DİJİTAL KÜTÜPHANE KANALI

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

https://rantey.org

Yedek ve Duyuru Kanallarımız
Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

• Telegram: https://t.me/birkitapbir

• WhatsApp Kanalımız : https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4IvMoc0Y

ANAYASA MAHKEMESİ YARGILANIYOR

HASAN ÖNAL

Adalet mülkün temelidir...

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org/

ANAYASA MAHKEMESİ YARGILANIYOR

HASAN ÖNAL

İthaf:
Tarih boyunca yargının zulmüne uğrayanların
aziz hatıralarına...

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ARI SANAT YAYINLARI: 217
Hukuk kitapları: 8

© 2015 Arı Sanat Yayınevi
Eserin yayın hakları Arı Sanat Yayınevi'*ne ve* Yazar'*a aittir.*
İzinsiz yayınlanamaz.

Sertifika No: 17182
ISBN 978-605-5021-25-2
1. Basım: Ocak-2015, İstanbul

Editör:	Aydın Coşkun
Mizanpaj:	Arı Sanat
Baskı:	Lord Matbaacılık *Davutpaşa Emintaş San. Sit. No: 430* *Topkapı/İST*

ARI SANAT YAYINEVİ
Çatalçeşme Sk. No:19/1 D: 3 34410 Cağaloğlu/İST.
Tel: 212 520 41 51 Faks: 514 51 39
e-posta:bilgi@arisanat.com
www.arisanat.com

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ANAYASA MAHKEMESİ YARGILANIYOR

HASAN ÖNAL

ARI SANAT

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Hasan Önal

1965 yılında Giresun İli, Yağlıdere İlçesine bağlı Tekke Köyü'nde doğdu. Pendik Güzelyalı 50. Yıl İlkokulu'nu bitirdi. Lise öğrenimini İstanbul Tuzla Lisesi'nde tamamladı. 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'nden mezun oldu.

Adalet Bakanlığı tarafından yapılan İdari Yargı Hâkim Adaylığı Sınavında başarılı olarak 1991 yılında hakim adayı olarak göreve başladı. Stajının tamamladıktan sonra Ordu Vergi Mahkemesi, Samsun Vergi ve İdare Mahkemeleri, Diyarbakır Vergi ve Bölge İdare Mahkemeleri, Adana Bölge İdare Mahkemesi üyesi olarak görev yaptıktan sonra 2011 yılında İstanbul İdare Mahkemesi Başkanlığı'na atandı, buradaki görevine yürütürken Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 15.12.2014 tarihli kararıyla Danıştay üyeliğine seçilmiştir.

Ayrıca İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi 3. Sınıf öğrencisi olarak ikinci bir lisans öğrenimi görmektedir.

Yazar evli ve üç çocuk babasıdır.

İletişim: hasanonal1964@gmail.com

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ 9
GİRİŞ.....11

I. BÖLÜM
ANLAM VE YORUM ÜZERİNE
.....17

II. BÖLÜM
ANAYASANIN DÖRDÜNCÜ MADDESİNİN YOK HÜKMÜNDE OLDUĞUNA DAİR DÜŞÜNCELER
.....49

III. BÖLÜM
LAİKLİK ÜZERİNE DÜŞÜCELER
(Laiklik veya nefes almak serbest, taşları yemek yasak).....61

IV. BÖLÜM
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YASAMA ALANINA SÜREKLİ BİR BİÇİMDE HAKSIZ EL ATMASININ TARİHÇESİ
..... 85

1) Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez TBMM kararını içtüzük düzenlemesi -tedvin- sayarak iptal etmesine ilişkin kararı ve hukuksal anlamı:.....94

2) Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliğini esas bakımından denetlemesine ilişkin ilk kararı ve kararın dayandırıldığı ilkeler karşısındaki tutarsızlığı:.....101

3) Anayasa Mahkemesinin itiraz yolu ile Anayasanın bir hükmünü iptal etmesine ilişkin kararı ve eleştirisi:.....119

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

4) Yürürlüğün durdurulması müessesesinin oluşturulmasına ilişkin ilk karar:.....122
5) 12.03.1996 günlü ve 398 sayılı; "Bakanlar Kuruluna Güven Oylaması hakkında Meclis Kararı"nın eylemli içtüzük değişikliği sayılarak iptali:.....130
6) 27.04.2007 tarihli Cumhurbaşkanlığı Seçimi Oylaması hakkında verilen iptal kararı:.....139
7) Yükseköğretim kurumlarında yaşanan başörtüsü sorununun çözümü için yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun iptaline ilişkin karar:.....169
8) 07.05.2010 tarihli ve 5982 Sayılı Anayasaya değişiklik getiren Kanunun esastan incelenerek bazı ibarelerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi:.....226
Bahsi geçen kararların sonuçları:.....235

V. BÖLÜM
YERİNDELİK DENETİMİNİN ANAYASA MAHKEMESİNCE MEŞRULAŞTIRILMASI
.....245

VI. BÖLÜM
ANAYASA MAHKEMESİNİN SİYASİ ALANA EL ATMASI
.....255
SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI ÜZERİNE GENEL DEĞERLENDİRMELER.....255
1- REFAH PARTİSİNİN KAPATILMASINA İLİŞKİN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....265
A) HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE USUL KURALLARI YÖNÜNDEN AYKIRILIKLAR.....284
a) Davanın bir ceza davası olduğu, davanın türü hakkındaki Mahkeme görüşünün hatalı oluşu:.....284
b) Kararın "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılığı:286
c) Kararın ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan "genişletici yorum yasağı"na aykırılığı:.....288

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

d) Kararın "kanunların geriye yürümezliği" ilkesine aykırılığı:.....288
e) Kararın "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılığı: 289
f) Kararın "suç ve cezaların şahsiliği" ilkesine aykırılığı.....290
g) Davada Mahkemenin 2820 sayılı Kanunun odak kavramının tanımını içeren hükmünü iptal etmekle kanun koyucu gibi davranmış olması:.....290
h) Anayasa Mahkemesinin odak kavramını nasıl anladığının belirsizliği, odak kavramının kararda ortaya konulamamış olması:.....291
ı) Davalı Partinin 2820 sayılı Kanunun 101/b bendi hükmü ile ilgili Anayasaya aykırılık iddiası üzerine yapılan değerlendirmenin isabetli olmadığı: 292
i) Kararın Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütülemeyeceği kuralına aykırılığı: 294
j) Kararın "kanuni hâkim güvencesi"ne aykırılığı:.....296
k) Kararın "yasama dokunulmazlığı"na aykırılığı:.....296
l) Kararın Anayasal bir hak olan "ifade hürriyeti"ne aykırılığı: 298
m) 2820 sayılı Kanunun 101.maddesindeki usuli muamelelerin yapılmamış olmasının dikkate alınmaması:.....299
n) Davanın açılmasından sonra Partiden ihraç edilen bazı üyelerin eylemlerinin yine de kapatma nedeni sayılması:..300
B) ESAS YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIKLAR 301
a) Mahkemenin laiklik konusundaki görüşleri:.....301
b) Erbakan'ın Eylemleri: 308
c) Ahmet Tekdal'ın 1993'de hacda yaptığı konuşma: 320
d) Partiden ihraç edilenlerin milletvekillerinin eylemleri 321
e) Şevket Kazan'ın Sincan Belediye Başkanı Bekir Yıldızı Cezaevinde ziyareti:.....323
f) Refah Partisi iktidarında gereğinden fazla imam hatip lisesi açıldığı iddiasına ilişkin yargısal değerlendirme: 325
2) FAZİLET PARTİSİNİN KAPATILMASINA İLİŞKİN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ 326

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

3) ADALET VE KALKINMA PARTİSİ'NİN KAPATILMASI İÇİN AÇILAN DAVADA VERİLEN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....344

VII. BÖLÜM
ANAYASA MAHKEMESİNİN DİĞER YARGI ALANINA EL ATMASI

.....365
Üstün hak; 370

VIII. BÖLÜM
6524 SAYILI BAZI KANUNLARA DEĞİŞİKLİK GETİREN KANUNUN KİMİ HÜKÜMLERİNİN İPTALİ HAKKINDAKİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

.....377

IX. BÖLÜM
NASIL BİR ANAYASA?

.....383
1) Laiklik ilkesinin tanımı: 386
2) Hukuk devleti ilkesinin tanımı: 392
3) Kanun önünde eşitlik ilkesi:.....396
4) Anayasa'nın " Din ve vicdan hürriyeti" başlığını taşıyan 24. maddesinin yeniden düzenlenmesi: 398
5) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı maddenin yeniden düzenlenmesi: 402

X. BÖLÜM
NASIL BİR ANAYASA MAHKEMESİ, NASIL BİR ANAYASAL YARGILAMA?

.....403
SON SÖZ 410

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ÖNSÖZ

Yargı hakkında, yargı ile muhatap olan vatandaşların mutlaka olumlu ya da olumsuz kanaatleri vardır. Bu kanaatler, duygusal etkiler altında oluşabileceği gibi tarafsız bir muhakemenin neticesinde de oluşmuş olabilir.

Olumlu kanaat sahibi olanların bir kısmı, lehine karar verildiği için bu kanaattedirler, olumsuz kanaat sahibi olanların bir kısmı da aleyhlerine karar verildiği için bu kanaate sahip olmuşlardır. İlgililerin sırf lehlerine ya da aleyhlerine karar verilmesi keyfiyetinden hareketle sahip oldukları bu kanaatleri tarafsız yargılar olarak değerlendirmek mümkün değil. İkinci tür kanaat sahibi olanlar ise, nadiren kendi aleyhlerine karar verilse bile bunun hakkaniyete uygun olduğunu düşünen az sayıda kimselerle, yargının bütün kamuoyunu ilgilendiren kimi davalarda verdiği kararlardan hareketle yargı hakkında olumlu ya da olumsuz yönde kanaat sahibi olmuş kimselerdir. Eğer yargı kendini bir özeleştiriye tabi tutacaksa, asıl önemli olan bu grupta yer alanların kanaatlerinin ne yönde olduğu, nasıl oluştuğudur.

Yargının en üst noktasında yer alan bir Yüksek Mahkemenin bazı kararları bağlamında eleştirilmesi yeni bir olay değil. Ancak eleştiri konuları ve bunların birbiriyle ilişkisi ve bu eleştirileri yöneltenin yargının içinden birisi olması yönünden bu çalışma herhalde bir ilk sayılabilir.

Yargı eleştirilemez değildir ve eğer yargı eleştirilmeyi hak

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ediyorsa; en fazla hak edeninin Yüksek Yargı Organları olduğuna kuşku yoktur. Çünkü onlar içtihat mahkemeleri olarak esas mahkemelerini kararlarıyla yönlendirmektedirler.

Bu çalışmamız İnşallah yargı içinde bir özeleştiri ihtiyacı doğmasına vesile olur.

Hasan Önal
Ataköy/İstanbul

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

GİRİŞ

Yargı eleştirilebilir mi? Yargıyı veya onun bir birimini eleştirmek amacıyla yazılan bir yazı, kitap ya da bir makaleye böyle bir soru ile başlamak her ne kadar amaç zaten eleştiri yapmak olsa da bu konuya çok hızlı bir giriş olur, tıpkı bir futbolcunun yedek kulübesinde otururken hiç ısınma hareketi yapmadan oyuna girmesi gibi. Başka bir soru daha; yargı kutsal mıdır? Bu soruyu sormak da çok gerekli, çünkü dava dilekçelerinde ve duruşmalarda tarafların veya vekillerinin "yüce mahkemenizin…" ifadesi ile başlayan hitaplarının ne derece doğru olduğu üzerinde ciddi bir biçimde düşünülmesi ancak bu sorunun sorulması ile mümkün olabilir.

Belki bu tarz hitapta bulunanların bir kısmı, hâkimleri etkilemek için böyle bir hareket tarzını tercih ediyorlardır, ancak bir kısmının samimi olarak "yüce mahkeme…" dediklerine kesinlikle şüphe yok. Bu soruya hemen cevap verelim beşeri olan hiçbir şey kutsal değildir. Kutsal olan ancak ilahi olandır. Ne yasama kutsaldır, ne de yargı. Burada dikkat edilirse yürütme zikredilmedi çünkü yürütme için kimse "yüce yürütme…" demez. Yasamaya kutsallık izafe edilmesi; onun kanun yapma yetkisinden gelir. Beşeri etkinliklerin bir kısmına kutsallık izafesi aslında boşuna veya tesadüfen olan bir şey değildir. Yasama organının kutsallığı kanun yapmanın ilahi bir özü olması dolayısıyladır. Çünkü ilk kanun koyucu Rab Teâlâ'dan başkası değildir. Keza,

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

yargılama yapmanın da ilahi bir özü vardır, çünkü bütün semavi dinlere göre insanlar bu dünyada yaptıklarından hesaba çekilecekler, Mahkemet'ül Kübrada yargılanacaklardır, o halde yasa yapan organa olduğu gibi yargılama yapan organlara da kutsallık nisbet edilmesi, anlamsız saçma bir davranış değildir.

Bu ilahi öze ve bu öze yönelen saygının bizatihi saygı değer oluşuna rağmen az önce dediğimizi tekrarlayacağız: beşeri olan hiçbir şey kutsal değildir. Yasama organının yasa yapması, yargı organlarının yargılama yapmaları insani bir etkinliktir, işte o sebeple de kutsal değildir, kutsal olmadıkları nedeniyle de kendilerine "yüce…" diye hitap edilmesi gerekli olmadığı gibi doğru da değildir. Hele hele, kutsalın kaynağı olan, dini toplumsal hayatın dışına kovmak için elinden geleni ardına bırakmayan bir siyasi düzende, bu amaca hizmet eden kurumlar hiçbir zaman din kaynaklı bir saygı ve yüceltmeyi kesinlikle hak etmezler.

Kendilerine yücelik ve kutsallık atfedilmesi nedeniyle yargı organları pek eleştirilmezler. Ve eleştirilmedikleri için de kendilerini düzeltme, adalete ve hakkaniyete uygun adil kararlar verme gayreti içinde olmazlar. Tabii bu denilenler genellikle Yüksek Mahkemeler için geçerli. Zira esas mahkemelerin, kararları temyiz ve itiraz gibi kanun yollarına tabi olup söz konusu Yüksek Mahkemeler tarafından denetlendiğinden onlar az ya da çok doğru karar vermeye çalışırlar.

Yargı da eleştirilebilmelidir, hem de gerekiyorsa fütursuzca. Çünkü yargı; yasama, yürütme ve yürütmenin altında idareyi denetliyor. Bu kurumların yaptıkları hukuksal işlem ve eylemlerin hukuku uygun olup olmadığı yargısal denetime tabi, oysa Yüksek Yargının kararlarının hukuka uygun olup olmadıklarını denetleyecek başka bir organ yok. İşte bu keyfiyet, Yüksek Yargı Organlarında tanrısallaşma eğilimi doğurmaktadır. Bir başka merci tarafından denetlenmeme, onlara "la yüs'el" bir konum bahşetmiştir. Bu mahzuru giderme veya ihmal edilebilir bir seviyeye indirme –yapılacak kurumsal düzenlemeler dışında- yargısal kararları ve bu kararları veren yargı organlarını eleştirmekle mümkün olabilir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Bu çalışmanın amacı; en yüksek yargı organı olan Anayasa Mahkemesini, bütün Ülkenin kaderini etkileyen bazı davalarda verdiği kararlar, bu kararlar bağlamında ortaya koyduğu hukuksal iş-başarımı (performans) açısından eleştirmektir. Zaten çalışmanın adından da bu açıkça anlaşılır.

Demokrasinin halkın iradesini devlete hâkim kılma amacı güden bir rejim olması, kanunların halkın seçtiği yasama organı tarafından yapılması keyfiyeti dikkate alındığında o iradeyi yargısal bir denetime tabi tutmak sakil bir durum olarak görülebilir. Evet, mantıksal olarak sistemin bünyesinde böyle bir çelişki bulunmaktadır. Ama meseleye tahlilci bir bakış açısıyla yaklaşıldığında aslında böyle bir çelişkinin bulunmadığı görülür. Çünkü demokrasi halk iradesine dayanan rejim olsa bile devlet cihazına hükmeden toplumsal irade halkın tamamının iradesi olmayıp bir kısmının iradesidir. Halkın birden fazla siyasi iradesi vardır. Bu iradeler siyasal iktidarın oluşturulması sürecinde birbiriyle mücadele eder, mücadeleden galip çıkan kesim kendi siyasal iradesi doğrultusunda hukuksal sınırlar içinde devleti ve halkı biçimlendirmeye çalışır. Bu biçimlendirme etkinliği kurulu demokratik anayasal düzene uygun olursa çözümlenmesi gereken bir mesele ortaya çıkmaz. Ancak devlete hâkim olan siyasal irade hukuka uymayı vazgeçilmez bir siyasi ilke olarak kabul etse bile zaman zaman hukuka aykırı tasarruflarda bulunabilir, işte böyle bir durumda eğer söz konusu siyasal tasarruf bir kanun ise, o Anayasa Mahkemesi adını taşıyan bir yargı organı tarafından denetlenecektir. Eğer, siyasal tasarruf yürütme organı tarafından yapılmış ise o da başka bir yargı organı tarafından yargısal denetime tabi tutulacaktır. Ülkemizde yürütme organının tasarruflarını açılan davalarda denetleyen kurum Danıştay'dır.

Yani demokrasinin halkın iradesinin devleti biçimlendirdiği bir rejim olduğu kabul edilse bile, bu irade halkın bütün üyelerinin iradelerinin birleşmesiyle oluşan bir irade olmadığından mutlak değildir, yanılmaz değildir, kutsal hiç değildir. Hukukun ne olduğuna yanılmaz olmayan bu irade karar verir, bu irade siyasetin potasında oluşan bir iradedir, o yüzden de yanılgıya açık olmakla nakıs ve kusurludur. Eksik ve hatalı olan bu irade

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

hukuk olma iddiasında olduğuna göre onu bu iddiasından vaz geçirecek, siyaset tarafından oluşturulmamış olan ve dolayısıyla siyasetin lekelemeyeceği, onun zaaflarını barındırmayan yol gösterici bir yetke (otorite) ye ihtiyaç bulunmaktadır. Yani siyasal güç tarafından ortaya konan hukuk olma iddiasındaki irade açıklamaları; siyasal gücün idare etme işlevi ile ilgili iradede açıklamalarından farklı olarak; genel, soyut, sürekli ve kuşatıcı olma niteliklerini taşımalıdır. Bu irade açıklamalarının gerek hukuk kuralı mertebesinde olanları, gerekse idare işleviyle ilgili olanlarının her ikisinin de adil olması gerektiği konusunda ise kuşkuya yer yoktur.

Demokrasinin en büyük zaafı; yarattığı hukukun ufkunda, birbirini alt etmeye, birbiri üzerinde üstünlük kurmaya çalışan insani iradelerin bulunmasıdır. Ve herhalde demokrasi hiçbir zaman bu zaaftan kurtulamayacak. Bu özellik demokratik bir rejimde oluşturulan hukukun da ciddi zaaflar taşıması anlamına gelmektedir.

Kısacası kanunların daha başka üst hukuk kurallarına uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesi vaz geçilmez bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, aslında bu ihtiyacı karşılamak için değil, halka güvensizliğin bir ifadesi olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi; halkın -" evlilik işini oğlanla kıza bırakırsan ya davulcuya ya zurnacıya gider" atasözündeki gibi - devlete hâkim olan kendini üstün gören aklın, kendi isteği dışında tercihlerde bulunacağı korkusunun ürettiği bir kurumdur. Böyle olmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin varlığı hukuk devleti için ciddi bir kazanımdır. Ancak, bu kurum şimdiye kadar, kendisini üreten korkunun esiri olarak hareket etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kendisini denetleyen başka bir mercin bulunmaması durumunu kendisine bir iktidar alanı yaratmak amacıyla kullanmıştır. Mahkemenin içtüzük tedvini veya eylemli içtüzük değişikliği yapıldığı gerekçesiyle dava konusu edilen Meclis kararlarını iptal etmesi, Anayasa değişikliklerini esastan denetime tabi tutarak iptal kararları vermesi bu iktidar ala-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

nı yaratma eyleminin açık birer tezahüründen başka bir şey değildir. Anayasa, devletin temel organlarının –yasama, yürütme, yargı- Anayasadaki sıralamasının bir üstünlük ilişkisinin ifadesi anlamına gelmediğini açıkça belirtmiştir. Anayasanın bu ifadesine rağmen aslında toplumsal haleti ruhiye bu sıralamayı bir nebze üstünlük sıralaması olarak algılamaktadır. Fakat Anayasa Mahkemesi, hem bu haleti ruhiyeyi, hem de Anayasanın bahsi geçen hükmünü hükümsüz bırakmak istercesine kendisinin birinci güç olduğunu yukarıda kastedilen türden kararlarıyla bütün halkın zihnine kazımak istemiştir.

Yine Mahkemenin –her ne kadar neticesi itibariyle olumlu olmuş ise de- Anayasada kendisine yürürlüğün durdurulması kararı verebilme yetkisi verilmediği halde bu yetkiyi kendi içtihadı ile üretmesi kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanımı anlamına gelmekte olup az önce sözü edilen kendine iktidar alanı yaratmanın bir başka tezahürüdür.

Tam bu noktada Anayasa Mahkemesi varlıkbilimsel (ontolojik) bir çelişkiye düşmektedir. O da şu: korumak zorunda olduğu Anayasayı bizzat ihlal etmek. Bu izahı gerektirmeyecek kadar açık ve alaycı (ironik) bir durum. Mahkemenin korumak zorunda olduğu Anayasayı ihlal etmesi sadece bunlardan ibaret değil. Kararların gerekçesini yazmadan açıklaması artık halkın kanıksadığı bir Anayasaya aykırı davranış örneklerinden biridir.

Mahkemenin siyasi parti kapatma davalarında verdiği kararlar da siyasi parti kurumsallaşmalarını engelleyerek demokratik standartların gelişmesini engellemiştir. Parti kapatma davalarında verilen kararlar, tamamen ideoloji tarafından biçimlendirilmiş sınırlı bir aklın ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bütün bu yaptıklarını "olağanüstü" yorum yapma yeteneğini kullanarak gerçekleştirmiştir. Aşağıda yer alan "anlam ve yorum üzerine" başlıklı bölümün yazılmasını ilham eden kararlardaki bu olağanüstü zorlama yorumlar olmuştur.

Mahkemenin önüne gelen konularda – kanunların Anayasaya uygun olup olmadıklarının denetlenmesi, siyasi parti ka-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

patma davaları, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin yapılması- yargılama için esas alacağı Anayasa maddelerinde hukuken hatalı kararlar vermesine neden olabilecek hükümler var mıdır? Şüphesiz var, ama Mahkeme istese bu maddeleri pekâlâ hukuka uygun bir şekilde yorumlayabilir. Aslında buradaki nakısa Mahkemenin gelenekleşen yanlı yorum yapmasından doğmaktadır. İşte bu sebeple yeni bir Anayasa yapma kaçınılamaz ve ertelenemez bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasada bazı kavramların –hukuk devleti, laiklik ilkeleri vb.- tanımlanmamış olması da ciddi sorun oluşturmaktadır. Çünkü anayasal tanımının ne olduğu bilinmeyen bu kavramlara, bir yargılama faaliyeti sırasında ilgililer çok farklı anlamlar yükleyebilmektedirler. Bu da adeta kavramın zehirlenmesine yol açmaktadır. Yeni bir Anayasa yapılması halinde Anayasada bu kavramların tanımlarının mutlaka yer alması; keyfi, işine geldiği gibi yorum yapılmasının önünü kesecektir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

I. BÖLÜM
ANLAM VE YORUM ÜZERİNE

İnsan düşünebilen; düşündüğünü sözle, yazıyla ya da işaretle ifade edebilen bilinç sahibi bir yaratıktır. Düşünmek insanda düşünme ihtiyacı duygusunun oluşmasını takip eden bir insani eylemdir. Bu yetenek beyin denilen organda mekân tutmuş olan akıl ve zekânın bir işlevidir. Akılla zekâyı birbirinden ayırmak gerekir. Akıl; soyut –manevi- varlık, durum ve ilkeleri kavrama ve bunlara dair meseleleri çözümleme, ayrıca düşünme eylemi için bir miyar (ölçü) olmanın adıdır. Zekâ ise; mekâna ve zamana ait gerçekliklerin beş duyu ile algılanması ve maddi âleme ve maddi yaşama ait sorunları çözme yeteneğini ifade eder. Akıllı adam dediğimizde genellikle davranışlarında ölçülü, sezgileri güçlü, başkalarını ve kendisini hal diliyle bilen, soyut gerçeklikleri kavrayabilen kimseleri kastederiz. Zeki adam, zeki çocuk dediğimizde maddi nesnelerin mahiyetinin ne olduğunu, onlardan nasıl yararlanılabileceğini, nesnelerin birbiriyle olan ilişkilerini ve bu ilişkilerin özelliklerini kolayca tespit ve teşhis edebilme yeteneğine gönderme yapmış oluruz. Akıl ve zekâ soyut ve somut âlemden aldıkları veya algıladıkları etkilere zihinsel bir süreç sonrasında makul, mantıklı cevaplar üretirler.

İnsan yaşadığı soyut ve somut dünyayı anlamaya ve yorumlamaya ihtiyaç duyar. Fizik bilimlerle uğraşan kimseler ilgilendikleri bilim dalının alanında kalan konularla ilgili olayla-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

rı, nedenleri ve sonuçları birlikte anlamak, yorumlamak durumundadır. Toplumsal bilimlerle uğraşan kimseler de aynı şekilde bir yükümlülükle karşı karşıyadır. Siyasetçiler; toplumsal, siyasal, iktisadi, mali vb. sorunlara çözüm üretmek zorundadırlar. Bu görevlerinin bir gereği olarak o konularla ilgili bilim adamları kadar olamasa bile sözü edilen alanlardaki olay, olgu ve durumları anlamak ve yorumlayabilmek zorundadırlar. Keza hukukçu ya da hukuk kurallarının uygulanmasına hedef olan kimseler – hâkim, savcı, avukat ya da bir hukuk kuralını uygulamak durumunda olan çeşitli kamu görevlerini icra eden kimseler, hak ya da menfaatleri herhangi bir hukuk kuralının uygulanması nedeniyle etkilenen diğer kimseler- hukuksal özne ve nesne olmak itibariyle, karşı karşıya bulundukları hukuksal durumu ve uygulanacak hukuk kuralının ifade ettiği hukuksal hedefi anlamak zorundadırlar. Ancak dikkat edilirse hukuk kurallarının anlaşılması bağlamında ifade edilen bu önermede "yorumlama" etkinliğini diğerlerinde "anlama" etkinliği ile yan yana anarken birlikte anmadık. Bunun nedeni hukuksal doğruyu bulabilmek için "anlama" ediminin yorumlama ediminden çok daha önemli olması nedeniyledir. Ancak hukuk kuralını anlama uğraşı içinde olan her özne aynı zamanda onu yorumlamaya da ihtiyaç duyabilir. Anlama etkinliğinin yanı sıra yorumlama etkinliğinde de bulunabilir. Anlama ve yorumlama; her ikisi de insan zihninin içinde, yaşadığı dünyanın –onun içinde her neler var ise- algılanmasıyla doğan, bir ifade ve biçimlendirmeye konu olabilen etkilerdir. Ama burada söylediğimiz şey; kesinlikle anlamanın ve yorumlamanın bir tanımı değil bu ikisinin neler olabileceğine ilişkin basit bir ipucudur.

Maddi bir varlığın –insan, hayvan, makine vb.- üzerimize yönelen bir eyleminin yarattığı fiziksel etkiyi bizzat fark etmek "algılamak"tır. Bu algılama beş duyu organımızla yapabildiğimiz, bir eylemdir, ancak biz etkide bulunana göre edilgen durumdayızdır. Edilgen halimizin farkında olma ise "bilme" eylemidir. Algılama, "anlama"dan önce olan bir edilgenlik halidir. Beş duyuya hitap eden bir etkinin; kavranmasına yani entelekt bir zihinsel etkinliğe konu edilmesine gerek yoktur. Çünkü onun

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

bilgisi bizde doğal olarak vardır. Bu etkinin fiziksel şiddetine göre ya sadece dokunma hissi ya da acı, ıstırap hissi yaşayabiliriz. Eylemi yapanı görüyor isek – insan ve hayvan olması şartıyla- eylemi gerçekleştirmekten kastını bilmemiz ise "anlamak"tır.

Bizimle tokalaşmak için elini uzatan bir kimse; bir görgü veya gelenek kuralını uygulamak niyetiyle bunu yapmıştır. Münakaşa ettiğimiz bir kimse yumruğunu kullanarak bize vurmuş ise niyeti canımızı acıtmaktır. Bir boğa güreşinde boğa matadora, onun tarafından kızdırıldığı için saldırır. Hızla koşarken ayağımız bir yere takılıp düştüğümüzde zemin vücudumuzu acıtır, bu esnada bir çivi veya delici bir cisim bedenimizin zeminle çarpışan kısmına batabilir. Bu batış sert düşüşün neden olduğu acıdan daha farklı bir acı duymamıza neden olduğu için biz o etkiyi yaratanın bir çivi veya sivri ucu olan başka bir şey olduğunu tahmin edebiliriz. Bir olayın, durumun sebepleri bilinmiyorsa, bize gizli kalmış ise o sebebi ya da sebepleri tahmin etmeye çalışırız. Sebeple ilgili tahmin niçin sorusunun selefidir. Bir olayın veya eylemin niçin olduğu sorusunun cevabını aramak ise "yorumlamak"tır. Biz yorumlamayı bir durumu, olayı veya olguyu gözlemleyemediğimiz için anlayamadığımız takdirde anlamak için yaparız. Yorumlama anlamaktan ayrı tarif edilmesi gereken bir zihinsel süreç olsa da onun amacı; sebepleri beş duyu ile bilinmeyen olay, durum ve olguların anlaşılmasıdır.

Meydana gelen bir fiziksel olayın sebebinin bilinmemesi halinde sebebin ne olabileceği sorusunun cevabı araştırılırken herhalde tahmin edilen sebeple o olay arasında mantıklı ve tutarlı bir ilişkinin bulunması gerekliliği gözden ırak tutulmamak zorundadır. Yani tahmin edilen sebep o olayı doğuracak nitelikte bir sebep olmalıdır. Az yukarıdaki örnekte belirtilen yere düşme sonrası vücudun zeminle çarpışan kısmına sivri bir şeyin battığını hissetme durumunda bu batan şeyin düz bir mermer parçası olduğuna ilişkin tahmin inandırıcılıktan uzaktır. Çünkü yaşanan olayla öngörülen neden arasında bir uyum yoktur. O nedenin o olaya sebep olabilirliğinin imkânsız olduğu hemen anlaşılmaktadır. Bu arada fiziksel olaylarda bile tıpkı toplumsal olaylarda olduğu gibi, sebeplerin çeşit çeşit olabileceğinin bilinmesi gere-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

kir. Şu halde sebeple olay arasında "uygun nedensellik bağı" diyebileceğimiz bir ilişkinin kurulabilir yani tasarlanabilir olması gerekmektedir.

Niçin sorusunun cevabının araştırılmasının "yorumlamak" olduğunu az yukarıda ifade etmiştik. İşte bu "niçin" sorusuna verilen değişik cevaplar birer "yorum"dur. Her yorum, yorumu yapanın anlayışına bağlı olarak diğer yorumlardan farklılık gösterebilir. Bu nedenle yorum yapmak öznel olmakla maluldür. Öznel olanın; olayın mutlak gerçekliğine nüfuz edip etmemesi şüphelidir. Bir maddi olayla beraber sebebi/sebepleri birileri tarafından gözlemlendiği zaman gözlemcilerin olay ve sebepleri ile ilgili görüşlerinin neredeyse birbirinin tekrarı olduğu, birbirini doğruladığı görülür. Böyle bir durumda öznel olmakla malul olma zaafı o olayı anlamada yoktur diyebiliriz. Çünkü burada niçin sorusunun cevabını araştırırken cevabı verecek kişilerin olayla birlikte sebepleri de gözlemlemeleri nedeniyle tahminde dolayısıyla yorumda bulunmalarına ihtiyaç bulunmaz. Bundan dolayı da nesnel gerçekliğe tam anlamıyla nüfuz edilmiş olur.

Tam burada "Neden" sorusunun da mahiyetini incelemek gerekiyor. Zira niçin sorusu ile neden sorusu hem aynıdır, hem de farklıdır. Çünkü her iki soru da incelenen olgu veya durumun sebeplerini araştırmaya yönelik bir sorudur. Bu nitelikleri itibariyle birinin öbürü yerine kullanılmasında herhangi bir yanlışlık yoktur. Ancak onları oluşturan sözcüklerin anlamları dikkate alındığında aradaki farklılığı anlamamaya imkân yoktur. Niçin soru edatı " ne" ve "için" sözcüklerinden oluşmuştur. Birincisi bilindiği gibi nesneyi sormamıza yarayan soru sözcüğüdür. İkincisi yani "için" sözcüğü ise bir şeyin kendisine bağlı olarak var olması halinin ifadesidir. Bu anlamların birbiriyle uyumlu bir şekilde birleştirilmesi halinde "niçin" sorusunda bir "yönelme" haline işaret etme kastı vardır. Yönelme hali de gelecek zamana işaret eder. Bu nedenle "niçin" sorusunun mahiyeti itibariyle araştırılan sebebin/sebeplerin gelecekte gerçekleşebileceği, sebeple sonucun yer değiştirmesine bir gönderme vardır. Yani gelecekte olacak bir olay bu günkü bir olayın sebebi-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

dir. Neden soru edatı da; "ne" soru sözcüğü ile ismin –den- hali ya da "ayrılma" veya "uzaklaşma" hali diye ifade edilen çekim ekinin birleştirilmesinden doğmuştur. Yine bunların anlamlarını az önce yaptığımız gibi birbiriyle uyumlu ve anlam bütünlüğü içinde birleştirdiğimizde "ayrılma" veya "uzaklaşma" olgularının mahiyeti gereği, olayın sebebinin geçmişte ortaya çıktığına bir gönderme vardır.

Sebebin sorgulanması sebep geçmişte de olsa gelecekte de olsa bu farklılığa rağmen her iki soru edatıyla sorulabilir. Bu büyük bir anlam yanlışlığına neden olmaz. Ancak dilde biri diğerinden çok az bir farklılığa sahip olan olgu ve durumları ifade eden farklı sözcüklerin olması düşünmede kolaylık ve zenginliğe yol açan bir imkânın varlığını gösterir.

Tekrar yorum konusuna dönelim. Bir yorum, uygun nedensellik bağını kurabildiği ölçüde olayın gerçekliğini çözmüş demektir. Olayın gerçekliğini çözdüğü ölçüde de o yorumun öznellikle malul olma zaafından kurtulmuş olduğu rahatlıkla kabul edilebilir. Bu halde artık o yorum "anlama" mertebesine yükselmiştir diyebiliriz. Buna göre anlamak nesneldir, yorumlamak ise özneldir.

Hemen her milletin dilinde "yorumlamak ve yorum" sözcükleri olduğuna göre demek ki bu sözcüklerin dilde bulunması bir zarurettir. Bu zaruret bir ihtiyaca binaen olduğuna göre yorum yapmak zihinsel faaliyetler arasında meşru bir şey olarak kabul edilmelidir. Çünkü dil insanın ihtiyacı dışında sözcük üretemez. Dil ifade zorunluluğu olan şeylerin ifade edilmelerine ilişkin seslerden oluşan bir simgeler düzenidir. Şu halde yorumlamak ve yorum sözcükleri dilde bir yer edindiğine göre gerektiğinde onların anlamına uygun insani etkinliklerde bulunmak da bir gereklilik olarak karşımıza çıkar.

Ancak yorumlamak aslında insanın var olduğu evrende anlamak ile kıyaslanınca az başvurulacak bir zihinsel etkinliktir. Çünkü biz çoğu eylem, olay, olgu ve durumları sebepleriyle beraber onları gözlemleyen ya da bir biçimde algılayan hemen herkesin, anlayış birliğine vardığı bir "anlam" ile anlarız. Bir şey an-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

laşıldıktan sonra yorumlamaya kalkışılırsa onun yansıtmak istediği gerçeği çarpıtmadan bunu yapmak imkânsız derecede zor bir iş olarak karşımıza çıkar.

Bazı gerçeklikler nitelikleri gereği yoruma kapalıdır. Bir üçgeni, dikdörtgeni, kareyi yorumlamak diye bir zihinsel etkinliğe ihtiyaç yoktur. Bu şekillerden bahsedildiğinde onlarla ilgili olarak zihnimizde – algıdan farklı olarak çünkü algı fiziksel etkilerle ilgilidir,- "tasavvur" dediğimiz şey doğar. "Tasavvur"un niçin sorusunun sorulmasını gerektirecek bir niteliği yoktur. Çünkü "niçin" sorusuna cevap teşkil edecek nitelik onun aynında zaten mevcuttur. İşte bu sebeple niçin sorusu gereksizdir. Bu dediğimizin ne anlama geldiğini az önce sözünü ettiğimiz geometrik şekiller çerçevesinde açıklayabiliriz. Üçgen niçin üçgendir, çünkü o kendisini üzerinde bulunduğu düzlem parçasından ayıran üç kenara sahiptir. Keza dörtgen niçin dörtgendir, çünkü o dörtkenara sahiptir gibi…

Bir üçgenden söz edilince herkesin zihninde bir üçgen tasavvuru doğar. Bu üçgenlerin hiç biri iç açıları toplamı 180 dereceden farklı büyüklükte olarak tasavvur edilemez, bu imkânsız bir şeydir. Keza dörtgenle ilgili bütün insanların tasavvuru da iç açıları toplamı 360 derece olan bir geometrik şekil olarak doğar, açılarının büyüklüğü bu miktardan farklı olan bir dörtgen tasavvuru da imkânsızdır. Bir üçgen, dörtgen küp, dikdörtgen prizma vb. fiziksel varlığı olmayan "yalıtık" yani mücerret varlıkların -kavramsal hali- bütün insanların zihninde doğuracağı tasavvur kesinlikle birbirinden farklı değildir. Şu halde bunlarla ilgili zihinlerde oluşacak tasavvurlarla ilgili olarak yorum yapmaya ihtiyaç yoktur.

Cebirsel ifadeler de yorumu gerektirmeyecek soyut gerçekliklerdir. Üç ile beşin toplamı sekizdir, dört ile dördün toplamı da sekizdir, üçün üç katı dokuz, dokuzun üç katı yirmi yedidir gibi… Bu ifadelerle ilgili "niçin" sorusunun anlamsızlığı ortadadır. Çünkü sorunun cevabı ifadenin içinde somut bir biçimde mevcuttur. Hal böyleyken soru lüzumsuzdur. Soru lüzumsuz olduğu için de yorum yapılamaz.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Kültürün taşıyıcısı olan dile gelelim, az önce dilin seslerden oluşan bir simgeler düzeni olduğunu söyledik, keza yazıyı meydana getiren harfler de sesleri ifade eden bir işaretler sistemidir. Bir şey simge ise onu simge olarak tanıyan ve bilen hemen herkesin ona yüklediği anlam aynıdır. Dilin sözcükleri; ifade ettikleri şeylerin sesten oluşan simgeleridir. Sesi, işitme duyusuna hitap etmeden düşüncelerin ifadesi olarak kullanmak ve bilgiyi geleceğe kaybolmayacak şekilde miras bırakmak isteyen atalarımız yazı denilen ayrı bir simgeler düzenini icat etmişlerdir. İster yazılı ifade ile olsun ister sesle ifade edilmiş olsun sözcükler ve onların uyumlu birlikteliklerinden oluşan cümlelerin ilgili dil hangisi olursa olsun onu konuşan insanların hemen hepsinin zihninde uyanacak olan tasavvurlar veya kurgular aynı olacaktır.

Ekmek sözcüğünün herkesin zihninde yaratacağı tasavvur aynıdır. Ekmek –nesne olarak- buğday, mısır, çavdar gibi tahıllardan yapılan kendisi olmadan yenilen yemekten yeterince lezzet alınamayacak olan vazgeçilmez bir yiyecektir. Bu sözcüğün –fiil olarak – diğer anlamı ise tohumu toprağa ürün vermesi için atmak ve üzerini yine toprakla kapatmaktır. Sözü geçen bu anlamlar dışında "ekmek" sözcüğüne kimse başka anlamlar yükleyemez. Çünkü simgeler bireysel irade ile değiştirilebilir nitelikte değildir. Ekmek sözcüğüyle başka sözcüklerin bir araya getirilmesiyle doğan deyimler vardır ki onlar da bu sözcüğün içinde yer aldığı Türkçeyi konuşan herkesin aynı anlamı yükleyecekleri ifadelerdir. "Ekmeğini kazanmak" deyiminden herkes ilgili kimsenin geçimini sağlamak için çalıştığını anlar. Bunun dışında bu deyimin insan zihninde başka bir tasavvur yaratması mümkün değildir. "Ekmeğini kazanmak" ifadesinin mecaz bir anlam olması, anlamın nesnel boyutunu değiştirmez, çünkü kimse bu mecaz anlam dışında bu deyime sadece kendine özel başka bir mecaz anlam yüklemeye muktedir değildir, yüklemeye muvaffak olursa zaten bu; o anlam diğer insanlar tarafından da kabul edildiği için olacaktır. Anlamın mecaz olması ya da yalın olması "yorumlama"ya kapı aralayacak bir durum değildir. Dil nesnel bir anlaşma aracıdır. Anlaşma aracı olması onun zorunlu olarak nesnel bir yapıda olmasını gerektirir. Herkes dilin

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

sözcüklerine farklı farklı anlamlar yükleyebilseydi, bu davranış meşru ve kabul edilebilir bir durum olsa idi, o takdirde dilin ortak bir anlaşma aracı olması, bir simgeler düzeni olma işlevi büyük bir zarara uğramış olurdu.

Ancak geçimini sağlamak eyleminin ekmeğini kazanmak deyimiyle ifade edilmesi keyfiyetiyle ilgili olarak "niçin" sorusunu sorabiliriz. Soru anlamlı bir şekilde şöyle ifade edilebilir: niçin; geçimini sağlamak etkinliği, ekmeğini kazanmak deyimiyle ifade edilir, ekmekle hayatını kazanmak, geçimini temin etmek arasında nasıl bir ilişki vardır? İşte burada "yorumlama" edimi devreye girer. Çünkü deriz; ekmekte diğer nimetlere göre farklı bir özellik vardır. O zengin fakir herkesin sofrasında bulunan bir yiyecektir. Soframızda et, yumurta, süt bulunmasa da olabilir, eğer ekmek bulunursa bu açlığımızı gidermek için yeterlidir. İşte bizim ekmeğe nispet ettiğimiz, bizim için varlığı zorunlu olma – olmaz ise olmazlık- durumu herhalde böyle bir deyimin oluşmasına neden olmuştur. Dikkat edelim; bu yorumun gerçekliğine katılmayacak kimse yoktur. O halde bu yorum öznellikten sıyrılmış nesnellik derecesine yükselmiş bu nedenle de artık yorumdan anlama dönüşmüştür denilebilir. Tam burada "nasıl" sorusuyla karşı karşıya geldiğimiz de dikkatten kaçırılmamalıdır. Bir eylemin adı ile bir nesnenin adından oluşan ve mutlak surette mecaz anlamlar taşıyan deyimlerin niçin o anlamları taşıdığını araştırırken zorunlu olarak "nasıl" sorusunu sorarız. Nasıl sorusunun cevabını bulmak, bize niçin sorusunun cevabını bulmakta yardımcı olur, az önceki örnekte olduğu gibi.

"Nasıl" sorusu, bir şeyin ne gibi özelliklere sahip olduğu, bir eylemin veya olayın ne şekilde gerçekleştiği olguları ile ilgilidir. Sorunun merkezinde ve hedefinde nesne olduğu için verilen veya verilecek cevap herhalde büyük ölçüde öznellikten uzak olacaktır. O halde "nasıl" edatıyla sorulan sorular çoğunlukla yorumlardan ziyade "anlamlar" üretecek bir sorma biçimidir.

Fen bilimleri "nasıl" edatıyla sorulan sorulara verilen cevapların kucağında büyümüştür. Fen bilimlerinin alanında kalan olgularla ilgili bütün bilimsel nazariyeler aslında "nasıl"ın

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

çocuğudurlar. "Nasıl"ı sorabilmek ve ona uygun cevapları üretebilmek bir medeniyetin maddi yapısını inşa etmenin biricik başlangıç aşamasıdır. "Nasıl" beşeri merak ve ilginin en kısa ifade biçimidir. Bu soru edatıyla sorulan soruları sıkça sorma ihtiyacını duyan öznelerin fazla olduğu bir toplumsal vasat maddi gelişmenin kapısını açacak anahtara sahip demektir. Geriye kalan ihtiyaç duyulan şey ne yapacağını bilen bir siyasi iradenin bu yönelişi olumlu bir biçimde değerlendirmeyi ve desteklemeyi başarabilmesidir.

"Nasıl" sorusunun anlamıyla ilgili bu genel çerçeve bize bu soru biçiminin olay, olgu ve durumların nedenlerini bulmamıza ilişkin bir soruş olduğu somut gerçeğini söylemektedir. Zaten maddi olayların nedenlerini tespit etmek oldukça kolaydır, bu tespit süreci içinde nesnel bir akıl veya nesnellik elbisesi giyinmiş bir akıl bize kılavuzluk eder. Öyle olmasa zaten olay veya olgu ile ilgili yapacağı açıklamalar inandırıcı olmaz, hatta kimi durumlarda saçma dahi bulunurdu. Bu yönü itibariyle nasıl sorusu yukarıda değinilen "anlamak" ve "anlam" edimlerini doğuracak bir sorma biçimi olarak belirmektedir.

Nasıl ve niçin edatlarının soruyu soranın yaklaşımına bağlı olarak birbiri yerine kullanılma yanlışlığına düşülmesi imkân dâhilinde bir durumdur. "Mesela deprem niçin olur" sorusu ile "deprem nasıl olur" soruları gibi. Depremi İlahi iradenin bir yansıması olarak gören biri, ilahi kitaplardaki doğal afetlerin insanların vahiy yolundan sapmalarının karşılığı olarak onlara yapılan bir ikaz olduğuna ilişkin kıssalardan hareketle bunun İlahi bir ikaz olduğunu düşünebilir. Bu şekilde düşünmesine bağlı olarak deprem niçin olur sorusunun cevabını ararken yaşadığı toplumun ahlaki bir yozlaşma süreci yaşayıp yaşamadığına pekâlâ bakabilir. Keza aynı kişi depremin nasıl olduğu sorusunun cevabının da; yer kabuğunda biriken elektro manyetik enerjinin artık boşalmasının zorunlu olduğu bir gerilim noktasına gelmesinin oluşturduğu bir doğa olayı olduğunu düşünebilir. Buna karşılık, doğa olaylarının izahında kesinlikle fizikötesi bir etkinin olamayacağını düşünen bir kimse deprem niçin olur sorusuna çünkü yer kabuğunda biriken enerji artık taşına-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

mayacak hale gelmiştir, deprem bu enerjinin boşalması için oluşur der. Deprem nasıl olur sorusunun cevabı da aynı cevaptır. Yer kabuğunda bir enerji birikimi olur, bu enerji bir gerilime neden olur, sonunda bu gerilimin neden olduğu enerji boşalmasıyla deprem meydana gelir. Örnekten görüleceği üzere niçin sorusu ile nasıl sorusu kişilerin iç dünyaları, haleti ruhiyeleri, inançları vs. gibi öğelere dayalı olarak bir biri yerine kullanıldığında soru ile cevap arasında tutarsızlık ve anlam karmaşası doğmayacak bir yapı ortaya çıkıyor. Yine bu örnek de gösteriyor ki; niçin soyuta, yoruma, nasıl ise somuta ve anlama aittir.

Anlam yorum kavramları bağlamında şimdi de edebiyat dediğimiz sanat dalını irdeleyelim. Edebiyata ait eserler insanların anlama ve yorumlama yeteneklerini muhatap alır. İşte bu nedenle edebi eserler anlaşılır mı, yorumlanır mı? Veya her ikisi birden mi işin içine girer? Herhalde her ikisi birden edebi bir eseri anlama süreci içinde yer alır. Bir şiirin, yazının anlaşılmasında şairin ve yazarın asıl gayesi arı duru aynı zamanda güzel bir şiir veya yazı yazmak ise o şiir veya yazı yorumu gerektirmeyecek bir yalınlıkta olur ve yorumlamaya ihtiyaç göstermez, anlaşılır. Yok, eğer şair veya yazarın gayesi kendisi hakkında; çok farklı, anlaşılması zor, esrarengiz olduğu izlenimi yaratmak ise o şiiri ya da yazıyı ne anlamaya ne de yorumlamaya ihtiyaç vardır. Keza bazı yazarlar vardır ki yazdıkları eserleri sadece kendileri anlayabilirler, kim bilir eserlerini yazmalarının üzerinden uzunca bir zaman geçince belki kendileri bile anlayamazlar. Sanki onların yazıları "adgas ü ahlam" rüyalar gibidirler. Bu tip rüyaların yorumu yapılamayacağı gibi sözünü ettiğimiz türden yazıların yorumlanmasına, anlaşılmaya çalışılmasına hiç gerek yoktur. Bu ikisi arasında iç dünyasının zenginliğinin bir yansıması olarak anlaşılacak kadar berrak bir şiir ya da yazı yazmak isteyen bir şair ya da yazar, kendisi istemediği halde anlaşılamazlık ve esrarengizlik çağrışımı yaptıracak bir eser ortaya koyabilir. Bu elbette hoşgörü ile karşılanması gereken bir durumdur. İşte bu tip eserleri anlamak, anlayabilmek için yorumlamak gerekir. Bu tür yazılı eserler; yazarının toplumsal davranışları, ilgi duyduğu değerler sistemi, yaşadığı toplumsal şartlar, içinde bulunduğu ta-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

rihsel dönemin özellikleri gibi veriler esas alınarak pekâlâ öznellikle malul olmayan bir yorumlama ile anlaşılabilir.

İstiklal Marşında Milli Şairimizin sözcüklere sözlük ve mecaz anlamları dışında yüklediği kendisine ait özel anlamları; bu şiirin hangi tarihsel ve toplumsal şartlarda yazıldığını bilen yabancılar dahi çok kolay bir biçimde keşfedebilirler. Necip Fazıl'ın Sakarya Türküsü şiirindeki kapalı simgesel ifadelere, Necip Fazıl'ın kişilik yapısını, dünya görüşünü ve bu şiiri hangi toplumsal ve siyasal vasatta yazdığını bilen herkes aynı anlamı yükler.

Dilin kendisi, onu meydana getiren sözcükler nasıl ki bir anlama aracı iseler; nesir, şiir gibi edebi ürünler de dili ve ona ait anlamları bir ifade aracı olarak kullandığına göre anlaşılalabilirlik özelliğini tereddütsüz taşımaktadırlar.

Oysa edebiyatın kendisi bir sanat dalı olma, simgeleştirmeyi sürekli bir ifade yöntemi olarak kullanma, benzetme, kıyas, telmih ve daha birçok soyutlaştırma esaslı edebi sanatları içinde bulundurması itibariyle anlaşılması zor bir sanat olarak bilinir ya da kabul edilir. Herhalde bu aslında hatalı bir inançtır. İnsanı hedef alan hiçbir uğraşı anlaşılmaz değildir. Biz ona anlaşılmazlık izafe ettiğimiz için böyle bir kanaat veya zan oluşmuştur.

Simgeleştirme diye bir olgunun varlığına işaret ettiğimize göre simgelerin bir dili olduğunu, dolayısıyla insanlar arası iletişimde simgelerin anlaşma aracı olduğunu da söylememiz gerekir. Simgeler iki türlü olur; birincisine işaret de diyoruz. Trafik işaretleri, bir yerde sigara içilmesinin yasak olduğunu ifade eden bir levhadaki üzeri kırmızı ile çizilmiş sigara resmi, hastane duvarlarında asılı, sessiz olunması gerektiğini anlatmak için işaret parmağını dikey biçimde dudaklarının üzerinde tutan hemşire resmi vb. işaret türünden simgelere örnek olarak gösterilebilir. Dikkat edilirse bu işaretler somut durum veya olgularla ilgili simgeleştirmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. İkincisi ise saf simgeleştirmelerdir. Bunlar tarihsel bir geçmişe sahip, soyut muhtevalı simgelerde ifadesini bulmuştur. Bu simgelere en başta bayrak örnek gösterilebilir. Terazi figürü adaletin, meşale eği-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

tim öğretimin, yılan sağlığın ve sağlık hizmetlerinin, defneyaprağı askeri gücün simgeleridir. Bu ikinciler birincilerde olmayan aşkın olma, temsil ettikleri olgunun kutsallığına göndermede bulunma gibi işlevler yüklenmişlerdir. Bu nedenle bizatihi kendileri o aşkınlığı veya kutsallığı kendi varlıklarında sanki olgusal –somut- bir biçimde taşıyorlarmış gibi kabul edilirler. Bayrak törenindeki saygı duruşu vb. aslında bunun ifadesidir. Bu duruma göre simgeler muhataplarının zihninde bir anlam oluşturma amacına yönelmişlerdir. Simgeler; resim ve figürle ifade edilen bir dilin sözcükleridir. Dilin sözcüklerini yalın sözlük anlamlarıyla aldığımızda yorumlama edimine ihtiyaç duymadığımız gibi gerek işaret seviyesinde simgeler olsun gerekse saf simgeleştirmelere ait simgeler olsun, anlamlarını bilmemiz için yorum yapmamıza ihtiyaç yoktur.

Rüyalar da rüyayı görene simgelerin diliyle bir şeyleri ifade ederler. Rüyalarda görülen canlı cansız her şey birer simgedir. Ama rüyada rüyayı görenin annesi, babası, yakınları, arkadaşları ve hayatında yer alan canlı cansız diğer özel şeyler birer simge olmakla beraber rüyanın bir anlamı var ise bu anlam bizzat bu kimselerle ilgili olduğundan rüyalardaki bu gibi unsurların öznel –rüyayı görene ait- simgeler olduğu kabul edilmelidir. Yine ayrıca rüyayı gören bakımından özel olmayan nesne ve varlıkların, rüyayı görenin iç dünyasının sahip olduğu ruhsal muhtevaya, toplumsal hayatta içinde bulunduğu durumun özelliklerine bağlı olarak özel anlamları olabilir. Bir vali ile bir hizmetçi tıpa tıp aynı rüyayı görse bu rüya her biri için ayrı ayrı anlamlara işaret ederler. Bu öznel boyutlarına rağmen ehli için rüyaları yorumlama zor bir iş değildir. Rüyalar için hayvan, eşya, kadın, genç kız, genç erkek, çeşitli bitkiler hepsi birer anlam yüklenmiş şeylerdir yani simgelerdir. Rüya yorumu yapabilen kimseler işte bu simgelere hem daha önceden yüklenmiş anlamları, hem de kendisine rüya anlatıldığı anda zihninde rüyanın yaptığı simgesel çağrışımları tek tek bir araya getirerek –bir biriyle anlam tamamlama ilişkisi içinde olan kelimelerin cümleleri oluşturması gibi- rüyanın ne anlatmak istediğini çözümlemeye çalışırlar.

Hz. Yusuf (A.S) da zindanda beraber olduğu iki arkadaşı-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

nın gördükleri rüyalar ile zamanın Mısır hükümdarının rüyasını; bu rüyalardaki simgesel olaylar ile hayvan, bitki ve diğer şeylerin simgesel anlamlarını bir anlam bütünlüğü içinde çözümleyerek yorumlamıştır.

Rüyalar taşıdığı anlamın anlaşılması için yorumlanırlar. Rüyaların simgeselliği ve bu simgeselliğin kişiden kişiye değişebilirliği – öznelliği- nedeniyle yorumlama, anlam izafe etmeden önce gelir. Ancak nesnelerin simgesel anlamları; toplumsal kültürün ve rüyayı görenin iç dünyasının, yaşadığı toplumsal çevredeki durumunun bir yansımasıdır. Tabii simge işlevi üstlenen nesne, canlı veya herhangi bir varlık bu simgesel anlamı çağrıştırabilecek bir özelliğe sahip bulunmalıdır.

Toplumsal olayları nasıl tahlil ederiz? Toplumsal bilimler hangi soruları nasıl sorar, bu sorulara nasıl cevaplar üretir? Anlama ile yorumlamanın birbirine göre frekansı (yinecelik) nedir? Hemen şunu peşin peşin söylemeliyiz, eğer toplumsal olaylar, olgular ve durumlar toplumsal bilimler genel adı altında bir kısım bilim dallarının konusunu oluşturuyor ise bilimsel tahlil veya çalışmanın konusu mutlak surette öncelikle anlamaya konu olmak, sonra da anlam üretmek zorundadır. Zaten toplumsal bilimlerde ilk başta yorum yapmayı gerekli kılmayacak basitlik ve yalınlıkta birim niteliğinde toplumsal olgular veya durumlar vardır ve bunlar bilimsel çözümleme için ihtiyaç duyulan ilk anlamları bize hazır bir şekilde sunarlar. Bu şu demek; mesela suyun kaldırma kuvvetine ilişkin fizik kanunu fizik biliminin ilk anlam üreten fiziksel olgularından biridir. Koca koca gemilerin, denizaltıların yapılmasını mümkün kılan araçbilimsel (teknolojik) gelişmeyi sağlayan bilimsel nazariyeler; aslında suyun kaldırma kuvveti kanununa dayanan, onu başlangıçtaki bir anlam merkezi olarak alan daha sonra da bu fizik kanununu beşeri bir fayda üretmek için nasıl kullanırız ve böyle bir faydayı niçin üretmeliyiz veya üretmek durumundayız sorularının cevaplarıdırlar.

Toplumbilimde toplumsal davranışın çözümlenmesinde ferd ve aile bunlardan sonra toplum birer inceleme birimi oluş-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

tururlar. Gerçi bireysel davranış daha ziyade toplumsal psikolojinin birimidir, ancak toplumbilimi ile toplumsal psikolojinin sınırları çok net olmadığı için biri diğerinin verilerini ve anlam birimlerini çekinmeksizin kullanmaktadırlar. Yalnız, toplumsal bilimlerin, nesnesi insanlar olduğu için fen bilimleri alanında yapılan araştırmaların kesinlik derecesinde olduğu gibi ikna ediciliği yüksek sonuçlara ulaşmanın mümkün olmadığını peşinen kabul etmemiz gerekiyor. Çünkü insanı bir eşya gibi biçimlendirmek mümkün değildir, o cansız bir nesnenin deneyciye kendini teslim ettiği gibi teslim etmez. Ancak bu önermenin doğruluk değeri de itibaridir. Aslında gözlemcinin tam bir tarafsızlığa sahip olması yani kendi dünya görüşünü, deney ve gözlemle elde edilecek verilere karıştırmaması ve tarafsızlığı konusunda deneyin ve gözlemin nesnesi olan insani birimleri samimiyetine inandırabilmesi halinde; deney ve gözlemin günümüzde, toplumsal bilimlerde de bilgi üretmenin ve onu sınamanın elverişli bir aracı olarak kullanılabilmesi nedeniyle doğruluğu iyi niyetli herkesçe kabul edilebilecek türden bilimsel neticelere ulaşamaması için geçerli sayılabilecek nedenler çok da fazla değildir.

Bu çok fazla olmayan sebepler arasında kolaylıkla tespit edilebilen veya farkına varılabilen en somut ve anlaşılabilir iki esaslı neden vardır: Birincisi, toplumsal olayların birden fazla nedeni vardır. İncelenen toplumsal olayın gerçekleşmesinde birden fazla olan bu nedenlerden hangisinin diğerlerine nazaran daha etkili olduğu gözlemciden gözlemciye veya araştırmacıdan araştırmacıya değişebilir. Toplumsal olayların doğası fiziksel olayların doğası kadar basit ve yalın değildir. Bu toplumu meydana getiren insan denen varlığın bilinç sahibi, düşünen bir varlık olması, nesneler gibi sadece edilgen değil hem etken hem de edilgen bir canlı olması keyfiyeti ile ilgilidir. İşte bu sebeple insan davranışlarını deneyevi ortamında incelemenin ciddi sınırları vardır. Gözlemleme de ise gözlemcinin cansız bir nesne olmayan insanın gözlemciyi aldatma niyetiyle aslında olağan tavır veya davranışlarından başka türlü davranma ihtimali vardır. Bu gibi belirlenmesi zor durumların varlığı olay veya olguların en etkili sebepleri ile etkisi daha az olan sebeplerinin

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

karıştırılmasına neden olur. İkinci neden ise; toplumsal araştırmaların bazen bazı kimseler tarafından siyasi hedeflere ulaşmak için elde edilecek verilerinden yararlanılmak üzere yapılmalarıdır. Gerçekten günümüz siyasetinde ikna edici olmak gayesiyle bilimin verilerinden yararlanma siyasal mücadelenin yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu kabul samimi olsa ve kabulün sahiplerince samimiyetin sürdürülmesi için dikkatli davranılsa yani bilimsel gerçekler olduğundan farklı bir biçimde yansıtılmaya çalışılmasa, ciddi hiçbir mesele ortaya çıkmaz. Ne var ki belki de siyasetin tabiatı, ilgili toplumda geçerli olan siyasi iklimin özellikleri, genellikle böyle "kabulde samimiyete ve samimiyetin sürdürülmesine" müsaade etmemektedir. Siyasette en geçerli genel kabullerden birisi de Makyavelizm'dir. Türk siyasetinde Süleyman Demirel'in "dün dündür, bu gün bu gündür" sözü Makyavelizm'i kendisiyle tanımlayabileceğimiz veya özetleyebileceğimiz veciz bir sözdür. Dünün dün olması bu günün bu gün olması yani siyasetçinin kendisini dün söyledikleri ve taahhüt ettikleriyle bu gün bağlı saymaması; herhalde ahlaki ilkelerin siyasetin alanını daraltacağına olan inançtan ya da siyasi hırsın siyasetçinin basiretini bağlamasından kaynaklanıyor olmalıdır. Kendini bir kısım kayıtlarla bağlı saymayan veya basireti bağlanan kimseler gerçekleri çarpıtmakta zerre kadar tereddüt etmezler. Bu bağlamda bilimin verileri de çarpıtma ve doğruluk değeri olmayan siyasi iddiaları ispatlamanın basit bir aracı olmaktan azade kalamazlar. İşte tam burada bilimi din gibi aşkın kabul edenlerin kendileriyle bilimin alay ettiği, farkına varmadan düşmüş oldukları gülünç durumun varlığı kendini hissettirmektedir. Dini olmayan, ahlakı olmayan, kendisini bunlar tarafından yoğrulan hiçbir ilke ile bağlı saymayan kimselerin çarpıtamayacağı hiçbir gerçek yoktur, bilim dahi onlar tarafından çarpıtılabilir, değersiz, doğruluk değeri olmayan iddiaların ispatlanması hizmetine verilebilir. Bilim yalan söylemez ama yalancılar bilimden bir şeyler söyleyebilirler. Bu şekilde davranarak iddialarının sağlam olduğu izlenimi yaratmaya çalışırlar.

Mesela "borçlanma" iktisadi hayatta bir yatırım ya da herhangi bir harcamanın ihtiyaç gösterdiği kaynağı temin etme-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

nin olağan yollarından biridir. Gerek ülke ekonomisi bakımından gerekse işletme ekonomisi ölçeğinde belirli değişkenlerin büyüklükleri ve birbirlerine nispetleri ile borcun öz kaynaklara nispetinin belirli bir büyüklüğü aşması halinde, ekonomik zafiyet ve kırılganlık derecesi yükselir. Bir muhalefet partisinin iktidar partisinin uyguladığı siyasi program nedeniyle ülkenin iç ve dış borçlarının yükseldiği yolundaki yalın iddiası; aslında çoğu zaman içinde çarpıtma ve gerçek durumu olduğundan –olumsuz yönde- farklı gösterme amacına yönelik bir siyasi iddiadır. Bu iddianın içinde ne kadar büyük bir çarpıtma olduğunu şöyle daha fazla somutlaştırabiliriz. ABD'nin gerek iç borcu gerek dış borcu Türkiye'nin iç ve dış borcundan daha fazladır, bu duruma bakarak ABD ekonomisinin Türkiye ekonomisinden daha zayıf olduğunu söyleyebilir miyiz? Elbette söyleyemeyiz. Keza bir ailenin aylık geliri 5000 TL olsun, başka bir ailenin aylık geliri ise 1000 TL olsun, yine geliri yüksek olan birinci ailenin 25000 TL borcu olsun buna karşılık diğer ailenin ise 3000 TL borcu olsun; bu iki aileden refah seviyesi daha yüksek olan birinci aile midir, yoksa ikinci aile midir? Elbette birinci ailenin refah seviyesi daha yüksektir. Ülke ekonomisi seviyesinde olsun işletme ekonomisi ya da aile ekonomisi seviyesinde olsun borçlanmanın bir finansman aracı olarak kullanılmasında önemli olan şey borcun vadesi içinde öngörülen taksit tutarlarına uygun olarak çevrilebilmesidir. Bu yapılabildiği zaman ortada borçluluk halinin ekonomide neden olduğu bir zaafın varlığından bahsedilemez.

Bir ulusal ekonominin başarısı ile ilgili sayısal veriler de çarpıtmaya oldukça elverişlidir. Gayrisafi milli hâsılası 2 trilyon lira olan bir ekonomi % 4 oranında büyüme başarısı gösterse, 600 milyar lira büyüklüğe sahip başka bir ekonomi ise % 10 oranında büyüme başarısı gösterse bu verilerden hareketle hemen ikinci ekonominin başarısının daha büyük olduğu söylenebilir. Oysa mutlak büyüklükler alınırsa; birinci ekonomi 80 milyar lira büyüdüğü halde, % 10 yani diğer ekonominin büyüme oranının iki buçuk katı gibi yüksek bir oranda büyüme gösteren ikinci ekonominin gösterdiği büyüme başarısı 60 milyar liradır ve bu miktar birinci ekonominin gösterdiği büyüme başarısından

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

% 25 oranında daha küçüktür. İşte rakamların dili; dikkatli davranmaz, ifade ettiği verileri isabetli bir çözümlemeye konu etmeden zihinsel bir kolaycılıkla kabul edersek bizi bu gibi büyük yanılgılara düşürebilir.

Siyaset – tabii ahlaki hiçbir kayıtla kendini bağlı saymayan siyasetçiler tarafından üretilen siyaset- rakamların bu karmaşık dilini; gerçek durumları gizlemek, doğruları çarpıtmak amacıyla kullanabilir. Rakamlarla konuşmak siyasi etki oluşturmanın en kolay ve en etkili yollarından biridir. Matematik önermelerin farklı anlamlara yol açmayan nesnel kesinliği, rakamlarla ifade edilen her önermenin muhataplarınca genellikle doğruluğunun kabul edileceği yanılgısının oluşmasına neden olmuştur.

Toplumsal bilimler içinde matematik önermelerle ifade edilebilen, bu niteliği itibariyle soyut durumlardan somut ve anlaşılabilir durumlara intikal etmenin en kolay olduğu bir bilimsel alanda bu kadar kolay çarpıtma olabildiğine göre sayısal önermelerin kalıplarına sığdırılamayan öteki toplumsal bilimlerin ifade ettiği gerçeklerin nasıl çarpıtılabileceğini varın siz düşünün.

Şu halde toplumsal bilimler alanında kalan olay, olgu ve durumların anlaşılması yorumlama dediğimiz zihinsel süreci zorunlu kılmaktadır. Tabii değişik kişiler tarafından yapılan yorumların öznellikten nesnelliğe giden bir çizgi üzerinde konumlanarak olayın, durumun veya olgunun gerçek anlamını farklı derecelerde yakalayabileceklerini gözden ırak tutmamak gerekiyor.

Felsefe açısından ele alındığında; anlam ve yorum ıstılahlarının şimdiye kadar incelediğimiz konulardakinden daha yoğun bir soyut yapıya, daha vurgulu bir mahiyete sahip olduğu öncelikle ifade edilmelidir. Çünkü felsefe varlığın; var olma durumunun soyut sebep ve delillerini araştırma ve inceleme uğraşısının adıdır. Bu yönüyle o varlığın zihinde bir anlam yaratmayan algılanma biçimine bağlı olarak yorumlama eylemi; anlamaya giden yolda uğranılacak zorunlu bir aşama veya durak olmak suretiyle gerekliliği açıkça hissedilen bir zihinsel süreç olarak belirir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Felsefe nedir? Müslüman aydınlar ona "ilm-i hikmet" de demişlerdir. Hikmet eşyanın varlığının arkasında görünmez esrar ancak varlığı duyumsanır soyut gerçekliklerdir. Felsefe işte bu esrarı çözmeye, varlığın mahiyetini anlamaya, onu sır olmaktan çıkarmaya yönelmiştir. Sırların çözülmesi onların mahiyetini kavramakla, kavramak anlamakla, anlamak da yorumlamakla mümkün olur. Felsefe fen bilimlerinden esaslı bir biçimde farklıdır. Çünkü o düşünmenin bilimidir. Fen bilimleri ise fiziksel olguların bilimidir. Bu nedenle felsefede "yorumlamak" "anlamak"tan önce gelir. Anlam yorumdan sonra varılan sonucu ifade eder. Gizli olanı beş duyuya dayanarak bilmek mümkün değildir, o maddi varlığın kendi varlığına delalet ettiği olgusu ile anlaşılır. Bir kısım batılı aydınlar Yunan felsefesinin Yunan çok tanrıcılığının çocuğu olduğunu söylemişlerdir. Bu tespit, kısaca özetin özeti olarak felsefenin; insanın ve onu çevreleyen maddi evrenin var oluşunu mümkün kılan gerçek ve yanılgısız nedenin ne olduğunu araştırma ve incelemenin bilimi olduğunu söylemektedir.

Eşyanın mahiyetini kavrama merakı felsefi aklı canlı tutan ve onu besleyen belki de biricik nedendir. İnsani benlik ve kişiliğimizi bütünleyen en önemli özelliğimiz toplumsal ve doğal çevremizi ve bu çevrenin içinde bulunduğu dünyayı bilme yönündeki çabalarımızdır. Bu çaba olmasaydı insanlık bu gün ulaşmış bulunduğu maddi gelişme seviyesine kesinlikle ulaşamazdı. Keza yine bu çaba ve arkasındaki merak olmasaydı, insanlığın ürettiği çeşitli medeniyetler ve onlara ruh veren kültürler bu günkü zengin içerikleri ile mevcut olamazdı.

Felsefe – insanlığın hayatında yer edinmeye başladığı ilk zamanlardan bu güne gelinceye kadar- maddi varlığın arkasındaki esrarla uğraşmak gibi olağanüstünün daha üzeri zorların daha zoru meseleleri kendisine hareket alanı olarak seçmiştir. Bu kadar iddialı oluş, elbette hatalardan azade kalmayı imkânsız bir hale getirmiştir. Bir kısım filozofların çok amiyane bir ifadeyle söylemek gerekirse kafayı sıyırtması işte bu durumdan dolayıdır. Ancak bu durumdan ötürü felsefeyi suçlamak kesinlikle haksızlık olur. Zira bunda asli kusur; felsefenin değil felsefi et-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

kinliği taşıyamayacak, olgunlaşmamış, yeterince donanıma sahip olmayan bir zihin yapısı ile felsefi ürün üretmeye kalkışan iddialı, hırslı filozof olma hevesinde olan kimsenin veya kimselerindir. Felsefe de işe başlarken değişmez bazı nirengi noktalarına istinat eder, etmek durumundadır. İnsanın düşünmesine konu olan maddi ya da manevi bütün alanlar sağlam bazı ilkelerin üzerine oturmuştur. Eğer bu ilkeler olmasaydı o alanların sınırları muğlâk belirsiz kendisi de kararsız, olmakla olmamak arasında gidip gelme durumunda olurdu.

Tabii böyle bir istikrarsızlık düşünmeyi zorlaştırır, incelenen durum hakkında meseleyi çözen kesin bir yargıya varmayı da imkânsız kılardı. Bereket versin bizi çevreleyen hem maddi hem de manevi evren böyle bir olumsuz nitelik içinde değildir. Deneyden ve gözlemden önce onlarla sınanmaya ihtiyaç bulunmayan bilgilerimiz gibi felsefeden önce ona kararlılık kazandıracak nitelikte sabitelere sahip durumdayız. İşte bu sabiteler sözünü ettiğimiz nirengi noktalarını oluşturmaktadır. Bir tablonun, resmin sair bir şeyin duvara asılı durmasına imkân tanıyan bir çivi ya da askı gibi, bir binayı ayakta tutan temel ve direkler gibi bu sabiteler de felsefeye ve ona ait olanlara birer dayanak ve destek oluşturur.

Değişken olanlar var ise sabitelerin olması da zorunludur. Çünkü bir şeyin varlığı ancak onun zıddının varlığı ile mümkündür. Kötü olmasaydı iyiyi, varlık olmasaydı yokluğu, mutsuzluk olmasaydı mutluluğu, azlık olmasaydı çokluğu, çirkinlik olmasaydı güzelliği kavrayamaz ve tanımlayamazdık. Tanımadığımız bir keyfiyet üzerinde düşünmemiz de elbette mümkün olacak bir şey değildir.

Yukarıdan beri anlatılmaya çalışılan durumlar, felsefenin tabiatında; yorumlamanın anlamak için gerekliliğine, tabii bu önermeye uygun olarak da yorumun da anlam için gerekli olduğuna işaret etmektedir.

Yorum ve anlam ilişkisinin çok bariz bir biçimde ortaya çıktığı alanlardan biri de dini bilimlerdir. Özellikle tefsir bu bilimlerin başında gelir. Zaten tefsir yorum demektir. Hadis ilminde

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

de birçok hadisi şerifin anlaşılması bakımından aynen, tefsir ilminin yöntemlerinin kullanılması gerekmiştir.

Kur'an Allah'ın sözleridir, bütün Müslümanlar buna iman eder. Keza diğer semavi kitaplar da Kur'an tarafından – tahrif olmamış hallerine atıfla- tasdik edildiğinden Kur'an'a inanan Müslümanlar onlara da inanırlar. Semavi kitapların hepsinin dili ve üslubu oldukça yalındır. Bundaki hikmet herhalde İlahi ileti (mesaj)nin muhataplarının anlama ve kavrayışı oldukça farklı seviyelerde olan bütün insanlar olmasıdır. Kur'an'ın Müslümanların uygulayacakları İlahi emir ve yasaklarla ilgili ayetlerinin anlaşılmasında tereddüde düşülecek hususlar pek yoktur. Yalnız bu emir ve yasakların bir kısmının nasıl uygulanacağı Kur'an'da belirtilmemiştir. Uygulamanın şekli Hz. Peygamberimiz tarafından sahabeye öğretilmiş ve bu günkü Müslümanlara kadar intikal etmiştir. Ancak emir ve yasaklarla ilgili olmayan diğer bir ifade ile muamelata dair olmayan ayetlerinin anlaşılması o kadar kolay değildir. Müteşabih diye isimlendirilen Kur'an ayetleri öteden beri anlamın açıkça anlaşılamayacağı ayetler olarak kabul edile gelmiştir. Bazı surelerin başında yer alan mukataa harfleri denilen harflerin anlamlarının tamamen kapalı olduğu bunların herkes tarafından bilinmesi gerekmeyen remizler olduğu söylenmiştir. Bunlardan başka bazı ayetlerin hükümlerinin daha sonra nazil olan diğer ayetlerle nesh edildiği bilinmektedir. Çok az sayıda bazı ayetlerin nesh edildiğine ilişkin başka ayetlerin olmadığı kimi durumlarda Peygamberimizin uygulamaları ilgili ayetin nesh edildiğine bir delil olarak kabul edilmiştir. Bütün bu gibi durumlar ve Kur'an ayetlerinin lafızlarının kapalı olduğu durumlarda lafızdan murad edileni, yani onun taşıdığı anlamı belirlemek yorumla mümkün olduğundan ilimle meşgul olan ilim ehli bir kısım kimseler; Kur'anı anlamak için tefsir ilmi denilen bilim dalını geliştirmişlerdir.

Her bilim dalının bilgiyi üretme, mevcut olanın doğruluğunu da sınama ile ilgili bir takım yöntemleri ve ölçütleri olduğu gibi tefsir biliminin de bu ihtiyaçlara karşılık gelen yöntemleri vardır. Bir ayetin yorumlanmasında; ayetin kendilerinde ifadele-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

rini bulduğu sözcüklerin sözlük anlamları, mecaz anlamı, Arap dilinin gramer yapısı çok önemlidir. Ancak bu unsurlar dikkate alınarak yapılan yorum İlahi muradın ne olduğu konusunda bize fazla bir bilgi sunmayabilir. Zaten bu unsurlarla yapılan yorum sadece ayeti meydana getiren cümlenin lâfzî anlamını verir. Bu anlam zihnimizde ayetin konusuyla ilgili bir tasavvur yaratmaya yeterli olmayabilir. İşte bu nedenle müfessirler bir ayeti tefsir etmede; ayetin nüzul sebebini, ayetin nüzulü sonrasında Peygamberimizin o ayetle ilgili açıklamaları var ise bu açıklamaları ve dini uygulamalarda bir değişikliğe gitmiş ise bu değişik davranış biçimlerini; yorumun üzerine inşa edileceği temel olarak almışlardır.

Kur'an sadece indiği çağdaki insanları muhatap almayıp yeryüzü var oldukça bütün Müslümanlar ve bütün insanları da muhatap aldığından, sadece kendi çağı ve kendinden önceki çağlara işaret etmeyip gelecekle ilgili olan açık haberler ve kapalı imalarda bulunmaktadır. İşte indiği zamana göre gelecek olan bize göre ise artık geçmişte kalan kısa sayılamayacak zaman dilimi ile ilgili olarak açık bir bilgi veren veya imada bulunan ayetlerin anlaşılmak için haklarında yorum yapılmasında da tarihin verilerinden yararlanmak gerekli olmuştur. Bu gereklilik, tefsir bilimine hareketli (dinamik) bir nitelik kazandırmıştır. Öyle ki Kur'an'ın mevcut bilimsel birikim, tarih, toplumsal ve beşeriyetin tamamına ait insani durumlar çerçevesinde yapılan bir tefsiri, izleyen süre içinde yeni bilimsel keşiflerin yapılması ve insani durumların değişmesi ile güncelliğini kaybedebilmektedir.

Kur'an'da tabiat bilimlerinin alanında kalan konulara işaret eden ayetler de bulunmaktadır. Bu ayetlerin lafızları da oldukça yalındır. Zira indiği devirdeki insanların içinde yaşadıkları maddi dünya ve toplumsal çevre tarafından biçimlendirilmiş zihin yapısının algılama, anlama düzeyi ve tasavvur yeteneğine göre İlahi irade herhalde böyle bir yalınlığı tercih etmiştir. Bu gün ulaşılan bilimsel birikiminin ışığında bu ayetler artık lafza sıkı sıkıya bağlı kalınarak anlaşılamaz. İndiği zamanda ancak iman konusu olan bu ayetler artık bilimin verileriyle doğruluğu teyit edilmiş bilimsel gerçekliklerdir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Kısacası Kur'an'ın bir kısmı lafızları herhangi bir yoruma ihtiyaç göstermeksizin anlaşılmakla birlikte önemli bir kısmının anlaşılmak için her çağın ruhuna uygun bir biçimde yorumlanmasına ihtiyaç vardır. Kur'an kıyamete kadar geçerliliğini koruyacağına göre tefsir biliminin söyleyeceği sözler henüz tamamlanmamıştır.

Hadislerin anlaşılması da büyük ölçüde Kur'an'ın anlaşılmasındaki usulün izlenmesiyle mümkündür. Çünkü Peygamberimiz geleceğe ait bir kısım olayları üstü kapalı, kinayeli bir dil ile anlatmıştır. Bu üslup kullanılarak verilen haberlerin anlaşılması zorunlu olarak yorumu gerektirir. Herhalde rumuzlu bir şekilde haber verilen vakıalar gerçekleştikçe biz o hadisi Resulullah'ın anlaşılmasını murad ettiği şekilde anlamakta daha başarılı olacağız. İslam'ın temel kaynakları olan Kitap (Kur'anı Kerim) ile Sünnet (Peygamberin söz ve davranışları) arasında bir hiyerarşik ilişki bulunmaktadır. Hadisler ayetlere aykırı olamaz, eğer aykırılık var ise, o hadis o ayetin nüzulünden önceki bir döneme aittir, sonradan o hadisin içerdiği uygulama değişmiştir. Dolayısıyla hadislerin anlaşılmasında ve yorumlanmasında yeri geldiğinde Kur'an'dan yararlanmak bir zorunluluktur.

Bunun dışında Peygamberimizin bazı sözleri veya uygulamaları sahip olduğu anlamdan farklı veya özünden farklı bir şekilde anlaşılmış olabilir mi? Bu durum pekâlâ mümkündür. Bunu bir örnek yardımıyla açıklamaya çalışalım. Bilindiği üzere İslam fıkhında dinden dönme (irtidat) fiilinin cezası idam olarak öngörülmüştür. Bu cezanın insan vicdanı tarafından onaylanması, olumlu bulunması imkânsızdır. Zira inanmak veya inanmamak insan iradesiyle olabilecek bir şey değildir. İnsan vicdanı ve zihninin imanın konusu olan ilke ya da hakikati kabul etmesi gerekir. Bir kimse zor karşısında inanmadığı halde inandığını, inandığı halde de inanmadığını söyleyebilir. Zor kullanılmak suretiyle biçimsel bir toplum görüntüsü oluşturulabilir, ama bütün toplumun kabulleneceği bir toplumsal değerler düzeni yaratmak mümkün olacak bir şey değildir. İşte insanın bu tabiatı gereği onu Yaratan; Kur'an'da "dinde zorlama yoktur" ayetini tebliğ etmiştir. Kur'an'da yer alan bu İlahi emre karşılık dinden

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

dönmenin cezasının ölüm olması apaçık bir çelişkidir.

Peygamberimizin hayatında "dinden dönenlerin cezalandırılması"na mehaz alınan tek uygulama Ukl ve Üreyne adıyla anılan bir yer halkından olup Medine'ye hicret eden bir kısım kimselerin oranın nemli iklimine uyum gösterememeleri üzerine Resulullah' tan yurtlarına geri dönmek için izin istemeleri ve kendilerine izin verilmesi üzerine yaşanmıştır. Belirtilen yer halkı, Peygamberimizden kendilerine Kur'an okumayı ve dinin hükümlerini öğretecek kimseler verilmesini de istemişler, bu istekleri de yerine getirilmiştir. Ancak çöle döndükten sonra mensubu oldukları kabile bunları İslam'dan eski dinlerine döndürmek için ciddi çaba harcamışlar ve bu girişimlerinde de başarılı olmuşlardır. Eski dinlerine dönen Ukl ve Üreyneliler, yine kabile halkından olan kimselerin yönlendirmesiyle kendilerine Kur'an ve dinin hükümlerini öğretmek üzere emanet edilen sahabeleri de öldürmüşlerdir. İşte bu elim hadise üzerine Peygamberimiz bir seriyye (akıncı) birliğini Üreynelileri cezalandırmak üzere görevlendirmiş, bu birlik Üreynelilerin yurduna giderek onlarla savaşmış, onları öldürerek kendilerine verilen görevi başarıyla tamamlamıştır.

Ukl ve Üreynelilerin bu olayda İslam ve Müslümanlarca olumlu karşılanması mümkün olmayan iki eylemi var, bu eylemler oluş sırasına göre birincisi dinden dönmeleri, ikincisi ise kendileriyle beraber gelen eğitme görevi üstlenmiş sahabeleri katletmeleridir. Acaba bu olaydan yola çıkarak, Peygamberimizin dinden dönenler hakkında ölüm cezası uygulanmasını gerekli gördüğü sonucuna varılabilir mi? Cevabı bize mealini yukarıda andığımız "la ikrahe fiddin" ayeti vermektedir. Dinde zorlamanın olmaması konusundaki İlahi hüküm; hem İslam dinini seçip seçmeme, hem de seçtikten sonra ilgili kimsenin vicdanının tatmin olmaması nedeniyle tekrar eskiye dönebilme özgürlüğünün varlığını içerir. Oysa fıkhi gelenekte dini seçme konusunda insanların özgür olduğu kabul edilirken dinden dönme cezayı gerektiren bir eylem olarak kabul edilmiştir. İnsan yanlışından dönemez mi? İnsanın yaradılışında yanlıştan dönme eğilimi vardır. Dinden dönen bir kimse o dinin yanlış bir din olduğunu düşün-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

düğü için döner, vicdanı ona bu konuda baskı yapar. Hal böyle olunca insanı vicdanı ile biçimsel hukuk arasında bırakmak özü samimiyetle inanmak olan dinlerin tabiatıyla bağdaştırılabilir mi? Elbette ki hayır.

