mahkemesinin, bu zihniyetin etkisinden kendilerini kurtarabildiklerini söylemek güçtür. Bunun izlerini Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma dâvalarında verdiği kararlarda ve türbana ilişkin kararlarında görmek mümkündür. Her iki durumda da Mahkeme, Kemalist düşünce sisteminin iki temel direği olan üniter millî devlet ve lâiklik ilkelerini, mümkün olan en katı şekilde yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesinin türbanla ilgili kararı, lâikliğin genellikle benimsenen bilimsel yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist ideoloji olarak takdim etmektedir. Eğer okuyabilseydi, Auguste Comte'un ruhunu şâd edeceği kuşkusuz olan şu pasajlar, özellikle ilginçtir: “Lâiklik, dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir...Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı, bilim ve hukuk olur... Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede lâiklik uygulamasının...batı ülkelerindeki gibi olması...beklenemez...Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır...Lâiklik, dinsellikle

bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir...Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı olması düşünülemez” (E. 1989/1, K. 1989/12, 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, s. K 17-48. Bu kararın eleştirileri için, bk. Erdoğan, 2000: 188-97; Ulusoy, 2004: 197-251).

Anayasa Mahkemesi ile seçilmiş siyasal elitler arasındaki çatışma, Anayasa Mahkemesinin 2007 ilkbaharında, Cumhurbaşkanlığı seçimi konusunda verdiği kararla, zirve noktasına ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1.5.2007 tarihli ve E.2007/45, K.2007/54 sayılı kararı ile, Anayasanın Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 102'nci maddesini yorumlamış ve bu maddede zikredilen “üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu” ibaresinin, sadece karar yeter sayısını değil, aynı zamanda toplantı yeter sayısını da ifade ettiği sonucuna varmıştır. Bu gerekçe ile Mahkeme, TBMM'nin 27.04.2007 günlü, 96. Birleşiminde Başkan'ın 184 milletvekilinin Genel Kurulda bulunmasının yeterli bulunduğu yolundaki görüşünün kabulüne ilişkin TBMM Kararını, eylemli bir İçtüzük değişikliği niteliğinde görerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararının, çeşitli açılardan, kendi anayasal yetki sınırlarını aşmış olduğu açıktır. Herşeyden önce görev yönünden, Anayasa Mahkemesinin konuyu ele alabilmesi için, ortada gerçekten eylemli (fiilî, *de facto*) bir İçtüzük düzenlemesi veya yeni bir İçtüzük hükmü ihdasının söz konusu olması gerekir. Yürürlükteki İçtüzüğün 121'inci maddesi, Anayasanın 101 ve 102'nci maddelerine atıfta bulunmaktan başka bir şey yapmadığına göre, söz konusu TBMM kararının nasıl olup da eylemli bir İçtüzük düzenlemesi sayıldığını anlamak gerçekten güçtür. Esas yönünden ise Mahkeme, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu olan 367 sayısının aynı zamanda toplantı yetersayısı olduğuna, üstelik bu sayının “yalnız birinci oylamada değil, fakat dört oylamanın her birisinde de aranması gerektiği”ne karar vermiştir. Oysa, 102'nci maddede üçte iki çoğunluğun aynı zamanda toplantı yeter sayısı olduğu anlamına gelen en ufak bir işaret bulunmadığı gibi Mahkemenin yorumu, üçüncü ve dördüncü oylamalarda Cumhurbaşkanının üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçilmesine imkân veren, 102'nci maddenin üçüncü fıkrasını fiilen uygulanamaz hale getirmiş, yani bir anlamda iptal etmiş olmaktadır. Çünkü bu yoruma göre, Cumhurbaşkanı seçimlerini kilitlemeye kararlı üçte birlik bir azınlık, toplantılara katılmamak suretiyle, Cumhurbaş-