Bu olayda Ukl ve Üreynelilerin cezalandırılması; dinden dönme (irtidat) eylemiyle ilgili olmayıp kendilerine emanet edilen sahabeleri öldürmeleri eyleminin karşılığıdır. Bu kısas ilkesi ile de uyumludur. Ancak, olay bu kadar açık iken Peygamberin bu uygulamasından dinden dönmenin cezasının ölüm olduğu içtihadını çıkartmak tarihi bir yanılgı olmuştur.[1]

Bu olay da bize gösteriyor ki Kur'an'ın anlaşılması gibi hadislerinde anlaşılması süreci de henüz tamamlanıp bitmiş değildir. Hadislerin de (söz veya eylem) hep anlaşılmak için yeniden yorumlanmasına ve aklın süzgecinden geçirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Biz dinin naslarını kabullenmek ve onları değiştirmemekle yükümlüyüz. Bunun dışında Mezhep bilginlerinin içtihatları Kitap ve sünnetle sabit inaklar gibi değildir. Kelamcılar inançla ilgili konularda icmaya (İslam hukukunda içtihadı birleştirme müessesesi) başvurulamayacağını söylemişlerdir. Zira pek tabiidir ki içtihatla inanç yaratmak mümkün değildir. Bu da dinde zorlamanın olmayacağı ayeti ile uyumlu bir kelami kabuldür. Kelamcıların dilinde somutlaşan bu ilke aynı zamanda bizim dinin kaynaklarını anlamak için yorum yapmanın meşru olduğuna ilişkin bir delildir. Bütün bu hususlar çerçevesinde ele alındığında, içtihatların değerinin itibari olup zamanın ve zeminin şartlarına uygun düşmemesi halinde onları terk etmeye elbette hakkımız olduğunda şüphe yoktur.

Hukuk kurallarını nasıl anlarız, anlamak için nasıl yorum-

[1] Peygamberimizin irtidat edenlerin öldürülmesine ilişkin bazı hadislerinden bahsedilmiş ise de; bunların mevzu veya zayıf olduğu gerekçesiyle hükmü ile amel edilemeyeceği savunulmuştur. Ukl ve Üreynelilerin kıssası Kütüb-i Sittede zikredilen sahih hadisi şerifler cümlesindendir. Ancak, Ukl ve Üreynelilerin bir seriyye birliği tarafından cezalandırılmalarının nedeni yol kesme suçunu işlemeleri nedeniyledir. Zaten hadis "İrtidat ve Yol Kesme" bahsinde yer almıştır. Bknz. Kütüb-i Sitte, 5.Cilt, Hudud Bölümü, " İrtidat ve Yol Kesme Haddi" başlıklı Birinci Bab, Akçağ Yayınları,

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

larız? Hemen başında ifade etmek gerekir ki zannedildiğinin aksine, toplumsal bilgi alanları arasında anlaşılmak için yoruma en az ihtiyaç gösteren ve yine yoruma en fazla kapalı bulunan alan hukukun alanıdır. Bu hukukun kural öngören yapısından ileri gelir. Çünkü hukuk kuralları ortalama zekâ sahibi, reşit ve mümeyyiz olan bütün kimselerin uymak zorunda oldukları kurallardır. Bu niteliğinin bir sonucu olarak zaten hukuk kuralları -her seviyede- anlaşılabilir bir nitelikte olur. Kural koyucu; hukuk kurallarını anlaşılması zor mesela felsefi veya edebi bir üslup ile oluşturamaz. Çünkü o takdirde anlamın nesnel olması gerekliliğine uyulmamış olur. Kural koyucunun da zaten öyle bir niyeti olamaz. Hukuk kuralları varlık nedenini toplumsal hayatın içinden alır. Toplumsal gereklilikler hukuk kuralı oluşturmanın nedenini oluştururlar. Bu gereklilik ve ihtiyaçların ifade edilmesi ağdalı bir dil kullanılmasına ihtiyaç göstermez.

Hal böyle ise o zaman hukuk kurallarının anlaşılması için yorum yapılmasına neden ihtiyaç duyulur? Sorusu kaçınılmaz olarak sorulabilir. Gerçekten hukuk kurallarının anlaşılması için mutlak şekilde yoruma ihtiyaç duyulmasa idi hukuk bilimi ve hukuk felsefesi diye bilim ve düşünce disiplinleri olmazdı. Bununla beraber bir hukuksal sorunun çözümü için uygulanacak hukuk kuralı/kuralları çoğunlukla yorumu gerektirmez. Yorumlama ihtiyacı; bir hukuksal meselenin birden fazla hukuk kuralının etki alanında olması, hukuksal sorunun görünen kısmının ötesinde çok boyutlu bir mahiyete sahip olması, hukuksal ilişki veya muamelenin hukuksal durumu birbirine eşit olmayan hukuksal öznelerin katılımıyla oluşması, hukuk kurallarının bir biriyle çatışması, kuralın oluşturulduğu zaman diliminde öngörülemeyen bir hukuksal durumun sonradan ortaya çıkması gibi nedenlerin varlığından doğar. Bu sayılan sebepler sayıca az sayılamaz, üstelik bu sebeplere bizim öngörememiş olduğumuz başka sebepler de eklenebilir. Bu gerçeklikten hareketle bu defa, az yukarıda ifade ettiğimiz "toplumsal bilgi alanları içinde yoruma en az ihtiyaç gösteren hukuk alanıdır" önermesi büyük bir yara almış olmaz mı? Şeklinde ikinci bir soru sorulabilir. Bu soru az önce anılan, hukuksal bilgi alanında yorum yapmayı zorunlu kı-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

lan sebepler çerçevesinde oldukça haklı ve yerinde bir sorudur. Ancak bu kadar çok sayıda sebebin varlığına rağmen yine de hukuk bahsinde yorumla ilgili söylenen önerme değerinden hiç bir şey kaybetmeyecek kadar hukukun gerçekliklerine uygun bir tespiti haber vermektedir. Çünkü her ne kadar yorumu gerektirecek bu sebepler sayıca az değilse de onların ortaya çıkış, kendi kendini tekrarlaması hadisesi milyarlarca hukuksal olay içinde oransal olarak oldukça azdır. Bunu şöyle de açıklayabiliriz: mesela, bir dakika içinde fizik âlemde eylemli olarak yaptığımız işleri ve zihin dünyamızda oluşan düşünceleri anlatmaya kalktığımızda, bir dakikanın bize yetmediğini görürüz. Olayların yaşanma hızı onların anlatılmasından daha hızlıdır. Bu hayatımızda çoğu zaman farkına bile varamadığımız ilginç durumlardan biridir. Yarım saatte ancak hikâye edebileceğimiz bir olaylar zinciri sadece bir dakika veya daha az bir zamanda meydana gelen günlük hayat içindeki önemsiz ayrıntılardan birkaçı olabilir. Üç gün, beş gün bir hafta, bir ay ya da bir yıl gibi bir zaman içinde yaşanan olaylar dizisinden bir edebiyatçı kocaman bir roman yazabilir, bu romanın yazılması oradaki olayların yaşanması süresinden çok daha fazla bir zamanda başarılabilir. İşte bu sebepler de hukuksal alanın genişliği içinde ayrıntı türünden özelliklerdir. Ancak biz onları tanımlamaya kalktığımızda ortaya hukuk felsefesi türünden zihinsel ürünler çıkabilir.

Hukuk kurallarını anlamak için yorumlamanın zorunlu olduğu durumlarda kuralın, kural koyucu tarafından murad edilen anlamının keyfiliğe yani öznelliğin kendine göre seçiciliğine kurban edilmemesi için hukuk içinde bazı hukuk ilkeleri geliştirilmiştir. Bu ilkelerin bir kısmı yazılıdır, bir kısmı ise değildir. Hukuk devleti olduğu iddiasında bulunan devletlerde, hukukun üstünlüğü ilkesini benimsemiş devletlerde herhalde ve şartta yazılı hukuk kurallarının, evrensel ölçekte değer kazanmış bu ilkelerle çatışmaması gerektiğine şüphe yoktur. Yazılı hukuk kuralı bu ilkelerle çatışmıyor ise kuralı anlamak durumunda olan kimseler kuralı anlamakta zaten kolay kolay yanılgıya düşmezler. Eğer bu söylenilenin aksi geçerli ise yani, bir çatışma durumu var ise, o takdirde söz konusu yazılı hukuk kuralı; hukukun

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde hak ve özgürlüklerin alanının –üçüncü kişiler aleyhine olmamak üzere- geniş tutulması suretiyle yorumlanabilir ve yorumla bulunan o anlam çerçevesinde hukuksal sorunun çözümünde uygulanabilir. Aynı hukuksal seviyede yazılı iki hukuk kuralının birbiri ile çatışması halinde devlet karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerini üstün tutan kuralın diğerine tercih edilmesi yoluna gidilebilir. Çünkü devlet zaten güçlüdür ve hukuk kurallarını kendisi üretmektedir. Kural koyarken zaten kendi hukuksal yararını azami ölçüde gözettiği bilinen bir durumdur. Öyle olduğuna göre bir hukuk kuralında hukuksal boşluk var ise veya devletin hakkı ile ferdin hakkı arasında bir çatışma hali görünüyorsa bu çatışmadan veya boşluktan ferdin yararlanması adalete daha uygun olabilir.

Her hukuk dalı içinde kendi mahiyetine uygun ilkeler geliştirilmiştir. Gerek kamu hukukunda gerek özel hukuk alanındaki hukuksal kurallar düzeninde iki hukuk öznesinin hak veya hürriyetlerinin çatışması halinde üstün olan hak diğerine tercih edilir. Mesela mülkiyet hakkı zilyetlikten daha üstün bir haktır, iki hakkın çatışması ve diğer şartlar bakımından eşitlik olması halinde mülkiyet hakkının diğerine tercihi gerekmektedir. Toplum sağlığını tehdit eden salgın hastalık tehlikesinin açık olduğu bir ortamda seyahat hürriyetinin sınırlandırılması mümkündür. Çünkü yaşama hakkı seyahat hak ve hürriyetinden çok daha üstün bir haktır.

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, devletin gerçek ve tüzel kişiler aleyhine geçmişe dönük yükümlülük ve sorumluluklar getirmemesi gerekliliğini ifade eder. Bu aynı zamanda hukuksal güvenlik ilkesiyle paralel bir ilkedir. Kazanılmış hakların korunması da hukuksal güvenlik ilkesine bağlılığın bir sonucudur.

Ceza hukuku alanında geliştirilmiş bulunan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, bu ilkeye paralel olarak ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin de ancak kanunla konulması ilkesi, ceza hükmünün geriye yürümezliği, önceki kanunla sonraki kanunda suç tanımı korunmakla birlikte; suçun eski kanun döne-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

minde işlenmek şartıyla yeni kanunda ceza miktarı hafifletilmiş ve ceza henüz infaz edilmemiş ise sonraki kanundaki hafifletilmiş cezanın uygulanması, suçluluğu yargı kararıyla sabit oluncaya kadar masumiyet karinesinin geçerliliği ilkesi, mahkûmiyet kararı verilebilmesi için suçun kanunda sayılan bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş olması, işlendiği sırada kanunda suç sayılmayan ancak sonraki kanunla suç olarak tanımlanan eylemden dolayı failin cezalandırılmaması hatta yargılanmaması, genişletici yorum yasağı, kıyas yasağı gibi ilkeler de, ceza hukuku kurallarının anlaşılması için yapılacak yorumlarda keyfilik derecesinde öznelliğin önüne geçecek olan, herkesin bildiği hukuksal tedbirler cümlesindendir.

Ceza hukuku, kuvvetli bir felsefi arka plana sahiptir. İndi yorumlara yer kalmayacak şekilde kanun hükümlerinin açık seçik olması, bunun yanı sıra bazısı anayasalarda emredici hukuk kuralı haline gelmiş temel ilkelerinin bulunması onu besleyen felsefi birikimin zenginliğinin bir yansımasıdır. Ceza hukukunu bu kadar geliştiren ve öznelliğe büyük ölçüde kapatan aslında insan vicdanındaki adalet duygusu ve arayışının yüksek bir şiddetle ortaya çıkmasıdır. Bu vicdani hassasiyetin çok somut nedenleri vardır. Hukukun yanlış yapması, hukuksal yaptırıma muhatap olan kimselerin telafi edilemez nitelikte zararlar görmelerine neden olabilir. Öyle ya işlemediği bir cinayet suçundan idama mahkûm edilen ve cezası infaz edilen bir kimsenin yaşama hakkından mahrum edilmesinin geriye dönüşü yoktur ki zararı telafi edilsin. Haklarında işlemedikleri suçlardan dolayı hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilen ve cezaları infaz edilen kimselerin ömürlerinden kopartılan bir ay, üç yıl, yirmi yıl gibi sürelerin maddi bir bedele bağlanması mümkün olabilir mi? Bu kimselerin adli yanılgıya kurban oldukları sonradan anlaşılsa, hapiste geçirdikleri süre için kendilerine, olağan şartlarda kazanamayacakları kadar nakdi tazminat ödense bile özgürlüğün maddi bir karşılığı olamayacağı cihetle zararının tam anlamıyla tazmini yine de mümkün olamaz.

İdare hukukunda idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ilkesi, bir idari işlemin geri alınması gereki-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

yor ise tesis edilmesi sırasında izlenen yöntemin izlenerek geri alınması yani usulde paralellik ilkesi, disiplin hukukunda ceza hukukundaki ilkelerin geçerli olması, sanık memura savunma hakkı tanınması, disiplin suçunun işlendiğinin somut delillerle tespit edilmesi gerekliliği, idarenin eylem ve işlemlerinin vatandaşlar bakımından tahmin edilebilir olması böylece kendilerini güven içinde hissetmeleri amacına hizmet eden idari istikrar ilkesi gibi ilkeler de idare hukukunun etki alanında nesnelliği sağlamaya yönelik hukuksal önlemlerdir.

Vergi hukukunda vergilerin kanuniliği ilkesi, vergi hukuku bakımından da cezaların kanuniliği ilkesi, vergi suçları bakımından da suçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmediği durumlarda failin cezalandırılamayacağı ilkesi, ekonomik yaklaşım ilkesi, vb. ilkeler kamu hukukunun anılan bu dalına ilişkin hukuksal yorumlarda nesnellikten uzaklaşmayı önleyecek tedbirlerdir.

Bu sayılan ilkelerin çoğu yazılı hukuk kurallarında ifadesini bulmuş olan ilkelerdir. Bu sebeple bu ilkelere başka anlamlar yüklemek mümkün olmaz. Belirli bir hukuk kuralını çarpıtarak amacına uygun olmayan bir doğrultuda anlamlandırmak faydacı yaklaşım sahibi kimileri tarafından sergilenen bir davranıştır. İşte bu denilen biçimde davranan kimseler, hukuksal kuralın anlamını çarpıtırken anlamı keşfetmek için yaptıkları yorumlarında da bu ilkeleri çerçeve (referans) alarak iddialarına güç kazandırmak isterler. Faydacıların en fazla istismar ettikleri ilkeler; hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleridir. Öyle ki bu ilkeler, bireysel hak ve özgürlüklerin yazılı hukuk kuralları ile teminata bağlanan alanlarını daraltma amacıyla bile kullanılabilmektedir. Bu şekilde kullanılmalarının kökeninde bu ilkelerin, diğerlerine göre oldukça soyut bir tabiata sahip olmaları bulunmaktadır. Bu ilkeler yazılı ilkeler değildir. Yazılı olarak bir hukuksal kural düzeninde tanımlanmalarının da pek bir anlamı yoktur, bu sebeple gereği de yoktur. Ayrıca bu ilkeleri tarif etmek son derece kolaydır ve her ikisi için yapılan tarif hemen hemen her fikriyattan olan kimselerin üzerinde uzlaşma sağlayacak nitelikte nesnel tarifler olacaktır. Bu özelliklerine rağmen nasıl olur da bu ilkeler gerçek anlamlarının tam karşısında bir hu-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

kuksal amacın sağlanması için kullanılabilir? Bu sorunun tek bir cevabı var, o da şu; modern hukuk, hukukun kaynağı, hukuku yaratan irade olarak sadece insanı görmektedir. Hukuk bir düzen (sistem) olduğuna göre zamana ve mekâna göre değişmesi ve kendini yeniden üretmesi, inşa etmesi bir zorunluluk olmakla birlikte değişmez sabitelerinin olması gerekir. Ne var ki hukuku yapan irade iktidarı ele geçiren insanların iradesi olunca, hukukun ufkunun siyasi mücadelelerin rengiyle renklenmesinden başka bir sonuç beklemek mümkün değildir.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine çok şey söylenebilir. Söylenecek sözler öğretiyi zenginleştirebilir, ama bunun devleti hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkelerine bağlı bir devlet haline getirmesi beklenmemelidir. Devletin bu ilkelere uygun davranan bir devlet olması; ancak, uygulayıcıların hukuksal tasarrufları oluştururken yazılı hukuk kurallarının sözüne ve sözün taşıdığı özüne uygun davranmasıyla gerçekleşir. Aksi anlayışla yoruma başvurulmak suretiyle hukuk kuralını hak ve özgürlüklerin alanını daraltacak şekilde anlamlar yükleyerek uygulamak, hukuk devleti yerine devletin hukukunu, hukukun üstünlüğü yerine üstünlüğün hukukunu ikame edecektir.

Hukuk devleti, toplum – devlet ilişkilerinde her toplumsal ihtiyacın devletin yetkili karar organlarına iletilmesini mümkün kılan bir kurumsal dokuya sahip olan devlettir. Bu nedenle hukuk devleti ile toplum arasındaki ilişki genellikle sağlıklı bir zemin üzerinde cereyan eder. Devlet adına hareket edenler neleri yapacağını, neleri yapmayacağını bilir. Vatandaşlar da hangi tür isteklerinin devlet tarafından olumlu bulunacağını, hangilerinin de bulunmayacağını bilir. Bu bir güvenlik duygusu yaratır. Bu olumlu ilişki düzeni, hukuk kurallarının haksız bir biçimde hak sahibinin aleyhine yorumlanmak suretiyle bozulabilir. Hele bu haksız yorumlama biçimine geçerlilik kazandırmak için sözünü ettiğimiz ilkelere atıfla ilgili hukuk kuralının uygulanmaya kalkışılması hukuka gölge etmek, hatta hukuku kirletmek demektir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Mesela, görülmekte olan bir kısım davada; lâfzen açık seçik anlaşılabilir özellikte olan ve dava konusu olaya uygulanacak olan hukuk kuralının hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkelerine atıf yapılarak yorumlanması suretiyle oluşturulan gerekçelere dayalı olarak verilen kararların bir kısmı aslında hukuka gölge eden yargısal kararlardır. Bir mahkeme uygulanacak hukuk kuralını lafza uygun uygulayarak karar verdiğinde zaten hukuk devleti ilkesine uygun davranmış olur. Ayrıca ilgili hukuk kuralını sözü edilen ilkeler bağlamında yorumlamaya kalkışmak ortada –tanımsız- başka maksatların olduğuna bir karine oluşturur. Tabii bu söylenilen; bu niteliği taşıyan her karar bakımından geçerli değildir. Gerçekten bu ilkeler çerçevesinde yapılan hukuksal değerlendirmelerle verilen kimi kararlar içtihat hukuku oluşturacak seviyede nitelikli kararlar olabilir. Bu tarz kararlardan bu ilkelerin art niyetli olarak hukuksal yorumlara çerçeve alındığı ve bu ilkelerin "naylonlaştırıldığı" kararları ayırt etmek için çok esaslı bir kıstasa sahibiz: eğer bu ilkeler çerçevesinde ilgili hukuk kuralı hak ve özgürlüklerin alanı üçüncü kişilerin aleyhine olmayacak şekilde geniş yorumlanıyorsa bu ilkeler özüne uygun yorumlanmış demektir, yok eğer bu ilkeler devletin etki alanını genişletmek adına ilgili hukuk kuralını yorumlamada dayanak noktası olarak alınmış ise o takdirde bu ilkeler özünden koparılarak indi yorumu meşrulaştırma amacının hizmetine verilmiş demektir. Anayasa Mahkemesinin bireysel haklardan olan ve kişilik hakkının çerçevesine giren başörtüsü bağlamanın, fiili durum yaratılarak yükseköğretim kurumlarında haksız olarak yasaklanması nedeniyle bu sorunun çözümü için yapılan kanunları iptal ederken hukuk devleti ilkesine atıfla yaptığı değerlendirmeler işte bu ilkenin "naylonlaştırıldığı" kararlardır.

Tam burada bir şey daha söylemek gerekiyor: bir kavrama, ilkeye ya da olumlu bir özelliğe ısrarlı atıflar aslında ondan yoksunluğu gizlemenin en bilindik yöntemidir. Dünyanın iki kutuplu bir dünya olup Demirperde gerisindeki ülkelerden olan Doğu Almanya'nın otoriter bir yönetiş (rejim)le yönetilirken kendini Demokratik Almanya olarak isimlendirmesi, görün-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

tüde seçimle yönetime gelen ve ölünceye kadar yönetimde kalan başkanlarla yönetilen Sovyetler Birliği'nin adında da cumhuriyet ifadesinin bulunması (Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği), Ortadoğu'daki ölünceye kadar iktidar olan öldükten sonra da veraseten devlet başkanlığının oğula intikal ettiği "veraset diktatörlükleri"nin kendilerini cumhuriyet olarak isimlendirmesi bu belirlememize esaslı örnekler olarak gösterilebilir.

Laikliğin dini yaşayışı güvenceye kavuşturan, din ve devlet işlerini bir birinden ayırmayı ve iki alanın birbirine müdahale etmemesinin hukuksal teminatı olan bir ilke olduğunu savunup sonra bu ilkeyi din ve vicdan özgürlüğünü kısıtlamanın payandası olarak gören kimseler de aslında kendi zihin dünyalarında var olan; kendileri din olarak tanımlamamakla beraber başka bir dinin eksiksiz bir imanla inanmış mü'minleridirler. Onlar aslında laiklik ilkesine saygı duymazlar. İnanmadıkları bir ilkeye din ve devlet ilişkileri, temel haklar ve özgürlükler bağlamında yapılan tartışmalara katıldıklarında ısrarla vurguda bulunmaları da az önce ifade edilen belirlemeye bizden yani toplumumuzdan somut bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sonuç olarak bir şey anlaşılabilir ise yoruma gerek yoktur. Yorum yapmanın şartlarının olmadığı, anlamak için yorumlamaya ihtiyaç bulunmayan hallerde –konusu ne olursa olsun- yorum yapmaya kalkışmak o şeyi gerçek bağlamından koparma amacı taşımanın esaslı bir göstergesidir. Yorumun nesnel olabilmesi için eşyanın varlığının nedenlerini doğru bir biçimde belirlemek gerekir. Eğer kişiler gerçekten iyi niyetli iseler –böyle olup olmadığını ancak o kişiler vicdanlarına danışarak bilebilirler- yapacakları yorumlarda büyük ihtimalle nesnelliği yakalayabilirler.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

II. BÖLÜM
ANAYASANIN DÖRDÜNCÜ MADDESİNİN YOK HÜKMÜNDE OLDUĞUNA DAİR DÜŞÜNCELER

Anayasamızın çağdaş Anayasa hukukunun benimsediği genel ilkeler yönünden bakıldığında; çağımızın gerisinde kaldığı yolunda hukuk çevrelerinde ortak bir kanaatin paylaşıldığı bilinmektedir. Aydınlar tarafından yöneltilen en büyük eleştirilerden biri; modern anayasaların devletin yetkilerini sınırlarken bizim Anayasamızın vatandaşların hak ve özgürlüklerini sınırladığı konusudur. Gerçekten de Anayasanın ilgili maddelerinin ilk fıkralarında haklar ve özgürlüklerin herhangi bir kayıt veya şarta bağlı olmaksızın varlığı kabul edilirken devamı fıkralarda bu hak veya özgürlüklerin yetkili merciin emriyle kanunun öngördüğü durumların varlığı halinde kısıtlanacağı hüküm altına alınmıştır. Durum bu olunca esasen Anayasadaki hak ve özgürlüklerin tanımına ve güvenceye kavuşturulmasına ilişkin hükümler Anayasaya yapılmış makyaj olmanın ötesinde fazla bir anlam taşımıyor.

Anayasa bir hakkı veya özgürlüğü tarifte son derece ayrıntılı hükümler taşımaktadır. Oysa bir hak veya özgürlük ne kadar fazla unsura yer verilerek tanımlanırsa o hak veya özgürlüğün özüne o kadar çok zarar verilmiş olur.[2] Bundan başka

[2] Çünkü ayrıntılı bir tanım kaçınılmaz bir biçimde sınırlar öngörecektir. Zaten tanımın ayrıntılı yapılmasına ihtiyaç duyulması, tanımı yapa-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Anayasanın değiştirilmesinin çok zor esaslara bağlanması yani sert bir Anayasa oluşu da meseleye yasama organının etkinliği açısından bakılınca pekâlâ eleştirilebilir. Ancak bu konuda yapılacak her eleştirinin de haklılığını kabul etmek mümkün değildir. Demokratik kültürün kurumsal bir mahiyet kazanamadığı siyasal yapılarda anayasanın sert bir anayasa olması yumuşak bir anayasaya göre daha işlevsel bulunabilir, ama bu her zaman geçerli değildir.

Anayasa toplumsal, siyasal vb. diğer sebeplerin zorunlu kıldığı durumlarda herhalde değiştirilebilmelidir. Anayasaların değiştirilmesinde uzlaşma elbette ki aranmalıdır. Fakat yapıcı olmayan sırf engellemeye odaklı, yıkıcı siyaset üslubu ile toplumun ihtiyacı olan anayasal değişikliklerin engellenmesine matuf bir siyaset anlayışının sahipleri ile ille de uzlaşma aramak diye bir hukuksal zorunluluğun bulunmadığının da bilinmesi gerekir.

Türk siyasal geleneğinde maalesef Anayasanın sivil inisiyatifle değiştirilmesi – dolgu maddeleri hariç- 2008 ve 2010 yılında yapılan değişiklikler dışında hiçbir zaman mümkün olmamıştır. Değişiklik ihtiyacı doğduğunda bunun yapılamaması; ilk olarak Anayasanın sert bir anayasa oluşundan, ikinci olarak kimi siyasi çevrelerin yapıcı olmayan engelleme amaçlı tutumlarından kaynaklanmıştır.

Anayasanın sert bir anayasa mı, yoksa yumuşak bir anayasa mı? olması gerektiği konusu enine boyuna tartışılabilecek bir konudur. Bu konuda bilimsel verilerin ve çeşitli devletlerin siya-

---

nın sınırlama iradesi taşıdığını gösterir.

İnsan hakları kavramıyla ilgili olmamakla beraber Henri Kissinger Diplomasi isimli eserinde, Avusturya- Macaristan İmparatorluğunun başbakanlarından Prens Meternich'in hak ve özgürlükleri ayrıntılı tanımlamanın onların özüne zarar vereceğini düşündüğünü nakletmiştir.

Keza yükümlülüklerin de ayrıntılı bir şekilde tanımlanması onların ağırlaşması sonucunu doğurur. Mesela Kur'an'da Bakara Suresinde, İsrailoğulları'nın kesmekle emrolundukları sığırın niteliklerini sormaları üzerine, özellikleri itibariyle bulunması zor bir ineği kurban etmekle emrolunmaları, hadisesinde yükümlülüğün ayrıntılı tanımlanmasının yükümlülüğü ağırlaştırmasına esaslı bir örnek oluşturduğu görülmektedir.

sal tecrübelerine dayanan birikimin ışığında seçenek (alternatif) neticelere ulaşılabilir. Ancak siyasal çevrelerin haklı bir eksende değerlendirilemeyecek nitelikteki engellemeleri nesnel ölçülere vurulabilecek türden davranışlar değildir.

İhtiyaç halinde – ihtiyacın nesnel ölçülere göre tespit edilmesi ve ihtiyaç fikrinin genel kabul gören bir fikir olması şartıyla- anayasalar kolayca değiştirilebilmelidir. Bu değişikliğe her türlü siyasal hesaptan uzak bir biçimde iktidarın da muhalefetin de katılması gerekir. Anayasa değişikliği girişimleri kısa vadeli siyasal hesaplar gözetilerek engellenirse o kısa vadenin tükenmesinden sonra o engellemeler bizzat kendisini yapanı vurabilir. Kaldı ki toplumsal bir ihtiyacın kendisini katı ve kaçınılmaz bir şekilde hissettirdiği hallerde engelleme stratejisinin hiçbir siyasal yararı yoktur.

ABD Anayasası yumuşak bir anayasadır, buna rağmen çok sık değişikliğe maruz kalmamaktadır. Türkiye'nin gerek Anayasal düzenini gerek idari rejimini taklit ettiği Fransa, Anayasaları sert anayasalar olduğu halde birçok kez değiştirilmesi kaçınılmaz olmuştur. Keza Türkiye de aynen Fransa gibi Anayasasını değiştirmek zorunda kalmıştır. Gerçi bu değiştirme askeri darbelerin akabinde ve darbecilerin iradesiyle gerçekleşmiştir, ancak eğer o anayasalar yumuşak anayasalardan olsa idi, ihtiyaç halinde sivil inisiyatifle değiştirilebilir, siyasal düzenimizin kurumsallaşması; ihtiyaçlara uygun bir şekilde gelişebilirdi. Bu neticenin elde edilmesi ile pekâlâ darbelere giden yolun taşlarının döşenmesinde anayasal yapıdan kaynaklanan eksikliklerden söz edilmesi gibi olumsuz bir durum doğmazdı.

Anayasamızın sert bir anayasa oluşuşunun dışında eleştirilecek birçok daha başka özelliğinden söz etmek de mümkündür. Bunlardan biri de Anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilemeyeceğine ilişkin dördüncü maddesinin varlığıdır. Birinci maddesinde; Devletin şeklinin cumhuriyet olduğu, "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı ikinci maddesinde;…insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti oldu-

ğu, "Devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti" başlığını taşıyan üçüncü maddesinde ise; devletin bölünemeyeceği, bayrağının al bayrağımız, başkentinin Ankara olduğu belirlenmiş, "Değiştirilemeyecek hükümler" başlığını taşıyan dördüncü maddesinde ise; (aynen) *Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.* ,hükmü yer almıştır.

Bu hükümlerin bir kısmının değiştirilmesine zaten ihtiyaç duyulmaz, hiç kimse devletin şekli cumhuriyet olmasın hizmetlerinden dolayı filanca devlet adamını padişah yapalım, Türkiye Devleti meşruti bir saltanat düzenine evrilsin demez, herhalde böyle bir teklifte bulunan kimsenin aklından zoru vardır deriz. Yine kimsenin devletin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olma niteliği ile de bir sorunu kolay kolay olmaz, bunların değiştirilmesi ihtiyacının doğması olası bir durum olarak görülemez. Ancak pekâlâ bu ilkelerin ne anlama geldiğinin Anayasada tanımlanması yoluna gidilebilir. Esasen bu niteliklerin tanımlanmasına ciddi ihtiyaç vardır, çünkü bu ilkeler –özellikle laiklik ilkesi- gerekçe gösterilerek bazı hak ve özgürlükler özlerine dokunulacak şekilde sınırlandırılmaktadır. Fiili durum oluşturularak yapılan haksız Devlet tasarruflarının önünü almak için bu ilkelerin tanımlanması gerekir. Aksi takdirde bu ilkeler; isabetsiz ve özüne aykırı öznel yaklaşım ve yorumlarla zehirlenebilir. Söz konusu bu ilkelerin tanımlanması yoluna gidilmesi bile 2. madde hükmünü değiştiriyor olarak kabul edilebilir. Hele, Anayasanın üçüncü maddesinde yer alan hükümlerin zamanın ve toplumumuzun ihtiyaçlarının gerektirmesi halinde değiştirilmesi kaçınılmaz bir zorunluluk arz edebilir. Anayasanın -asli bir kurucu iktidarın tasarrufta bulunma hali dışında- değiştirilemeyecek hükmü; sadece Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunu söyleyen birinci maddesi hükmüdür.

Bir hukuk kuralını değiştirilemez kılmak olağanüstü seviyede sorunlu bir davranıştır. Toplumsal hayat çağa, coğrafyaya göre sürekli bir değişme halindedir. Biz bazı toplumsal değişiklikleri fark ederken önemli bir kısmını fark edemeyebiliriz.

İnsanlık tarihi, sanayi devrimine gelinceye kadar oldukça yavaş akmış, bu tarihsel olguyu takip eden dönemde ise çok hızlı akmaya başlamıştır. Hele 20. yüzyıl daha önceki yüzyılların tamamından daha fazla insanlığın hayatında evrensel ölçekte değişimlerin yaşanmasına tanıklık etmiştir. Toplumsal ve insaniyet düzeyinde şimdiye kadar yaşanan değişimler hukuk düzeninin değişmesini gerektirmiştir. Mecelle'de "ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz" ifadesi ile çağa ve toplumsal değişmelere bağlı olarak kanunların da değişmesinin gerekeceği ilkesi bir kanun hükmü olarak bir hukuksal ilke biçiminde tanımlanmıştır. Tarihi dondurmak mümkün değilse hukuksal ihtiyaçları kısıtlamak ve dondurmak mümkün olamaz. Hele bütün bir toplumun kaderini ve devletin hukuksal yapısını düzenleyen hukuk kurallarının bir kısmını değiştirilemezlik zırhına büründürmek hiçbir şekilde kabul edilebilir bir durum değildir.

Üçüncü maddede geçen değiştirilemez unsurları toplumsal, siyasal değişim ihtimalleri dairesinde tek tek değerlendirelim: Mesela; Türkiye Devleti, bir kısım komşu devletler ile pekâlâ bir federasyon ya da konfederasyon yapısı içinde yeni bir devlet oluşturabilir. Hatta böyle bir devlet oluşturma hem Türkiye için hem de bir kısım komşu ülkeler için bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. Bu durum milletler arası çatışmaların arttığı ve yoğunlaştığı milletler arası şartların zorlamasıyla olabilir. Federasyon veya konfederasyon şeklinde bir devlet oluşturmak ittifak ilişkilerinin gevşek ve dağılabilir olmasına karşı birleşen devletlere biri diğerini kendisi gibi kabul etmeyi gerektirdiğinden savunma ve caydırıcılık açısından çok daha fazla işlevseldir. İşte böyle bir zorunluluk nedeniyle kurulacak federal veya kon-federal devletin dili –resmi- sadece Türkçe olamaz, yine bu devletin başkentinin neresi olacağı birleşen devletlerin ortak kararı ile belirlenecektir. Federasyonun bayrağının ise; federe devletlerin dayandığı milletlerin bayraklarının renklerini toplayacak şekilde yeniden tasarlanması gerekecektir. İstiklal marşı da üye devletlerin milli marşlarının sırasıyla okunması gibi bir yöntemin kabulüyle aynen korunabilir, ancak, bu şekilde okunacak marşların çok uzun olması nedeniyle istiklal marşının tek kıtasının

okunması gibi başka bir yöntem benimsenebilir. Bu iki yöntemin de kabul görmemesi halinde federal devlet için yeni bir milli marş yazılması ve bestelenmesi gerekebilir. Bu sözü edilen durumun gerçekleşmesi halinde Anayasanın üçüncü maddesinin korunmasına imkân ve ihtimal yoktur.

Böyle olmayıp Devletimizin Türkiye Cumhuriyeti olarak devam etmesi halinde bile üçüncü maddesindeki bazı değerlerin değiştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkabilir. Mesela -Allah göstermesin- bir doğal afet nedeniyle Ankara'nın başkent olarak kalması uygun olmayabilir. Keza yine – Allah korusun- katıldığımız bir savaşta düşman saldırıları ile Ankara tamamen harap olabilir, Devletin bütün merkez teşkilatını başka bir şehre taşımak yani başka bir şehri başkent yapmak kaçınılamaz bir gereklilik haline gelebilir. Hatırlanacağı üzere Kurtuluş Savaşı sırasında Yunan orduları Polatlı önlerine kadar geldiğinde Meclisin ve Ankara hükümetinin Kayseri'ye taşınması konusunda ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Yine – Allah korusun- I. Dünya Savaşından daha büyük bir yıkım yaşayabiliriz, Kurtuluş Savaşından daha çetin bir Kurtuluş Savaşı yapmak zorunda kalabiliriz. Tarihin karşımıza çıkardığı öncekilerden çok daha büyük badireler İstiklal Marşımızı eskitebilir. Merhum Milli Şairimiz Mehmet Akif, İstiklal Marşı olarak yazdığı şiirin Meclis tarafından milli marş olarak kabulünden sonra " Allah bu Millete yeni milli marşlar yazacağı hadiseler yaşatmasın" diye dua etmiştir. Milli Şairimiz bile gelecekte yaşanması olası olan milli felaketler nedeniyle yeni milli marşların yazılıp benimsenebileceğini ifade etmiş olmaktadır. Bundan başka siyasal çürüme, bu çürüme sonucunda devletin kendini bir türlü toparlayamaması halkın devrim yapmasına, askeri müdahalelere neden olabilir. Kim tarafından yapılırsa yapılsın devrimler yeni bir anayasal yapı kurabilir. Gelecekte neler olacağını içinde yaşadığımız zamanda kestirmek pek mümkün değildir, çünkü toplumsal değişimlerin yönünü, doğrultusunu toplumsal irade belirlemez, olaylar ve olgular belirler. İşte bu ve benzeri sebepler sonucu Devletin temel yapısını belirleyen Anayasadaki değiştirilemez, değiştirilmesi teklif edilemez hükümlerin değiştirilmesi zorunlu olabilir. Tarihi

ve toplumu sabitlemedikçe hukuk kurallarını sabitlemek mümkün değildir. Anayasamızdaki özellikle üçüncü madde ve dördüncü madde hükmü toplumsal değişiklikleri ihtimal dışı gördüğünden gerçekçi değildir. Hukuk gerçekleri kuşatmak durumundadır, çünkü gerçek durumlar toplumsal düzeni etkileyen niteliklere sahiptir. Toplumsal değişim; kanunların değişmesini zorunlu kıldığı zaman onları koruyacak toplumsal bir taraftar kitlesi de kalmayabilir o nedenle de Anayasanın ilgili üçüncü ve dördüncü maddeleri hükümleri gerçekçi değildir. Bütün bunlar bize hiçbir kanun hükmünün korunamayacağını gösteren toplumsal gerçekliklerdir.

Bu söylenilenlerden daha önemlisi hukuken dördüncü maddenin meşruiyeti yoktur. Çünkü Anayasadaki bir kısım hükümlerin değiştirilemez olduğunu söylemek üç açıdan imkânsızı savunmak demektir. Bir şeyin varlığı imkânsız ise o yoktur, yok olan bir şeye varlık izafesi o şeyi var kılmaz İşte şimdi sözünü edeceğimiz bu üç nedenden dolayı Anayasanın dördüncü maddesi yok hükmündedir. Birincisi, bu maddeler korunamaz niteliktedir. Korunamazlık hali de iki biçimde ortaya çıkar. İlk olarak bu korunamazlık devrim, müdahale gibi olaylarla meşru siyasal düzenin kesintiye uğraması nedeniyle ortaya çıkar. Nitekim 1960, 1980 askeri müdahaleleri siyasal düzeni kesintiye uğratmış ve darbe öncesi yürürlükte olan Anayasaları yürürlükten kaldırmıştır. Bir takım ağır toplumsal şartlar halk devrimine neden olursa -ki bizim tarihsel tecrübemizde çok şükür Osmanlı dönemindeki Payitaht halkının fiilen fiziksel güç kullanarak desteklediği saray darbeleri hariç ihtilaller olmamıştır- yürürlükteki Anayasayı kimse koruyamaz. Korunamazlığın ikinci hali bizzat Meclis iradesiyle ortaya çıkabilir. Uygulamada bu durumun gerçekleşmesine pek ihtimal verilemese de Meclisin üye tamsayısının tamamının aynı doğrultuda kullanacakları oyları ile dördüncü madde kaldırılabileceği gibi onun koruduğu maddeler de kaldırılabilir.[3] 550 milletvekilinin oyları ile bu maddelerin kal-

[3] Bir televizyon kanalında tarihini hatırlamadığımız bir programda İstanbul Barosu eski başkanlarından Yücel Sayman da bu "korunamazlık" sözcüğünü kullanmamakla birlikte korunamazlık haline işaret et-

dırılması halinde bu anayasa değişikliğinin iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açacak bir milletvekili grubu yok demektir. Hatta anılan madde 550 oydan daha az oyla kaldırıldığında üye tamsayısının Anayasa Mahkemesinde dava açabileceği 1/5 oranında milletvekilinin imzası sağlanamadığı takdirde böyle bir dava açılamaz, açılsa dahi Anayasa Mahkemesi o davayı göremez, görecek olsa bizzat kendi kararı yok hükmünde olur. Bu basit varsayım dördüncü maddenin fuzuli bir madde olduğunu açıkça göstermektedir.

Dördüncü maddenin yok hükmünde olması sonucunu doğuran ikinci neden bu Anayasayı yapanların Anayasaya böyle bir hüküm koyma konusunda hiçbir yetkilerinin –kişi yönünden- olmayışıdır. Hukuksal tasarruf veya hukuksal muamelelerin yok hükmünde olması zaten ağır yetkisizlik durumuna bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. İdare hukuku açısından Ankara Valiliği tarafından yapılması gereken bir memur tayini işlemini İstanbul Valiliği yaparsa memur Ankara Valiliği emrinde görev yapan bir memur olduğu için işlem yok hükmündedir. Başbakanlık tüzük çıkaramaz, bir düzenleyici işlem çıkarsa ve buna tüzük dese o düzenleyici işlem yok hükmündedir. Esasen gerek 1961 Anayasası, gerek 1982 Anayasası darbeciler tarafından yapıldığı için bir bütün olarak yok hükmünde sayılmalıdır. Bu Anayasalara asli kurucu iktidar tarafından yapıldığı varsayımı ile meşruiyet kazandırılamaz. Ancak yok hükmünde sayılmaları durumunda başka hukuksal sorunların çıkacağı kaçınılmaz olacağından bu Anayasaların, referandumda halkın çoğunluğunun oyunu aldığı keyfiyetinden hareketle yokluk halinden varlık düzlemine geçmiş olduğu ve meşruiyetinin halkoylaması ile sağlanmış olduğu kabul edilebilir. Bu şekilde söz konusu meşruiyet sorunu çözülebilir, ancak dördüncü madde açısından yokluk hali devam eder. Bunun sebebi şudur: Anayasanın bir kere kabulünden sonra o Anayasa ile yaşayacak olan toplum; zaman içinde toplumu meydana getiren insanların ölümü ve yeni insanların doğumu nedeniyle tamamen değişmektedir. Toplum onu meydana getiren üyelerin değişmesi ile

miştir.

artık yeni bir toplum haline gelir. Veraseten dil, kültür vb. değerler elbette bu toplumun kimliğinin unsurlarını oluşturmaktadırlar. Ancak hukuksal düzen açısından artık bu toplum anayasayı kabul eden o toplum değildir. Nasıl ki Ahmet'in ölmesi ile sahip olduğu mülkiyet hakkı, borçları vb. hukuki yükümlülük ve kazançları tek mirasçısı Hüseyin'e geçerse ve Hüseyin Ahmet'in yerine geçmekle beraber hukuk düzeni açısından farklı bir özne ise toplum bakımından da durumun öyle olduğunun kabulü gerekir. Gelecek kuşakların bizim istediğimiz biçimde yaşamasını istemeye hakkımız olabilir mi? Onların karşı karşıya kalacakları sorunları bizim çözme imkânımız olmadığına göre onlara bizim gibi yaşamayı şart koşamayız. Her kuşağın kendi karşı karşıya kalacağı sorunları çözme gayesiyle kendi hukuksal düzenini belirleme hakkı ve yetkisi vardır. Gelecek kuşakların yaşayacakları hukuksal düzeni belirleme yetkisi bizzat kendilerinindir. Bu yetki bölünebilir, parçalanabilir ve önce yaşayan kuşaklar tarafından kullanılabilir bir yetki değildir. O sebeple mesela 50, 75, 100 yıl sonra yaşayacak insanların anayasal düzenini belirlememiz konusunda hiçbir yetkimiz yoktur. Hiç yetkimiz olmayan bir konuda düzenleme yapmamız; ağır yetkisizlik durumu nedeniyle yoklukla maluldür.[4]

Dördüncü maddenin yok hükmünde olmasının üçüncü nedeni; Anayasaya bu hükmü koyanların -kişi yönünden yetkisizlik hali dışında- konu yönünden de yetkisiz oluşlarıdır. Konu yönünden yetkisizlik hali ile kişi yönünden yetkisizlik hali aslında her zaman birbirinden ayrılabilir durumda değildir. Uygulamada böyle bir ayrım yapmaya da aslında gerek yoktur. Ağır yetkisizlik durumunda nesne ile öznenin durumu birbiri yerine konulacak niteliktedir. Bu şu demektir: Yetkisizliği aynı tasarruf için hem tasarrufun konusu –nesne- ile hem de tasarrufun öznesi –fail- ile tanımlamak mümkündür. "Bir kimse yet-

[4] İngiliz düşünürü Thomas Paine " İnsan Hakları" isimli eserinin daha ilk satırlarında ölülerin gelecek kuşakların ne şekilde yaşayacaklarını belirlemeye yetkilerinin olmadığını, her kuşağın kendi hayatını düzenlemek için kanun ve anayasa yapma yetkisine sahip olduğunu savunur. Eser Milli Eğitim Bakanlığınca dilimize kazandırılmıştır.

kisiz olduğu bir tasarrufu yaparsa kişi olarak yetkisiz olduğundan o varlık durumuna geçmez" ifadesi ile yetkisizliği tarifte fail esas alınmış olur. "Bir tasarruf onu yapanın yetki alanı içinde değildir, bu nedenle o tasarruf hukuksal varlık durumuna geçmez" ifadesinde ise yetkisizliği tarifte nesne yani tasarrufun konusu esas alınmış olur. Öğretide yetkisizlik konu ve kişi yönünden ayrı ayrı tarif edilse de aslında bu ayrımın hiçbir önemi yoktur. Ancak şimdi sözünü edeceğimiz konu yönünden yetkisizlik hali az önce sözü edilen nesne-özne ikilisinden hangisinin tanıma esas alınmasına bağlı olmaksızın gerçekten konu yönünden yetkisizlik hali veya saf konu yönünden yetkisizlik hali denilebilecek bir durum olarak belirmektedir. Çünkü burada insan olan failden başka yetkili maddi bir fail bulunmadığından yetkisizliği konuya göre tarif etmekten başka çare yoktur. Bu "konu yönünden yetkisizlik hali" iki kısım kimselerin inançları ve zihinsel kabulleri bakımından iki ayrı durumda ortaya çıkmaktadır, şimdi bunları görelim…

Kâinatı ve onun içinde olan canlı cansız her şeyi yaratan bir Tanrı inancına sahip olanlar yani Allah'a inanlar için burada konu yönünden yetkisizlik hali vardır. Çünkü bir kuralı değişmez kılmak ona nas (dogma) olma durumu izafe etmek ve ona kutsallık yüklemek demektir. Oysa beşeri irade ile bir nesneye, kurala kutsallık kazandırmak mümkün değildir. Anayasaya söz konusu hükmü koyanlar bir çeşit rububiyet iddiasında bulunmuş olmaktadırlar. Dördüncü madde ile ilk üç maddeye kutsallık izafe edilmiştir. Bu beşerin yetkisinde ve onun iradesiyle gerçekleşebilir nitelikte bir eylem değildir. Kanunların amacı kutsallık yaratma olamaz, bu nedenle dördüncü madde yok hükmündedir.

Allah'a inanmayan kimseler bakımından ise durum farklıdır. Tanrı inancı olmayan kimseler bakımından kutsallık kavramı diye bir kavramın olması zaten mümkün değildir. Bu durumda onlar; dördüncü maddenin amacının ilk üç maddeye kutsallık izafe etmek olduğu fikrini benimsemezler. İlk üç maddenin değiştirilmemesinin toplumsal ve siyasal istikrar ve düzen açısından gerekli olduğunu savunabilirler. Gerçi bu savunu bizim

madde hükmünün yok hükmünde olduğu görüşünü direk hedef alır nitelikte değildir. Onlar kutsallığa inanmadıklarına göre dördüncü madde hükmü ile aslında ilk üç madde hükmünün gerekliliği konusunda toplumsal bir inanç oluşturmaya çalışmış olmaktadırlar. İşte tam bu noktada ateist yaklaşım çerçevesinde bile söz konusu maddenin yok hükmünde olduğu gerçeği ortaya çıkacaktır. O gerçek şudur: "Kanunların konusu itaat oluşturmaktır, inanç oluşturmak değil." Anayasanın dördüncü maddesi hükmü ile itaat yaratılmak yerine inanç yaratılmak istenmektedir. Bu haliyle saf "konu yönünden ağır yetkisizlik" hali ortaya çıkmış durumdadır.

Bu iki hali birlikte ifade ederek dördüncü maddenin yok hükmünde oluşunu daha derli toplu ve özet olarak ifade etmek gerekirse; anılan madde hükmü ile ilk üç madde hükmüne kutsallık izafe edilmekte, bu maddelerin gerekliliği konusunda inanç yaratılmak istenmektedir. Oysa bir nesneye veya kurala kutsallık kazandırma beşeri irade ile değil İlahi irade ile olabilecek bir şeydir. Kanunların amacı inanç yaratmak değil itaat yaratmaktır. Kutsallık ve inanç yaratma iddiasındaki her kanun yok hükmündedir, çünkü amacına ulaşmakta muktedir olamaz. İnanç eylemde değil zihinde ve vicdanda doğan bir edimdir. Bu iki soyut varlığımız üzerinde oluşan etkiyi hukuksal otoritenin ölçmesine, tespit etmesine imkân yoktur. Kısacası anılan hükmün yokluğu pek açık bir şekilde ortadadır, ona geçerlilik atfetmek nafile bir gayret olmaktan daha öteye giderek bir değer kazanamaz.

Anayasanın dördüncü maddesi ilk üç maddeyi değiştirilmeye karşı korumaya almakta onların değiştirilemez olduğunu hükme bağlamaktadır. Ancak kendini koruma altına almış değildir. TBMM bu madde hükmünü kaldırsa, Anayasa Mahkemesi de lafza bağlı yorum yapsa pekâlâ ilk üç madde korumasız kalır, bu basit ve anlaşılması kolay hukuksal durum bile aslında bu ilk üç maddenin mutlak bir koruma altında olmadığını göstermektedir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin dördüncü madde hükmünün bizzat kendisini de koruduğu yolundaki görüşü – Anayasanın taşıdığı ruh açısından- isabetsiz sayılamayacak bir

yaklaşımı yansıtmaktadır.

III. BÖLÜM
LAİKLİK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

(Laiklik veya nefes almak serbest, taşları yemek yasak) [5]

Laiklik, Türk siyasetinin ve siyasal rejimin en temel tartışma konularından biridir ve farklı siyasi ve toplumsal görüşleri benimseyen kesimler arasında bu ilkenin tanımı konusunda uzlaşma sağlanabilmiş değildir, herhalde yakın gelecekte bu tartışmaların makul bir zemine oturtularak yapılması da mümkün olmayacak gibi görünmektedir.

Laiklik, batı kültürünün ürettiği bir kavram veya hukuksal ilkedir. Biz burada laikliği hangi toplumsal, siyasal ve kültürel yapı özelliğinin veya özelliklerinin tarihin akışı içinde ortaya çıkardığını uzun uzun anlatacak değiliz, ancak buradaki incelememize bir zemin oluşturması açısından kısaca batı tarihinde yaşanmış olaylar olarak bazılarını sadece isim isim anmak suretiyle zihnimizde yapacağı çağrışımlara müracaat edeceğiz. Katolikler ve Protestanlar arasında dini taassuptan kay-

[5] Bu sözün, "laiklik veya nefes almak serbest" kısmı; şahsımıza ait, sözün ikinci kısmı "taşları yemek yasak" ifadesi ise İsmet Özel'in bir kısım günlük köşe yazılarını topladığı bir kitabının adıdır. Laiklik Türkiye'deki tatbikatı itibariyle vatandaşlara serbest bıraktığı alan nefes almanın serbest olması kadar bir şeydir. Dini alanı korumak için Anayasa'nın 24. Maddesindeki kimsenin dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı yolundaki hükmü de aynen "taşları yemek yasak" veciz ifadesine karşılık gelmektedir.

naklanan din savaşları, engizisyon mahkemelerinin uygulamaları, Katoliklikteki aforoz müessesesi, kilisenin siyasete el atması, kurumsal bir ruhban sınıfının oluşu, bunların dünyevi iktidar konusunda siyasal otorite ile çatışmalara girmesi, batı toplumlarının ortaçağ boyunca, daha sonra Reform, Rönesans çağının başlarından itibaren aslında çoğulcu bir kültüre sahip olamamasının yarattığı diğer toplumsal gerilimler, düşünce hayatında bile batılı düşünürlerin karşıt görüşlere tahammülsüzlükleri gibi olgular herhalde zihnimizde laiklik ilkesinin doğuşu ve etkisi konusunda yeterince çağrışım uyandırmış olmalıdır.

Bu saydığımız olgulardan hareketle laikliğin; batıda toplumsal, kültürel ve siyasal ihtiyaçlara binaen din kaynaklı çatışmalar ile dinin devlete haksız el atmasının önlenmesinin bir aracı olarak geliştirilmiş hukuksal bir ilke olduğu açıkça anlaşılır.

Bizim tarihimiz din ve mezhep eksenli savaşların gölgesinde biçimlenmiş bir tarih değildir. Her ne kadar demokrasiyi bizim kültürümüz üretmemiş ise de; -zaten bir sistem zorunlulukların yarattığı bir sonuçtur- İslam dünyasının çoğulcu bir kültür geliştirdiği tartışmaya ihtiyaç göstermeyecek kadar açık bir vakıadır. Bu çoğulculuk sadece farklı İslamî mezheplerin tâbilerinin birbiriyle uyum içinde yaşaması ile sınırlı bir çoğulculuk değildir. Diğer dinlere inanan insanlar ile de uyum içinde, iyi komşuluk münasebetlerinde bulunarak bir arada yaşama alışkanlığı da İslam dünyasına özgü çoğulculuğun en temel unsurlarından biridir.

İslam dini laikliğe aşırı vurgu yapanların iddia ettikleri gibi siyasal hayata sürekli bir biçimde müdahale eden bir din de değildir. Dinin siyasal alana müdahalesi dinin taşıyıcısı olan ayrık bir kurumsal yapının varlığına bağlıdır. İslam dünyasında, batı dünyasındaki kilise kurumuna koşut bir cami kurumu yoktur. Cami kurumsal bir yapı değil mekânsal işlevi olan dini bir değer ve simgedir. İslam kültürü dini taşımak gibi bir işlevi üstlenen kurumsal bir yapı üretmemiştir. Bunun olmamasının temelinde de yine Müslüman toplumların zaten doğasında –İslam'ın dini farklılıklar konusundaki akidevî yapısı gereği- kendiliğinden

var olan barışçı, toplumsal çatışmaları yasaklayan niteliği bulunmaktadır. İslam devletten sadece kendisine müdahale edilmemesini ve saygı gösterilmesini bekler. Devlet insanların vicdanı üzerinde otorite olmak gibi patolojik bir girişimde bulunmadığı sürece İslamiyet devlete müdahale etmez. Devlete bağlılık ve itaat ile ul'ul emre itaat dini bir gereklilik olarak kabul edilmiştir. İşte bu sebeple İslam tarihinde büyük yıkımlar ve ahlaki çözülmeler yaratan halk ihtilalleri olmamıştır. (Biz bu âcizane eseri yazarken Arap dünyasında yaşanan çalkantılar ve kimi başarıya ulaşan halk ihtilalleri; dikkat edilsin zalim, müstebit aynı zamanda İslam'a da karşı olan ve laik niteliği ile belirmiş diktatoryal iktidarların tahrik ettiği toplumsal olaylardır.)

İslam tarihinde mezhep çatışmaları olarak nitelendirilebilecek toplum içi ve Müslüman toplumlar arası savaşlar yoktur. Belki bazıları İran (Safevi) Osmanlı (Türkiye) savaşlarını Sünni, Şii savaşları olarak sunabilir, ancak bu isabetli bir yaklaşım değildir. Zira İran Türkiye arasındaki tarihi olaylar Sünni, Şii çekişmesi değil siyasal hâkimiyet mücadelesidir. O sebeple de iki ülke halkı arasında açık bir düşmanlık yoktur. Öyle olsa idi, Osmanlı'da Farsçanın devlet erkânı, şair ve yazarlar tarafından öğrenilmesi, yaygınlık kazanmazdı. Bu kadar derin kültürel etkileşim düşmanlar arasında olmaz.

O halde Türk siyasal uygulamasında laikliğin Anayasada bir hukuksal ilke olarak anılması ihtiyacı nereden doğmuştur? Bu ihtiyaç, Tanzimat'tan Osmanlı'nın yıkılışına kadar geçen süreçte pozitivizmin Osmanlı seçkinleri arasında yaygınlık kazanması ile İslam'a yönelen nefretten doğmuştur. İslam'ın temel değerler düzeni olduğu; gelenek, görenek ve bütün kültürü biçimlendirdiği bir toplumda seçkinler arasında inkârcı felsefi akımların önemli ölçüde taraftar kazanması dikkate değer bir durumdur. Bu olumsuz düşünsel kırılmanın temelinde, 1699 tarihinde başlayan askeri yenilgi ve beraberinde gelen siyasal ve medeni çözülmenin yarattığı umutsuzluk ve kendi değerlerine yönelen güvensizlik duygusu vardır.

Osmanlı toplumu ve aydını, kendilerini büyük yapan top-

lumsal unsurun din olduğunu düşünüyordu. Allah'ın dinine samimi bağlılık ve ona hizmetin karşılığı Osmanlı'nın rakipsiz üstünlüğü olarak vücut bulmuştu, bu İlâhi bir lütuftu. Ancak belirtilen tarihle başlayan tarihsel dönemde dine bağlılık ve hizmet etmede bir azalma olmadığı halde artık eskiden mevcut olan o üstünlük durumu devam etmemekte idi. Şu halde, İslamiyet bizatihi maddi ve medeni üstünlüğü sağlayan değerler sistemi olamazdı. Din, bu noktadan sorgulanmaya başlandı. Osmanlı'nın üstünlüğünün temelinde din değil belki zamanın şartları ve ruhu vardı. Daha sonraki devirlerde dine bağlılık aynı sonucun devamını temin edemediğine göre doğrusu bundan başka bir şey olamazdı. Hatta ileri medeni milletlerle Osmanlı Toplumu arasındaki en esaslı fark din farkı olduğuna göre, tarihten kopuşun ve geri kalışın sorumlusu herhalde İslamiyet'ten başkası değildi. İşte sözünü ettiğimiz nefret duygusuna neden olan şey, tarihe bakıştaki bu keskin dönüştü. Tarihimize bu şekilde bakış henüz toplumbilim adında bir bilimin oluşmadığı bir zamanda normal sayılabilirdi, ancak bugün için böyle kabulleri isabetli saymak mümkün değildir. Çünkü toplumbilimin günümüzde ulaştığı noktada artık toplumsal olgu ve olayların tek bir nedene bağlı olarak değerlendirilmesi ve anlaşılmasının mümkün olmadığı, bu bilim dalı ile uğraşan herkesin ortak kanaati haline gelmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla İslam dünyasının bu gün içinde bulunduğu çözülmüşlük ve istikrarsızlık halini bizzat İslamiyet'in doğasına bağlamaya imkân bulunmamaktadır.

Ne var ki, toplumsal bilimler bize bunu söylese bile alışkanlık ve yerleşik inançları kısa sürede değiştirmek mümkün değildir, böyle bir şey insan doğasına da aykırıdır. Bununla birlikte, insanların tutumlarını; sadece nefret veya hayranlık gibi duygulara bağlı kalarak oluşturmalarının da sağlıklı, kuvvetli ve tutarlı bir arka planı olan düşünsel bir hayata işaret etmediğinin bilinmesi gerekir.

"Bir hukuksal kuralın haklı bir varlık nedeni yok ise, o hukuk kuralının amacı da meşru değildir." Ancak, bununla birlikte, o kuralın uygulayıcılar tarafından meşru amaçlara uygun olarak kullanılmasına engel bir durum da yoktur. Türk tipi laiklik

işte biraz böyle bir nitelik arz eder. Şimdi bu söylediğimizin ne anlama geldiğini bir iki örnekle açıklamaya çalışalım. Mesela, devletin mali yapısı oldukça güçlüdür, kamu gelirleri kamu harcamalarının bir hayli üzerindedir, devletin gelecek dönemde harcamalarının artmasını gerektirecek herhangi bir mali zorunluluk da yoktur, buna rağmen yeni bir vergi ihdas edilmiştir veya mevcut vergilerin oranı artırılmıştır; herhalde böyle bir durumda devlet gelirlerini artırmadaki amaç, bir savaş veya gizli bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik olabilir, eğer savaşın meşru bir nedeni yok ise haklı olmayan bir savaş için kamu gelirlerini arttırmaya yönelik bu tasarruf da meşru değildir. Bu örnekte ortada haklı bir neden yoktur, bu haklı neden olmadığına göre amaç da haklı bir amaç değildir. Yine mesela; ortada bir savaş hali ve savaş ihtimali yoktur, buna rağmen Meclis'ten silahlı kuvvetlerin yabancı ülkelere –ortak tatbikat ve eğitim amacı dışında- gönderilmesi için karar çıkarılması, gibi bir tasarruf da haklı bir nedene dayanmadığı için amacı da meşru olmayabilir.

Bir önceki paragrafın ilk üç cümlesiyle ifade edilen önermeler çerçevesinde değerlendirmelerimize devam edelim: Tanzimat'tan itibaren devletin ve halkın ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı durumlarda çıkartılması gereken hukuksal düzenlemeler, din çerçeve alınmadan çıkartılabiliyordu. Osmanlı toplumunda kurumsal kültür, laik bir yapıya zaten evrilmiş ve bu yolda devlet iradesi, karşısında halktan gelen bir direniş de görmemiştir. Mesela Tanzimat Fermanı ile gayrimüslim tebaa ve Müslüman halk arasındaki farklılıklar giderildiğinde Müslümanlar buna hiçbir olumsuz tepki vermemişlerdir. Devletin mali siyaseti çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile gayri- müslimler ile Müslümanlar arasındaki farklılık ortadan kaldırılıp yükümlülüklerde eşitliğe doğru gidildiğinde yine Müslüman halk tarafından olumsuz tepkiler gösterilmemiştir. Çünkü bir kere İslamiyet bütün inanç unsurlarıyla çok katı ve esnemez bir inaklar düzeni değildir. Çağın ruhuna göre beliren ihtiyaçların dinin temel değişmezleri olan inanç unsurları ile çatışabileceği zannı hiçbir haklı temeli olmayan hayali bir zandır. İslamiyet çağlar üzeridir ve o özelliği nedeniyle böyle bir çatışma kesinlikle vuku bulmaz.

Ayrıca gerek İslamiyet gerek Hıristiyanlık ve gerekse Budizm, gibi dinler hukuk düzenine yardımcı olan dinlerdir. Hukuk bu gibi dinlerin kutsallarına dokunmadığı sürece otoritesi din sayesinde pekişir. Tabii hukukun kökeni de esasen dinden başka bir değerler bütünü değildir. Hukukun temel ve her toplumda ortak olan kuralları işte bu tabii hukuktan gelir. Adam öldürmek suçtur ve büyük günahtır, onun suç olduğunu ilk tarif eden dinlerden başka değerler düzeni değildir. Keza zina, –her ne kadar şimdi suç olmaktan çıkarılmış ise de- hırsızlık, irtikâp, rüşvet almak ve vermek suçtur ve bu eylemlerin suç olduğunu ilk söyleyen ve tanımlayan değerler düzeni de yine dinden başkası değildir. Hukuk düzeninin kendisini dinden yalıtma konusunda aşırı bir hassasiyet göstermesi aslında kendi hayat damarlarından en önemlisini koparması gibi bir şeydir. Üstüne üstlük eğer hukuk; dinin alanına tecavüzde bulunursa bu bizzat kendini öldürücü bir zehirle zehirlemesi anlamına gelir.

Türkiye'de modernleşme –ki önceki ıstılahi ifadesi batılılaşmadır- II. Mahmut'tan başlayarak yanlış bir eksende cereyan etmiştir. Bu padişah Yeniçeri ordusunun kaldırılması ve birçok faydalı kurumsal yenilikler yapmanın yanında hiçbir faydası olmayan kılık kıyafetle ilgili yenilikler de yapmıştır. Kılık kıyafet konusundaki düzenlemelerin halkın vicdanında olumlu bir yankı bulması imkânsızdı. Öte yandan kılık kıyafet konusunda yapılan düzenlemelerin batı ile aramızdaki maddi –araçbilimsel (teknolojik) farkın kapatılması konusunda herhangi bir işlevi olmadığı ortadadır. O halde halkın tepkisini davet eden bu kabil yeniliklerin sebebi nedir? Çok açık, bu tarz yenilikler ile İslami kültürü görünür kılan simgesel değerlerin toplum hayatından sökülüp atılması amaçlanmıştır. Din sadece öz değildir, öz kendini mizacına uygun bir kalıpta (şekil, biçim) ifade etme imkânına sahip olursa hayatiyetini sağlıklı bir biçimde devam ettirebilir. Bizdeki modernleşme, denilen süreç modernleşme olarak başlamamış batılılaşma olarak başlamış Osmanlı aydını doğru bir biçimde buna batılılaşma demiş o zaman modernleşmenin karşılığı olan asrileşme sözcüğü ile ifade etmemiştir. Tabii batılılaşma yani batılı hale gelme ancak batının taklit edilmesi düzeyinde iş-

levsel olmayan yararsız bir süreç olarak yaşanmıştır.[6]

Taklit; fikri bir arka planı olmayan sığ bir davranış biçimidir. İlkel dinlerden Animizm taklide dayanır. İlkel insan tabiat olaylarından korktuğunda, onun kötülüklerinden emin olmak gayesiyle onu taklit edip ona teslimiyetini göstererek doğal bir süreç içinde bu dini oluşturmuştur. 19.yüzyılın başlarından itibaren İslam dünyasında batıyı taklit etme adeta "modern animizm" diye isimlendirebileceğimiz bir din olarak ortaya çıkmıştır. Tabii taklit esasına dayanan modernleşme daha doğrusu batılılaşmanın İslam'ı hatırlatan simgesel kültürel unsurlara katlanması beklenemezdi. İşte bu bize özgü Animizm kendi varlığı için İslamiyeti tehdit olarak gördüğünden önce onu görünür kılan simgesel unsurlara saldırmıştır. Batıcılar herhalde batı kültür ve medeniyetinin felsefi arka planına hiç nüfuz edememişlerdi. Eğer edebilmiş olsalardı, çözümü batının simgesel kültürel değerlerinin benimsenmesi konusuna indirgemezler, onun kurumsal ve iktisadi değerlerinin mahiyetini kavramada başarı gösterirler ve kurumsal yenilikler yapılması konusunda talepkâr olurlardı. Buradan hareketle batıcıların batı medeniyetinin mahiyetini kavrayış düzeyi ile Animizme inanan animistlerin doğayı kavrama düzeyi arasında esaslı hiçbir fark olmadığı açıkça anlaşılır.

---

[6] Diğer medeniyetler üzerinde üstünlük kuran bir medeniyete karşı, yenilen medeniyetin veya medeniyetlerin temsilcileri iki tür tavır geliştirmişlerdir. Bu ya, galip medeniyetin bütün değerlerini reddetme, ya da galip medeniyetin bütün değerlerini hiçbir eleme veya değerlendirmeye tabi tutmadan kabullenme olarak ortaya çıkan iki farklı ve zıt tavırdır. İngiliz tarih filozofu Arnold Toynbee bu iki tavrın birincisini zealotian ikincisini ise herodian olarak isimlendirmiştir. Istılahlardan ilkinin kendisinden türetildiği zealot miladi birinci yüzyılda yaşamış, Kudüs'ün Romalılarca işgaline direnmiş bir Yahudi cemaatinin adıdır. Herodian ise Roma İmparatoru tarafından atanmış, Roma ile uzlaşan ona mutlak bir itaat içinde olan Yahudi Kralı Herod'un adından türetilmiştir. Esasen bu iki tavrın her ikisi de sağlıksız tavırlardır.

Toynbee, zealotian tavra Arabistan'da ortaya çıkan Vahhabileri, Sudanda ortaya çıkan Mehdi hareketi ve Kuzey Afrika'da ortaya çıkan Senusi hareketini örnek göstermiştir. Herodian tavrın tarihsel örneklerini ise Sultan III. Selim, II. Mahmut ve Mustafa Kemal Atatürk olarak göstermiştir

Cumhuriyet döneminde bu "modern animizm" diye isimlendirdiğimiz Osmanlı'dan miras alınan batılılaşma denilen bu süreç daha ağır bir hale getirilerek devam ettirilmiştir.

Osmanlı her ne kadar dini görünür kılan simgesel değerleri toplumsal hayattan kovacak türden yenilikler (kılık kıyafet vb.) yapmış ise de, bizzat dinin kutsallarına saldırmak gibi maksadı aşan hareketlerden kaçınma konusunda ciddi bir duyarlılık göstermiştir. Buna karşılık Cumhuriyet döneminde; Devlet, toplumla arasındaki bağı kopartma pahasına, dinin kutsallarına saldırı niteliği taşıyan tutum ve davranışları benimsemede hiçbir sakınca görmemiştir. Laiklik işte, dinin kutsallarına saldırının hukuksal aracı olarak düşünülmüş ve Anayasaya sevk edilmiş, içeriği tanımlanmaktan da ısrarla kaçınılmış bir ilkedir. Laikliğe; yukarıda sözünü ettiğimiz bize özgü "modern animizm" in hukuksal zeminini oluşturma işlevi yüklenmiştir. Yani laiklik –biz gerçek anlamına uygun bir şekilde uygulandığında hiçbir itirazda bulunmayız- aslında meşruiyeti tartışmalı; toplumsal kültürü tepeden tırnağa değiştirme amacı güden bir devlet siyasetinin hukuksal dayanağı ile bu siyasetin uygulanışı sırasında toplumdan gelecek tepkilere set çekmeyi mümkün kılacak cezai yaptırımlar üretmenin hukuksal dayanağını oluşturmak amacıyla ihdas edilmiştir. Elbette arkasında böyle bir sebep olmakla birlikte pekâlâ laiklik müspet yönde, hak ve özgürlüklerin güvencesi olacak şekilde anlaşılıp uygulanabilir. Ancak laikliğin bir ilke olarak Anayasada belirtildiği halde tanımlanmamış olması dikkat çekicidir. Ve bizim anlatmaya çalıştığımız "laiklikten maksadın ne olduğu" konusuna ışık tutacak niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun dini inanç sebebiyle başörtüsünün yükseköğretim kurumlarında serbest bırakılmasına ilişkin ek 16. maddesinin iptali istemiyle açılan davada verdiği iptal kararında[7] laikliğin unsur-

[7] Söz konusu Ek 16. madde Merhum Turgut Özal'ın ikinci dönem iktidarı sırasında çıkarılmış, zamanın Cumhurbaşkanı Kenan Evren tarafından Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüş, 07.03.1989 tarihli ve E:1989/1, K:1989/12 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Karar 05.07.1989 tarihli ve 20216 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

ları belirtilmiştir. Kararda aynen şu ifadelere yer verilmiştir., "…

a) Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,

b) Dinin, bireyin manevî yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayrım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması,

c) Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması,

ç) Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim, yetkisi tanınması, lâiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır."

Özellikle "b" işaretli bent'te yer alan ifadeler laikliğin bahşettiği din ve vicdan özgürlüğünün kapsamı bakımından gözümüzü açacak niteliktedir. Laiklik konusunda duyarlı olan çevrelerle resmi çevrelerin laiklik anlayışına göre vatandaşlar dinin inanç bölümünde herhangi bir sınırlamaya tâbi bulunmaksızın sınırsız bir özgürlüğe sahipmişler. Gördünüz mü? İstediğimize, istediğimiz biçimde inanmak konusunda sonsuz bir özgürlüğe sahibiz. Resmi çevreler, en başta Anayasa Mahkemesi maalesef dindar insanları herhalde çok saf, anlama ve kavrama kabiliyetinden yoksun zavallı, acınası kimseler olarak görüyor olmalı ki "inanma özgürlüğü" diye bir özgürlükten bahsediyor ve bu özgürlüğün sınırsız olup laikliğin güvencesi altında olduğunu söylüyor. Kusura bakmasınlar, inanan insanların ne inanma özgürlüğüne ne de laikliğin bu özgürlüğün teminatı olmasına ihtiyacı vardır. Çünkü vicdanımızı, inanç dünyamızı dünyadaki hiçbir güç, hiçbir otorite zaten denetleyemez, denetleyemediği bir alanla ilgili bize özgürlük bahşetmesi olsa olsa bizimle dalga geçmekten başka bir şey olamaz.[8] Eğer devlet, insanların ne-

[8] Bölüm başlığında yer alan "Laiklik veya nefes almak serbest, taşları yemek yasak" sözünü orada söylemeyi bize Anayasa Mahkemesi kararının eleştiri konusu yapılan bu bölümü ilham etti. İnsanların nefes alması engellenebilirse inanmalarına da engel olunabilir. Bir insanı öldürmeden nefes almasını engellemek nasıl ki mümkün değilse, yine o insanı öldürmeden inanmasını engellemek mümkün değildir. Anayasa

fes almasını yasaklayabilirse, buna gücü yeterse inanma özgürlüğüne de sınır getirebilir. Vatandaşlara sınırsız bir inanma özgürlüğüne sahipsiniz demekle "nefes almakta sınırsız bir özgürlüğe sahipsiniz," demek arasında mahiyet itibariyle hiçbir fark yoktur. Laiklik inanan insanların ibadetine müdahale etmediği takdirde doğru bir biçimde uygulanmış olur ve ancak o zaman dindar insanın vicdanında hiçbir itirazla karşılaşmaksızın gönül huzuru ve hoşnutluk içinde bir karşılık bulur.

Bireysel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında en esaslı bir hukuksal sebep olarak gösterilen laikliğin Anayasada tanımlanmamış olması kesinlikle iyi niyetli bir gayeye işaret etmez. Çünkü Anayasada teminat altına alınan bütün hak ve özgürlükler haklı sebeplerin varlığı halinde ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu hak ve özgürlükler idari maslahatlar gözetilerek idari merciler tarafından kısıtlanamaz. Oysa pekâlâ idari merciler söz konusu hak ve özgürlüklerin özüne dokunmadan idari ihtiyaçlar gerektirdiği için "kısıtlayabilirdi." Ancak Anayasa koyucu hak ve hürriyetlerin kısıtlanması konusunu; idari makam veya mercilerin inisiyatifine bırakmamıştır, böyle yapmakla da doğrusunu yapmıştır. Ne var ki, görünürde bireysel özgürlüklerin sınırlanması –burada din ve vicdan özgürlüğü- konusunda; idari mercilere maalesef sınırlama yetkisi tanınmış olmaktadır. Böyle bir yetkiyi Anayasanın lafzından çıkarmak mümkün olmadığından Anayasa Mahkemesi tarafından üretilen yargısal içtihatla yetkinin icat edilmesi yoluna gidilmiştir.

Laiklik, resmi ideoloji taraftarlarına göre, din ve vicdan özgürlüğünün temel güvence kaynağıdır. Din ve devlet işlerinin bir birinden ayrılması, birinin diğerine karışmamasıdır.

Bu anlamda laiklik tanımına ve bu tanıma uygun laiklik uygulamalarına dindar insanlar itiraz etmezler. Ancak Türkiye'deki laiklik uygulamaları bu tanıma uygun olmamış, batıcı kültürel dönüştürme politikalarının aracı olarak bir değer kazanmış ve bu değere uygun bir işleve sahip olmuştur. Şimdi bel-

Mahkemesi Devletin zaten denetleyemeyeceği bir alanı dini özgürlük alanı olarak göstermiştir, ne garip.

li başlı tarihsel olaylar bağlamında laikliğin nasıl somutlaştığını görelim.

Bilindiği üzere 1932 yılında Ezan Türkçe okunmaya başlandı, bu uygulama 1950 yılında Demokrat Parti'nin iktidarına kadar devam etti. Ezanın Türkçe okunması acaba hangi makul ihtiyaçtan doğmuştur? Bu soruya uygulamanın haklılığını gösterecek bir cevap vermek kesinlikle mümkün değildir. Herhalde hiç kimse, Ezanın manasının bilinemediği, bu nedenle içeriğindeki çağrıya mü'minlerin icabet edememesinin yarattığı bir ihtiyaca dayalı olarak Türkçe okunmasına karar verildiği gibi bir cevap veremez verse de bu cevap muhataplarında kabul görmez. Ezan, İslamiyet'in evrensel bir değeridir. Ezanın anlamını, milliyeti Arap olmayan farklı milliyetteki bütün Müslümanlar bilirler, bu nedenle O'nun dilini millileştirmek gibi makul ve kabul edilebilir bir ihtiyaç yoktur. Bu aslında; dini yozlaştırma (deformasyon) gayesine yönelik bir tasarruf olarak tasarlanmış ve uygulamaya konulmuştur. Bir değeri yok edemeyenler, onu yozlaştırarak özünden koparırlar, böylece onun toplum nazarındaki değerinin aşınmasını sağlarlar. Bu başarılabilirse, onun yerine konacak yeni kültürel unsurlara yer açılmış olur. İşte sözü edilen yenilikçi tasarrufun arkasında bu niyetten başka bir niyet bulunmamaktadır.

Cumhuriyetin ilk yıllarında dinin alanına müdahale, sadece Ezan'ın dilinin Türkçeleştirilmesinden ibaret değildir. Namazın Türkçe kılınması ve kıldırılması gibi tuhaf davranışlar teşvik edilmiş, dinin alanına yapılan bu haksız ve baskıcı müdahaleler dindar insanların vicdanında derin kanamalara neden olmuştur. Günümüzde de ibadet dilinin Türkçeleştirilmesi gibi bir gereklilikten söz eden kimi yazarçizer takımına rastlanılmaktadır. Özellikle 28 Şubat Sürecinde bu kimselerin sesi çok fazla çıkmıştır.

İbadet dilinin Türkçeleştirilmesini savunan laiklik konusunda hassasiyetleri ile bilinen bu kastedilen yazarçizer takımının ve onları izleyen kimselerin esasen namaz veya diğer ibadetlerle aralarında bu ibadetleri yapan inanmış kimse ilişkisi bulun-

mamaktadır. Onlar ne namaz kılmakta, ne de oruç tutmaktadırlar. Buna rağmen ibadet dilinin millileştirilmesi gibi bir gereklilikten söz etmektedirler, bu son derece şaşırtıcı bir davranıştır. Bu gereklilik ifadesinin ardında da esasında dinin özünü bozma, onu yozlaştırma amacından başka bir hedef yoktur. Bu talep veya gereklilik ifadesi çok saçmadır. Zira isteyen kimse namazını Türkçe kılabilir. Kimse, kimsenin namazını nasıl kıldığına karışamaz, çünkü namaz ve diğer ibadetler bireysel fiillerdendir. Bu tür fiiller bir başka bireye yönelmediğinden kimseyi ilgilendirmezler. Bu tarz fiillerimizin arkasındaki iradeyi de kimse sorgulayamaz. Mesela evimizde yemek yememiz bireysel bir eylemdir, hukuksal bir yönü yoktur, o halde yemek yeme eylemimiz ne Devletin ne de toplumsal çevremizin denetleyeceği bir eylemdir.[9]

Bir eylem topluma açık bir alanda icra edildiğinde de bireysel eylem olma niteliğini kaybetmez. Yemeğimizi bir lokanta, yemekhane gibi yerlerde yediğimizde Devlet ve orada bulunan kimseler bize karışamazlar. Çünkü bu eylemin hukuksal düzenlemelerde bir karşılığı yoktur. Ancak eylem topluma açık bir yerde gerçekleştirildiğinde o eylemin yapılışı ile ilgili eğer görgü kuralları varsa ona uymak gerekliliği olabilir. Bu gereklilik hukuksal yaptırımların etkisiyle biçimlenen gereklilikler gibi değildir. Diğer bireylerin ayıplamasından çekinmeyen kimseler görgü kurallarına uymayabilirler.

Bir bireysel eylem icra edildiği mekânın uygun olmaması nedeniyle hem ayıplama hem de yasaklama yaptırımı ile karşılaşabilir. Mesela bir davanın tarafı olarak mahkemedeki duruşmaya katılan kimse duruşma salonunda bir şeyler yiyemez.

Namaz her nasıl kılınırsa kılınsın bireysel bir fiildir. Namaz kılmanın hukuksal düzeni bozucu bir yönü ve etkisi yoktur.

Kılık kıyafetin dini bir boyutu olduğu kuşkusuzdur. Kadın-

[9] Bireysel hareket veya fiillerin hukuki niteliği ile ilgili olarak Merhum Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in, Din ve Laiklik isimli eserinin İkinci Kısım, "Din Hürriyeti ve Buna Bağlı Hakların Hududu" başlıklı III. Bölümün "Fiil ve hareketlerimizin tasnifi" yan başlıklı alt bölüme bknz.

ların başlarını örtmeleri İslamiyet'in nasları (kitap=Kur'an-ı Kerim) ile sabit dini bir zorunluluktur. Müslümanlar böyle inanırlar ve bin dörtyüz yılı aşkın İslam tarihi boyunca kadınların başlarını örtmeleri konusunda bir tartışma yaşanmamıştır. Bir kimsenin kıyafet konusundaki tercihleri de bireysel eylemler cümlesindedir. Dolayısıyla kadın veya erkek bir kimsenin giyim tarzı kimseyi ilgilendirmemesi gereken bir meseledir. Ancak Türkiye'de laiklik gerekçe gösterilerek kadınların başörtüleri toplumsal bir sorun haline getirilmiş bulunulmaktadır. Kılık kıyafetin bireysel bir tercih ve eylem olduğu hususu tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık bir konu olduğu halde dindar kadınların başörtüsü niçin yıllardan beri çözümlenemeyen bir sorun haline gelmiştir? Bunun cevabı da oldukça basittir. Başörtüsü İslam'ın en görünür olan dini-kültürel bir kıyafet unsurudur. İslami görünürlükten rahatsızlık duyanlar başörtüsü yasağını başlattıkları gibi onun devam etmesine de destek vermektedirler/vermişlerdir. Başörtüsü laikliğe neden aykırı olsun, laiklik konusunda duyarlılıkları bilinen kesimleri ikna etmek mümkün değil, çünkü onlar bu meselede yasaktan üzüntü duyan insanların üzüntülerine tam bir vicdan katılığı içinde duyarsız kalmakta itidal ve makuliyet ölçüleri içinde bu meselenin çözümüne yaklaşmamaktadırlar/yaklaşmamaktaydılar.[10] Oysa dini bir boyutu olmayan kıyafetlerde tam bir serbestlik söz konusudur. Diğer kıyafetlere tanınan özgürlüğün başörtüsüne tanınmaması hukukun ölçülerine uygun bulunacak bir durum değildir. Böyle bir çifte standart ancak dindarlığa duyulan nefret duyguları ile izah edilebilir.

Kılık kıyafet tercihinin bireysel bir eylem olduğunu ifade ettik. Burada tam şunu sorabilirler: Öğrenciler ve memurlar için kılık kıyafet konusunda hiç mi düzenleme yapılamaz, bu düzenlemelerle hiç mi sınırlama öngörülemez? Elbette ki düzen-

[10] Bu deneme eseri yazmaya başladığımız 2009 yılında henüz bu sorun devam etmekte idi. Şimdi (2014 Şubat) bu sorun çok şükür çözülmüş durumdadır, o nedenle "yaklaşmamaktaydılar" ifadesini ekleyerek bir çeşit güncelleme yapılarak sorunun geçmişte kaldığına işaret edilmek istenmiştir.

leme yapılabilir, bu düzenlemede bazı sınırlamalar getirilebilir. Bir kere bu yapılırken toplumda değişik kesimlerin benimsedikleri bütün kıyafet biçimleri meşru kabul edilmek zorundadır. Mevcut kıyafet biçimlerinin hepsinin meşruiyeti kabul edildikten sonra estetik, tanınmaya engel olma vb. sebeplerle bazı kıyafetlerle ilgili olarak öğrencilere ve memurlara kısıtlama getirilebilir veya kıyafetin belirli bir biçimine izin verilebilir. Bunun dışındaki en esaslı sınırlama unsuru genel ahlak ve adaba aykırılık olabilir. Resmi dairelerde çalışan veya öğrenci olan kimselere genel ahlak ve adaba aykırı olmayan hiçbir kıyafet yasaklanmamalıdır. Çünkü devlet halka hizmet etmek için var olan bir kurumdur, efendi olmak için değil.

Üstelik bir kıyafet biçimini yönetmelik gibi hukuksal bir düzenleme ile yasaklamak iki sebepten dolayı hukuken imkânsızdır. Birincisi bir kere, kıyafet kişilik hakkı ve din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili bir tercihtir, hak ve özgürlükler Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabilir. İkincisi, kılık kıyafet konusunun yönetmelikle düzenlenebileceğini bir an için kabul etsek bile, bu defa da kılık kıyafet konusunda düzenleme getiren bir çerçeve kanunun bulunması gerekir. Çünkü yönetmelikler kanun veya kanun hükmünde kararnamelerin verdiği yetkiler doğrultusunda, onların uygulanmasını göstermek üzere ilgili idari birim veya kurumlar tarafından çıkartılırlar. Oysa erkek ya da kadın; bireylerin ne gibi kıyafetler giyebilecekleri veya giymeyecekleri konusunda herhangi bir kanun bulunmamaktadır.[11]

Laiklik Cumhuriyet tarihinde ifade hürriyetini de haksız bir biçimde kısıtlamanın dayanağını oluşturmuştur. Cumhuriyet

[11] Mevzuatımızda 03.12.1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceği Hakkında Kanun (13.12.1934 tarihli ve 2879 sayılı Resmi Gazete) kılık kıyafetle ilgili bir kanun ise de, bu Kanun din adamlarının dini kıyafetlerini çarşı pazarda giyemeyecekleri, sporcuların, izcilerin, kanunda adı geçen bir kısım resmi görevlilerle yabancı uyruklu görevlilerin özel kıyafetlerini ne suretle giyebileceklerine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Kanunda kadın kıyafeti ile ilgili hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Yani bu Kanun başörtüsü yasağına hukuksal dayanak oluşturamaz.

dönemi devlet uygulamalarını ve devrimleri eleştiren aydınlar ve din adamları laiklik gerekçe gösterilerek en ağır biçimlerde cezalandırılmışlardır. İskilipli Atıf Hoca sırf "Frenk Mukallitliği ve Şapka" başlıklı bir makale veya risale yazdığı için idam edilmiştir. Devrimin kendi hukukunu getirmesi birçoklarınca meşru kabul edilmektedir, bu önlenemez bir olgudur, biz de bunu verili bir durum olarak kabul ediyoruz, ancak şunu söylemek gerekiyor: Bir inkılâbı, hem de henüz o inkılâbın yapılmasından bir hayli zaman önce eleştiren bir yazı kaleme almak devrim hukuku bakımından cezayı gerektirse bile herhalde bu ceza idam olmamalıdır.[12] İnsanların yaşam hakkı bu kadar ölçüsüzce harcanamaz. Eğer bu haklı bir yargısal tasarruf olarak kabul ediliyorsa o zaman şunu söylemeliyiz: hukukun olmadığı yerde yargılama olmaz, o yargılamayı yapanlar da hukukçu olamazlar. İstiklal Mahkemesi, başlangıçta asker kaçaklarını yargılama amacıyla tesis edilmişken Cumhuriyetin kuruluşundan sonra muhalifleri yargılama görevi ile görevlendirilmiştir. Bu Mahkeme olağanüstü ve bağımsızlığı olmayan bir yargı kuruluşudur. Daha o tarihlerde hukukun ulaştığı evrensel ilkeler karşısında İstiklal Mahkemesi'nin hukuken meşruiyeti bulunmamaktadır.

Eski Ceza Kanununun 163. maddesi de, dindar aydın ve yazarları susturmanın hukuksal bir aracı olarak kullanılmıştır. Esasen Cumhuriyet tarihi boyunca yalnızca dindar insanlar takibata maruz kalmamıştır. Komünizm ve Turancılık propagandası yaptıkları için uzun süreli hapis cezalarına çarptırılan çok sayıda aydınımız bulunmaktadır. İşte bütün bu acıtıcı, can yakıcı yargısal tasarruflar sözü edilen "modern animizm" dininin kendi hukukunu yerleştirmeye yönelik uygulamalarıdır.

Bir de İslam'a yönelen tezvirat ve tahkirat da hep laiklik adı-

[12] İskilipli Atıf Hoca "Frenk Mukallitliği ve Şapka" isimli eserini Hicri 1340, Miladi 1924 yılında yayımlamıştır. 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun ise 28.11.1925 tarihli ve 230 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu bir ceza kanunu olsa idi, suç niteliğindeki eylem kanundan önce işlenmiş olduğu için bu kanun o eyleme uygulanamazdı, üstelik bu kanun bir ceza normu bile değildir.

na ve hesabına yapılmıştır. Modern animizm dinine inananlar İslam'a bizzat onun ismiyle saldıramadıkları, eğer öyle saldırsalar kendi saflarında dahi çözülmeye neden olacaklarını bildikleri için İslamiyet'e "irtica" yani geriye gitme, gericilik adını takmak suretiyle saldırmışlardır. Bu isimle hem saldırılarını meşrulaştırmışlar hem de gerçek maksatlarının İslam'ı ve dindar insanları ezmek olduğunu gizlemeyi büyük ölçüde başarmışlardır. Kimse irticaın ne olduğunu, ne anlama geldiğini bu tezvirat ve tahkiratı yapanlara soramamış, hep çekingen bir savunma konumunda kalmışlardır.

İrtica terimini benimseyip kullananlar kendi maksatlarını gizlemek için kamuoyu önünde yaptıkları beyanlarda mütedeyyin insanları kastetmediklerini, onlarla bir meselelerinin olmadığını zaman zaman söylemekte iseler de bu "rüşvet-i kelam" kabilinden, beri tarafın öfkesini dindirmeye yönelik içi boş bir ifade tarzından başka bir şey değildir.

Laiklik hassasiyeti ileri derecede olanlara göre ne gibi durumların irtica ile bağlantılı olduğunu hatırlamaya çalışalım. Mesela imam hatip liselerinin sayılarının artması irticaı güçlendiren olumsuz bir gelişmedir. Keza yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören başörtülü öğrencilerin sayılarında gözle görülür bir artış olması yine irticaın güç ve kuvvet kazandığını gösteren önemli olaylardan biridir. Kamu ve özel kesimde çalışan bir kısım beyaz yakalıların artan bir biçimde dine yönelmeleri, namaz kılmaları, oruç tutmaları da irticaın yükselişte olduğunun esaslı kanıtlarından biridir.

Ordu'dan Yüksek Askeri Şura kararları ile özellikle 28 Şubat Süreci'nde çok sayıda subay "irticai faaliyette bulundukları" gerekçesi ile çıkartılmıştır. İrtica adında bir suç var mıdır? Eğer böyle bir suç olsa idi "Ordu Devlet içinde ayrı bir Devlet" kendi karar organlarından başka hem adli (ceza) hem idari yargısı var, Askeri Yargı böyle bir suç işleyen subayları büyük bir dikkatle –tabi ceza verme amacına binaen- yargılamaz mı idi? Böyle genel, soyut ve tanımsız suçlamalar ile birçok subay mesleklerinden mahrum edilerek büyük maddi sıkıntıların pençe-

sine düşürülmüşlerdir. Bu subayların içinde bulundukları irticai faaliyetler namaz kılmak, eşinin başı örtülü olmaktan başka bir şey olmadığını bütün kamuoyu bilmektedir. Yine anılan Süreç'te Batı Çalışma Grubu adında emir komuta zinciri içinde Ordu içinde oluşturulmuş bir yasa dışı örgüt vatandaşları irticaa destek verip vermediklerine göre fişlemiştir.

İrticaı tanımlamayanlar aslında nelerin irticai gelişmeler olduğunu söylediklerinde rahatsızlık duydukları değerin İslam'ın bizzat kendisi olduğunu söylemiş oluyorlar. Böylece İslam'a irtica diye tahkirat ve tezviratta bulunuyorlar. Ancak asıl irtica bireysel hayatını her türlü değerler düzeninin denetimi dışında düzenlemektir. Din insanlar içindir, din bireysel toplumsal hayatı düzenlerken bireye yükümlülükler yükler. Böyle yükümlülükler ancak insan denen akıl sahibi bir canlının üstlenebileceği yükümlülüklerdir. Hayvanlar böyle sorumluluklar üstlenemezler. Onlar ancak, biyolojik ihtiyaçlarının ve zevklerinin tatminine yönelik olarak yaşarlar. Dindar olmak, perhiz sahibi olmaktır, insanlar her türlü arzularını sınırlamak ve toplumsal kurallara uygun bir biçimde yaşamak zorundadırlar. Mesela, evlilik müessesesi insan içindir, neslin devamı bu müessese sayesinde ve onun kurallarına uygun şekilde sağlanır. Hayvanlar cinsel hayatlarını evlilik müessesesi çerçevesinde düzenlemezler. Cinsel hayatını hayvanlar gibi yaşamak, herhalde bir ilkelliktir. İlkel olan bir yaşam unsuru ise tartışmasız irticai bir tercihtir. Dindar olmak kolay bir iş değildir, insanın kendini herhangi bir kayıtla bağlı tutmaması yaşayış açısından daha kolaydır. İnsanlarla hayvanlar arasındaki fark insanın zekâ sahibi oluşu değildir. Çünkü hayvanlar da zekidir, her canlıya kendi ihtiyacı kadar zekâ verilmiştir. Toplumsal düzen fikri sadece insanoğluna aittir, işte insanı ayrıcalıklı kılan budur. İlk düzen fikri dinin ilham etmesiyle doğmuştur. Dinin ahlaklı oluşu emretmesiyle toplumsal hayatı düzenlemesi, bireysel hayatta da kanaatkâr olmayı ve perhizi emretmesiyle bireysel hayatı düzenlemesi bizatihi yüksek bir insanlık durumuna işaret eder. Dini reddeden insan biyolojik arzularını ve benini tatminde hiçbir perhizle bağlı değildir. Bu sebeple hayatında dini yadsıyan insanın zih-

nindeki düzen kavramı doğal yaşama düzenine daha yakındır. Dolayısıyla irticai olan dinle ilgili olan değil, doğal yaşama durumuna yakın olan yaşama düzenidir.

Tekrar laiklik konusuna geri dönelim: Anayasanın Birinci Kısmının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığı altında düzenlenen İkinci Bölümünde yer alan "Din ve vicdan özgürlüğü" başlıklı maddesinin birinci fıkrasında; herkesin dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu söylenmiştir. Bu dolgu maddesi niteliğinde bir hükümdür. Yukarıda Anayasa Mahkemesinin laikliğe verdiği anlam bağlamında yaptığımız değerlendirmeler Anayasanın bu hükmü bakımından da geçerlidir. Yani din seçme konusunda veya inanç sahibi olma konusunda Anayasanın bize özgürlük hediye etmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Önemli olan dinin öngördüğü şekilde ibadet yapmanın önünde yasal engellerin bulunmamasıdır. Bu çerçevede, mesela eğer Müslüman kadınlar başlarını örtmenin dini bir gereklilik olduğunu düşünüyor ve inanıyorsa laik devlete düşen görev –eğer laiklik gerçekten dini özgürlüklerin bir güvencesi ise- başörtülü vatandaşına başörtüsü nedeniyle bir kısıtlama getirmemesidir.

Anayasanın anılan maddesinin üçüncü fıkrasında da; kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanıp suçlanamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle Anayasa koyucu –açıkça belirtmemiş olsa datehlike olarak gördüğü inançlı vatandaşlarından laikliği bir hayat tarzı olarak benimsemiş olan vatandaşlarını korumayı amaçlamış görünmektedir. Anayasanın 24. maddesindeki bu hüküm "taşları yemek yasak" demek kadar gereksiz ve anlamsızdır.[13] Çünkü kimse taşları yemek gibi insan doğasına aykırı bir şeyi zaten yapmaz. Yapılma ihtimali olmayan bir şeyi yasaklama saçma bir harekettir. Kim kimi ibadet yapmaya zorlayabilir, kim kimi pazara markete gitmeye zorlayabilir. Devlet, birilerinin bizi pikniğe, tatile gitmeye zorlaması ihtimaline karşı korumaya ihtiyaç hissetmiyorsa ibadete katılmaya zorlaması ihtimaline karşı da

[13] Bknz. Yukarıda "4" nolu dipnot. Bu sözün yazar İsmet Özel'e ait olduğu belirtilmişti.

koruma ihtiyacı hissetmemesi gerekir. Ancak buradaki maksat iyi niyetli olmadığı için böyle bir hükmün Anayasaya sevk edilmesi gerekli görülmüş olabilir.

Üzerinde durulan 24. maddenin son fıkrasında ise; Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne şekilde olursa olsun dini veya dini duyguların yahut da dinin kutsallarının istismar edilemeyeceği ve kötüye kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Herhalde bu hükmün varlığından maksadın aslında din ve vicdan özgürlüğüne haksız el atmaların eleştirilmesinin önüne geçmek olduğu rahatlıkla anlaşılabilir. Dine müdahale eleştiri konusu edilirse, bir kısım siyasetçiler; yapılan ilgili tasarrufların haksız olduğunu yüksek sesle dile getirirse bu hareket siyasal yarar sağlamak üzere dince kutsal sayılan şeyleri istismar etmek olarak görülebilecek ve cezai, hukuki yaptırıma konu edilebilecektir. İşte üzerinde ileride durulacak olan parti kapatma davalarında verilen kararlar ve Türk Ceza Kanununun geçmişteki 163. maddesinin varlığı için Anayasal dayanak bu hükümdür. İstismar denilen eylemin acaba nesnel ölçüleri var mıdır? İnsanların yüreklerini yarıp samimi olup olmadıklarını tespit etmek mümkün mü ki? Dinle ilgili toplumsal sorunların siyaset kurumu tarafından ele alınması durumunda demek ki bu eylem dinin istismarı sayılabilecek. Çünkü istismar –ileride eleştiri konusu yapılan ilgili Anayasa Mahkemesi kararı bağlamında daha geniş bir biçimde üzerinde durulacak- denilen eylemde samimiyet ya da samimiyetsizliği tespit etmek hukukun işi olamaz. Hukuk insanların duyguları ile değil eylemleri ile uğraşmak durumundadır.

Laiklik ilkesi Anayasa'da tanımlanmamıştır, buna yukarıda işaret edilmişti. Laiklik, bu kadar çok tartışma yarattığı halde tanımlanmaması ilginçtir, bu bilinçli bir tercihtir. Laikliğin tanımlanmamış olması; dini toplum hayatından kovma hedefinin gerçekleşmesi için maslahata uygun bir durumdur. Oysa hukukun bildiğimiz hemen hemen bütün temel ilkeleri; yazılı hukuk kurallarında ifade edilmiştir. Meselenin daha iyi anlaşılması için bu ilkelerin bazılarını ve ifade edildiği yazılı hukuk kural-

larını hatırlayalım.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, bu hangi hukuk disiplini olursa olsun hepsi bakımından geçerli olan bir ilkedir. Bütün devlet organları işlem ve eylemlerinde, hukuku kişiselleştirmekten kaçınmak zorundadırlar. A için C, durumunda, F niteliğinde karar verilirken B için C durumunda yine F niteliğinde karar verilmesi gerektiği halde G niteliğinde karar verilmesi kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı davranıldığını gösterir. Bu ilke aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı, onun en esaslı tamamlayıcı öğesidir.

Kanuni hâkim güvencesi veya ilkesi; vatandaşların yargılanması için olağanüstü yargı mercileri kurulmaması, mevcut hukuk düzeninin gösterdiği yargı mercilerinde yargılamanın yapılması durumudur. Anayasanın 37. maddesinde tanımlanmıştır.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi ceza hukukunun en temel ilkelerinden biridir. Bu ilkeye göre, bir eylemin suç olması için onun ceza yasasında suç olarak tanımlanmış olması gerekir ve o eylem nedeniyle eylemciye ceza verilebilmesi için, cezanın türü ve miktarının yine yasada gösterilmesi gerekir.

Masumiyet karinesi veya ilkesi; yine ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Bu ilke, bir kimsenin suçlu sayılabilmesi için yetkili ve görevli yargı merciinin hakkında suçluluğu yolunda karar vermesinin ve bu kararın kesinleşmesinin gerekli oluşu durumunu ifade eder.

Delillerin kanuniliği ilkesi de ceza usul hukukunun temel ilkelerinden biridir. Bu ilke; bir delilin mahkûmiyete esas alınabilmesi için hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekliliğine işaret etmektedir.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi; bir kimsenin suç niteliğinde eyleminden ötürü yakınlarının, diğer aile bireylerinin hukuken sorumlu tutulmaması demektir.

İdari kararla hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyeceği ilkesi, hürriyeti bağlayıcı cezaların ancak yargı mercilerince verilebil-

mesini ifade eder. Bu ilke aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin en ileri düzeyde somutlaştığı bir ilkedir. Eğer, idari kararlar ile hürriyeti bağlayıcı cezaların verilebilmesine hukuk düzeni imkân tanımış olsa idi artık hukuk devleti ilkesinin varlığından söz etme imkânı kalmamış olacaktı.

Bu saydığımız ilkeler Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlığı altında yer alan 38. maddesinde yerini bulmuştur.

Hukuk devleti ilkesi, devletin kendisini hukuk kurallarıyla bağlı sayması esasına dayanır. Bu ilke Anayasa'da tanımlanmamıştır, ancak, bu ilke öyle bir ilkedir ki tanımlanmasına zaten ihtiyaç yoktur. Çünkü bu ilke, devletin yetki ve görevlerini sınırlayan bütün kanunlarda varlığı somutlaşan bir ilkedir. Devlet yetkilerini sınırsız bir kapsamda tanımlamadığı sürece hukuk devleti olmanın gereklerine uygun davranıyor demektir. Yani bu ilke Anayasada tanımlanmamış ancak, devlete yetki ve görev veren ve bu yetki ve görevin sınırlarının nerede başlayıp nerede sona erdiğini söyleyen bütün kanunlarda, aslında hukuk devletinin varlığı tecessüm etmiş olmaktadır.

Yine devletin örgütsel yapısının vatandaşların taleplerinin dikey veya yatay doğrultuda olmak üzere yetkili birimlere iletmesine imkân veren işlevsel nitelikte olması da "hukuk devleti ilkesinin somutlaşması"dır.

"Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" Anayasada tanımlanmış bir ilke değildir, ancak uygulanışı; bütün kanunlarda görülen bir ilkedir, bu yüzden yazılı hukuk kurallarında anlam ve ifadesini bulmaktadır. Her kanunun son maddesi "yürürlük" başlığını taşır ve genellikle ya kanunun yayımı tarihinde yürürlüğü girdiğini söyler, ya da daha ileriki bir tarihte yürürlüğe gireceğini söyler.[14] Dolayısıyla bu ilke de yazılı hukuk kuralları-na sürekli yansımış, yani yazılı bir şekilde varlığı her zaman gö-

[14] Ayrıca eğer kanunlarda yürürlük tarihi gösterilmemişse hangi tarihte yürürlüğe gireceği ve yayımına dair usul ve esaslar 23.05.1928 tarihli ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanunda düzenlenmiştir.

rülen bir ilkedir.

İdare hukukunun idari işlemlerin kaldırılması ile ilgili bir ilkesi vardır. Buna "usulde paralellik ilkesi" denilmektedir. Bu ilke; bir idari işlem hangi idari merci tarafından nasıl bir usul izlenerek tesis edilmiş ise, ancak o merci tarafından yine aynı usul izlenerek kaldırılabileceğini öngörür. Bu ilke herhangi bir kanunda tanımlanmış bir ilke değildir, ancak yazılı hukuk kurallarında anlam ve ifadesini her zaman bulan bir ilkedir. Bir idari işlemin hangi usule göre tesis edileceği kuralı içinde, o idari işlemin ne suretle kaldırılacağı usulü de mündemiçtir, zorunlu olarak vardır. Cumhurbaşkanının iradesi ile icrai nitelik kazanan bir işlem ancak onun iradesi ile hukuk âleminden kaldırılabilir. Onun yerine bir vali ya da başbakan o işlemi kaldıramaz. Aksi olsa idi, Cumhurbaşkanının tesis ettiği işlemi beğenmeyen idari merciler bir takım hukuksal sebeplerin varlığına dayalı olarak pekâlâ onun işlemini hukuk âleminden kaldırabilirlerdi.

Vergi hukukunun en temel ilkesi; vergilerin kanuniliği ilkesidir. Bir vergi, harç veya benzeri mali yüküm ancak kanunla konulabilir. Kanunsuz suç ve ceza olmayacağı gibi kanunsuz vergi de olmaz. Eğer olsa idi; bu takdirde, siyasal iktidarlar mali politikaları doğrultusunda hükümet kararnameleri ile değişik adlar altında yeni yeni vergiler icat ederlerdi. Yine vergi hukukunun diğer bir temel ilkesi de; "verginin mali güçle orantılılığı" ilkesidir. Bu özellikle yasa koyucunun vergi yasalarını yaparken bağlı bulunduğu bir ilke olup uygulayıcı yasa koyucunun bizzat kendisidir. Vergi hukuku alanındaki bu ilkeler, Anayasanın "Vergi ödevi" başlığını taşıyan 73. maddesinde açıkça ifade edilmişlerdir.

Görülüyor ki hukukun genel ilkeleri olarak bildiğimiz ilkeler ya Anayasada tanımlanmıştır, ya da Anayasanın altındaki kanunlarda tanımlanmışlardır. Bazı ilkeler bizzat "hukuk devleti ilkesi" gibi Anayasada veya başka yasalarda tanımlanmamakla beraber, gerek devletin görev ve yetkilerinin, gerek vatandaşların hak ve özgürlüklerinin Anayasada ve diğer kanunlarda sınır ve kapsamlarının gösterilmesi suretiyle yazılı hukuk kuralla-

rında anlam ve ifadesini bulmuş olmaktadırlar. Hukukun sözü edilen bir kısım ilkeleri konusunda gerek Anayasa koyucu gerek yasa koyucu bu ilkeleri tanımlama veya yazılı hukuk kuralları yoluyla belirtme ihtiyacı duyup nasıl anlaşılması gerektiklerini uygulayıcıların anlayış ve kavrayışlarına bırakmadığı halde laiklik ilkesini bırakmış olması meşru ve ahlaki bir davranış biçimi olarak kabul edilemez. Hukukun temel ilkeleri yazılı hukuk kurallarıyla tanımlanırken veya yazılı hukuk kurallarında anlam ve ifadesini bulurken laiklik ilkesinin anlam ve içeriğine ilişkin Anayasada ve yasalarda hiçbir tanımlamaya hatta ipucuna yer verilmemiş olması; onun dindarların şahsında dini sindirmenin bir aracı olarak kullanılması ile ilgili olduğu dışında başka bir yorumla anlamlandırılamaz.

IV. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YASAMA ALANINA SÜREKLİ BİR BİÇİMDE HAKSIZ EL ATMASININ TARİHÇESİ

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile yargı düzenimizde yer almaya başlamış olan ve görevleri anılan Anayasa'da; kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iç tüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek, Anayasa değişikliklerini ise Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğu yönünden denetlemek ve üst düzey devlet görevlilerini de Yüce Divan sıfatıyla yargılamak olarak belirtilmiştir. (147. madde)

1961 Anayasası 09.07.1961 tarihinde kabul edilmiş (Kanun no: 334), 20.07.1961 tarihli ve 10859 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bir anayasanın ömrü açısından düşünülürse henüz "mürekkebi kurumadan" veya "buharı ya da dumanı üzerinde" iken Anayasa Mahkemesi, Türkiye İşçi Partisinin açtığı, Meclis Başkanlık Divanının oluşmasına ilişkin TBMM kararının iptali istemine ilişkin davada kendini görevli saymıştır. Anayasa Mahkemesi o davada kendi görev alanını Yasama organı aleyhine nasıl genişleteceğini ancak çok deneyimli, meslekte pişmiş "hukukçulara yakışır bir maharetle" keşfetmiştir. Gerçekten çok ilginç bir maharet ve zekâ kıvraklığı ile Anayasada aslında görevleri arasında sayılmayan Meclis kararlarını Anayasaya uygunluk açısından nasıl denetleyeceğinin biçem (formül)ini bul-

muştur. Anayasa'ya aykırı gördüğü ancak görevlerinin belirtildiği Anayasa'nın 147. maddesinde sayılmayan Meclis kararlarını, kendi görevleri arasında olan Meclis iç tüzüğü denetimi kapsamına alarak, bunu yaparken de "iç tüzük tedvini" gibi ıstılahi (terminolojik) bir isim bularak inandırıcı olmaya çalışmıştır. (27.02.1968 tarihli ve E:1967/6, K:1968/9 sayılı kararı)

Anayasayı dolanmak için de olağanüstü bir tecrübe birikiminin olması gerekir. Anayasa'nın mevcut oluşunun üzerinden henüz altı buçuk yıl gibi çok kısa bir süre geçmiş iken doğrusu bu hukuksal kıvraklık ve çevikliği –tersinden- hayran olunacak kadar zekâ dolu bir beceri olarak kabul etmek gerekir.

Daha sonra yine Türkiye İşçi Partisinin açtığı bir davada; 22.04.1970 günlü, 13578 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 73. maddesinin değiştirilmesine ve Anayasa'ya geçici bir madde eklenmesine dair olan 17.04.1970 günlü 1254 sayılı Kanunun tümünün Anayasanın 4., 8., 10., 11., 55., 74. ve 155. maddelerine aykırı olduğu öne sürülerek iptali istenilmiştir. Anayasa Mahkemesi 13.04.1971 tarihli ve E:1970/41, K:1971/37 tarihli kararının 1. bendinde; davaya konu Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun şekil bakımından Anayasa'ya uygun olduğuna, 2. bendinde; Anayasa Mahkemesi'nin esas bakımından da yargısal denetim yapabileceğine, 3. bendinde ise; Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun esas bakımından da Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir.

Doğrusu bu kararında Anayasa Mahkemesi önceki kararı ile kıyaslanınca – o kararında yetkisiz olduğu alanı yetkili olduğu alan içinde gösterme için istilahi bir dil kullanmak suretiyle ikna edici olma kaygısıyla hareket ettiği halde- bu kararında kendini tamamen "la yüs'el" görerek inandırıcı olma gibi bir çaba içinde görünme gereği de duymamıştır. Önceki kararla bu kararın yansıttığı haleti ruhiye arasında ciddi bir açı farkı bulunmaktadır. Bu fark; yaptığının doğru olmadığını aslında bilen ama buna rağmen yapan, fakat az çok inandırıcı olmak gibi bir hedef güden kimselerle yanlışın yanlış olduğunu bilen ancak kendine ta-

pınan bu sebeple yanlışı doğru gösterme gibi bir gayret içinde bulunma gereği de hissetmeyen kimse arasındaki farktır.

Herhalde bu alışkanlıkların kuvvetlenmesi, yanlışın tekrar edilerek vicdanın bunu kanıksaması ile ilgili bir durum olsa gerektir. Anayasa Mahkemesi'nin birinci kararındaki haleti ruhiye utangaç bir kişilik özelliğini, ikinci kararına yansıyan haleti ruhiye ise artık utangaçlığı üzerinden atan bir kişilik özelliğini ortaya koymaktadır. Bunu başka türlü ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi şimdi yanlış yapmada olgunlaşarak yanlışı yaparken sorumsuzluğundan taviz vermez bir anlayışa sahip olma yoluna girmiştir. Anayasa Mahkemesi Anayasayı yorumlama maharetini kendi tarihsel çizgisinde geliştirme yolundadır. Birinci kararla ikinci karar arasında ciddi bir aşama kaydedilmiş durumdadır artık.

Daha sonra Anayasa Mahkemesi 1977 yılında verdiği bir kararı ile bu eserde ele alınan diğer kararlarıyla yaptığı yetki tecavüzlerinden çok daha ağır olan bir başkasını gerçekleştirmiştir. Olay şöyle gerçekleşmiştir: Danıştay 5. Dairesinde bir hâkim yardımcısının intibak işlemi ile ilgili olarak görülen bir davada davanın çözümlenmesinde başvurulacak Anayasa'nın 144. maddesi hükmünün, Anayasada; Devletin şeklinin cumhuriyet olduğu, cumhuriyetin niteliklerinin yer aldığı ve Devletin şekli ile niteliklerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin 1., 2., 9. maddeleri hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle anılan Yargı Mercii tarafından konunun Anayasa Mahkemesi önüne itiraz yoluyla götürülmesi sonucu olmuştur. Mahkeme konunun bu şekilde önüne gelmesi üzerine verdiği 27.1.1977 tarihli ve E: 1976/43, K:1977/4 sayılı kararıyla; 1961 Anayasasının 144. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; *"Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz. Ancak, disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini, Adalet Bakanı veya hakkında karar verilen hâkim isteyebilir.,"* hükmünün "*Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz*" ibaresini Anayasanın 9. maddesi ve bu madde ile koruma altına alınan 1. ve 2. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı yasama alanına ağır saldırı niteliğinde olan diğer kararlarından çok daha farklıdır. Çünkü diğer kararlarına karşı en azından süresi içinde usulüne göre açılan bir dava bulunmaktadır. Oysa burada, defi itiraz veya öğretideki adıyla somut norm denetimi yoluyla Anayasanın bir hükmünün diğer hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla aslında şunu demiştir: Bu Ülkede Anayasa yok, Anayasa Benim…

1982 Anayasası'nı yapanlar, az önce sözü edilen Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları esas bakımından da denetleyebileceğine ilişkin kararındaki yetki tecavüzünü dikkate alarak Anayasa Mahkemesinin görevlerini açık ve anlaşılabilir ve de yoruma gelmeyecek tarzda yalın ifadelerle belirleme gereği duymuştur. 1982 Anayasası'nın Mahkemenin görev ve yetkilerinin belirlendiği 148. maddesinde yasama ile ilgili görev ve yetkileri açıklandıktan sonra, ikinci fıkrada kanunlar bakımından şekil bakımından denetimin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı, Anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna, ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı konuları ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Daha berrak bir ifade ile anlatmak gerekirse Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini dava konusu edilmeleri halinde ancak şekil bakımından denetleyebilir. Şekil bakımından denetimin ise üç unsuru vardır. Bunlar; 1) Anayasa değişikliğine ilişkin kanun Anayasa'da öngörülen sayıda milletvekili tarafından mı teklif edilmiştir? 2) Teklifin kanunlaşması sırasında ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulmuş mudur? 3) Teklif Anayasa'da öngörülen sayıda milletvekili tarafından mı kabul edilmiştir? Bir görev konusu ile ilgili olarak görev ve yetki sahibi kurumun görev ve yetkilerinin sınırlarının nereden başlayıp nerede bittiği ancak bu kadar yalın ve sade ifadelerle belirlenebilir. Anayasa'nın bu ifadeleri kesinlikle yorumla, teville esnetilebilecek nitelikte değildir. Dolayısıyla hukukçuların "ne yapalım kanun hükmü çok açık değil, muğlak bu nedenle farklı şekillerde anlaşılmaya elverişli" yollu eleştirilerinin Anayasanın söz

konusu hükmü bakımından geçerliliği bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası'nın muhtelif tarihlerde çeşitli hükümleri değiştirildiği halde değişikliklerle ilgili olarak önüne bir iptal davası gitmediği için Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yargısal denetimini az önce belirtilen şekil şartları bakımından nasıl denetleyeceği yolunda tavrını gösterememiştir. Bu konuda kendisi için tanımlanan yetkinin yetersiz olup olmadığı yolundaki "hukuksal anlayışını" öğrenmemiz için 2008 yılına kadar beklememiz gerekmiştir. 2008 yılında ne olduğunu aşağıda göreceğiz.

Anayasa Mahkemesi 1993 yılında Ankara Milletvekili Mümtaz SOYSAL ve 92 milletvekili tarafından;14.09.1993 günlü, 21698 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 20.08.1993 günlü ve 509 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin tümünün, Anayasa'nın 5., 10., 47. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar KHK'nin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi ile açılan davada 21.10.1993 tarihli ve E:1993/33, K:1993/40-1 sayılı kararı ile Anayasa'da yürürlüğün durdurulması kararı verme yetkisi bulunmadığı halde yürürlüğün durdurulmasına karar vermiştir. Yani Anayasa Mahkemesi Anayasada tanımlı yetkilerinin sınırlarını genişletme yolunda istikrarlı bir biçimde ilerlemektedir. Bu karar ve daha önce zikredilen kararlar bu durumu açık seçik ortaya koymaktadır. Bahsi geçen bu son kararında Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesini açıklamaya bile gerek görmemiştir. Bu şimdiye kadar sadece işaret edilmekle yetinilen hukuksal sorunların dışında ayrı bir Anayasal sorun olarak belirmiş olmaktadır.

1996 yılına gelindiğinde, 25.12.1995 genel seçimleri sonunda seçimden birinci parti olarak çıkan Refah Partisinin hükümeti kurmasına fırsat verilmeyip başka iktidar seçenekleri üzerinde ısrarla durularak seçimde üçüncü olan Anavatan Partisinin Genel Başkanı Mesut Yılmaz'a hükümeti kurma görevi verilmesi ile kurulan Bakanlar Kurulunun güven oylamasına ilişkin 12.03.1996 tarihli ve 398 sayılı Meclis kararının bir iç tüzük değ-

şikliği niteliğinde olduğu, Meclis toplantısına katılanların toplam mevcudu dikkate alındığında çekinser[15] kalanlar nedeniyle Mesut Yılmaz Kabinesinin Anayasa'nın toplantı ve karar yeter sayısının düzenlendiği 96. maddesine göre toplantıya katılanların salt çoğunluğunun güvenoyunu alamadığı, bu şekilde güvenoyu almış gibi kabul edilmesinin iç tüzük değişikliği niteliğinde olduğu görüşüyle iptali için Refah Partisi Meclis gurubu adına genel başkan Necmettin Erbakan tarafından açılan davada iddiayı 14.05.1996 tarihli ve E: 1996/19, K:1996/13 sayılı kararı ile haklı bulmuş ve güven oylamasına ilişkin Meclis kararını -eylemli iç tüzük değişikliği- sayarak iptal etmiştir. Bu kararla artık Türkiye jüristokratik bir rejimle yönetilmeye kesin bir biçimde ama elbette tarihinin en büyük talihsizliği olarak adım atmıştır. Jüristokrasi diyoruz neden? Çünkü Anayasa Mahkemesi bir hükümeti düşürmüştür. Güven oylamasının niteliği konusunda davacı parti gurubunun hukuksal iddiaları, Anayasa Mahkemesi'nin yorumları Anayasa'nın 96. maddesi hükmü karşısında gerçekten tutarlı ve yerinde olabilir, ancak durumun adeta Anayasa Mahkemesi kararıyla bir hükümetin düşürülmesi sonucunu yaratması keyfiyetinin rejimin rengini çok belirgin bir biçimde değiştirdiği inkâr edilmesi mümkün olmayan bir gerçeklik olarak ortaya çıkmaktadır. Tabi böyle bir sonucun ortaya çıkmasında da siyaset kurumunun sorumluluğu Anayasa Mahkemesi'nin sorumluğundan daha fazladır.

1999 yılının ilk aylarında yine eylemli iç tüzük değişikliği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin kapısı tekrar çalınıyor. Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ülkü Güney ve Nejat Arseven ile 156 Milletvekili tarafından; Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Danışma Kurulu'nun 13.03.1999 gününde toplantıya çağırılması ve bu çağırıya ilişkin Genel Kurul gündeminin belirlenmesi hakkındaki Başkanlık işlemleri ile genel görüşme ön görüşmeleri yapılmadan bir parti grubu önerisinin Genel Kurul'da oylanması, Genel Kurul'un bu birleşiminin uzatılması ve ya-

[15] Çekinser sözcüğü yerine aslında çekimser sözcüğü kullanılmakta iken o oylamada çekimser sözcüğü terkedilmiş ve çekinser sözcüğü kullanılmıştır.

sama faaliyetlerinin sürdürülmesi konularındaki Meclis kararlarının, bir içtüzük değişikliği ya da yeni bir içtüzük kuralı niteliğinde olduğu ve Anayasa'nın 2., 6., 11., 88., 90., 93., 95., 98., 148. ve Geçici 6. maddelerine aykırı bulunduğu savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi ile iptal davası açılıyor. Anayasa Mahkemesi 25.03.1999 tarihli ve E:1999/12, K:1999/5 sayılı kararı ile kararın hüküm fıkrasında (Sonuç denildikden sonra) "*…2- İçtüzük değişikliği niteliğinde bulunan "Genel görüşme ön görüşmeleri yapılmadan bir parti grubu önerisinin Genel Kurul'da oylanması"na ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi kararının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 3-… 4-Bu kararlara ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 25.3.1999 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.*," demek suretiyle davayı reddediyor.

Bu defa ki davayı TBMM davanın konusu yönünden hasarsız atlatmakla beraber Anayasa Mahkemesi dava konusunu iddia edildiği gibi eylemli iç tüzük değişikliği olup olmadığı yönünden inceleyerek iç tüzük değişikliği bulunmadığı sonucuna varmak suretiyle karara bağladığına göre bu hasarsız atlatma hali de ancak öncekilere nazaran hasarsız olma değerinde bir durumu ifade etmektedir. Yani Anayasa Mahkemesi doğru olmayan tutumundan dönmüştür zannının doğruluğunu mucip bir durum bulunmamaktadır.[16]

Belli ki Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasında kendisi için tanımlanan ve sınırları oldukça bariz bir şekilde çizilen yetkilerine razı olmamaktadır. Meclis kararlarının bazılarını -bunlar idare hukukundaki bireysel işlem veya birel işlem mahiyetinde Yasama işlemi olduğu, iç tüzüğün ise düzenleyici işlem olduğu, dolayısıyla ikisi arasında kıyas yaparak benzerlik ilişkisi kurmanın imkân harici olmasına rağmen- iç tüzük değişikliği sayarak- iptal etmesinden çıkan sonuç açık seçik bu durumu söylemektedir.

[16] Çünkü Anayasa Mahkemesi dava konusu TBMM kararının denetlenmesinin görevleri dışında olduğu gerekçesiyle değil, bu kararın eylemli İç tüzük değişikliği niteliğinde olmadığı nedeniyle başvuruyu görev noktasından reddetmiştir.

2007 yılı Nisan ayının son günlerinde (27 Nisan) TBMM, onbirinci Cumhurbaşkanını seçme gündemiyle toplandı. Aylar öncesinden ana muhalefet partisi olan Cumhuriyet Halk Partisinin AK Partili bir adayın Cumhurbaşkanı seçilmesini engellemek için siyaset içi ve siyaset dışı her türlü yöntemi kullanacağı partililerin kamuoyu önünde yaptıkları açıklamalardan anlaşılıyordu.

Yargıtay Cumhuriyet eski Başsavcılarından olan Sabih Kanadoğlu Cumhurbaşkanı seçimi için TBMM'nin toplandığı sırada Genel Kurul Salonunda 367 milletvekili olmaz ise seçim yapılamayacağı yolunda bir görüş ortaya atmıştı. Bu görüş doğrultusunda eğer Cumhuriyet Halk Partisi veya belli sayıda milletvekili TBMM'nin cumhurbaşkanı seçimini yapma gündemiyle yapacağı toplantıya katılmaz ise yapılan oylama; Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında ifadesini bulan "eylemli içtüzük değişikliği" niteliğini kazanmış olur, bu takdirde oylamanın iptali için Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davasında da Mahkemece Meclis kararının iptaline karar verilirdi. Ortaya konan bu "hukuksal görüş" ile aslında CHP, Cumhurbaşkanlığı seçiminin iptali için Anayasa Mahkemesinde açılacak iptal davasının dayandırılacağı hukuksal gerekçe konusunda bilgilendirilmiş oluyordu. Adı geçen parti söz konusu bu görüşe binaen 27.04. 2007 tarihli Cumhurbaşkanlığı seçimi ilk tur oylamasının iptali ve öncelikle yürütmenin durdurulması için Anayasa Mahkemesinde dava açtı. Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu ikinci tur oylama öncesinde Mahkemenin kararını açıklayacağını basına yaptığı açıklama ile duyurdu. Aslında basına yapılan bu açıklama ile oylamanın iptal edileceğini ihsas ettirmiş oluyordu. Anayasa Mahkemesinin üç dört gün içinde bir davayı sonuçlandırdığı veya yürürlüğün durdurulması istemlerini karara bağlamışlığı vaki olan bir durum değildi. Bu husus çerçevesinde değerlendirildiğinde bu açıklamanın başka bir şekilde yorumlanmasına imkân bulunmamaktadır. Kamuoyunca 367 kararı olarak isimlendirilen ve öyle bilinen, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yolundaki Anayasa değişikliğine yol açan söz konusu 01.05. 2007 günlü ve E: 2007/45, K: 2007/54 sayılı bu

karar da milli irade üzerindeki -hukuka aykırı- yargı baskısının somutlaşan örneklerinden biri olarak tarihe geçmiştir.

Ancak, 2008 yılına gelindiğinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliği ile ilgili olarak önüne gelen davada verdiği başka bir karar önceki kararlarını gölgede bırakmıştır. Hatta gölgede bırakmak da ne; karanlık bir gölgenin içinde belirsiz ve seçilemez hale getirmiştir.

Başbakan R. Tayyip Erdoğan'ın İspanya'da resmi bir gezide bulunduğu bir sırada Milliyetçi Hareket Partisi 1983 yılından beri yaşanan, üniversitelerdeki başörtüsü yasağının çözümü konusunda harekete geçmiş, AK Parti belki de başına gelecekleri bildiği halde siyaseten anılan Parti tarafından içine düşürüldüğü açmazdan çıkış imkânı olmadığı için konu hakkında uzlaşmaya varılarak Anayasa değişikliğine ilişkin "kimsenin kanunlarda yer almayan bir nedenden dolayı eğitim hakkı ve hizmetinden mahrum edilemeyeceği" hükmünü içeren 09.02.2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

Anayasa değişikliğine ilişkin bu Kanunun iptali istemiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Süha OKAY, Kemal ANADOL ile birlikte 110 milletvekili tarafından iptal davası açılmış, Kanunun 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptaline karar verilmesi istenilmiş, Anayasa Mahkemesi; 05.06.2008 günlü ve E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararıyla Anayasa değişikliğine ilişkin söz konusu Kanunu esas yönünden denetleyerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi ilk kez 1971 yılında verdiği bir kararla (Anayasanın yürürlüğe girmesinden 10 yıldan daha az bir süre içinde) Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları esas bakımından da denetleyeceğini söylemişken 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa Mahkemesi bu yöndeki eğilimini ancak 26 yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ortaya koyabilmiştir. Ve böylece Anayasa Mahkemesi'nin yetki ve görev alanına ilişkin kendi zih-

niyet dünyasındaki sınırın nerelere uzandığı eksiksiz bir biçimde anlaşılmış oldu. Yani artık dekor tamamlandı, bütün parçalar yerini buldu. Artık TBMM'nin Anayasa yapmaya yetkisinin olmadığını öğrenmiş oluyorduk. Jüristokrasi kendini olağanüstü derecede tahkim etmiştir. Siyasi sorumluluğu olmayan, dolayısıyla taşın altına elini koyma zorunluluğu olmayan Millete hesap verme yükümlülüğünden söz edilmesine de imkân bulunmayan Anayasa Mahkemesi Milletin geleceğini ve kaderini belirleme konusunda mutlak yetki ve güç sahibi olduğunu açık, berrak, herkesin anlayacağı bir sadelik ve yalınlıkta bütün Millete söylemiş oluyordu.

2010 yılında Hükümet bir Anayasa değişikliği paketi hazırladı. Değişiklik paketinin en önemli maddelerini Anayasa Mahkemesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısının yeniden düzenlenmesine ilişkin hükümler oluşturmakta idi. Ana muhalefet partisi Anayasa değişikliğine ilişkin 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun iptali için tekrar Anayasa Mahkemesine başvurdu. Mahkeme yine anayasa değişikliklerine ilişkin yargılama yetkisi şekil bakımından denetimle sınırlı olduğu ve şeklin unsurları da – yorumla esnetilmemesi için- Anayasada tek tek belirtilmiş olmasına rağmen yine la yüs'el bir yaklaşımla esas bakımından yargılama yaparak yetki alanının dışına çıkma alışkanlığını terk etmediğini bir kez daha gösterdi.

1) Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez TBMM kararını içtüzük düzenlemesi -tedvin- sayarak iptal etmesine ilişkin kararı ve hukuksal anlamı:

Aşağıda 27.02. 1968 günlü ve E: 1967/6, K:1968/9 sayılı Türkiye İşçi Partisi tarafından açılan davada verilen karara ait metnin önemli kısımları verilmiştir.

İptal dâvasının konusu : Millet Meclisi Başkanlık Divanının kuruluşuna dair Millet Meclisince ikinci dönemin ikinci toplantı yılı başında (2 Kasım 1966 günlü ikinci birleşiminde) alınan kararın bir İçtüzük hükmü tedvini niteliğinde bulunduğu ve Anayasa'nın 8., 84. ve 85. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve yine Anayasa'nın

149. ve 150. maddelerine dayanılarak iptali istenilmiştir.

…

Dâva konusu Millet Meclisi kararı Millet Meclisi Başkanlık Divanında bir başkanlık, bir başkanvekilliği, bir idareci üyelik ve dört kâtipliğin Adalet Partisine, bir başkanvekilliği, bir idareci üyelik ve iki kâtipliğin Cumhuriyet Halk Partisine, bir başkanvekilliğinin Millet Partisine ve bir idareci üyeliğin Yeni Türkiye Partisine verilmesi hakkındadır (2. dönem 2 toplantı yılı: 2/11/1966 günlü 2. birleşim-Millet Meclisi Tutanak Dergisi Cilt 9. Sahife : 29)…

Millet Meclisinin dâva konusu 2/11/1966 günlü kararı, yukarıda görüldüğü üzere, Başkanlık Divanının, Adalet, Cumhuriyet Halk, Millet ve Yeni Türkiye Partileri mensubu milletvekilleri arasından seçilmesini hükme bağlamakta ve bu partilerden her birine düşen divan görevlilerinin sayısını ve niteliğini belli etmektedir. Kararın şu durumuyla, yalnızca içtüzük kapsamına girebilen bir konuyu düzenlediğinde şüphe yoktur. Hattâ karar yürürlükteki İçtüzüğün Başkanlık Divanının görevlilerini ve bunların sayılarını açıklayan 5. maddesine dokunmamakla birlikte 6. maddedeki sınırlamasız seçim hükmüne karşılık seçimi, belirli partilere belirli görev yerleri tahsis etmek suretiyle, sınırlı bir şekle sokmakta ve böylece 6. maddeyi değiştiren bir nitelik almaktadır.…

II. ESASIN İNCELENMESİ:

1. Davacının dayandığı Anayasa hükümleri: Davacının dayandığı Anayasa hükümleri şunlardır: (Madde 8- Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz.

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, İdare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

(Madde 84- Meclislerin Başkanlık Divanları, o meclisteki siyasî parti gruplarının kuvvetleri ölçüsünde Divana katılmalarını sağlayacak şekilde kurulur….)

(Madde 85- Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Meclisler, çalışmalarını, kendi yaptıkları içtüzüklerin hükümlerine göre yürütürler.

İçtüzük hükümleri, siyasî parti gruplarının, Meclislerin bütün

faaliyetlerine kuvvetleri oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir. Siyasî parti grupları en az on üyeden meydana gelir.)

2. Davacının gerekçesi ve sözlü açıklaması özeti :…

3. Millet Meclisinin 1/11/1966 ve 2/11/1966 günlü kararlarının birbirleriyle olan ilişkisi:

Türkiye İşçi Partisi Millet Meclisi Grubunun 8/11/1966 günlü kararında, Millet Meclisinin 1/11/1966 ve 2/11/1966 günlü iki kararı aleyhine iptal dâvası açılmasından söz edilmekte ise de dâva dilekçesinde açıkça yalnız 2/11/1966 günlü kararın iptali istenilmiştir. Şu duruma göre her iki kararın nitelikleri ve birbirleriyle olan ilişkileri üzerinde durulması yerinde olacaktır.

1/11/1966 günü, Millet Meclisi Başkanlık Divanının, 7 Adalet Partili, 4 Cumhuriyet Halk Partili, birer de Millet Partili ve Yeni Türkiye Partili üyeden kurulması karara bağlanmıştır. Karar her partiye düşen görev yerlerini açıklamadığı için eksiktir ve uygulanma yeteneğinden yoksundur. 2/11/1966 gününde ise bir başkanlık, bir başkan vekilliği, bir idareci üyelik, dört kâtiplik olmak üzere yedi üyeliğin Adalet Partisine, bir başkan vekilliği, bir idareci üyelik, iki kâtiplik olmak üzere dört üyeliğin Cumhuriyet Halk Partisine, bir başkan vekilliğinin Millet Partisine bir idareci üyeliğin Yeni Türkiye Partisine verilmesi karar altına alınmış ve ondan sonradır ki Divan üyelerinin seçimine geçilebilmiştir. 2/11/1966 günlü karar, ilk kararın eksiğini tamamlamakla birlikte o kararda partilere ayrılan Divan üyeliği sayılarını tekrarlamak suretiyle birinciden ayrı, başlı başına bir karar olma niteliğini kazanmıştır. Başkanlık Divanı sorununu, kesin ve sonuçlandırıcı olarak çözümleyen de bu karardır. Şu haliyle ikinci kararın tek başına bir dâva konusu olabileceğinde ve böyle bir dâvada birinci kararın değil, ikincisinin iptalinin istenmesinin ereğe daha uygun düşeceğinde şüphe yoktur. Bu duruma göre dâvanın yalnız 2/11/1966 günlü Millet Meclisi kararına karşı açılmış bulunmasında sonuca etkili bir nitelik olmamak gerekir….

III. SONUÇ:

1- Millet Meclisi Başkanlık Divanına Meclisteki siyasî parti gruplarının hepsinin katılmalarını ve bu katılmanın grupların kuvvetleri ölçüsünde olmasını engelleyen ve içtüzük hükmü niteliğinde bulunan

2/11/1966 günlü Millet Meclisi kararının, Anayasa'nın 84. maddesine aykırı olduğundan, iptaline;

2- 2/11/1966 günlü kararın iptal edilmesi karşısında uygulama olanağı kalmayan ve içtüzük hükmü niteliğinde bulunan 1/11/1966 günlü Millet Meclisi kararının da 44. sayılı Kanunun 28. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca İptaline…." karar verilmiştir.

Meclisin bir kararı gerçekten iç tüzük hükmüne, dolayısıyla hukuka aykırı olursa ne yapılması gerekir? İşte Anayasa Mahkemesi önüne gelen söz konusu davada yukarıdaki kararla bir çözüm bulmuştur. Ancak bu çözüm yazılı hukuk kurallarına uygun olmayan ne var ki adalet ve hakkaniyete de söz konusu dava bakımından alaycı (ironik) bir şekilde uygun olan bir karardır.

Tabiî böyle bir önermeyi ortaya koyunca dava konusu Meclis kararının yazılı hukuk kuralları karşısında haksızlığına da işaret edilmiş oluyor. 02.11.1966 tarihli kararla TBMM yukarıdaki karardan da anlaşılacağı üzere Başkanlık Divanı'nın mevcut iç tüzük hükümlerine göre Mecliste gurubu bulunan partilerin hepsinin güçleri oranında temsilini gözeterek oluşturulması gerekirken Adalet Partisine 7, Cumhuriyet Halk Partisine 4, gurubu bulunan Millet ve Yeni Türkiye Partilerine 1'er üye verildiği halde davacı Türkiye İşçi Partisinden Divana üye alınmamak suretiyle oluşturulması yoluna gidilmiştir. Türkiye İşçi Partisi ilk karardan sonra verdiği önerge ile kendisine bir üyelik verilmesini istediğinde bu hatayı düzeltmek mümkün olduğu halde diğer partilerce buna yanaşılmadığı anlaşılıyor. Oysa yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararında da yer alan Anayasa hükmünde (1961 Anayasası) Meclis faaliyetlerine siyasi parti guruplarının güçleri oranında katılmaları öngörülmüş bulunmaktadır.

Siyasal hırsın ne kadar fena bir şey olduğunu herhalde yukarıya alınan karar çok anlaşılabilir bir biçimde ortaya koyuyor. Bu fenalığın açtığı kapıdan başka bir haksızlık sahip olduğu bütün haşmetini muhataplarının gözlerinin içine soka soka girmiştir.

Ne olurdu, Meclis Türkiye İşçi Partisinin hakkını teslim etse idi, buna Adalet Partisi karşı çıkmış ise o zaman diğer partiler İşçi Partisinin yanında yer alarak Başkanlık Divanına üye vermeselerdi. Böylece ahlaka ve hukuka uygunluğu vazgeçilemez bir erek ve erdem kabul eden bir siyasal kültürün temelleri atılmış olurdu. Bunun karşı seçeneği ne oldu? Milli iradeye her zaman müdahaleye hazır ve nazır bir Anayasa Yargısı.

Yasama organının yasama faaliyeti dışındaki kararları Anayasa tarafından Anayasa Yargısının denetimi dışında tutulmuştur. Bu husus tartışmaya açık bir konu değildir. Zaten Anayasa Mahkemesi de bunu çok iyi bildiği için iptal davası yolu ile önüne getirilen yasama tasarrufunu yukarıya alınan kararda "iç tüzük tedvini" yani iç tüzük kuralı ihdası olarak görmüş ve bunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiştir.

Yukarıda bir kısmı alıntılanmış olan Anayasa Mahkemesi kararında -alıntıda bulunulmayan; *"TBMM'nin henüz 1961 Anayasasına göre bir iç tüzük çıkartmadığı, 1957 yılında çıkartılmış iç tüzük hükümlerine göre çalışmalarını sürdürdüğü"* bilgisi de verilmiştir. Hal böyle ise acaba Meclis kararlarının doğrudan Anayasanın Meclisin çalışmalarını düzenleyen hükümlerine göre yargısal denetime tabi tutulması mümkün olabilir mi? İç tüzüğün olmamasına rağmen bu yine de olamaz. Zira Anayasa'nın bizzat kendisi Meclis'in çalışma usullerini kendi hazırlayacağı iç tüzükle düzenleyeceği hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm yorumlanacak, te'vile gelecek nitelikte kapalı, müphem bir hüküm değildir. Anayasa iç tüzük yapılırken nelere dikkat edilmesi gerektiğine ilişkin ilkeleri va'z etmiştir. Tabii bu ilkeler bizzat Anayasa tarafından tanımlanmış olduğuna göre zaman zaman terkedilebilir zaman zaman da uyulabilir nitelikte ilkeler değildir.

İç tüzük düzenleyici bir işlemdir. Düzenleyici işlemler genel ve soyut niteliktedir. Meclisin kanun dışındaki diğer kararları belirli bir durumla, olayla vb. ilgilidir, bu nedenle de bu kararlar somut olgularla bağlantı içindedir yani iç tüzük hükümlerinin genel ve soyutluğuna karşı bu kararlar özel ve somutturlar. Yani kural işlemler niteliğinde değildirler. İç tüzük süreklili-

ği olan Meclis işlemidir, buna mukabil diğer Meclis kararları sürekliliği olmayan kararlardır.

Yukarıya alınan Anayasa Mahkemesi kararına konu olan Meclis kararı; muayyen bir tarihte muayyen bir süre boyunca görev icra edecek Meclis Başkanlık Divanının oluşturulması hedefini gerçekleştirmeye yöneliktir. Dolayısıyla somut bir olgu ile bağlantılıdır, genel ve soyut nitelikte değildir, başka olaylara uygulanacak kural içermemektedir, o halde genel ve soyut nitelikte iç tüzük kuralı sayılmasına imkân bulunmamaktadır.

Öte yandan; -ifadenin başlangıcı yani öte yandan ifadesi sanki şimdi söylenilecek şeyin tali bir özellik veya durum izlenimine yol açabilirse de- aslında en önemlisi; Meclis'in bir kararın iç tüzük kuralı ihdası mı? Yoksa münferit bir karar mı? Olduğu; bu yolda ortaya konulmuş ve açıklanmış bir iradenin varlığına sıkı sıkıya bağlıdır. Meclis muayyen bir meselenin çözümü için karar alıyorsa, bu kararın o konuya ilişkin olmayıp da başka bir konuya ilişkin olduğunu söylemek; "sen aslında şunu söylemek istedin, ben senin dediğinden bunu anlıyorum hatta bundan başkasını kabul etmiyorum" yollu başkasının iradesini çarpıtmaya yönelik bildik tuhaf davranıştan farksızdır. Meclisin aldığı bir karara Meclis; iç tüzük hükmü demediği, bu yolda bir irade açıklamasında bulunmadığı halde Anayasa Mahkemesi'nin o karara iç tüzük kuralı demesi tutarlı bir yaklaşım tarzı olarak görülemez. Bir Meclis kararının iç tüzük kuralı olabilmesi veya yeni bir kuralın iç tüzüğe ilavesi olarak görülebilmesi için herhalde söz konusu kararı alan Meclisin bir iç tüzük kuralı yapmak üzere toplandıkları ve aldıkları söz konusu kararla ya iç tüzükte mevcut olan bir kuralı değiştireceklerini, ya da mevcut olmayan bir kuralı tanımlayarak iç tüzüğe ekleyeceklerini bilmesi gerekir. Özel hukukta da öyle değil midir? Hukuksal muameleyi yapan taraflar bu muamele ile ne gibi yükümler yüklendikleri ve ne gibi haklara sahip olduklarını bilerek ona göre rıza veya irade beyanında bulunmazlar mı? Elbette özel hukuk kuralarına göre hukuksal muamelede bulunan ve karşılıklı olarak edimler tanımlayarak muamelelerini sözleşmeye bağlayan kimseler reşit ve mümeyyiz iseler nasıl ki bir uyuşmazlık halinde dava-

ya bakan hâkim sözleşmenin hükümleri ile ilgili olarak "aslında bu sözleşme maddesi şu anlama gelmez şu anlama gelir, aslında sözleşmeye katılanlardan "A" nın iradesi bu yönde olamaz öyle olsa kendi menfaatlerini göz ardı etmiş olurdu, bu ise çok tutarsız ve anlamsız" demek suretiyle sözleşmeyi te'vile kalkışamaz ise Meclis kararının aslında "A" anlamına gelmeyip "B" anlamına geldiğini söyleyemez. Açıklanan irade lafzen ne anlama geliyorsa kendisine bundan başka bir anlam yüklenemez. Aksi durumun geçerli olması halinde açıklanan iradeye muhatap olanların onu çarpıtma ve etkisiz kılma veya muhataba yükleyeceği yükümlülüklerden muhatabın kendini azade kılması gibi öngörülmeyen sonuçların doğması kaçınılmaz olur. Kararlarının iç tüzük hükümlerine uygun olup olmadığını denetleyecek tek makam, tek mercii TBMM'dir. Meclis eğer kendisini meydana getiren siyasi partilerin hırsları yüzünden Anayasa'ya, adalete, hakkaniyete aykırı kararlar alırsa, aleyhine karar alınmış partilerin bunu siyasal muhalefetlerinin merkezine alarak siyasi eleştiri konusu yapmak ve halka bu haksızlığı şikâyet etmek şeklinde siyasal araç ve yöntemleri kullanması hem Anayasa'nın hükmüne hem de demokrasinin ruhuna uygun düşen bir davranış olur. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından aslında o dönemin siyasetçilerinin şu dersi çıkarmaları gerekiyordu: "eğer siyaset kurumu olarak birbirlerine haksızlık yaparlarsa hiç hakkı ve yetkisi olmadığı halde Anayasa Mahkemesi siyasi alana müdahale edebilir, hatta bu müdahale için sürekli bir hazırlık ve teyakkuz hali içindedir." Ancak bizim siyasal kültürümüzde iktidarla muhalefetin sanki birbirlerinin düşmanlarıymış gibi bir davranış biçimi geliştirilmiş bulunmaktadır. Aslında bu davranış biçimi siyasi tasarılar geliştiremeyen kısır siyasal akılların bir ürünüdür.

Siyasal alanı korumak ve o alana başkalarının haksız müdahalelerini önlemek en başta o alanda faaliyet gösteren oyuncuların işidir. Bir başka gücün siyaset alanını siyasetçiden daha iyi koruyacağı kabulü imkânsız bir beklentidir.

2) Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliğini esas bakımından denetlemesine ilişkin ilk kararı ve kararın dayandırıldığı ilkeler karşısındaki tutarsızlığı:

Anayasa Mahkemesi bu kararında Anayasa değişikliği konusunda 1961 Anayasası'nın amir hükümlerine uymadığı gibi kendi açıkladığı ilkelere dahi sadakat göstermemiştir. Dolayısıyla karar kendi içinde, arkasındaki mantık örgüsü karşısında da tutarsızlıklar taşımaktadır. Söz konusu 13.04.1971 tarihli ve E:1970/41, K:1971/37 sayılı kararın ilgili kısımları aşağıya alınmıştır.

İptal dâvasını açan: Türkiye İşçi Partisi

İptal dâvasının konusu : 22 Nisan 1970 günlü, 13578 sayılı Resmî Gazete ile yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 73. maddesinin değiştirilmesine ve Anayasa'ya geçici bir madde eklenmesine dair olan 17/4/1970 günlü 1254 sayılı Kanunun tümünün Anayasanın 4., 8., 10., 11., 55., 74. ve 155. maddelerine aykırı olduğu öne sürülerek iptali istenilmiştir.

I- İPTAL DAVASININ GEREKÇESİ:

Dâva dilekçesinde iptal nedenleri şöylece açıklanmaktadır:

l- Usul bakımından :

2-Esas bakımından:

II- İLGİLİ ANAYASA VE YASA HÜKÜMLERİ :

A- İptali istenen 1254 sayılı Kanun:

Madde l- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 73. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir :

d) Cumhuriyet Senatosu üyeliğinin süresi.

Madde 73- Cumhuriyet Senatosu üyeliğinin süresi altı yıldır süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.

Cumhuriyet Senatosunun genel oyla ve Cumhurbaşkanınca seçilen üyelerinin üçte biri her iki yılda bir yenilenir.

Millet Meclisi genel seçimlerinin yapılacağı yıla rastlıyan yeni-

leme seçimleri, Millet Meclisi genel seçimleriyle birlikte ve rastlamıyanları ise, genel seçimlerinden sonra gelen ikinci yılda, genel seçimler için kanunun belirttiği ayda yapılır.

74 üncü maddeye göre seçimlerin geriye bırakılması yahut 69 uncu veya 108 inci maddeye göre seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi hallerinde, Cumhuriyet Senatosunun yenileme seçimleri de Millet Meclisi seçimleriyle birlikte yapılmak üzere geriye bırakılmış veya öne alınmış olur. Bundan sonraki Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri 3 üncü fıkra hükümlerine göre yapılır.

Cumhurbaşkanınca seçilen üyelerin süresi biter veya bu üyeliklerde herhangi bir sebeple boşalma olursa, Cumhurbaşkanı, bir ay içinde yeni üyeleri seçer.

Boşalan bir üyeliğe seçilen kimse, yerine seçildiği üyenin süresini tamamlar.

Madde. 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına II inci geçici madde olarak aşağıdaki madde eklenmiştir:

Yenileme seçiminin geriye bırakılması.

Geçici madde 11- 7 Haziran 1970 tarihinde yapılması gereken Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri, Anayasa'nın 73 üncü maddesinde yapılan değişiklik sebebiyle geriye bırakılmıştır.

Madde 3- Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

B- Anayasanın 4, 8, 10, 11, 55, 74 ve 155 inci maddeleri:

Madde 4- Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletinindir.

Millet egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanılır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almıyan bir devlet yetkisi kullanamaz.

Madde 8- Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Madde 10- Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilme, vaz-

geçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.

Madde 11- Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun, kamu yaran, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.

Madde 55- Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptir.

Seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır:

Madde 74- Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, seçimler kanunla bir yıl geriye bırakılabilir.

Meclislerin ara seçimleri her iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimiyle birlikte yapılır.

Millet Meclisi genel seçimlerine bir yıl kala ara seçimi yapılamaz.

Madde 155- Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesine ve kabulü, l inci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

…

IV- ESASIN İNCELENMESİ:….

l- İvedilik sorunu:

Anayasanın 155. maddesinin ilk fıkrasında; Anayasanın de-ğiştirilmesi hakkındaki tekliflerin ivedilikle görüşülemiyeceği hükmü yer

almıştır. Bununla birlikte yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, usul yönünden ana kural gösterilmiş ve tekliflerin görüşülmesi ve kabulü için, birinci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlerin uygulanacağı açıklanmıştır. Demek ki Anayasa, esas itibariyle kanunların görülmesi için öngördüğü usul ilkesini, Anayasa değişiklikleri için de benimsemiş yalnız bu görüşmelerin ivedilikle yapılamıyacağını belirtmiştir.

Durum bu olunca, Anayasanın kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki 92. maddesinin burada gözden geçirilmesi zorunluğu ortaya çıkmaktadır. Sözü geçen maddenin onuncu fıkrasında: "Cumhuriyet Senatosu, kendisine gönderilen bir metni, Millet Meclisi komisyonlarında ve Genel Kurulundaki görüşme süresini aşmıyan bir süre içinde karara bağlar; bu süre üç ayı geçemez ve ivedilik hallerinde 15 günden, ivedi olmayan hallerde bir aydan kısa olamaz. Bu süreler içinde karara bağlanmayan metinler, Cumhuriyet Senatosunca, Millet Meclisinden gelen şekliyle kabul edilmiş sayılır. Bu fıkrada belirtilen süreler, Meclislerin tatili devamınca işlemez" denilmektedir. Şu halde bir metnin Cumhuriyet Senatosunda görüşülme süresi, Millet Meclisi komisyonlarında ve Genel Kurulunda aynı metnin görüşülme süresini aşmaması gereklidir. Bu ana kuraldır. Oysa Millet Meclisi komisyonlarında ve Genel Kurulunda bir metnin görüşülme süresi Anayasada sınırlandırılmış değildir. Bir kanun tasarısı veya teklifi Millet Meclisi komisyonlarında ve Genel Kurulunda 5 gün içinde müzakere ve kabul edilebileceği gibi bunun 4 yıllık bir yasama döneminde dahi görüşülebilmesi mümkündür Senato bakımından Anayasa Koyucusu ayrı bir düzen getirmiştir. Görüşme süresinin yukarı sınırını 3 ay aşağı sınırını ivedi hallerde 15 gün ve ivedi olmayan hallerde l ay olarak sınırlamıştır. Sözgelimi Millet Meclisinde 6 ay içinde görüşülüp kabul edilen bir metin, ivedi olmayan hallerde, Senatodan l aydan daha kısa bir sürede çıkamaz. Fakat bu metnin Senatodaki görüşme süresi üç aydan daha fazla bir süreyi de kapsayamaz. Burada şu durumu önemle belirtmek gerekir. Millet Meclisinde 10 gün içinde görüşülüp kabul edilen bir metnin Senatoda ivedi hallerde en çok 15 gün, ivedi olmayan hallerde en çok bir ay içinde görüşülüp kabul edilmesi gerekir. Eğer bu metin gösterilen süreler içinde görüşülüp kabul edilmezse, Millet Meclisinden gelen şekliyle kanunlaşmış sayılması gerek-

lidir. İptal dâvası konusu olan metin ise, ivedilik bulunmadığından, Cumhuriyet Senatosunda, Millet Meclisinde geçen sûreyi -aşamayan bir süre içinde görüşülüp kabul edilmiştir. Gerçekten Millet Meclisi komisyonunda 8/4/1970 te başlayan görüşme evresi, Millet Meclisi Genel Kurulunda 14/4/1970 gününde yapılan ikinci görüşme ile sonuçlanmış ve teklif böylece 6 gün içinde kabul edilmiştir. 15/4/1970 günlü yazı ile Cumhuriyet Senatosuna gönderilen metin, 16 ve 17 Nisan 1970 günlerinde birinci ve ikinci görüşmeleri yapılarak Millet Meclisi komisyon ve Genel Kurulundaki görüşme ve kabul süresini aşmayan bir süre içinde yasa niteliğini kazanmıştır. Görülüyor ki 1254 sayılı Kanunun Senatodan çıkışında bu yönden Anayasa'ya aykırılık düşünülemez.

Davacı teklifin müzakere ve kabulüne ilişkin süreler bakımından içtüzük hükümlerine aykırı davranıldığını ileri sürmektedir.

1961 Anayasasının geçici 3. maddesinde; bu Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin ve Millet Meclisinin ve Cumhuriyet Senatosunun toplantı ve çalışmaları için kendi içtüzükleri yapılıncaya kadar, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 27 Ekim 1957 tarihinden önce yürürlükte olan içtüzüğü hükümlerinin uygulanacağı yazılıdır. 1961 Anayasasından sonra Büyük Millet Meclisi birleşik toplantısı ile Cumhuriyet Senatosuna ilişkin İçtüzükler düzenlenerek yürürlüğe konduğu halde, Millet Meclisine ilişkin içtüzük halâ düzenlenmemiş olduğundan, bu konuda 27 Ekim 1957 gününden önceki İçtüzük hükümleri uygulanmaktadır. Bu İçtüzüğün 99. ve sonraki maddelerinde kanunların müzakeresi usulü belirlenmiştir. 99. maddede; kanun lâyiha veya tekliflerinin ancak iki müzakereden sonra katı surette kabul edilmiş olacağı yazılıdır. Aynı tüzüğün 106. maddesinde, ikinci müzakerenin birinci müzakereden 5 gün geçtikten sonra ruznameye alınacağı belirtilmekle ve 76 maddesinde de; bir kanun lâyihası veya teklifinin 5 günden önce ikinci kez müzakere edilmesini gerekçe ileri sürerek ancak Hükümet veya ilgili encümenin yazı ile önerebileceği açıklanmaktadır.

Dâva dilekçesinde; bu içtüzük hükümleri belirtilmekle birlikte, Anayasa değişikliklerinin ivedilikle görüşülemiyeceğine ilişkin Anayasanın 155. maddesi hükmü karşısında asgarî sürelerin daha aşağısına inilmesini mümkün kılan yetkinin kullanılmaması gerektiği sa-

vunulmaktadır. Aksi takdirde Anayasa değişikliği gibi toplum hayatında çok önemli etkisi olan tekliflerin gereğince değerlendirilmesi fırsat ve olanağının yok olacağı ileri sürülmekte, böylece ivediliği kabul etmeyen Anayasa kuralının bir anlamı kalmıyacağı belirtilmektedir.

Ancak bu düşünce Anayasa'nın düzenlenmesinde öngörülen sisteme aykırı düşmektedir. Gerçekten Meclislerin içtüzüğü yapılıncaya kadar 27 Ekim 1957 gününden önceki içtüzük hükümlerinin uygulanacağına ilişkin Anayasa'nın geçici 3. maddesi Anayasa değişikliklerinin ivedilikle görüşülemiyeceğine ilişkin 155. maddesinden önce düzenlenmiştir. Şu durumda 155. madde düzenlenirken Anayasa koyucunun 27 Ekim 1957 tarihinden önceki içtüzük hükümlerinin niteliğini ve kapsamını gözden kaçırdığı ileri sürülemez. Anayasa koyucunun kanunların görüşülmesi usulünü belirten içtüzük hükümlerini ayrıntıları ile bildiği göz önünde tutularak 155. maddeyi düzenlediği kabul edilmelidir, özellikle bu maddenin ikinci fıkrasında, Anayasa değişikliklerinin kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabi olacağının açıklanması Anayasa Koyucunun düzenleme sistemindeki amacını ortaya koymaktadır.

Durum böyle olunca, tümü ile uygulanmak zorunluğu olan içtüzüğün bazı hükümlerinin dâvaya konu teşkil eden iş-te uygulanmaması gerektiğini savunmak olanaksızdır. Bu hükümler içtüzüğün 74., 75. ve 76. maddelerinde yer almıştır. Gerçekten bir kanun lâyihası veya teklifin öncelikle görüşülmesini Hükümet veya encümen isteyebilir, önce görüşülmesi hakkında alınan karar ivedilik kararı sayılamaz ve beş günden önce ikinci kez görüşülmesi yine Hükümet veya ilgili encümen tarafından yazılı olarak teklif edilebilir. Aynı nitelikteki hükümler Cumhuriyet Senatosu içtüzüğünün 45., 49., 69. ve 70. maddelerinde yer almaktadır.

Anayasa'nın 73. maddesinin değiştirilmesine ilişkin teklifin Millet Meclisinde ve Cumhuriyet Senatosunda görüşülmesi işlemleri tutanaklara göre şöyle cereyan etmiştir:

354 Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesinin imzasını taşıyan teklif, Millet Meclisi Başkanlığınca, Anayasa Komisyonuna 8/4/1970 gününde havale edilmiş, bu Komisyonca Hazırlanan 9/4/1970 günlü rapor 10/4/1970 gününde Başkanlığa verilmiştir. Teklif Millet Meclisinin

13/4/1970 günlü 68. birleşiminin gündeminde iki kez görüşülecek işler bölümünün 18. sırasında yer almıştır. Bu birleşimde Anayasa Komisyonu Başkanı tarafından verilen bir önerge ile teklifin seçimlerle ilgisi ve önemi belirtilerek öncelikle görüşülmesi istenmiş ve bu önerge kabul edilerek birinci görüşme tamamlanmıştır. Ertesi günkü yani 14/4/1970 günlü 69. birleşimde yine Anayasa Komisyonu Başkanı tarafından aynı gerekçe ile bir önerge verilmiş ve içtüzüğün 76. maddesinde öngörülen 5 günlük süre geçmeden ikinci görüşmenin yapılması istenilmiştir. Önerge Genel Kurulca uygun görülmüş ikinci görüşme yapılmış ve böylece teklif Millet Meclisince kabul edilmiştir.

Millet Meclisinde kabul edilen metin Millet Meclisi Başkanlığının 15/4/1970 günlü yazısiyle Cumhuriyet Senatosu Başkan-lığına gönderilmiş ve aynı gün Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonunda görüşülmüştür. Cumhuriyet Senatosu Genel Kurulunun 16/4/1970 günlü 60. birleşiminde Anayasa ve Adalet Komisyonu Başkanının önerisi üzerine teklifin gündeme alınması ve gündemdeki öteki işlerden önce görüşülmesi kabul edilerek birinci müzakeresi yapılmıştır. 17/4/1970 günlü 61. birleşimde Anayasa ve Adalet Komisyonu Başkanının gerekçeli önerisi üzerine içtüzüğün öngördüğü 5 günden önce ikinci görüşmenin yapılması kabul edilmiş ve böylece metnin ikinci kez görüşülmesi tamamlanarak teklif kanunlaşmıştır

Görülüyor ki izlenen görüşme usulü ivedilik niteliğinde değildir. Çünkü içtüzüğün 72. maddesinde ivediliğin niteliği gösterilmiş ve ivedilik halinde kanun lâyiha ve tekliflerinin sadece bir defa görüşülebileceği belirtilmiştir. Böyle bir işlemin varlığı tutanaklarda tespit edilmiş değildir. Şu halde yapılan işlemlerde gerek Millet Meclisi, gerek Cumhuriyet Senatosu içtüzüğünün yukarıda açıklanan ilgili hükümlerine herhangi bir aykırılık söz konusu olamaz. Davacının ivedilik konusuna ilişkin iptal isteği yersizdir ve reddedilmelidir.

….

2- Görüşmelerde gerekli yetersayının saptanması sorunu:

Anayasa'nın 155 inci maddesinde; Anayasa değişiklikleri teklifinin kabulü için, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Yani hem Millet Meclisinde ve hem de Cumhuriyet Senatosunda üye tamsayılarının en

az üçte iki oylarının birleşmesi halinde değişiklik tekliflerinin kabulü mümkün olabilecektir. Dâva dilekçesinde; Millet Meclisince, birinci görüşmede, teklifin tümüne ilişkin oylamalarda ve ikinci görüşmede maddelerin oylanmasında, Anayasa'nın öngördüğü kuralın gereğince uygulanmadığı, (Kabul edenler, etmeyenler) şeklinde işârî oyla oylamanın geçiştirildiği, bu davranışın ise Anayasa'nın ruhuna aykırı düştüğü ileri sürülmektedir.

Oylama usulleri Anayasa'da belirtilen durumlar ayrık olmak üzere, İçtüzüklerde düzenlenmiştir. Oyların nasıl verileceği ve hangi işlerde işârî oy, hangi işlerde açık oy ve hangi işlerde gizli oy kullanılacağı Türkiye Büyük Millet Meclisi Tüzüğünün 131 inci ve sonraki maddelerinde belirtilmiştir. Özellikle 132 nci maddede, açık yahut gizli oya başvurulması gerekli olmayan bütün durumlarda işârî oy kullanılacağına değinilmiştir. Şu halde aksine açıklık olmayan hallerde ana kural işârî oy kullanılmasıdır. Anayasa değişiklikleri olağan kanunların bağlı olduğu normal görüşme usulünce kabulü gerekli işlerden bulunduğu fakat içtüzüğün 135 inci maddesi uyarınca açık oya başvurulması zorunlu işlerden bulunmadığı için, bu gibi teklifler bakımından Anayasa'nın 155 inci maddesinin öngördüğü üçte iki çoğunluğun işârî oyla hesaplanması gerekir. Hesaplanma biçimi ise 134. maddede belirtilmiştir. İşâri oy el kaldırmak suretiyle kullanılır fakat oyların sayılması sonucunda başkanla kâtipler birleşemezlerse veya üyelerden beşi kalkıp isterlerse, ayağı kalkma usulüne başvurulabilir. Bunda da uyuşulamaz veya kuşkuya düşülürse açık oya başvurulur.

Dâva konusu işteki oylama Millet Meclisinde şöyle cereyan etmiştir:

Birinci görüşmede bütün maddeler işârî oyla, ikinci görüşmede, açık oylama istenen birinci madde dışındaki öteki maddeler de teklifin tümü yine işârî oyla kabul edilmiştir. Oylamaya geçmeden önce başkan bir açıklama yaparak, gerek maddelere geçilmesi oylanırken gerekse tümü oynanırken Anayasa'nın aradığı üçte iki çoğunluğun, açık oy istenmediği takdirde, işârî oyla hesaplanacağını ve Başkanlığın "kabul edildi" veya "kabul edilmedi" biçimindeki sözlerinin Anayasa'nın öngördüğü üçte iki çoğunluk oluştu veya oluşmadı anlamına geleceğini belirtmiştir. Milletvekilleri tarafından İçtüzüğün öngördüğü usul

uyarınca açık oylama istenmemiştir. Yapılan işârî oylamalarda başkanın sonucu açıklayan sözlerine karşı milletvekillerince herhangi bir itiraz ileri sürülmemiştir. Bu durumda Millet Meclisindeki oylamanın Anayasa veya içtüzük hükümlerine aykırı bir biçimde yapıldığı ve üçte iki çoğunluğun meydana geldiğinin belirtilmediği yolunda ileri sürülen neden dayanaksız kalmıştır.

Cumhuriyet Senatosunda ise teklifin tümü hariç, bütün maddeleri işârî oya sunulmuş, Başkan oy kullanan üyeleri bazen oturdukları yerde bazen de ayağa kaldırmak suretiyle sayarak sonucu rakam bildirme voliyle açıklamıştır.

Özetlenecek olursa; gerek Millet Meclisinde ve gerek Cum-huriyet Senatosundaki oylamalarda Anayasa'ya ve İçtüzük hükümlerine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Davacının iptal nedeni olarak yeter sayıma gereğince hesaplanıp açıklanmadığı yolundaki iddiası reddedilmelidir.

….

B- Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların Anayasa Mahkemesince esas yönünden denetime tabi tutulup tutulamıyacağı sorunu :

….

Gerçekten Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 147. maddesinin birinci fıkrasında; "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Mil-let Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetler", denilmektedir. Anayasa değişiklikleri doğrudan doğruya Anayasa'nın metnine girdiği için denetleme görevi kapsamı dışında kaldığı ileri sürülebilir ise de, bu değişiklikler Anayasa'nın, 157. maddesi uyarınca halkoyuna sunulması sonunda kabul edilmesinden sonra yeni bir kanunla Anayasa bütünü içine sokulmuş bulunduğuna göre böyle bir değişikliğe yol açan kanunun denetim dışında bırakılması düşünülemez. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 16/6/1970 günlü, 1970/1-31 sayılı kararında da bu yön açıkça belirtilmiştir. (Resmî Gazete gün : 7/6/1971, sayı: 13858)

Anayasalar bir devletin dayandığı hukukî yapının belkemiği niteliğindedirler. Devletin temel kuruluşlarının düzeni ile o kuruluşlara düşen görevler ve kişilerin hak ve ödevleri bu hukukî yapının bütününü oluştururlar. Ancak Anayasa düzeninin öyle temel kuruluşları,

hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı hükümlere bağlanması düzenin bütününü sarsabilir. Sözgelimi Anayasanın 1. maddesinde yazılı Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilmesi Anayasa yapısını temelinden yıkar. Bu nedenle 9. maddede bu hükmün değiştirilmesinin teklif olunamıyacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet Devlet şekli, temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile bir ilkeler manzumesidir. Şu halde Cumhuriyet Devlet şeklini ortadan silecek veya onu işlemez duruma getirecek olan Anayasa değişikliklerinin yapılamıyacağı Anayasamızın gerek açık hükümlerinden, gerek ruh ve felsefesinden çıkmaktadır. Bu temel düşüncenin ulaştırdığı sonuç şudur ki; Anayasa'nın Devlet şekli hükmü dışındaki hükümlerinin, hiçbir kayda tabi olmadan, yasama organınca değiştirilebileceği sanılmamalıdır. Çağdaş Anayasalar kendilerini koruyan ve teminat altına alan hükümler ve müesseseleri de birlikte getirmeyi sağlamışlardır. Bu arada klâsik demokrasiden ayrımlı bir sistem olarak Anayasa'yı yasama organına karşı daha açık bir deyim ile, çoğunluğun baskısına karşı koruyacak kurum ve hükümlerin bizim Anayasamızda yer almış bulunduğuna işaret etmek gerekir. (Bakınız Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporu, Kâzım Öztürk, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı, Cilt: 1, Sahife 609).

Anayasa'nın tam bir uyum içinde birbirini tamamlayan genel hükümlerinin, Anayasa değişikleriyle sistem ve düzenin bozulması ve çelişiklikler içine düşürülmesi bir bütün teşkil eden hukuki yapıyı sarsar ve yıkar. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin, 147. madde ile kendisine verilen görev ve yetkileri kullanarak. Anayasa'yı çoğunluğun egemenliğine karşı koruyabilmesi, Anayasa'nın özellikle başlangıç kısmı, 2.,4. ve 8. maddeleri hükümlerine uygundur. Şu duruma göre Anayasa değişikliklerinin esas yönünden Anayasa Mahkemesinin uygunluk denetimine tabi olmayacağı yolundaki görüşün anayasal dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.

….

C- Esas yönünden inceleme:

Anayasa'nın 73. maddesinde, Cumhuriyet Senatosu üyeliği süresinin 6 yıl olduğu açıklanmıştır. Oysa dâvaya konu edilen kanunun uygulanması sonucu olarak 1970 Haziranında yapılması gerek-

li Senato seçimleri 1971 Ekim ayında yapılacaktır ki, böylece bir bölüm Senato üyelerinin Haziran 1970 de sona erecek süreleri bir yıl 4 ay uzatılmış bulunmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın yukarıda açıklanan hükmüne aykırı düşeceği dâva dilekçesinde ileri sürülmektedir.

…

Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu için yapılan ilk 1961 seçiminden sonra Senato yenileme seçiminin 1963 Ekiminde yer alması gerekli iken Kanun Koyucu 304 sayılı Kanunla bu seçimleri Haziran 1963 tarihine almış, fakat böylece Senato üyeliği yenileme süresi iki yıldan daha aşağıya düştüğünden tekrar kanun değiştirilmiş ve 29/5/1963 günlü, 238 sayılı Kanunla 1964 Haziran ayında seçim yapılması kabul edilmişti. Bu kez Senato üyeliği süresi 7 ay kadar uzamış ve hem de her yıl seçim yapmak gibi Anayasa Koyucunun arzulamadığı bir sonuç meydana gelmiştir. Anayasa'nın 73. maddesini değiştiren 1254 sayılı Kanunun bu zorunluğun etkisi ile çıktığı bir gerçektir.

….

Dâva dilekçesinde, Anayasa'nın 73. maddesinin değiştirilmesiyle vatandaşın seçme ve seçilme hakkının zedelendiği de ileri sürülmüş ve böylece 10., 11. ve 55. maddelerde yazılı kişinin temel haklarına ilişkin hükümlere aykırı davranıldığı belirtilmiş ise de Senato üyeliği süresinin sadece bir dönem için geçici olarak bir yıl 4 ay uzamış bulunmasının sözü edilen temel hakların özüne olumsuz bir etki yaptığı kabul edilemez. Kaldı ki, ileri sürülen süre uzaması yukarıda da açıklandığı üzere seçimlere ilişkin Anayasa hükümlerinin gerçek doğrultusunda uygulanması için zorunlu bir düzenleme sonucu olmuştur. Bu itibarla Anayasa'nın 4. maddesinde yazılı temel ilkenin dışına çıkılarak bir yetkinin kullanıldığından da söz edilemez.

Anayasa, 69. ve 108. maddelerinde yazılı hallerde Millet Meclisi seçimlerinin öne alınması usulünü öngörmüştür. Buna karşılık seçimlerin ertelenmesi ancak 74. maddede söz konusu edilmiş ve bunun yalnız savaş halinde ve bir yıl için mümkün olabileceği hükme bağlanmıştır. Anayasa Koyucunun bu yasaklamasının, seçimlerin Anayasa doğrultusunda olağan bir biçimde yapılmasına bağlı olduğu unutulmamalıdır. Gerçekten Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca yasama yetkisini kullanan Türkiye Büyük Millet Meclisinin bundan sonra, sa-

vaş hali dışında, seçimlerin ertelenmesi sonucunu doğuran herhangi bir yasama çalışmasına girebileceği düşünülemez. Aksi takdirde 1254 sayılı Kanunun kabulünden önce olduğu gibi her yıl seçim yapılması durumu meydana gelir ki, bunun da Anayasaya aykırı olduğunda kuşku bulunmamak gerektir Çünkü Anayasa Meclislere ilişkin seçimlerin ancak iki yılda bir yapılabileceğine 74. maddesinde işaret etmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında; "Meclislerin aza seçimleri her iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimi ile birlikte yapılır" denilmekte ve üçüncü fıkrasında da; "Millet Meclisi genel seçimlerine bir yıl kala ara seçimi yapılamaz" hükmü bulunmaktadır. Bu hükümlerden çıkan açık anlam, Anayasa Koyucunun her yıl seçim yapılmasını ve böylece vatandaşı sürekli bir seçim havası içine sokarak memleketin olağan sosyal ve ekonomik düzeninin sarsılmasını istemediğidir. Dâvaya konu olan Anayasa değişikliğinin bu açıdan düşünülmesi halinde 74. maddeye aykırılığı değil aksine uygunluğu sonucuna varılmak gerekir.