kanının salt çoğunlukla seçilmesini fiilen imkânsızlaştırabilecektir. Böyle bir sonucun, 1982 Anayasasının ne lâfzî, ne amaçsal, ne de tarihsel yorumuyla bağdaştığı açıktır. Anayasa Mahkemesi, bu kararını haklı gösterebilmek için, Cumhurbaşkanı seçiminde “olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığı” ve Cumhurbaşkanının “ulusun önemli bir çoğunluğunu yansıtan temsilcilerin katılımı ve iradeleri ile seçilmesi” gerektiği gibi, ancak bir siyasal temenni mahiyeti taşıyan ve hiçbir pozitif hukuk temeline dayanmayan bir gerekçe ileri sürmüştür. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin, Anayasada mevcut olmayan bir “nitelikli uzlaşma” kuralı yaratmak, ve 102’nci maddenin üçüncü fıkrasını fiilen iptal etmek suretiyle, Anayasa koyucu gibi davrandığı söylenebilir. Son olarak Mahkeme, Anayasada yer almayan ve kanunlar konusunda dahi kullanılmasının meşruluğu çok tartışmalı olan yürürlüğü durdurma yetkisini, uygulanma sürekliliği olmayan, dolayısıyla yürürlüğünün durdurulmasının ne anlam ifade ettiği açık olmayan bir TBMM kararı hakkında kullanmakla, başka bir hataya daha düşmüştür. Bu kararın hukukî ve siyasi yansımaları uzun süre devam edecek gibi görünmektedir. Toplumun önemli kesimlerince hukukî değil, siyasi saiklere dayandığı ve normal demokratik süreçlerin önünü tıkadığı düşünülen bu karar, Anayasa Mahkemesinin 45 yıllık tarihinde belki ilk defa bu Mahkemenin meşruluğunun, oluşum tarzının ve yetkilerinin ciddi şekilde sorgulanmasına yol açmıştır.

Parlâmentonun bu karara karşı tepkisi, bir anayasa değişikliği ile, Cumhurbaşkanının halk tarafından beş yıllık bir dönem için ve azamî iki dönem seçilmesi yönteminin kabulü olmuştur. Aynı anayasa değişikliği paketinde yer alan diğer bir hüküm de, toplantı yetersayısı üzerindeki tartışmaları sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Bu hükme göre, TBMM “yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır.” Böylece, Anayasa Mahkemesinin kararı sonucunda Cumhurbaşkanı seçim sürecinde yaşanan tıkanıklığın tekrarlanması önlenmiş olmaktadır. Bu anayasa değişikliği teklifi üçte iki çoğunlukla kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı Sezer tarafından tekrar görüşülmek üzere Meclise iade edilmiş ve 31 Mayıs tarihinde aynı çoğunlukla yeniden kabul olunmuştur (5678 sayılı Kanun). Bu sefer Sezer, bir yandan kabul edilen metni halkoylamasına sunarken, öte yandan tüm anayasa değişikliği kanununun yoklukla mâlûl olduğunu iddia ederek, Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açmıştır. Anayasa Mahkemesi bu talebi, 5 Temmuz tarihinde beşe karşı altı oyla reddederek, 21 Ekimde yapılacak olan halkoylamasının önünü açmıştır. Bu değişiklik kesinleştiği takdirde, siyasal elitlerle Anayasa Mahkemesi arasında, birincilerin zaferiyle sonuçlanan çatışmaların yeni ve önemli bir örneğini oluşturacaktır. Günümüzde anayasa yargısı yerleşik demokrasilerin büyük çoğunluğunda hukuk devletinin vazgeçilmez bir kurumu olarak görülmektedir. Türkiye’de de elbette böyle

görölmeye devam edecektir. Ancak hiçbir işleyen, sağlıklı, pekişmiş demokrasi, halk iktidarının yargı iktidarına (juristocracy) ya da hâkimler hükûmetine dönüşmesine uzun vâdede kayıtsız kalamaz. Önümüzdeki dönemde Ak Partinin sivil anayasa girişimi çerçevesinde, Anayasa Mahkemesinin oluşum tarzı ve yetkileri konusunda ciddi tartışmalar cereyan edeceğe benzemektedir.

Kaynakça

- ARSLAN, Zühtü (2005), *Anayasa Teorisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- ERDEN, Fazıl Hüsnü (2005), "Türkiye'de 'İdeolojik Devlet' Gölgesinde Yerli Bağımsızlığı Sorunu," *Demokrasi Platformu*, Yıl 1, Sayı 2: 51-69.
- ERDOĞAN, Mustafa (2000), *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- HEPER, Metin (1985), *The State Tradition in Turkey* (Walkington: Eothen).
- KOOPMANS, Tim (2003), *Counts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge: Cambridge University Press).
- ÖDEN, Merih (2003), *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- ÖZBUDUN, Ergun (1983), "State Elities and Democratic Political Culture in Turkey," DIAMOND, Larry (ed.), *Political Culture and Democracy in Developing Countries* (Boulder: Lynee Reiner).
- ÖZBUDUN, Ergun (1996), "Continuing Otoman Legacy and the State Tradition in the Middle East," BROWN, I. Carl (ed.), *The Ottoman Imprint on the Balkans and the Middle East* (New York: Colombia University Press).
- ÖZBUDUN, Ergun (2005), "Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı," *Siyasi Partiler ve Demokrasi* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu).
- ÖZBUDUN, Ergun (2006), "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika," *Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı* (Ankara: İmaj Yayınevi).
- ULUSOY, Ali (2004), *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ankara: Ülkü Kitapları).