Özetlenecek olursa; Anayasa'nın 73. maddesini değiştiren 1254 sayılı Kanunun esas yönünden dahi Anayasa'nın genel ilkeleri ile bağdaşmayacak bir yönü bulunmamaktadır. Dâvanın bu bakımdan da reddi gerektir.

…

SONUÇ:

1- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 73. maddesinin değiştirilmesine ve Anayasa'ya geçici bir madde eklenmesine dair 17/4/1970 günlü, 1254 sayılı Kanunun şekil yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve dâvanın bu konuya yönelen bölümünün reddine Avni Givda, Şahap Arıç, Recai Seçkin, Ahmet Akar ve Muhittin Gürün'ün karşı oylarıyle ve oyçokluğu ile

2- Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'yı değiştiren kanunların esas yönünden de Anayasa'ya uygunluk denetimini yapabileceğine Fazıl Uluocak ve Halit Zarbun'un karşı oylariyle ve oyçokluğu ile;

3- Aynı kanunun esas yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve dâvanın bu konuya yönelen bölümünün de reddine Avni Givda, Sait Koçak, Ahmet Akar ve Muhittin Gürün'ün karşı oylariyle ve oyçokluğu ile, 13/4/1971 gününde karar verildi.

İlk önce karara konu olan Anayasa değişikliği ile ilgili hukuksal irdeleme bakımından önem arz eden maddi-hukuki olguları tespit edelim:

Söz konusu Anayasa değişikliğinin alt komisyonlarda görüşülmesinden sonra Genel Kurulda 13 ve 14 Nisan 1970 tarihlerinde birinci ve ikinci görüşmeleri tamamlanarak Senatoya sunulmuştur. Teklifin TBMM Genel Kuruluna gelmesiyle birlikte İçtüzüğün acele görüşmeye ruhsat veren ilgili hükmüne istinaden öncelikle görüşülmesi teklifinde bulunulmuş ve öneri kabul edilerek görüşmeler iki günde bitirilmiştir. Anayasa değişikliğinin oylanması sırasında üçte iki oy çokluğunun sağlanıp sağlanmadığı kabul oylarını saymak suretiyle yapılmamış, işari oylama yapılarak -göz kararı ile- teklifin kabul edildiği oturumu yöneten başkan tarafından tutanağa geçirilmiştir.

Meclis Genel Kurulundan geçen teklif Senatoya sunulmuş, 16 ve 17 Nisan 1970 tarihinde yapılan birinci ve ikinci görüşmeler sonunda kabul edilerek kanunlaşmıştır. Söz konusu Anayasa değişikliği ile Senato seçimleri –seçim takvimini düzeltme gayesiyle- bir yıl dört ay gibi bir süre ileri bir tarihe ertelenmiştir.

Oysa 1961 Anayasasının kararda da bahsi geçen ve kısmen alıntılanmış olan 155. maddesinde Anayasa değişikliğine ilişkin kanun tekliflerinin A) Meclisin üçte biri tarafından teklif edilebileceği, B) Teklifin ivedilikle görüşülemeyeceği, C) Teklifin TBMM Genel Kurulunda üye tamsayısının üçte ikisini oyuyla kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Yine aynı Anayasa, ilgili maddesinde Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların Anayasa Mahkemesince ancak şekil yönünden denetlenebileceğini emredici bir kurala bağlı tutmuştur.

Anayasa koyucu şekil denetimini tanımlamış değildir. Ancak Anayasanın 155. maddesinde şeklin unsurlarının neler olduğunu az önce ifade ettiğimiz gibi açık seçik ortaya koymuştur. Anayasanın ilgili hükmünün açıklığı ve berraklığı karşısında yoruma gelir bir yön mevcut değildir.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla teklif çokluğu yönünden hukuksal bir sorun bulunmamaktadır. Ancak; TBMM Genel Kuru-

lunda oylamalar işari oyla yapılmış, oturumu yöneten başkan teklifin kabul edildiğini belirtmiş verilen kabul oylarının sayısını bildirmemiş göz kararı ile üçte iki oy çokluğunun sağlandığına hükmetmiştir. Böyle bir oylama kesinlikle Anayasaya uygun değildir. İşari oylama, göz kararı sayım diğer kanunlar bakımından doğrudur. Zira, Genel Kurulda Anayasanın öngördüğü toplantı nisabı sağlandığında toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınacağı bilinen bir husustur. Bir kanun teklif veya tasarısının görüşülmesi sırasında diyelim ki iki yüz üye Genel Kurul salonunda mevcutsa oylama sırasında on, on beş, yirmi .. elli kadar milletvekili kabul yönünde el kaldırmayıp diğerleri el kaldırmış ise işari sayımla yetinilmesi doğaldır. Çünkü elli ile yüz elli arasındaki fark; algı yanılmasına meydan vermeyecek kadar büyüktür. Maddi âlemdeki fiziksel olguların algı yanılmasına neden olmayacak açıklık ve belirlilikle ortaya çıkması halinde ayrıca ölçüm yapmaya gerek duyulmayabilir. Ne var ki araştırıcı bakımından maddi olguların istatistik sonuçlarının tam bilinmesi gerekiyorsa bu takdirde sayım yapılması kaçınılmaz bir zorunluluk olarak belirir. Anayasa koyucu anayasa değişikliklerinin kabulü bakımından üçte iki oy çokluğu aradığına göre oylamanın istatistik sonuçları itibariyle tam olarak ölçülmesini, oy miktarının tespit edilmesini gerekli görmüştür. Üçte iki oy çokluğunun sağlanıp sağlanmadığı göz kararı ile tespit edilebilecek türden bir maddi olgu değildir. Algılarımız maddi olguları sayısal kesinlikle bilecek ve kavrayacak kadar güçlü değildir. Bir oylamanın belli bir oranla yapılması gerekli görülmüş ise sayım yapılması dışında ikinci bir seçenek yoktur. Üçte iki çoğunluk bir oyla, üç oyla kaçırılmış olabilir, bir 300/450 oranına göre üç yüzde bir, üç, dört, beş, on vb. eksik oy miktarlarını gözümüzün sunduğu algılama yeteneği ile fark etmeye imkân yoktur.

Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi ile ilgili diğer şekil unsuru "ivedilikle görüşülemeyeceği" şartıdır. Bu Anayasa'da yer almış bir hükümle güvenceye kavuşturulmuştur. Bunun anlamı şudur: kanunların görüşülmesi sırasında toplumun, devletin ertelenemez nitelikte acil ihtiyaçlarına göre İçtüzükte kanun teklif veya tasarılarının görüşülmesi için öngörülen tartışma

ve müzakere etmeye ilişkin asgari sürelerin kısaltılabilmesine imkân tanıyan yine İçtüzük hükmünün, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanun tasarı veya tekliflerinin görüşülmesi ve müzakere edilmesi sırasında uygulanması imkânının bulunmayışıdır.

Anayasa Mahkemesi, üzerinde durulan kararında, Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifiyle ilgili olarak ivedilik kararı alındığı hallerde, görüşmenin ivedilikle yapılabileceği yargısıyla hareket etmiştir. Bu Anayasa'nın ve İçtüzüğün yukarıya alınan karar özetinde geçen ilgili hükümlerine son derece aykırı bir yaklaşımdır. Bir kere kanun teklif veya tasarılarının görüşülmesi bakımından bile genel geçer kural bunların gerek TBMM'de gerekse Senato'da İçtüzükte belirtilen genel sürelerde müzakere edilerek kanunlaşmasıdır. Eğer herhangi bir toplumsal, siyasal, iktisadi veya başka bir zorunluluk nedeniyle bir aciliyet durumu var ise o takdirde bir ivedilik kararı alınarak İçtüzükte öngörülen genel süreler yerine yine İçtüzükte belirtilen asgari süreler içinde görüşmelerin ve oylamaların tamamlanarak teklif veya tasarının kanunlaştırılması yoluna gidilebilir. İçtüzüğün ivedilikle ilgili hükmünün anlamı budur. Anayasa değişikliği ile ilgili kanunlarda ivedilikle görüşülemeyeceği şartı olduğuna göre ivedilik kararı alınması bu hukuksal engeli kaldırabilecek bir hukuksal tasarruf değildir, yani böyle bir tasarruf meşru değildir. Bu husus; Anayasa ve İçtüzük hükmünü çarpıtma mahareti ve cerbezesine kapılmayan her sağduyu sahibinin paylaşabileceği nesnel bir gerçekliktir. Bundan gerisi açık bir zorlama ve meşru olmayan bir maslahata göre hareket etmeye hukuksal bir kılıf uydurulmasından başka bir şey değildir. Anayasa Mahkemesi bu ivedilikle görüşülemeyeceği konusunda yaptığı değerlendirmelerde milletin zekâsıyla alay edercesine mugalata yapmıştır.

Yine Mahkeme söz konusu bu kararında; kendi hukuksal yaklaşımını gerekçelendirme, tarafları hukukun diliyle ikna etme, kararın haklılığını ispatlama gayreti içinde bulunma gibi her yargısal kararda varlığı hissedilmesi gereken unsurların mevcut olması yönünde hiç bir sorumluluk ve kaygı taşımamıştır.

Mahkeme üzerinde durulan kararında; Anayasa kendisinin yargılama yetkisinin sınırlarını tereddüde yer bırakmayacak, yoruma elvermeyecek bir açıklık ve seçiklikle tanımladığı, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar hakkında açılan davalarda ancak şekil bakımından denetleme yapılabileceğine izin verdiği halde esas bakımından da Anayasa değişikliklerini denetleyebileceğine karar vermiştir. Bu çok açık bir yetki gaspıdır. Anayasa Mahkemesi bu anlayışıyla kendisini Anayasa koyucu gibi görmüştür. Demokratik bir yönetimde bütün yetkilerin kaynağı halktır. O halde Anayasa; halkın, devletin genel kurumsal yapısını belirleme iradesinin yansıması demektir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlediği takdirde, halkın iradesinin yerine kendi iradesini geçirmektedir.

Anayasa Mahkemesi üzerinde durulan kararında esas bakımından da denetim yapabileceğini açıkladıktan sonra dava konusu kanunu esasa ilişkin nedenlerle iptal etmesi gerekirdi. Zira Anayasa'ya eklenen iptal istemine konu kanunla Senato seçimleri bir yıl dört ay gibi bir süre ertelenmek suretiyle, Anayasa değişikliğini bizzat görüşen senato üyelerine görev süreleri uzatılarak anılan süre kadar maaş ve diğer özlük hakları sağlanmış oluyordu. Bunun hem hukuksal açıdan hem de ahlaki açıdan sorunlu bir durum olduğunda kuşkuya yer olmaması gerekir.

Seçimle iş başına gelen temsilcilerin görev sürelerinin Anayasaya eklenen bir geçici hükümle uzatılması keyfiyeti, Davacı Partinin dava dilekçesinde savunduğu gibi gerçekten Devletin yapısının Cumhuriyet olması yönündeki Anayasa hükmüne aykırıdır. Bu hükme aykırılığın zorunlu bir sonucu olarak yine Anayasada tanımlanan ve teminat altına alınan; vatandaşların seçme ve seçilme haklarına da aykırıdır.

Burada TBMM'nin ve Senatonun yaptığı ahlaki ve hukuki ayıbın vahametinin daha iyi anlaşılabilmesi gayesiyle bir an için Anayasa Mahkemesinin bu kararını meşru bir dayanak yaparak daha sonraki yasama dönemlerinde TBMM'nin gerek kendisinin gerekse Senato'nun görev sürelerini Anayasaya eklenen geçici maddelerle değiştirmeyi gelenekselleştirdiğini düşüne-

lim, acaba böyle bir siyasal gelenek Türkiye'yi nereye götürürdü? Herhalde bütün kurum ve kuruluşlarıyla olgunlaşmış, medeni dünya tarafından kabul gören, demokratik kalıpları yüksek saygın bir Türkiye olma durumuna götürmezdi. Daha fazla askeri darbe, insan hak ve hürriyetlerinin daha fazla kısıtlandığı, toplumsal, siyasal, iktisadi istikrarsızlıkların istikrar kazandığı, süreğenleştiği bir üçüncü dünya ülkesi olmak dışında herhalde başka bir kaderimiz olamazdı.

Seçimle gelinen bir göreve Anayasaya eklenen geçici bir hükme dayanılarak gelinmesinin veya seçilerek göreve gelindikten sonra bir sonraki seçimin tarihinin ertelenmesinin Anayasanın, Devletin şeklinin cumhuriyet olarak tanımlandığı birinci maddesi hükmüne aykırı olduğunu bilebilmek ya da anlayabilmek için Anayasa Mahkemesi üyesi olmaya hiç gerek yoktur. Ortalama bir zekâya sahip her vatandaş cumhuriyet kavramını biliyorsa bu aykırılığı tereddütsüz fark eder.

Anayasa Mahkemesince madem anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların -açılan davalarda- anayasaya uygun olup olmadığının şekil şartları dışında esastan da incelenebileceği kabul ediliyorsa o takdirde önüne gelen bu davada dava konusu kanunun Anayasaya esas bakımından aykırılığını tespit ederek iptal yönünde karar verilmesi asgari bir tutarlığın zorunlu sonucu olarak kabul edilmeliydi.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında Davacı Partinin tezlerine cevap verilerek karşı hukuksal tezler ortaya konulması gibi bir hukuksal hassasiyet ve inandırıcı olma düşüncesinden kesinlikle uzak durmuştur. Zaten haksızlığın haklılığını savunmak mümkün değildir.

Kararın gerekçe kısmında dava dilekçesindeki hukuksal değerlendirmelerin "değersizliğini veya geçersizliğini" ortaya koymak yerine dava konusu Anayasa değişikliğinin kanunlaşma süreci anlatılmıştır. Bu husus kararın yukarıya alınan kısmında – alıntı yapılan kısım kararın tamamına yakındır- kendini açık bir şekilde belli etmektedir.

Yukarıdaki kararda Anayasa Hukuku karşısında vaha-

met derecesinde ayıp sayılabilecek bir hukuksal değerlendirme daha yapılmıştır. Mahkemece Anayasanın ilgili hükümleri ile İçtüzüğün ilgili hükümleri birbiriyle kıyaslanırken "normlar hiyerarşisi" adeta tepe taklak yapılmıştır. "*Dâva dilekçesinde; bu içtüzük hükümleri belirtilmekle birlikte, Anayasa değişikliklerinin ivedilikle görüşülemiyeceğine ilişkin Anayasanın 155. maddesi hükmü karşısında asgarî sürelerin daha aşağısına inilmesini mümkün kılan yetkinin kullanılmaması gerektiği savunulmaktadır...*" İfadesiyle başlayan paragraf ve bu teze cevap niteliğindeki Mahkemenin değerlendirmelerinin yer aldığı devamı iki paragrafta Meclis İçtüzüğünün hükümlerinin tamamının uygulanmak durumunda olduğu, Anayasa koyucunun 155. maddeyi düzenlerken 1957 yılından itibaren uygulanan İçtüzüğün hükümlerini göz ardı ettiğinin düşünülemeyeceği yolundaki değerlendirmelerde adeta Anayasanın İçtüzüğün altında bir kural sistemi olduğunu savunmak gibi olağanüstü bir hata yapılmıştır.

Yeni kurulmayan bir devletin mevcut anayasasını yürürlükten kaldırarak yeni bir anayasa yaptığı bir sırada siyasi, toplumsal, iktisadi, kültürel hayatı düzenleyen bir dizi kanunların yürürlükte bulunması olağan bir şeydir. Anayasa koyucu yeni anayasa yaparken yeni anayasanın yürürlükteki kanunlara aykırı hükümler taşımaması gibi bir düşünce ile hareket edemez. Bazı kanunların bir kısım hükümlerinin yeni anayasaya aykırı hükümler içermesi durumunda o hükümlerin değiştirilmesi gerekir. Bu konuda yasama erkinin üzerine düşeni yapmamış olması durumunda yargı mercileri uygulanma imkânı varsa doğrudan doğruya anayasa hükmünü uygulama yoksa itiraz yoluyla konuyu anayasa mahkemesinin önüne götürme imkânına sahip bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin baktığı bu davada iç tüzük hükmünün Anayasanın ilgili hükmüne aykırı olması hasebiyle iptaline karar vermesi pekâlâ mümkün olduğu gibi esasen doğrudan Anayasa hükmünü uygulamak mümkün olduğundan ortada bir hukuksal boşluk da mevcut değildir.

Hele hele ortada bir iç tüzük değişikliği olmadığı halde

önüne iptal davası yoluyla getirilen Meclis kararlarını "iç tüzük kuralı tedvini" veya "eylemli iç tüzük değişikliği" gibi ıstılahi (terminolojik) isimler uydurarak iptal eden bir Anayasa Mahkemesinin gerçekten İç tüzükte yazılı bir kuralı Anayasaya aykırı olarak değerlendirdiği halde iptal etmemesin – İç tüzüğün Anayasadan önce yürürlükte olduğu gerekçesiyle- anlaşılabilir ve kabul edilebilir bir yorumunu yapmak mümkün değildir.

3) Anayasa Mahkemesinin itiraz yolu ile Anayasanın bir hükmünü iptal etmesine ilişkin kararı ve eleştirisi:

Anayasa Mahkemesinin üzerinde durulacak kararının verilmesi şu şekilde olmuştur: Bir hâkim yardımcısı hakkında uygulanan intibak işleminin talebine uygun olmaması nedeniyle, aslında Hâkimler Yüksek Kurulunun kararlarına karşı yargı yolu kapalı olduğu halde Danıştay 5. Dairesinde dava açmış, anılan Yargı Mercii, davanın esastan çözümlenmesine engel teşkil eden, Anayasanın Kurul kararlarına karşı yargı yolunu kapatan 144. maddesinin birinci fıkrasının; Anayasanın 1., 2. ve bu maddelerde değişiklik yapılmaması için koruma altına alan 9. maddesi hükümlerine aykırı olduğu görüşüyle konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne götürmüştür.

Anayasa Mahkemesi itiraz yolu ile önüne gelen bu konuda verdiği 27.1.1977 tarihli ve E: 1976/43, K:1977/4 sayılı kararı ile Anayasanın 144.maddesinin birinci fıkrasındaki, Hakimler Yüksek Kurulu kararlarına yargı yolunu kapatan "… *Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz*" hükmünü, Danıştay 5. Dairesinin Anayasaya aykırılık konusunda öne sürdüğü görüşleri doğrultusunda iptal etmiştir.

Bu karar Mahkemenin aslında Yasama alanına el atmasının şahikası niteliğinde kabul edilmesi gereken, diğer kararlarını aşan bir karardır. Çünkü ortada yürürlükte bir Anayasa varken ve bu Anayasaya değişiklik getiren bir kanuna karşı süresi içinde yeter sayıda TBMM üyeleri tarafından açılan bir dava bulunmadığı halde, Mahkeme def'i itiraz yolu ile önüne gelen davada Anayasanın bir hükmünü başka bir hükmüne aykırı bula-

rak iptal etme yoluna gitmiştir. Mahkemenin bu şekilde davranması haklı olarak şu çarpıcı soruyu akla getirmektedir: Anayasa Mahkemesi yürürlükteki Anayasayı yürürlükten kaldırabilir mi? Üzerinde durulan bu karar, bu soruya "evet" cevabı verilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu dediğimiz şu şekilde gerçekleşebilir: birileri açtıkları davalarda, Anayasanın bir hükmünün diğer hükümlerine aykırılığını ileri sürerek pekâlâ konunun Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesini sağlayabilirler ve Anayasa Mahkemesi de o Anayasa hükmünü diğerlerine aykırı görerek iptal edebilir. Bu yol sürekli bir şekilde izlenerek Anayasa, Mahkeme tarafından peyderpey iptal edilebilir.

Anayasada (1961 Anayasası) def'i itiraz yolu ile bir Anayasa hükmünün veya Anayasaya değişiklik getiren bir hükmün iptaline ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. (bu husus 1982 Anayasası için de geçerlidir) O halde Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile iki farklı tecavüzde bulunmuştur, birincisi, Anayasa değişikliklerinin iptal davası yoluyla ve ancak şekil bakımından denetleyebileceği halde, bu kararla iptal davası olmadan, denetlemiştir, ikincisi ortada zaten şekil bakımından denetlenecek bir durum olmadığı halde bu yargısal denetimi yapmıştır. Tabii Mahkemenin bu kadar la yüs'el davranması bu eserin değişik yerlerinde yeri geldikçe ifade ettiğimiz onu denetleyen başka bir merciin olmaması gerçeği ile yakından ilgilidir.

Anayasa Mahkemesi kararında, ilk olarak; sözü edilen 144. maddenin ilgili ibaresini, Anayasanın devletin şeklinin cumhuriyet olduğu yolundaki 1. maddesi ve cumhuriyetin niteliklerinin belirtildiği 2. maddesi hükümlerini koruma altına alan ve bu maddelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin 9. maddesinde ifadesini bulan "değiştirilemezlik" ilkesine aykırı bulmuştur. Gerçekte, 144. maddenin ilgili hükmü ile 1. ve 2. Madde hükümleri arasında, öncekinin sonrakileri değişime, başkalaşıma uğratacağı veya etkisiz bırakacağı yolundaki varsayım ancak, Anayasa Mahkemesinin olağanüstü yorumlama yeteneği ile varabileceği sanal bir sonuç olup gerçekte sözü edilen 144. madde ile diğer-

leri arasında ve diğerlerinin aleyhine bir çelişme durumu bulunmamaktadır.

Mahkeme kararının gerekçesinde, itiraza konu hükmün cumhuriyetin ilkelerinden olan hukuk devleti ilkesi ile çeliştiğine dikkat çekmiş, bir işlem türüne karşı yargı yolunun kapalı olmasının devletin hukuk devleti olması niteliğine zarar verdiği varsayımından hareket etmiştir. Acaba, bir işlem türüne karşı dava açılamamasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı kabulü doğru mudur? Bu soruya sorunun yalınlığı ölçüsünde kolay cevap vermek mümkün değildir. Diyelim ki, Anayasa Mahkemesinin hareket ettiği bu "kabul" haklı ve yerinde bir tutum olsun o zaman şunu soralım: yargı mercilerinin her durumda hukuk devleti ilkesine uygun karar verecekleri mutlak bir doğru mudur? Bu soru zayıf bulunabilir, o zaman şöyle bir soru soralım: Anayasası, sürekli bir biçimde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme tehdidi altında olan bir devlet hukuk devleti olabilir mi? Hayır olamaz. Çünkü hukuk devleti; devletin ve yetkili organlarının yetki ve görev sınırları ile vatandaşların hak ve özgürlükleri ve yükümlülüklerinin sınırlarının Anayasa ve diğer hukuk metinlerinde belirlendiği, bu sebeple gerek vatandaşların gerekse devlet organlarının birbirlerine karşı nasıl davranacaklarını kendilerinden emin bir şekilde bildikleri, devlet uygulamalarında beklenmedik tasarruf ve davranış biçimlerine yer olmayan devlettir. Güven ve istikrar hukuk devletinin olmazsa olmaz taşıması gereken niteliklerdir. Hukuk devleti ilkesini belirleyen esas unsurlar da bu güven ve istikrar kavramlarıdır. Güvenin ve istikrarın olmadığı yerde hukuka yer yoktur.

Eğer devletin Anayasası ortada usulüne göre açılmış bir dava olmadığı halde, iptal edilebiliyorsa, devlet katında; tarifi zor bir yetki ve görev karmaşası ve belirsizliği var demektir. Hak, özgürlük, yetki, görev ve yükümlülüklerin sınırlarının belirli olmadığı dolayısıyla daha önceden öngörülemeyen menfi hukuksal müdahalelerle bu kavramların içerik ve sınırlarının değiştirilmesinin mümkün olduğu bir devlette ne güvenden ne de istikrardan bahsetmek mümkündür. Güven ve istikrarın hüküm sürmediği bir devlet örgütünü hukuk devleti olarak kabul

etmek mümkün değildir.

Mahkeme kararında insan hakları ve eşitlik ilkeleri açısından yapılan değerlendirmeler doğru olmakla beraber, bu hukuka uygun yorumlar; Mahkemenin yetkisi dâhilinde açılan bir davada verilecek kararda yer alması halinde muteber ve değerli olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi üzerinde durulan kararında; korumaya çalıştığı hukuk devleti ilkesine, hukukun istikrarlı, tutarlı kurallar dünyasını, yetkisi haricinde olması nedeniyle kendisinden beklenilmesi mümkün olmayan bir davranışla sarstığı, hukuk devletinin güven ve istikrara dayalı temeline yetkisiz bir müdahalede bulunduğu için olağanüstü bir zarar vermiştir. Bu kararla Anayasa Mahkemesi (üyeleri) Anayasanın; Mahkemenin bizzat kendisi olduğunu söylemiş olmakla narsist bir kişilik hali sergilemiştir.

4) Yürürlüğün durdurulması müessesesinin oluşturulmasına ilişkin ilk karar:

Kamu veya devlet mülkiyetinde bulunan iktisadi, ticari kıymetlerin özelleştirilmesi, bir siyasi programa dayalı olarak ve kanuni bir düzenleme çerçevesinde yapılan bir uygulamadır. Demokrasilerde siyasi partiler seçim öncesi halka siyasi, iktisadi, toplumsal sorunların çözümünde nasıl bir yol ve yöntem izleyeceklerini açıklayarak oy isterler. Bir partinin halk tarafından diğer partilere tercih edilmesi; açıkladığı siyasi programın halkın güven ve ilgisini kazandığı ve halk tarafından onaylandığı anlamına gelir. Bir siyasi programın uygulanmasının nasıl olacağını, göstermek amacıyla çıkarılan bir kanunun anayasanın ilgili hükümlerine lafzen bir aykırılığı bulunmadığı halde iptal davasına konu edilmesi öncelikle bu davayı açanların demokratik olgunluğa ulaşamadıklarını ortaya koyan bir davranıştır.

Özelleştirme eğer yanlış bir uygulama ise o çerçevede yapılan tasarruflar nedeniyle halk zaten takip eden seçimde iktidar partisini veya partilerini cezalandırıcı nitelikte demokratik bir tercihte bulunacaktır. Siyasi uygulamaların –bunlar ceza huku-

ku bağlamında suç niteliğinde eylemler oluşturmadığı süreceyargılama konusu yapılması demokrasinin özüne zarar vermekten kesinlikle azade kalamazlar. Devletin mülkiyetinde olan iktisadi değerlerin özel mülkiyete geçirilmesi mevcut Anayasaya ne gibi bir aykırılık oluşturur? Bu soruya, soruyu soran kimseleri tatmin edecek inandırıcı bir cevap bulmak imkân dâhilinde değildir.

Özelleştirmeyi iktisadi, mali bir siyasi program olarak benimseyen bir iktidarın karşısına yargı organını çıkartan siyasi muhalefetin demokrasiyi gereği gibi içine sindirememesi bir yana konuyla ilgili kanunu afaki, soyut ve kapalı gerekçelerle iptal eden bir Anayasa Mahkemesi kendini siyasi karar alıcıların yerine ikame etmiş olmaktadır. Tabii kendisi bir siyasi karar organı olmadığı halde siyasi nitelikli bir tasarrufla ilgili, onu ortadan kaldıran bir yargısal karar alınması sahip olunan yargılama yetkisinin açıkça istismar edildiğini gösterir.

Anayasa açısından iktidar yetkilerini kullanan organın adı "yürütme"dir. Parlamenter rejimde yürütme organı yasama organının içinden çıkar. Anayasaya göre (8. madde) yürütme işlevi hem bir yetki hem de bir görevdir. Demokratik bir parlamenter rejim açısından ise yürütme organını içinden çıkaran birim veya birimler ise siyasi partilerdir. Siyasi partiler demokrasinin vaz geçilmez unsurlarıdır. Seçme ve seçilme hakkının kullanılabilmesi siyasi partilerin mevcudiyetine bağlıdır. Siyasi partiler açısından, dolayısıyla siyasi partilerin üyeleri ve yöneticileri açısından iktidara gelme imkânının bulunması bir haktır. İktidar partisi veya partileri bakımından ülkeyi yönetme bir görev olarak değil bir hak olarak tanımlanmak durumundadır. Yani yürütme işlevi bir hukuksal kavram iken iktidar işlevi siyasi bir kavramdır. İşte bunun sonucu olarak yürütme işlevi bir görev ve yetki olurken iktidar işlevi bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu sözünü ettiğimiz siyasi-hukuki çerçeve göz önünde tutularak Anayasa Mahkemesinin Anayasada tanınmamış bir yetkiyi yargılama yetkisini kullanarak içtihat yoluyla yaratması acaba demokrasinin ruhuna ve onun değerlerine ne kadar uygundur

veya uygun mudur, değil midir? Sorusunun cevaplandırılması; Anayasa Mahkemesinin korumak zorunda olduğu Anayasa açısından önemli olduğu gibi demokrasinin korunması, demokratik hak ve özgürlüklerin güvence altında olması bakımından da önem arz etmektedir.

Medeni dünyanın geldiği son aşamada, Anayasa hukukunun arka planı, bu hukuku yaratan felsefi ruh herhalde bize hak ve özgürlükleri tanımlamama şeklinde bir tutumu önerir. Zira bir hakkın ve özgürlüğün açık bir tanımını yapmak çoğu zaman onun özüne zarar vermeksizin mümkün olacak bir şey değildir.[17] Bu konuda davranışımızı belirleyecek ilke; başkasının özgürlüğü veya hakkının başladığı yerde benimkinin sona erdiği şeklindeki bildik ilke olmalıdır. Bu ilke aynı zamanda bir ahlak kuralıdır, bu nedenle de toplumsal vicdanın kabulüne mazhar olmak bakımından büyük bir şansa sahiptir. Eğer bu çok soyut olarak görülüyorsa o zaman hiç bir hakkın suç işlemek kastıyla kullanılamayacağı ilkesiyle hak ve özgürlüklere somut bir sınır belirlemiş oluruz. Aslında bu ikisi bir birinden bağımsızmış gibi görünse de çoğu zaman iç içedir. Birincisi daha ziyade ahlak alanına aitken ikincisi daha ziyade hukuk alanına aittir. Suç işlememek (ahlaki ve hukuki) şartıyla hak ve özgürlüklerin sınırlarının çok geniş olduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan Devlet veya ilgili organları ya da devlet adına karar alanlar; yazılı hukuk kurallarında hak ya da özgürlüklerin sınırlarında bir belirsizlik varsa ya da söz konusu hak veya özgürlük gereksiz bir biçimde kısıtlı bir şekilde tanımlanmış ise üçüncü kişilerin zararına olmamak koşuluyla o hak ve özgürlüğü geniş yorumlamak durumundadır. Aksi takdirde hak ve özgürlükler kurumsal bir güvenceden yoksun kalmış olurlar.

Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkelerine bağlı olan bir devlet kendi yetkilerinin alanını daraltmak vatandaşlarının hak ve özgürlüklerinin alanını olabildiğince genişletmek durumundadır. Bu ilke benimsenmez ise devlet hukuk devleti veya hukukun üstünlüğüne inanan devlet değil "devletin huku-

[17] Bknz. Yukarıda "2" nolu dipnot, Prens Meternich'in görüşleri

kuna" ya da "üstünlüğün hukukuna" inanan devlet haline gelmiş olur.

Hak ve özgürlükler hem fertlere hem de fertlerin meydana getirdiği tüzelkişiliklere tanınmış hukuksal yetkilerdir.

Demokrasilerde iktidara gelebilme imkânlarının olması bir haktır. Siyasi partiler iktisadi, mali, toplumsal programlarını açıklar ve seçmenlere kendini tanıtır, seçmen de ilgili parti veya partilere teveccüh göstererek onları iktidar yapar, ülkeyi yönetme yetkisi verir. İktidar olan yani ülkeyi yönetmek için halktan yetki alan parti veya partilerin siyasi, mali, iktisadi, toplumsal programlarını uygulamaya koyması bu yetkiden doğan bir haktır. Elbette bu hakkın da sınırları vardır ve bu sınırlar suç işleme niteliğindeki eylemlerin başladığı yerde bulunmaktadır.

Buna göre devlet mülkiyetinde bulunan iktisadi kıymetlerin kamu harcamalarının karşılanması ve yeni kamusal hizmetlerin üretilmesinde kullanılmak üzere kamu geliri elde etmek amacıyla özel kişi veya kuruluşlara satılması yani maddi bedel karşılığında kamu mülkiyetinden özel mülkiyete geçirilmesi bir suç olmadığı gibi Anayasanın açıkça yasakladığı bir tasarruf da olmadığı cihetle bu tasarrufu mümkün kılacak kanunun iptal edilmesi, iptal edilinceye kadar kanunun yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi aslında iktidar olma hakkına açık bir saldırı niteliğindedir.

Aşağıdaki Anayasa Mahkemesi kararı işte siyaset- hukuk ilişkisi bakımından böyle bir karardır.

Ancak, söz konusu ettiğimiz bu özelliğinin dışında bu kararda Anayasada, Mahkemeye tanınmamış bir yetkinin yorumla, bu yoruma dayalı olarak oluşturulan içtihatla yaratılması yoluna gidilmiştir.

Şimdi 21.10.1993 günlü ve E: 1993/33 K: 1993/40-1 sayılı kararara bakalım:

"… KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME'NİN YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Ankara

Milletvekili Mümtaz SOYSAL ve 92 milletvekili.

İSTEMİN KONUSU: 14.9.1993 günlü, 21698 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 20.8.1993 günlü ve 509 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin tümünün, Anayasa'nın 5., 10., 47. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar KHK'nin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

İSTEMİN GEREKÇESİ :

İstemin gerekçesinde aynen;"Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da öngörülmemiş olmakla birlikte yargı hiyerarşisi içinde bir alt mahkemeye verilen yetkinin üst mahkemeye tanınmamış olması düşünülemeyeceğine göre, her türlü yargı organınca "tedbir, önleme, yürütmeyi durdurma" biçimlerinde ifade edilen yetkinin Mahkemenizce de kullanılabileceğinden hareketle ve bu açıdan boşluk durumlarında yargıca tanınan "hukuk yaratma yetkisi"ne dayanılarak, iptal davası sonuçlanana kadar, telafisi mümkün olmayan durumları önleme amacıyla Yüce Mahkemenizce "yürütmeyi durdurma kararı" verilmelidir." denilmektedir.

SONUÇ :

İsteme ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, iptali istenilen yasa kurallarıyla dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereğini görüşülüp düşünüldü;

20.8.1993 günlü ve 509 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin iptaline yönelik istem karara bağlanıp karar yürürlüğe girinceye kadar uygulamadan doğacak giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için Kanun Hükmündeki Kararname"nin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,… OYÇOKLUĞUYLA, 21.10.1993 gününde karar verildi."

Şimdi de kararın Anayasanın ilgili hükümlerine uygun olup olmadığını inceleyelim: Anayasanın "Egemenlik" başlığı altında düzenlenmiş olan 6. maddesinin ikinci fıkrasında, "... Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.", hükmüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin zikredildiği, 148. maddesinde de "yürürlüğün durdurulması kararları" verilmesi yolunda bir yetkiden söz edilmemiştir. Yine " Anayasa Mahkemesinin kararları" başlığını taşıyan 153. maddesinde de karar türü olarak bu çeşit bir karardan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi üzerinde durulan yukarıdaki kararıyla kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanmış bulunmaktadır. Tabii Anayasada tanınmamış bir yetkinin kullanılması açık bir yetki tecavüzüdür.

Elbette "yürürlüğün durdurulması" müessesesinin Anayasada yer almamış olması Anayasa hukuku açısından önemli bir eksiklik olarak görülebilir. Bu eksikliğin önemli sonuçlarından birisi Anayasaya aykırılığı iptal kararlarıyla sübut bulan kanunlarla ilgili bu iptal kararlarının hukuksal açıdan etki ve sonuçlarının doğmaması veya bu iptal kararlarının etkisiz kalmasıdır. İlgili kanunlar Mahkemece iptal edilinceye kadar hızlı bir şekilde hukuk âleminde telafisi mümkün olmayan hukuka aykırı etki ve sonuçlar yaratabilir. İşte bu sebeple bu müessesenin Anayasada yer almış olması gerekirdi. Ancak bu eksikliğin içtihat yoluyla giderilmesi Anayasal açıdan meşru değildir ve bu eksiklik nedeniyle böyle bir karar verilmesi Mahkemenin yetki tecavüzünde bulunmuş olması gerçeğini ortadan kaldırmaz. Anayasa Mahkemesinin anayasal açıdan sahip olmadığı bir yetkiyi yargılama yetkisini kullanarak yaratması, bir bekçinin hakkı verilmediği için beklediği işyeri veya ticarethanedeki bir kısım iktisadi, ticari değeri olan eşyayı sahibinin bilgisi ve iradesi dışında almasına benzer. Bekçinin bu davranışı ne kadar hukuka ve ahlaka uygunsa Anayasa Mahkemesinin de yukarıdaki kararıyla Anayasada kendisine tanınmamış bir yetkiyi kullanması o kadar meşru ve ahlakidir.

Anayasa Mahkemesi "yürürlüğün durdurulmasına" karar verirken nasıl bir gerekçeye dayandığını yukarıdaki kararında

açıklamamıştır. Dava dilekçesine göre düzenlenen iptal davasını açanların hukuksal tezlerinin kısaca anlatıldığı "istemin gerekçesi" başlıklı bölümden davacıların alt mahkemelere tanınan ihtiyati tedbir, yürütmenin durdurulması gibi kararlar verme yetkisinin üst mahkeme konumundaki Anayasa Mahkemesine tanınmamış olmasının düşünülemeyeceği görüşüne dayandıkları anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında eğer bu hukuksal görüşe dayanmış ise "sonuç" başlığı altında kararını açıklamadan önce kendi hukuksal gerekçesini, davacıların hukuksal görüşlerini niçin yerinde bulduğunu açıklamalı idi. Kısacası Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması kararında gerekçe bulunmamaktadır.[18]

Belli ki Mahkeme davacıların tezini aynen kabul etmiştir. Bu kabul bir yargı kararı gerekçesi oluşturmaz. Mahkeme kıyas yolu ile madem kendisine yetki yaratmıştır. Kendisini kıyasladığı mahkemelerin bu tip kararlara tarafları özellikle aleyhine hüküm kurulan tarafı ikna gayesine yönelik olarak gerekçe yazdığı ve bu gerekçe yazma gerekliliğinin de; Anayasanın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" başlığını taşıyan 141. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan; "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." , hükmüne dayandığını bilmesi ve ona göre davranması gerekirdi.

Anayasanın anılan hükmünde "her türlü mahkemelerin"

[18] Anayasa Mahkemesi "yürürlüğün durdurulması" müessesesini içtihat yoluyla oluştururken alt derece mahkemelerinin ihtiyati tedbir, yürütmenin durdurulması kararları verme yetkisine sahip olmasına gönderme yaparak bu tutumuna hukuksal bir dayanak göstermiştir. Ne var ki sözünü ettiği alt derece mahkemeleri sözü edilen kararları gerekçeli olarak verirler, kararlarda hem olgusal durumları açıklayıp anlatırlar hem de bu maddi durumların hukuk kuralları karşısındaki durumunu açıklarlar, tedbir ya da yürütmenin durdurulması kararlarını hukuksal bir gerekçe üzerine inşa ederler, eleştiri konusu yapılan kararda Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi belli değildir. Kararda geçen uygulamada doğacak giderilmesi olanaksız durumların ortaya çıkabilmesi gibi ifadeler hiçbir zaman gerekçe teşkil etmez. İhtiyati tedbir ve yürütmenin durdurulması kararlarının nasıl olduğu Adli ve İdari Yargı kararları incelenerek pekâlâ görülebilir.

ifadesiyle Anayasa Mahkemesi dâhil bütün mahkemelerin kastedildiğinde tereddüdü çağrıştıran herhangi bir anlam kapalılığı yoktur. Kimse bu hükümle Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer mahkemelerin kastedildiğini zira Anayasanın " Anayasa Mahkemesinin kararları" başlığı ile 153. maddede ayrı bir düzenleme yapılmış olduğu yolunda bir değerlendirmede bulunamaz veya bulunmamalıdır. Çünkü gerek 141. madde gerekse 153. maddenin Anayasanın genel tertibi içinde bulunduğu yer böyle bir yoruma izin vermemektedir. Anılan maddeler, Anayasanın "Cumhuriyetin Temel Organları" başlığı altında düzenlenen üçüncü kısmın, "Yargı" başlığı altında düzenlenen üçüncü bölümünde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan ilk madde olan 138. maddeden 145. maddeye kadar (bu maddeler dâhil) yargı organı ile ilgili genel hükümlere (çerçeve hükümler) yer verilmiştir. 146. maddeden 153. maddeye kadar (bu maddeler dâhil) Anayasa Mahkemesi ile ilgili özel düzenlemelere yer verilmiştir. Yargı ile ilgili söz konusu bu ilk hükümler genel çerçeveyi belirledikten sonra sırayla yüksek mahkemeler ve görevleri takip eden maddelerde düzenlenmiştir. Yargı ile ilgili bu ilk hükümler genel mahkemeler dâhil bütün yüksek mahkemeleri bağlar. Zaten bu bağlayıcılık aynı zamanda " Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan 11. maddesindeki; " Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." hükmünün bir sonucudur.

Anayasa koyucu ilk önce bütün yargı organlarını bağlayan hükümleri koymuş daha sonra da özel olarak yüksek mahkemelerle ilgili hükümleri koymuştur. Burada bir genel hüküm özel hüküm ayrımı yoktur. Biz bu ayrımı konunun tahlili açısından yapmış bulunuyoruz. Dolayısıyla bir genel hüküm özel hüküm çatışması da söz konusu değildir.

Kısacası Anayasa Mahkemesinin üzerinde durulan "yürürlüğün durdurulması kararı" gerekçesinin bulunmaması nedeniyle Anayasanın 141. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne aykırıdır.

5) 12.03.1996 günlü ve 398 sayılı; "Bakanlar Kuruluna Güven Oylaması hakkında Meclis Kararı"nın eylemli içtüzük değişikliği sayılarak iptali:

Daha önce de yeri geldiğinde söylendiği üzere Anayasa Mahkemesinin Yasama alanına müdahalesi konusunda çok heveskâr davranmasına siyasi oyuncuların basiretsizlikleri neden olmuştur.

Aileden başlayarak devlete varıncaya kadar kurumsal yapıların iç işleyişinde sorunlar çıktığı zamanlarda; bu sorunları tarafları tatmin edecek veya tarafların rıza göstereceği bir çözüm yoluna sokma becerisini ilgili kimselerin ortaya koyamadığı durumlarda daima dış müdahaleler devreye girmiştir. İki veya daha fazla kardeşin tamahkârlık sonucu murislerinden kalan mirası olgun kimseler olarak paylaşamamaları sonucu akrabalarından sözü dinlenen yaşlıların devreye girmesi, bununla sonuç alınamaması halinde de konunun adliyeye intikal etmesi aile içi uyuşmazlığa ve sorunu çözme esnekliği ve becerisinin yokluğuna gösterilebilecek basit ama sıkça rastlanılan örnek bir durumdur. İki komşu ülkenin aralarındaki ihtilafı halledememeleri nedeniyle kendi bölgelerine uzak güçlü bir devletten yardım istemeleri de devletler seviyesinde sorun çözme becerisinin eksikliğine örnek olarak gösterilebilir. Bizim tarihimizde Hunlar ve Göktürkler döneminde veliahtların (tekin) hükümdarlık konusunda birbirleriyle yaptıkları kavgalara Çin'in karışması yine bu konudaki çarpıcı örnekler olarak gösterilebilir.

Sorunu çözme durumunda olan, sorunun tarafı olan kimselerin veya kurumların çözüm yolunu bulamamaları, sorunun ancak üçüncü kişi veya kurumların devreye girmesiyle çözüldüğü her durumda çözüm için katlanılan -sorunun türüne göre; toplumsal, siyasi, hukuki, ticari, iktisadi- maliyet tutarının artacağı da tartışmasız bir gerçekliktir.

Bizim ele aldığımız konu bağlamında meseleye yaklaştığımızda, gördüğümüz şey; siyaset müessesesinin kendi sorunlarını kendi içinde çözemediği her durumun siyasi alanın daralması siyaset dışı güç odaklarının ise bunu fırsat bilerek kendi alanları-

nı haksız bir biçimde genişletmesi keyfiyetidir.

Anayasa Mahkemesinin aşağıya alınan kararının verilmesine neden olay siyasi olay; 25.12.1995 tarihli Genel Seçimde birinci olan Refah Partisine hükümet kurdurtulmaması, bu yolda ahlaken onaylanması kolay olmayan yol ve yöntemlere başvurulması sonrasında adı geçen partinin kurulan hükümetin güven oylamasına ilişkin Meclis Kararını iptal davasına konu etmiş olmasıdır.

Siyasi partiler açısından siyasi hedef iktidar olmaktır. Hele seçimde en çok oyu alan parti iktidar olma gayesini gütmeye en fazla hak sahibi olan partidir. Bu siyasi hakkın engellenmesi ancak demokratik olgunluğun olmayışıyla açıklanabilir. Ne var ki bu hakkın engellenmiş olması, ilgili Partinin Yasama alanının dolayısıyla siyasi alanın daraltılmasıyla sonuçlanacak bir girişimde bulunmasını haklı göstermez.

Bizim siyasi kültürümüzde; siyasetçilerimizin tek hamlelik siyasi sonuçları büyük siyasi zaferler olarak kabul etmeleri gibi ciddi bir kısırlık vardır. O sebeple siyaset kurumu kendi sorunlarını kendi içinde çözebilme yeteneğinden mahrum kalmıştır. Siyasilerimiz bir model kurma ve o modele göre siyaset üretme yerine basit gündelik değişkenleri siyasetin odağına koymayı tercih edegelmişlerdir. Çünkü bu tarz siyasette kısa zamanda somut sonuç alma gibi bir imkân vardır. Ancak bu tarz siyasi kazançların suyun üzerine yazı yazmaktan esaslı hiç bir farkı yoktur.

Siyaset satranç oyunu gibidir, siyasi bir hamlenin ne tür bir karşı hamle doğuracağını kestirmeden siyaset yapmaya kalkışmak; siyaseti bir deneme yanılma sürecine çevirmekten başka bir işe yaramaz. İyi siyasetçi olmak; üretilecek siyasetin sağlayacağı kazanç ve neden olacağı maliyetlerin iyi bir tahlilini yapmakla mümkündür. Tabii bu yapılırken siyasi ilkelere bağlılık ve siyasi tutarlılık terk edilmemek durumundadır. Ancak yanlışta inadın siyasi tutarlılık olmadığının da bilinmesi gerekir. Siyasi kültürümüzü kısırlaştıran önemli zaaflardan birisi de siyasetçinin enaniyetidir. Yanlış kararlarında ısrar edenler aslında o ko-

nularda doğruların neler olduğunu çok iyi tespit ve teşhis edebiliyorlar. Ancak muhataplarının çizgisine gelmenin onlar tarafından bir zafer olarak algılanacağı düşüncesi yanlışta inat ve ısrar etmeye neden oluyor. Bir tartışmada taraflardan birisinin önceden öngöremediği bir değişkene; muhatabının dikkat çekmesi üzerine öngörüde bulunamayanın görüşünü değiştirmesi genellikle o kimsenin veya kimselerin saygınlığını azaltmaz aksine artırır. Çünkü o, enaniyetini aşma gibi ciddi bir başarı göstermiştir.

Siyasi kültürümüzün bir diğer önemli zaafı da fedakârlık diğerkâmlık gibi duyguların siyaset üretme sürecinden dışlanmasıdır. Bazen yakın bir siyasi kazançtan hem kendi adına hem de kendisiyle gönül bağı olanlar adına mahrum kalmayı göze alma, gelecekte daha büyük siyasi yararlar sağlayabileceği halde somut ve yakın sonucu elde etme, başarının gururunu bir an önce yaşama aceleciği gelecekteki kazançları feda etme sonucunu doğurmaktadır.

Siyasetimizin ve siyasetçilerimizin bunların dışında daha birçok eksiği vardır. Bu zaaflar giderilmediği sürece siyasal alanın siyaset dışı güç odaklarının haksız el atmalarına maruz kalacağı yaşanan olaylardan da anlaşılacağı üzere kaçınılmaz bir kader olmaya devam edecektir.

Aşağıdaki kararla Anayasa Mahkemesi bir hükümeti düşürmüştür. Olayın yalın ifadesi budur. Tabii Anayasa Mahkemesi bunu hukuksal bir üslup içinde kendi ıstılahçasına (terminoloji) göre ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 14. 05. 1996 tarihli ve E: 1996/ 19, K: 1996/13 sayılı kararının üzerinde değerlendirme yapılacak ilgili kısımları aşağıdaki gibidir.

"İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet Partisi (Refah Partisi) TBMM Grubu Adına Grup Başkanı Necmettin ERBAKAN.

İPTAL DAVASININ KONUSU: Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, 12.3.1996 günlü, 398 sayılı "Bakanlar Kuruluna Güven Oylaması Hakkındaki kararının bir içtüzük kuralı niteliğinde ve Ana-

yasa'nın 96. maddesine aykırı olduğu savıyla iptaline ve yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ: ...

II- METİNLER

A- İptali İstenen TBMM Kararı

13.3.1996 günlü, 22579 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan dava konusu karar şöyledir:

"Rize Milletvekili Ahmet Mesut YILMAZ Başkanlığındaki Bakanlar Kurulu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 12.3.1996 tarihli 22 nci Bileşiminde yapılan Güven Oylamasında, (207) ret, (80) çekinser oya karşı (257) kabul oyuyla güven almıştır,"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal isteminde dayanılan Anayasa kuralları şunlardır:

1- "MADDE 96.- Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.

…

2- "MADDE 110.- …

3- "MADDE 111….

4- "MADDE 148.-

5- "GEÇİCİ MADDE 6.- Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplantı ve çalışmaları için kendi içtüzükleri yapılıncaya kadar, Millet Meclisinin 12 Eylül 1980 tarihinden önce yürürlükte olan İçtüzüğünün, Anayasaya aykırı olmayan hükümleri uygulanır."

C- İçtüzük Kuralı

5.3.1973 günlü, 584 sayılı Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 105. maddesinin konuyla ilgili son fıkrası şöyledir:

"Görüşmelerin bitiminden bir tam gün geçtikten sonra güven oylamasına başvurulur. Güven oylaması açık oyla genel hü-

kümlere göre yapılır. Güven oyu verenlerin sayısı, güvensizlik oyu verenlerden fazlaysa Bakanlar Kurulu güven almış olur."

III- İLK İNCELEME

…

"Toplantı ve karar yeter sayısı" başlıklı 96. maddesinin ilk fıkrasında ise "Anayasada, başka bir hüküm yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiç bir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz" denilerek bu konuda genel bir düzenleme getirilmiştir. Anayasa'da özel bir kurala yer verilmediğinden Bakanlar Kurulu göreve başlarken yapılacak güven oylamasında da bu kurala uyulması gerektiğinde duraksamaya yer yoktur. Bu durumda, Anayasa'nın 96. maddesine aykırı olan ve Anayasa'nın geçici 6. maddesi karşısında yürürlükte bulunmayan İçtüzüğün 105. maddesinin son tümcesinin uygulanması olanaksızdır. Dâva konusu karar ile yapılan uygulama, "eylemli bir içtüzük düzenlemesi" niteliğindedir.

Bu nedenlerle, dâva konusu 12.3.1996 günlü, 398 sayılı TBMM kararının bir İçtüzük kuralı niteliğinde olduğuna ve işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

TBMM'nin dâva konusu kararının uygulanmasıyla doğacak, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zarar söz konusu olmadığından, yürürlüğün durdurulması istemi, oybirliğiyle reddedilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dâvanın esasına ilişkin rapor, dâva dilekçesi ve ekleri, iptali istenen TBMM kararı, dayanılan Anayasa kuralları ile gerekçeleri ve öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dâva dilekçesinde, güvenoyu konusunda yürürlükte olan bir İçtüzük kuralı bulunmadığından Anayasa'nın 96. maddesine göre karar alınması gerekirken buna uyulmayarak eylemli bir İçtüzük uygulaması yapıldığı ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 96. maddesinde TBMM'nin toplantı ve karar yeter sayıları belirtilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, Anayasa'da başkaca hüküm yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanacağı ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar vereceği; ancak karar yeter sayısının hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamayacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın "Göreve başlama ve güvenoyu" başlıklı 110. maddesinde ise güven oylaması için özel bir toplantı ve karar yetersayısı öngörülmemiştir. Buna karşılık, görev sırasında güvenoyunun düzenlendiği 111. maddenin son fıkrasında "Güven istemi, ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile reddedilebilir" denilerek bu konuda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bakanlar Kurulu göreve başlarken yapılması gereken güven oylamasının düzenlendiği 110. maddede, görev sırasında güvenoyuna ilişkin 111. maddede olduğu gibi özel bir kurala yer verilmemesi karşısında bu konuda genel kural olan 96. maddenin uygulanması gerekir.

İçtüzüğün 115. maddesinde ancak bir oy türü olarak anılan "çekimser oy"un, Anayasa'nın 96. maddesindeki kabul ya da red oylarına ekleneceği konusunda bir açıklık bulunmaması karşısında, karar oluşumunda dikkate alınmayacağı doğaldır.

Öte yandan, kararla oluşan İçtüzük kuralının, karardan ayrılmasının olanaksızlığı karşısında, 398 sayılı TBMM kararı bir bütün olarak ele alınıp yargıya varılmıştır.

Bakanlar Kurulu'nun güvenoyu aldığına ilişkin dâva konusu karar, oylamaya katılan 544 milletvekilinin salt çoğunluğuna ulaşamayan 207 red, 80 çekimser oya karşı 257 kabul oyu ile alınmıştır. Oysa, Bakanlar Kurulu'nun güvenoyu almış sayılabilmesi için toplantıya katılan 544 üyenin yarısının bir fazlası olan 273 kabul oyu gerekirdi. Yeni bir İçtüzük kuralı niteliğindeki bu karar Anayasa'nın 96. maddesine aykırıdır. Bu nedenle, iptal edilmelidir.

VI- SONUÇ

Yeni bir içtüzük kuralı niteliğinde olan 12.3.1996 günlü, 398 sayılı "Bakanlar Kuruluna Güven Oylaması Hakkında"ki TBMM kararının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Güven DİNÇER ve Lütfi F. TUNCEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 14.5.1996

gününde karar verildi.

Bu karar şu sorunu gündeme getirmiş bulunmaktadır: Türkiye'de hükümet kurma sürecine gerektiğinde Anayasa Mahkemesi müdahil olabilecektir. İdare hukukunun terminolojisiyle ifade etmek gerekirse içtüzük düzenleyici bir işlemdir. Meclis kararları ise bireysel işlemler veya koşul işlemlerdir. Hukukun oturmuş temel kavramları açısından da Anayasa Mahkemesinin ürettiği " eylemli içtüzük değişikliği veya eylemli içtüzük kuralı yaratma" yakıştırması kabul edilebilir nitelikte değildir. Ancak yazılı hukuk kurallarını tanımayan bir Mahkemenin hukuk kavramlarının tanımını bağlayıcı bir kural olarak kabul etmesi zaten beklenemez.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir kısım davaları Anayasanın kendi görev sınırlarını çizen hükümleri karşısında görmesi mümkün olmadığı halde ele almak için mevcut yazılı hukuk kurallarında bir boşluk varmış gibi davranmakta ve o boşluğu nedense hep kendi görev ve yetki alanını genişletme eyleminin haklı bir gerekçesi olarak gösterme yoluna gitmektedir. Bu davranış biçimi Nasrettin Hoca merhumun şimdi anlatacağımız fıkrasında verilen ana fikirde anlatılmak istenen duruma çok benzemektedir. Fıkra şöyle: Hoca merhum bir gün pazarda satmak üzere üzüm, armut, yumurta gibi ürünlerini merkebine yükler ve yola koyulur. Pazar yolunda değişik köylerden başkalarıyla karşılaşır ve hep beraber yola devam ederler. Öğle sıcağının iyice artığı bir anda bir ağacın altına gelirler orada dinlenmeye karar verirler. Hayvanların da dinlenmesi için üzerlerindeki yükleri indirirler ve yiyip içtikten sonra uykuya çekilirler. Biraz sonra hoca kalkar yol arkadaşlarının uyuyup uyumadığını kontrol ettikten sonra onların sepetlerindeki üzümlerden kendi sepetine koymaya başlar. O sırada birisi uyanır hocanın yaptığını görür ve öfkeli bir sesle sen ne yapıyorsun der. Hoca benim ne yaptığıma aldırış etme ben yarı deliyim der. Bu cevabı alan köylü; madem öyle niçin biraz da kendi sepetinden alıp benim sepetime koymuyorsun diye karşılık verir. Hoca bu çı-

kış üzerine; ben yarı deli olduğumu söyledim tam deliyim demedim der. Anayasa Mahkemesi de Hoca Merhum gibi davranıyor. Nedense o çok değerli yorum yapma yeteneğini hiçbir zaman, başka devlet organlarının görev ve yetki alanını – yazılı hukuk kurallarının yeterince açık olmadığı hallerde- geniş tutacak şekilde kullanmıyor. Diğer devlet organlarıyla kendisinin yetkisinin çatışır olduğu hallerde her nedense hep onun yetkisi baskın ve üstün, diğerlerininkine tercih edilir olarak ortaya çıkıyor.

Şimdi şu hükümet düşüren kararı irdeleyelim. Kararda Anayasa Mahkemesinin kendini "sorgulanamaz" görme tavrı diğer kararlarında olduğu gibi açıkça görülüyor. Kararda; karardan olumsuz etkilenecek tarafı, ortada bulunan "haksızlığa" ikna etme amacı güden bir gayrete rastlamak pek mümkün görünmüyor.

Davaya konu güven oylaması kararındaki çekimser oylar hukuksal açıdan acaba hangi anlama gelmektedir? Anayasa Mahkemesi bu oyları "ret" oyları olarak değerlendirmiştir. Ancak milletvekilleri bir güven oylamasında kabine için "evet" "hayır veya ret" oyları kullanma ve nihayet "çekimser" kalma, olmak üzere üç eylem biçiminden birini tercih ediyorlarsa her birinin birbirinden bağımsız anlamı var demektir. Evet ve hayır oylarının anlamı konusunda tereddüde neden olabilecek bir durum yoktur. Çünkü bunlar anlamca birbirine karşı keskin bir konum içinde bulunmaktadır. Yani biri diğerinin zıttıdır. Bu sebeple hukuksal sonuç ve anlamlarında bir karışıklık olmaz. Ancak çekimser oylar ne evet oyları ne de hayır oyları karşısında keskin bir konum içinde bulunmazlar. O zaman bu oyların hukuksal açıdan bir değeri bulunmayacak mıdır? Bu oyların elbette hukuksal bir değeri vardır, hukuksal etki ve sonuç doğururlar. Zaten Anayasa Mahkemesi bu oyları "ret" oylarına ilave ederek söz konusu kararını vermiştir. Bu oylar dava konusu güven oylamasında hükümete güvensizlik oyu olarak değer kazanmıştır.

Ancak çekimser kalanlar güvenoyu isteyen hükümete karşı açık bir güvensizlik iradesi açıklamadıklarına göre çekimser oylara "ret" oyu anlamını yüklemek "evet" oyu verenlere karşı

bir haksızlık değil midir? Tersi olsa çekimser oylar "evet" oyları olarak kabul edilse bu durumda da "ret" oyu kullananlara karşı haksızlık yapılmış olmayacak mıdır? Bu sorunu çözmek için çekimser oy kullananları mevcut değillermiş gibi kabul etmek de mümkün değildir. Çünkü Meclis Genel Kurul Salonuna giden her milletvekili Meclis çalışmalarına katılmak için oraya gitmiş olmaktadır. Anayasanın toplanmayla ilgili maddesinin hükmünden çıkan sonuç budur. Meclis Genel Kurul Salonuna giden milletvekillerine o günkü oylamalara katılıp katılmayacağı sorulmaz. Genel Kurul Salonu yasama faaliyetinin icra edileceği yerdir. Milletvekilleri oraya gittiklerinde artık yasama organının faaliyetlerine katılmış olmaktadırlar. Nasıl ki bir işyerinde çalışan büro görevlileri olsun işçiler olsun mesai süresinin başında işyerine geldiklerinde o gün orada çalışıp çalışmayacakları kendilerine sorulmuyorsa, milletvekillerinin Genel Kurul toplantılarına iştirak ettikleri her zaman durum böyledir, yani kendilerine o günkü oylamalara katılıp katılmayacakları sorulmaz. Gerek Anayasada gerekse İçtüzükte muhtelif gündemlerle toplanan Meclisin, oturuma katılan milletvekillerine o günkü oylamalara katılıp katılmayacaklarının sorulacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Hal böyle olunca çekimser oyların adilane bir biçimde hukuksal, siyasi anlam ve değerini tespit etmek gerekiyor.

Çekimser oy kullanan milletvekilleri aslında şunu demek istiyorlar: kurulan ve güvenoyu isteyen bakanlar kuruluna karşı üstlendikleri görevi yürütemeyecekleri şeklinde bir ön yargımız yok, bu nedenle "ret" oyu verme yolunda bir irademiz mevcut değil. Ancak başarılı olacakları konusunda da kesin bir inancımız yok, bu durumda açıkça güvenoyu vererek gelecekteki muhtemel başarısızlıklarının siyaseten ortağı olmak istemeyiz. Biz ülkenin hükümetsiz kalmasını da istemeyiz, bu konuda Mecliste oluşacak çoğunluk iradesini benimseyeceğiz. Esasında Türk siyasetinin ihtiyacı olan üslup da budur. Ülkenin hükümetsiz kalmasına neden olacak güvensizlik oyunu bir siyasi silah veya araç olarak sorumsuz bir biçimde kullanmak herhalde takdir edilecek bir siyasi yöntem olamaz.

Çekimser oyun anlamı bu olduğuna göre onun "ret" oyları ile "evet" oyları karşısındaki konumu kimi şartlarda "ret" oylarına katılma, kimi şartlarda "evet" oylarına katılma şeklinde bir durumu ifade etmektedir. Buna göre eğer "ret" oyları fazla ise "çekimser" oylar "ret" oyu olarak değer kazanacak, aksi durumda yani "evet" oyları fazla ise bu takdirde de "evet" oyu olarak değer kazanacaktır.

Çekimser oylara bu söylediğimiz çerçeveye aykırı hukuksal değerler yüklemek iki tercihten birinin sahiplerine hak etmedikleri bir siyasal kazanç sağlarken diğer tarafa haksız bir siyasal başarı yolu açacaktır.

Güven oylaması dışındaki Meclis kararlarında da çekimser oyları "kabul" ya da "ret" oylarından fazla olan tarafa ilave ederek hukuksal sorunu çözmek Meclisin iradesinin ne yönde tecelli ettiğini belirlemek gerekir.

Çekimser oyların anlamı ile ilgili olarak üzerinde durulan karara muhalif kalan üyeler de bu görüşü dillendirmişlerdir. Ancak, onlar da "eylemli iç tüzük değişikliği" veya "iç tüzük kuralı ihdası" ıstılahi ifadesiyle Meclis kararlarının yargısal denetiminin mümkün olduğu konusunda çoğunluğun görüşünü benimsemiş olduklarını ifade etmişlerdir.

6) 27.04.2007 tarihli Cumhurbaşkanlığı Seçimi Oylaması hakkında verilen iptal kararı:

Sabih Kanadoğlu'nun 367 tezi doğrultusunda bir maraza çıkartılacağı kamuoyu önünde yapılan siyasi tartışmalardan belli idi. Cumhuriyet Halk Partisi her halükarda TBMM'nin Cumhurbaşkanının seçme gündemiyle yapacağı birleşime katılmayacak, eğer Genel Kurul Salonunda 367 milletvekili olmaz ise malum tez saat gibi işleyecekti. Sadece anılan parti milletvekillerinin katılmayıp iktidar partisi ile diğer parti üyesi milletvekillerinin Genel Kurul Salonunda olması halinde 367 tezinin işlemesi söz konusu olmayacaktı. Ancak Meclisin seçim yapma amacıyla yapacağı toplantıya anılan parti dışında Erkan Mumcu'nun Genel Başkanı olduğu Anavatan Partisi ile Mehmet Ağar'ın

Genel Başkanı olduğu Doğruyol Partisi de katılmadı. Bu şekilde ana muhalefet partisinin değirmenine su taşıyarak aslında kendilerinin de siyasi sonlarını hazırlamış oldular. Eğer bu iki parti TBMM Genel Kurul Salonuna girselerdi Cumhurbaşkanının seçilememesi diye bir şey olmayacak ve aşağıda üzerinde durulacak olan Anayasa Mahkemesi kararının verilmesine neden olan dava açılamayacaktı.

Türkiye Cumhuriyetinin onbirinci Cumhurbaşkanının seçimi sürecinde – 27 Nisan 2007 tarihli ilk oylamadan sonra - olan diğer şeyleri de hatırlayalım: Anılan tarihte TBMM'nin ilk toplantısında Cumhurbaşkanının 2/3 oy çoğunluğunu sağlayamayıp seçilememesinin hemen akabinde saat 24.00'e doğru Türk Silahlı Kuvvetlerinin veb sitesine tarihe "e-muhtıra" olarak geçen ünlü bildiri konuldu. Bu bildiriyle İktidar Partisi tehdit ediliyor, Cumhurbaşkanı seçiminde izlediği yolun doğru olmadığı ima edilerek TSK'nın konuyu izlediği ve üzerine düşeni büyük bir görev sorumluluğu ve bilinciyle yapacağı hatırlatılıyordu. Ertesi gün öğleden sonra Hükümetin karşı bildirisini Cemil Çiçek Meclis Kürsüsünden okuyarak Milletin eline verdiği silahı millete çeviren kabadayılara hükümetin cevabını bildirmiş oldu. Bu bildiriyle aslında bir dönem kapanmış oluyordu. Bundan böyle darbe heveslilerinin, muhtıra kabadayılarının bu işi yapmadan önce bir defa değil on defa değil yüzlerce kez düşünmesi gerekir.

E- Muhtıra sonrası Ana Muhalefet Partisinin kimi yetkililerinin sevinci ve mutluluğu hatırlanmaya değer. Bunlardan birisi[19] kokuşmuş yozlaşmış demokrasiye karşı cumhuriyetin değerlerinin yaşayacağını, yaşatılacağını söylüyordu. Demokrasi ve cumhuriyet kavramlarının halkın iktidar görevini vermediği, halkın değerleriyle kavgalı bir siyasi partinin bir yetkilisinin bu bağlamda alması aslında bizim aşağıda demokrasi ve cumhuriyet, halkın iktidarı bürokratik iktidar veya devlet iktidarı bağla-

[19] Onur Öymen demokrasinin kokuşmuşluğundan dem vurduktan sonra kokuşmuş demokrasiye karşı Cumhuriyeti koruyacaklarından bahsetmiş, neredeyse zil takıp oynadılar deyişini hatırlatacak derecede mutlu olduğunu göstermiştir.

mında yaptığımız tespitlerin ne kadar doğru olduğu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinde söz konusu malum dava açıldıktan sonra Ana Muhalefet Partisinin Genel Başkanı Deniz Baykal'ın davanın kabulü yönünde karar verilmemesi halinde toplumsal kargaşa olacağı yolundaki tehdidi de Askerin bildirisiyle oluşan dekoru tamamlayan başka bir gelişme idi. Bu tehdide aşağıda üzerinde durulacak kararın alıntı yapılmayan muhalefet şerhinde, Başkanvekili (kararın verildiği tarihte) Haşim Kılıç tarafından yargının şerefi ve haysiyeti adına gereken cevap verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin davanın kabulü ile Meclis kararını eylemli içtüzük değişikliği sayarak iptal edeceği belli idi. Gelişmenin bu yönde olacağı, Başkan Tülay Tuğcu'nun "oylamanın ikinci turunun yapılacağı tarihe kadar Anayasa Mahkemesinin kararını vereceğini" açıklaması bu tespitin doğruluğunun esaslı bir kanıtıdır. Anayasa Mahkemesi o zamana kadar hangi davada, davanın açılışından itibaren dört gün içinde karar vermiştir? Herhalde hiçbir davada…

Türkiye Devleti; Anayasasında demokratik bir cumhuriyet olarak tanımlanmış olmasına rağmen Devleti kuran irade halk ile arasına aşılması mümkün olmayacak bir engel koymayı "devletin selameti" için olmazsa olmaz bir gereklilik olarak görmüştür. Devletle vatandaşın karşı karşıya geldiği her durumda veya bu ilişki üzerine yapılan tartışmalarda devleti vatandaşa tercih eden siyasi kişi veya gruplar daima cumhuriyet kavramını sahiplenmişler demokrasi kavramını ise bilinçli bir şekilde telaffuz etmekten uzak durmuşlardır. Bu tavır devlet – halk karşılaşmasında tercihini devletten yana koyma ile uyumlu bir davranıştır. Çünkü cumhuriyet kavramı içerikten yoksun bir kavramdır, o nedenle aslında sağlam bir biçimden de mahrumdur. Tartışmanın diğer tarafı kendi varlıkları, hak ve özgürlükleri adına demokrasiyi cumhuriyet kavramı karşısında sahiplenmeyi ve savunmayı gerekli görmüştür. Bu bölünme ve tercihte bulunma durumuna göre kısaca ifade etmek gerekirse bizde demokrasi halkın, cumhuriyet ise devletin; karşı karşıya geldikleri ya da ge-

tirildikleri durumlarda kavramsal dayanakları olmuştur.

Tabii cumhuriyete sahip çıkanların bazıları cumhuriyetin demokrasiyi de içerdiği veya cumhuriyetle demokrasinin farklı kavramlar olmadığı görüşünü de savunmakta iseler de, bu "rüşvet-i kelam" olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır.

Cumhuriyet ile demokrasi kesinlikle biri diğerinin yerine ikame edilecek kavramsal yapılar değildir. Çünkü ikisinin ilgilendikleri konu veya alanlar özdeş değildir. Cumhuriyet "kimin yöneteceği sorusuyla ilgilenir ve bu soruya halkın seçtiği yönetir," cevabını verir. Demokrasi ise kimin yöneteceği sorusuyla da ilgili olmakla beraber, "nasıl yönetecek sorusunu kendi kavramsal varlığının özü olarak görür ve bu soruya hukukla yönetecek" karşılığını verir. Cumhuriyet kavramı açısından halkın nasıl yönetileceği sorusu kimin yöneteceği sorusuna göre çok çok önemsiz bir sorudur.

Bu rejimlerin her ikisinde de halk kendisini yönetecekleri seçmek için anayasaların öngördüğü süreler sonunda sandık başına gider. Ancak demokratik bir rejimde halkın seçtikleri yönetme yetkilerini kimi ülkelerde kralla, kraliçeyle paylaşabilirler. Kral veya kraliçe sembolik yetkilere sahip olduğu için halkın seçtikleriyle arasında devlet düzenini sarsacak nitelikte iktidar savaşları olmaz. Krallık ailesinin veraset yoluyla varlığını devam ettirmesi halk açısından da halkın seçtikleri açısından da hiçbir sorun oluşturmaz. Çünkü demokraside aslolan yöneticilerin hukuk içinde, hukuka bağlı kalarak görevini sürdürmesidir. Buna karşılık cumhuriyet yönetiminde, devlet başkanı veya cumhurbaşkanı olsun, meclis üyeleri ve dolayısıyla onlar arasından çıkacak hükümet olsun "halkın iradesi" ile belirlenir. Ancak seçilen yöneticilerin yetkilerini sınırlayan, devleti sınırlayan ve devlet karşısında vatandaşın haklarını koruyan etkili bir hukuk düzeni-kurumsal yapı- yoktur.

İngiltere, İsveç, Norveç krallık olmalarına rağmen aynı zamanda olgunlaşmış birer demokrasidir. Buna karşılık Mısır, Suriye, Libya ve diğer Arap ülkeleri, 1991 yılında bağımsızlığını kazanan Orta Asya ülkeleri birer cumhuriyet olmalarına rağmen

temel hak ve özgürlüklerin devlet iktidarı karşısında savunmasız olduğu rejimlerdir.

Günümüz cumhuriyetlerinde seçilen cumhurbaşkanlarının iktidar yapısına bakıldığında, sınırsız yetkilere sahip oldukları görülür. Öyle ki bu iktidarı eline geçirenler birer monarka veya diktatöre dönüşmüşlerdir. Anayasal takvimlerine göre seçimler yapılsa da bu cumhurbaşkanları her seçimde her nedense genellikle tek aday olmakta ve seçmenlerin tamamına yakınının oylarını alıp onların hüsnü teveccühüne mazhar olmak suretiyle tekrar tekrar cumhurbaşkanı olmaktadırlar. Bu dönüşümün bir sonraki safhası da iktidarın veraset yoluyla değişmesi olarak belirmiştir. Hafız Esad'dan sonra oğlu Beşar Esad'ın iktidarı ele geçirmesi bu duruma çok yakınımızdan bir örnek olarak gösterilebilir. Yaşayan cumhuriyet örneklerinin hemen hemen hepsi diktatörlük ve veraset yönetimleri olmaktan öte olumlu bir yapıya dönüşme yeteneği gösterememişlerdir.

Türkiye'de cumhuriyetçilerin çerçeve aldıkları bu kavrama, bir de yaşayan bu cumhuriyet örnekleri ile cumhuriyet olmadıkları halde olgun birer demokrasi olma niteliğini kazanmış ülkeleri dikkate alarak bakmalarında siyasi tartışmaların olumlu bir çizgide yapılması açısından ciddi bir fayda vardır. Ama ideolojik önyargılarını yenip de bunu yapabilirler mi? İşte bu ayrı bir sorundur.

Cumhuriyet kavramı ve ona taassubi bağlılık bürokratik iktidarı – devlet iktidarını- yaratmıştır. Bu devlet iktidarı kendi varlığının devamı için bürokrasinin kurumsal yapısını ileri derecede sağlamlaştırmıştır. Devlet iktidarının karşısında halkın seçtikleri iktidar olmuş ise de; bu iktidar olma keyfiyeti biçimsellikten öte bir değer taşımamıştır. Çünkü halkın seçtiklerinin kendi iradelerini siyasal hayat içinde uygulamaya geçirebilmelerini mümkün kılacak kurumsal araçlar yeterince güç ve yetki ile donatılmamıştır. Bu tabii ki devlet iktidarının aygıtı olan bürokrasinin kendini olağanüstü derecede tahkim etmesinin zorunlu bir sonucudur.

Anayasa Mahkemesinin Anayasada tanımlanmayan bir kı-

sım yetkileri içtihat yoluyla yaratması devlet iktidarı veya bürokratik yapının – burada yargı bürokrasisi demek gerekir- kendi kurumsal yapısını nasıl tahkim ettiğine somut bir örnek olarak gösterilebilir.

Halk iktidarının kurumsal araçları siyasi partiler, dernekler, sivil toplum kuruluşları gibi yapılanmalardır. Halkın siyasal alanda kendini en etkili biçimde ifade edeceği ve yönetim cihazını kullanacağı aracı siyasi partilerdir. Anayasanın ifadesiyle siyasal partiler demokratik hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak Türk Siyasal Düzeninde partilerin kurumsal yapısı çok çok zayıftır. İşte bu durum da yukarıdan beri anlatılmaya çalışılan devlet iktidarının kendini halk iktidarına karşı tahkim etmesinin somut sonuçlarından biridir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yani tek başına bir kişinin iradesiyle milyonlarca taraftarı olan bir siyasi parti Anayasa Mahkemesinde açılan bir siyasi parti kapatma davası neticesinde kapatılabilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile Anayasa Mahkemesinde hakkında kapatma davası açılan siyasi partinin kapatılması yönünde oy kullanan (2010 yılı Anayasa Mahkemesinin yapısının değişmesinden önce siyasi partiler sekiz üyenin oyuyla kapatılabiliyordu.) kişilerin iradeleri, ilgili partiye oy veren milyonlarca vatandaşın iradesinden olağanüstü derecede üstündür. Acaba Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılık Makamı İlahi (Tanrısal) yetkilerle mi donatılmıştır? Ya da onlar kendilerini Tanrı gibi mi görmektedirler? Bu Mahkemenin üyeleri ile sözü geçen Makamı işgal eden şahısların iç dünyalarını, haleti ruhiyelerini bilmemize elbette imkân yoktur. Ama şunu biliyoruz ki denetlenmeyen bir gücü kullanan insanların önemli bir kısmında – yanlış toplumsallaşma, hatalı kişilik oluşması nedeniyle- "tanrısama" yani kendini tanrı gibi görme eğilimi vardır. Tarihte varlığına tanık olunan Nemrut, Nabukadnezar, Firavun işte bu eğilimin oluşturduğu tiplerdir. Bu tarihsel kişilikler semavi dinlere mensup olan insanların zihninde her zaman çok kötü çağrışımlar uyandırır. Biz bu söylediklerimizi kesinlikle bu duruma gönderme yapma kastıyla söylemiyoruz. Ancak insan doğasında mevcut bu olumsuz eğilimin; hukuksal, siyasal, toplumsal, iktisadi

dünyada, bu dünyalara hâkim olması gereken, ruh ve ilişkiler düzenini aşarak nasıl insan enaniyetinin (ego) tatminine yönelebileceğini de görmek gerekiyor. Bu örnekler bu durumun, bu insani eğilimin tanınmasını mümkün kılacak somut örneklerdir. Hukuk gibi "biçimsel" bir alanda daima somut olanla uğraşanların psikolojinin alanına ait olan nitelik ve durumları gerektiği gibi anlayabilmeleri; herhalde yaşanmış olay ve yaşamış olan kişileri bir somutlama modeli olarak gösterme halinde daha kolay olabilir.

Halka karşı tarif edilemeyecek derecede güvensizlik besleyen devlet iktidarının; yargı dışındaki etkili araçlarından biri de Cumhurbaşkanlığıdır. Bizde Celal Bayar hariç Merhum Turgut Özal'a gelinceye kadar Cumhurbaşkanlarının asker kökenli kişiler olması Cumhurbaşkanlığı Makamının halk iktidarına karşı önemli bir savunma aracı olarak görülmesi nedeniyledir. Merhum Özal'ın bu Makama aday olduğunu açıklamasının akabinde devlet lehine hareket eden ve o çerçevede siyaset üreten bazı siyasi güç odaklarının sert muhalefeti; sivil siyasetin içinden gelen ve halkın hüsnü kabulüne mazhar olmuş bir kimsenin bu Makama gelmesi halinde bürokratik iktidarın kan ve güç kaybedeceğine olan "derin" ama bir o kadar da "doğru" olan inançları ile alakalıdır.

Merhum Özal sonrası seçilen iki Cumhurbaşkanından ilki olan Süleyman Demirel sivil siyasi hayatın içinden gelmekle beraber yetkilerini devlet iktidarına eklemlenmek suretiyle kullandı. Cumhurbaşkanı olmadan önce öyle davranacağından emin olunduğu için bürokratik iktidarı yücelten ve o iktidarın gölgesinde iş yapan siyasi çevrelerin Süleyman Demirel'in şahsına karşı hiçbir itirazları olmadı. Ondan sonra Cumhurbaşkanı seçilen Ahmet Necdet Sezer halkın iktidarı bir yana halkın bütün değerlerine karşı olan hatta karşı olma tavrı zaman zaman düşmanlığa kaçan bir kimse idi. Zaten o yargı bürokrasisinin içinden geliyordu. Halk iktidarının önüne konulan etkili barikatlardan biri olan Anayasa Mahkemesinin başkanlığını yapmıştı. Anılan Mahkemede görev yaptığı sırada Refah Partisi hakkında açılan kapatma davası görülmüş, kapatma kararını açıklama görevi de

kendisi tarafından yapılmıştı. Yargı Bürokrasisinin içinden geldiği için olsa gerek, asker kökenli bir Cumhurbaşkanını aratmayacak derecede sivil anlayışın uzağında idi. Onun Cumhurbaşkanı seçilmesi 28 Şubat sürecinin bir sonucudur.

Bu malum süreç olmasa idi Ahmet Necdet Sezer'in Cumhurbaşkanı olması rüyada görülse inanılacak bir gelişme olmazdı. Çünkü içinde yaşadığı ülkenin ve dünyanın sorunları hakkında galiba hiçbir bilgisi yoktu. Cumhurbaşkanlığı süresi içinde hiç bir devlet meselesi ile ilgili açıklama yapamamış, fikir beyan edememiştir. Onun 2001 yılı Şubat Milli Güvenlik Kurulu toplantısında kendisini Cumhurbaşkanı seçtiren Başbakan Bülent Ecevit'e Anayasa kitapçığı fırlatmasıyla başlayan ekonomik yıkım kendisinin "Anayasada tarif edilenin ötesinde" sorumsuz bir Cumhurbaşkanı olduğunun tarihi bir kanıtıdır. O'nun Cumhurbaşkanlığı ile Ecevit'in Başbakanlığının ülkeye ve halka maliyeti; iktisadi bir kıymet ifade etmeyen manevi alana ait olan kısım hariç, tastamam 2000 yılı Kasım ve 2001 Şubatında başlayan iktisadi bunalımların Türkiye ekonomisine olan maliyetine herhalde eşittir.

Ayrıca o "bir fuzuli şagildir" çünkü görev süresi dolduktan itibaren yeni cumhurbaşkanının seçtirilmemesini fırsat bilerek o makamda kalmaya devam etmiştir. Bu hususu daha sonra açıklayacağız.

Ahmet Necdet Sezer'in Cumhurbaşkanlığı süresinin sonlarına doğru halkın kendisine hiçbir zaman iktidar görevini tevdi etmeyeceği kesimler, halkın seçtiklerine yeni Cumhurbaşkanını seçtirmemek için yoğun bir hukuksal çözüm üretme mesaisine başladılar. Yargıtay emekli Cumhuriyet Başsavcılarından Sabih Kanadoğlu daha sonra kısaca 367 tezi olarak hukuk tarihinde yerini alacak görüşü ortaya attı.

367 tezi kısaca 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanının seçimi ile ilgili 102. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen adaylardan birinin cumhurbaşkanı seçilebilmesi için ilk iki tur oylamada TBMM üye tamsayısının 2/3'ünün yani 367 milletvekilinin oyunu alması şartının aynı zamanda TBMM'nin cumhurbaş-

kanını seçme gündemi ile toplanması halinde toplantı yeter sayısı olarak da aranması gerektiği görüşüne dayanıyordu. Öyle ya adaylardan birinin ilk iki turda cumhurbaşkanı seçilebilmesi için 367 milletvekilinin oyunu alması gerekiyorsa, TBMM'nin de zorunlu olarak en az 367 milletvekili ile toplanması gerekmektedir. Bu hukuksal görüşün çıplak veya yalın bir mantıkla bakıldığında, -diğer Anayasa kurallarını değerlendirme dışı bırakma şartıyla- tutarsız olmadığı, göz ardı edilemeyecek bir iç tutarlılığa sahip olduğunda kuşkuya yer yoktur.

Ne var ki bu yalın mantığın bu yalın hukuksal görüşüne sahip çıkan ve onu savunanların şu yalın soruya da cevap bulmaları gerekir. Anayasa koyucu madem Anayasanın 102. maddesinde öngörülen oy sayısını veya karar yeter sayısını aynı zamanda toplantı yeter sayısı olarak öngörmüş ise bu hukuksal gerçekliği tespit etmek niye daha önceden mümkün olmamıştır. Keza Anayasa koyucu anılan maddeye; "bu maddede öngörülen karar sayısı aynı zamanda toplantı yeter sayısıdır" şeklinde bir ifadeye yer veremez mi idi? Böyle bir hükmün Anayasaya konulması acaba Amerika kıtasının vaktiyle keşfedilmesinden çok daha zor bir iş midir? Anayasa bir devletin teşkilat yapısını ve devlet organlarının yetki ve görevlerini belirleyen temel hukuk kuralları bütünüdür. Bu niteliğinin doğal sonuçları olarak onun hükümlerinde bulunması gereken temel özelliklerin de; açıklık, belirlilik, nesnellik, yoruma elverişsizlik olması gerekli değil midir? Ceza hukukunda bir kanun metni anlaşılmaya çalışılırken genişletici yorum yasağı vardır. Anayasa Hukuku da bir kamu hukuku disiplinidir. Anayasa hükümlerinin de Ceza hukukunda olduğu gibi sert bir yorumlama yöntemiyle anlaşılması gerekmez mi? Ceza kanunu hükümleri lafza sıkı sıkıya bağlı kalınarak anlamlandırılır. Zira bu kuralların uygulanması ile suçluluğu hükmen sabit olan kimseler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalardan para cezalarına kadar değişik yaptırımlar uygulanır. Ceza kuralını uygulayacak uygulayıcı yaptığı görevin sözü edilen bu manevi baskısının etkisiyle -uygulayacağı cezanın manevi bir sorumluluğu varsa onun kendi şahsına ait olmaması duyarlılığı içinde- bu lafza bağlı yorum yöntemini geliştirmiştir. Böyle yap-

mak gerçekten de insanın vicdani sorumluluğunu kaldıracak ve insanı derin bir sorumluluktan kurtaracak bir çıkış yoludur.

Anayasa hükümleri de Ceza hukukundaki kabul edilir bulunan yorum yöntemleri uygulanarak anlaşılmaya çalışılmalıdır. Yani Anayasa hükümleri lafza bağlı, lafzı anlama ve anlamlandırmanın merkezine almak suretiyle anlaşılacak hukuk metinleridir, bu yorumlama işlevsel –gerekli olan- bir sınır içermektedir. Anayasa hükümlerinin uygulayıcıları işte bu sınırı aşmama konusunda olağanüstü derecede hassas davranmalıdır. Aynen ceza hükümlerini uygulayan uygulayıcıların, ceza hükümlerini uygularken bağlı kaldıkları "kanunu anlama" yöntemini kendilerine ilham eden vicdani hissin rehberliği altında olduğu gibi.

Çünkü Anayasa hükümlerinin; ifadesini bulduğu sözcüklere veya cümlelere yorumla farklı anlamlar yüklenmeye kalkışılması halinde kimi devlet organlarının yetkisi kısıtlanırken kimisinin yetki alanı genişletilir. Böylece Anayasa koyucunun iradesinin dışında haksız durumlar yaratılmış olur.

367 tezi TBMM çoğunluğuna Cumhurbaşkanını seçtirmemek için kurgulanmış, konusu hukuki ama kendisi hukuk dışı bir görüştür. Anayasa Mahkemesi bu teze dayalı olarak açılan davada bir kez daha Anayasa kendisini bu konuda yetkili ve görevli kılmadığı halde "Meclis kararlarını" denetleyeceğini göstermiştir. Görev ve yetkinin yargılama hukukunda usule ilişkin olup bu iki konuda sınırlayıcı hükümlerin olması halinde ilgili mahkemelerin önüne getirilen davaya bakmalarına imkân bulunmadığı bilinen bir husustur. Ama burada bundan da önemlisi Anayasa Mahkemesi – konunun hukuksal yönünün esas bakımından değerlendirilmesi halinde- bu defa Cumhurbaşkanı seçme sürecinin de etkili (aktif) bir oyuncusu olarak rol almıştır. Hükümet düşüren bir Anayasa Mahkemesinden Cumhurbaşkanını seçtirmeyen bir Anayasa Mahkemesine… Türkiye'de şimdi "hâkimler erki" (jüristokrasi) işbaşında, hâkimler her şeyi en iyi bilen olağanüstü seçkin insanlardır. Ekmeğin renginin ne olduğuna bile hâkimler karar vermeli…

Şimdi söz konusu 1.5.2007 günlü ve E:2007/45, K: 2007/54

sayılı kararın değerlendirmelerimize konu olacak kısımlarına bakalım:

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Deniz BAYKAL, Önder SAV ve 134 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU…..

….. Anayasanın, Cumhurbaşkanının seçiminde basit çoğunlukla yetinmeyip, nitelikli toplantı ve karar yeter sayıları aramasının kökeninde, Cumhurbaşkanının geniş bir Türkiye Büyük Millet Meclisi çoğunluğunca seçilmesinin amaçlanması yatmaktadır. Çünkü böyle bir çoğunluğun genellikle birden çok partinin bir Cumhurbaşkanı üzerinde uzlaşması ile ortaya çıkabileceği açıktır. Bu türden bir uzlaşma ise ancak çeşitli partilerce "kabul edilebilir" nitelikte adaylar üzerinde olabilmektedir. Kuşkusuz bu kabul edilebilirliğin ölçüsü de yalnız Anayasanın 101 inci maddesi değil, onun yanı sıra Anayasanın, tüm maddeleri için uygulama ve yorum ilkelerini açıklayan Başlangıç kısmı ve özellikle Anayasada belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri olmalıdır...

Kuşkusuz şimdiye kadar yapılan seçimlerde Anayasanın 102 nci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen üçte iki çoğunluğun toplantı yetersayısı olarak düşünülmemiş ve aranmamış olması ve bu uygulamanın şimdiye kadar Anayasa Mahkemesinde bir iptal davasına konu yapılmamış bulunması, geçmişteki uygulamaların Anayasaya uygun olduğu hukuki sonucunu doğurmaz.

1- 102 nci maddenin üçüncü fıkrasında karar yeter sayıları birinci ve ikinci oylamalar için üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu, üçüncü ve dördüncü oylamalar için ise üye tamsayısının salt çoğunluğu olarak gösterilmiştir. Yani, karar yeter sayısı her oylama için Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu değildir. Üçüncü fıkrada belirtilen üçüncü ve dördüncü oylamalarda üye tam sayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilebilmektedir. 102 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen yeter sayı eğer karar yeter sayısı olsaydı, üçte iki çoğunluğun yanı sıra, üçüncü ve dördüncü oylamalar için karar yetersayısı olan salt çoğunluğun da bu fıkrada gösterilmiş olması gerekirdi. Halbuki sadece üçte iki çoğunluk belirtilmekle yetinilmiş-

tir….

3- Bu durumda; eğer birinci fıkradaki "üçte iki çoğunluk ile" ibaresinin metinden çıkarıldığı varsayıldığında karar yeter sayısı konusunda bir eksiklik doğmuyorsa, üçüncü ve dördüncü oylamalarda üye tam sayısının salt çoğunluğu da karar yeter sayısı ise, yani üçte iki çoğunluk dışında bir başka karar yeter sayısı da öngörülmüşse, birinci fıkradaki yeter sayının anlamının ve niteliğinin ne olduğu sorusu akla gelmektedir

*Bir hukuk devletinde Anayasa koyucunun abesle iştigal ettiği düşünülemeyeceğine göre, 102 nci maddenin birinci fıkrasında üçüncü fıkradan ayrı olarak ifade edilen yetersayının özel bir anlamı ve işlevi olması gerekmektedir; bu da, yukarıdaki açıklamalar değerlendirildiğinde, bu yetersayının **toplantı yetersayısı** olduğudur…*

…

Bu arada TBMM Başkanı oylamaya geçildikten sonra bir kısım üyelerin isimlerini zikrederek isimlerini tutanağa geçirtmiş ve toplantı yetersayısına dâhil edeceğini ifade etmiştir. Hâlbuki herhangi bir yoklama sürecin hiçbir aşamasında yapılmadığı için bu isimlerin toplantı yetersayısına dâhil edilmesinin hiçbir hukuki geçerliliği yoktur. Sonradan isimlerini saydığı (6) kişi toplantı yetersayısına dâhil edilerek, sayının (368) olduğunu belirtmesi bile toplantı açılırken (367) yetersayısının olmadığının kanıtıdır. Ayrıca bu isimlerin oylama sonucundaki karar yetersayısına dâhil edilmek istenmesinin de hiçbir hukuki dayanağı yoktur…

*Anayasa Mahkemesi pek çok olayda, adı içtüzük veya içtüzük değişikliği olmadığı ve içtüzüklerin yapım ve değiştirilmesindeki yöntemler uygulanarak oluşturulmadığı halde, değer ve etki bakımından birer içtüzük düzenlemesi veya değişikliği niteliğinde olan yani içtüzüğün bir kuralını değiştiren veya yeni bir içtüzük hükmü yaratan **Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarını veya uygulamalarını** içtüzük kuralı sayarak denetim alanı içinde görmüştür…*

….

Cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili 96 ncı birleşimde toplantı yetersayısı konusunda alınan karar ve bu karara dayalı olarak yapılan uy-

gulama ve oylama da, yukarıda açıklandığı gibi, eylemli bir içtüzük değişikliği niteliğini taşımaktadır. Çünkü bunlar Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmaları ile ilgili bir kural oluşturmuştur ve Anayasanın 95 inci maddesine göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütmektedir. Diğer yandan bu karar, uygulama ve oylama ile Cumhurbaşkanı seçiminin Anayasanın 102 nci maddesinde belirtilen özel toplantı yetersayısının değil, 96 ncı maddesinde belirtilen genel toplantı yeter sayısının sağlandığı bir ortamda yapılacağı, İçtüzüğün 121 inci maddesinin birinci fıkrasına rağmen, eylemli bir kural olarak ortaya çıkmış ve İçtüzüğün 121 inci maddesinde değişiklik sonucunu yaratmıştır. Eylemli olarak oluşturulan bu kural ise, Anayasanın 102 nci maddesinin birinci fıkrasına ve 96 ncı maddesine yukarıda açıklanan nedenlerle aykırıdır.

Anayasanın 102 nci ve 96 ncı maddelerine aykırı eylemli bir içtüzük değişikliği niteliğini taşıyan söz konusu karar ve uygulamanın, Cumhurbaşkanlığı seçimi oylaması ile iç içe somutlaşması nedeni ile bu oylamadan ayrılması olanaksızdır. Bu nedenle bir içtüzük değişikliği niteliğini taşıyan karar ve uygulamanın (Anayasa Mahkemesinin E. 1996/19, K. 1996/13, K.t. 14.5.1996 sayılı kararında olduğu gibi) Cumhurbaşkanı seçimi ilk oylaması ile bir bütün olarak değerlendirilip iptali gerekir."

II- METİNLER

A- İptali İstenilen Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı

TBMM'nin 27.04.2007 tarihli 96. Birleşiminde gerçekleşen ve birinci oylama öncesinde ortaya çıkan Cumhurbaşkanı seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısı ile ilgili usul tartışması sonucunda oluşan TBMM kararı, bu karar doğrultusunda yapılan uygulama ile oluşan içtüzük ve buna göre yapılan 11. Cumhurbaşkanı seçiminin ilk oylamasıdır.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 96. ve 102. maddelerine dayanılmıştır.

C- İlgili İçtüzük Kuralı

TBMM İçtüzüğü'nün Cumhurbaşkanı seçimini düzenleyen 121. maddesi şöyledir:

"Madde 121 – Cumhurbaşkanı Anayasanın 101 inci maddesinde yazılı nitelikleri taşıyan adaylar arasından Anayasanın 102 nci maddesi hükümlerine göre seçilir.

…

III- İLK İNCELEME

.....

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında, …denilmektedir.

….

Bu durumda adı yeni bir içtüzük düzenlemesi veya değişikliği olmadığı ve içtüzük yapılması ve değiştirilmesindeki yöntem uygulanmadığı halde değer ve etkisi bakımından birer içtüzük kuralı niteliğinde olan TBMM kararları anayasal denetime bağlı tutulabilir. Değer ve etkileri bakımından aralarında fark bulunmayan yasama tasarruflarının aynı yargısal denetime bağlı tutulmaları hukuk devleti olmanın da gereğidir. ..

….

Anayasa'nın 96. maddesinde "…" denilerek TBMM Genel Kurulu çalışmalarında toplantı ve karar yetersayısı ayırımı yapılmış, her ikisinin alt sınırı da ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, TBMM, "Anayasada başkaca hüküm olan haller" dışında, üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanabilecek ve üye tamsayısının en az dörtte birinin bir fazlasıyla karar verebilecektir. Bugünkü üye tamsayısı esas alındığında TBMM kural olarak 184 milletvekili ile toplanabilecek ve en az 139 milletvekiliyle karar oluşturabilecektir. Ancak, Anayasa'da hem toplantı hem de karar yetersayısı bakımından başkaca bir hüküm varsa o uygulanacaktır.

….

Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın, genel ve özel af ilanı (Md.87), Meclis Başkanı seçimi (Md. 94), Meclis soruşturması yoluyla bakanların Yüce Divan'a sevki (Md.100), Cumhurbaşkanı seçimi (Md.102), Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı suçlandırılması (Md.105),

gensoru ve görev sırasında güvenoyu (Md.99, 111) ve Anayasa değişikliği (Md.175) konularında, TBMM'nin toplantı ve karar yetersayıları bakımından, 96. maddedeki genel kurala istisna getiren, özel hükümler içerdiği görülmektedir. Bu durumlarda kuşkusuz TBMM'nin toplantı ve karar yetersayıları bakımından, 96. maddedeki genel kural değil, belirtilen maddelerdeki özel hükümler uygulanacaktır.

Anayasa'nın genel kurala istisna oluşturan söz konusu maddeleri, ifade biçimleri ve işlevleri yönünden incelendiğinde bunlarda belirtilen nitelikli çoğunluğun Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 102. madde dışında karar yetersayısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

….

Sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için bir kuralın yorumunda, onun lafzı kadar amacının da gözetilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. 102. maddedeki düzenlemeyle, Cumhurbaşkanı seçiminde Meclis'te olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığı açıktır. Nitekim ikinci fıkrada otuz günlük seçim takviminde adaylık süresinin on günle sınırlanması, kalan yirmi günde yapılacak dört oylamanın ilk ikisinde adaylardan birinin seçilebilmesi için üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyunun aranması, dördüncü oylamaya, üçüncü oylamada en çok oy alan iki adayın katılabilmesi, bu oylamada da yarışan iki aday arasında üye tamsayısının salt çoğunluğunun adaylardan biri üzerinde sağlanarak Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde, TBMM seçimlerinin derhal yenilenmesi yoluna gidilmesi, Cumhurbaşkanı seçiminde uzlaşmanın temel alındığını göstermektedir.

….

Bu durumda, TBMM'nin 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde Başkan'ın, 184 milletvekilinin Genel Kurul'da hazır bulunmasının gündemin Cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili kısmına geçilebilmesi için yeterli bulunduğu yolundaki görüşünün kabulüne ilişkin TBMM Kararı, İçtüzüğün 121. maddesinin eylemli biçimde değiştirilmesi niteliğinde olduğundan bu kararın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisi içindedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu 27.4.2007 günlü TBMM kararının eylemli bir İçtüzük kuralı değişikliği niteliğinde olduğuna ve işin

esasının incelenmesine Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşı oyları ve oyçokluğu ile karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

….

Toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğunu öngördüğü sonucuna varılan Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrası karşısında, bu çoğunluğun 184 olarak uygulanması sonucunu doğuran eylemli İçtüzük değişikliği niteliğindeki dava konusu TBMM Kararı Anayasa'nın 102. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

…

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşlere katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olan 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde alınan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yetersayısı ile ilgili kararı, 1.5.2007 günlü, E.2007/45, K.2007/54 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu kararın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN durdurulmasına, 1.5.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olan 27.4.2007 günlü, 96. birleşiminde alınan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısı ile ilgili kararının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 1.5.2007 gününde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

…

Bu durumda, iptali istenilen TBMM kararının, İçtüzüğün değiştirilmesi yönünde usulüne uygun bir teklif, istem veya irade içermemesi, önceki eylemli uygulamalar ile düzenlemenin yapıldığı 1996 yılından sonraki İçtüzüğün 121. maddesine dayanan uygulamalar arasında bu yönden bir fark da bulunmaması karşısında, dava konusu uygulamanın eylemli bir içtüzük değişikliği olarak kabulü ile Anayasal denetime bağlı tutulması olanaklı bulunmadığından iptal isteminin görevsizlik nedeniyle reddi gerektiği düşüncesiyle işin esasının incelenmesi yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

İşin esasıyla ilgili kanaatim ise çoğunluk gerekçesinde belirtilmiştir.

Üye Fulya Kantarcıoğlu

Kararda dava dilekçesinin özetlendiği kısımda, (iptal davasının konusu başlığından sonra, alıntı yapılan ilk paragraf) Davacılar tarafından cumhurbaşkanının nitelikleri Anayasada sayılan kimseler arasında 102. maddede gösterilen "toplantı" ve karar yetersayıları ile TBMM çoğunluğunca seçilmesinin öngörüldüğü, bu çoğunlukla cumhurbaşkanının seçilebilmesi için de siyasi parti gruplarının adaylar üzerinde uzlaşması gerektiği ve Anayasa hükmü ile bunun amaçlandığı ileri sürülmüştür. Acaba bu iddiaya katılmak mümkün müdür? Bir kere hukuki olanla siyasi olanı bir birinden ayırt etmek gerekir. Uzlaşma "siyaseten" hedeflenen bir sonuçtur. Anayasa koyucunun "hukuken" de uzlaşmayı hedeflemiş olması kabul edilebilir bir sonuç olarak görülemez. Çünkü uzlaşma kanun zoru ile sağlanacak bir şey değildir. Siyasi veya hukuki bir sorunun çözümünde uzlaşma; siyasi partilerin kendi siyasi anlayışlarına göre, hür iradeleriyle karar verebilmeleri halinde mümkün olur. Belirli bir zorlayıcı etki veya yaptırım ya da baskı altında sağlanan oydaşlığa uzlaşma denemez. Anayasa biçimsel, hukuksal sonuçları hedefler ve bu sonuçlarla ilgilenir, bu sonuçların sağlanmasına ilişkin şartları düzenler. Uzlaşma, siyasi parti gruplarının muayyen bir konu-

da anlaşarak siyasi barış ve uzlaşı içinde siyasal sonuçların yaratılması Anayasa koyucunun ilgilendiği durumlar değildir, olmamalıdır da. Eğer Anayasa koyucu cumhurbaşkanlığı seçimlerinde uzlaşmayı şart koşmuş olsaydı bu takdirde Anayasa hukukuna özgü bir "gabin hali"ni yaratmış ve bunu meşrulaştırmış olurdu. Gabin hali Borçlar hukukunun bir kavramıdır. İki hukuk öznesi tarafından yapılan bir hukuksal muameleyi sakatlama sonucu doğuran bir durumun varlığı ile ortaya çıkar. Gabin hali – şimdiki Borçlar Kanunumuzda "aşırı yararlanma" durumu- (sömürme) iki taraftan birinin bu hukuksal muameleden aşırı çıkar sağlaması, diğer tarafın ise hak etmediği bir zarara uğraması şeklinde belirir. Gabine neden olan hukuksal muamelede zarara uğrayan tarafın iradesi bazı ruhbilimsel (psikolojik) etkilerin altında çarpık bir şekilde oluşur. Borçlar hukukunda kabul edildiği şekliyle gabinin iki nedeni vardır, bunlar; a) hiffet yani zarara uğrayan veya uğratılanın bilgisizliği, b) zor durumu (müzayaka) olarak belirlenmiştir. Hiffet hukuksal muameleyi yapan taraflardan birinin kendi hukuksal yararlarını gözetememesi durumunu ifade eder. Bir çocukla veya mümeyyiz olmayan reşitle yapılan hukuksal muamelelerde, diğer taraf onların bilgisizliğinden, kendi menfaatlerini yeterince gözetememelerinden yararlanabilir ve bunu kendi lehine; olması gerekenden daha büyük bir kazanca dönüştürebilir. Müzayaka durumunda ise hukuksal muamelenin her iki tarafı da kendi hukuksal yararlarını gerektiği gibi görebilme, muamelenin sonuçlarını öngörme yeteneğine sahiptir. Ancak ilişkinin taraflarından biri diğer tarafın iradesinin çarpıtılmasını sağlayacak hukuksal ilişkinin dışında bazı olay ve durumlardan yararlanır. Aşırı borcu olan ve alacaklıları tarafından sıkıştırılan bir kimse borcunu ödemek için, çok değerli bir mücevheri değerinin altında bir fiyata satmaya istemeyerek razı olabilir. Bundan başka fertlerin taraf olduğu ancak kamuoyu tarafından bilinmesini istemedikleri sır özelliği taşıyan bir takım olay veya durumlar olabilir. Bu olay veya durumlar bizzat yararlanan tarafın eylemiyle yaratılmış olabileceği gibi başka öznelerin eylemleriyle de oluşmuş olabilir. Bir kimsenin özel hayatıyla ilgili gizli kalmasını gerekli gördüğü, toplum-

sal çevresi tarafından bilinmesi durumunda maddi ya da manevi zarara uğrayacağı bir ilişkisinin kamuoyuna açıklanması tehdidi – Borçlar Hukukundakinden farklı; toplumsal, siyasal müzayaka durumuna- örnek gösterilebilir. Keza yasa dışı bir örgütün öldürme veya başka türlü bir zarar verme tehdidi de hukuksal muamelede bir tarafın iradesinin özgürce oluşmasını engelleyen bir toplumsal, siyasal zor durumunu oluşturur.

Borçlar hukuku alanında kalan bir hukuksal muamelede gabin halinin varlığı gabine uğrayan tarafından yetkili yargı mercii önünde açılan bir davada eğer ispatlanırsa; o hukuksal muamele iptal edilir.

Türk Anayasa hukuku bir hukuk felsefesi ile takviye edilmiş değildir. Anayasa hukukçularının Anayasa hukukuna çerçeve oluşturacak bir hukuk felsefesi inşa etmeleri; Anayasa hukuku alanındaki sorunların çözümünün adalet ve hakkaniyete uygun olması açısından olmazsa olmaz bir gerekliliktir. Bu yapılırken pekâlâ diğer hukuk disiplinlerini oluşturan zengin mükteseba ttan, onları besleyen felsefi dayanaklardan yararlanılabilir. Medeni hukukun, Borçlar hukukunun Ceza ve diğer hukuk disiplinlerinin kimi kavramları Anayasa hukukuna uyarlanabilirlik niteliğine sahip ise niçin kendilerinden Anayasa hukukunun eksiklerini gidermede faydalanılmasın.

Anayasa –siyasal nitelikli- "gabin hali" gibi bir haksızlığı meşrulaştırma amacını herhalde hiçbir zaman gütmez. Davacı siyasi partinin; Anayasa koyucunun cumhurbaşkanı seçimlerinde geniş bir siyasi uzlaşıyı amaçladığı, Anayasanın 102.maddesinde öngörülen 2/3 (367) oy yani karar yeter sayısının aynı zamanda toplantı yeter sayısını da oluşturduğu yolundaki görüşünün kabul edilmesi durumunda kendi adayını seçtirecek çoğunluğa sahip olmayan siyasi parti veya parti gruplarına, cumhurbaşkanını seçebilecek çoğunluğu engelleme imkânı tanınmış olur. Böyle bir imkâna sahip olan grup veya gruplar siyasi enaniyetlerini tatmin için elbette bunu çoğunluğa karşı kullanma yoluna gidebilirler. Meclisteki çoğunluk ise siyasi sebeplerle – bir cumhurbaşkanını bile seçmeye muktedir olamadılar gibi eleşti-

ri veya küçümsemelere maruz kalmamak için - azınlıkta kalanların bu haksız inadını kırmak ereğiyle aslında istemedikleri, seçimi engelleyen siyasi grupların istediği- bir adaya oy vermek durumunda kalabilirler.

İşte burada "Anayasal bir gabin hali" doğmuş olmaktadır. Demokrasi çoğunluğun azınlığa tahakküm ettiği bir rejim değildir. Çoğunluk azınlığa ancak "cumhuriyet" rejimlerinde tahakküm edebilir. Bununla birlikte demokrasi azınlığın çoğunluğa şantaj yapabildiği bir rejim hiç değildir. Anayasanın kurumsallaştırdığı hiçbir devlet kurumu; azınlığın çoğunluğa haksız engelleme ve kaprislerde bulunacağı bir toplumsal, siyasal ve hukuksal ortamın oluşmasına hizmet edemez. Bu herhalde görev ve yetkisini kötüye kullanma anlamına gelir. Böyle bir eylem Ceza Kanununa göre suçtur.

Ana muhalefet partisinin 367 sayısının toplantı yeter sayısını oluşturduğu kabulü ile TBMM'nin toplantı yeter sayısını sağlayamamasının zeminini oluşturmak kastıyla cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili gündemle yapılan toplantıya katılmamasını ayrıca "objektif iyi niyet" kuralı çerçevesinde değerlendirmek de ilginç olacaktır. Objektif iyi niyet kuralı Medeni hukuka ait bir tanımlamadır. Bu aslında aynı zamanda bir ahlak kuralıdır da. Kanun koyucu iyi niyete de kötü niyete de önemli hukuksal sonuçlar bağlamıştır. Dolayısıyla bazı hukuksal ilişkilerde, hukuki muameleyi yapan öznelerin hukukun biçimsel kalıplarının dışındaki insani yaklaşımlarını da hesaba katarak ele almanın adil ve hakkaniyete uygun hukuksal sonuçlara ulaşmada ciddi gereklilikler oluşturduğunu görmüştür. Hukukun içinde bu tür ilke veya kurallar geliştirilmese idi, hukuk kuralları bizzat haksızlığı, hukuka aykırılığı meşrulaştırmanın aracı haline gelirdi. Mesela muvazaalı hukuksal muameleler hukuku kötüye kullanmadır. Görünürdeki işlem hukuka uygundur. Karşılıklı iradeler uyumlu bir şekilde birleşmiştir. Ama biçimsel işlem hukuka uygun olmayan başka bir amaç için yapılmıştır. İşte o işlem hukuka aykırı olmaktan öte aslında ahlaka da aykırıdır. Hukukla ahlak muvazaalı muamelelere karşı el ele vermiştir. Oysa hukuk nesnelliktir, ahlak bir ölçüde öznellik içerir. Ama hukuk, herhal-

de kendisinin kötüye kullanılmasına müsaade edecek bir aptallığın adı olamaz.

Objektif iyi niyet kuralı, öğretide; bir hakkın kullanılmasında ya da bir borcun ifasında ortalama sezgi ve düşünme kabiliyetine sahip veya ortalama zekâya sahip hukuk öznesinin –art niyetsiz- davranış tarzı olarak tanımlanmıştır.[20] Bu ilke 4721 sayılı Medeni Kanunun "Dürüst davranma" başlığı altında düzenlenen ikinci maddesinde yer alan; *Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*, ifadesini taşıyan hükmünde anlam ve ifadesini bulmuştur.

Medeni hukuk, Borçlar hukuku birer özel hukuk disiplinidir. Özel hukuk disiplinleri kamu hukuku disiplinlerine göre tarihin daha erken dönemlerinde oluşmaya başlamıştır. Bu sebeple kendi alanında kalan bütün hukuksal ilişkileri kavrama beceri ve yeteneğini hemen hemen kazanmış durumdadır. Az yukarıda söylediğimiz gibi kamu hukuku disiplinleri eksiklerini özel hukukun, bir kısım kavram ve ilkelerini kendine uyarlayarak giderebilir, kendini olgunlaştırabilir. Hem tam burada şunu söylemek gerekiyor: iki eşit, medeni bireyin sadece kendilerini ve kimi durumlarda bir kısım üçüncü kişileri ilgilendiren hukuksal muamelelerinde iyi niyet kuralı gerekli oluyor da acaba bütün bir ülke halkını ilgilendiren hukuksal iş ve eylemlerde iyi niyet kuralı neden geçerli olmuyor? Sınırlı sayıda birey veya özel

[20] Bknz. Prof. Dr. Turgut Akıntürk, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, 1988, Eserin Objektif Hüsnüniyet başlıklı bölümünde, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun Umumi Prensipler isimli eserinde yer alan şu tanım verilmiştir. Objektif hüsnüniyet; "bir hak sahibinin hakkını kullanırken veya bir borçlunun borcunu yerine getirirken iyi ve doğru hareket etmesi, yani dürüst, namuskâr, makul, fiilinin neticesini bilen orta zekâlı her insanın benzer hadiselerde takip edecek olduğu yolda hareket etmesi demektir" Yine aynı sayfada Jale Akipek'in şu tanımı yer almıştır: "Objektif hüsnüniyet kuralları, herhangi bir makam tarafından konulmuş olan yazılı kurallar değildir. Bunlar "cemiyetteki dürüst, namuslu ve orta zekalı şahısların ahlak, dürüstlük, karşılıklı güven ve itimad esaslarına uygun devamlı davranışları neticesinde meydana gelen ve cemiyet tarafından da cemiyetin menfaatlerine ve iş hayatı icaplarına uygun görülerek benimsenen kaidelerin tümüdür."

hukuk tüzelkişilerini ilgilendiren hukuksal işlemlerde muvazaa görünürdeki hukuksal işlemi sakatlıyor da, bütün bir halkı ilgilendiren, hukuksal etki ve sonuçlar yaratan kamu hukuku alanında kalan eylemler bakımından bu kurallar niçin geçerli olmuyor? Çağımızda toplumsal ve siyasi hayatın genel nitelikleri, karmaşıklık ve kurumsallaşma seviyesi; özel hukuka ait bu kavramlar çerçevesinde yeni kuralların kamu hukukuna kazandırılmasını zorunlu kılıyor.

Ana Muhalefet Partisi ile diğer muhalefet partilerine mensup milletvekilleri 27 Nisan 2007 tarihli TBMM toplantısına meşru ve kabul edilebilir mazeretleri nedeniyle katılmamış değiller. Bu davranışlarının nedeni Sabih Kanadoğlu tarafından ortaya atılan 367 tezini uygulamak suretiyle Cumhurbaşkanının seçimini engellemekti. Herhangi bir adayı seçmek ya da seçmemek milletvekillerinin hakkıdır, ancak, cumhurbaşkanının seçilmesini engellemek bir hak değildir. Hukuken meşru bir mazeretin varlığı halinde Genel Kurul toplantılarına katılmamak –nasıl ki devlet memurlarına mazeretleri halinde izin veriliyorsa- milletvekillerine tanınmış bir haktır, ancak Meclis çalışmalarını engellemek, Meclisin işlevini yerine getiremeyecek şekilde faaliyetlerini "kundaklamak" bir hak değildir.

27 Nisan 2007 tarihinde TBMM Genel Kurul Salonuna girmeyen milletvekilleri – Anayasa hukuku açısından - "objektif iyi niyet" kuralına aykırı davranmışlardır. İyi niyet kuralına aykırı eylemler nedeniyle, eylemciye; elde etmeyi umduğu olumlu hukuksal sonuç veya kazançlardan onu mahrum bırakma yaptırımı uygulanır. Keza bu eylemler de diğer taraftan muvazaa vardır. Muvazaanın yaptırımı da –özel hukukta olduğu gibi- görünürdeki eylemin hukuksal sonucunu iptale konu etmektir.

Aslında muhalefetin Cumhurbaşkanını seçtirmemek için uyguladığı bu yönteme karşı iktidar çoğunluğu; Anayasanın 84. maddesinde yer alan; *Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanınca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurulca üye tamsayısının salt*

çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir., hükmü uyarınca gereken yaptırımı uygulama yoluna gidebilirdi. Meclis Başkanlığınca ve iktidar çoğunluğunca; muhalefet tarafından 367 tezinin işletileceği, Anayasa Mahkemesinin "eylemli içtüzük değişikliği" gerekçesiyle Meclis kararlarını iptal etme alışkanlığı doğrultusunda önüne bu konuda gelecek davayı da kabul edeceği önceden görülerek gereken tedbirler alınabilirdi. Bu tezin işlemesini engellemek için seçim turlarında TBMM Genel Kurulunda isim isim yoklama yapılacağı ve 84. maddede öngörülen yaptırımın uygulanacağı milletvekillerine duyurulmalıydı. Bu bağlamda içinde bulunulan Nisan ayının başından itibaren milletvekillerinin birleşimlere devam durumu izlenerek, ilk tur oylamaya katılmayanlardan o ay içinde mazeretsiz beş gün devamsızlık süresini dolduranların hiçbir eleştiriye aldırış etmeksizin üyeliğinin düşürülmesi yoluna gidilebilirdi. 367 cilerin görüşü kabul edilerek seçim takvimi belirlenir, ilk tur oylama için açılan birleşimde 367 milletvekili Salonda bulunmaz ise izleyen gün, yine bulunmaz ise o günü izleyen gün birinci tur oylamanın yapılacağı ancak birleşime katılmayan milletvekillerinin isimlerinin tespit edileceği önceden duyurulmuş olduğu için yapılan yoklamada mevcut olmayanların üyeliğinin düşürülmesi yaptırımının uygulanması pekâlâ düşünülebilirdi. Bu yaptırımın uygulanacağı konusundaki açıklama "korkutsama" (blöf) nitelikli olsaydı yani gerçekten uygulanmasaydı bile çok ciddi etki uyandırırdı.

Elbette Anayasanın 84. maddesinde yer alan söz konusu yaptırımı uygulamak hukuken doğru ise de; siyaseten muhalefetin istismarına açık bir siyasi davranış olurdu. Muhtemelen böyle bir siyasi oyunu iktidar milletvekillerinden bazıları da düşünmüş olabilirler. Keza muhalefet milletvekilleri de pekâlâ Anayasanın 84. maddesini biliyorlar, onlar da hesaplarını; iktidarın, anılan maddedeki hukuki yaptırımı uygulamasının siyaseten -iktidar açısından- yanlış olduğunu bildikleri, bu nedenle uygulamayacağı konusundaki kuvvetli varsayıma dayanmak suretiyle yapıyorlar. Siyaset çok ilginç bir meslek, hukuken doğru olan, hukuk kurallarına göre yerden göğe kadar haklı olan siyasetin kural ve doğasına göre haklı olmayabiliyor. İşte bu hu-

kuken haksız olan siyasetçilerin istismarını mümkün kılan bir araç işlevi görüyor. İstismar nitelikli her türlü davranış, konusu ne olursa olsun ahlaka aykırı olan eylemlerdir. Tabii günümüzde siyaset makyavelist bir anlayışla yapıldığı için ahlak, erdem gibi değerler düzeninin bir kısım siyasetçiler bakımından siyasette bir karşılığı bulunmamaktadır.

Davacı Parti kararın yukarıya alınan kısmından ("İptal davasının konusu" başlıklı kısım, "3" işaretli yerin ikinci paragrafı) anlaşıldığına göre dava dilekçesinde; 102.madde bağlamında hukuksal değerlendirmelerini yaparken "bir hukuk devletinde anayasa koyucunun "abesle iştigal etmeyeceği" saptamasını yapmıştır. Doğru anayasa koyucu da kanun koyucu da abesle iştigal etmez. Ama gerek anayasanın gerek kanunun lafzından her ikisinin iradesi açıkça anlaşıldığı halde yorum yoluyla anayasaya veya kanuna ayrı anlamlar yüklemeye kalkışanlar abesle iştigal etmiş olurlar. Çünkü Anayasa hükümleri açık ve yalın kurallar içerir. Yoruma elverişli nitelikte olmamaları gerekir. Aksi halde devlet erklerinin yetki ve görev alanları ile ilgili hukuksal karmaşalar ortaya çıkar. Herhalde hukuk devleti olma iddiasında olan bütün modern devletlerin anayasaları açıklık, belirlilik ve somutluk ekseninde hazırlanmak durumundadır. Anılan madde hükmündeki karar yeter sayısı aynı zamanda toplantı yeter sayısı olsa idi; anayasa hükümlerinin açıklık, belirlilik ve somutluk nitelikleri gereği bu tartışmasız herkes tarafından kabul edilir, üzerinde tartışma olmayan nesnel bir değer kazanırdı. Ve şüphesiz bu daha önceki cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de gündeme getirilir ve uygulanırdı.

Davacıların bu "abesle iştigal..." ifadesi ile birlikte aynı cümle içinde kullandıkları anayasa koyucu terimini ve bir de kanun koyucu ıstılahlarının anlamlarını araştıralım ve bu ifadenin bizzat kendisinde bir "abesle iştigal" durumu var mı, yok mu? Onu görelim. Anayasa koyucu ve kanun koyucu adlandırmaları öğretiye aittir. Hukuk bilimi ile uğraşanların kendi çalışma alanları ile ilgili kavram ve adlandırma (terim)ları üretmesinden Hukuk bilimi adına daha güzel ne olabilir ki... Öğretinin ürettiği biçimiyle bu kavramlar soyut kavramlardır. Toplumsal bilimler ve

felsefe zaten soyut alanda çalışırlar. Hatta bir ölçüde fen bilimleri dahi soyut alana ait bazı değerlerden faydalanırlar. Fen bilimleri de bilim felsefesinin ilke ve kurallarını kendi çalışmaları sırasında kullanmak zorundadırlar. İşte bu sırada soyut olanla somut olan iç içe geçer.

Anayasa koyucunun fizik dünyada ifade ettiği varlık "meclis" veya "parlamento" dur. Ancak bu kavramla kastedilen meclisin veya parlamentonun şahsı manevisi değildir. Öyleyse nedir? Meclisin bizzat Anayasayı yaptığı andaki fiziki görüntüsüdür. Yani Anayasa koyucu; anayasanın yapıldığı sırada meclisin şahsı manevisi adına bu etkinliğe katılan kişilerin -Ahmet, Mehmet, Orhan, Ayşe, Pelin- oluşturduğu topluluktur. Eğer Anayasa koyucunun iradesinin doğru bir biçimde, siyasi rakiplerinin itiraz edemeyeceği bir kesinlikte tespiti gerekiyorsa anayasayı yapan meclisi oluşturan şahısların tanıklığına başvurmaktan başka bir yol yoktur. Bu iki şekilde olur birincisi önceki cümlede ifade edildi, bizzat bu şahıslar yaşıyorsa onlara müracaat etmek suretiyle, ikincisi ise anayasa yapma faaliyeti sırasında tutulan tutanaklara bakmak, ilgili anayasal hükümlerin hukuksal gerekçelerine ilişkin değerlendirmelere bakmak suretiyle...

Anayasa Mahkemesinin yukarıya alınan kararının dava dilekçesinin özetlendiği bölümün incelenmesiyle, davacı partinin böyle bir ön araştırma yapmadığı açıkça görülüyor. Eğer bunu yapmış olsa idi 1982 Anayasasının Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında tutulan tutanakları -ilgili madde hükmü ile ilgili kendi görüşünü doğrulaması halinde- delil olarak gösterebilir, dava dilekçesine bu tutanaklara ait örnekleri ekleyebilirdi. Bunu yapmaya imkân bulamamıştır, çünkü 1982 Anayasasını oluşturan irade, 102. maddedeki oy miktarının aynı zamanda toplantı yeter sayısı olduğunu hiçbir şekilde öngörmemiştir.

Hukukun alanına ait soyut kavramlar; iyi niyetli olmayan kimseler elinde hukuku, adaleti çarpıtmanın etkili birer aracına dönüşebilir. Ya da hukuk kurallarını kendi heva ve hevesleri doğrultusunda çarpıtmak veya işlevsiz bırakmak isteyenler "karizmatik" veya "beylik" ama içi boş soyut kavramlar inşa edebi-

lirler.

İşte burada da Anayasa koyucu kavramı; Anayasa Mahkemesinde açılan malum davada davacı Parti tarafından çarpıtılmakta, gerçek anlamından kopartılmakta, kendi heva ve hevesleri doğrultusunda, meşru olmayan bir sonucu elde edebilmek amacıyla istismar edilmektedir.

Kararın "İlk inceleme" başlığı altında yer alan kısmında (yukarıya alınan ikinci ve üçüncü paragraflar) Anayasa Mahkemesinin, Anayasada sayıldığı biçimiyle görevlerinin neler olduğundan bahsedildikten sonra, meclis kararlarının yargısal denetime tabi tutulmadığı, ancak kimi yasama tasarrufları değer ve etkileri bakımından bunlarla eş değerde ise meclis bu kararları her ne şekilde nitelerse nitelesin yargısal denetime tabi olacağı, aksi takdirde yasama organının aslında kanun, kanun hükmünde kararname vd. aynı nitelikte olan hukuka aykırı tasarruflarını hukuk düzenine dâhil edebileceği görüşüne yer verilerek gerektiğinde meclis kararlarının da anayasa yargısının denetiminin konusunu oluşturabileceği savunulmuştur. İçtüzük niteliğinde sayılabilecek meclis kararları bakımından yukarıya alınan (üçüncü paragraf) dikkatlice inceleyelim: "*Bu durumda adı yeni bir içtüzük düzenlemesi veya değişikliği olmadığı ve içtüzük yapılması ve değiştirilmesindeki yöntem uygulanmadığı halde değer ve etkisi bakımından birer içtüzük kuralı niteliğinde olan TBMM kararları anayasal denetime bağlı tutulabilir. Değer ve etkileri bakımından aralarında fark bulunmayan yasama tasarruflarının aynı yargısal denetime bağlı tutulmaları hukuk devleti olmanın da gereğidir.*" bu ifadelerle acaba ne deniliyor, bu kadar soyut bir şeyi nasıl tanıyacağız veya fark edeceğiz. Bir yasama tasarrufunun değer ve etkisi bakımından içtüzük kuralı olduğunu tespit etmeye yarayacak somut hukuksal ölçüt (kıstas veya kriter) var mıdır? Ve eğer varsa bunlar üzerinde nesnel bir uzlaşma sağlanmış mıdır? Anayasa Mahkemesi üyelerine, bu ifadelerle kastedilen içtüzük kuralı niteliğindeki meclis kararlarının ne gibi genel nitelikleri vardır, bu kararların sahip olduğu tipik yapı nedir, diye sorulsa verecekleri cevap merakı mucip olurdu doğrusu. Ancak biz bir şeyi söyleyelim; bu ifadelerini açamaz ve gerekçelendiremezlerdi, söyle-

diklerini tekrar ederek cevap vermeye çalışırlardı. Çünkü bu ifade ile Anayasa Mahkemesi bir "aksiyom" teklifinde bulunmaktadır. Yani bunun ispatı yok, bu başka bir önermeyle açıklanamaz, açıklaması kendi içinde... diye cevap verirlerdi

Ancak ne var ki yukarıda söyledikleri –alıntılanan ifadeninhaklılığına ve doğruluğuna hukukçuların, aydınların ve halkın geniş bir kesimi inanamamaktadır. O halde bu ifadelerle kurulan aksiyom veya postüla baştan çökmekte ya da ölü doğmaktadır. Bir defa hukukta, herkesçe kabul edilen bir kısım dogmalar dışında aksiyomlar üretmek mümkün olamaz. Adam öldürmek, hırsızlık, dolandırıcılık, rüşvet vermek ve almak da suçtur. Bu eylemleri tabii hukuk suç olarak öngörmüştür, neden suçtur? Sorusu anlamlı değildir. Çünkü suç olduğunu ispatlamaya ihtiyaç yoktur, kimse de niçin suç olduğu gerçeğinin peşine düşmeye kalkışmaz. Tabii hukukun bu eylemleri suç saymasına rağmen birileri hala neden suç diye sorarsa muhatapları bu "neden" sorusuna hemen anlamlı bir cevap veremese dahi zihninde, bu eylemlerin suç sayılmasını gerekli gören bir sezgi uyanır. Keza; kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge vd., tanımları nelerdir diye sorulsa, bu soru; biz bu kural yapılı kavramların teknik tanımlamalarını yapamasak dahi zihnimizde bizim bu kavramları aslında bildiğimize ilişkin bir aşinalık bilgisi uyanır. İşte bir fikrin aksiyom niteliğinde bir gerçeğe işaret etmesi için insan zihninde bir idrak, sezgi, seziş yaratması gerekir. Bunu yaratamayan bir önerme aksiyom olamaz. Anayasa Mahkemesinin bu karara imza koyan üyelerine içtüzük kuralı niteliğinde yasama tasarrufunun tanımı nedir? Diye sorulacak olsa, bu soruya cevap veremezler, cevap verememelerinde gariplik yok, çünkü Anayasa hukukunun dünyasında, yasama faaliyetleri arasında bu ifade ile söylenmek istenen şeye karşılık oluşturacak bir şey yok. Olmayanın yani yokluğun tasavvuru mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin ürettiği, tasavvuru yapılamayan bu "içtüzük kuralı ya da kanun niteliğinde yasama kararları ifadesi" ve verdiği bir kısım kararlarındaki bu türden ifadelere bir ad vermek gerekirse bunlara "soyutsama" -soyutlamadan farklı- diyebiliriz. Soyutsamayı da deminden beri söyle-

diklerimiz bağlamında; varlığı olmayan, gerçeklikler dünyasında hiçbir karşılığı bulunmayan bir durum, varlık ya da olgu tasarlama olarak tanımlayabiliriz. Buna göre "soyutsama" aynı zamanda, aksiyom olması mümkün olmayan bir görüşün kendisinde aksiyom olma özelliği vehmetmesidir. Soyutsama ile –onu yapanlar - herhangi bir konuda haklılığını ya da doğruluğunu ispatlama külfetinden kendilerini kurtararak gerçek dışı bir durum inşası öngören bir önerme seslendirmiş olmaktadırlar.

Anayasa Mahkemesinin üzerinde durulan kararında yer alan "içtüzük kuralı niteliğindeki yasama tasarrufları" ifadesi ile ortaya konulan şey de bir "soyutsama"dır. Keza yine kararın yukarıya alınan kısmının "ilk inceleme" başlığı altında yer alan bölümünde (ikinci paragrafın sonları) yer alan; *"Aksi halde, hukuksal nitelikleri, etkileri ve meydana getirdikleri sonuçlar bakımından, Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulan kanun, KHK ve TBMM İçtüzüğü ile eşdeğerde bulunan ve bu nedenle de belirtilen işlemlere özgü yöntem ve isimlerle tesis edilip, hukuki varlık kazanması gereken bazı yasama tasarrufları, farklı yöntem ve isimlerle hukuk sistemine dahil edilerek Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarılabilir.,"* ifadesiyle seslendirilen önerme de bir "soyutsama"dır. Çünkü bu ifadeler; insan zihninde bir karşılık üretecek, bir sezgi veya seziş ya da idrake neden olacak, bir tasavvur yaratacak nitelikte birer önerme değildir. Bu ifadeler ile kastedilen her ne ise gerçekliği kesinlikle yoktur. Zaten yokluğun tasavvuru mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin birçok davada "soyutsama" yapması ile kendini "la yüs'el" görmesi arasında doğal bir belirleyicilik ilişkisi vardır.

Anayasa Mahkemesinin üzerinde durulan kararında savunulan; değer ve etkileri bakımından kanun, kanun hükmünde kararname ve içtüzük kuralı niteliğinde olan yasama organı kararlarının yargısal denetime tabi olduğu, bunun hukuk devleti olmanın bir gereği olduğu yolundaki görüşe yöneltilebilecek ciddi itirazlar bulunmaktadır. Az yukarıda işaret edildiği gibi kanun, içtüzük gibi yargısal denetime tabi tasarruflar ile bunlara benzediği varsayılabilir olan yasama organı kararları arasındaki benzerlik, aynı etki ve sonucu yaratma veya aynı değer-

de olmayı tespite yarayacak nesnel ölçütler var mıdır? Maalesef böyle ölçütler yoktur. O halde bu benzerliği görmek Anayasa Mahkemesinde kararı oluşturacak hâkimlerin öznel algılama biçimlerinin sonucuna bağlı kalacaktır. Öznelliğe mahkûm olan bir olgu, oluş, olay hukukun nesnelliği öngören ve onu arayan genel özelliği ile bağdaştırılamaz. Tam burada şu sorunun işaret ettiği, kaba, yalın ve soğuk gerçekle karşı karşıya kalıyoruz: Anayasa Mahkemesi'nin bu benzerliği araştırıp tespit ederken yasama alanına müdahale etmeyeceği, daha doğrusu bu alana tecavüzde bulunmayacağı konusunda yasama organının dayanabileceği bir dayanak veya güvence var mıdır? Yine maalesef sözüyle başlayan bir cevapla karşılaşmak durumundayız. Çünkü yargının üzerinde onu denetleyen başka bir güç yok. Zaten Anayasa Mahkemesi de bu nedenle sorumsuz davranmakta bir mahzur görmüyor.

Onbirinci Cumhurbaşkanının seçimi için yapılan ilk tur oylamada eylemli içtüzük değişikliği yapıldığı görüşüyle Ana Muhalefet Partisi tarafından açılan davanın süresinde açılıp açılmadığı konusu da doğrusu üzerinde durulması gereken bir konudur. Önceki cumhurbaşkanları da aynı şekilde yapılan uygulamalar ile seçildiğine göre "eylemli içtüzük değişikliği" 1982 Anayasasının yürürlükte bulunduğu dönem açısından ilk önce merhum Turgut Özal'ın seçimi sırasında yapılmış bulunulmaktadır. Hal böyle olunca onbirinci Cumhurbaşkanının seçimi için TBMM'nin ilk birleşiminde 367 milletvekili ile toplanılmamış olması yeni bir "eylemli içtüzük değişikliği" oluşturmamakta, yürürlükteki bir kuralın uygulanması niteliğinde olmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında "eylemli içtüzük değişikliği" sayılan bu uygulama ile ilgili olarak 1989 yılında yani adı geçen Cumhurbaşkanının seçimi için yapılan ilk tur oylamanın ilgili olduğu TBMM toplantısını izleyen tarihten itibaren Anayasada öngörülen dava açma süresinde dava açılmadığından dava açma süresi geçirilmiştir. Onbirinci Cumhurbaşkanının seçimi vesilesiyle açılan bu davanın öncelikle süre aşımının varlığı nedeniyle reddi gerekirdi. Anayasa Mahkemesinin üzerinde durulan kararına üyelerden Fulya Kantarcıoğlu tarafından konulan şerhte

bu durum kastedilmemekle beraber farkında olmadan bu duruma işaret edilmiştir.

Meclisin bir kısım kararları veya uygulamaları ile Anayasa hukuku alanı içinde bir kısım gelenekler oluşması da kabul edilebilir, meşru bir gelişmedir. Hukuk; kanun, kanun hükmünde kararname veya kısaca söylemek gerekirse "kurallar kademesi" (normlar hiyerarşisi) nde yer alan yazılı hukuksal düzenlemelerinden çok daha fazla şeyi ifade eder.

Uygulama demişken bir de hukukun yazılı olmayan kaynaklarından konumuz bağlamında bahsetmek yararlı olacaktır. Hukukun yazılı olmayan kaynakları uyulma zorunluluğu bulunmayan kurallar içerirler. Ancak eğer yazılı hukuk kuralları bir kısım hukuksal durumların kural koyucu tarafından öngörülememesi nedeniyle düzenleme dışı bırakılması halinde o konuda yazılı bir hukuk kuralı konuluncaya kadar hukuksal sorunu çözümlemede başvurulacak tek kaynak olabilir. Bunun dışında yazılı bir hukuk kuralının anlaşılması ve değerlendirilmesinde bir anlama çerçevesi olarak kendisinden yararlanılabilir.

Konusu muayyen bir hukuksal olay veya kişiler olan bireysel işlemler tekrarlana tekrarlana yazılı bir hukuk kuralı oluşturmazlar, ancak bir gelenek veya teamül oluştururlar. Gelenek ve teamül hukukun –yazılı hukuk kuralları varsa- bağlayıcı olmayan kaynaklarındandır. Gelenek bir otoritenin bir karar veya emirle ortadan kaldırabileceği bir değer değildir. Bu sebeple de onların yargı mercilerince düzenleyici bir işlem olarak kabul edilerek iptal edilmeleri tarifi imkânsız derecede saçma bir durum olur. Meclisin bir olay, kişi veya hukuksal durumla ilgili kararı belki içtüzüğe aykırı olabilir, ama bu meclis tasarrufu içtüzükte yazılı olan kuralı ilga etmez, çünkü düzenleyici bir işlem değildir. Bu yanlış kararla bir içtüzük hükmü de ihdas edilmiş olmaz, çünkü o kararın düzenleyici işlem boyutu yoktur ve kendinden sonraki yasama tasarruflarının oluşmasında uygulanacak bir usul ve yöntem öngörmez, öngörse dahi yazılı içtüzüğün herhangi bir hükmünü değiştirmediği için bağlayıcılığı yoktur.

Tabii bu noktada şu itiraz yapılabilir: acaba meclis kararları

gerçekten Anayasaya ve İçtüzüğe dolayısıyla hukuka aykırı nitelikte olsa bu yargısal denetime tabi olmamalı mıdır? El cevap olmamalıdır. Bunun yaptırımı siyaset kurumu içinde uygulanmalıdır. Karardan etkilenen siyasi partiler bu olumsuz ve hukuka aykırı davranışı halka şikâyet edebilir. Demokrasilerde en yüksek karar mercii halktır. Hatalı bir yasama tasarrufu nihayetinde hukuksal durum yaratmanın dışında bu tasarrufa katılan milletvekillerinin mensubu olduğu siyasi parti veya partilere siyasal bir kısım yararlar sağlamaktadır. O halde onun yaptırımı hukuksal olmaktan ziyade siyasal olmalıdır. Bir yasama tasarrufunun rengi hukuksallıktan ziyade siyasallık tarafından belirlenmiş ise ona hukuksal yaptırım uygulamaya kalkışmak bizzat hukuku ve hukuk adına hareket eden kurumları yıpratır ve güvenilirliklerini zedeler.

7) Yükseköğretim kurumlarında yaşanan başörtüsü sorununun çözümü için yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun iptaline ilişkin karar:

Yükseköğretim kurumlarında kız öğrencilerin dini inançlarından dolayı başlarını örtmeleri nedeniyle haklarında disiplin işlemleri uygulanması, öğrenim hakkından mahrum bırakılmaları uzun yıllardan beri devam eden adeta kangrenleşmiş bir hukuksal hastalıktı. Sorunun ilk başlangıcı 1960'lı yıllara kadar geri gitmekle beraber o yıllarda başörtülü öğrenci sayısı oldukça az olduğundan sorunun varlığı kendisini çok fazla hissettirmemiştir. Başörtüsü meselesinin süreğen bir sorun haline gelmesi daha sonra 1986 yılının Kasım ya da Aralık ayında Çukurova Üniversitesinde yapılan rektörler toplantısına katılan 12 Eylül 1980 Askeri Darbesinin Mimarı 7. Cumhurbaşkanı Kenan Evren'in konuşmasında başörtüsünün yasaklanması yönünde verdiği emirle başladı.

Yasak belirtilen tarihten daha öncesinden planlanmış olmalı ki Ocak 1985 tarihinde yasağa hukuksal bir dayanak sağlamak üzere Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 7. maddesine "h" fıkrası eklenmişti. Bu fıkraya göre;

yükseköğretim kurumlarının dershane, laboratuvar, klinik, kütüphane vb. yerlerinde çağdaş kılık kıyafet dışında başka bir görünüm altında bulunmak "kınama" cezasını gerektiren fiillerden biri olarak tanımlanmıştı.

Ne var ki o dönemde öğrencilerin ve onları destekleyen vatandaşların sivil itaatsizlik niteliğindeki oturma eylemleri nedeniyle yedi sekiz ay gibi bir süre sonra birçok üniversitede yasağın uygulanmasına son verildi. Daha sonraki dönemlerde de başörtüsü yasağı ilgili üniversitenin rektörü ve öğretim üyelerinin keyfine göre uygulandı. Bazı üniversitelerde yasak uygulanırken bazılarında uygulanmadı. Hatta bir üniversitenin bazı fakültelerinde başörtüsü yasağı sert bir şekilde uygulandığı halde diğer fakültelerinde uygulanmadı. Daha da tuhafı aynı fakültenin bazı bölümlerinde uygulanırken diğer bölümlerinde uygulanmadı veya bazı öğretim üyeleri yasağı uygularken bazıları uygulamadı. İşte bu durum yasağın insan aklına, vicdanına, hukukun temel kurallarına aykırılığının açık bir kanıtıdır. Yasağa hukuksal dayanak alınan anılan yönetmeliğin ilgili 7/h maddesi de Aralık 1989 tarihinde yürürlükten kaldırıldı.

Sorunun devam etmesi nedeniyle çözüm maksadıyla 2547 sayılı Kanuna, ek 16 madde eklendi. Bu madde; dini inanç sebebiyle kız öğrencilerin saçlarını ve boyunlarını örtmelerinin serbest olduğu hükmünü taşıyordu. Zamanın Cumhurbaşkanı 12 Eylül 1980 Darbesinin Lideri Kenan Evren bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açtı. Mahkeme bu kanunun iptaline karar verdi. Bunun üzerine bu defa anılan kanuna ek 17. madde eklendi. Bu madde; yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak şartıyla yükseköğretim kurumlarında her türlü kılık kıyafetin serbest olduğu amir hükmünü taşımaktadır. Kanunun amacının başörtüsü sorununu ortadan kaldırarak dini bir uygulamayı kolaylaştırma amacına hizmet edeceği nedeniyle laikliği pozitivist bir bakış açısından bakmak suretiyle anladığı için kendince koruma refleksleri harekete geçen zamanın Ana Muhalefet partisi ittihat ve terakki geleneğinin devamı, 12 Eylül rejimi darbe öncesi siyasi partileri kapattığından Cumhuriyet Halk Partisinin ideolojik görevini üstlenmiş olan Sosyal Halkçı

Parti (Erdal İnönü liderliğinde) bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açtı. Mahkeme dava konusu Kanunun laiklik ilkesine aykırı olmamakla beraber başörtüsünün serbest bırakıldığı anlamında yorumlanamayacağı gerekçesiyle, aşağıda irdelenecek kararıyla davanın reddine karar verdi.

Ancak temel haklar ve özgürlükler ile ilgili her türlü kısıtlamanın kanunla olması gerektiği Anayasa hükmüdür. Kıyafet insan kişiliğine bağlı zevk ve tercihlerle ilgilidir, dolayısıyla kişilik hakkına bağlı ve onun dışında düşünülmesi mümkün olmayan bir haktır. Bu hak aslında kanunla bile sınırlanamaz. Çünkü toplumun gelenekleri, ahlak kuralları, kültürel zevkleri zaten kıyafetle ilgili kuralları kendi içinde yaratmıştır.

Devletin insan hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı tasarruflarda bulunurken tabii hukuk kurallarına uygun davranması gerekir, aksi halde o tasarrufun toplumun ortak vicdanı tarafından onaylanması mümkün değildir. Az önce ifade edilen, başörtüsü yasağının bütün üniversiteler tarafından uygulanmaması, aynı üniversitelerin farklı fakülteleri ve onların alt birimleri tarafından farklı uygulamaların olması aslında yasağın tabii hukuka aykırı olması keyfiyeti ile ilgilidir.

Dünden bugüne yasağı savunanlara göre genel olarak başörtüsü laik Cumhuriyete karşıtlığı ifade eden bir siyasal görüşün simgesidir. Yine başörtüsü irticai bir akımın toplumsal alanda kendini kabul ettirmesi ve cumhuriyete, onun değerlerine sahip olan toplumsal kesimin hayat tarzına yönelen bir baskı ve tehdit girişimidir. Sağ siyasi partiler de başörtüsü sorununu toplumsal tabanlarını genişletmek gayesiyle istismar etmektedirler. Kısaca özetlenen bu iddiaların hiçbir haklı yönü bulunmamaktadır. Şimdi bu önermemizi açıklamaya çalışalım.

Başörtüsünün siyasal bir simge olduğuna ilişkin iddia; üzerinde hiç düşünülmeden ortaya konulmuş, başörtüsünün hatırlattığı değerlere karşı oluşu ifade eden bir iddiadır. Başörtüsü bir siyasal simge değildir. Başörtüsü kullananlar bu tercihlerinin İslam dininin örtünme emrinin bir gereği olduğunu ileri sürmektedirler. Başörtülü kadın veya kızların başörtüsünü dini ge-

reklerle kullandıkları beyanı ortada dururken bu beyanları kabul edilmeyip siyasal simge olduğu iddiasında berdevam olmak açık seçik vicdani bir katılığın bütün şiddetiyle dışa vurmasından başka bir şey değildir. Bir kimsenin beyanının aksi onun davranışlarıyla yalanlanmadığı ve o davranışın görüntüde bir davranış olup arkasında başka maksatlar olduğu somut delillerle ortaya konulmadığı sürece ilgili kimse hakkında ithamlarda bulunmak ahlaki açıdan son derece sorunlu bir harekettir. Başörtülü kadınlar veya kızlar başlarını dini inançları gereği örtüklerini söylerken yalan mı söylemektedirler? Herhalde yalan söyledikleri düşünülemez. Çünkü yalan, belirli şartların mevcudiyetine bağlanmış bir kazancın, o şartlara sahip olmayan, meşru ve ahlaki yoldan o kazancı elde etmesi mümkün bulunmayan bir kimsenin, gerçek durumun hilafına o şartlara sahip olduğuna karşı tarafı inandırmasının bir aracıdır. Başörtüsü kullanmanın bir ödülü olmadığına göre onu kullanan kadın ve kızların konu hakkındaki beyanlarının samimi olduğunda en ufak bir şüphe bulunmadığı kabul edilmelidir. Öte yandan bu bir siyasal simge olsa bile, demokratik yönetimlerde ifade özgürlüğü bağlamında kendini ifade etme biçimi olarak kabul edilmesi gerekir. Bir hakkın kullanımı; ancak, başkalarının aynı veya farklı türden bir hakkını meşru şekilde kullanmasını kısıtladığı takdirde sınırlandırılabilir. Başörtüsü kullanma farklı toplumsal kesimlerden olan insanların haklarını kısıtlayan bir davranış değildir. O nedenle kısıtlanması için hiçbir meşru neden gösterilemez.

Başörtülü öğrenciler, öğrenim gördükleri üniversitelerden atılma pahasına başlarını örtmekten vaz geçmemektedirler. Bu gerçeklikten hareketle, başörtüsünün siyasal bir simge olduğunu savunanlar bir an için bu görüşlerinde yanılıp yanılmadıkları konusunda kendilerini sorgulamaya yanaşsalar herhalde anılan görüşlerinin gerçek bir karşılığının bulunmadığını görürlerdi. Çünkü bir yüksek öğretim kurumunda öğrenim hakkı elde etmek; hem öğrencinin hem de ailesinin uzun yıllar boyunca yaptıkları büyük maddi ve manevi fedakârlıklarla elde etmiş oldukları sevindirici ve mutluluk verici bir o kadar da zor bir sonuçtur. Hiçbir siyasal simge bu elde edilen zor neticenin feda edil-

mesine neden olacak kadar insanda kuvvetli bir hareket güdüsü yaratamaz. Bir siyasal duruş, tercih vb. kendini bir simge ile ifade etme gereği duyuyor ise herhalde bu simgenin hem kadınlar hem de erkekler tarafından kullanılabilecek türden bir kullanışlılığa sahip olması gerekir. Hâlbuki başörtüsü erkekler tarafından kullanılması söz konusu olmayan bir kıyafet unsurudur. Başörtüsünün temsil ettiği siyasal görüş her ne ise onu taşımak ve ifade etmek sadece kadınlara ait bir görev midir? Başörtüsü simgesi ile ifade edilmek istenen siyasal görüş Cumhuriyet yönetimini yıkmayı amaçlıyor ise bu amaca kadınlar erkeklerden daha fazla mı bağlı ki onlar niyetlerini belli ederken erkekler niyetlerini açığa vuran herhangi bir işaret kullanmıyorlar? Yoksa kadınlar Cumhuriyeti yıkma ve kendi hayat tarzlarını diğer toplumsal kesimlere dayatma düşüncesini taşıdıkları halde erkekler böyle yıkıcı niyetler taşımıyorlar mı? Erkeklerin bu siyasal eğilimi görünür kılma eyleminde üstlendikleri herhangi bir görev yok mudur? Var ise niçin erkeklere herhangi bir yaptırım uygulanmaz? Bir ideolojik tavır sadece kadınlara ait olabilir mi? Erkek ilgisinden yalıtılabilir, sadece kadınları ilgilendiren toplumsal ve siyasal meseleler olabilir mi? Eğer başörtüsü dini çerçeve alan siyasi bir tutumun simgesi ise ve erkekler tarafından başörtüsü kullanılması mümkün olmadığına göre, o siyasi tutumu benimseyen erkeklerin kullandığı simge nedir? Yoksa dindar erkekler kadınlarını meydana sürüp arkadan seyreden kişilik ve haysiyetten mahrum zavallılar mıdır? "Başörtüsü siyasal simgedir" diyen hiç kimse bu sorulara kesinlikle cevap veremez. Yani bu iddia sorgulanmaya gelmeyen tutarsızlığı açık seçik belli olan bir iddiadır. Eğer öyle olmasaydı kendisi ile tutarlı ve kendisini savunmaya uygun tali iddia ve açıklamaları mümkün kılabilecek bir sağlamlıkta olurdu.

Simgeler toplumsal, siyasal değerler düzeninin kendini ifade etmek üzere yarattığı bir dilin işarete dayanan kelimeleri gibidirler. Bu dilin bir sözcüğünün ne anlama geldiği karşıtları bakımından öğrenilip dili kullanan bakımından tehlikeli hale gelmiş ise bu defa güvenlik kaygısıyla başka bir sözcük yani simge kullanılmaya başlanır. Bunu mesela parola uygulamasında

açık bir şekilde görürüz. Yasaklanmış bir dine inananlar mesela Hristiyanlığın ilk zamanlarında ilk Hristiyanlar Roma yönetiminin baskı, takip ve zulmünden kaçabilmek ve birbirleriyle buluşarak ibadetlerini yapabilmek, birbirlerini de tanımak amacıyla parolalar kullanmışlar, parola olan sözcüğün kendilerini tespit etmek isteyenlerce öğrenilmesi üzerine başka bir sözcüğü parola olarak kullanmaya devam etmişlerdir. Keza Ülkemizde ortaya çıkan bir Yahudi tarikatı olan sabataycılığa mensup olan kimseler de; sabataycı olduğunun diğer sabataycılar tarafından bilinmesi için birinci isim mehmet ikinci isimleri de annelerinin kızlık soyadları veya mensubu oldukları sülalenin ismi olmak üzere isimler almak suretiyle değişik bir parola düzeni -simgesel bir gelenek- oluşturmuşlardır.

Siyasal simgeler vaz geçilemez değildirler. Bu iddiamızın doğruluğu Türk siyasi tarihindeki olaylarla sabittir. Mesela Milli Nizam Partisi, onun kapatılmasından sonra kurulan Milli Selamet Partisi, onun da 12 Eylül yönetimi tarafından kapatıldıktan sonra 1983 yılında tekrar çok partili siyasal hayata dönüş sırasında kurulan Refah Partisi, onun da 28 Şubat 1997 tarihinde başlayan süreçte Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasından sonra kurulan Fazilet Partisi, bu Partinin de aynı süreçte yine Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasını takiben kurulan Saadet Partisi hep farklı işaretleri siyasi amblem olarak kullanmışlardır. Aynı siyasal davranış biçimi Demokrat Parti ve onun siyasal ardılı olan partiler bakımından da geçerlidir. Siyasal simgelerin kutsallığı yoktur. Bir siyasal simge kendiliğinden oluşmaz, herhangi bir siyasi hareketin önderi veya öncüleri bir araya gelirler kendi oluşumlarının işaretinin ne olacağına karar verirler, üzerinde uzlaştıkları figür de siyasi simgeleri olur. O sebeple siyasal simge, işaret, amblem adı her ne olursa olsun yapay şeylerdir, arkasında bizzat o siyasi hareketin mensuplarını bile hareketlendirici bir manevi derinliği yoktur.

Milletlerin siyasal bağımsızlığının simgesi olan bayrakların bile kutsallığı itibari bir şeydir. Bir bayrağın aşkın bir değer kazanması en önce ait olduğu milletin uzun bir geçmişe sahip olması, bayrağın dini simgeleri çağrıştırması gibi unsurların var-

lığına bağlıdır. Bir bayrak başlangıçta yapay bir işarettir, çünkü her hal ve şartta o bayrak milletin önderleri, bayrakta yer alan figürlerin o bayrakta bulunmasını tercih ettikleri için bayrağı oluşturan simge olmuştur yani insani bir iradenin ürünüdürler. Bayrak ait olduğu milletin bir dinin taşıyıcısı ve koruyucusu olma gibi bir görevi üstlenmesi, bu görevi de başarı ile ifa etmesi halinde adeta bir kutsallığın merkezi, taşıyıcı işareti yani simgesi haline gelir, başlangıçtaki yapaylık yerini doğallığa ve irade dışılığa bırakır. Türk Bayrağı işte böyle bir bayraktır. Halkı Müslüman olan hiçbir ülkenin bayrağı, ait olduğu ülkenin insanlarının duygu dünyasında galiba Türk Bayrağının Türk insanının gönül dünyasında yarattığı duyguyu yaratamaz. Çünkü o bayraklarda dini motifler yoktur, o sebeple kutsallığı çağrıştıran bir etki uyandırmaz. Türk Bayrağının simgesel gücü taşıdığı dini motiflerden[21] ve Türk Milletinin tarihte üstlenmiş olduğu görevden ileri gelmektedir.

Dini simgeler tartışmasız kutsaldırlar, zaten kutsallık dini olmanın zorunlu bir sonucudur. Siyasal simgeler gibi suni değildir, kendiliğinden oluşmuşlardır. Hatta öyle ki bir işaretin bir dinin simgesi olmasında o dinin peygamberinin dahi iradesi veya seçimi rol oynamamıştır. Ne Hz. İsa haçın, getirdiği dinin simgesi olmasına karar vermiştir, ne de Hz. Muhammed hilalin, İslam'ın rumuzu olmasına işarette bulunmuştur. Yani dini simgeler ait oldukları dini tebliğ eden peygamberlerin iradesini, öngörüsünü aşan bağımsız bir şekilde oluşan anlamsal derinliği sözle ifade edilemeyecek nitelikte olan işaretlerdir. O sebeple ilgili dine inanan milyonlarca insanı hareketlendirebilen, bir toplumsal sonuç yaratacak davranışa yönlendirebilen güdüleyici bir işleve sahiptir.

Bir nesnenin simge haline gelmesi; yaşanan toplumsal acıları hatırlatması gibi bir işleve sahip olmasına dayanabilir. Haç işte tam da böyle bir simgedir. Hristiyan ilahiyatına göre Hz.

[21] Hilal İslamiyet'in simgesidir, yıldız Türk Milletinin temsil etmektedir, yıldızın beş köşesinin olması İslam dininin beş şartına bir göndermedir. Bayrağımızın renginin kırmızı oluşu ise şehitlerin kanını temsil etmektedir.

İsa'nın çarmıha gerilmesi ve çarmıhta can vermesi, ilk Hristiyan mü'minlerin çarmıha gerilmek suretiyle işkenceden geçirilmeleri çarmıhın şeklinin Hristiyanlığın simgesi olmasına neden olmuştur. Hz. İsa'dan önce çarmıh onu tanıyanlara neyi ifade ediyordu? Herhalde Roma'nın zulümde sınır tanımazlığını ifade etmekteydi. Bu niteliğinin sonucu muhtemeldir ki çarmıhın şekli Romalılarla hâkimiyetleri altında yaşayan diğer milletlere mensup insanların zihin dünyasında ancak nefret hissinin doğmasına yol açıyordu. Bu olumsuz duyguları doğuran çarmıh şekli Hz. İsa'dan sonra zulme uğramanın, inancın neden olduğu mazlumiyetin ve o inancın dayandığı dinin simgesi olma niteliğini kazanmıştır.

Başörtüsü üniversitelerde ilk göründüğü zamanlarda kesinlikle bir siyasal simge değildi. Ancak artık gerçekten o toplumsal bir simge olma değeri kazanmış olabilir. Başörtülü öğrencilerin uğradıkları haksızlıkların, çektikleri acıların, öğrenim görme hakkından mahrum kalışlarının, devletin hukuk kuralları dışına çıkışının, İslam dinini hatırlatan her türlü kültürel görünürlüğün varlığına taassubi bir tahammülsüzlüğü hatırlatmanın, dindar kadının yaşadığı ıstırabın, ailelerin ve kızlarının okuması için katlandıkları fedakârlıkların heba oluşunun, okumak için ülkesinden ve ailesinden ayrılarak yabancı bir ülkeye gitmenin neden olduğu hicran acısının hatırlatıcısı belki de hep öyle kalacak bir simge...

Başörtüsü artık bir simge olma özelliği kazanmış ise herhalde bu başörtülülerin ve onlarla aynı inançları paylaşanların iradesiyle oluşmuş bir netice değildir. Onun simgesel bir araca dönüşmesi başörtüsüne karşı olanların; sertliğinden zaman içinde hiçbir şey kaybetmemiş olan hoşgörüsüzlükleri nedeniyledir. Roma'nın Hristiyanlara yaptığı baskı ve zulüm nasıl ki haçı Hristiyanlığın dini simgesine dönüştürmüş ise, başörtüsü de elbette – İslam dininin simgesinin hilal olması nedeniyle- o ölçü ve seviyede olmasa bile İslam dini için farklı ve tarihin içinde yaşadığımız şu dönemine ait bir simge muamelesi görmek için bir toplumsal yaşanmışlık birikimine sahiptir.

Başörtüsü irticai bir akımın toplumsal alanda kendini kabul ettirmesi ve cumhuriyete, onun değerlerine sahip olan toplumsal kesimin hayat tarzına yönelen bir baskı ve tehdit girişimi olduğu yönündeki iddia da gerçeklerle örtüşmeyen, aynı zamanda hakaretamiz bir iddiadır, bundan dolayı kabul edilebilirlik değeri yoktur.

Bir defa başörtüsünün irticai bir hayat tarzının veya akımın toplumsal alanda kendini ifade etmesinin aracı olduğunu söylemek neyin nesi oluyor acaba? Birilerinin ilerici birilerinin gerici veya mürteci olduğuna karar verme hakkını bu iddiayı seslendirenler acaba nereden almışlardır? Siyasi, ideolojik tercihlerdeki farklılık nedeniyle bizim gibi düşünmeyenleri küçümseyici ve aşağılayıcı bir üslup ve dil ile anmak ne kadar ahlaki ve toplumsal terbiyeye uygun bir davranıştır? Muhafazakâr ve dindar insanların mürteci olduğunu söyleyen kimselerin, bu ifade tarzı içlerindeki nefret duygularının bir taşması mıdır, yoksa soğukkanlı bir düşünüş ve konuyla ilgili doğruyu bulma, doğruya ulaşma yolunda aklın yapmış olduğu bir kılavuzluğun sonucunda ulaşılmış bir yargı mıdır? Kısacası bu aşağılayıcı üslubun kabalığı, çirkinliği, terbiye sınırlarının dışında olduğu konusunda cevabı kendi içinde daha birçok sorular sorulabilir.

Dini görünürlüğe irtica demek; bu söylemi seslendirenlerin aslında zihin dünyalarındaki düşünce çoraklığının, kısırlığının ileri düzeylerde olduğunu gösterir. Din toplumsal hayatı biçimlendiren en esaslı hareket ettiricilerden biridir. Bu durum dinin –hangisi olursa olsun- toplumsal ve siyasal değerler düzenini belirleyen temel çerçeve alındığı ortaçağlar boyunca böyleydi, pozitivist, laikçi ve seküler akımların siyasal yapıları biçimlendirdiği günümüz dünyasında da önceki kadar olmasa bile böyledir.

Dini kendi varlığı bakımından tehdit olarak algılayan siyasal birimler –devletler- dini toplumsal hayatın dışına çıkarmak için ne kadar uğraşırlarsa uğraşsınlar, bu siyasal girişimlerinde de ne kadar başarılı olurlarsa olsunlar kendileri açısından sorunu tamamen bitirme konusunda mutlak bir olumlu sonuç elde etmeleri mümkün değildir. Bu Hristiyan dünyası açısından da

böyledir, İslam dünyası açısından da böyledir. Din toplumsal hayatın dışına itilemez, toplumu dinden yalıtmak başarılabilir bir şey değildir. Su yukarı akıtılabilir ama hiçbir toplum -toplumsal düzeyde- dinden yalıtılamaz. O halde dini ve dindarlığı, dine karşı olan toplumsal kesimlerin ve siyasal yapıların verili durum olarak kabul etmesi, toplumsal barışın devam ettirilmesi için çok önemli bir zorunluluktur. Aslında dindarlığın ve dindarların şahsında dinin siyasal alana müdahale etmek gibi bir iddiası yoktur. Dinin siyasal yapıyı biçimlendirme iddiasının olduğu yolundaki kabul derin bir tarihi yanılgıdan başka bir şey değildir.

Hiçbir din insanlara siyasal emirler vermemiştir, hiçbir din siyasal örgüt yapısı ve işleyişi konusunda kurallar vaz' etmemiştir. Musevilik de, Hristiyanlık da, İslamiyet de insanların bireysel ve toplumsal hayatlarında yapmaları ve yapmamaları gereken eylemlerin neler olduğu konusunda kurallar ve vecibeler getirmiştir. Zina etmeyeceksin, çalmayacaksın, öldürmeyeceksin, yoksullara yardım edeceksin, Yaradan'a ibadet edeceksin gibi. Bu sayılan toplumsal kurallara koşut olarak İslam ceza hukuku bir takım cezalar öngörmüştür. Bu cezalar kasten adam öldürenin ölüm, zina edenin değnek vurulması ve hırsızlık yapanın –nisab miktarının aşılması koşuluyla- elinin kesilmesi cezaları ile cezalandırılması gibi son derece kısıtlı bir alana inhisar etmektedir. İslam hukukunun temel kaynakları olan kitap – Kur'anı Kerim- ve sünnetle sabit olan, temelinde dini dogmalar bulunan cezayı gerektiren ve uygulanacak cezaların gösterildiği eylemler sadece bunlardır. Ceza hukuku, modern seküler hukukta olduğu gibi İslam hukukunun da kamu hukuku bölümünü oluşturur.

İslam'ın özel hukuk alanında da dinin değişmez kaynakları olan kitap – Kur'anı Kerim- ve sünnet ile sabit olan hukuksal muamele türleri bir elin parmaklarının sayısına bile ulaşmaz. Miras hukukunda erkekle kadının payları açısından modern hukuktakinden farklı bir durum vardır, bir de çok kadınla evlilik yapmanın mümkün olması gibi bir aile hukuku müessesesine cevaz verilmiştir. İslam hukukunun –özel hukuk- toplum-

sal hayatla ilgili vaz 'ettiği ve dini dogmalar ile kuvvetli bir inanç yaptırımına bağladığı kurallar modern hukukun yarattığı hukuk kuralları ile kıyaslandığında işte tamamı budur. Ve herhalde bu hangi ülkenin hukuk düzenini oluşturan özel hukuk kanunlarında vaz 'edilen kuralların sayısı ile kıyaslandığında adeta yüzde 0,00000003 gibi az bir miktarı ifade etmektedir.

Anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukukunun yukarıda sayılan eylem ve cezalar dışındaki geniş alana yayılan oldukça büyük olan diğer kısmı, uluslararası ilişkiler hukuku, ticaret, borçlar hukuku, iktisadi ilişkiler düzeni, yabancı devletlerle siyasi ilişkiler ve ittifaklar kurma vd. hep Müslüman toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere kendilerinin inisiyatifine bırakılmıştır.

Müslümanlarca tahrif edildiğine inanılan Hristiyanlık ve Museviliğin ilk halleri de ancak ve ancak bu kadar hukuksal kural getirmiştir. Bütün semavi dinlerle Budizm ve Konfüçyanizm gibi semavi olmayan dinler ahlaki erdemlerle donanmış toplumlar kurma gibi üstün bir gayenin gerçekleşmesini sağlamak gibi çok değerli bir görevi yerine getirmişlerdir. Hiçbir din taassubu hoş görmez, taassup dindarın dini anlama ve anlamlandırmada hatalı davranmasına bağlı olarak doğan bir olumsuzluktur. Gerek Hristiyanlık gerek İslamiyet barışı emretmişlerdir. Cihat kavramı savaşın karşılığı değildir. Savaşın dini terminolojideki adı "mukatele"dir. Cihat "cehd" kökünden gelip çalışma ve gayret etme anlamına gelmektedir. Dinin başka insanlara anlatılması ve o insanların dine kazandırılması cihattır. Bu etkinlikte savaşma yoktur. Çünkü din savaşla kabul ettirilemez. Müslümanlara dışarıdan bir saldırıda bulunulduğunda saldırganla savaşılması da dini bir vecibedir. Ancak bu evrensel bir kuraldır ve modern uluslararası hukuk düzeni de saldırganı engellemek için savaşı meşru bir hak olarak görür.

İslam'ın toplumsal, siyasal ve hukuksal konularda yukarıda belirtilen ceza, aile ve miras hukuku alanında kalan birkaç hukuksal mesele dışında kendine inananları tamamen özerk bıraktığı ortadadır. Durum bu iken İslamiyet'ten ve bu dine ina-

nan dindar insanların dindarane yaşayışlarından Cumhuriyet yönetimine ve yaşantılarını seküler esaslara göre düzenleyen insanlara yönelmiş bir tehlikeden bahsetmek dindarları ezme sebebi üretmek için maksatlı bir girişim değilse kesinlikle yersiz temelsiz bir şüpheden başka bir şey değildir.

Başörtüsünün kendi hayat tarzlarına yöneltilmiş bir dayatma olduğunu, o nedenle yasaklanmasını veya mevcut yasağın devam ettirilmesini savunan kimselerin diğer bir çelişkisi de bu yasağı savunmak ve devlete uygulatmakla bizzat kendilerinin başörtüsü kullananlara kendi hayat tarzlarını dayattıkları keyfiyetidir. Bu "benim dediğim hukukun kendisidir" anlamına gelmektedir. Hukuk herhalde gücü yetenin güçsüze kendi iradesini zorla kabul ettirmesi demek değildir.

İnsanlık tarihinde kendi toplumsal ve siyasal durumunu sağlamlaştırmak için tehlikeli gördüğü, aslında öyle olduğunu zannettiği insanların fiziksel varlığını ortadan kaldırmak kadar insanlık dışı, acımasız önlemlere başvuran – Kral Ödipas, Nemrut, Firavun gibi- tarihi şahsiyetler olmuştur. Ancak ne gariptir ki yaptıklarıyla kendi sonlarını giden yol üzerindeki engelleri bizzat kendileri kaldırmışlardır. Yani aldıkları bu tedbirler bizzat korktukları sonun sebebini oluşturmuştur. Kaderin oynadığı ve ait olduğu kimseye alaycı bir şekilde kahkaha ile güldüğü tuhaf bir oyun…

Tabi günümüzün dünyasında, insanlığın ulaştığı medeni ve hukuki seviye karşısında, devlet cihazını elinde tutanların, birilerini kendileri bakımından tehlikeli olarak görmeleri halinde onların fiziksel varlığını ortadan kaldırmaları mümkün değil. Bugün uygulanabilen "en akılcı" tedbir tehlikeli olan kimseleri kendilerine benzeterek manevi varlığını, kişilik ve kimliğini ortadan kaldırmaktır. Firavun Musa'dan kurtulmak için bütün İsrail oğullarının yeni doğan erkek çocuklarını öldürtüyordu, keza Nemrut da İbrahim'den kurtulmak için aynısını yapıyordu. Ancak korkunun ecele faydası olmadığı için bu tedbirler bir işe yaramamıştır.

Modern hayat tarzı ve Cumhuriyet yönetiminin gün gele-

cek, başörtüsünü kullanan zihniyet sahiplerince ortadan kaldırılacağı yersiz inancıyla başörtüsünü yasaklatan ve yasaklayanların davranış biçimiyle Ödipas, Nemrut ve Firavun ile onlara benzeyen diğerlerinin davranış biçimleri arasında mahiyet itibariyle bir fark yoktur. Başörtüsünü yasaklayan ve yasaklatanlar maalesef farkına varmadan bu tarihi figürlerle aynı tarihsel düzlem üzerinde yer alıyorlar. Bunu kesinlikle alay etme veya başka bir olumsuz kasıtla değil, olayların mahiyetlerinin birbirinden farklı olmadığına dikkat çekmek adına söylüyoruz.

Ayrıca dini hatırlatan görünebilen nesnelerden korkmamak gerekir. Dinin kendisi hiçbir zaman yıkıcılığın meşrulaştırıcı çerçevesi olmamıştır. Aksine din ve ona ait olan simgesel anlamlar taşımaya elverişli nesneler toplumsal badire dönemlerinde toplumsal gücün o badireleri aşma iradesine kavuşmasını sağlamışlardır. Kurtuluş savaşında Kahramanmaraş halkının işgalci Fransızlara direnişin ateşininin yanmasına; bir Fransız askerinin bir kadının başörtüsünü başından çekmek istemesi neden olmuştur. Bu tarihi olaydan hareketle tam burada şunu da söylemek bizim için adeta kaçınılmaz bir görev olmuştur: başörtüsünü yasaklatanlar bir de bu tarihi olaydan hareketle kendilerinin işgalci Fransızlarla aynı tarihsel fotoğraf karesi içinde yer alıp almadıklarını düşünmelidirler.

Başörtüsü karşıtlarının yukarıda bahsedilen muhafazakâr siyasi partilerin -Refah, Fazilet ve AK Parti- başörtüsü sorununu toplumsal tabanlarını genişletmek gayesiyle istismar ettikleri yolundaki iddialarının da hiçbir haklı nedeni bulunmamaktadır.

Bu iddia ile bir yanılsama yaratma hedefi güdüldüğü izlenimine kapılmamak mümkün değil. Bir değerler düzenini istismar etmek ona inanan insanlar tarafından yapılacak bir şey değildir. Ancak inanmayan kimseler inanır gibi görünmenin bir yarar sağlayacağını bilmeleri durumunda istismar ederler. İstismar etmek yarar sağlamak emeliyle yapıldığı için, elde edilmek istenen şeye ulaşılamayacağı bilinirse istismara tevessül edilmez. Hele ki birilerinin istismar saydıkları davranış sonucunda yarar sağlamak değil de bir bedel ödemekle karşılaşılırsa o davranış ke-

sinlikle istismar olamaz. Çünkü bedel ödetilme yaptırımı ile istismar arasında nedensel tutarlılık yoktur. Bedel kaynağını yüksek değerlerden alan ancak maddi gücü elinde tutanlarca kabul edilmeyen ilkeler için ödenirler. Günümüz Türkiye'sinde ahlaki veya dini bir eylemin Devletten maddi bir kazanç elde etme, makam mevki sahibi olma gibi bir ödülü olmadığına göre istismar niyetiyle yapıldıklarını söylemek tam bir vicdani duyarsızlıktır.

Başörtüsü meselesine sahip çıkmak şimdiye kadar sahip çıkan partilere siyasal kazanç değil siyasal yıkım getirmiştir. Refah Partisi, Fazilet Partisi diğer sebeplerin yanı sıra başörtüsünün yanında bir duruş sergilediği için kapatılmıştır. AK Parti hakkında başörtüsü sorununu çözmek için MHP ile beraber Anayasa değişikliği yapan kanunu çıkarttığı nedeniyle kapatma davası açılmıştır. Bu siyasi örnekler ortada dururken hala başörtüsü meselesinin muhafazakâr partiler tarafından istismar edildiğini söylemek sadece, bu iddia sahiplerinin tutarsızlığını ve onların istismar sözcüğünün sözlük anlamını bile bilmediklerini gösterir.

İstismara ille de örnek vermek gerekirse bizzat başörtüsüne karşı olanların davranışlarından tam yerine oturan örnekler vermek pekâlâ mümkündür. Başörtüsüne amansız bir şekilde karşı olan bir siyasi partinin genel başkanlarından biri (Deniz Baykal) Türkiye'de başörtüsü karşıtlığı yaptığı halde Bosna savaşı yıllarında Bosna'ya yaptığı ziyaret sırasında Boşnak kadınlarına başörtüsü hediye etmiştir. Bu Siyasi Partinin daha sonraki genel başkanı ise başörtüsü sorununu kendilerinin çözeceği (Kemal Kılıçdaroğlu) vaadinde bulunmuştur. Aşağıda eleştirisi yapılacak Anayasa Mahkemesi kararıyla sorunun çözülmesi gayesiyle yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin kanunu iptal davasına konu edenler kendileri olduğu halde böyle bir vaadi ortaya koymakta siyasal tutarlılık adına hiçbir sakınca görmemişlerdir. Başörtüsü sorununu muhafazakâr bir parti çözümlemeye kalkışırsa bu istismar oluyor, bu nesneyi siyasi bir sorun haline getiren siyasi oyunculardan biri olan ilgili parti çözümlemeye kalkışırsa bu davranış bir siyasal istismar olmuyor.

İstismarın ahlaka uygunluğu söylenemez. Çünkü istismar-

da hem aldatma vardır, hem de aldatılmak istenen kimse veya kimselere -üstü kapalı veya bariz şekilde –aptallık, kavrayışsızlık veya enayilik izafe etme manası vardır. Seçim önceleri bazı siyasi partilerin iktidar olmak için yaptıkları ölçüsüz vaadler tam da bu son söylediğimizi doğrulayan siyasal davranış örnekleridir. Siyaset ahlaki bir zemin üzerinde yapılmaz ise halktan olumlu bir karşılık bulamaz. Bazı dönemlerde belki halk istismarcıyı siyasal bakımdan ödüllendirmiştir. Yani istismarcı istismarla güttüğü hedefi tutturmuştur. Ancak bu siyasal seçici olan halkın bilinçsizliğinden değil siyasal seçeneklerin yetersizliğinden olmuştur. Takip eden dönemlerde halk yeniden seçme yetkisini kullanırken verdiği krediyi adeta bileşik faizle tahsil etmiştir. Türk siyasi hayatında seçmen davranışları irdelendiğinde bu husus açık seçik görülür.

Az önce değinilen istismar biçimi; siyasal tasarı ve siyasal sorunlara çözüm üretememenin neden olduğu siyasal aczi gizleme yöntemi olarak tercih edilen bir davranış tarzıdır. Siyasal bilgi kaynaklarının yeterli olmadığı veya kitlelerin bilgiye yeterince ulaşamadığı dönemlerde bu yöntem bazen geçerli olmuştur, ancak günümüzde artık kullanışlı bir siyasal yöntem olarak herhangi bir değeri ve geçerliliği bulunmamaktadır.

Bireysel hak ve özgürlüklerin önündeki fiili ya da hukuki engelleri kaldırma konusunda bir siyasal partinin girişimde bulunmasını -muhafazakâr olmasından dolayı- istismar olarak görüp sorunun çözümsüzlüğünden yana bir duruşu benimsemek siyasal açıdan yanlış bir stratejidir. Çünkü demokratik rejimlerde siyaset kurumu zaten toplumun toplumsal, iktisadi, hukuki ve meşru bir yöntemle çözümlenecek her türlü sorununu çözmek gayesiyle yapılması gereken bir etkinliktir. Seçmen tevecchühü; toplumsal sorunlara sahip çıkan onları çözümleyemese bile çözüm konusunda görüş oluşturan siyasi parti veya gruplara yönelir. Bir toplumsal sorunun muhafazakâr A partisi tarafından aslında seçmen tabanını genişletmek için istismar edildiğini düşünen B partisinin uygulaması gereken siyasal strateji A partisinin sorunu istismar etmesini engellemektir. Bu ancak o sorunu çözmek için B partisinin A partisinden önce inisiyatif alması ile

mümkündür. B partisi sorunu çözdüğünde hem siyasal tabanını genişletme yolunda adım atmış olur. Hem de A partisinin sorunun çözümü yolundaki söylemleriyle tabanını genişletmesi girişimini sonuçsuz bırakmış olur.

Tabii başörtüsü sorununda kastedilen partinin bir kısım yöneticileri başörtüsü sorununun çözümünde olumlu adımlar atmaları halinde kendi tabanlarının bir kısmını kaybedebileceklerini düşünmüş olabilirler. Bu düşünce tamamen temelsiz de değildir. Ancak şu da biliniyor ki dünyanın hangi demokratik ülkesine bakılırsa bakılsın seçmenlerin siyasal tercihlerinde seçimden seçime önemli kaymalar olduğu önemli bir vakıadır. Eğer öyle olmasaydı, seçmenler oy verirken sadece ideolojik bakış açılarına göre bir tutum almış olsalardı mevcut iktidarı, iktidar görevinden uzaklaştırmak hiçbir zaman mümkün olmazdı.

Siyasal partiler hem siyasal yönelişlerin nesnesi hem de siyasal bilgilenme ve toplumsallaşmanın merkezidirler. Bir siyasal parti ideolojisinden taviz vermediği için mevcut seçmenlerinin ilgisinin sürmesini sağlayabiliyor ise ve mevcut seçmen kitlesini topluma verilen ideolojik iletilerle büyütmek mümkün olmadığı için iktidara gelinemiyor ise yapılması gereken şey o siyasal partinin seçmen kitlesini ikna ederek makul bir siyasal çizgiye getirecek bir siyasal dil geliştirmektir. Aslında ortalama vatandaş kitlesinin yumuşatılamayacak bir ideolojik katılığı yoktur. Önemli olan ilgili ideolojinin taşıyıcısı olan partinin buna karar verebilmesidir. Elbette ideolojik tutumu çok sert olan bir kısım seçmenin desteğini kaybetmek olasıdır, ancak bir kar zarar karşılaştırması yapıldığında elde edilen siyasal kazancın siyasal maliyetten büyük olacağına kuşku yoktur. Böyle bir siyasal dönüşüm kısa vadede belki diğer seçmenler nezdinde olumlu bir karşılık yaratamayabilir ve mevcut taraftar seçmen kitlesinin de bir kısmının desteği kaybedilebilir. Ancak önemli olan geleceğin kazanılmasıdır. Zaten bu günün kaybedildiği kesin olarak biliniyor ise geleceğin kazanılacağı bilinince biraz daha zarara uğramaya katlanmak siyasette yanlış değil akılcı bir davranış biçimidir.

Devletin siyasal rejimi -otokrasiden demokrasiye- her ne

olursa olsun siyaset bilimi nazariyelerine göre, toplumsal sorunları algılama ve cevap üretme becerisi göstermesi halinde varlığını, siyasal bunalımlar yaşamadan devam ettirebilir. Modern siyaset teorilerine göre; siyasal sistem merkezle çevre ve bu ikisi arasında iletişimi sağlayan örgütsel yapılar diyebileceğimiz üç ana unsurdan oluşur. Bir siyasal sistem merkezle çevre arasındaki ilişkilerin sağlıklı bir biçimde işlemesi halinde az önce işaret edildiği üzere çok ciddi sorunlarla karşılaşmadan yoluna devam eder, siyasal örgüt varlığını korur. Kastedilen modern siyaset nazariyelerine göre, merkez siyasal örgüt cihazının kendisi, çevre ise siyasal örgütün etki alanındaki toplum veya toplumsal kesittir. İletişim kanalları da siyasal merkezi oluşturan örgütsel yapının bizzat kendisi, hukuksal düzenlemeler, sivil toplum örgütleri, siyasal partiler vb. den oluşur.[22]

---

[22] Bknz. Prof.Dr. Ersin Kalaycıoğlu, Çağdaş Siyasal Bilim (teori olgu ve süreçler), Beta Yayınevi,1984, sayfa21-63, Bahsi geçen bu eserde çağdaş bazı siyaset bilimcilerin siyasal sistem modellerine yer verilmiştir. Bu modellerde öncelik verilen veya vurgu yapılan bazı unsurlar birbirinden farklı olsa da değişik siyaset bilimciler tarafından şeması verilen siyasal sistem modelleri birbirlerine çok benzemektedirler için olanak", "hizmetlerin kolektif varlığa yönelmesi", "akışkan kaynakların bölüşülmesi" gibi ilişkiler bulunmaktadır. Bütünleştirici sistem denilen hepsini içeren üst sistemle siyasal alt sistem arasında ise "siyasi kararlar", "çıkarlar", "talepler", "liderlik sorumluluğu", "siyasal destek" ilişkisi bulunmaktadır.

Mesela Talcott Parsons'un Sisteminde, "ekonomik alt sistem", "siyasal alt sistem", "bütünleştirici sistem" adını verdiği sistemi oluşturan ana bileşenler bulunmaktadır. Siyasal alt sistemle ekonomik alt sistem arasında; "verimlilik denetimi", "etkinlik'', "çıkar", "talep" vb. değişkenler, siyasal sistemin "çıkarların ve taleplerin bağdaştırılması" işlevinin açık bir hatırlatıcısıdır. Şu halde Parsons'un sisteminde talep ve çıkar gibi değişkenler yer aldığına göre bunların bağdaştırılması veya uzlaştırılmasının siyasal sisteminin bir işlevi olduğunun kabulü gerekiyor.

Gabriel A. Almond'un siyasal sistem modelinde "siyasal işlev"e özel bir vurgu yapılmıştır. Bu nedenle anılan siyaset bilimcinin modeli "işlevsel yaklaşım" adıyla da anılmaktadır. Gabriel A. Almond'un modelinde siyasal çevre ve siyasal sistem arasındaki ilişki, Tolcott Parsons'unkinden biraz daha ayrıntılı görünmektedir. Modelde "siyasal çevre" "siyasal kültür" olarak adlandırılmıştır. Modelde siyasal çevre veya kültürden siyasal sisteme birtakım "girdiler" yönelmiştir. Bu girdiler; "talepler", "katılımcı destek", "uyrukluk desteği" (boyun eğme yani itaat) gibi değişkenlerdir. Siyasal kanallar veya taşıyıcılar, bu çıkar-

Siyasal sistemin merkezi ile çevre arasındaki ilişki birinci adımda; her iki tarafın da birbirlerinden bir şeyler istemesi, kendinden bir şeyler istenen tarafın istenen şeyleri diğer tarafa vermesi şeklinde yalın bir ifade ile özetlenebilir. İkinci adımda yalnız ilişkinin mahiyetine ilişkin başka bir şey daha söylemek gerekiyor: bu ilişkide siyasal merkez istediği şeyi karşı tarafın gönüllü olup olmamasına bakmaksızın alma hakkına sahiptir. Bu da normal bir şeydir, çünkü aksi halde bir örgütsel yapının varlığı mümkün olmazdı. Şu hale göre siyasal merkezin yani örgütün kural koyma ve istediğinde değiştirme hakkı vardır. Siyasal merkez kural koyarak çevre üzerinde hâkimiyet kurmuş olur, bu hâkimiyet tartışmasız meşrudur. Zaten çevre siyasal merkezin kural koyma hakkı konusunda herhangi bir itirazda bulunmaz. İtiraz kuralın biçimine ve hukuka ve adalete uygun olmaması haline yönelik olur. Siyasal merkezin siyasal çevreye karşı sahip olduğu bu tek taraflı üstünlük, nazari olarak ilk bakışta merke-

---

ları anlamlı ifadelere kavuştururlar, "çıkar ifadelendirme", "çıkar birleştirme", "siyaset üretme", " siyasetin uygulanması ve yargılama" denilen siyasal sistemin dönüştürme ve üretim sürecinden sonra ise "yurtiçi siyasal çevreye" ve "uluslararası çevreye" yönelen "çıktılar" yani "siyasal ürünler" açığa çıkmaktadır. Bunlar ise; "aktarma", "dağıtma", "düzenleme" ve "simgeleme" olarak adlandırılmışlardır. Çıktıların yurtiçi ve uluslararası çevreye sunulmasının neticelerinin "yurtiçi ve uluslararası refah", "yurtiçi ve uluslararası güvenlik", "yurtiçi ve uluslararası özgürlük" olarak açığa çıktığı varsayılmıştır. Girdi ile çıktı arasındaki bu sürecin bir de geri dönüşüm süreci vardır, buna "geri besleme döngüleri" adı verilmiştir.

Sistemdeki geri besleme döngüsü çıktı sonrası sisteme yönelen yeni destek ve taleplerle siyasal çevrenin hoşnut oluşu ya da hoşnutsuzluğunun bir ifadesinden başka bir şey değildir.

Bu siyasal sistem modelinde, sistemin başarısı, siyasal sistemin talepleri uzlaştırma ve bunlara cevap üretebilme yeteneğinin yüksekliğine bağlı bulunmaktadır.

Çağdaş siyaset bilimcilerden siyasal model çözümlemesinde bulunan bir diğeri de David Easton'dur. Bu yazarın modelinde siyasal istikrara özellikle vurgu yapılmış, değişim ve bunalımlarla dolu bir dünyada siyasal sistemin varlığını nasıl sürdürebildiği veya sürdürebileceği sorusu üzerinde durulmuştur.

Dr. İlter Turan, Siyasal Sistem ve Siyasal Davranış, Der Yayınları, Siyasal Sistemler başlıklı bölüm.

zin ilişkinin mahiyetini tek taraflı olarak istediği gibi belirleyebileceği kanaatini doğurmamalıdır. Siyasal merkezle siyasal çevre arasındaki ilişki bir destek ve geri besleme ilişkisidir. Siyasal sistem çevreden siyasal destek alır, çevreye, desteklerini sürdürmesi için siyasal çıktılar sunar. Siyasal sistemlerin istikrarlı olup olmaması, siyasal bunalımların ortaya çıkıp çıkmaması ve bunlara bağlı olarak siyasal yapının mevcut haliyle varlığını koruma yeteneği ile ilgili konular tam bu noktada ortaya çıkarlar.

Bir siyasal sistem sözü edilen merkez ve çevre ilişkisinde istikrarı korumak ve siyasal bunalımların ortaya çıkmasını önlemek için çevreden gelen taleplere tatmin edici cevaplar vermek zorundadır. Ancak burada çok esaslı bir sorun ortaya çıkmaktadır, o da şu; çevreden merkeze farklı istekler yönelir ve çoğu zaman bu farklılık zıtlık derecesinde bir uzaklık anlamına gelir, taleplerden biri talebin içerdiği bir biçimde karşılanırsa, diğer talep sahibi toplumsal birimin hoşnutsuzluğuna sebep olabilir. Bu hoşnutsuzluğun şiddetine bağlı olarak siyasal merkezle siyasal çevrenin bu kesimi arasındaki ilişki gerilebilir. Ortaya çıkan bu sorun üç şekilde karşılanabilir. Birincisi; çatışan bu talepler sebebiyle, ilgili taraflar küsüyorsa varsın bu iki kesim de küssün, uygulanacak en adil çözüm budur, denilebilir. İkincisi; talepler törpülenerek her iki kesime de istediklerinin tamamı değilse de bir kısmı sunulabilir, ancak bu çözüm çatışan her istek bakımından uygulanabilirlik değerine sahip olmayabilir. Üçüncüsü ise; bir kesimin talebi karşılanırken diğerinin talebi karşılanmaz. Bu üçüncü seçenekte siyasal merkez iki farklı yöntem uygulayabilir. Birincisi isteklerden birini reddederken isteği reddedilen kesim ikna edilmeye çalışılır. Mesela diğer tarafın isteğinin karşılanması ile daha büyük bir toplumsal ihtiyacın karşılandığı hususu savunulabilir. İkinci yöntemde ise; böyle bir ikna gayreti içine hiç girilmez, diğer kesimin desteği önemsenmeyebilir. Bu üç çözüm tarzından birini, farklı uygulanabilirliği olan seçeneğin de daha uygun olanını seçmek siyasal karar alıcıların ferasetine kalmış bir şeydir.

Siyasal merkezin çevreden gelen taleplere en fazla toplumsal doygunluk duygusunu yaratacak cevapları üretememesi ha-

linde çevreden merkeze yönelen destek azalır. Merkez çevrenin hiçbir meşru ve haklı isteğini yerine getirmeyecek kadar sorumsuz ve duyarsız hale gelirse siyasal sistem ölümüne doğru yol alıyor demektir. Merkez çevre ilişkisinde merkezin siyasal çevreye tamamen duyarsız ve sorumsuz davranmasıyla siyasal rejimleri tarihe gömen ihtilal adı verilen yıkıcı toplumsal tepkiler ortaya çıkarlar.

Siyasetçinin ve siyasal sistemin niteliklisi ile niteliksizi arasındaki fark da birbiriyle çatışan siyasal istekleri uzlaştırma becerisinin sergilenmesi sırasında belirir. Katı bir siyasal örgüt, farklı istekleri uzlaştırma becerisi gösteremez. Katılık ideolojik ilkelerin bağlayıcı ana değerler olarak görülmesinden kaynaklanır. İdeolojiye iman derecesinde bağlılık – hangisi olursa olsun- insanı aklın egemenliğinden çıkartıp duyguların esareti altına bırakır. Demokratik rejimler ideolojiyi tamamen reddetmez, ama siyasal karar alıcıların ilgili ideolojiye bağlılığının; siyasal meseleleri çözümlemede ideolojiye kanun kadar değer verilmesi şeklinde belirmesini de onaylamaz.

Merkezle çevre arasındaki ilişkinin olumlu olması, merkezden çevrenin taleplerine cevap olarak yönelen çıktıların tatmin edici olmasına bağlıdır. Ancak bunun için ikisi arasındaki ilişkiyi sağlayan iletişim kanallarının her türlü talebi taşıyabilecek bir yetenekte olması gerekir. Bu ancak, kurumsal yapının yatay olarak yaygın dikey olarak sade olmasıyla mümkündür. Vatandaşların –sivil- kurumsallaşma özgürlüğünün varlığı ve sınırlarının geniş olması demokratik bir toplumsal yapıya işaret eder. Bizzat bu özgürlüğün varlığı siyasal merkezle çevre arasındaki ilişkinin olumlu bir mahiyette seyrettiğini gösterir. Otokratik rejimlerde örgütlenme özgürlüğü ya yoktur ya da son derece sınırlıdır.

Siyasal merkeze çevrenin taleplerini taşıyan resmi olmayan kurumsal yapılar hem siyasal merkeze –buradaki siyasal merkez devlet- çevrenin talebini ileten bir iletişim kanalı hem de talebini siyasal merkeze taşıdığı çevre bakımından "alt siyasal merkez" veya "mikro merkez"dir. Bir iletişim kanalı; işlevine uygun

davranmak zorundadır. Siyasal sistemde kendisine düşen görevi gereği gibi yerine getiremeyen taşıyıcı yapılar yani "alt siyasal merkezler" çevre tarafından işlevsizlikleri nedeniyle bir zaman sonra terk edilirler. İşlevini kaybeden siyasal örgütler entropi[23] –tükenme- ye uğrar. Bizde tarihe intikal eden siyasal partiler; -Anavatan ve Doğru Yol Partisi gibi partiler- "alt siyasal merkez" olma rolünü kendilerine bu rolü veren siyasal çevre yani toplumsal kesimlerin taleplerine uygun davranmadıkları için siyasal varlıklarını devam ettirememiş, entropiye uğramışlardır.

Şimdiye kadar anlatılan merkez çevre ilişkisinde devletin siyasal sistem modelinde yerinin merkez, vatandaşların yerinin ise çevre olduğu herhalde anlaşılmıştır. Devletle vatandaşlar arasındaki ilişkinin sağlıklı olması için de devletin halkın meşru taleplerine uygun karşılıklar üretmesi gerektiğine kuşku yoktur. Meşru isteklere katı bir ideolojik yaklaşımla olumsuz yanıt vermek bu ilişkinin zikzaklı bir hat üzerinde sıkıntılı zor bir ilişki olarak cereyan etmesine neden olur. Başörtüsü sorununu bir de bu siyaset teorisinin bakış açısından (perspektif) çözümlemeye tabi tutmak, soruna neden olanların gerek devlete gerek vatandaşlara gerekse siyasal iletişim araçlarına yaptıkları fenalığı herhalde daha iyi gösterecektir.

---

[23] Bknz. Entropi terimi için; Entropi, Jeremy Rifkin, Ted Howard, Çeviren: Hakan Okay, İz Yayıncılık, 1997

Entropi, ilk kez termodinamikçilerin kullandığı bir terimdir. Mesela iletken bir telin veya maddenin bir ucu ile diğer bir ucu arasındaki ısı farkının zamanla eşitlenmesi entropidir. Isının eşitleninceye kadar enerji olarak bir işin üretilmesini mümkün kılmasıyla birlikte, artık eşitlenerek sönümlenmesi sonrasında iş üretim kapasitesi sıfırlanmış olmaktadır. Yine mesela yüksekten akan bir suyun akış hareketinde, akışın son bulduğu ana kadar entropi büyümekte, suyun akışının yarattığı enerji ise gittikçe azalmaktadır. Yüksekten akışın son bulduğu noktada entropi en yüksek değere ulaşmaktadır. Yani entropi kullanılan ve fakat artık kullanılma ihtimali bulunmayan dolayısıyla tükenmiş enerji –kaynağı- miktarına eşittir.

Entropi terimi daha sonra işletme ekonomistleri tarafından kullanılmıştır. İşletmeciler, toplumsal, ekonomik örgütlenmelerin enerjilerini kaybederek ömürlerini tamamlamalarını veya toplumsal örgütlenmelerin işlevlerini kaybetmelerini ve bu sonucu yaratan süreçleri ifade etmek için anılan terime başvurmuşlardır.

Şimdi de Anayasa Mahkemesinin söz konusu 5.6.2008 günlü ve E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararına bakalım.

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Süha OKAY, Kemal ANADOL ile birlikte 110 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- YOKLUK, İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ.....

SONUÇ VE İSTEM

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinin "yok hükmünde olduklarına veya iptallerine karar verilmesi ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması istemini saygı ile arz ederiz."

II YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

9.2.2008 günlü ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen 1. ve 2. maddeleri şöyledir:

***"MADDE 1-** 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.*

***MADDE 2-** Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

IV- ŞEKİL YÖNÜNDEN İNCELEME

....

Dava dilekçesinde,

- Kuralların, sınırsız ve koşulsuz bir kıyafet özgürlüğü getirerek insanlar arasında örtünen-örtünmeyen, inançlı-inançsız, müslüman-müslüman olmayan şeklinde din eksenli ayrışmalar ve kutuplaşmalara yol açması nedeniyle… Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "toplumun huzuru ve adalet anlayışı içinde" ifadesini değiştirme anlamına geldiği,

- Din ve vicdan özgürlüğünün aynı zamanda başkaları üzerinde baskı kurarak ya da zorla kendi inançlarına veya başka inançlara yönlendirmeme yükümlülüğünü de içerdiği, dini inançlara dayalı örtünme, benimsenen dini gösteren kıyafetleri giyme özgürlüğünün, toplumda ayrışmalara neden olacağı,… "insan haklarına saygılı devlet" ilkesini değiştirme anlamına geldiği,

- Dinsel inanç gereği başını örtmeye imkân tanıyan düzenlemeyi iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında Atatürk Milliyetçiliğine dayanıldığından, toplumda kıyafetler aracılığıyla din eksenli kutuplaşmalara yol açabilecek ve birleştiricilik yerine ayrışmacılığa olanak sağlayacak değişikliğin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "Atatürk milliyetçiliğine bağlı" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Laikliğin, Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanarak özenle korunması gereken bir ilke olması nedeniyle… "dini gereğe dayalı" ifadelerini kullanmasa da dinsel inançların gereği olan giysileri de kapsaması nedeniyle "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Kuralların, dinsel giysilerin zamanla ilk ve ortaöğretim kurumlarına yayılmasına olanak sağladığı, 2596 sayılı Yasa'nın amaçlarıyla bağdaşmayan bu durumun Atatürk ilke ve devrimlerine bağ-

lılık ve "çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi" ile bağdaşmadığı;.. Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarına ve 153. maddesi uyarında Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu,

- Dini amaçlı örtünmeyi de kapsayan kıyafet özgürlüğünün, dini simge niteliğindeki kıyafetler aracılığı ile kişilerin, farklı dini yaklaşımları olanları denetim ve baskı altına almalarına imkân hazırlayarak, çağdaş bir demokrasinin en temel özelliği olan çoğulculuğa ve hoşgörüye tehdit oluşturduğu, bu şekilde başkalarının özgürlüklerini yok etme olanağı tanıması nedeniyle demokratik ve laik hukuk devleti olma niteliğini değiştirme anlamına geldiği,

- Anayasa'nın ilk dört maddesi ile 138. ve 153. maddelerinin TBMM'nin yetkisinin sınırını çizdiği, ilk üç madde dışındaki hükümlerdeki her bir değişikliğin, bu maddelerdeki hususları başkalaştırıp değiştiremeyeceği, aksinin kabulünün "Anayasaya karşı hile" anlamına geleceği, Anayasa'nın ilk üç maddesindeki esaslara aykırı bir değişiklikle, Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı konmasının mümkün olamayacağı ve "açık ve ağır yetki tecavüzü" nedeniyle yok hükmünde sayılması gerektiği,

- Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisinin "teklif çoğunluğu"nu da kapsadığı dikkate alındığında, teklif edilemez nitelikteki ilk dört maddenin dolaylı yoldan değiştirilmesi anlamına gelen dava konusu kuralların teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmediğinden iptaline de hükmedilebileceği İleri sürülmektedir.

1- Yokluğun Saptanması İsteminin İncelenmesi

Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayım-lanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır.

...

TBMM üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul

edilmekle yasalaşan 5735 sayılı "Türkiye Cumhu-riyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu Yasa Cumhurbaşkanı'nca 23.2.2008 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir.

2- İptal İsteminin İncelenmesi

a) Teklif edilebilirlik yönünden

...

Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıyı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.

Asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline gelir. Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite" sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin, değiştirilemezlik kuralının yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. maddeyle sınırlı kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde verdiği 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı ve son olarak 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlarında anayasal düzenin hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın

gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütünlüğünü bozabileceği, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa'da tanımlanan biçimde işleyemeyeceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş Anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelerde en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerince kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasaya uygun olarak kullanılacağı kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 4. maddesinde "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

…

Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif ... şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun

olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

b) İçerik yönünden

.....

5735 sayılı Kanun'un genel gerekçesi, 1. ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşmelerinde yapılan açıklamalar incelendiğinde; temel hedefin, bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestîsi tanınması olduğu anlaşılmaktadır.

…

…

Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.

Dava konusu kurala bakıldığında "kanunda açıkça yazılı haller"in ne olduğu ve ne zaman geçerlilik kazanacağı hususu, yasa koyucunun aktif bir yasama tasarrufuyla anlaşılabilecektir. Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından, başkalarının özgürlükleri ve kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdiri-

ne kalacağı açıktır. Yasa koyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. Temel düzen normu olan Anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada yer alması, demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir.

Toplumsal sorunların Anayasa'nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşıyı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir… Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 günlü, E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararıyla dini inanç gereği başörtüsü takılmasına izin veren bir düzenleme başkalarının hak ve özgürlükleri, dinin araçsallaştırılması ve kamu düzeni bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimlerin Anayasa karşısında geçerli olamayacağını belirten Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.1991 günlü, E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararları ile 16.1.1998 günlü, E. 1997/1 (SPK), K. 1998/1, Refah Partisi kararı ve 22.6.2001 günlü, E. 1999/2 (SPK), K. 2001/2 sayılı Fazilet Partisi kararında bu hususlar yinelenmiştir. Danıştay'ın içtihatları da benzer yönde gelişmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 29.6.2004 tarihli ve Büyük Dairenin 10.11.2005 tarihli Leyla Şahin kararlarında, sözleşmeci devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkının geniş olduğunu, bu konuyla ilgili kuralların ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arz etmesi ve "başkalarının haklarını koruma"nın ve "kamu düzen"inin gerekleri konusunda Avrupa'nın ortak bir anlayışı bulunmamasının bunu zorunlu kıldığını, başörtüsünün yasaklanmasının Türkiye'nin koşulları dikkate alındığında "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ile "kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması" bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. 15.2.2001 tarihli Dahlab-İsviçre kararında tür-

ban taktığı için ilköğretim kurumlarında öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin başvurusunu reddederken, türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanımını beraberinde getireceğini, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının bulunduğunu, sonuç olarak öğretim faaliyetinde başörtüsü takma yasağının başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3. Dairesinin 31.7.2001 ve Büyük Dairenin 13.2.2003 tarihli Refah Partisi kararlarında da başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgeleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşlere katılmamışlardır.

.....

VI- SONUÇ

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

***A-** 1. maddesiyle 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen **"ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında"** ibaresinin,*

***B-** 2. maddesiyle 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere eklenen **"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."** biçimindeki fıkranın,*

*Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek **İPTALİNE**, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,*

***C-** İptal edilen kurallar nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 3. maddesinin de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince **İPTALİNE,** OYBİRLİĞİYLE, 5.6.2008 gününde karar verildi.*

Dava konusu Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin dördüncü fıkrası; Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde *ve "her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"* kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar., ifade bütünlüğüne kavuşurken, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi ile ilgili genel esasları düzenleyen ve altı fıkradan oluşan 42. maddeye, "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir*"., ifadesini taşıyan yedinci

fıkra ilave edilmiştir.

Davacı parti dava dilekçesinde; bu değişikliklerin, Mahkeme kararının yukarıya alınan kısmında davanın konusunun özetlendiği bölümünden anlaşıldığı üzere Anayasanın "Başlangıç" başlıklı kısımda yer alan 12 Eylül Darbesini yapanların hamaset edebiyatı yaptıkları kısımla 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelere aykırı olduğunu savunmuştur.

Metni yukarıda yer alan Anayasa değişikliklerinin Anayasanın sayılan onca maddesine aykırı olduğunu savunmak; olağanüstü bir yorum yeteneğinin kapalı zihinsel ortamdan açık siyasal, hukuksal, toplumsal ifade ortamına muhteşem ve dehşetli bir şekilde huruç etmesidir, herhalde.

Anayasanın 1. maddesi, Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğunu söylüyor. Cumhuriyet yönetimi, siyasi yöneticilerin seçimle iş başına geldikleri devlet düzeninin adıdır. İptal davasına konu Anayasa değişikliğine ilişkin ilave hükümlerin Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğuna aykırı olduğunu keşfetmek kesinlikle avamın sınırlı anlama yeteneğiyle başaramayacağı bir soyut gerçekliktir. Dava konusu kanunlar nedeniyle artık halk milletvekillerini, Cumhurbaşkanını seçemeyecek, bunun neticesi olarak da tek adam idaresi, krallık, sultanlık gibi bir yönetim Türkiye denilen Ülkenin üzerine çöreklenecek. Tabi böyle bir bağlantıyı ancak Türkiye'nin en seçkinleri görebilir. Onların sahip olduğu bu basiret ve feraset Tanrı'nın onlar dışında herkesten esirgediği bir lütuftur.

Bu hükümler Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin niteliklerine de aykırı imiş. Anılan maddede sayılan Cumhuriyetin nitelikleri, insan haklarına saygılılık, Atatürk milliyetçiliğine bağlılık, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olma unsurlarından oluşmaktadır. Dava konusu hükümler, insan haklarına saygıdan, Atatürk milliyetçiliğine bağlılıktan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletinden kopuşa neden olacakmış. Söz konusu kanun hükümlerinin uygulanması ile hiçbir hukuki zemine oturmayan fiili durum yaratılmak suretiyle uygulanan başörtüsü yasağının kalkmasından sonra aca-

ba Türkiye Cumhuriyeti Devleti nasıl insan haklarına saygılı bir devlet olmaktan uzaklaşıyor? Bir kısım bayan öğrencilerin derslere başörtülü girmesiyle acaba Anayasada güvence altına alınan hangi insan haklarının kullanımı tehlikeye giriyor? Dini inançları nedeniyle başörtüsü kullananların fiili durum yaratılarak öğrenim hakkından mahrum edilmesi gibi kişilik hakkının alanını daraltan bir uygulamayı ortadan kaldıran bir kanuni düzenlemeden insan haklarına bağlılık ilkesinden ayrılma, demokratik devlet özelliğinin kaybolması, laiklik ilkesine ve sosyal hukuk devleti olma ilkesine aykırılık anlamı çıkarmak yine çok seçkin zekâlara tanınmış kaynağı Tanrısal olan bir ayrıcalık olmalı. Ortalama vatandaşların Anayasaya değişiklik getiren bu kanunun hukuksal sonuçları ile Cumhuriyetin bahsi geçen nitelikleri arasında, -bu niteliklerin ortadan kalkmasına neden olan- olumsuz ilişkiler bulunduğunu kavramasına –anlama yeteneklerinin sınırlılığı nedeniyle- galiba imkân ve ihtimal yoktur.

Davacı milletvekillerine göre dava konusu değişiklik; Anayasanın " Devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti" başlığını taşıyan 3. maddesindeki – herhalde- Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bir bütündür... Hükmüne de aykırı imiş. Toplumun bir kesimindeki insanların kişilik hakkı kapsamında olan kıyafet konusuyla ilgili sorun yapılan tercihleri nedeniyle öğrenim hakkından mahrum bırakılması toplumu bölmez ancak, bu haksızlığın giderilmesi toplumu böler. Tabii anlama, kavrama yeteneği kısıtlı insanların davacıların fark ettiği bu olağanüstü sakıncaları fark etmeleri mümkün değildir. İyi ki onlar gibi aydın entelektüellerimiz var da, avamın vasat zekâsıyla fark etmesi mümkün olmayan hukuksal tehlikeleri görüyorlar ve gereken hukuksal önlemleri zamanında gecikmeksizin alıyorlar.

Dava konusu değişiklik, Anayasanın 1., 2., 3., maddeleri hükmüne aykırı olunca zorunlu olarak 4. maddesine de aykırı olmaktadır. Dava dilekçesinde bu maddeye aykırılıktan da söz ediliyor. Yasa ile Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu ve Cumhuriyetin nitelikleri değiştirilmiş olduğundan elbette söz konusu bu maddeye aykırılık tartışmaya yer bırakmayacak bir

açıklıkla ortaya çıkmaktadır.

Anayasa değişikliğine ilişkin kanun Anayasanın "Egemenlik" başlığını taşıyan 6. Maddesine de aykırılık taşımakta imiş. Bu maddede; egemenliğin kayıtsız şartsız Milletin olduğu, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı, egemenliğin kullanılmasının hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı., amir hükmü yer almıştır.

Davacılara göre Milletin seçtikleri onun adına karar alıp kanun, Anayasa yaparlar ise bu Anayasanın 6. Maddesine aykırı olmaktadır. Millet adına egemenliği kullanacak olan yetkili organ TBMM değildir. Pekiyi TBMM değilse kimdir? Elbette Ordudur. Aslında Ordu da değildir. Çünkü ordunun asli unsuru olan er ve erbaş rütbesindeki askerlerin "karar alma yetkisinin" kullanıldığı süreçlere katılması söz konusu değildir. Kararlar komuta kademesinde alınır onlar da sınırlı sayıda general rütbesindeki görevlilerden oluşur. Şu halde egemenlik Türk Milleti adına ancak ve ancak TSK'nın komuta kademesindeki generalleri marifetiyle kullanılabilir.

Davacıların egemenlik görüngüsü ile onun kullanımına bakışları ancak bu şekilde özetlenebilir. Bu ifadelerde kesinlikle davacılarla alay etme kastı yoktur. Ancak onların egemenliğe ve onun kullanımına ilişkin anlayışlarını tanımlarken zorunlu olarak bunlar söylenilebilir, bunlar söylendiğinde de yine zorunlu olarak; kendileriyle alay edildiği gibi bir anlam çıkartılabilir.

Davacıların Türk Halkı adına karar alma yetkisi tartışılamayacak olan TBMM'nin Anayasa yapma yetkisini fütursuzca yok farz etmeleri karşısında kamu vicdanında oluşan feveran yukarıdaki ifadeler dışında daha başka nasıl anlatılabilir?

Dava konusu Anayasa değişikliğine ilişkin kanun; Anayasanın "Yasama yetkisi" başlığını taşıyan, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ye ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini ifade eden 7. Maddesi hükmüne de aykırı imiş. Davacıların hukuksal yorumları hem çileden çıkarıcı hem de

gülünç. Aslında davacıların dava dilekçesinde ortaya koydukları görüşler üzerinde durulmayı gerektirmeyecek kadar ciddiyet ve tutarlılıktan uzaktır. Anayasa Mahkemesi bu davada davacıların istediği sonucu onlara verdiği için bu saçmalıklar hukuksal bir değer kazanmış bulunmaktadır. TBMM yasa yapma yetkisine sahip değilse bu aslında davacıların kendi şahsiyetlerine bizzat kendilerinin saldırıda bulundukları anlamına gelmez mi? Kendileri TBMM'nin üyeleri değil mi? Yasama yetkisini kullanan organın birer mensubu olarak kendileri açtıkları bu davayla Anayasa Mahkemesinden kendilerine de ait olan yasama yetkisinin budanmasını istemiş olmuyorlar mı? Halkın oyunun hakkını vermek, halkın iradesini; özüne ve hakikatine uygun yansıtmak böyle mi oluyor? Davacıların Anayasa değişikliğini Anayasanın 7. Maddesi hükmüne aykırı olduğu yolundaki bu iddianın saçmalığını ifade için "saçma" sözcüğü aslında çok naif kalmaktadır. Bu iddia hezeyanın şahikası, zırvalamada sınır tanımamanın vahim bir örneğidir.

TBMM yasa yapmaya yetkili olmadığına göre yasayı herhalde bürokrasi yapacak demektir. Yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören kız öğrencilerin başörtüsü kullanmalarını yasaklayan bir kanun bulunmamaktadır. Esasen kadın kıyafetiyle ilgili kısıtlama getiren herhangi bir kanun mevcut değil. Bu yasak uygulamada fiili durum yaratılarak yerleşik hale gelmiştir. Yasak ilgili idari organların keyfi tasarruflarına dayanmaktadır. Kişilik hakkına bağlı olan fertlerin kıyafet tercihleri ve zevkleri ile ilgili bir konuda ortada bir kanun mevcut olmadığı halde yasak yaratılabiliyorsa o halde kanun yapma yetkisi yasağı koyanlardadır, yani ilgili idari birimlerdedir. İşte davacılar da bunu söylüyorlar. Eh yasayı bürokrasi yapmaya yetkili olduğuna göre elbette dava konusu kanun Anayasanın 7. Maddesi hükmüne de aykırı olmaktadır.

Anayasanın 8. Maddesi "Yürütme yetkisi ve görevi" başlığını altında yer almakta olup, maddede; yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacağı ve yerine getirileceği amir hükmüne yer verilmiştir.

Davacılara göre dava konusu kanun Anayasanın bu maddesi hükmüne de aykırılık taşıyormuş. Herhalde davacılar dava dilekçelerine ne kadar çok şey yazarlar, ne kadar çok –saçmalarlar ise- açıklama yaparlar ise Anayasa Mahkemesini ikna etmekte başarılı olacaklarına inanmış olmalılar ki böyle gerekli gereksiz iddialarda bulunmuşlardır. Bu Nasreddin Hoca merhumun göle yoğurt mayası çalması kadar saçma bir davranıştır. Yürütme yetkisi ile dava konusu Anayasa değişikliği arasında nasıl bir aykırılık ilişkisi kurulduğunu anlamak kesinlikle mümkün değil, ancak davacılar o kıvrak anlama yetenekleri ile başkalarının görmesi mümkün olmayan bu aykırılığı olağanüstü bir basiretle görmüş ve anlamışlardır.

Dava dilekçesinin yukarıda özeti alınan bölümüne göre, dava konusu Anayasa değişikliği; Anayasanın "Yargı yetkisi" başlığını taşıyan ve yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hükme bağlayan 9. Maddesi hükmüne de aykırı imiş. Bu da az önce 8. Maddeye aykırılık bağlamında söylenilenleri hak eden temelsiz bir iddia. Bir kanunun Anayasanın yargı yetkisi ile ilgili bu maddesi hükmüne aykırı olabilmesi için o kanunla herhangi bir konuda yargılama yetkisinin mahkemeler dışında idari kurullara verilmesi gerekir. Süreç olarak, yargılama faaliyeti olan bir işlemi yapma görevi uygulamada sürat ve etkinlik sağlama gibi bir amaçla muhtelif idari kurullara verilebilir. İşte bu imkânı sağlamak üzere çıkarılan kanun Anayasanın 9. Maddesi hükmüne aykırıdır. Dava konusu kanunda böyle bir şey bulunmuyor.

Anayasanın 24. Maddesine aykırılık iddiası, Ana Muhalefet Partisi ile bu Millet işte bu maddenin ne anlama geldiği konusunda anlaşamıyor, herhalde hiçbir zaman anlaşamayacak, eğer bir zaman gelir de anlaşırsa o zaman muhtemelen CHP bu günkü jakoben kimlik ve kişiliğinden uzaklaştığı için bu anlaşma sağlanmış olacak, aksi kesinlikle mümkün değil, çünkü böyle bir uyuşma CHP'nin varlıkbilimsel (ontolojik) yapısına ve mizacına aykırıdır.

24. Maddenin birinci fıkrasında; herkesin dini inanç ve ka-

naat hürriyetine sahip olduğu söylenmektedir. Bizim bu çalışmada amacımız Anayasayı eleştirmek değil, bu o amaçla yapılacak başka bir çalışmaya konu olabilir. Ancak, Anayasanın bu hükmünde belli ki Anayasa koyucu bu hükmü tanzim ederken dine ve dindara tahammülsüzlüğünü dizginleyememiştir. Ne demek herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olması? Devlet vatandaşların vicdani kanaatlerini ve dini inançlarını denetlemeye zaten muktedir değil. Kendisinin denetleyemediği, denetlemesinin de mümkün olmadığı bir konuda zorunlu olarak vatandaşlara hürriyet bahşediyor. Maddenin lafzı dürüst olmayan bir anayasa koyucunun iradesini ve zihin dünyasını yansıtmaktadır.

Maddenin lafzına dindar insanlar için tuzaklar gizlenmiş olmakla beraber, uygulayıcı lafızdaki çarpıklığa bağlı kalamaz. Anayasanın bu hükmünü anlamak, anlamlandırmak zorunda olan hangi yasal yetke kaynağı olursa olsun, devletin denetleyemediği insanların iç dünyaları ile ilgili olarak hürriyet bahşetmesinin saçma olduğunu, çünkü hukukun ancak; maddi ve toplumsal dünya ile ilgili biçimsel düzenlemeler yapabileceğini, bu ilkeden hareketle, maddedeki vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetinin, insanın vicdanında, zihninde yer alan inanç ve kanaatleri toplumsal zeminde ifade etme yetkisini ifade ettiği, anlamına geldiğini kabul etmek zorundadır.

Anılan fıkrayı az önce söylenilen biçimin dışında anlamaya imkân bulunmadığını kabul ettikten sonra; bu fıkra hükmünden dini inanç ve kanaatlerine uygun yaşama hakkına sınır üretmeye kalkışmak olabilecek, tutarlı bulunabilecek ve inandırıcılık vasfı taşıyabilecek bir şey değildir. Dava konusu Anayasa değişikliğine ilişkin kanun dini inançları nedeniyle başlarını örten kız öğrenciler için hiçbir kanuna dayanmadan fiili durum yaratılmak suretiyle uygulanan yasağı kaldırmak gayesiyle yapıldığı söylendiğine göre, bu kanun bu fıkra hükmüne aykırı olmak şöyle dursun aksine bu fıkra hükmünün uygulanmasını güvenceye kavuşturan bir işleve sahip görülmek durumundadır.

Davacılar söz konusu Anayasa değişikliğinin; laikliğe ay-

kırı, devletin toplumsal, ekonomik, siyasi veya hukuki düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma maksadıyla dince kutsal sayılan duyguları istismar etme yolunda bir girişim olduğunu düşünmüşlerdir (24. Maddenin son fıkrası hükmünde tanımlandığı üzere). Çünkü dava konusu kanun dini inanca dayanan bir kıyafet tercihi nedeniyle doğan hukuksal meseleyi çözmek gayesiyle çıkarılmıştır.

Şiddetli bir toplumsal talebin olduğu bir konuda siyaset kurumunun görevi, o talebe cevap üretmek, talebin konusu olan toplumsal sorunu çözmektir. Hatta toplumun kitlesel bir kesimi değil, sadece bir üyesi siyasal sistemden bir talepte bulunsa eğer bu talebin konusu meşru ise karşılanması gerekir. Hukuk devleti, vatandaşlarının her türlü meşru isteklerini karşılama yükümlülüğünü taşıyan devlet olmak zorundadır.

Toplumsal bir talebin yerine getirilmesi yolunda siyaset kurumunun atacağı/attığı adımları siyasal nüfuz sağlama amacına yönelik girişimler olarak görenlerin, bu konuda kanıtları olabilir mi? İstismarda inanmadığı bir konuda hukuksal, siyasal, toplumsal yarar sağlamak için inanıyor gibi görünme hali vardır. Yine istismarda gerçeği bütün unsurlarıyla bildiği halde gerçeğin birileri tarafından bilinmemesinden haksız yarar sağlanması söz konusudur. Çünkü bir durum veya olgu karşısında alınan tavrın samimi olup olmadığını bir yanılgıya uğramadan tespit edebilecek mutlak doğruyu bulduracak araçlara sahip değiliz. Siyasal bir girişimde istismar olup olmadığını anlamak için de nesnel ölçülere sahip değiliz. İstismar iddiaları öznelliğin kalıplarının ötesine geçme değerine hiçbir zaman sahip olamaz. Farz edelim ki bir siyasi parti bir toplumsal sorunu, aslında onu sorun olarak görmediği halde çözümlüyor, bu davranışının kökeninde de siyasal desteğini arttırmak gibi bir hedefi var, bir siyasi partinin böyle bir hedefe ulaşması için sorun olarak görmediği bir konuda halkın eğilim ve isteklerine cevap vermesi yönünde oluşan davranışına istismar demenin hiç bir dayanağı yoktur. Bu davranışın meşruiyetinden zerre kadar kuşku duyulamaz. Ayrıca bir sorun istismara açıksa onu istismar edilebilir olmaktan çıkarmak, çözümün bir parçası olarak mümkün-

dür. Bir davranışta istismar veya riya olup olmadığı konusunda hükmü ancak Allah verebilir. Yani bir siyasal adımda istismar olduğu iddiası son derece tutarsız bir iddiadır. Siyaset, siyasi oyuncular istemese bile toplumsal talep varsa ilgili soruna eğilmek zorundadır, bu siyasetin görevidir. Görevin yani mecburiyetin olduğu bir siyasal konumda yapılan siyasal faaliyeti istismar olarak adlandırmak siyaset kurumuna yapılacak büyük bir haksızlıktır.

Dava konusu Anayasa değişikliği Anayasanın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlığı altında düzenlenen 42. maddesi hükmüne de aykırı imiş. Değişikliğin bir hükmü bu maddeye eklenmektedir. Anayasanın bir maddesi hükmünün değiştirilirken o maddeye aykırı olup olmadığı gözetilmek zorunda değildir. Zaten mevcut hüküm ihtiyaca karşılık veremediği için değiştirilir. Değişikliğin değiştirilene uygun olmasını beklemek aslında ilgili madde hükmünün değiştirilmemesi demektir. Önceki Anayasa hükmü ile o hükmü değiştiren hüküm arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Eğer böyle bir ilişki olsaydı Anayasaların hiçbir hükmü değiştirilemezdi. Bir hakkın sınırlarını tayin için -eğer uygulamada sorunlar çıkıyorsa- bir kanunla hakkın kapsamını ve sınırlarını tayin etmek anayasal bir zorunluluktur. Davacılar Anayasanın 42. maddesinde yapılan değişikliği yine -diğer maddede yapılan değişiklikle birlikte- söz konusu 42. maddeye aykırı görmekle Anayasadaki mevcut hükümle getirilen yeni hüküm arasında bir aykırılık ilişkisi kurmakla aslında önceki hükümle sonraki hüküm arasında sanki hiyerarşik bir ilişkinin olduğunu savunmuş olmaktadır. Bu apaçık bir saçmalıktır.

Davacıların hukuksal değerlendirmelerine göre, dava konusu Anayasa değişikliği Anayasanın "A. Mahkemelerin bağımsızlığı" başlığı altında düzenlenen 138. maddesinin dördüncü (son) fıkrasındaki; Yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir biçimde değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri, hükmüne de aykırılık taşıyormuş.

Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı konusunu davacılar ya bilmiyorlar, ya da gerçek bağlamından koparark çarpıtıyorlar ve herkesin de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunu kendileri gibi anlamasını istiyorlar.

Davacıların dava dilekçesinde bu hususta iddialarını; daha önce başörtüsü ile ilgili olarak 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun eklenen ek 16. maddenin Anayasa Mahkemesince iptal edildiği, bu karardan sonra çıkarılan ek 17. maddenin ise iptal edilmemekle beraber, madde hükmünün başörtüsünü serbest bıraktığı şekilde anlaşılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği, ortada bu kararlar var iken başörtüsü konusunda yasal veya anayasal düzenleme yapılmasının Anayasanın sözü geçen 138. maddesi hükmü ile bağdaştırılamayacağı açıklaması ile ispatlamaya çalışmışlardır.

Bu açıklama ile ortaya koydukları iddianın haklılığı hiçbir şekilde ispatlanamaz. Bir hukuksal tasarrufun mahkeme kararıyla iptali o hukuksal tasarrufun hukuk âlemindeki varlığının sona erdirilmesi demektir. Hal böyle iken yasama ve yürütme organları ile idare makamları hala o hukuksal tasarrufa geçerlilik atfederler sanki iptal edilmemiş gibi davranır yeni işlem ve eylemlerini o hukuksal tasarrufu dikkate alarak yaparlar ve mahkeme kararının varlığını tanımazlar ise Anayasanın söz konusu 138. maddesi hükmüne aykırı davranmış olurlar.

Bu hususu 2547 sayılı Kanuna eklenen ek 16. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması keyfiyeti bağlamında ele alarak hangi durumda Anayasa Mahkemesinin ek 16. madde ile ilgili kararının uygulanmadığının öne sürülebileceğini ortaya koyalım.

Ek 16. madde Anayasa Mahkemesince iptal edildiği halde bu iptal kararı Resmi Gazetede yayımlanmasa idi, buna bağlı olarak söz konusu hüküm ilgili kanun metninden çıkartılmamış olsa idi o zaman Yürütme organının Anayasa Mahkemesinin kararını uygulamadığı, kararın gereklerini yerine getirmediği kasıtlı eyleminden söz edebilirdik. Oysa Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararının Resmi Gazetede yayımlanmaması gibi bir

durum olmamıştır.

İdari yargı kararları bağlamında durumu şu şekilde açıklayabiliriz: bir memurun bulunduğu görevden başka bir göreve atanması işleminin iptali istemiyle açılan bir davada; memurun atanmasını haklı kılacak nedenlerin bulunmadığı gerekçesiyle, yürütmenin durdurulması isteminin kabulü veya dava konusu işlemin iptali – dava kabul- kararı, üzerine idare otuz gün içinde mahkeme kararına göre ilgiliyi önceki görevine atar. Böyle yapmayıp da atandığı sonraki görev yerinde çalıştırılmaya devam edilirse mahkeme kararı uygulanmamış olur.

Herhangi bir idari işlemin iptali istemiyle açılan bir davada idare veya vergi mahkemesi ya da Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından verilen iptal kararının, idari işlem tesis edilirken belli bazı hususlarda dava konusu veya ilgili hakkında eksik bilgi ve bulgulara dayalı olarak işlemin tesis edilmiş olduğu, bu haliyle işlemin hukuka uygun olmadığı gibi bir gerekçeye dayanması halinde, davalı idare bu karar üzerine gerekli bilgi ve bulgulara ulaşıp onları dikkate almak suretiyle idari yargı tarafından iptal edilen işlemle aynı doğrultuda, ilgilinin hukuksal menfaatini önceki işlem gibi aynı şekilde ihlal eden yeni bir işlem tesis edebilir. Önceki işlemin iptal edilmiş olduğu sonucuna bakılarak idarece tesis edilen aynı doğrultudaki işlemin yargı kararını uygulamama anlamına geldiği söylenemez.

Gerek Anayasa yargısında gerek idari yargıda, "kesin hüküm" müessesesi bulunmamaktadır. Böyle olunca bu yargı makamlarınca, iptal edilen tasarrufların yerine yenilerinin yapılmasına hukuksal bir engel yoktur. Anayasanın 138. maddesinin üzerinde durulan hükmünü bu bağlamda anlamak gerekmektedir.

Davacıların dava konusu kanunun Anayasanın "Anayasa Mahkemesinin kararları" başlıklı 153. maddesine aykırı olduğu yolundaki görüşleri bir önce bahsi geçen madde hükmüne aykırılık iddiasıyla aynı değerdedir. Tabii Anayasanın 138. maddesi hükmüne aykırılık iddiasının ileri sürülmesi halinde 153. maddesinin altıncı (son) fıkrası hükmüne de aykırı olduğu iddiası

ileri sürülmesi olağan bir şeydir. Bu maddenin ilgili hükmüne aykırılık konusunda da az önce söylenilenler geçerlidir.

Davacılara göre davaya konu Anayasa değişikliği, "I. İnkılap kanunlarının korunması" başlığı altında düzenlenen ve tam metni aşağıya alınan 174. maddesi hükmüne de aykırı imiş. 174. Maddenin metni şöyledir: " *Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz:*

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;

2. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;

3. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;

4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;

5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

6. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun;

7. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına dair Kanun;

8. 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisveleri Giyilemeyeceğine Dair Kanun."

Dava konusu Anayasa değişikliği ile Anayasanın yukarıya tam metni alınan 174. maddesi hükmü arasında bir aykırılık ilişkisi kurmak da doğrusu pes dedirtecek cinsten...

Bir defa bu hükmün maksadı madde metninde tek tek sayılan inkılap kanunlarını korumaktır. Bu koruyucu Anayasa hükmü olmasaydı, İnkılap kanunları iki yoldan hukuk âleminden kaldırılabilirdi. Birincisi yasama organı bu kanunları Anayasaya aykırı görerek veya bu konuda herhangi bir gerekçe göstermeksizin yürürlükten kaldırabilirdi. İkincisi ise, esas mahkemelerde görülen bazı davalarda bu kanunların Anayasanın herhangi bir maddesine aykırılığı ileri sürülebilir veya ilgili mahkeme bizzat uygulamak zorunda bulunduğu bu kanunlardan birinin bir hükmünü veya tamamını Anayasaya aykırı görerek konuyu Anayasa Mahkemesinin huzuruna götürebilir, Anayasa Mahkemesi de aykırılık iddiasını haklı bularak ilgili kanunu iptal edebilirdi (itiraz yolu). İşte bu iki yoldan biriyle bu kanunlar yürürlükten kaldırılmasın diye Anayasa koyucu bu hükmü ihdas etmeyi gerekli görmüştür.

Anayasada değişiklik yapan dava konusu kanunla yukarıya alınan 174. maddede sayılan inkılap kanunlarında herhangi bir değişiklik yapılmış değildir. Bu kanunlardan herhangi biri Anayasaya aykırılık iddiasıyla yürürlükten kaldırılma yoluna gidilmemiştir. Ayrıca Anayasa değişikliği ile bu kanunların örtülü ilgası da söz konusu değildir. Hal böyle olunca bu madde ile Anayasa değişikliği arasında bir aykırılık ilişkisi kurulması için gösterilebilecek hiçbir neden yoktur. Davacıların ileri sürdüğü bu iddiada zerre miktarı tutarlılık bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde, Anayasanın söz konusu maddelerine aykırılık sadedinde yapılan açıklamalarda; değişikliğin "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "toplumun huzuru ve adalet anlayışı içinde" ifadesini değiştirme anlamına geldiği, "insan haklarına saygılı devlet ilkesini" değiştirme anlamına geldiği, "Atatürk milliyetçiliğine bağlı niteliğini" değiştirmek anlamına geldiği, "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan niteliğini" değiştirmek anlamına geldiği, "Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma yükümlülüğüne" aykırılık oluşturduğu, "… bu şekilde başkalarının özgürlüklerini yok etme olanağı tanıması nedeniyle demokratik ve laik hukuk devleti olma niteliğini" değiştirme anlamına geldiği, yolundaki iddialar da yapılan açıklamayı

süsleme ve içerik kazandırma amacıyla kullanılmış dolgu malzemesi olmanın ötesinde ciddi bir değer taşımamaktadır. Dava konusu Anayasa değişikliğinden böyle anlamlar çıkarmak anlaşılabilir nitelikte değildir. Çünkü Anayasanın mevcut hükümleri ile dava konusu değişiklik arasında aykırılık ilişkisi kurulurken aykırılık oluşturacağı varsayılan hukuksal sonuçlarla sebep gösterilen dava konusu hükümler arasında uygun ve makul nedensellik ilişkisi kurulmasına imkân bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde öne sürülen, "Anayasa değişikliğinin Anayasa'nın ilk dört maddesi ile 138. ve 153. maddelerinin TBMM'nin yetkisinin sınırını çizdiği, ilk üç madde dışındaki hükümlerdeki her bir değişikliğin, bu maddelerdeki hususları başkalaştırıp değiştiremeyeceği, aksinin kabulünün "Anayasaya karşı hile" anlamına geleceği, Anayasa'nın ilk üç maddesindeki esaslara aykırı bir değişiklikle, Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı konmasının mümkün olamayacağı ve "açık ve ağır yetki tecavüzü" nedeniyle yok hükmünde sayılması gerektiği" yolundaki iddia Davacı Partinin zihin dünyasının kodlarını ele veriyor. TBMM'nin Anayasa yapma yetkisinin haksız gerekçelerle kısıtlanmasının savunulması, dava konusu Anayasa değişikliğinin yok hükmünde olduğunun ileri sürülmesi, TBMM'nin manevi şahsına, varlığına ciddi bir saygısızlık hatta o şahsı maneviyi yok saymak demektir. Aslında bu fikri savunan Ana Muhalefet Partisi kendi hukuksal varlığını da inkâr etmiş olmaktadır.

Yokluk hali öyle bir hukuksal haldir ki hukuksal muamele, işlem veya tasarruf yokluk halinde hukuksal bir varlık kazanamaz. Bu ancak hukuksal tasarrufun, işlemin veya muamelenin öznesinin/öznelerinin o hukuksal tasarrufu yapmada olağanüstü derecede ağır yetkisizlik durumu içinde bulunmasıyla ortaya çıkar. Yokluk halinde, ağır yetkisizlik hali yorumla değil yoruma başvurulmaksızın olağanüstü derecede kolay bir biçimde tespit ve teşhis edilebilir.

İdare hukuku çerçevesinde yokluk haline şöyle örnekler verilebilir: İstanbul Valiliği, Ankara Valiliği emrinde görev ya-

pan bir memurun İl içinde bir yerden bir yere naklen atamasını yapsa bu işlem yok hükmündedir. Tapu sicil müdürünün yapması gereken bir işlemi, il tarım müdürü tesis ederse bu işlem yok hükmündedir. Tüzük Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır, TBMM; Bakanlar Kurulu TBMM'nin içinden çıkıyor, onun yaptığı hukuksal bir tasarrufu biz de yaparız şeklinde bir mantık yürütse ve bir tüzük çıkarsa bu tüzük yok hükmündedir. Görüleceği üzere bu örneklerde ağır yetkisizlik hali açıkça anlaşılmaktadır.

Ağır usul-şekil ihmali de yokluk nedeni oluşturur. Bir kanun usulüne uygun olarak TBMM tarafından yapılsa ancak Resmi Gazetede yayımlanmayıp Başbakanlıkça kanunlar külliyatında yayımlansa, o kanun yürürlüğe girme bakımından yok hükmündedir.

Yokluk durumu hukuksal tasarruflar bakımından çok sık rastlanan hallerden değildir. Çünkü yokluk cehalet seviyesinde bilgisizlik sonucu oluşabilecek bir hukuksal durumdur. Bir idari organ veya makam bakımından cehalet derecesinde bilgisizlik pek olası bir durum değildir. Çünkü Devlet yönetimine ilişkin etkinlikler kamu yönetimi birimleri arasında bir işbölümü olarak ortaya çıkar. Hukuksal işlem, muamele ve eylemlerin oluşumunda değişik idari birimler sürece katılırlar, bu nedenle yokluk hali niteliğinde olağanüstü bir hata yapma olasılığı ciddi bir biçimde azalır. İşte bundan dolayı özellikle kamu hukuku alanında kalan hukuksal tasarruflar bakımından yokluk iddiasında bulunmak için çok cüretkâr olmak gerekir.

Dava konusu Anayasa değişikliğinde TBMM' nin yetkisizliğinden bahsetmek aşırı ötesi zorlama bir yorumdur. Bir an için söz konusu Anayasa değişikliğini gerçekten Anayasanın birçok hükmünü ihlal ettiğini farz edelim, bu durumda yokluktan değil Anayasaya aykırılıktan bahsedebiliriz. Öğretide yokluk durumunda o tasarrufun iptaline bile gerek bulunmadığı savunulmaktadır. Gerçekten yoklukta hukuksal tasarruf varlık kazanamadığına göre iptaline ihtiyaç duyulmaz. Davacı dava açma gereği duyduğuna göre dava konusu kanunun yok hükmünde ol-

duğunun kabulü mümkün değildir.

Davacıların yokluk hali iddiası da hukuksal hiçbir geçerliliği olmayan değersiz bir iddiadır. Zaten Anayasa Mahkemesi de bu iddiayı cevaplamakla birlikte ciddiye almamış, verdiği kararın gerekçesinin dayanaklarından biri olarak benimsememiştir.[24]

---

[24] Davacı partinin dava dilekçesinde ortaya koyduğu yorumlar adeta aşağıdaki fıkradaki gibi. Fıkradaki hocanın olağanüstü yorum yeteneği ile dava dilekçesinde beliren yorum yeteneği arasında ciddi bir mahiyet birliği bulunmakta. Şimdi şu fıkraya bakalım;

Ülkenin birinin padişahının tek bir veliahdı varmış, bu nedenle padişah onun eğitimine aşırı bir ihtimam gösteriyormuş, bunun için de ülkenin en meşhur bilginini veliahdı eğitmesi için özel olarak görevlendirmiş. Ama aslında şehzade eğitilecek devlet yönetimine hazırlanacak bir cevhere sahip değilmiş. Eğitim öğretime başlanılmasının üzerinden makul bir süre geçtikten sonra, padişah alınan mesafeyi görmek istemiş, bunun için de şehzadeyi, hocasını ve devlet erkânını sarayın divanına çağırmış. Divanda toplanıldıktan sonra şehzadeye neler öğrendiğini anlatmasını istemiş, şehzade bazı şeyler söyledikten sonra;

"Bir ok attım kebap oldu" gibi tuhaf bir şey söylemiş.

Topluluk; "Amma da attın!" demiş.

"Hayır atmıyor? Demiş, hoca; birlikte ava çıkmıştık, şehzademiz bir geyiğe nişan aldı, ok geyiğin yakınındaki kayaya vurdu, vurma esnasında çıkan kıvılcım civardaki otların tutuşup yanmasına neden oldu, geyik de bu ateşten kaçamayıp pişerek kebap oldu diye açıklama getirmiş.

Devlet erkânı eh demiş ve şehzadeyi dinlemeye devam etmiş.

Hocasının durumu kurtaran bu izahatı şehzadeyi coşturmuş ve daha büyük bir palavra atmış:

"Bir ok attım göl oldu." demiş.

Toplulukta bulunanlar bu sözden de bir şey anlamamış ve yine hoca ortaya atılmış ve de bir açıklama daha yapmış:

"Ey erkânı devlet şehzademiz veciz konuşmaya devam ediyor, dilerseniz ben açıklayayım. Bir gün kırlarda gezinirken, bir de ne görelim. Büyük bir kaya parçası gölü besleyen nehir yatağını kapatmış nehrin başka bir tarafa akmasına neden olmuş, göl kurumak üzere, şehzademiz bir ok attı ve kayayı tam ortasından vurup parçaladı ve göl yine suyla doldu."

Bu açıklamanın ardından devlet erkânı tebessümlü, şehzade ise gurur içinde. Bir müddet alkışlamışlar, alkış bittikten sonra şehzade:

"Bir ok attım, aşure oldu.", demiş.

Divanda bulunanlar hiç vakit kaybetmeden gözlerini hocaya çevirmiş. Ancak hoca bakmış bu söz izah edilecek nitelikte bir söz değil. Sultan'ın huzuruna varıp el etek öpüp boynunu bükerek:

"Hünkârım, işte kılıç, işte kelle. Boynum kıldan ince, lakin ben de öğ-

Şimdi Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesini inceleyelim. Mahkeme ilk önce "a) teklif edilebilirlik yönünden" yan başlığı altında yasama organının kurucu iktidar karşısındaki durumunun incelenmesi gerektiğinden bahisle, asli ve tali kurucu iktidarı zikrediyor. Asli kurucu iktidar, Mahkemeye göre "ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu irade" imiş. Mahkemenin asli kurcu iktidar tanımında üç unsurun bulunduğu görünüyor. Bunlar sırasıyla a) ülkenin siyasal rejiminde çeşitli sebeplere bağlı olarak ortaya çıkan kesintilerin varlığı, b) bu kesintilerin ürettiği toparlanma iradesi, c) bu iradenin mevcut hukuksal çerçevenin dışında yer alması ve yeni hukuksal düzeni belirleyecek irade olması.

Asli kurucu iktidarın bu tanımında herhalde evrensel bir kapsayıcılığın bulunmadığı hemen fark edilebilir. Anayasa Mahkemesi Türk Siyasal Yapısının gösterdiği hastalıklı duruma göre bir asli kurucu iktidar tanımı yapmıştır. "Ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere bağlı olarak ortaya çıkan kesintiler…" ifadesinden bunu anlıyoruz. Türk Siyasal Sisteminde siyasal istikrarsızlıklara bağlı olarak şimdiye kadar askeri darbeler olmuş, bunlar bu tanımda işaret eden kesintileri oluşturmuştur. Ancak burada, kesintiler ve bu kesintilerin ürettiği asli kurucu iktidar sıralaması ifadesinde; tarihsel olaylardaki sebep-sonuç ilişkisinde sebeple sonucun yerinin değiştirildiği görülüyor. Aslında kesintiler asli kurucu iktidarı üretmemiş, Anayasa yaptıkları için kendilerine daha sonra asli kurucu iktidar payesi izafe edilecek olanlar kesintileri üretmiştir. Tanımdaki kesintiler- asli kurucu iktidar sıralaması ile askeri darbelerin; tarihsel süreç içinde siyasal bunalımın yarattığı zorunluluğun eseri olarak ortaya çıktığı savunulmuş olmaktadır. Bunun öyle olmadığı –eğer çok saf değilsek- bilmemiz gereken tarihsel bir gerçekliktir. Askeri darbelerin üzerinden onları artık tarihi bir vakıa olarak değerlendir-

renmek istiyorum, şu şehzadenize bir sorun bakalım; bir ok atar da nasıl aşure olur diye?"

memizi sağlayacak ve kolaylaştıracak kadar bir süre geçtikten sonra darbeleri yapanların bizzat darbeleri meşrulaştırmak amacıyla, toplumsal güvenlik sorununun çözümü için siyasal karar alıcıların yetkili karar organlarını harekete geçirerek aldıkları kararları bir görev edimi olarak uygulamak zorunda oldukları halde uygulamadıklarını, böylece güvenlik sorununun çözülemez bir aşamaya gelmesine sebebiyet verdiklerini öğrenmiş durumdayız.

Askeri darbelerin toplumsal meşruiyetinin sağlanması için toplumsal dekorun sağlanması bir yana, bu bunalımların çıkması ve derinleşmesi konusunda kendilerinin perde gerisinden şeytani müdahaleleri olmasaydı bile meşruiyeti olur mu idi? Elbette ki olduğu kabul edilemez. Türk Siyasal Sistemi kurumsal yapısı itibariyle darbe öncesi doğan bunalımları aşacak hukuksal, siyasal, kurumsal araçlara sahip bulunmaktadır, hem şimdi hem o zamanlar. Yapılması gereken kurumsal cihazın ilgili bütün organ veya birimlerini harekete geçirmekti. Siyasal karar alıcılar kurumsal cihazın kendilerinin yer aldığı kısmını harekete geçirerek toplumsal şiddet olaylarına güvenlik organlarının en üst düzeyde müdahalesini meşrulaştıran olağanüstü hal, sıkıyönetim kararı gibi kararları alarak polisin yetersiz kaldığı koşullarda askere eksiksiz bir yetki vermiş idi. Onların bu yetkiyi bilinçli olarak (12 Eylül 1980) kullanmadıkları bu gün artık bilinen bir durumdur. 1960 müdahalesinde ise görünürde darbeyi haklı kılacak toplumsal hiçbir sebep bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi Anayasa yapma yetkisi bağlamında asli kurucu iktidar kavramı hakkında yaptığı, üzerinde durulan tanım ile askeri darbeleri meşru gördüğünü ortaya koymuştur. Bu; bir ülkenin yargı organlarının en tepesinde yer alan bir yüksek mahkemeye hiçbir şekilde yakışmayan bir davranıştır.

Milletler arası topluluğun bağımsız bir üyesi olan bir toplumda anayasal bir yapı kurulup anayasada; hukuk düzenini değiştirmeye yetkili birimleri ve bunların yetki ve görevlerinin sınırları gösterilmiş iken anayasanın yetki vermediği bir kurumsal üyenin sahip olduğu kaba fiziksel gücü düzen üzerinde

bir tehdit aracı olarak kullanması ve gücüne dayalı olarak fiilen bir yetki yaratmasının meşruiyeti yazılı hukuk kuralları (anayasa) karşısında kabul edilemeyeceği gibi tabii hukuk -yani toplumu meydana getiren insanların vicdanındaki hukuk- karşısında da meşru değildir. Türk siyasal tarihinde bu meşruiyet yokluğu, askeri darbeleri izleyen her serbest seçimde askerin onaylamadığı veya mağdur ettiği siyasal partilerin halkın geniş bir ilgisine mazhar olarak iktidara gelmesiyle hep görünür hale gelmiştir. Bu çerçevede askeri darbelerin asli kurucu iktidarı yaratmaya ehliyeti de meşruiyeti de yoktur. Bu sebeple Türk siyasal deneyiminin olumsuz bir geleneği olan askeri darbelerden bir asli kurucu iktidar modeli üretmenin onaylanabilir hiçbir yönü yoktur. Anayasa Mahkemesi askeri darbeleri asli kurucu iktidar olarak görerek aslında kendi hukuksal varlığını değersizleştirmiş olmaktadır.

Kaba fiziksel gücün kurucu asli iktidar olması, iki biçimde meşru olur. Birincisi siyasal bağımsızlığı olmayan bir toplum siyasal bağımsızlığını kazanır veya bir toplumun sahibi olduğu devletin dış siyasal ve askeri dağıtıcı darbelerle yıkılması sonucu yeni bir devlet kurulur, işte o devleti millet veya toplum adına kuran, toplumun kendiliğinden ortaya çıkan doğal temsilcileri toplum adına asli kurucu iktidar görevini üstlenerek bir anayasa yapar. Burada asli kurucu iktidarın, iktidar olması ve anayasa yapma yetkisine sahip olması mutlak bir meşruiyete dayanır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında Osmanlı İmparatorluğunun yıkılması ile Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluşuna önderlik eden sivil ve askeri doğal liderlerin kullandıkları iktidar yetkisi ve yaptıkları 1921 Anayasası asli kurucu iktidara ve onun anayasa yapma yetkisine uyan tarihsel bir örnektir. İkincisi ise, yazılı hukuk kurallarına göre meşru olan ancak tabii hukuk -yani toplumu meydana getiren insanların vicdanındaki hukuk- karşısında meşruiyeti tartışılabilir veya şüpheli olan bir siyasal düzenin halkın geniş katılımıyla oluşan kitlelerin kullandığı şiddet veya sivil itaatsizlik eylemleri ile devrilmesinde ortaya çıkan asli kurucu iktidar ve onun geçiş döneminde yapacağı geçici düzenlemeler kurucu asli iktidar işlevine ilişkin meşru hukuksal düzen-

lemelerdir. Ancak asli kurucu iktidarın bu şekilde ortaya çıkışındaki meşruiyet birincide olduğu gibi mutlaklık derecesinde değil nisbilik derecesinde bir meşruiyettir. İkincideki meşruiyetin bu nitelik farklılığın nedenini, halk hareketlerinin yarattığı karmaşa ortamından fırsatçı takımının bayağı eylemlerle maddi yarar sağlaması ve kişisel husumetler nedeniyle intikam duygularını tatmin edecek yıkıcı davranışlara verimli bir zemin hazırlaması oluşturmaktadır.

Halktan kitleler tarafından şiddet kullanılarak veya sivil itaatsizlik eylemleriyle yapılan bu devrimler, doğal liderleri, katılımcıları ve destekleyenleri tarafından arzulanmasa da toplumsal bünyede mevcut ancak dışarıya fazla yansımayan ahlaki çözülmelerin açığa çıkmasına neden olur. O yüzden ihtilaller kendisini yaratan meşru sebepler olmasına rağmen aynı zamanda toplumda büyük bir yozlaşmaya da yol açabilirler. Fransız ihtilali Fransız toplumunun bünyesinde kısa vadede onarılamayacak büyük yaralar açmış büyük toplumsal sarsıntılar yaşanmasına sebep olmuştur. İşte bu gibi nedenler göz önünde tutularak siyasal düzenin her türlü toplumsal sorunu başarıyla çözecek akılcı, esnek bir yapıya sahip olması gerekir.

Tam bu noktada devrimlerin meşruiyetinin dayanağının ne olduğu sorulabilir. İnsanlık tarihinin hangi döneminde ve hangi toplumunda olursa olsun bütün ihtilaller hep zalim ceberrut iktidarlara karşı yapılmıştır. Devrime muhatap olan otorite toplumunun bütün isteklerine tam bir duyarsızlık tavrı göstermiştir. Devrimler yasal otorite ile geniş halk kitleleri arasında hiçbir iletişim olmamasından, otorite ile halk arasındaki bütün yasal ilişki araçlarının işlevsiz kalmasından beslenmiştir. Kitlelerin uğradıkları haksızlıktan başka kaybedecekleri bir şeyin olmadığı yolunda genel bir kanaatin yaygınlaştığı bir siyasal ortamın oluşması ile de devrimi zorunlu kılan bütün şartlar tamamlanmıştır. İşte bütün devrimlerde bulunan bu ortak nitelikler onların meşru dayanağını oluşturmaktadır.

Askeri darbelerle halk ihtilalleri arasında olağanüstü büyük bir açı farkı vardır. Halk ihtilalleri işlevini kaybeden, ida-

rede adalet hakkaniyet gibi ölçü ve sınırlardan kendini tamamen bağışık ve bağımsız hisseden, halkına yabancılaşmış bu nedenle meşruiyetinin dayanaklarını yitirmiş otoriteye karşı yapılır, amaç birilerine ün şan sağlamak değildir. Askeri darbeler ise, darbeleri yapanlara sahip olmadıkları bir iktidarı sağlamak için yapılır. Her ne kadar bunu yaparken toplumun onaylayacağı bir takım söylemler kullanılarak hareket edilse de bu söylemler; darbeyi yapanların gayri meşru amaçlarını gizlemenin aracı olmaktan öte bir niteliğe sahip değildir. Askeri darbeleri yapanlar bir örgütsel yapı içinde bu eylemi planlar ve yapar, oysa halk tarafından yapılan devrimlerin başlangıç anında bir lideri yoktur, bu hareketler planlı ve örgütlü olmayan "anomik" kuralsız bağsız, başsız hareketlerdir, kervanın yolda düzülmesi gibi hareketin gelişmesi sırasında liderine veya lider kadrosuna kavuşabilir. Nihayet devrimlerde iktidar merkezden çevreye taşınır, darbelerde ise çevreden merkeze taşınır, dolayısıyla devrimler açık topluma giden yolu açarken darbeler açık toplumdan kapalı topluma giden yolun taşlarını döşer.

Biz bu satırları yazdığımız sırada Tunus ve Mısırda 24 ve 30 yıllık ceberrut, halkın taleplerine karşı son derece duyarsız ve ilgisiz diktatörlük rejimleri halklarının başkaldırısı ile yıkılmıştır. Libya'da ise ihtilal girişimi bir iç savaşa dönüşmüştü. Devrimin başarıldığı bu iki ülke asli kurucu iktidarın yukarıda anlatılmaya çalışılan ikinci türün karakterine göre birer asli kurucu iktidar modeli ortaya koymaya çalışacaklar. Biz o zaman asli kurucu iktidarın soyut bir modelinden başka bizzat 21. yüzyıl ve 3. binyılda bizzat nasıl oluştuğuna tanıklık etmiş olacağız. Soyut modeller her türlü yalan ve çarpıtmanın taşıyıcı aracı olarak kullanılmaktadır. Olgusal gerçeklerin anlaşılması için yapılacak çözümlemeler elbette bir model üzerinde düşünmeyle başarılabilecek bir şeydir. Ancak az önce dediğimiz istismar gayeli eylemlerin gerçeği zehirlemek için pekâlâ bu modelleri kendisi için kullanışlı araçlar olarak gördüklerini de bilmemiz gerekir.[25]

[25] Temmuz 2013 Mısır Genel Kurmay Başkanı Abdulfettah Es Sisi Başkanlığında Selefi, Kıpti, El Ezher ortaklığı ile yapılan darbe ile Mursi

Bizim Anayasa Mahkememiz işte asli kurucu iktidar sözleriyle ifade ettiği kavramı Türk siyasal tecrübesinden hareketle tanımladığı için bu kavramın ifade ettiği siyasal modeli de kirletmekte veya zehirlemektedir.

Anayasa Mahkemesi, bu Anayasa değişikliğinin ilk üç maddede davacıların öne sürdüğü gibi dolaylı da olsa değişikliğe neden olduğunu kabul etmektedir. Oysa asli kurucu iktidarın böyle bir yetki kullanımına izin vermediğini, Anayasa değişikliğine ilişkin bir kanun 175. Maddedeki usule uygun olsa bile Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik yapılamayacağı asli kurucu iktidar tarafından 4. Maddede belirtildiğine göre aynı zamanda anayasa değişikliği için bir de "teklif edilebilirlik" koşulu bulunmaktadır.

Yine Anayasa Mahkemesi; "*Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır… Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.*" derken ve bu ifadelerin yer aldığı paragrafı takip eden paragrafta Anayasanın ilk dört maddesi dışındaki maddelerinde yapılan değişikliklerin teklif edilebilirlik yönünden inceleneceğini yani Anayasanın bütün maddelerinde yapılan değişiklikleri denetleyeceğini söylemektedir.

Anayasa Mahkemesinin buna hakkı olmadığını biliyoruz. Ancak o kendisini denetleyen Anayasal bir organın olmamasını fırsat bilerek bu kadar cüretkâr davranmakta pervasız bir tavır sergiliyor. Yukarıdaki ifadelerle takip eden paragraftaki ifadelere göre artık TBMM'nin Anayasa değişikliği yapma yetkisi

Yönetimi döneminde yapılan ve meşruiyeti açık Mısır Anayasasın bahsi geçen gasıplar tarafından yürürlükten kaldırılması ile açık toplumdan kapalı topluma dönüş sürecine tanıklık etmiş olduk.

hukuken değil ama fiilen yoktur. Çünkü Mahkeme her Anayasa değişikliğini bu olağanüstü yorum yeteneği ile bir punduna getirip Anayasanın ilk üç maddesinde dolaylı da olsa değişiklik yapıyor diyerek iptal edebilir.

Kararda "İçerik yönünden" denildikten sonra ortaya konulan gerekçeler de tam bir vicdani duyarsızlık ve katılığın ifadesi cinsinden. Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa bile tüm öğrencilerin topluca bulunmak zorunda oldukları ortamlarda bu dinsel simgenin farklı yaşam tarzlarına ve siyasal görüşlere sahip öğrenciler üzerinde baskı aracına dönüşmesi ihtimali varmış. Bu kararın altına imza atan Anayasa Mahkemesi hâkimleri, dini –tabii ki İslam dinini- hatırlatan en ufak bir maddi tezahüre belli ki tahammül edememektedirler. Onun için, bu kadar anlamsız ve toplumsal hayatta karşılığı bulunmayan hiçbir zaman da bulunmayacak olan hayali bir ihtimalden bahsediyorlar. Başörtüsü denilen söz konusu nesne acaba onu kıyafetlerinin tamamlayıcı bir unsuru olarak kullanmayan kadınlar veya erkekler üzerinde acaba nasıl bir baskı oluşturabilir? Anayasa Mahkemesi lütfedip bunu somutlaştıran bir örnekle keşke bize açıklasa idi. Ancak bunu yapamaz çünkü az önce dediğimiz gibi bu iddianın çoğulcu bir yaşama kültürüne sahip bizim toplumumuzda gerçekleşme ihtimali kesinlikle hiç yok. Anayasa Mahkemesinin hâkimleri belli ki hiç tarih bilmiyorlar. Bu ülkede Hıristiyan Rum, Hıristiyan Ermeni, Bulgar, Sırp, Macar, Rumen, vd. asırlarca barış içinde yaşadılar. Öyle iç içeydiler ki bir köyün bir mahalle veya mezrası Müslüman nüfusa aitken diğer tarafı Hıristiyan Ermeni ya da Rum'a aitti. Farklılıkları bu kadar hazmetmiş bir toplumda onların dediği tarzda bir baskı ve bu baskının neden olacağı bir çatışmanın olması mümkün değildir. Kaldı ki hukuk düzeninin fiili ve fiziksel çatışmayı önlemek ve yaptırıma bağlamak yükümlülüğü vardır. Birileri birilerinin kıyafetini kendisine yönelmiş bir baskı kabul edecekse bu onun iç dünyasında yaratacağı bir sorun olup hukuk düzeninin böyle bir sorunu çözmek gibi bir görevi veya zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir kimsenin kıyafet veya kişilik hakkı ile ilgili herhangi bir kişisel tercihi bir başkası veya başkaları üzerinde bir baskı oluş-

turabiliyorsa bu hukuksal bir sorun olmayıp davranışbilimsel (psikolojik) bir sorundur. Böyle kişiler varsa devlet onlara yeterli psikolojik hizmet sunarak söz konusu sorunu çözebilir. Hukuk düzeni kendi dışındaki insanların kıyafet, yaşam tarzı tercihleri gibi zevklerine takacak kadar zihinsel ve ruhsal sorunlar taşıyan kimselere bakarak bir hakkın kısıtlanması veya kullanılması konusunda tasarruflarda bulunamaz.

Bu ülkenin insanlarının Anayasa Mahkemesinin söylediği tarzda bir kesiminin diğer kesiminin kıyafet, yaşam tarzı, kişisel zevkleri vb. alışkanlıklarından rahatsızlık duyma şeklinde hiçbir sorunu bulunmamaktadır. Mesele aslında Anayasa Mahkemesinin bu karara imza atan hâkimlerinin tamamen dine – tabii ki İslam- karşıtlık duygusu içinde bulunmaları ile ilgilidir. O hâkimler davanın çözümlenmesi bakımından hukuksal nesnellik ölçüleri içinde olmayan görüşlerini toplumsal çatışma ihtimali gibi gerçekliği olmayan olgularla inandırıcı kılmaya çalışmaktadırlar.

Karar Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarını dayanak göstermesi nedeniyle de eleştiriyi hak edecek niteliktedir. Esas mahkemeler kararlarında davayı çözümlemek için uygulanan hukuk kuralını (kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik) belirtir, gerekiyorsa ilgili hükmü karara metniyle eksiksiz geçirir. Bundan sonra davaya neden olan olayı ve gerçekleşme biçimini anlattır. Sonra kararın hüküm fıkrasından önce de hukuksal olayın ilgili hukuk kuralının çerçevesine ne suretle girdiğini ortaya koyar. Bu şekilde soyut hukuk kuralı somut hukuksal olayla örtüştürme ilişkisi içine sokularak kararın hukuksal dayanağı ortaya konulmuş olur. Anayasa Mahkemesi; mahkemelerin bu davranış biçimine koşut özellikte, hukuksal kuralın yerine kendi kararlarını koymuş olmaktadır. Bu hareket tarzı bir esas mahkemesinin bir davayı çözerken kendisinin daha önce başka davalarda verdiği kararları kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük yönetmelik vb. yerine hukuksal dayanak olarak göstermesi kadar tuhaf ve kabul edilemez nitelikte bir davranıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuksal gerekçesi sadece korumakla görevli olduğu Anayasa hükümleri-

ne dayanabilir.

Mahkeme böyle davranarak Anayasanın "Anayasa Mahkemesinin kararları" başlığı altında düzenlenen 153. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; *Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.,"* hükmünü ihlal etmektedir.

Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Leyla Şahin ve Refah Partisi kararlarına, üzerinde durulan kararında yapılan atıf da bir hukuksal çarpıtmadan ibarettir. O Mahkemenin atıf yapılan kararları Türkiye Cumhuriyeti Devletinin başörtüsü konusunda bireysel hak ve özgürlüklerin alanını genişleten hukuksal düzenleme yapmasını yasaklamamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu atıfla yaptığı hukuksal çarpıtmayı mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ekseninde somutlaştırma yaparak söyle açıklayabiliriz: Ahmet Mehmet'e 10.000 TL vermiştir, ancak bu alacak borç ilişkisi için bir senet veya yazılı bir vesika düzenlenmemiştir. Kararlaştırdıkları sürenin sonunda Ahmet alacağını Mehmet'ten istediğinde o bu ilişkiyi ve borcunu inkâr etmiştir. Bunun üzerine Ahmet yetkili ve görevli yargı merciinde dava açmıştır. Mahkeme alacağı tevsik eden bir belge sunamadığından Ahmet'in davasını reddetmiştir, karar kanun yolundan geçtikten sonra veya süresi içinde kanun yoluna gidilmediğinden dolayı kesinleşmiştir. Bu olayda artık Ahmet 10.000 TL alacağını Mehmet'ten tahsil edemez, bu tahsilat işi öteki âleme kalmıştır. Ancak Mehmet borcunu inkâr ettiğine pişman olmuş, lehine olan mahkeme kararına rağmen borcunu ödemeye karar vermiştir. Mehmet bu kararı verdiğinde ilgili yargı mercii kendi kararının güvenilirliği, meşruiyeti, bağlayıcılığı gibi gerekçelerle Mehmet'in borcunu ödemesini engelleyemez. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve sınırlayıcılığı kararların aleyhine olduğu taraflar için geçerlidir. Karar lehine olan taraf mahkeme kararına göre diğer tarafa karşı yerine getirmek zorunda olmadığı edimi daha sonra gönüllü iradesiyle pekâlâ yapabilir, bunun önünde herhangi bir hukuksal engel yoktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili kararları karşısında Türkiye Cumhuriyeti

Devletinin durumu bundan zerrece farklı değildir. Anılan Mahkeme o davalarda Devleti haklı görmüştür, ancak Devlet şimdi başörtüsü konusundaki olumsuz tutumundan vaz geçmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının bağlayıcılığı Türkiye Cumhuriyeti Devleti için değil aleyhine karar verilen başvuranlar bakımından geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi eleştiri konusu yapılan gerekçeye bağlı olarak yüksek öğretim kurumlarındaki başörtüsü sorununu çözme amacına yönelik olarak Anayasanın 10. ve 42. Maddelerinde yapılan değişiklikleri Anayasanın 2., 4. ve 148. Maddelerine aykırı görerek iptaline karar veriyor.

Anayasanın 2. Maddesinde, *Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*, hükmünü taşımaktadır. Maddede sayılan bütün unsurlar yönünden dava konusu değişikliği ayrıca değerlendirelim.

Başörtülü kız öğrencilerin başörtüleri ile yükseköğretim kurumlarında öğrenim görememeleri sorununun çözümü için yapılan bu düzenleme herhalde toplumun *huzurunu* bozucu bir etkiye sahip değildir, birilerinin huzuru kaçıyorsa bu hukuksal bir mesele değil psikiyatrik bir meseledir, bu sorunu çözmek de huzuru kaçanların psikolojik destek almasıyla çözülebilir. Sağlıklı hiçbir *adalet anlayışı;* bir kısım kız öğrencilerin öğrenim haklarının, inançlarından dolayı başlarına örtükleri başörtüsü nedeniyle kendilerinden esirgemesini haklı göremez. Başörtüsü örtme veya örtmeme eylemiyle *Atatürk milliyetçiliği* arasında bir aykırılık ilişkisi kurulamaz, Atatürk'ün eşi Latife Hanımın bırakın başörtüsünü çarşaf denilen kıyafet içinde bu güne intikal etmiş resimleri bulunmaktadır. Bu değişiklik ile *başlangıçta belirtilen temel ilkeler* arasında ne bir örtüşme ilişkisi ne de bir aykırılık ilişkisi vardır. Başörtüsü sorununun çözülmesi *demokratik devlet ilkesine* aykırı değil bilakis uygun bir davranıştır. Başörtüsü sorununun çözülmesine ilişkin bu Anayasa değişikliği *laiklik ilkesine de* aykırı değildir, zira dava konusu Anayasa hükmü emredi-

ci değil, ruhsat tanıyıcı, müstesna kılıcı bir değişikliktir. Bunun anlamı, bu değişiklik yapılırken dini hükümlerin referans alınmadığıdır. Eğer bu değişiklik başörtüsü kullanma yükümlülüğü getirse idi bu emredici olur ve dini hükümlerin esas alındığı gerçeği inkârı mümkün olmayan bir katılık olarak ortaya çıkardı, bu takdirde de gerçekten laiklik ilkesine aykırılıktan söz edilmesi haklılık kazanırdı. Bir hüküm amir hüküm olunca düzen öngörücü bir niteliğe sahiptir, emredici olmadığından ve vatandaşlar için bir yükümlülük öngörmediğinden düzen getirici değildir, dolayısıyla dava konusu hükümlerin laiklik ilkesine aykırılığını savunmak hukuksal bir çarpıtma ve kötü niyetin ifadesidir. Dava konusu değişiklikle *sosyal devlet ilkesi* arasında bir konu birliği ilişkisi yoktur, o nedenle bir aykırılıktan söz edilemez.

Dava konusu Anayasa değişikliği Anayasanın mevcut ikinci maddesinde en ufak bir sapmaya, dolaylı da olsa bir değişikliğe, başkalaşmaya yol açmadığından 4. Maddesine de aykırılık oluşturmamaktadır. Ayrıca Anayasanın 4. Maddesi yok hükmündedir. Bu husus ayrıca açıklanmıştır.

Söz konusu Anayasa değişikliği Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin sınırlarını gösteren 148. Maddesi hükmüne de aykırı değildir. Bilakis Anayasa Mahkemesinin eleştiri konusu yapılan kararı anılan madde hükümlerine kökten aykırıdır. Anayasa Mahkemesi bu aykırılık ilişkisini doğru kuramamıştır. Bu aykırılığı kendi kararında aramalıdır. Bu maddeyle kurulan aykırılık ilişkisi doğrusu pes dedirtecek kadar tuhaftır.

Anayasa Mahkemesinin ve Ana Muhalefet Partisinin bu ve benzeri davalarda – dava dilekçeleri ve kararların incelenmesinden anlaşılacağı üzere- olağanüstü derecede güçlü yorum yetenekleri bulunmaktadır. Ancak lafzın açık olduğu yerde yorum yapmanın tek sonucu; kişisel-öznel- heves, duygu ve düşünceler doğrultusunda bizzat hukuku zehirlemekten başka bir şey değildir. Hukuk kurallarının nesnellikten uzaklaşılarak yorumlanması bizzat hukukun kendisini işlevsizleştirir. Hukukun işlevini yitirdiği bir yerde; hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin işlevselliğinden de söz edilemez. Haksız ve bilerek yapı-

lan çarpıtma amaçlı yorumlar hukuk düzenine vurulan öldürücü darbelerdir.

8) 07.05.2010 tarihli ve 5982 Sayılı Anayasaya değişiklik getiren Kanunun esastan incelenerek bazı ibarelerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi:

TBMM'nin çoğunluğunu oluşturan AK Parti tarafından 2010 yılı içinde -ilk yarı- Anayasa değişikliği için çalışmalar yapıldığı biliniyordu. Ancak bu; Anayasanın baştan aşağı değiştirilmesi şeklinde bir değişiklik olmayacak kısmi bir değişiklik olacaktı. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (1982 Anayasası) Türkiye'nin idare edilmesi için yeterli olmadığı yalın bir gerçeklikti. Farklı siyasi görüşlere mensup aydınların bu konuda ortak bir kanaat taşıdıkları bilinen bir durumdu. Mevcut Anayasanın bir darbe sonrasında yapılmış olması, bu nedenle yapılış biçimi itibariyle aslında hukuksal meşruiyetten yoksunluğu tartışılmayacak kadar açıktı. Darbecilerin yaptığı bu Anayasa; Anayasa Mahkemesinin bir kısım içtihatlarında tanımladığı, hukuksallığı olmayan "asli kurucu iktidar" gibi ne idüğü belirsiz kavram tanımlamalarıyla meşrulaştırılamaz. Ancak sivil iradenin bir Anayasa yapamamış olması zorunlu olarak bu Anayasaya meşruiyet kazandırmıştır.

1982 Anayasası; yoğun şiddet olaylarına tepki olarak bireyin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması, devletin yetki alanının olabildiğince geniş tutulması ekseninde kurgulanmıştır. 1980 darbesi öncesi yaygın ve yoğun toplumsal karmaşa, siyasi karar alıcıların acz içine düşmeleri Anayasaya bu ruhun sinmesine neden olmuştur. Bu karmaşanın arkasında gizli eller olup olmadığı bu incelememizin konusu değildir. Bizim ele aldığımız konular bakımından vakıaların görünen boyutlarından sonuca gitmek gerekiyor. Netice olarak bu Anayasada devlet iktidarı -bürokratik iktidar- tahkim edilmiş, halkın iradesini ülke idaresine yansıtacak kurumlar ise bilerek ve sonuçları istenerek zayıf bırakılmıştır. Aslında halkıyla çatışan bir devletin bürokratik kurumlarını tahkim etmesiyle kurumsal açıdan güçlü olduğunu varsaya-

mayız. Toplumbilimsel açıdan bir devlet halkıyla çatışıyor, onun taleplerine duyarsız kalıyorsa kurumsal yapının zenginliği, kurumsallaşma seviyesinin yüksekliği olumlu bir çizgide varoluş bakımından hiçbir anlam ifade etmez.

1982 Anayasasında şimdiye kadar çok değişiklik yapıldı. Ancak bu değişiklikler genellikle iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşmaları ile gerçekleşmişti. Bu uzlaşmanın nedeni değişikliklerin Anayasaya sinen ruhun ve bu ruhun ifadesini bulduğu resmi ideoloji ve anlayışın değişikliklerden en ufak bir zarar görmemesi idi. Tabii bir de Avrupa Birliği ile müzakere süreci bu değişikliklerin gerçekleşmesinde etkili oldu. İşin bu tarafı aslında üzülmemizi gerektiriyor, çünkü Türkiye Tanzimat'tan bu yana dış dayatma olmaksızın kendi kurumsal, toplumsal vb. dönüşümlerini gerçekleştirmekte zorlanmıştır. Bu Türk halkının devlet geleneğinin güçlü oluşuyla bağdaştırılması imkân dışı olan olumsuz bir durumdur. Bir İmparatorluğun varisi olma, O İmparatorluğun koskoca İslam dünyasının iki devletinden biri olma -diğeri İran- açık toplum olmanın tüm unsurlarını taşıma, olağanüstü bir teşkilatlanma beceri ve esnekliğine sahip olma gibi olumlu özelliklere rağmen ihtiyaç duyulan yeni-biçimleme (reform) leri daha ziyade dış dünyanın talep ve baskıları ile yapabiliyor olmamız ciddi bir zaaftır.

2010 yılında gündeme gelen bu Anayasa değişiklikleri – Avrupa Birliği istese de- ilk defa bizim özgür irademizle yapacağımız bir kurumsal değişim olması nedeniyle oldukça önemliydi. Değişiklik paketindeki iki konu devlet iktidarının önemli kurumlarına dokunduğu için muhalefetle iktidar arasında ciddi bir sürtüşmeye neden oldu. Bunlardan birincisi Anayasa Mahkemesinin yapısının ve üye sayısının değiştirilmesine ilişkin maddelerdeki değişiklikler, ikincisi ise; belki birinciden daha önemli olan HSYK (Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu)'nın yapısında öngörülen değişikliklerdi. Aslında değişikliğin iptali için aşağıda bahsedilecek olan Anayasa Mahkemesi kararının ilgili olduğu davanın açılışına ilişkin dilekçede davacıların doğru bir şekilde belirttiği gibi değişiklik paketindeki 18-20 madde bu iki konudaki değişikliğin gerçekleştirilmesini sağlamak, bu

maddeleri taşımak maksadı ile pakette yer almışlardı.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin yapısı ile HSYK'nın yapısının değiştirilmesi gerekiyordu. Çünkü bu iki kurum hukukun gereklerine göre tam bir tarafsızlıkla görevini yapmaktan oldukça uzakta idiler. Türkiye bir demokrasi değil Anayasa Mahkemesinin Yasama alanına haksız müdahaleleri nedeniyle bir jüristokrasiye dönüşmüştü. HSYK Yargıtay ve Danıştay'a üye seçiyor, bu Yüksek Mahkemeler de HSYK' ya üye seçiyorlardı. Böylece Yüksek Yargıda; yumurtanın tavuktan, tavuğun yumurtadan çıktığı gibi bir kapalı devre dönüşüm- oluşum düzeni sürüp gidiyordu. Bu kapalı devre dönüşümün en önemli sonucu belirli bir ideolojik görüşün Yüksek Yargıyı tam bir egemenliği altına almış olmasıydı.

Eğer Anayasa Mahkemesi ve HSYK görevlerini tam bir tarafsızlık içinde yapmış olsalardı belki de kendileriyle ilgili olarak yapısal değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulmayacaktı. Anayasa Mahkemesinin yasama alanına sürekli tecavüzde bulunması, yargı bağımsızlığının güvencesi olması gereken HSYK'nın bizzat yargı bağımsızlığına kendisinin kastetmesi kendileriyle ilgili yenilik yapma ihtiyacını iyi niyetli ve tarafsız bir gözle meseleye yaklaşan herkesin farkına varabileceği şekilde görünür kıldı. Şimdi sözünü edeceğimiz bazı olaylar bu iddiamızın haklılığını gösterecektir.

2000 yılında Adana Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan Sacit Kayasu anılan yılda dönemin Genel Kurmay Başkanı tarafından şikâyet edilir, şikayet sebebi; anılan savcının 12 Eylül 1980 Askeri Darbesini yapan Kenan Evren ve arkadaşları hakkında iddianame düzenleyerek dava açmaya kalkışmış olmasıdır. Yapılan şikâyet üzerine Savcı Sacit Kayasu HSYK tarafından 19.04.2000 tarihinde yapılan toplantıda verilen kararla açığa alınır ve 2003 yılında da meslekten ihracına karar verilir. Oysa savcılar iddianame düzenler, ancak iddianameler mahkemeyi bağlamaz, iddianame başlı başına hukuksal sonuç doğuracak adli bir tasarruf değildir. HSYK tarafından meslekten ihraç edilen hâkim veya savcılar avukatlık bile yapamazlar, bu sebeple Savcı

Sacit Kayasu'nun avukatlık yapma hakkı da elinden alınmıştır.

2004 veya 2005 yılında Hakkâri İlinin Şemdinli İlçesinde ilginç bir olay yaşanır, iki astsubay PKK üyesi olduğunu ve daha önce yaşanan ve şehit verilen bir çatışmaya karıştığı tespit edilen İlçe Merkezinde kırtasiye işleten bir şahsın işyerine pimi çekilmiş el bombası attıkları sırada mağdurlar tarafından yakalanarak derdest edilirler. Bu suçla ilgili olarak Van özel yetkili Cumhuriyet savcısı Ferhat Sarıkaya iddianame düzenleyerek dava açar. İddianame hazırlığı sırasında zamanın Kara Kuvvetleri Komutanı ve daha sonra Genel Kurmay Başkanı olacak olan Mehmet Yaşar Büyükanıt, sanık astsubaylar için; "o çocukları tanıyorum iyi çocuklardır," şeklinde bir açıklamada bulunur. Savcı Ferhat Sarıkaya haklı olarak bu beyanın yargıyı etkilemeye dönük bir girişim olduğunu iddianamesinde yazar. Bu durum Orgeneral Mehmet Yaşar Büyükanıt'ı öfkelendirir ve adı geçen Savcıyı HSYK'ya şikâyet etmesine neden olur. Adalet Bakanı Savcı hakkında soruşturma izni verir, tabii böyle yapmakla zamanın Adalet Bakanı Cemil Çiçek kuzuyu kurtların önüne atmış olur. HSYK 20.04.2006 tarihinde yaptığı toplantıda aldığı kararla Savcı Ferhat Sarıkaya'nın meslek hayatını bitirir. Tabiî ihraç kararı ile meslekten uzaklaştırıldığı için O da avukatlık yapma hakkını kaybetmiştir.[26]

Bu kitabın yazarı ve altı arkadaşı 1998-2000 yıllarında Samsun İdare Mahkemesi hâkimleri olarak görev yaptıkları sırada Ondokuzmayıs Üniversitesinin değişik fakültelerinde öğrenim gören başörtülü kız öğrencilere, başörtüleri nedeniyle verilen disiplin cezalarının iptali istemiyle açılan davalarda verdikleri ve birkaçı hariç hemen hepsi Danıştay'a yapılan temyiz başvurusu sonucu tasdik edilen kararları nedeniyle disiplin soruşturması geçirirler. Soruşturma sürecinde geçici yetki ile beşi –ikisi daha önce tayinen başka yerlere gittikleri için onlar hariç

[26] Zamanın Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in Ferhat Sarıkaya olayındaki tutumu, siyasilerin siyasal konforları tehlikeye giriyorsa hiçbir zaman hamiyetperver olmayacaklarının bir kanıtıdır. Bu ülkede askeri darbeleri soruşturma konusunda cesur savcılar çıkmadıysa, siyasetçiler önce yargı kurumunu değil kendilerini sorgulamalıdırlar.

tutulmak suretiyle- Diyarbakır, Van, Elazığ, Adana ve Mersin Vergi Mahkemelerine sürgün gönderilirler. Soruşturma tamamlanıp hazırlanan dosya HSYK'ya sunulduğunda Şahsım diğer Hâkimler Cafer Ergen ve Recep Taş meslekten ihraçtan önceki en ağır ceza olan yer değiştirme cezası alırlar. Yer değiştirme cezası bir hâkim veya savcının birinci sınıf hâkim ve savcı olmasını engelleyen ve buna bağlı olarak bu sınıfın bir alt sınıftan oldukça yüksek parasal haklarından mahrum kalmasına yol açan bir yaptırımdır. Diğer taraftan bu ceza nedeniyle ilgili hâkim veya savcı, Yüksek Yargı meslek mensubu olma hakkını da kaybetmektedir.

Ayrıca, HSYK'nın Yargıtay ve Danıştay'dan gelen üyelerinin kendileriyle ortak mesai yapan ve Kurulda arkadaşları durumunda olan Bakan ve Müsteşarının toplantıya katılmadıkları birkaç seferinde onlar hakkında suç duyurusunda bulunacak kadar işi aşırı noktalara taşımaları ve tatsızlaştırmaları da HSYK üyelerinin soğukkanlı davranmayıp nefret duyguları ile hareket ettiklerinin açık bir tezahürü olmuştur.[27]

Anayasa Mahkemesine gelince; yukarıdan beri ele alınan kararları ve bu eserin hacminin gereğinden fazla artmaması için burada değinilmeyen diğer bir kısım kararları zaviyesinden bakılınca bu Mahkeme tarihinde hiç de iyi bir sınav vermemiştir. Ayrıca Mahkemenin, siyasi parti kapatma davalarında (Refah, Fazilet ve kapatma ile sonuçlanmamakla beraber AK Parti davası) verdiği ve demokrasinin kurumsal yapısına kasteden kararları da Mahkemenin yaptığı önemli hatalar olarak tarihin sicilindeki yerini almıştır.

Gerek HSYK'nın gerek Anayasa Mahkemesinin hatalı, hukuka aykırı davranışları kendilerine Anayasal bir neşter vurulmasını kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkarmıştır. Neticede başlıkta tarih ve sayısı verilen Kanun TBMM'den geçerek Cumhurbaşkanının onaylamasından sonra Resmi Gazetede yayımlandı. Ana Muhalefet Partisi yine Anayasa Mahkemesinin

[27] Suç duyurusunda bulunan HSYK Başkan Vekili Mahmut Acar, Adalet Bakanı Sadullah Ergin, Müsteşar ise Ahmet Kahraman idi.

kapısını çaldı ve Anayasa değişikliğine ilişkin Kanunun tümünün iptali istemiyle davasını açtı. Dava dilekçesinde özetle davacılar, değişikliğin Anayasanın ilk üç maddesinde dolaylı da olsa değişikliğe yol açtığı, ilk üç maddenin değiştirilemez nitelikte olduğu, bir değişikliğin teklif edilemez nitelikte olduğu durumlarda teklif ve oylama çokluğuna uyulmuş olmasının teklife hukukilik kazandırmayacağı, değişikliğin Anayasanın ilk üç maddesinde yer alan hukuk devleti, demokratik hukuk devleti olma niteliğine zarar verdiği, ayrıca kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu, yasamanın yargı üzerinde baskı kurmasına yol açtığı gibi iddiaları öne sürmüşlerdir. Dava dilekçesinin hazırlanması çalışmalarında YARSAV ismiyle bilinen hâkimlerin ve savcıların üyeleri olduğu ve başkanlarının siyasi parti liderleri gibi davrandıkları dernek de Ana Muhalefet Partisine yardımcı olmuştur. Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu ettiği ibarelerin –her seçmenin bir aday için oy kullanacağı ibaresi- Anayasaya aykırı olduğu tezi bizzat anılan Dernek yetkililerinin görüşü olup bunun dava dilekçesinde yer almasını onlar istemişlerdir. Maksatları, HSYK'nın yapısı madem değişecek, kendi gösterecekleri adayların fire vermeden tamamının seçimleri kazanmasını temin edecek bir hukuki altyapının oluşmasıydı. Yargıda bir sivil toplum kuruluşu olarak tek kendilerinin sesinin çıkıyor oluşu kendilerinde büyük bir güç olduğu sanısını doğurmuştu herhalde.

Anayasa Mahkemesi davacıların istemlerini genel olarak reddetmiş, ancak şekil denetimini aşarak işin esasına girmek suretiyle yargılama yapma geleneğini sürdürmüştür. Dava sonunda verdiği 07.07.2010 tarihli ve E:2010/49, K:2010/87 Sayılı kararında; YARSAV'ın tezlerine uygun olarak; her bir baro başkanının, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay Genel Kurullarının Anayasa Mahkemesi üyeliklerinde boşalma halinde her bir boş üyelik için seçilecek üçer aday için *"… bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; …"* ibaresi ile *"… de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve …"* ibaresinin, HSYK'ya üye seçimi konusunda ise; *"…iktisat ve siyasal bilimler …"* ve *"… üst kademe yöneticileri …"* ve Adli

ve İdari Yargı hakim ve savcılarının Kurula üye seçimi sırasında seçmen olarak *" … ancak bir aday için …"* (Cumhurbaşkanınca doğrudan seçmesine/ oy kullanmalarına ilişkin olan) ibarelerin iptaline karar vermiştir.

Seçmen durumunda olan kimselerin (Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtay, Baro başkanları, Adli ve İdari Yargı hâkim ve savcıları) gerek Anayasa Mahkemesi üyelikleri için gerekse HSYK üyelikleri seçiminde seçilecek tek bir aday için oy kullanması hangi açıdan ilk üç maddeye aykırı olabilir, bunu anlamak mümkün değil. Çünkü birden fazla adaya oy kullanılması; bütün durumlarda, mütecanis -tektür- bir seçilmişler tablosunun ortaya çıkmasından başka bir şeye hizmet etmez, tıpkı Sovyetler Birliğinde seçmenlerin sadece Komünist Partinin adaylarına oy vermesi, bizde de tek partili yıllarda bütün seçmenlerin Cumhuriyet Halk Partisinin adaylarına oy vermesi gibi. Anayasa Mahkemesi bu kararında demokratik temsil ilkesini hiç dikkate almayarak bizzat kendisi Anayasanın ilk üç maddesi hükmüne aykırı karar vermiş olmaktadır.

HSYK'ya iktisat ve siyasal bilimler alanından akademisyenlerle üst kademe yöneticilerinden atama yapılmasında da ilk üç madde ile bir karşıtlık ilişkisi kurmak imkânsızdır. Eğer Anayasa HSYK'nın üye sayısını ve üyelerin kaynaklarını belirledikten sonra – akademisyenler için sadece sayı belirlenmesi şartıyla- konunun düzenlenmesini kanuna bırakmış olsa idi ve bu kanunla da iktisat ve siyasal bilimler alanındaki akademisyenlerin üye olması öngörülse idi, bu kanunun iptali için Anayasa Mahkemesinde açılacak davada iptal kararı verilmesinde hukuka aykırılık olmazdı. Ancak, bizzat Anayasada üye kaynağının ve üye seçilecek kimselerin akademik niteliğinin belirtilmesi, ne Anayasa Mahkemesinin yargılama yetkisinin alanını genişletmek için türettiği teklif edilemezlik ilkesine aykırılık teşkil eder, ne de zaten Anayasa'da tanımlanmış olan şekil şartlarına aykırılık oluşturur. Keza üst kademe yöneticileri bakımından da aynı değerlendirme geçerlidir.

İlle de HSYK'nın yapısının oluşumunda dava konusu Anayasa değişikliğinde bir sorun aranacaksa o da avukat ve hukuk kökenli akademisyenlerin üye oluşuna imkân tanınmış olmasıdır. (Hukuk alanındaki akademisyenler aynı zamanda avukatlık da yapabilmektedirler.) Anayasa Mahkemesi kararıyla, sorun olan bir durumun katmerlenerek kuvvetlenmesine yol açılmıştır. Anayasa Mahkemesinin üyelerinin zihninde bir hukuk fakültesi fetişizmi var herhalde. Avukatların ve hukukçu akademisyenlerin vekâlet hizmeti sundukları davalarda yargılama sürecinde iddia ve savunma makamında olmak gibi bir konumları bulunmaktadır. Mahkeme veya hâkim ise, iddia ve savunmanın karşısında onların beyanlarına ve dosyadaki delillerin birbirine nispetine/izafetine göre davada haklı veya üstün hak sahibi olan tarafa hakkını teslime karar verecek olan her iki tarafa da eşit mesafede bulunmak zorunda olan taraftır. Avukat veya hukukçu akademisyenlerin HSYK üyesi olmasına imkân tanınması ile mahkeme veya hâkim önünde taraf olma ve onun vereceği karara teslimiyet içinde olma noktasında olan muhtemel tarafların hâkimin veya mahkemenin üzerine çıkarılması, yargılama yetkilerini kullanan kamu görevlilerinin üzerinde hukuksal bir otorite haline getirilmesi gibi -simgesel- sakil bir durum yaratılmıştır. Bu üzerinde tartışılmayacak kadar açıktır. Buna karşılık iktisat veya siyasal bilimler kökenli akademisyenler yargılama süreçlerinde vekâlet hizmeti sunacak görevlilerden olmadığı cihetle hâkimler ve savcılar üzerinde az önce ortaya konulan -simgesel- sakil bir otorite oluşturma gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca şunu da söylemek gerekiyor: Anayasa Mahkemesinin bu kararının ve daha önceki kararlarının bir kısmının verildiği sıradaki Başkanı iktisadi ve idari bilimler fakültesi çıkışlı, Sayıştay kökenli bir üyesidir. İktisat veya siyasal bilimler kökenli bir kamu görevlisi Anayasa Mahkemesi üyesi olabiliyorsa niçin HSYK üyesi olamasın. Bu Kurul idari işlemler yapan bir kuruldur. Dolayısıyla öğretim programlarında idare hukuku ve kamu personel hukuku bilim disiplinlerine yer veren herhangi bir yükseköğretim kurumu kökenli her Türk vatandaşı pekâlâ HSYK

üyesi olabilir. Yine İdari Yargı hâkim ve savcılarının önemli bir kısmı, siyasal bilimler fakültesi, iktisadi ve idari bilimler fakültesi mezunu kimselerdir. Danıştay üyelerinin ¼ ' ü Anayasa ve ilgili Kanun (Danıştay Kanunu) gereği Cumhurbaşkanınca yüksek kademelerdeki kamu yöneticilerinden doğrudan atanmaktadır. Yargılama görevi gibi bir görevi yürütebilecek ehliyette görülen ilgili bilim disiplinlerinden olan kamu görevlileri – aynı soruyu tekrar edeceğiz- niçin idari bir işleve sahip bir kurulun üyesi olamasınlar.

Bir şirket yöneticisi, üst düzey bir bürokrat, vali, kaymakam, rektör, hatta bir hastane başhekimi görev alanları ile ilgili yazılı hukuk kurallarını anlamak ve yorumlamak durumunda olan kimselerdir. Dolayısıyla hepsi aynı zamanda biraz hukukçudurlar da. Hukukçuluk nedir? Şüphesiz her bilim disiplininin bir takım özel kavramları, terimleri ve ilkeleri vardır. Kaynağını söz konusu bilim dalının mahiyetinden alan ilkelerle, kavram ve kavramların adı olan terimler ilgili bilim disiplininin ruhunu oluştururlar. Mesela "nesnel iyi niyet kuralı, öznel iyi niyet kuralı" medeni hukukun ilkelerinden ikisidir, ama pekâlâ idare hukukçularının birçoğu bu ilkeleri bilmezler. Danıştay'ın açık hata, memurun aldatma ve hilesi gibi durumlarda idari işlemi geri alma süreci ile ilgili içtihadı birleştirme kararları vardır. Bu kararlarda teknik bir terim olarak ifade edilen açık hatanın öznel iyi niyet kuralı ile ilgisi kurulmamıştır. Oysa açık hata terimi öznel iyi niyet kuralı ile eksiksiz bir örtüşme ilişkisi içindedir. Aynı şekilde, hukuk mahkemeleri hâkimlerinin ezici bir çoğunluğu da idare hukukunun kavram ve konularını hiç bilmemektedirler. Vergi hukuku konuları, hukuk veya ceza hâkimlerinin hiç bir şekilde ilgi alanına girmezler. Hâlbuki hukuk adamı pür bir ihtisaslaşma ile zihnini kendi ihtisas konusu hukuk disiplini dışındaki diğer disiplinlere kapatamaz. Çünkü bir hukuksal meselenin hem özel hukuk yönü, hem kamu hukuku yönü vardır ve bazen o meseleyi çözüme kavuşturmak hem medeni hukuk, hem idare hukuku, hem anayasa hukuku bilgilerini bir arada kullanabilecek bir esnek, kapsayıcı zihinsel birikime sahip olmayı gerektirir.

Hukuk kökenli olmak; şimdiye kadar Türk yargısının hangi sorununu çözmüş ve Türk yargısını hangi noktaya getirmiştir? Herhalde bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Elli yıl belki daha fazla devam eden davalar, dikkat çekmek istediğimiz resimdeki sadece küçük bir ayrıntıdır. Dolayısıyla hukuk kökenli olmak zannedildiğinin aksine yargı için her derde şifa bir ilaç değildir.

Bahsi geçen kararların sonuçları:

Anayasa Mahkemesinin yasama alanına haksız müdahale anlamına gelen yukarıda eleştiri konusu yapılan kararları ile aynı doğrultuda olan çok sayıda başka kararlarının demokratik sistem ve hukuk devleti ilkeleri açısından olumlu sayılamayacak sonuçları olmuştur. Bazı kararları belki bazı hayırlı neticeleri doğurmuş olabilir, ancak o kararların alınışı öncesi yaşanan siyasal süreç ve dava açıldıktan sonra Mahkemenin bu sürecin bir parçası gibi hareket etmesi o hayırlı sonuçların unutturacağı cinsten davranışlar değildir.

Bir kere Mahkeme ülke yargısı adına olumsuz bir kamuoyu kanaati oluşmasına neden olmuş ve yukarıda bahsi geçen kararları ile benzer nitelik ve doğrultuda verdiği her kararı sonrasında bu kanaat çarpan etkisiyle katlanarak kuvvetlenmiştir. Ülke yargısının güvenilirliği ve saygınlığı bu sorumsuz davranışlar nedeniyle büyük darbeler almıştır. Yargı -özellikle yüksek yargı- yargı hâkimiyetini tahkim etmiş, bu yanlışını hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerini istismar ederek yapmıştır. Türkiye demokratik bir devletten jüristokratik bir devlete dönüşmüştür. Yargısal denetimin olağanüstü derecede genişlemesi ile hukuk devleti ilkesi karıştırılmıştır. Aslında yargı – bu sözcükleri kullanmamakla beraber- "hukuk benim, benim dediğim hukukun bizatihi kendisidir" demiştir. Yargı kendisini Tanrı gibi sorumsuz ve sorgulanamaz bir çizgiye taşımıştır. Anayasa Mahkemesinin yetki ve görev sınırlarını aşmasından zarar gören siyasi partiler, siyasi bunalıma neden olmamak için aslında uygulanması mümkün olan ve Mahkemenin mütecaviz girişimleri-

ni etkisiz kılacak hukuksal araçları kullanamamıştır.[28] Mahkeme Türk Siyasal Sisteminin bu kırılgan yapısını istismar etmiştir. İstismar ahlaki bir davranış değildir. Bu bakımdan Türk yargısı hukukla ahlakı birbirinden kesin hatlarla ayırmıştır. Ahlakı yalıtan ve kendisinden uzaklaştıran bir hukuk düzeninin toplum tarafından içselleştirilme düzeyi düşük olmaya mahkûmdur. Bu denilenin neticesi olarak hukukun kendisi inandırıcılığını büyük ölçüde yitirmiştir.

Anayasa Mahkemesi Ana Muhalefet Partisinin her başvurusunda dava konusu yasama tasarruflarının iptali yönünde kararlar vererek, -öyle bir amaç gütmemekle beraber- muhalefetin siyasal çözüm ve tasarılar üretmek yerine iktidarı engelleme anlayışı üzerine oturan siyasal stratejisine devamlı bir şekilde destek sağlamıştır. Bu da Türk Siyasal Sisteminde "muhalefet tembelliği" diye isimlendirilebilecek bir siyasal hastalığın oluşmasına ciddi katkılar yapmıştır. Ana Muhalefet Partisi yaptığı başvurulardan olumlu neticeler aldıkça gerçekten muhalefet yaptığı sanısına düşerek siyasal konumuna uygun davranmayı unutmuştur. Bu olgulara bağlı olarak tabii ki demokrasimiz sağlıklı bir çizgide gelişme imkânından mahrum kalmıştır. Muhalefetin gerçek anlamda muhalefet olamayışı, aslında siyasal alanda ikti-

[28] TBMM, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun iptali üzerine, bu kararın yok hükmünde olduğunu, meşruiyeti olmadığını, çünkü Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları şekil bakımından denetleyebileceğini, şeklin unsurlarının Anayasanın ilgili maddesinde gösterildiğini, Mahkemenin yaptığı yorumların "bu ülkede hukuk benim" demek anlamı taşıdığını, gerekçeleri ile belirlendikten sonra, Anayasa Mahkemesinin kararının haklı olup olmadığını –mademki bütün mahkemeler Türk Milleti adına karar veriyor- referanduma sunulması konusunda bir karar alarak yetkisine sahip çıktığını gösterebilirdi. Elbette Ana Muhalefet Partisi bu kararı da yine Anayasa Mahkemesinin huzuruna götürebilirdi, ancak –halkın hakemliğinden kaçmaları gibi bir tutum sergilemeleri nedeniyle- gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Ana Muhalefet Partisi fena halde siyaseten zor duruma düşürülür, Milletin denetiminden kaçma tavırları görünür kılınarak suçüstü yapılmış olurlardı. Yine ayrıca Resmi Gazetede kararın yayımlanması azami sürede geciktirilebilir, hatta duruma göre kararın yayımlanmaması yolunda da TBMM karar alabilir, Mahkemeye hak ettiği cevap verilebilirdi.

darı denetimsiz bırakmıştır. Muhalefet tembelliği aslında iktidar tembelliğini de tetikleyecek bir zaaftır. Eğer bir iktidar boşluğu doğmadı ise bu muhalefetin boş bıraktığı alanı dolduran kayıtdışı siyasi odakların olması nedeniyle olabilir.

Anayasa Mahkemesinin kararları sistemi zorlamış ve onu dönüştürmüştür. 2007 yılının Nisan ayındaki Cumhurbaşkanlığı seçimi sırasında verdiği yukarıda bahsi geçen karar siyasal sistemimizde ciddi bir dönüşüme yol açmıştır. Bu dönüşüm Türk Anayasal sisteminin hayrına olsa bile bunu sağlayan Ana Muhalefet Partisinin hayrına olmuş bir sonuç değildir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi biz vatandaşların olumlu bulacağı bir Anayasal yeni-biçimlenmedir. Ancak, herhalde Ana Muhalefet Partisi yetkilileri ve onun seçmenleri; kendi siyasal ve ideolojik çizgilerindeki birinin Türkiye'nin seçmen haritasına göre seçilmesinin mümkün olmadığını biliyor olmalılar. Oysa merkez sağ bir partinin iktidar olduğu bir siyasal yapıda toplumun değerleriyle barışık olmak koşuluyla merkez sol kökenli bir cumhurbaşkanının olması -iktidarın paylaşılması ve birbirini denetlemesine hizmet etmesi nedeniyle- demokrasimiz açısından daha sağlıklı bir yapının oluşmasına hizmet ederdi. Bu yönü itibariyle sözü edilen Anayasal dönüşümün bir takım istenmeyen sonuçları ürettiğine kuşku yoktur.

Bunun dışında; Mahkeme, sözü edilen kararıyla Cumhurbaşkanlığı süresi biten ve artık o makamda oturması mümkün olmayan önceki Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in haksız bir biçimde Cumhurbaşkanlığı makamını fuzulen işgal etmesine neden olmuştur. Anayasanın Cumhurbaşkanının seçimi ile ilgili 102. maddesinde 5678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten gerek önceki gerekse sonraki halinde aynı olan yani değişiklik görmeyen dördüncü fıkrasında; *Seçilen yeni cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan cumhurbaşkanının görevi devam eder.,* hükmü yer almıştır. Bu hükme göre önceki cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından sonra görevi başında kalması ancak yeni cumhurbaşkanının seçilmesine bağlıdır. Yeni cumhurbaşkanının seçilememesi halinde eski cumhurbaşkanının o makamda oturmaya devam etmesi mümkün değildir. Bu de-

diğimizin uygulaması tarihimizde de mevcuttur. Hatırlanacağı üzere altıncı Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk'ün 1979 yılı sonlarına doğru görev süresi dolunca Cumhurbaşkanlığına Meclis Başkanı İhsan Sabri Çağlayangil sekiz ay gibi bir süre vekâlet etmiştir. 12 Eylül 1980 Darbesini yapanlar bu olayı da darbeyi meşrulaştıran sebeplerden biri olarak yaptıkları konuşmalarda dile getirmişlerdir.

102. maddenin tertip biçiminden de aynı anlam çıkmaktadır. Maddenin önceki fıkralarında seçim sürecinin ne suretle gerçekleşeceği düzenlendikten sonra dördüncü fıkrada bu ifadenin yer alması, önceki cumhurbaşkanının görev başında kalmasının yenisinin seçilmesine bağlı olduğuna açıkça işaret etmektedir.

Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde öncekinin görev süresinin dolmasıyla Makamı boşaltması gerekmektedir. Bunun böyle olduğu 102. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan; *Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır…*, hükmünden de anlaşılmaktadır. Seçime önceki cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce başlanılmasının anlamı ancak ve ancak görev süresi dolan cumhurbaşkanının –yenisinin seçilmesi hali hariç- makamı sürenin sonunda terk etmesini sağlama amacına yöneliktir.

Bütün bu görüşümüzü bir de, Anayasanın "*Cumhurbaşkanına vekillik etme*" başlığı altında düzenlenen 106. Maddesindeki; *Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar, ölüm, çekilme, veya başka bir sebeple cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.*, hükmü açık seçik bir biçimde doğrulamaktadır. *Ölüm ve çekilmeden başka* olan Anayasanın öngördüğü sebep *görev süresinin dolmasından* daha başka bir seçenek değildir, çünkü bunun dışında aklımızı zorlayarak başka bir sebep bulmamız

mümkün değildir.

Cumhurbaşkanlığı makamının bu biçimde fuzulen işgal edilmesinin önemli hukuksal sonuçları bulunuyor. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer görev süresinin dolduğu tarihte yenisi seçilemediği için, artık kendiliğinden Cumhurbaşkanı olma sıfat ve ünvanını kaybetmiş olmaktadır. Makamda fazladan kalmaya devam ettiği süre içinde yaptığı Cumhurbaşkanlığı Makamına ait bütün hukuksal tasarrufları yok hükmündedir. Rektör atamaları yoklukla maluldür, mahkûm affetti ise af işlemi yoklukla maluldür, kısacası yaptığı bütün hukuksal tasarruflar –eğer Türkiye bir hukuk devleti ise- yokluk müeyyidesine müstahaktır. Elbette bu keyfiyeti iktidar partisinin hukukçu kurmayları ve diğer milletvekilleri de biliyordur, herhalde o dönemde siyasi havanın daha fazla gerilmemesi adına buna itiraz etmediler.

Anayasa Mahkemesinin üniversitelerdeki başörtüsü sorununun çözümüne hizmet edecek Anayasa değişikliğini iptal etmesi de, bizzat koruması gereken bireysel hak ve özgürlükleri korumayıp karşı çıkması kendi saygınlık ve itibarına büyük bir darbe vurmuştur. Anayasa Mahkemesinin bir ideolojinin hizmetinde olması düşünülemez. Bu kararıyla Mahkeme Anayasanın ve hukukun bekçiliğini değil ideolojinin bekçiliğini yapmıştır. İdeolojinin olduğu yerde hukukun yeri veya mekânı yoktur. Mahkeme ideoloji ile hukuku bilinçli bir şekilde birbirine karıştırmıştır. Hem Anayasanın kendisi hakkında öngördüğü sınırları aşarak yasama alanına açık bir tecavüzde bulunmuş hem de bireysel hak ve özgürlüklerin özünü yok edecek bir davranış ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesinin son olarak 5982 sayılı Kanunla Anayasa'da yapılan değişiklikleri şekil denetimini aşarak esastan inceleyip özellikle HSYK'ya üye seçiminde, her seçmenin ancak bir aday için oy kullanmasına ilişkin hükmünü iptal etmesi de çok büyük sorunlara neden olmuştur. Bu hükmün iptal edilmesi isteği aslında "made in YARSAV" kaynaklıdır. Ancak arzulanan sonucun gerçekleşmesi en başta anılan Derneği vurmuştur. Var olduğu günden bu yana bir siyasi parti gibi davra-

narak kamuoyunda yargı hakkındaki olumsuz kanaatlerin pekişmesine neden olan YARSAV eğer her seçmen hâkim ve savcı; toplam üye sayısı kadar ayrı ayrı adaylara oy kullandığında -gayri resmi- kendi gösterdiği bütün adayların seçimden başarılı çıkacağını zannediyordu. Ancak YARSAV'ın siyasal içerikli sert üslubu yargı camiasının asıl gövdesi tarafından aslında hiç de onaylanmıyordu, başka bir oluşum bulunmadığı için YARSAV'ın seslendirdiği görüşlere aykırı farklı bir ses de çıkmıyordu, bu da YARSAV'ın çok güçlü bir oluşum zannedilmesine yol açtı. Anılan Derneğin aşırı politik duruşu Derneğe üye olmayan hâkim ve savcıları endişelendiren bir durumdu. Bu endişeler nedeniyle -hâkim ve savcıların da arzuları doğrultusunda- Adalet Bakanlığı bünyesinde üst düzey idari görevlerde bulunan bir kısım hâkim veya savcının insiyatifinde YARSAV'a karşı ayrı bir adaylar listesi oluşturuldu. 17.11.2010 tarihinde esas mahkemelerin hâkim ve savcıları tarafından yapılan tarihteki ilk HSYK seçimlerinde Bakanlığın işaret ettiği adaylar seçmenlerin büyük bir çoğunluğunun oylarını alarak Kurula üye seçildiler. YARSAV korkusu oyların bağımsız adaylara dağılmasını önledi. Zira bağımsız adaylara verilen oylar elbette anılan Derneğin işine yarayacaktı. Bu Dernek verdiği görüntü itibariyle kendi gösterdiği adayların seçilmesi halinde oluşacak HSYK'nın, temsil ettiği siyasi çizgiyi onaylamadığını bildiği hâkim ve savcılar aleyhine tasarruflar yapacağı izlenimi doğmasına neden olmuştu.

Oylar bağımsız adaylara dağılmış olsa idi HSYK, bütün yaklaşım ve çizgilerin, renklerin kendisine yansıdığı demokratik bir yapı ile ortaya çıkacaktı. Ancak Anayasa Mahkemesinin sözü geçen hatalı kararı nedeniyle oylar organize yapılara göre bir cepheleşme gösterdi. Böylece HSYK'da cumhuriyet tarzı bir yapı ortaya çıktı.

Bakanlığın işaret ettiği adayların arasında –birkaç istisnası hariç- bir tecanüs ilişkisi vardı. Zira başka türlüsü zaten olamaz. Böyle bir yapı hâkim ve savcılar açısından adalete hakkaniyete uygun tasarruflar üretebilir mi? Bizi asıl bu sorunun cevabı ilgilendiriyor.

Yeni HSYK ilk tasarrufları itibariyle adeta "galiplerin hukuku"nu uyguladığı algısının doğmasına yol açacak şekilde, hesapsız ve ölçüsüz davranmıştır. Bunu çıkartılan atama kararnamelerinde de, Yargıtay ve Danıştay'a üye seçiminde de görüyoruz. Anayasa değişikliğinden önceki Kurullar Yargıtay ve Danıştay'a üye seçerken bazı eleştirileri hak etmekle beraber en azından kıdem ve kıdemin yanında liyakata dikkat ediyorlardı. Yeni yapıdaki Kurul ise kıdemi de liyakatı da pek dikkate almadığı haklı düşüncesine yol açacak bir biçimde seçimler yapmıştır. Birinci sınıfa ayrılmasının üzerinden henüz üç yıl geçerek Yüksek Yargı organı meslek mensubu olma yeterliliğine sahip olmasının üzerinden iki–üç ay gibi olağanüstünün olağanüstüsü niteliğindeki kısa bir süre geçen bir kimseyi/kimseleri Danıştay üyesi seçmekte hiçbir mahzur görmemiştir. Bu gibi kimselerin seçilmeyenlere nazaran daha liyakatlı olduğunu HSYK'nın bu üyeleri kesinlikle savunamazlar, savunurlarsa şu denilebilir nereden tanıyorsunuz? Bu soruya ikna edici bir cevap vermeleri imkânsızdır, çünkü haksızlık savunulabilir nitelikte bir olgu değildir.[29]

[29] Anayasa Mahkemesinin son Anayasa değişikliği ile ilgili Ana Muhalefet Partisinin başvurusu üzerine HSYK'ya üye seçimine ilişkin hükmünde yer alan her seçmenin bir aday için oy kullanması ile ilgili ibareyi iptal etmesinin sonucu bu gün "paralel devlet" denilen bizim geçmişte "biçimsel olmayan örgütsel bir yapı" olarak adlandırdığımız "x cemaati"nin olağanüstü bir güç devşirmesine neden oldu. Şimdi bu güç devşirme sürecinin nasıl işlediğini görelim: YARSAV denilen ve Anayasa Mahkemesinde açılan davada davacı partiye hukuksal destek sağlayan Derneğin Anayasa değişikliği sürecindeki ve sonrasındaki tutumu, gerek Adalet Bakanlığını gerekse anılan Derneğin izlediği çizgi nedeniyle endişeye kapılan yargı mensuplarını HSYK seçimleri sırasında tedbir almaya itti. Buna göre Bakanlık kendileri ile uyumlu çalışacak bir HSYK oluşumu için aday olan birilerini desteklediğini işaret edecek, hâkim ve savcıların YARSAV'ı onaylamayan ekseriyeti de bu adaylara oy vererek onların HSYK'ya üye olarak seçilmelerini sağlayacaktı. Bu yapılırken Bakanlığın gürültülü bir şekilde kendi adaylarının kimler olduğunu belirtmesi gerekmiyordu, hâkim ve savcıların hemen hemen tamamı kim kimin adayıdır çok iyi bilmekteydi.

Acaba Bakanlık bu süreçte adaylarını nasıl belirleyecekti? Maalesef zamanın Adalet Bakanı Sadullah Ergin'in bu konuda bir hazırlığı olmadığı gibi, nasıl davranacağı konusunda hiçbir görüş geliştiremediği, kendisine yapılan uyarılara da kulak tıkadığı o zamanlar yargı camiası için-

Bu HSYK'nın görev süresinin dolmasından sonra, kendile-

de herkesin malumu idi. İşte bu durum tam da daha önceden örgütlü olan bu yapının işine yarayan bir durumdu. Çünkü bireysel olan ve bireysel davrananın Bakana veya çevresine ulaşma, birilerinin olumlu referansı ile aday olarak işaret edilmesini sağlama imkânı yoktu.

Söz konusu yapı daha Merhum Özal döneminde Bakanlıkta örgütlenmeye başlamış ise de; henüz o dönemde emekleme devresinde idi. Asıl örgütlenmeleri, çok enteresan ama Seyfi Oktay ve Mehmet Moğultay'ın Bakanlıkları döneminde oldu. Bu dönem aslında ismi lazım olmayan bu Yapının Adalet Bakanlığında örgütlenmesinin altın çağını oluşturmaktadır. Esasen, Adalet Bakanlığı bürokrasisinin stratejik birimlerinin hemen hemen tamamen bu yapının kontrolüne geçmiş olduğu hususunu bilmeden HSYK'daki bu oluşumun temelini anlamamız mümkün değil.

İşte bu vasatta Bakanlıktaki bahis konusu yapıya mensup bürokratların referansı ve yönlendirmesi ile HSYK üyeliği için aday olacak Bakanlık işaretli kimseler –çok az sayıda istisnası ile malum yapıya mensup kişiler içerisinden- belirlendi. Seçimde Anayasa Mahkemesinin iptal kararının "olumlu sonucu" gayet güzel bir şekilde gerçekleşti ve Adalet Bakanlığının alt derece hâkim ve savcılarının seçeceği HSYK üyeliği için gösterdiği bütün adaylar seçimi firesiz kazanarak "paralel yargı oluşumuna giden yolun parke taşları" büyük bir ihtimam ve ustalıkla döşenmiş oldu. Neye niyet neye kısmet, oysa Anayasa Mahkemesinde dava açan CHP, YARSAV adaylarının firesiz kazanmasını temin için Anayasa değişikliğinin ilgili maddesinin söz konusu ibarelerinin iptalini istemişti. Buna ne denir? "evdeki hesap çarşıya uymadı" denir, başka ne denebilir ki…

Yeni HSYK, oluşumundan kısa bir süre sonra Adli ve İdari Yargı atama kararnamelerini çıkardı. Şahsımız İdari Yargı hâkimi olduğu için idari yargıdaki durumu daha iyi biliyoruz. HSYK ilk İdari Yargı kararnamesinde "birilerini" İstanbul, Ankara, İzmir gibi illerin idare ve vergi mahkemesi başkanlıklarına atadı. Bu atamalar bir yönüyle gerekli idi, zira bu büyük illerin mahkemeleri daha önceki HSYK döneminde kendi ideolojik çizgilerindeki hâkimlere adeta rezervli idi. Şahsımız meslek hayatımızda beşinci görev yerimizi görmemize rağmen bu illerdeki beyefendi hanımefendi hâkimler nedense 20-25 yıldır, bu iller dışına hiç çıkmamışlardı. Ancak, yeni HSYK bu ilk kararnamede birilerini özellikle gözetmişti ve bu gözettiği kimseleri 10-15 gün sonra bu defa Danıştay üyeliklerine seçmişti. Önce büyük illerin mahkeme başkanlıklarına sonra Danıştay üyeliklerine. Adli yargıda da stratejik önemi olan özel yetkili ağır ceza mahkemeleri başkan ve üyelikleri ile cumhuriyet savcılıklarına…

HSYK Yargıtay'a ve Danıştay'a üye seçerken mesleğe yıllarını veren ve liyakat sahibi hâkim ve savcılar dururken birinci sınıfa henüz yeni ayrılan 15 yıllık hizmet süresi olan hâkim ve savcıları üye seçti. HSYK, 30, 35 yıl hizmet süresi olan hâkim ve savcılar dururken niçin böyle bir şey yaptı? Çünkü yukarıda sözü edilen türden "biçimsel olmayan ör-

ri tekrar seçilirlerse -bu yaptıkları tasarrufların onaylandığı anlamına geleceğinden- muhtemelen aynı tutum ve davranışlarını

gütsel yapılar"a mensup olan kimseler adalet duyguları ile değil mensubiyet duyguları ile hareket ederler, işte burada da bu mensubiyet duyguları ile hareket ettiler. Bu iddiamızın delili az önce söylediğimiz hizmet süresi 15 yıldan bile az olan (bu süreye iki yıllık staj süresi dâhil) kimselerin üye seçilmesidir, yani kanıt bizatihi seçimde yapılan tercihlerin içinde. Adalet ve hakkaniyetin ırzına mensubiyet duygusunun hatırına geçildi. Bu HSYK tepkiler üzerine o zaman açıklamalar yaptı, kendini temize çıkarmaya çalıştı. Ama biz şunu söyleyelim bu HSYK'nın alt derece mahkemeleri hâkim ve savcıları tarafından seçilen üyeleri –birkaç istisnası olmakla beraber- adına hareket ettikleri o ismi lazım olmayan malum yapı –paralel devlet- adına öyle bir hareket ettiler ki, bu hareket tarzı için şu benzetme çok uygun düşer; "zücaciye dükkânına giren fil gibi."

Şunu belirtelim önceki HSYK –bu eserin yazarı önceki HSYK tarafından, yükseköğrenim gören başörtülü kız öğrencilerin kendilerine uygulanan disiplin cezaları nedeniyle Samsun İdare Mahkemesinde açtıkları davalarda yürütmenin durdurulması ve cezai işlemin iptali yönünde verilen kararlara katıldığı için "yer değiştirme cezası" ile cezalandırılmıştır- bu HSYK' dan daha adil idi. Çünkü o HSYK'nın mensubu olduğu "biçimsel olmayan örgütsel yapılar" yok idi, o HSYK en azından kendi ideolojik tabanını korurken, Yüksek Yargıya üye seçerken tercih ettiği taban içinde liyakat koşullarına olabildiğince dikkat ediyordu. Yine o HSYK; üstün başarı ve liyakat sahibi muhafazakâr hâkim ve savcıları mahkeme başkanlığı, cumhuriyet başsavcılığı gibi görevlere atayabiliyor ve Yüksek Yargı Organlarına üye olarak seçebiliyordu.

Ayrıca o, yapıya mensup HSYK üyelerinin seçim sürecinde, -beraber yola çıktıkları Adalet Bakanlığının işaret ettiği adaylar olma yönüyle yol arkadaşları olan bazı arkadaşlarına- oynadıkları ahlaka son derece aykırı oyunu da anlatarak bu bahse son verelim: Malum yapının elemanları, kendi dönem arkadaşlarından tanıdıkları ve o yapıya mensup arkadaşları ile haberleşiyorlar ve bu haberleşmelerinde asıl üye olması gerekenlere firesiz o kişileri tercih ederek oy kullanmaları bakanlığın işaret ettiği diğer iki kişinin ancak yedek üye seçilebilmeleri için onlara oy vermek yerine dördüncü ve beşinci adaylara verilecek oylarda kendilerinin çıkardığı muvazaalı adaylara oy verilmesini istiyorlar. Ve gerçekten o yapının hâkim ve savcıları bu yönlendirmeye uygun tercihlerde bulunarak seçimde, asıl üye seçilmesini istemedikleri kimselerin seçimden yedek üye olarak çıkmasını sağlıyorlar.

Bu yapı her ne kadar dini referans alıyormuş gibi gözükse de onlar için şunu diyebiliriz: Niccolo Machiavelli bile onlar kadar makyavelist değildi.

Özetle Anayasa Mahkemesi malum kararı ile olağanüstü haksızlıkların ortaya çıkmasının hukuksal zeminini hazırlamış oldu.

sürdüreceklerdir. Aksi olduğunda da halefleri muhtemelen onların yaptıkları haksızlıklara tepki olarak onların lehine davrandıkları hâkim ve savcıların aleyhine tasarruflarda bulunabileceklerdir.

Anayasa Mahkemesi sebep olduğu haksızlıkla sonuna kadar övünebilir. Mahkeme adeta kızını veya oğlunu zorla evlendiren anne ve babalar gibi hareket etmiştir. Kendi gücünü hissettirmek ve kendi konumunu tahkim etme adına, mütecanis bir nitelikte olmayan hâkim ve savcıların aleyhine bir yapının oluşmasına ve kurulmasına eleştiri konusu yapılan kararıyla neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi haksızlığa yol açacak kararlar vermeyi herhalde meşru bir gelenek olarak görüyor olmalı ki yanlışta ısrar etmeye devam ediyor. Ancak, birileri hesabına, onların işine yarayacak şekilde verdiği üzerinde durulan en son kararı; hesabına davrandığı kesimin değil, hiç de hesapta olmayan kesimlerin işine yarayacak sonuçların doğmasına yol açmıştır. Tarih Anayasa Mahkemesinin hatalarını yüzüne vuracak ancak bu neye yarar ki.

V. BÖLÜM
YERİNDELİK DENETİMİNİN ANAYASA MAHKEMESİNCE MEŞRULAŞTIRILMASI

İdari yargı mercilerince yerindelik denetimi yapılması Anayasa Mahkemesinin, 21.06.1991 günlü ve E:1990/19, K: 1991/15 sayılı kararı ile "meşrulaştırılmış"tır. Bu kararın ilişkin olduğu dava, 3619 sayılı, Danıştay Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanunun 1,3,5,6 ve 7. maddelerinin Anayasa'nın 2, 115 ve 155. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Ana Muhalefet Partisi (Sosyal Demokrat Halkçı Parti) tarafından açılmıştır. Anayasa Mahkemesince sayılan ilk dört madde yönünden dava oy çokluğu ile reddedilmiştir. Ancak burada 6. madde bakımından dava reddedilmiş olmakla beraber muhalefet oylarında açıklanan gerekçelerin Anayasa Mahkemesince "kanunların yerindelik denetimi" ne konu edilip edilmediği yönünden incelenmesi ilginç olacaktır.

Anılan Kanunun 7. maddesi ile ilgili Anayasaya aykırılık iddiası Mahkemece isabetli bulunurken özel bağlamında kısaca belirtmek gerekirse Danıştay tarafından yerindelik denetimi yapılacağı, Anayasanın 115. maddesinin buna izin verdiği, hatta gerekli gördüğü gerekçesine dayanılmıştır. Şimdi Anayasa'nın anılan maddesi söz konusu kanunun iptal davasına konu olan 7. maddesini aşağıya aldıktan ve Anayasa Mahkemesi Kararının

gerekçesi üzerinde değerlendirmelerimizi sunalım.

Anayasa'nın "Tüzükler" başlığını taşıyan maddesi şöyledir:

115.- *Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelenmesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.*

Tüzükler Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır."

3619 sayılı Kanunun 7. maddesi ise şöyledir:

5. "MADDE 7.- Danıştay Kanununun 48. Maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 48.- Kanun tasarı ve teklifleri Anayasa'ya tüzük tasarıları ise kanunlara uygunlukla sınırlı olarak incelenir ve sonucu belirten bir rapor tanzim edilir. Görevli daire, kanun tasarı ve teklifleriyle tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini Danıştay'a geliş tarihinden itibaren üç ay içerisinde sonuçlandırmak zorundadır. Kanun tasarı ve teklifleriyle tüzük tasarıları görevli daire dışında başka bir daire veya kurulda bir daha görüşülemez." , hükümlerini içermektedir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinde;

"Dava dilekçesinde, Danıştay Yasası'nın 48. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin görüşlerde üzerinde durulan hususlar daha çok Anayasa'nın 115. ve 155. maddelerine bağlanmakta, ayrıca Danıştay uygulamalarının oluşturduğu geleneklere dayanılmaktadır. Aykırılık savları, maddenin, tüzük tasarılarının incelenmesini sınırlayan ilk tümcesiyle ilgilidir.

2. Anayasa'nın 115. Maddesi Yönünden inceleme :

…

… Görüldüğü gibi, tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi bakımından 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları arasında bir fark bulunmamaktadır. Tüzüklerin yapılmasında usul ve biçim koşulu olarak kabul edilen bu incelemenin, hukuksal niteliği ve kapsamı belirlenmeden Anayasa'ya uygunluk denetiminde sağlıklı bir sonuca ulaşılması olası değildir.

Öğretide, genel olarak Fransız hukukundan da esinlenerek Danış-

tay'ın tüzüklerin incelenmesinde sadece istişari bir rol oynadığı ve bunun hükümeti bağlamadığı ileri sürülmekte ise de; Danıştay'ca yapılan incelemenin, tüzüğü oluşturan iradelerden birini anlatan, yetkinin kullanılmasını içeren bir ön işlem olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır. 1961 Anayasası'nın Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi sırasında tasarıdaki "mütalaası alınarak" sözleri yerine "Danıştay'ın tetkikinden geçirilmesi" açıklığının konulması, tüzük konusundaki işlevin istişari olmadığını kanıtlamaktadır. Öğretide, Danıştay incelemesinin kapsamlı ve Tüzüğe geçerlik sağlayan bir kural işlem olduğu konusunda belirgin bir çoğunluk vardır. Danıştay'ın katkısının düşünce bildirmekle sınırlı kalmayacağı açıktır. Kuruluşu bakımından hem bir danışma ve inceleme organı, hem de yüksek bir yargı organı olan Danıştay'ın tüzük konusundaki katkısı, yalnız Anayasa'nın 115. maddesi gereği değil, aynı zamanda anayasal kuruluşu ve yapısı (konumu) gereğidir. Danıştay'ın, 1868 yılından beri tüzük tasarıları üzerinde yaptığı incelemeler şu noktalarda yoğunlaşmıştır. :

a)… b)… c)… d)…

Bu kapsamlı inceleme, yasaya uygunluğu yanısıra bir yerindelik incelemesi niteliğindedir. Dava konusu düzenleme, görevi yasaya uygunlukla sınırlayarak tüzüklerin amaca daha uygun duruma gelmesini önlemekle kalmayıp Anayasa'nın öngörmediği bir biçimsel işleve indirgemiştir. Anayasa'nın 115. maddesinde yasakoyucuya böyle bir yetki tanınmamıştır. Anayasa'nın Danıştay'a doğrudan verdiği görevi, yasa koyucu düzenleme yetkisine dayanarak yerine getirilme bakımından belirleyebilirse de Anayasa'yla çizilen sınırları daraltamaz. inceleme görevini Danıştay, kendi istenciyle yerine getirir. Bunu önleyen dava konusu 7. madde Anayasa'ya aykırıdır.

3. Anayasa'nın 155. Maddesi Yönünden inceleme :

Bu maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 115. maddesini doğrulamaktadır. 155. maddenin ikinci fıkrasında Danıştay'a ayrıca, Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nca gönderilen yasa tasarıları hakkında görüş bildirmek görevi de verilmiştir. Aynı fıkrada anayasa koyucu yasa tasarıları için "görüş bildirmek", tüzük tasarıları için "inceleme" sözcüklerini kullanması ilginçtir. Görüş bildirmek, konu hakkında düşünce, değerlendirme ve özetle kanısını belirtmektir. Daha kapsamlı olan incele-

me ise her yönden üzerinde durularak bağlantılı, karşılaştırmalı ve kapsamlı biçimde üzerinde çalışmak, aykırılıkları saptayıp giderme önlem ve önerilerini açıklamak, son biçimini de belirlemektir.

Böylece 115. maddeye aykırı bulunan sınırlama, belirtilen nedenlerle 155. maddeye de aykırıdır.

Açıklanan durumlar karşısında Anayasa'ya aykırılığı saptanan 7. maddesinin birinci tümcesi İPTAL edilmelidir." Gerekçesine dayanılmıştır.

Acaba gerçekten öyle midir? Yani Anayasa'nın 115. maddesi Danıştay'ın tüzüğü oluşturan "mutlak" iradelerden birini sahip olduğuna mı işaret etmektedir. Bu soruya evet demek tevile veya zorlama yollu yorumlara başvurmadan mümkün değildir. Zaten yukarıya alınan gerekçede de lafzın lafız olarak değeri ve anlamı üzerinde durulmak yerine genişletici nitelikte bir yoruma başvurulmuştur. Kararda; öğretide Fransız idare hukukundan esinlenilerek Danıştay'ın istişari görüş verdiği fikrinin genel olarak benimsendiği kabul edilmiş görünmektedir. Hukuk düzeni hakları ve sorumlulukları pozitif hukuk kuralları ile tanımlamış olmak durumundadır. Yazılı hukuk kuralları ile tanımlanan bu kavramların içeriği ile ilgili öznel yaklaşımlar kabul edilebilir değildir. Öğretide Danıştay'ın işlevinin istişari görüş bildirme düzeyinde olduğu yolunda genel veya ağırlıklı bir kanaat olduğu ve bu durum Anayasa Mahkemesince de bilindiğine göre konu hakkındaki nesnel durumun Danıştay'ın tüzüklerin hazırlanması sürecindeki etkisinin istişari görüş verme olduğu kabul edilmelidir.

Anayasa'nın sözü edilen maddesinin Danıştay'ın iradesinin tüzüğün oluşması bakımından kurucu bir irade olduğunu söylemek imkânsızdır. Öyle olsa idi, madde hükmünde Danıştay'ın kendisine sunulan tüzük taslağını kabul etmemesi halinde ne gibi bir yol izleneceğinin gösterilmesi gerekirdi. Hâlbuki madde hükmünde Danıştay'ın kendisine gönderilen tüzük metnini kabul etmeyebileceğine, bu takdirde Bakanlar Kuruluna geri gönderebileceğine, Bakanlar Kurulunun da isterse Danıştay'ın görüşünü dikkate alarak gereken değişiklikleri yapabileceği, tü-

zük taslağında hiçbir değişiklik yapmak istemez ise Danıştay'ın bu tasarrufa karşı yapabileceklerine ilişkin hükümlerin bulunması lazım gelirdi. Anayasa'nın "Kanunların cumhurbaşkanınca yayımlanması" başlığı altında düzenlenen 89. maddesinde Cumhurbaşkanının kanunu ne kadar sürede yayımlayacağı, bir daha görüşülmesini istemesi halinde Türkiye Büyük Millet Meclisine ne şekilde göndereceği, Meclisin bu geri gönderme üzerine nasıl davranabileceği hiçbir yorumu gerektirmeyecek kadar Anayasa koyucu tarafından açıklanmış iken tüzük konusunda bunun yapılmamış olması bu görüşümüzü doğrular niteliktedir. Kanunun düzenlenmesini tüzüğe bıraktığı hususlarda tüzük çıkarılmadan uygulamaya yönelik işlemleri yapmak mümkün değildir. Böyle bir durumda devletin üç işlevinden biri olan Yürütme ve onun altında onun detaylandırılması demek olan idare işlevini yerine getirmek, idari edimleri ve borçları ifa etmek mümkün olmaz. Bu da kanunun lehine haklar tanımladığı kişi ve kuruluşlar bakımından devletin tazminat sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Hukuk devleti hukuksal yükümlülüklerini zamanında ve hızlı bir biçimde yerine getirmek zorundadır. Devletin bazı yükümlülükleriyle kişiler veya kuruluşlar bakımından belirli bir zamana bağlı, bu zaman geçtikten sonra anlam ve önemini kaybeden haklar tanımlanmış olabilir. İşte bu nedenle ne yürütme ne onun detaylandırılması demek olan idare faaliyetleri ertelemeye gelmez. Bu söylenilen yasama faaliyeti bakımından da böyledir. Ama kanun ortada hiç yok ise devletin sorumluluğundan hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü kavramları çerçeve alınmak suretiyle yorum yolu ile itibari olarak bahsedilebilir. Yani kanunla tanımlı bir sorumluluk olmadığına göre mutlak bir sorumluluktan söz edilemez. Oysa tüzük veya yönetmelik çıkarılması gerekliliği kanunla tanımlanmış olduğundan yürütmenin ve idarenin hukuksal sorumluluğu birinci dereceden mutlak bir sorumluluktur.

Hal böyle olunca Anayasa koyucunun yürütme organının tüzük çıkarmasını zorlaştıracak, daha ileri noktada imkânsızlaştıracak bir sonucu murat ettiği söylenemez.

Öte yandan, düzenleyici işlemlerin uygulanmasına iliş-

kin münferit işlemlerin ilgililerin hukuksal durumlarında değişiklik yapması halinde bu işlemlerden hakları ya da menfaatleri zedelenenler münferit işlemlerle beraber düzenleyici işlemleri de dava konusu ederek hukuka uygunluğunun yargısal denetimini sağlayabilirler. Yürütme organı, tesis edeceği uygulama işlemlerinin İdari Yargı mercileri tarafından iptal yaptırımı ile karşılaşacağını bilecek durumda olduğuna göre zaten tüzük tasarılarının Danıştay'ın ilgili Dairesince incelemesi sonrasında belirttiği görüşleri dikkate alma gereği duyacaktır.

Aslında bütün bu değerlendirmeler gereğinden fazla –zait- denilebilir. Bu konuda şunu söylemek bile yeterlidir: yargı mercileri kural işlem üretemez, ancak kural işlemi önüne gelen davalarda uygular. Danıştay'a Anayasa ile tüzük tasarıları konusunda görüş bildirme görevi verilmiştir. Bu uygulama işlemlerinin dayanağı olan düzenleyici işlemlerin hazırlanması aşamasında "hukuku en iyi bilen yetkin bir kuruma" danışarak hukuka en uygun şekilde yapılmalarını sağlamaktır. Danıştay kurumsal olarak idarenin bir parçası veya onun bir birimi değildir. Bu nedenle onun görüşü idare açısından bağlayıcı olamaz. Üzerinde durulan Anayasa hükmünde Danıştay'ın yerindelik denetimi yapmasına cevaz verecek hiçbir ifade bulunmamaktadır.

Kanunun iptal istemine ilişkin 1, 3, 5 ve 6. maddeleri yönünden davacı partinin istemi reddedilmiştir. Ancak ret kararı 5/6 gibi kıl payı alınmıştır. Burada muhalefet oylarının Anayasa Mahkemesinin bir kısım üyelerinin zihniyetini aksettirmesi bakımından üzerinde durulması gereği duyulmuştur. Anılan ilk üç madde yönünden bir değerlendirme yapmayacağız, ancak 6. maddenin iptali yönündeki muhalefet şerhi çok ilginç görünmektedir. Önce ilgili hükmü aşağıya alalım:

Kanunun 6 ncı maddesi ile; Danıştay Yasası'nın "İdari ve vergi dava daireleri genel kurullarının görevleri" başlıklı 38 inci maddesini; "Madde 38.-1. idari Dava Daireleri Genel Kurulu;

a) idare mahkemelerinden verilen ısrar kararlarını,

b) idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen ka-

rarları, temyizen inceler.

2. Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu;

a) Vergi mahkemelerinden verilen ısrar kararlarını,

b) Vergi dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak kararları, temyizen inceler." şeklinde değiştirmek suretiyle bu maddeye de Danıştay'ın ilk ve son derece mahkemesi olarak baktığı davalarda Danıştay'ın bu davalar için temyiz mercii olacağı hususu bu maddeye de konulmuştur.

… ilk ve son derece mahkemesinden, kararları son ve kesin olan yargı yeri anlaşılır. Temyiz yeri, sınırlı biçimde yargı kararını inceleyen organdır. Oysa, ilk ve son derece mahkemesi davaya bakmakta, karar için değil, dava için karar vermektedir. Danıştay Yasası'nda, yönetim yerlerinin önemi ve düzeyi nedeniyle, kararlara karşı doğrudan Danıştay'a başvurulacağı yazılanların sayısı azaltılarak, kimileri için idare Mahkemeleri gösterilerek Danıştay'ın yükü de azaltılabilirdi. Ama, yapıyı bozacak, işlevin niteliğini, "ilk ve son derece" olmayı değiştirecek düzenleme, uzun sürelere, yoğun işlemlere yol açarak yararsız olmuştur. Artık, 2575 sayılı Yasa'nın 23. maddesinin (a) bendiyle temyiz yeri durumuna sokulan Danıştay'ın sözü edilen maddenin (b) bendindeki işleri de gereksiz kalmıştır. Kendi içinde, daire kararını Genel Kurul'da ele almak, "ilk ve son derece" tanımı ve "temyiz" kavramıyla uyuşmayan bir yöntemdir. Anayasa'nın "ilk ve son derece" sözcükleriyle anlattığı "son ve kesin" karar niteliği göz ardı edilerek Dairelerle Genel Kurullar arasında ayrıma gitmek Anayasa ile bağdaşmaz. Danıştay'ın kurum tümlüğü, yapı bütünlüğü içinde Daire ve Genel Kurulları ayırmak, birinin kararını öbürünün denetimine bağlı kılarak "son ve kesin" olmaktan çıkarmak, işlevin amacına da aykırıdır. Böylece Dairesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği karar son ve kesin olmamakta, ancak temyiz başvurusu üzerine aldıkları kararlar kesin olmaktadır. Bu ikilem, Danıştay'ı tümüyle kapsayan "son ve kesin" karar veren yer durumunu değiştirmekte, Danıştay'ı bölmekte ve etkinliğini zayıflatmaktadır." (Yekta Güngör Özden ve Selçuk Tüzün'ün muhalefet şerhleri)

Metin içinde geçen "Danıştay'ın hangi durumda yükünün azaltılabileceği, düzenlemenin (yargılama sürecinde) uzun süre-

lere yol açarak yararsız olduğu, …sözü edilen bentlerindeki işleri de gereksiz kalmıştır, …Danıştay'ı bölmekte ve etkinliğini azaltmaktadır" gibi ifadeler "kanunlar bakımından yerindelik denetimi" yapma anlamına gelen açık ve oldukça somut ifadelerdir. Kanunun amacını sorgulamak, yararsız olduğu konusunda kanaat belirtmek, Danıştay'ın etkinliğinin azaltıldığını ifade etmek kanunun Anayasa'nın ilgili hükümlerine aykırı olup olmadığı yolunda hukuksal bir irdelemenin ürünü olarak değerlendirilemezler.

"….b) Sözü edilen Danıştay Kanunu'nun 17. ve 23. maddelerindeki değişiklikler, kendi içindeki temyiz yolu nedeniyle iş yükünü alabildiğine arttıracağı için, 155. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle saptanmış bulunan "son inceleme" yani "temyiz" mercii olma, ayrıca "içtihat mahkemesi" işlevini yerine getirme şansını güçleştireceği için de Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır.

c*) Danıştay'da, sadece idari Dava Daireleri'nde yıllar itibariyle giderek artan ilk derecede açılan dava sayısı 1990 yılında 2209'dur. Bu davaların çok büyük bir kısmının idari Dava Daireleri Genel Kurulu'na temyiz yoluyla gitmesi söz konusudur. Bu sayının eritilmesi, Danıştay'ın çok sayıdaki diğer görevleri de dikkate alınırsa, ancak on yılda mümkün olabileceği hesap edilmektedir.,… 3619 sayılı Yasa'nın, 2575 saydı Danıştay Kanunu'nun 17., 23., 25. ve 38. maddelerinde yaptığı ve birbirini bütünler nitelikteki değişiklikler, iptal davası ile temyiz istemi arasındaki sonuç alıcı süreyi ister istemez uzatacaktır. Bu durumda ise, gerek öğretide, gerek uygulamada vazgeçilmezliği kesinleşmiş ve iptal davalarının sür'atle incelenip sonuçlandırılmasını zorunlu kılan "istikrar" ve "güvenilirlik" ilkeleri, zamanla erozyona uğrayacaktır. Böylesine bir olumsuz gelişmeyi başlatan ve yukarıda sözü edilen yasa değişiklikleri, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti", 155. maddesinin beşinci fıkrasındaki "idari yargının özelliği" ilkelerine de aykırıdır…*

V- SONUÇ İdari yargıdan amaç, yürütmenin ve idarenin hukuka bağlılığını sağlamak suretiyle vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumaktır, iptali istenilen Yasa'nın gerekçesinde; "Devletin varlığı ve otoritesinin korunmasında Danıştay'a ağır görev düştüğü açıktır. Bu

amaca erişebilmek için, Danıştay'ın kuruluşunun ve uygulanacak yargılama usulünün idari yargılamanın özelliklerini taşıması gerekmektedir..." denilmekte ve dolayısıyla devlet otoritesi bahanesiyle, "ilk ve son derece mahkemesi" olarak baktığı davalarda, Danıştay'ın etkisini azaltma izlenimi vermektedir. Bu durumda, yasa, mükemmel bir yargılama usulü ve kusursuz bir uygulamayla hak ve hakikatin tecellisine yardımcı olacak bir sistem değil, tam tersine, gecikmeli bir yargılama yöntemiyle, kamu personeli üzerindeki baskı ve nüfuzun daha da yoğunlaştırılmasına imkan sağlanmış olacaktır. (Mustafa Gönül'ün muhalefet şerhinden)

Metindeki, "temyiz yolu nedeniyle iş yükünü alabildiğince artıracağı, ..dava sayısı 1990 yılında 2209'dur,… zamanla erozyona uğrayacaktır… Danıştay'ın etkisini azaltma izlenimi vermektedir…" ifadelerinin hukuksal bir değerlendirmenin bir parçası olarak görülmesi mümkün değildir. Bu ifadeler ile apaçık bir biçimde (adı geçen üye tarafından) ihtiyaca uygunluk yani yerindelik irdelemesi yapılmış olduğu görülmektedir.

Hele hele Danıştay'ın etkisinin azaltıldığı veya yargının etkisinin azaltıldığı gibi ifadelerin ilgili kanunun Anayasa'nın söz konusu maddelerinde yer alan hükümlere aykırılığı yönünden yapılan bir değerlendirmede yer alması düşünülemez. Bu ifadeler sahiplerinin bilinçaltındaki; sahibi oldukları iktidarı genişletme, mutlaklaştırma, tartışılmaz kılma, düşüncesini ortaya koymaktadır.

Her ne kadar üzerinde durulan bu görüşler Mahkemenin kararına dönüşmemiş ise de 11 üyeden 5'inin böyle düşünmesi Yüksek Mahkemede "kanunların yerindelik denetimi"nin yapılması yönünden ciddi bir eğilim bulunduğunu göstermektedir.

Tüzükler konusunda Danıştay'ın yerindelik denetimi yapabileceğini söyleyen bir Anayasa Mahkemesinin bazı üyelerinin "kanunların yerindelik denetimi" yapılacağı anlamına gelen değerlendirmeler yapması son derece normal karşılanabilir. Ancak bir kanunu yapmak onun yapılmasına ihtiyaç olup olmadığını tespit etmek yasama organının görevidir. Kanunlar konu-

sunda yerindelik denetimi yapmaya kalkışmak yasama organının görev alanına açık bir tecavüz anlamını taşırlar.

VI. BÖLÜM
ANAYASA MAHKEMESİNİN SİYASİ ALANA EL ATMASI

SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI ÜZERİNE GENEL DEĞERLENDİRMELER

Türkiye'de siyasal partilerin kapatılması olgusu sadece Anayasa Mahkemesi kararıyla yaşanmış olgular değildir. Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile devletin yargı erki içindeki yerini almıştır. Anılan yıldan önceki dönemlerde de partiler kapatılmıştır. Siyasi partilerin kapatılması; Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluşundan bu yana demokrasi ile cumhuriyet arasındaki mücadelenin somutlaşmasıdır denilebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluşuna öncülük eden kadro; içinden çıkılan acı dolu sürecin etkisiyle her muhalif hareketin devletin zayıflamasına neden olacağı düşüncesiyle aşırı bir kuşkuculuk içindeydi. Devletin demokratik bir görüntü içinde olması arzulanıyordu, bunun için önce Terakkiperver Cumhuriyet Fırkasının kurulmasına resmi otorite tarafından başta itiraz edilmedi. Ancak daha sonra Cumhuriyetin benimsediği resmi anlayışa muhalefet eden bütün aydın, siyaset adamı, vb. bu partinin çatısı altında bir araya gelince kapatılmasına karar verildi ve kapatıldı.

Daha sonra Atatürk'ün teşvikiyle yakın arkadaşı Fethi

Okyar tarafından Serbest Cumhuriyet Fırkası kuruldu. Yine muhalif şahsiyetler bu partide bir araya gelince, O da kapatılma akıbetini yaşadı. Bütün bu süreçlerde elbette Cumhuriyet Halk Partisi devletin partisi olması hasebiyle varlığını pekiştirerek sürdürdü.

Çok partili düzene geçiş İsmet İnönü ve arkadaşlarının iradesi ile yumuşak bir şekilde oldu denilebilir. Ancak bizdeki Avrupalı olma aşkı olmasa idi herhalde bu süreç o kadar sancısız olmayacağı gibi muhtemelen 1950 yılında, henüz Cumhuriyetin kuruluşunun üzerinden çeyrek yüzyıl gibi kısa bir süre geçmesinden sonra da olmazdı. Zaten 1960 Darbesi resmi ideoloji yanlılarının aslında demokrasiden hiç hoşlanmadıklarını, tek parti iktidarı dönemini adeta bir "asrısaadet" gibi gördüklerini belgeleyen en önemli tarihi olaydır. Anılan darbe ile Demokrat Parti bir dernek gibi mahalli bir mahkemenin kararıyla kapatıldı.

1961 Anayasası ile siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılması kuralının getirilmiş olması, aslında demokratik düzen açısından olmazsa olmaz, bu örgütler için de bir güvence olmuştur. Tabii Anayasa Mahkemesinin bu yetkisini nasıl kullandığı konusu başka bir konudur. (Zaten biz bu eserde bu konuyu işliyoruz.)

Modern devletlerin, işlevlerine uygun bir şekilde kurumsal yapı özelliklerine sahip olması gerekir. Bu aslında sadece modern devletler için değil, klasik devletler veya imparatorluklar için de böyleydi. Demokratik bir devlette; devlet merkez, toplum da çevre olmak üzere, bu ikisi arasındaki ilişkilerin sağlıklı ve birbirini gözeten bir zeminde yürümesi için ihtiyaç duyulan bütün iletişim kanallarının (kurumsal ve örgütsel yapılar) bulunması olmazsa olmaz bir zorunluluktur. Siyasal partiler çevreyi temsil etmek durumunda olan örgütsel yapılardır. Kurumlar ise; devlet işlevlerinin halk için, azami faydayı sağlayacak şekilde yürütülmesini mümkün kılacak devletin kurumsal yapısının unsurlarını ifade eder.

Ancak kurumsal yapının gereken bütün özellikleri taşıması, modern ihtiyaçlara uygun bir kurumsal yapı zenginliğinin

bulunması, dünya standartlarında bir demokratik devlet olmak için yeterli değildir. Bunu kısacık Cumhuriyet tarihimiz bize yeterince gösteriyor. Kurumsal yapıların modern demokratik devletin işlevlerine uygun olmasının yanı sıra bir zihniyet değişimi ve dönüşümü gerekiyor. Biz belki şu an bunun çok uzağında değiliz, bir bakıma bu süreci yaşıyoruz, ancak bu süreci yaşamış ve bitirmiş değiliz. Anayasa Mahkemesinin varlığı siyasi partiler için bir güvence oluşturmuş olsa da, işte sözünü ettiğimiz bu zihniyet dönüşümü gerçekleşmemiş olduğu için kurumsal yapıların mevcudiyeti, işlevlerine uygun sonuçlar doğurmamıştır. Anayasa Mahkemesince 1960 yılından günümüze gelinceye kadarki tarih diliminde kapatılan siyasi partilerin varlığı açıkça bu keyfiyeti göstermektedir.

12 Eylül 1980 tarihinde yapılan Darbe ile bütün siyasi partiler kapatıldı. Bu darbe sağ ve sol ayrımı yapmadı. 27 Mayıs 1960 Darbesi sağı ezmişti. Solda yer alan aydınlar 1960 Darbesini eleştirmezler. 1980 Darbesi solu da ezdiği için kendini solda gören aydınların bir kısmı askeri darbelerin kötü hareketler olduğunu kabul ettiler. Ancak, her şeye rağmen 1960 Darbesinin meşru olduğunu savunmaktan da geri durmadılar. Darbeler her hal ve şartta demokrasi olduğu iddia edilen siyasal rejimlerde yaşanmaması gereken olaylardır.

1983 yılının sonlarına doğru tekrar demokratik hayata dönüş sırasında yapılan ilk seçimde, 12 Eylül rejimini kuran Konsey'in başı Kenan Evren; seçime çok az bir süre kalan konuşmasında halkın Milliyetçi Demokrasi Partisine yönelmesini işaret etti. Siyasete, çok partili yönetime dönüş esnasında yapılan bu müdahale halkta karşılığını buldu ve Anavatan Partisi ezici bir oy çoğunluğu ile tek başına iktidara geldi. Anılan parti, 1980'li yıllar boyunca ve 1991 yılı sonlarına kadar iktidarda kaldı. Merhum Özal'ın Genel Başkanlığında Türkiye'nin özellikle ekonomik alanda büyük atılımlar yapmasını sağladı. Özal'ın Cumhurbaşkanı seçilmesinden sonra Yıldırım Akbulut'un kısa genel başkanlığı sonrasında genel başkanlık makamına gelen Mesut Yılmaz ile Anavatan Partisinin liberal anlayışında esaslı bir kırılma yaşandı ve halkın partisi görünümünde olan

Anavatan Partisi halkla arasına ciddi bir mesafe koyarak tutucu bir devlet partisine dönüştü. Anavatan Partisi 27 Nisan 2007 tarihinde yapılan birinci tur Cumhurbaşkanlığı seçimi oylamasına katılmayarak kendi sonunu hazırladı, ancak Türkiye'nin siyasal, toplumsal ve ekonomik geleceğinde etkili bir oyuncu olma özelliğini aslında daha Mesut Yılmaz'ın Genel Başkanlığa gelmesiyle kaybetmişti.

1983 Genel Seçimleri öncesinde, 12 Eylül yönetimi tarafından kapatılan partilerden Milli Selamet Partisinin varisi olarak, Samsunda ikamet eden Avukat Ali Türkmen Refah Partisini kurdu. Konsey tarafından bir kısım kurucu ve adayları veto edildiği için anılan seçime katılamadı. Daha sonra girdiği ilk seçimden itibaren oyunu % 4'lerden başlayarak sürekli arttırdı. 1991 yılının sonlarında yapılan genel seçimlerde Milliyetçi Hareket Partisi ve Islahatçı Demokrasi Partisiyle yaptığı ittifaktan olumlu sonuç alarak % 16 oyla ülke barajı olan % 10'luk barajı geçmek suretiyle başarılı oldu. Mart 1994 tarihinde yapılan mahalli seçimlerde İstanbul, Ankara başta olmak üzere birçok büyükşehrin belediye başkanlığını Refah Partisinin adayları kazandı.

Belediye başkanlıklarında Refah Partili yöneticilerin ciddi başarılar göstermesi, ülke yönetiminde gösterecekleri başarı konusunda bir ölçüt olarak kabul edildi. 25 Aralık 1995 tarihinde yapılan genel seçimlerde Refah Partisi % 21 oyla birinci oldu. Ancak Refah Partisi tek başına hükümeti kuracak çoğunluğa sahip değildi, Meclis aritmetiği koalisyon hükümetini gerektiriyordu. Refah Partili bir koalisyona sıcak bakılmadığı için Anasol- D, Ana-Yol gibi hükümet seçenekleri denendi. Anasol-D Hükümeti yukarıda eleştiri konusu yapılmış olan Anayasa Mahkemesi kararıyla güvenoyu alamamış sayıldığından düştü. Yerine kurulan Ana-Sol Koalisyonu da Mesut Yılmaz'ın, koalisyon ortağı Tansu Çiller aleyhine verilen gensoru önergesini desteklemesi nedeniyle düştü. Yani Refah Partisi olmadan hükümeti kurmanın mümkün olmadığı bizzat denenerek ortaya çıktı.

Refah Partisinin birinci parti olarak seçimden çıkmasına rağmen kendisine hükümet kurdurulmaması için yapılan siya-

sal girişimleri siyasal partilerin olağan siyasi rekabeti ekseninde değerlendirilecek olaylar biçiminde görmek doğru bir yaklaşım değildir. Bu olaylar, siyasal davranış bilimi (siyaset sosyolojisi, siyaset psikolojisi) tarafından araştırma ve inceleme konusu yapılmaya değecek kadar önemli tarihsel olaylardır.

Refah Partisinin iktidar olmasının hazmedilememesinin temelinde küçümsenen bir değerler sisteminin devleti ve halkı yönetme mertebesine yükselmesinin yarattığı gerilim bulunmaktadır. Böyle gerilimli toplumsal süreçler biz onun adını koymasak veya koyamasak da farklı toplumsal ölçek büyüklüğüne sahip hemen hemen bütün toplumsal gruplarda iktidarın el değiştirmesine bağlı olarak yaşanır. Bir marabanın çalışması ve şansının yaver gitmesi sonucu zenginleşmesi ağanın kıskançlığına neden olabilir. Yoksul bir aileden gelen bir öğrencinin zengin aile çocuklarından daha başarılı olması çekemezliğe yol açabilir. Yoksul aile çocuklarının kamuda üst kademe yöneticileri olması da –şimdi aşılmış olmakla beraber geçmişte- bu türden gelişmelerdi.

Toplumsal tabakalar arasında geçişkenlik modern toplumun zorunlu bir özelliğidir. Aynı zamanda bu özellik çoğulcu bir toplumsal kültürün varlığına işaret eder. Ancak bu toplumsal geçişkenlik her zaman ve üst toplumsal tabakanın her üyesi tarafından rahatça kabul edilebilir bir olgu olmadığı gibi aynı toplumsal tabakaya dâhil bireyler tarafından da kolayca kabul edilebilir bir nitelik de değildir.

Tanzimat'tan sonra özellikle Cumhuriyetin kurulmasını takip eden dönemde İslam'a olumsuz anlamlar yüklenmiştir. Hatta İslam dinine açıktan saldıramayan kimi kesimler, dindarlığı "irtica" sözcüğü ile isimlendirmek suretiyle dindarların şahsında İslamiyet'i tahkir etmişlerdir. İslamiyet çağın gerisinde kalan değerler düzeninin adıdır. İslam fenadır, kötülükler düzeninin adıdır demek toplumsal infial uyandıracağı için işte bu nesnesi ve hedefinin ne olduğu açıkça söylenemeyen irtica kavramı siyasal alanın belli başlı terimlerinden biri olmuştur. İslam'ı siyasal mücadelesinde çerçeve alan partiler de herhalde irticai bir öz-

lemin siyasal alanda kendini ifade etmesinden başka bir şey değildi. Siyasi nezaket kuralları her ne kadar Milli Nizam ve devamı partilere irticaın partileri isimlerini verdirmemiş ise de aslında siyasi rakipleriyle askeri cenaha dâhil kimi devlet seçkinlerinin zihninin geri planında bu partiler irticaın taşıyıcısı olan partiler olarak görülüyor olmalıydı.

Mili Nizam Partisi ile başlayan İslam'ın siyasal alanda kendini ifade etmesi, bu partinin kapatılması, yerine kurulan Milli Selamet Partisinin Meclis çoğunluğunu hiçbir zaman elde edememiş olması nedeniyle devlet iktidarını ve onun ideolojisini benimseyen çevreler tarafından tehlike olarak görülmedi. Ne zaman ki Refah Partisi Meclis'in birinci partisi oldu, o zaman İslami görünürlük bir tehlike olarak algılanmaya başlandı. Bu söylenilen durum, partili üyelerin yıllar önce yaptıkları konuşmaların o zamanlarda dikkate alınmayıp Partinin iktidar olmasından sonra toplumsal tepki oluşturmak için basın yayın organlarında yer alması keyfiyetinden de açıkça anlaşılabilir.

Tekrar 1995 sonu genel seçimleriyle başlayan sürece dönersek, nihayet, Haziran 1996 tarihinde merhum Necmettin Erbakan ve Tansu Çiller Refah-Yol koalisyon Hükümetini kurdular. İki partinin mevcudu güvenoyu almaya yettiği için hükümet güvenoyu aldı ve görevine başladı.

28 Şubat 1997 tarihinde yapılan Milli Güvenlik Kurulu toplantısına kadar her şey normal gitti. Hükümet başarılı icraatlara imza attı. Havuz sistemi denilen Maliye politikası alanındaki bir uygulama ile devletin borçları ile alacaklarının mahsuplaşma imkânının olması durumunda mahsup edilmesi, alacak ve borçların birbiriyle ilişkili bir biçimde takip edilmesi mali ve ekonomik alanda olumlu sonuçlar getirdi. Bu mali siyasete bağlı olarak kamu harcamalarının finansmanında başvurulan hazinenin bono ihaleleri ve devlet tahvili ihracı düşük faiz oranları üzerinden yapıldı. Bu finans piyasalarının devlete ve hükümete güvendiğinin çok önemli delillerinden biriydi.

28 Şubat Sürecinin arkasındaki asıl nedenleri tarih bütün çıplaklığıyla ortaya çıkaracaktır, hatta çıkmaya başladı bile. Bu

sürecin gerisinde ancak komplo nazariyeleri ile açıklanabilecek türden olaylar ve meşru zeminde yürümeyen bir ilişkiler ağı bulunduğuna şüphe yoktur. Ancak, göz önünde olmayan bu gizli sebeplerin varlığı inkâr edilemese bile toplumbilimsel açıdan herhalde olay bu konuya girerken söylediğimiz, küçümsenen değerler sisteminin temsilcilerinin devlette iktidara gelmesinin doğurduğu hazımsızlıktır. Eğer öyle olmasa idi; perde arkasındaki planlamacıların bu süreçte elde etmek istedikleri sonuca ulaşmaları mümkün olmazdı. Zira toplumsal ve siyasal süreçlerin kendi doğal mecrası içinde aktığı istikrarlı yapılarda siyasete ve toplumsal beklenti ve hareketlere birilerinin istediği yönde biçim vermesi ve istenilen sonuca ulaştıracak denetimi süreç üzerinde kurması mümkün olabilen bir durum değildir. Yani toplum mühendisliği ve siyaset mühendisliği oturmuş toplumsal yapılarda öyle kolay kolay yapılabilir bir şey değildir. Toplum mühendisleri ancak kullanmaya elverişli malzemeler varsa başarılı olabilirler. Küçümsenen değerlerin taşıyıcılarının iktidara gelmesi, toplumsal ve siyasal süreçleri saptırmak (manipülasyon) isteyen kimseler için olağanüstü fırsatlar sunar.

Anılan tarihte yapılan ve dokuz on saat süren Milli Güvenlik Kurulu toplantısında kabul edilen 18 maddelik kararlar dizisi, Refah -Yol iktidarı tarafından uygulanmadı. Hükümetin 28 Şubat kararlarını uygulamaması kendini Cumhuriyetin asıl sahipleri gören askerleri kızdırdı. Muhalefet partileri iktidara destek vermediler, aynı yılın Haziran ayı geldiğinde siyasi atmosfer anlatılamayacak kadar kasvetli idi. Genel Kurmay Başkanlığında verilen irtica hakkındaki brifinglere (bilgilendirme) Danıştay ve Yargıtay meslek mensupları ile tetkik hâkimleri ve savcılar büyük ilgi gösterdiler. Ortam gerildikçe gerildi. Bu arada Doğru Yol Partisi grubu çözüldü, peş peşe istifalar geldi, hükümetin arkasındaki Meclis çoğunluğu eridi. Ayrıca Refah Partisi hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Vural Savaş tarafından aşağıda eleştiri konusu yapılacak olan karara ilişkin dava açıldı. Hükümet arkasındaki Meclis çoğunluğunun erimesi üzerine istifa etti. Yeni hükümeti kurma görevi Anavatan Partisi Genel Başkanı Mesut Yılmaz'a verildi. Demokratik Sol Partinin katılı-

mıyla dışarıdan Cumhuriyet Halk Partisi tarafından desteklenen koalisyon hükümeti kuruldu.

Zaman zaman kimi siyasetçi, yazar ve aydınlar, merhum Erbakan'ın 28 Şubat kararlarını imzalamakla büyük bir hata yaptığını iddia etseler de, bu söylediklerinin gerek siyaseten gerek hukuken herhangi bir doğruluk değeri bulunmamaktadır. Çünkü bir kere Milli Güvenlik Kurulu kararları tavsiye niteliğindedir, hukuken bağlayıcılığı yoktur. Neticede Milli Güvenlik Kurulu ne yürütme organına bağlı bir birim, ne de yasama organının bağlayıcı kararlar alabilen bir alt birimidir. Bu Kurulun aldığı kararlar hükümet kararnamesi ya da kanun çıkartılmasını gerektirdiği durumlarda ancak bu siyasi edimlerin yapılması ile hukuken varlık kazanır. Kendi başına hukuksal varlık kazanan Milli Güvenlik Kurulu kararı neredeyse yoktur. Dolayısıyla bu Kurulun kararlarını imzalamış olmak başlı başına dayatmalar karşısında aciz kalındığını göstermez. Refah Yol Hükümeti bu kararların uygulanması için hiçbir girişimde bulunmadığına göre 28 Şubat kararlarına direndiğinin kabulü gerekir. Erbakan'ın, özellikle siyasi rakiplerinin bu kararların imzalanmaması gerektiği yolundaki eleştirileri ancak siyasi içerikli olan –siyasi istismar amaçlı, maslahata uygun- eleştiriler olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır. Netice de söz konusu kararları, askeri dayatma sonucu kurulan Mesut Yılmaz Hükümeti hayata geçirdi. Bunlardan biri imam hatip liseleri ile diğer meslek liselerini işlevsiz bırakan kesintisiz zorunlu sekiz yıllık ilköğretime geçilmesi ve yükseköğretime geçişte katsayı uygulaması idi.

28 Şubat Sürecinde militarist talepler doğrultusunda Refah Partisi kapatıldı. Refah Partisinin kapatılacağının anlaşılması üzerine kurulan Fazilet Partisi de kapatıldı. Sürece Post –modern darbe denildi.[30]

Bu süreçte medya davranış bilimsel (psikolojik) harekâtın ileri cephesinde yer alan asli unsurlardan biriydi. 28 Şubatın şimdilerde sesi sedası çıkamayan kudretli paşaları sürecin görünür-

[30] Darbenin isim babası sürecin önemli isimlerinden Tuğgeneral Erol Özkasnak'tı.

deki yöneticileri ancak "derin 28 Şubatın" belki de piyonları idi.

Süreç içinde sadece Refah ve devamı olan Fazilet Partisi kapatılmadı. Andıç denilen ve Sürecin "en kudretli" paşası tarafından hazırlanan psikolojik eylem planıyla kendileri ve eylemleri bakımından olumsuz buldukları kimi gazeteci ve aydının kamuoyunun gözünden düşmesi için Cezaevinde tutuklu bulunan PKK yönetici kadrosunda yer alan Şemdin Sakık'la ilişki içinde gösterdiği ortaya çıktı. Yani bu kudretli paşa sadece post-modern darbe liderliği yapmamış bu meşgalesinin yanında iftira atmakta da ciddi beceri sahibi olduğunu ispatlamıştı.[31]

Batı Çalışma Grubu denilen asker içindeki bir gayri meşru oluşum da dönerciden meşrubatçıya kadar irticaa destek veren kişi ve kurum veya tüzelkişileri fişlemişti. Bütün bunlar askeri kesimin içinde bulunduğu siyasal bir cinnet halinin yansıması olarak görülebilir.

Ayrıca bu süreçte bankaların içi boşaltıldı. Tabii boşaltılan bankaların hukuki sorumluluğu, mevduata % 100 Devlet güvencesi verilmiş olduğu için Devlete ait oldu. Hazine adeta yağmalandı. Bütün bu olaylar pek vatansever militarist hevesler içinde olan post modern darbecilerin Türk Halkına ve Türkiye Cumhuriyeti Devletine yaşattıkları vatanseverce olaylardı.

Cumhuriyet tarihi boyunca kapatılan partiler elbette sadece Terakkiperver Cumhuriyet Fırkasından başlayarak Fazilet Partisi ve aradaki diğer partiler değildir. Çok sayıda başka partiler de kapatılmıştır. Ancak kapatılan diğer partiler Türk siyasal hayatını adı geçen partilerin kapatılması kadar olumsuz etkilememiştir.

---

[31] Andıcı hazırlatan darbenin kudretli paşası Çevik Bir'di. Andıç, belgesi Gazeteci Yazar Nazlı Ilıcak tarafından yayımlandı. Andıcta bazı köşe yazarları ile sivil toplum örgütü lideri bir şahsın PKK ile irtibatından bahsediliyordu. Rivayete göre PKK'nın şimdi hükümlü olan liderlerinden Şemdin Sakık söz konusu kimselerin kendileriyle işbirliği içinde olduğunu söylemişti. Oysa anılan terörist lider aslında böyle bir şey söylememiş, bu iddialar onun sorgulama sırasında verdiği ifadelere Çevik Bir'in talimatları doğrultusunda eklenmişti. Maksat bu kimselerin kamuoyu önündeki itibarlarını ya da inandırıcılıklarını bitirmekti.

Siyasal partiler Anayasaya göre demokratik siyasi hayatın vaz geçilmez unsurlarıdırlar. Siyasi partiler olmadan demokratik bir düzenin düşünülmesi mümkün değildir. Siyasal yönetimin çoğulcu bir yapıda olması ancak ve ancak siyasal partilerin olması ile mümkündür. Farklı siyasal görüşler ancak siyasal partiler tarafından Meclise ve iktidara taşınabilir. Bütün siyasal partilere açık olmayan bir seçim sistemiyle ancak demokratik olmayan bir cumhuriyet yönetimi gerçekleştirilmiş olur. Demokrasi ile kıyaslandığında, cumhuriyet "biçimsel" bir seçimli yönetimin adıdır. Bölgemizdeki bir kısım ülkelerde seçimler yapılır, devlet başkanları veya başbakanlar seçimle belirlenir ancak o yönetimlerin adı demokrasi değildir.

Siyasal partiler nasıl ve kim tarafından kapatılırsa kapatılsın, kapatma yaptırımı, demokratik yapıya zarar vermekten başka sonuç üretmez. Kapatma yaptırımı ilgili siyasi partinin toplumbilimsel tabanını buharlaştırıp yok edemez. Tabanın siyasal ifade arzusu; aynı siyasal ideoloji veya felsefenin taşıyıcısı olacak yeni bir siyasi partinin kurulmasına uygun zemini her zaman için sunar. Bir siyasal partinin kapatılması akabinde yenisinin kurulması adeta o partinin isim tabelasının indirilip yeni bir isim tabelasının asılması gibi bir şeydir. Bir siyasal partinin güçlü bir toplumsal tabanı varsa kapatmak o siyasal partinin tabanının büyümesinde ve daha bir kemikleşmesinde adeta katalizör etki yapar. Milli Nizam, Refah, Fazilet ve Adalet ve Kalkınma Partisi çizgisi bu görüşün doğruluğunu ispatlayan tarihsel bir olgudur.

Ancak kapatılan siyasi partinin tabanı açısından durum bu olmakla beraber demokratik yönetim açısından bu durum sağlıklı değildir. Bir kere, siyasal partilerin gereksiz yere kapatılmaları ilgili demokrasiyi kurumsal açıdan zayıflatır. Partisi kapatılan siyasal çizgide kurulan yeni partiler kurumsal bir varlık olmaktan ziyade kurucu liderin şahsına bağlı bir örgütsel yapı niteliğine bürünür. Bu duruma bir ad vermek gerekirse – Devlet Partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi hariç- Türk siyasal partileri "göçebe partiler", "başbuğ partileri" veya "çadırsı partiler" olarak isimlendirilebilir. Tıpkı İslamiyet'in kabulünden önceki dev-

letlerimizin güçlü şahsiyet özelliklerine sahip bir hakanın idaresinde güçlü bir siyasi varlık olması, ancak kurumsal açıdan oldukça zayıf olması gibi.

Oysa olması gereken kurumsal yapının güçlü olmasıdır. Çünkü liderlik Allah vergisi bir özelliktir. Her zaman güçlü liderlerin gelmesi mümkün değildir. Kurumsal yapının güçlü olması, o yapı içinde nitelikli kadroların bulunması halinde güçlü lider kişiliklerin olmaması büyük bir eksiklik oluşturmaz. Demokrasiyi lider kişiliklere mahkûm etmek iyi bir şey değildir. Çünkü liderin, kendi benini tatmine yönelmeyeceğinin hiçbir güvencesi yoktur. Benlik duygusu, güçlü bir liderlikten beslenecek olur da o lideri denetim altında tutacak bir manevi değerler sistemi olmazsa lideri çürütür, onda tanrısallaşma eğilimi başlayabilir. Orta doğu toplumlarında, antik çağda rububiyet iddiasında bulunan Nemrut, Nabukadnezar, Ramses gibi kişilikleri tek kişi olmanın yol açtığı güçlü benlik duygusu bu ölçüsüz iddiada bulunmaya sürüklemiştir.

1- REFAH PARTİSİNİN KAPATILMASINA İLİŞKİN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(09.01.1998 günlü ve E: 1998/2, K: 1998/1 sayılı karar)[32]

VI- ANAYASA VE SİYASİ PARTİLER YASASI KURALLARI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ve davalı Siyasî Parti'nin, İddianame ve savunmalarında dayanılan ve ilgili görülen Anayasa ve Siyasî Partiler Yasası kuralları şöyledir:

....

4- "MADDE 14

....

7- "MADDE 68..

[32] Bknz. 22.02.1998 tarihli ve 23266 sayılı Resmi Gazete

(dördüncü fıkra) *Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.*

8- "MADDE 69..

(beşinci fıkra) *Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.*

(altıncı fıkra) *Bir siyasi 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.*

(sekizinci fıkra) *Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dâhil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar.*

…

(son fıkra) *Siyasi partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenme ve kapatılmaları ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir."*

9- "MADDE 83…

B- Yasa Kuralları

2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın Kuralları Şunlardır:

....

4- "MADDE 84.- *Siyasî partiler, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarmak ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik ni-*

teliğini korumak amacını güden: Kanunu,

a) 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat,

b) 25 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun,

c) 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun,

d) 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı Kanunun 110 uncu maddesi,

e) 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun,

f) Teşrinisâni 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun,

g) 26 Teşrinisâni 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa Gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun,

h) 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun,

Hükümlerine aykırı amaç güdemezler ve faaliyette bulunamazlar."

***5- "MADDE 86.-** Siyasî partiler, Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğinin değiştirilmesi ve halifeliğin yeniden kurulması amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyetlerde bulunamazlar."*

***6- "MADDE 87.-** Siyasî partiler, Devletin sosyal veya ekonomik veya siyasî veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla veya siyasî amaçla veya siyasî menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapamaz, istismar edemez veya kötüye kullanamazlar."*

***7- "MADDE 101.-** Anayasa Mahkemesince bir siyasî parti hakkında kapatma kararı:*

a) Parti tüzüğünün veya programının yahut partinin faaliyetlerini düzenleyen ve yetkili parti organları veya mercilerince yürürlü-

ğe konulmuş olan diğer parti mevzuatının bu Kanunun dördüncü kısmında yer alan hükümlerine aykırı olması,

b) Parti büyük kongresince, merkez karar ve yönetim kurulunca veya bu kurulun iki ayrı kurul olarak oluşturulduğu hallerde ilgili kurulca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi grup yönetim veya grup genel kurullarınca bu Kanunun dördüncü kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı karar alınması veya genelge veya bildiriler yayınlanması veya karar alınmamış olsa bile bu kurullar tarafından aynı hükümlere aykırı faaliyette bulunulması veya parti genel başkanı veya genel başkan yardımcısı veya genel sekreterinin sözü edilen bu maddeler hükümlerine aykırı olarak sözlü ya da yazılı beyanda bulunması,

c) Parti merkez karar ve yönetim kurulunca Yüksek Seçim Kuruluna partiyi temsilen konuşma yapacağı bildirilmiş olan kimsenin, radyo veya televizyonda yaptığı konuşmanın, bu Kanunun dördüncü kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı olması, hallerinde verilir.

d) 1. (b) bendinde sayılanlar dışında kalan parti organı, mercii veya kurulu tarafından bu Kanunun 4 üncü kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı fiilin işlenmesi halinde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak iki yılı geçmemiş ise, Cumhuriyet Başsavcılığı söz konusu organ, merci veya kurulun işten el çektirilmesini yazı ile o partiden ister. Parti üyeleri 4 üncü kısımda yer alan maddeler hükümlerine aykırı fiil ve konuşmalarından dolayı hüküm giyerler ise Cumhuriyet Başsavcılığı bu üyelerin partiden kesin olarak çıkarılmasını o partiden ister.

Siyasî parti, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde istem yazısında belirtilen hususu yerine getirmediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasa Mahkemesinde o siyasî partinin kapatılması hakkında dava açar. Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenmiş iddianamenin tebliğinden itibaren otuz gün içinde ilgili siyasî parti tarafından söz konusu parti organı, mercii veya kurulunun işten el çektirilmesi ve parti üyesi veya üyelerinin partiden kesin olarak çıkarılmaları halinde, o partinin kapatılması hakkındaki dava düşer. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi dosya üzerinde inceleme yaparak ve gerekli gördüğü hallerde Cumhuriyet Başsavcısının ve siyasî parti temsilcilerinin sözlü açıklamalarını ve konu üzerinde bilgisi olanları da dinlemek suretiyle açıl-

mış bulunan davayı karara bağlar.

2. (1) numaralı bent gereğince bir siyasî partiden kesin olarak çıkarılan veya çıkarılmayıp da bir siyasî partinin kapatılmasına sebep olan üyeleri, çıkarma kararının veya Anayasa Mahkemesinin kapatma kararının kendilerine yazı ile bildirilmesinden başlayarak on yıl süre ile başka hiçbir siyasî partiye alınamaz, parti kurucusu olamaz, seçimlerde parti listelerinde bağımsız aday da gösterilemez ve milletvekilliği için aday olamazlar. Aksi takdirde bu gibileri üye kaydeden veya parti kurucusu olarak kabul eden veya seçimlerde bağımsız aday gösteren siyasî partiler hakkında da (1) numaralı bent hükümleri uygulanır.

Bir siyasî parti üyesinin, bu madde gereğince partisinden kesin olarak çıkarılması veya çıkartılmayıp da partinin kapatılmasına sebep olması halinde, hakkında ayrıca genel hükümlere göre işlem yapılır. 95 inci madde hükmü saklıdır.

***8- "MADDE 103**.- Bir siyasî partinin, bu Kanunun 78 ila 88 ve 97 nci maddeleri hükümlerine aykırı fiillerin işlendiği bir mihrak haline geldiğinin sübuta ermesi halinde, o siyasî parti Anayasa Mahkemesince kapatılır.*

Bir siyasî partinin yukarıdaki fıkrada yazılı fiillerin mihrakı haline geldiği, 101 inci maddenin (d) bendinin uygulanması sonucunda bu fiillerin o partinin üyelerince kesif bir şekilde işlenmiş olduğunun ve bu fiillerin kesif olarak işlenmesinin o partinin büyük kongre; merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu yahut bu grubun yönetim kurulunca zımnen veya sarahaten benimsendiğinin sübuta ermesiyle olur."

VII- ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU

A- 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 101. Maddesinin (b) Bendi:

Davalı Parti savunmalarında, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (b) bendinin bu davada uygulanamayacağını ve ihmal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu, 24.4.1983 gününde yürürlüğe girmiştir. 101. maddenin (b) bendinde yürürlüğe girdikten sonra hiç

bir değişiklik yapılmamıştır. Madde, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kapsamı içindedir. Bu nedenle, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceği gibi, ihmal edilmesi de olanaksız olduğundan davalı Parti'nin ileri sürdüğü aykırılık savı ciddi görülmemiştir.

Güven DİNÇER, Lütfi F. TUNCEL ve Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

B- 2820 sayılı Yasa'nın 103. maddesinin ikinci fıkrası:

Ahmet N. SEZER, Güven DİNÇER, Selçuk TÜZÜN, Samia AKBULUT, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Lütfi F. TUNCEL ve Fulya KANTARCIOĞLU'ndan oluşan Anayasa Mahkemesi, siyasî parti kapatılması davasına bakan mahkeme sıfatıyla 8.1.1998 gününde, bakılmakta olan davada uygulanacak olan 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun, 3270 sayılı Yasa ile değişik 103. maddesinin ikinci fıkrasını, Anayasa'nın 69. maddesine aykırı gördüğünden, öncelikle bekletici sorun olarak bu konuda Anayasa'nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi uyarınca bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına Haşim KILIÇ'ın karşıoyu ve oyçokluğuyla karar vermiş; 9.1.1998 günlü, E:1998/2, K:1.998/1 sayılı kararı ile de, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 28.3.1986 günlü, 3270 sayılı Yasa ile değiştirilerek Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamından çıkan 103. maddesinin ikinci fıkrasını iptal etmiştir.

VIII- İNCELEME

A- Ön Sorunlar Yönünden

...

Anayasa'nın 83. maddesine göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerinden, o oturumdaki Baş-kanlık Divanı'nın teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar". Anayasa'nın bu kuralıyla, Meclis çalışmalarında ulusal istencin en iyi biçimde yansıtılması bakımından Milletvekillerinin görevlerini hiçbir etki altında kalmadan yapabilmeleri için kişiliklerine bağlı özel bir koruma getiril-

miştir. Bu korumadan parti tüzelkişiliğinin yararlanması söz konusu olamaz.

....

2- Davalı parti, Bakanlar Kurulu üyelerinin, siyasî denetime konu olabilecek eylemlerinin kapatılma nedeni sayılmasının, dokunulmazlıkları kaldırılmadan yargılanmaları anlamına geldiğini ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 98., 99. ve 100. maddelerinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgi edinme ve denetim yolları olan soru, Meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve Meclis soruşturması düzenlenmiştir. Bakanların bu yollarla siyasî denetime bağlı tutulmaları, taşıdıkları sıfatın doğal bir sonucudur. Siyasî parti kapatma davalarında ise, kişilerin eylemleri partiye bağlı olarak değerlendirildiğinden, Bakanlar Kurulu Üyelerinin Parti'yi sorumluluk altına soktukları ve kapatılmasına neden oldukları saptandığında, Anayasa'nın 84. maddesinde öngörülen hukuksal sonuçtan etkilenmeleri kaçınılmazdır.

Bu nedenle, getiriliş amaçları ve doğurduğu sonuçlar farklı olan siyasî denetim yolları ile siyasî partinin kapatılmasına bağlı olarak ortaya çıkan durum arasında bir bağlantı kurulması olanağı bulunmadığından bu hususa ilişkin sav yerinde görülmemiştir.

3- Davalı Parti savunmalarında, Anayasa ve Siyasi Partiler Yasası'nda düzenlenen siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davaların, ceza davası niteliğinde olduğunu, bu nedenle davada ceza hukuku ilkelerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.

Anayasa'nın "Siyasi partilerin uyacakları esaslar"ı belirleyen 69. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesi'nce kesin olarak karara bağlanır" denilmiş, hangi hallerde siyasi partilerin kapatılmasına karar verilebileceği de diğer fıkralarda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un, 4280 sayılı Yasa ile değiştirilen 33. maddesinde ise "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinde incelenir ve karara bağlanır" kuralına yer verilmiştir.

Bu düzenleme biçimi, yasa koyucunun siyasi partilerin yasaya aykırı eylemlerinin kapatılma yaptırımına bağlanmasını ceza hukuku ilkelerine daha yakın bulduğunu göstermektedir. Ancak, ceza davalarında, ceza yargılamasına özgü usul kurallarının uygulanması doğal olduğuna göre, parti kapatma davalarında özellikle aynı usulün uygulanacağının belirtilmesine gerek duyulması, bu davaların geleneksel anlamda bir ceza davası olmadığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, yasaların yaptırım öngördüğü hallerde, konunun temel hak ve özgürlüklerle yakın ilgisi nedeniyle yasak eylemlerin ve bunlara uygulanacak yaptırımların yasalarla belirlenmesi gibi temel ilkelerin göz önünde bulundurulması da Anayasal bir zorunluluktur.

Bu temel özellikleri taşıma gereği yönünden, hukukun diğer alanlarına göre ceza hukukuna daha yakın kabul edilse de, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, bütünüyle ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesine olanak bulunmayan kendine özgü davalardır. Ayrıca, siyasi partilere yasaklanan eylemlerin niteliği, bunların kapatılma sonucunu doğurabilmesi için aranan koşullar ve uygulanan yaptırım türünün ceza hukukundaki suç ve cezalardan farklılık göstermesi de bu davaların kendine özgü niteliğini öne çıkarmaktadır.

4- Davalı Parti, Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesi yürürlükten kaldırıldığı için parti üyesi milletvekillerinin bu madde kapsamına giren eylemleri nedeniyle kapatılmaya bağlı olarak milletvekilliklerinin düşmesine karar verilemeyeceğini ileri sürmektedir.

TCK'nun 163. maddesi 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır. Buna karşılık, madde kapsamına giren suçlara ilişkin eylemler, Anayasa ve Siyasi Partiler Yasası'nda yasaklanan eylemler arasında yerlerini korumuşlardır. Bunlara aykırılık, ancak partiye bağlanabildiğinde, onun yönünden yaptırım uygulanmasına neden olmaktadır. Yaptırımın partili milletvekillerine yansıyan sonuçlar doğurması ise, Anayasa'nın 84. maddesindeki özel düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla, milletvekillerine uygulanan yaptırım, salt partiyle olan bağlantı sonucu oluştuğundan partinin söz ve eylemine dönüşüp onun kapatılmasına neden olmadıkça uygulanma olasılığı yoktur.

Açıklanan nedenlerle, Parti'nin bu konuya ilişkin savı da yerin-

de görülmemiştir.

5- Davalı Parti savunmalarında, video bantların delil olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

Öğretide ve uygulamada doğruluğu her zaman kontrol edilebilen video bantlar, yasa dışı yollarla elde edilmediği sürece, yargıda kanıt olarak kabul edilmektedir.

Video bantların, yasa dışı yollarla sağlanmadığı ve konuşmaların da görüntü ve içerik bakımından bunları yaptığı iddia edilen kişilere ait olduğu dosyada bulunan belgeler ve bilirkişilerce yaptırılan çözümle sabit olduğundan, video bantlar delil olarak kabul edilmiştir.

B- Esas Yönünden

....

"Lâiklik", ortaçağ doğmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik yorumları yapılsa da, lâikliğin gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-din ve inanç ayrımını gerekli kılarak din ve vicdan özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda, siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende ise din, siyasallaşmadan kurtarılır; yönetim aracı olmaktan çıkarılır; gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Dünya işlerinin lâik hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi, çağdaş demokrasilerin dayandığı temellerden biridir. Kamusal düzenlemelerin dinî kurallara göre yapılması düşünülemez. Düzenlemelerin kaynağı dinî kurallar olamaz.

Türkiye'de lâiklik ilkesinin uygulanması, kimi batılı ülkelerdeki

lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına da yansıyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması biçimindeki tanımına karşın, islâm ve hıristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dinî ve din anlayışı tümüyle farklı ülkelerde lâiklik uygulamasının, aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan sonucudur. Kaldı ki, aynı dinî benimseyen batılı ülkelerde de lâiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Lâiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, farklı dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefi bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan lâiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmektedir. Tarihsel gelişiminin farklılığı nedeniyle Türkiye için özellik taşıyan lâiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir.

....

-....Demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır. Çağdaşlığın göstergesi olan bu ilke, Türkiye Cumhuriyeti'nde "ümmet"ten, "ulus"a geçmenin de itici gücü olmuştur.

Lâiklik ilkesinin kabulü ile doğmatik değerlerin yerine akla ve bilime dayanan değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik inançlara sahip olanlar, birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece, iç barış sağlanarak yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türk Ulusu'nun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, gücünü lâiklikten almış; milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış; Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Anayasa'da da bu ilkenin değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Lâiklik devlet etkinliklerinde dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek çağdaşlaşmayı hızlandırmıştır. Lâiklik, din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha bü-

yük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama biçimi ve insanlık idealidir. Lâik düzende, özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanç olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.

Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz.

2- Delillerin Değerlendirilmesi

Kapatma nedeni olarak gösterilen eylemler ve bunlara ilişkin deliller İddianamedeki sıraya göre irdelenmiştir.

a- Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'la İlgili Eylemler

aa- İddianamede, Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın ve partinin tüm yöneticilerinin, kendilerine oy getirdiği inancıyla hemen her konuşmalarında, okullarda ve hatta devlet dairelerinde başörtüsü ile öğrenim görme ve çalışmanın anayasal bir hak olduğunu ısrarla iddia ederek halkı kışkırttıkları, eylemler düzenledikleri ve hatta Necmettin Erbakan'ın "iktidar olduklarında rektörlerin başörtüsüne selam duracağını" 14.12.1995 günlü seçim konuşmasında söylediği ileri sürülmüştür.

.....

Yükseköğretim kurumlarında, bilimsel yöntemlerle yetişerek birlikte çalışmalar yapan gençlerin, kardeşlikleri, arkadaşlıkları ve dayanışmaları yarınları için önemli iken onları dinsel gereklerle ayırıma bağlı tutarak kimin hangi inançtan olduğunu gösterecek biçimdeki başörtüsü ile dinsel inanç ve görüşleri nedeniyle çatışmalara sevk edebilecek ortamın yaratılmasında ülkelerin geleceği bakımından yarar bulunmamaktadır.

Dinsel nedenlere dayanılarak başörtüsü ve türbanla boyun ve saç-

ların örtülmesine resmî daire ve üniversitelerde serbestlik tanınması, bir tür yönlendirme ve bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinden olanlar arasında bile ayrılıklar yaratacaktır. Bu durumun da lâiklik ilkesine aykırı düşeceği kuşkusuzdur.

...

Öte yandan, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 23.2.1984 günlü, 207/330; 16.11.1987 günlü, 128/486; 27.6.1988 günlü, 178/512 sayılı kararları ile Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 16.6.1994 günlü, 61/327 sayılı kararlarında da, Yüksek Öğretim Kurumlarında başörtüsü ve türban takan öğrencilerin Atatürk devrimleri ile lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı davrandıkları ve dine dayalı devlet düzenini benimsedikleri kabul edilmiştir. Buna karşın, davalı Parti Genel Başkanı Necmettin Erbakan ile kimi parti yetkililerinin mahkeme kararlarını etkisiz hale getirmek için resmi daire ve üniversitelerde türban kullanmayı teşvik eden lâiklik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı konuşmalar yaptıkları anlaşılmıştır.

...

Parti Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın lâiklik ilkesine ilişkin Anayasa ve yasa kuralları ile Anayasa Mahkemesi kararlarını göz ardı ederek, resmi daire ve üniversitelerde türban ve başörtüsü kullanmayı teşvik eden konuşmaları, lâik düzen karşıtları için bir mesaj oluşturmuştur. Nitekim ülkenin çeşitli yerlerindeki üniversitelerde ve cami önlerinde kamu düzeninin bozulmasına yol açan birçok eylem yapılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Parti Genel Başkanı'nın bu davranışlarının lâiklik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

bb- İddianamede, 23 Mart 1993 günü, TBMM Başkanı Hüsamettin Cindoruk'un Başkanlığında yapılan Siyasî parti liderleri toplantısında Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın, "Benim inandığım şekilde sen yaşayacaksın. Tahakkümün ortadan kalkmasını istiyoruz. Çok hukuklu bir sistem olmalı, vatandaş genel prensiplerin içerisinde kendi istediği hukuku kendisi seçmeli. Bu bizim tarihimizde

de olagelmiştir. Bizim tarihimizde çeşitli mezhepler olmuştur. Herkes kendi mezhebine göre bir hukuk içinde yaşamıştır ve de herkes huzur içinde yaşamıştır. Niçin ben başkasının kalıbına göre yaşamaya mecbur olayım?... Hukuku seçme hakkı inanç hürriyetinin ayrılmaz bir parçasıdır" dediği; bu ifadeyle lâik devlet düzenini eylemli olarak ortadan kaldıracak önerilerde bulunduğu ileri sürülmüştür.

....

Davalı Parti Genel Başkanı'nın konuşmalarında sözü edilen "çok hukuklu sistem", dayanağını İslâmiyet'in ilk yıllarında "Medine Sözleşmesi" diye bilinen bir uygulamadan almaktadır. Bu sözleşme ile Medine'deki yahudi ve putperest kabilelerin İslâm dinî kurallarına göre değil, kendi hukuklarına göre yaşama hakları olduğu kabul edilmiştir. Bu sözleşmeden hareket eden kimi siyasal islamcı düşünürler çağımızda da dinî gruplara kendi hukuklarını seçme özgürlüğü tanıyarak birlikte yaşamayı ve toplumsal barışa bu yolla ulaşmayı önermektedirler.

....

Gerçekten, Necmettin Erbakan'ın Genel Başkanı olduğu Milli Nizam Partisi'nin kapatılmasına ilişkin 20.5.1971 günlü, 1971-1-1 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında, kapatma nedenleri arasında sayılan kimi konuşmalarında; "kendilerinin imanlı Müslüman olduklarını, Avrupalılaşmanın anlamını bulamadığını, bir kadının kocasından boşanmak için iki şahidin kâfi geldiğini", "ne diye Cuma günleri tatil yapmıyorsunuz da Pazar tercih ediliyor. Pazar günü Hıristiyanlar kiliseye giderler, Cuma günü tatil yapılsa da Müslümanlar rahatça camiye gitseler olmaz mı? Ne mecburiyeti var bu milletin bu zulmü çekmeye" dediği; ayrıca, kendilerinin millet olarak bin yıllık hak yoluna döneceklerini, kendisinin iktidara gelmesiyle Müslüman bir Türk Devleti'nin teşekkül edeceğini belirten söz ve eylemleri de yer almaktadır.

Böylece Necmettin Erbakan'ın, 1970'de, Milli Nizam Parti-si'nin kuruluşundan beri … dine dayalı hukuk sisteminin getirilmesini amaçlamaktadır. Milli Nizam Partisi'nden beri devam eden ve yinelenen bu düşünce ve konuşmaların lâiklik ilkesine açık aykırılık oluşturduğu tartışmasızdır.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

cc- İddianamede, Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın 13.4.1994 günlü Meclis Grubu toplantısındaki; "Şimdi ikinci bir önemli nokta, Refah Partisi iktidara gelecek, adil düzen kurulacak. Sorun ne? Geçiş dönemi sert mi olacak, yumuşak mı olacak, kansız mı olacak? Bu kelimeleri kullanmak bile istemiyorum ama bunların terörizmin karşısında herkes gerçeği açıkça görsün diye bu kelimeleri kullanma mecburiyetini duyuyorum. Türkiye'nin şu anda bir şeye karar vermesi lâzım. Refah Partisi adil düzen getirecek, bu kesin şart. Geçiş dönemi yumuşak mı olacak, sert mi olacak, tatlı mı olacak, kanlı mı olacak altmış milyon buna karar verecek" biçimindeki konuşması, kapatma nedenleri arasında sayılmıştır.

Necmettin Erbakan bu konuşmasında özetle, "Refah Partisi'nin iktidara gelmesiyle adil düzenin kurulacağını ancak iktidara gelmek için geçecek sürecin kanlı mı? kansız mı olacağına altmış milyonun karar vereceğini" söylemiştir. Konuşmadaki "Adil düzen" le anlatılmak istenen dinî kurallara dayalı devlet düzenidir. Refah Partisi Genel Başkan Yardımcıları'ndan Ahmet Tekdal'ın 1993 yılında Hac'da yaptığı konuşmada sözünü ettiği "hak nizamı" ile "adil düzen" arasında anlam ve içerik bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Dine dayalı devlet düzeni özlemini yansıtan bu konuşma, Parti'nin genel eğilimini ve kararlılığını göstermektedir.

....

ee- İddianamede, Refah Partisi Genel Başkanı ve Başbakan Necmettin Erbakan tarafından, lâiklik karşıtı söz ve davranışlarıyla tanınan kimi tarikat liderlerine, Devrim yasalarına aykırı kıyafetleriyle geldikleri Başbakanlık konutunda yemek verilerek bu kişilere Devlet katında itibar gösterildiği ve eylemlerinin hoş karşılandığı ileri sürülmüştür.

.....

İktidar Partisi'nin Genel Başkanı sıfatını taşıyan bir kimsenin lâiklik karşıtı söz ve eylemlerden kaçınmada herkesten daha dikkatli ve özenli olması gerekir. Parti Genel Başkanlığı yanında Başbakan olan bir kimsenin Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan sonra lâiklik ilkesinin gerçekleştirilmesine yönelik Anayasa'nın 174. maddesinde sayılan devrim yasalarına aykırı kıyafetler içindeki kişileri başbakanlık

konutuna davet ederek bunların Devlet katında kabul gören kişiler olduğu görüntüsünü vermesi lâik hukuk düzeninin reddi anlamına gelmektedir.

…

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

b- Rize Milletvekili Şevki Yılmaz'ın Konuşmaları

...

c- Ankara Milletvekili Hasan Hüseyin Ceylan'ın Konuşma-ları

...

d- Ahmet Tekdal'ın Konuşması

İddianamede Refah Partisi Ankara Milletvekili ve Genel Başkan Yardımcısı Ahmet Tekdal'ın 1993 yılında Hac'da yaptığı ve 24.11.1996 günü Kanal D televizyonunda görüntülü olarak verilen konuşmasında,

"Parlamenter sistemin hâkim olduğu yerlerde, eğer bir millet gerekli şuuru göstermez, hak nizamının tesisi sadedinde gayret sarf etmez ise kendisini iki bela karşılayacaktır. Bunlardan bir tanesi bütün münkerler karşısına gelecek, zulüm görecek ve zulmün neticesinde de helak olup gidecektir. Bir diğeri mükellef olduğu hak nizamının tesisi için çalışmadığı için Cenabı Hakka hesabını veremeyecektir ve bu takdirde de yine zelil olacaktır. İşte değerli kardeşlerim, bu hassasiyetlere dikkat etmek suretiyle hak sistemini tesis etmek isteyen ve bu uğurda mücadele eden topluluklara elden gelen gayretin gösterilmesi elbette ki vazifemizdir. Türkiye'de hak nizamı tesis etmek isteyen siyasal kadronun adı Refah Partisidir" dediği ve böylece de lâikliğe aykırı davrandığı ileri sürülmüştür.

Davalı Parti ise savunmalarında, bu konuşmanın Hac'da yapıldığını, zamanının belli olmadığını, konuşmada montaj bulunup bulunmadığının araştırılmadığını, Partiyle ilişkilendirilemeyeceğini ve lâikliğe aykırılığın unsurlarını taşımadığını belirtmiştir.

Refah Partisi Genel Başkan Yardımcısı Ahmet Tekdal'ın bu konuşmasını 1993 yılında "Hac ziyaretinde yaptığı dosyada bulunan ve montaj olmadığı bilirkişi incelemesinde belirtilen video banttan ve çö-

zümünden anlaşılmıştır. Konuşmada, hak nizamının kurulması için yaptığı çağrı ile şeriata dayalı devlet düzeni amaçlandığı sonucuna varılmıştır. Bu söylem ve amacın lâiklik karşıtı olduğu açıktır.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamıştır.

e- Şükrü Karatepe'nin Konuşması

....

f- İbrahim Halil Çelik'in Konuşması

....

Konuşma içeriğinden açıkça "Şeriat" düzeninin istendiği ve Cezayir'deki gibi bir şiddetin özlendiği anlaşılmaktadır. Bu davranışın lâiklik karşıtı olduğu kuşkusuzdur.

....

g- Refah Partisi Genel Başkan Yardımcısı ve Adalet Baka-nı Şevket Kazan'ın Sincan Belediye Başkanı Bekir Yıldız'ı Ceza-evinde Ziyareti:

İddianamede, Refah Partisi Sincan Belediye Başkanı Bekir Yıldız'ın terör örgütü liderlerinin büyük boy posterlerini salona astırarak düzenlediği Kudüs Gecesinde aydınlara zorla "şeriat enjekte edeceğini" söylediği için Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesince tutuklanmasından sonra, Refah Partisi Genel Başkan Yardımcısı ve Adalet Bakanı Şevket Kazan tarafından cezaevinde ziyaret edildiği belirtilmiştir.

....

Sincan olayları ile suçlanarak tutuklanan ve sonradan bu eylemi nedeniyle cezalandırılan ve mahkûmiyeti kesinleşen Sincan Belediye Başkanı'nın, Adalet Bakanı tarafından tutuklu iken tatil gününde ziyaret edilmesinin özel bir anlamı olduğu kuşkusuzdur. Devletin koruması ve denetimi altındaki hükümlüler ve tutuklular özel kurallara bağlıdır. Adalet Bakanı, hiçbir hükümlü ve tutukluya diğerlerinden daha uzak veya daha yakın olamayacağı gibi bu anlayışa neden olacak bir uygulama içinde de bulunamaz. Hükümlülerden veya tutuklulardan birinin Adalet Bakanı tarafından kural ve gelenek dışı ziyaret edilmesi, onun hukuk dışı eylemlerinin benimsendiği ve onaylandığı anla-

mına gelir.

Kaldı ki, aynı zamanda Refah Partisi Genel Başkan Yardım-cısı da olan Adalet Bakanı tarafından tutuk evinde ziyaret edilen Sincan Belediye Başkanı, belediye başkanlığı görevi ile hiçbir ilgisi olmayan lâiklik karşıtı bir takım siyasî gösteriler sergilemiş ve Anayasa'nın lâik Cumhuriyet ilkesine ve yasalara açıkça meydan okumuş ve toplumda büyük tepkilere neden olmuştur. Adalet Bakanı Şevket Kazan'ın tutuklu Sincan Belediye Başkanını cezaevinde ziyareti, Sincan'da, Belediye Başkanınca başlatılan ve yürütülen lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı siyasî gösterilerin Refah Partisi'nce de benimsendiğini ve desteklendiğini gösteren ve bu yolla kamuoyuna verilen bir mesaj niteliğindedir.

Bu nedenlerle, Şevket Kazan'ın eylemi lâik Cumhuriyet ilkesine aykırı görülmüştür.

Samia AKBULUT, Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamıştır.

h- İddianamede, gereğinden fazla imam-hatip okulları ve ilahiyat fakülteleri varken, Milli Güvenlik Kurulu'nun, ihtiyaç fazlası imam hatip okullarının kapatılması veya bundan böyle yeni imam-hatip okulları açılmaması yolundaki tavsiye kararlarına karşın Refah Partisi propagandalarında, sürekli yeni imam-hatip okullarının açılmasını istediği belirtilmiş, bu davranışların da lâiklik ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Davalı Parti ise, savunmalarında, iktidarları döneminde Milli Eğitim Bakanlığı'nın kendilerinde olmadığını ve Refah Partisi'nin hiçbir imam hatip okulu açmadığını açıklamıştır.

Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yeni İmam Hatip Okulları'nın açılması ya da açılmış olan İmam Hatip Okulları'nın kapatılmaması konularında Davalı Parti'nin lâikliğe aykırı davranışlarıyla ilgili somut deliller sunulamamıştır.

1- Sonradan Sunulan Deliller

Dava açıldıktan sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Davalı Partinin lâiklik karşıtı eylemlerin odağı haline geldiğini gösteren kimi kanıtlar ileri sürüldüğünden, bu kanıtlar da ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

aa- Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın Kanal 7'nin Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Yaptığı Konuşma:

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, 7.5.1996 günü yapılan bu konuşmada Necmettin Erbakan'ın; "...Bir devletin televizyonu olmadan devlet olmaz. Siz bugünkü kadronuzla bir devlet kursanız, bir televizyon kursanız, 24 saatten fazla neşriyat bile yapamazsınız. Siz devlet kurmayı ne zannediyorsunuz? 10 sene evvel kendilerine bu sözü söylemiştim; bugün şimdi bu söz hatırıma geliyor. Çünkü bir inanç, bir topluluk, belli bir dünya görüşünün sahibi olan insanlar, bugün Allah'a şükürler olsun bir televizyona sahip olmuşlardır. Bu çok büyük bir olaydır.

...

Davalı Parti ise savunmalarında, bu konuşmanın Afgan Mücahitleri için yapıldığını, basına açık olmadığını, ayrıca video-bantta atlamalar olduğunu, konuşmanın tamamının verilmediğini belirtmiştir.

Video-bant'ın incelenmesinden, baş tarafta Afgan Mücahitlerine hitap edildiği ancak, asıl amacın Kanal 7'ye yardım toplamak olduğu ve bu amaca yönelik bir konuşma yapıldığı anlaşılmaktadır. Yaptırılan bilirkişi incelemesinden de, bantta herhangi bir montaj olmadığı sonucuna varılmıştır.

Necmettin Erbakan'ın herkese açık olan bir toplantıda Kanal-7 için yaptığı konuşmada, "Hakkın hakim olması" için yapılacak cihatta televizyonun önemi anlatılarak, bu yoldaki yayınların "topçu kuvveti" veya "hava kuvveti"nin bir tepeyi bombalaması niteliğinde olduğu belirtilmiştir

Konuşmada, dine dayalı bir devlet düzeninin kurulmasını sağlamak amacıyla yapılacak propagandalarda televizyonun önemi belirtilerek, bu amacın gerçekleşmesi için yayın yapan televizyonlara yardım yapılması çağrısında bulunulmuş, bu davranışın öldükten sonra bu kişilere yararı olacağı belirtilmiştir.

Yukarıda Rize Milletvekili Şevki Yılmaz'ın yaptığı konuşmaya ilişkin bölümde belirtildiği gibi "cihat", islamî nizamı hâkim kılmak veya bu nizamı savunmak amacıyla yapılan savaşları ifade etmektedir. Bu tür eyleme olur veren bir söylemin lâikliğe aykırı olduğu kuşkusuz-

dur.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamıştır.

bb- Çalışma Saatlerinin Ramazan Ayı'nda İftara Göre Düzenlenmesi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, çalışma saatlerini Ramazan Ayı'nda iftara göre düzenleyen 13.1.1997 günlü, 97/9022 sayılı "Bakanlar Kurulu" kararının da Refah Partisi'nin lâiklik karşıtı eylemlerinden olduğu ileri sürülmüştür.

Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı hakkında Danıştay 12. Dairesi'nce lâiklik ilkesine aykırı bulunarak yürütmenin durdurulması kararı verilmesi Davalı Parti'nin bu konudaki eğilimlerini göstermektedir.

....

IX- SONUÇ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 21.5.1997 günlü, SP.l3. Hz.1997/109 sayılı İddianamesi'yle Refah Partisi'nin Anayasa'nın 69. maddesinin altıncı fıkrası göndermesi ile 68. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince kapatılması istenilmekle, gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Lâik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemleri nedeniyle Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (b) bendi ve 103. maddesinin birinci fıkrası gereğince REFAH PARTİSİ'NİN KAPATILMASINA, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Beyan ve eylemleri ile Parti'nin kapatılmasına neden olan, Konya Milletvekili Necmettin ERBAKAN, Kocaeli Milletvekili Şevket KAZAN, Ankara Milletvekili Ahmet TEKDAL, Rize Milletvekili Şevki YILMAZ, Ankara Milletvekili Hasan Hüseyin CEYLAN ve Şanlıurfa Milletvekili İ. Halil ÇELİK'in milletvekilliklerinin Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince, gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte sona ermesine, OYBİRLİĞİYLE,

3- Beyan ve eylemleri ile Parti'nin kapatılmasına neden olan üyeleri Necmettin ERBAKAN, Şevket KAZAN, Ahmet TEKDAL, Şevki YILMAZ, Hasan Hüseyin CEYLAN, İ. Halil ÇELİK ile Şükrü KARATEPE'nin Anayasa'nın 69. maddesinin sekizinci fıkrası gere-

ğince gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süre ile bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetici olamayacaklarına, OYBİRLİĞİYLE,

4- Davalı Parti'nin tüm mallarının 2820 sayılı Yasa'nın 107. maddesi gereğince Hazine'ye geçmesine, OYBİRLİĞİYLE,

5- Birtrilyonikiyüzotuzaltımilyar lira devlet yardımının Parti'ye ödenmemesine ilişkin 12.1.1998 günlü, E.1997/1 (Siyasi Parti-Kapatma) sayılı tedbirin, gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasına kadar devamına, OYBİRLİĞİYLE,

6- Gereğinin yerine getirilmesi için karar örneğinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na, Başbakanlığa ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine, OYBİRLİĞİYLE,

16.1.1998 gününde karar verildi.

Anayasa Mahkemesinin yukarıya önemli kısımları alınan söz konusu kararı hukuksal değerlendirmeye tabi tutarken daha önceki yöntemimizden farklı olarak her bir hukuka aykırılığı bir başlık altında ifade etmeye çalışacağız.

A) HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE USUL KURALLARI YÖNÜNDEN AYKIRILIKLAR

a) Davanın bir ceza davası olduğu, davanın türü hakkındaki Mahkeme görüşünün hatalı oluşu:

Ceza Hukuku bağlamında ancak gerçek kişilerin suç işleme ehliyeti bulunmaktadır. Çünkü ancak gerçek kişiler ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen fiilleri işleme yeteneğine sahiptir. Siyasal partiler, dernekler, vakıflar kısacası tüzelkişilikler nitelikleri gereği, suç işleyemezler. Gerçek kişiler suç işlemek için bir teşekkül meydana getirebilirler, suç işlemek için bir teşekkül meydana getirilmesi de suçtur, o halde teşekkülün kendisi değil onu kuranlar yargılanabilirler. Bizzat bu durum dahi bize kurum ve kuruluşların suç işleme yeteneğine sahip olmadığını –suçun öznesi olmadığını- göstermektedir. Ne var ki yasalara göre

kurulan bir tüzelkişilik –şirket, dernek, vakıf, siyasi parti- suç işlemenin bir aracı olarak kullanılırsa ona pekâlâ yaptırımlar uygulanır, ceza hukuku bağlamında bunlara "ceza yerine geçen güvenlik tedbiri" denilmektedir ve bu tedbirlerin bizatihi kendileri hep ceza hukuku alanında kalmakta, bu tedbirlerin ne suretle uygulanacağını ceza kanunları göstermektedir. Bu hususlar göz önüne alındığında; siyasi partilerin kapatılması için açılan davalar mahiyetleri gereği bir ceza davasıdır. Bu dava türünün diğer ceza davalarından sadece iki farklılığı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi davanın şüpheli veya eski deyimiyle sanığının siyasi parti yani bir tüzel kişilik oluşu, diğeri ise bu davanın bir ceza mahkemesinde görülmeyip Anayasa Mahkemesinde görülmesidir. Bu iki farklılığa karşılık bir ceza davasındaki bütün özellikler bu dava türünde de eksiksiz bulunmaktadır.

Bu bir ceza davasıdır, çünkü ceza hukukunun en temel kavramları olan suç –dava şartı- ve yargılama sonunda uygulanacak yaptırım -ceza- bu davada mevcuttur. Kanun koyucu bir tüzel kişilik olan siyasi partiler hakkında suç niteliğinde eylemler tanımlamış, bu eylemlerin siyasi parti tüzel kişiliği tarafından işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımlar öngörmüştür.

Bu bir ceza davasıdır, çünkü Anayasa'ya (69. madde), 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a[33] (33. madde) ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na (98. madde) ye göre bu dava Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılmaktadır. Bu sayılan hukuksal düzenlemelerde dava açmaya yetkili başka bir makam veya merci gösterilmemiştir. Cumhuriyet başsavcıları ve emrindeki cumhuriyet savcıları kamu düzenini ihlal eden eylemleri işleyenler hakkında, bu eylemler için kanunlarda öngörülen cezaların verilmesi istemiyle ceza mahkemelerinde dava açan kamu görevlileridir.

Bu bir ceza davasıdır, çünkü 2949 sayılı Kanunun sözü geçen 33. maddesinde davanın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uygulanmak suretiyle inceleneceği hükme

[33] 2010 Yılındaki Anayasa değişikliğinden önceki Kanun, bu Kanun yerini 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Kanun'a bırakmıştır.

bağlanmıştır. Eğer bu bir ceza davası olmasaydı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre davanın görülmesi veya bu davaların görülme usulüyle ilgili özel bir kanunun olması gerekirdi.

Bu bir ceza davasıdır, çünkü bizzat Anayasa Mahkemesi eleştiri konusu yapılan kararında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının dava dilekçesini "iddianame" ismiyle anmıştır. "İddianame" cumhuriyet başsavcılıklarınca ceza mahkemelerinde açılan davaların başvuru dilekçesinin adıdır.

Anayasa Mahkemesinin bu davanın bir ceza davası olmadığı yolundaki nitelemesi, davanın eğer ceza davası olduğunun kabul edilmesi halinde Refah Partisinin, suç ve cezaya ilişkin Anayasanın ilgili hükümlerinde ifadesini bulan ilkelere göre kapatılmasına imkân bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

b) Kararın "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılığı:

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 103. maddesinin odak veya mihrak olmayı tanımlayan ikinci fıkrası hükmü Anayasa Mahkemesinin 9.1.1998 günlü, E:1998/2, K:1.998/1 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesinde Anayasanın 69. maddesinde yer alan, mihrak veya odak tanımında "sübut" şartı öngörülmediği halde 2820 sayılı Kanunun anılan maddesi hükmünde sübut şartının öngörülmüş olmasıdır. Bir suçun sübut bulup bulmadığı yetkili ve görevli ceza mahkemesinde failin yargılanması ile ortaya çıkan bir sonuçtur. Gerçekten Anayasanın 69. maddesinin ilgili fıkrasında "odak" kavramı belirtilirken atıf yapılan 68. maddedeki fiillerin odağı haline gelmenin "sübut bulma" şartına bağlanmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi anılan kararında bu keyfiyetten hareket etmiştir. Ancak belirtilen husus doğru olsa da 2820 sayılı Kanunun 103. maddesinin söz konusu ikinci fıkrasının iptali hukuka uygun bir yargısal tasarruf değildir. Çünkü Anayasa bir ceza kanunu değildir, dolayısıyla ceza kuralı öngörmez. 69. maddesinde siyasi partilerin kapatılmasına sebep olarak belirli eylemlerin

odağı olma keyfiyetini belirlemiştir. Ancak "odak" kavramının içeriğinde yer alacak unsurların neler olacağının belirlenmesi ve bu unsurlar çerçevesinde "odak olma" fiilinin yani "siyasi parti bakımından suç olan bu eylemin" tanımlanması işini kanun koyucuya bırakmıştır. Anayasa koyucu istese idi "odak olma"yı bizzat tanımlayabilirdi. Kendisi bir tanım yapmadığına ve "odak olma"nın gerçekleşmesindeki unsurları belirlemediğine göre kanundaki odak tarifi Anayasanın 69. maddesinde geçen "odak" kavramına aykırılık oluşturmayacak demektir.

Bu husus sözü geçen 69. maddenin son fıkrasında yer alan; "*Siyasi partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenme ve kapatılmaları ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir.*" , hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır.

Keza başka bir örnek vermek gerekirse; Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması" başlığı altında düzenlenen 14.maddesinin birinci fıkrasında Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin fıkra hükmünde sayılan olumsuz fiilleri gerçekleştirmek için kullanılamayacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrada Anayasada yer alan hükümlerinin hiçbirinin yine bu olumsuz eylemlere izin verir şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiş, takip eden son fıkrada ise aynen *"Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."*, hükmüne yer verilmiştir. Anayasa koyucu bu hükümle aslında Anayasanın bir ceza kuralı düzeni gibi anlaşılamayacağını da ortaya koymuştur.

Cezai bir yaptırımın uygulanması o yaptırımın kanunla tanımlanmış olmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kanun hükmünü Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal etmekle ortada bir ceza kuralı kalmamıştır. Anayasanın bizzat 69. maddesinde geçen ve kanun hükmü olmadan içeriğinin anlaşılmasına imkân olmayan "odak" kavramına dayalı olarak kapatılması mümkün değildir. Bu yönüyle eleştiri konusu yapılan karar; Anayasanın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlığı altında düzenlenen 38. maddesinde anlam ve ifadesini bulan "kanunsuz

suç ve ceza olmayacağı" yönündeki ilkeye aykırıdır.

c) Kararın ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan "genişletici yorum yasağı"na aykırılığı:

Anayasa Mahkemesi'nin 2820 sayılı Kanunun "odak olma" ile ilgili sözü geçen madde hükmünü iptal etmesinin zorunlu sonuçlarından biri de, odak kavramının şekilsiz ve kapalı bir kavram haline gelmiş olmasıdır. Böyle bir durumda kavramın anlaşılması için yapılan yorumlar öznel olma, nesnellikten uzaklaşılma gibi zaaflar taşıyacaktır. Zaten anılan Kanunun ilgili hükmünün iptalinin nedeni, Mahkemenin söz konusu madde hükmü doğrultusunda partinin kapatılmasına karar vermesinin mümkün olmayışıdır. Şekilsiz ve muğlak kavramların da ceza hukukunun yorum yöntemlerine bağlı kalınarak dar yorumlanması pekâlâ mümkündür, ancak her zaman böyle yapılmasının herhalde bir güvencesi bulunmamaktadır.

Ceza hukukçuları tarafından gerek öğretide gerekse uygulamada geliştirilen bu ilke az önce üzerinde durulan "kanunsuz suç ve ceza olamayacağı" ilkesine bağlı veya en azından onunla mutlak bir ilişki içinde bulunan bir ilkedir. Genişletici yorum yöntemiyle bir ceza kuralının anlaşılmaya çalışılması halinde, o ceza kuralı; kanun koyucunun öngörmediği bir biçimde ve anlamda uygulanabilir. Ceza hukukunda kıyas yasağı vardır. Genişletici yorumla kıyas yasağına tecavüz edilmiş olur. Anayasa Mahkemesi odak kavramını "genişletici yorum yasağı" na aykırı bir biçimde anlamış ve kıyas yasağına da tecavüz etmiştir.

d) Kararın "kanunların geriye yürümezliği" ilkesine aykırılığı:

Anayasanın 69. Maddesine "odak" kavramı 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunun 7. Maddesiyle girmiştir. Bu Kanunla yapılan değişiklikten önce -68. Maddeye atıfla- "odak olma" şeklinde belirlenen bir siyasi parti kapatma nedeni bulunmamakta-

dır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı iddianamesinde kapatma nedeni olarak gösterilen fiillerin, Refah Partisinin savunmalarında 1993 ve daha önceki yıllarda işlendiği söylenmiştir. İddia makamı da bu savunmalarda ortaya konan iddianın aksi olduğunu ortaya koymamıştır veya koyamamıştır. Şu halde Anayasanın 69. Maddesinin altıncı fıkrası hükmünün bir ceza kuralı olarak kabul edilmesi halinde bile bu hükme dayalı olarak davalı partinin kapatılması mümkün bulunmamaktadır. Zira kanunlar yürürlüğe girmesinden önceki olaylara uygulanamaz.

Anayasanın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlığı altında yer alan 38. Maddesinin birinci fıkrasında, ceza kuralı bakımından "kanunların geriye yürümezliği ilkesi" özel olarak tanımlanmıştır. Fıkra hükmü; *Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*, şeklindedir. Bu hüküm nazara alındığında 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 103. Maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasanın 69. Maddesinin altıncı fıkrasına aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması; kapatma kararı verilmesini sağlayacak ve hukuksal sebep yaratacak bir "hile i şeriyye" oluşturulmasına yeterli değildir. İşte Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı ile Anayasanın az önce anılan 38. maddesi hükmü göz ardı edilmiştir.

e) Kararın "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılığı:

Bir eylemin, gerçek kişi için suç oluşturmaz iken o gerçek kişinin mensubiyet bağı ile bağlı olduğu tüzel kişilik bakımından cezai yaptırımı gerektiren bir suç oluşturması anlaşılabilir bir durum değildir. Kanunun bir kısım eylemleri siyasi partiler bakımından cezai yaptırımı gerektiren davranışlar olarak kabul etmesi durumunda bile eğer Anayasa Mahkemesi hukukun evrensel değerlerine kendini bağlı hissediyorsa o hükmü veya hükümleri tıpkı 2820 sayılı Kanunun 103. Maddesinin ilgili fıkrası hükmünü iptal ettiği gibi iptal etmesi gerekir. Ancak bizim Anayasa Mahkememiz kendini evrensel hukuk standartları ile

bağlı hissetmediği için kendisinden böyle bir şey beklemek nafile bir davranıştır.

f) Kararın "suç ve cezaların şahsiliği" ilkesine aykırılığı:

Ceza sorumluluğu şahsidir. Bu ilke de Anayasanın sözü geçen 38. Maddesinde aynen yer almıştır. Bu ilke, ceza hukuku alanında insanlığın büyük acı deneyimler yaşadıktan sonra ulaştığı insani ve vicdani bir ilkedir.

Tarihin eski dönemlerinde bir kimsenin işlediği suçtan bütün bir klan veya aşireti sorumlu tutuluyordu. Daha sonra bir miktar sınırlı bir sorumluluk anlayışına geçildi. Suçtan suçlunun üyesi olduğu aşiret yerine bu defa sadece ailesi sorumlu tutulmaya başlandı. Bu önceki durumla kıyaslandığında ciddi ölçüde bir vicdani ve zihinsel gelişme durumuna işaret ediyordu.

İnsanlık âleminin günümüzde ulaştığı aşamada artık ceza sorumluluğunun şahsiliği noktasına gelinmiş bulunulmaktadır.

Refah Partisinin kapatılması davasında Mahkeme çok sınırlı sayıda –topu topu beş kişi- partilinin söz veya eylemlerinden dolayı iki milyon üyesi olan bir partiyi kapatmıştır. Yani beş kişinin eyleminden dolayı – o eylemler de suç değil- koskoca bir parti kapatılmıştır. Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi hiç umursanmadan ihmal edilmiştir. Oysa 2820 sayılı Kanunun Mahkemece iptal edilen 103. Maddesinin ikinci fıkrası hükmü iptal edilmese idi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 101. Maddesi hükmüne uygun davranıp davranmadığı gözetilse idi bu sözünü ettiğimiz ilkeye aykırılık durumu oluşmazdı.

g) Davada Mahkemenin 2820 sayılı Kanunun odak kavramının tanımını içeren hükmünü iptal etmekle kanun koyucu gibi davranmış olması:

Anayasanın "Anayasa Mahkemesinin kararları" başlığı altında yer alan 153. maddesinin ikinci fıkrasında; *"Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uy-*

gulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." , hükmü yer almıştır.

Anayasanın 69. maddesinde "odak olma" durumunun siyasi partinin kapatılmasını gerektiren bir siyasal parti eylemi olduğu belirlenmiştir. Ancak odak olmanın tarifi ve unsurları Anayasa bir ceza kuralları düzenlemesi olmadığı için kanuna bırakılmıştır. 2820 sayılı Kanunun yukarıda sözü edilen ilgili maddesi hükmü Anayasanın 69. maddesine aykırı bulunarak Mahkemece iptal edilmiştir. Yüksek Mahkemenin bu davranışı, odak olmayı kendi indi anlayışına göre değerlendirdiğinin açık bir delilidir. 2820 sayılı Kanunun "odak olma" ile ilgili hükmü iptal edilince "odak" kavramının içeriğini Anayasa Mahkemesi kendisi belirleyerek davalı partinin kapatılmasına karar vermiştir. Odak kavramının içeriği Anayasa Mahkemesince kapatma davasında kendisi tarafından belirlendiğine göre zorunlu olarak Anayasanın yukarıya alınan 153. maddesinin ikinci fıkrasında ifadesini bulan "kanun koyucu gibi davranma" yasağına aykırı hareket edilmiş olmaktadır.

h) Anayasa Mahkemesinin odak kavramını nasıl anladığının belirsizliği, odak kavramının kararda ortaya konulamamış olması:

Mahkemenin odak kavramına yüklediği anlamın çerçevesi ve sınırları belli değildir. İki milyon üyesi olan ve altı milyon oy alarak iktidarı oluşturan koalisyon hükümetinin büyük ortağı olan davalı partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı sayılması için yedi üyesinin – o da suç olmayan- davranışları yeterli görülmüştür. Odak kavramının sınırları ve unsurlarının neler olduğu eleştiri konusu yapılan karardan hiçbir surette anlaşılamamaktadır. Oysa Yüksek Mahkemece 2820 sayılı Kanunun def'i itiraz yolu ile iptal edilen ilgili hükmünde, odak olmanın unsurları ile kapsamı açık bir şekilde ortaya konulmuştu.

Diyelim ki, odak kavramını kanun da tanımlamadı, ancak bu kavram ve onun ifade ettiği olgu siyasi partilerin kapatma nedeni olarak görüldü, bu durumda ne yapılabilir? Yapılacak şey

son derece basit: parti üyelerinin eylemlerinin kanunlarla suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığının tespit edilmesidir. Eğer kapatma davasının iddianamesinde kapatma nedeni olarak belirtilen eylemler ceza kuralları bakımından suç değilse o takdirde "odak olma" keyfiyeti davaya neden olan olayda gerçekleşmemiş demektir.

Davalı partinin üyelerinin herhangi bir şiddet olayına karıştıkları yolunda iddia makamınca ileri sürülebilmiş tek bir iddia bulunmamaktadır.

ı) Davalı Partinin 2820 sayılı Kanunun 101/b bendi hükmü ile ilgili Anayasaya aykırılık iddiası üzerine yapılan değerlendirmenin isabetli olmadığı:

Davalı Parti savunmalarında, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (b) bendinin bu davada uygulanamayacağını ve ihmal edilmesi gerektiğini ileri sürmüş, buna karşılık Anayasa Mahkemesince; 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu, 24.4.1983 gününde yürürlüğe girdiği, 101. maddenin (b) bendinde yürürlüğe girdikten sonra hiç bir değişiklik yapılmadığı, maddenin Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kapsamı içinde olduğu, bu nedenle, Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği gibi, ihmal edilmesinin de imkânsız olduğu belirtilmek suretiyle Refah Partisi'nin ileri sürdüğü aykırılık iddiası ciddi görülmemiş veya dikkate alınmamıştır. Ancak bu hukuksal değerlendirme pek isabetli olmasa gerek. Zira anılan Kanunun söz konusu maddesi hiç değişiklik görmemekle beraber bu maddenin Anayasadaki dayanağı olan 68. madde 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunun 6. maddesi hükmü ile değiştirilmiştir. Hatta 68. maddenin değişiklikten önceki başlığı *"Parti kurma, partilere girme ve partilerden çıkma"* şeklinde iken değişiklikten sonra; *" Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma"* biçimine dönüşmüştür.

Anayasanın bu maddesinde yapılan değişiklik sonucu, bu maddeye dayalı 2820 sayılı Kanunun 101. maddesinin Anayasanın "Geçici 15. maddesi" hükmü karşısındaki durumu değiş-

miş olmaktadır. Çünkü değişiklik ile yeni bir hukuksal durum ortaya çıkmıştır. Geçici 15. maddenin amacı, 18.10.1982 tarihinde kabul edilip 9.11.1982 tarihinde yayımlanan Anayasada yer alan hükümlere Güvenlik Konseyinin idaresi döneminde çıkarılan Kanunların yine Güvenlik Konseyi tarafından hazırlatılan Anayasaya aykırılığın ileri sürülememesini temin etmektir. Oysa Anayasanın 68. maddesinde 1995 yılında yapılan değişiklik ile oluşan yeni hüküm pekâlâ 2820 sayılı Kanunun 101.maddesinin ilgili hükmü ile çelişebilir. Bu çelişme durumunun Konseyin Anayasaya aykırı kanun yaptığı yargısı ile eleştirilmesine de imkân yoktur. Çünkü Konsey döneminde çıkarılan 2820 sayılı Kanunun ilgili hükmü Konsey döneminde çıkarılan Anayasa hükmü ile değil daha sonra değiştirilen hüküm ile çelişmektedir. O halde anılan Kanunun ilgili maddesi Anayasanın Geçici 15. maddesinde yer alan koruma hükmünden yararlanamaz.[34]

Aslında Geçici 15. madde bir bütün olarak incelenirse amacının 12 Eylül rejiminin sorumlularını korumak olduğu açıkça görülür. Maddenin son fıkrasında; o dönemde çıkarılan kanunların kanun hükmünde kararnamelerin ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak Mahkemelerin bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu tespit etmesi hukuksal olarak bir "iddia" değil, bir "tespit"tir. Mahkemeler sonraki dönemlerde, Geçici 15.maddenin son fıkrası hükmünün varlığına rağmen tarafların bir iddiası olsun veya olmasın o dönemde çıkarılan ve derdest davanın çözümünde uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün Anayasaya aykırılığı tespitini yaparak verecekleri "gönderme kararı" ile konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne götürebilirlerdi. Zira mahkemelerin vereceği kararlar az önce söylendiği gibi hukuken birer iddia değil birer hukuksal tespittir.

Anayasa Mahkemesinin Davalı Partinin anılan Kanunun ilgili hükmü hakkındaki üzerinde durulan bu aykırılık iddiasını

[34] Bu konuda bknz. Fulya Kantarcıoğlu'nun söz konusu kararda ki muhalefet oyunda ortaya koyduğu gerekçe…

bu şekilde reddetmesi, karara imza koyan hâkimlerin zihin kodlarını vermektedir. Darbeyi destekleyen onu kutsayan, din gibi değişmez kabul eden bir zihin kodudur, bu. Anayasa değişikliklerini esastan inceleyen Mahkemenin Darbe dönemi kanunlarının Anayasanın Geçici 15.maddesi hükmünü bahane ederek Anayasaya aykırı olup olmadığını incelemeyi reddetmesi sadece ve sadece az önce ifade edilen zihin kodlarının varlığı ile açıklanabilir.

i) Kararın Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütülemeyeceği kuralına aykırılığı:

Anayasanın 152. maddesinde; (birinci fıkra) *Bir davaya bakmakta olan bir mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*

(Üçüncü fıkra) *Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.*, hükümlerine yer verilmiştir. Buna karşılık "Anayasa Mahkemesinin kararları" başlığı altında düzenlenen 153. maddesinin beşinci fıkrasında ise; *İptal kararları geriye yürümez.*, hükmü yer almıştır.

Bu hüküm birlikte değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği, iptal kararlarının ancak verildikleri tarihlerden sonra hüküm ifade edecekleri mutlak bir hukuksal gerçeklik değildir. Eğer iptal kararlarının geriye yürümemesi mutlak olsa idi, o takdirde def'i itiraz yolunun hukuksal bir değeri kalmazdı. Çünkü görülen bir davada taraflar arasındaki hukuksal ilişki veya hukuksal durum yürürlükteki bir kanun veya kanun hükmünde kararname ile kurulmuş veya oluşmuştur. Anayasaya aykırılık sorunu nedeniy-

le işin Anayasa Mahkemesine gönderilmesi sonrasında ilgili aykırı hüküm iptal edilirse, bu iptal hükmü zorunlu olarak esas mahkemesinde görülen davaya konu hukuksal ilişki veya hukuksal durumun kurulduğu veya oluştuğu tarihe kadar geriye etkili olacaktır.

Def'i itiraz yani somut norm denetimi yoluyla incelenen kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının önceki tarihlere doğru etkili olması; anılan denetim biçiminin mahiyetinden kaynaklanmaktadır.

O halde Anayasanın 153.maddesindeki iptal hükmünün geriye yürümeyeceği kuralı hangi hallere münhasırdır? Bu soruyu şöyle cevaplandırabiliriz: bir davada uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün Anayasaya aykırılığını ileri süren taraf veya aykırılık durumunun farkına varan mahkeme o hukuksal kuralın ilgili taraf/taraflar üzerine haksız bir yüküm veya edim yüklediği için bu iddiayı ileri sürer ya da bu aykırılığı tespit eder. Konunun Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesinin amacı; ilgili kanun veya kanun hükmünde kararname kuralının iptal edilmesiyle haksız hukuksal yüküm veya edimin kanuni dayanağını ortadan kaldırmaktır. İşte bu nedenle Anayasa Mahkemesinin iptal kararı geriye etkili olacaktır. Buna karşılık, görülmekte olan bir davada Anayasaya aykırı kuralın iptal edilmesi bazı hukuksal öznelere önceden öngörülmemiş hukuksal yükümler yükleyecekse bu durumda Anayasa Mahkemesinin vereceği iptal hükmünün geriye etkili olmaması gerekir. Zira böyle bir durumda iptal kararının geriye etkili olması hukuksal güvenliği ve kazanılmış hakları ortadan kaldırır. Tabii böyle bir durum hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamaz.

Hele bir ceza hükmünün ceza vermeye dayanak oluşturaayacağı nedeniyle iptal edilmesi kabul edilebilir bir hukuksal yaklaşım olamaz. Refah Partisi davasında Anayasa Mahkemesince 2820 sayılı Kanunun 103.maddesinin ikinci fıkrası hükmü; bu hükme dayanılarak, partinin kapatılmasına imkân bulunmaması nedeniyle iptal edilmiştir. Böyle bir iptal hükmü geçmişe yü-

rütülemez. Çünkü geçmişe yürütülmesi halinde kanunsuz suç ve ceza olmaz Anayasal ceza kuralına aykırı hareket edilmiş olur. Anayasa Mahkemesi 9.1.1998 günlü, E:1998/2, K:1.998/1 sayılı kararı ile 2820 sayılı Kanunun 103. maddesinin ikinci fıkrasını iptal etmiştir. Daha sonra bu iptal hükmünü Refah Partisini kapatma kararına dayanak yapmış, böylece Anayasanın yukarıya alınan 153. maddesinin beşinci fıkrası hükmü olan iptal kararlarının geriye yürümeyeceği hükmüne aykırı davranmış olmaktadır.

j) Kararın "kanuni hâkim güvencesi"ne aykırılığı:

Anayasanın "Kanuni hakim güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesinin birinci fıkrasında; *Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.,* hükmü yer almıştır.

Anayasa Mahkemesi, parti kapatmaya neden olabilecek eylemlerin ceza yargılaması yoluyla sübut bulmasına işaret eden 2820 sayılı Kanunun 103.maddesinin ikinci fıkrası hükmünün iptal ettikten sonra, bizzat ceza mahkemesinin görev alanına girebilecek eylemleri yargılama konusu yapmıştır. Bu kanuni hâkim güvencesine apaçık aykırı olan bir yargısal davranıştır. Bunu yargının en tepesindeki Mahkemenin yapmış olması hukuk adına üzülmeyi gerektiren vahim bir hukuksal hatadır.

k) Kararın "yasama dokunulmazlığı"na aykırılığı:

Eleştiri konusu yapılan bir kısmı yukarıya alınan kararda da yer verilen Anayasanın 83.maddesinde yasama dokunulmazlığının kapsamı ve sınırları tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmiştir. Dokunulmazlık müessesesinin varlığı halkın temsilcisi olan vekillerin görevlerini endişesiz bir biçimde yapabilmeleri için olmazsa olmaz bir işleve sahiptir. Aksi takdirde yasama faaliyetinin gereği gibi yürütülmesi zorlaşır. Zira, yasama organı mesela bazı toplumsal gelişmelere bağlı olarak, yürürlükteki kanunlara göre suç sayılan bir eylemi suç olmaktan çıkarmak zorunda kalabilir. Eğer yasama dokunulmazlığı olmaz ise

suç olan bir eylemin suç kapsamından çıkarılmasını savunmak zorlaşabilir. Keza suç olmayan bir eylemin suç kapsamına sokulması da gerekebilir. Bütün bunlar vb. içinde bulunduğumuz zamanda öngörülemeyecek çeşitli gelişmeler yürürlükteki hukuksal düzenlemelere dokunmayı gerektirebilir. Yasama dokunulmazlığının olmadığı bir durumda bir grup vekilin yasalarda değişiklik yapma girişiminde bulunmaları durumunda; çıkarılmak istenen yasaların konusunun suç oluşturduğu yorumunu yapan kamu adına dava açmakla görevli bir kısım adli makamlar pekâlâ ilgili vekiller hakkında dava açabilirler.[35] Kararda bahsi geçen 23 Mart 1993 günü, TBMM Başkanı Hüsamettin Cindoruk'un Başkanlığındaki Meclis çalışması sırasında Merhum Erbakan tarafından yapılan konuşmanın kapatma nedeni sayılması tam da bu denilene örnek oluşturmaktadır.

Hatta gündeme gelmek, şöhret olmak isteyen bir cumhuriyet savcısı egosunu tatmin etmek için sonucunun olmayacağını bile bile milletin bir kısım vekilleri hakkında adli soruşturma açabilir. Siyaset kimi siyasetçiler tarafından ahlaki ve vicdani bir zeminde yapılmamaktadır. Siyasi rakiplerinden intikam almak isteyen kimi kişiliği oturmamış siyasetçiler iktidara geldiklerinde hukuk dışı yollara başvurabilirler ve onların bu girişimine destek verecek ve sahip çıkacak hukuk adamları da pekâlâ mevcuttur. İşte bu gibi sebeplerden dolayı yasama dokunulmazlığının olması demokratik ve hukuki bir gerekliliktir. Siyaset müessesesi aslında koruması öyle zannedildiği gibi fazla olan bir alan değildir. Memurların diğer kamu görevlilerinin önceden Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'a, günümüzde de 4483 sayılı Kanun'a göre ciddi dokunulmazlıkları vardır. Memurların ve 657 sayılı Kanuna tabi olmayan diğer kamu görevlilerinin görevleri sırasında ve görevlerine bağlı olarak suç işledikleri iddiasına karşı özel bir soruşturma usulü getirilerek kendilerine hukuksal bir koruma ve güvence sağlandı-

[35] Aşağıda incelenecek olan AK Parti kapatma davası da bu denilene örnek oluşturmaktadır. AK Parti ve MHP'nin başörtüsü sorununu çözmek amacıyla birlikte yaptığı Anayasa değişikliği nedeniyle söz konusu dava açılmıştır.

ğı bir hukuki yapıda; milletin vekillerinin görevlerini yaparken korumasız ve güvencesiz bırakılması kabul edilebilir bir durum olarak görülemez.

Anayasa Mahkemesi dokunulmazlık kapsamında olan söz ve eylemleri kapatma sebebi saymıştır. Böylece korumak zorunda olduğu Anayasanın 83.maddesi hükmünü de ihlal ederek ihlallerine bir yenisini daha eklemiştir.

l) Kararın Anayasal bir hak olan "ifade hürriyeti"ne aykırılığı:

Anayasanın 26.maddesinde; *Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsar…"* hükmüne yer verilmiştir. Davalı parti mensuplarından bazılarının kapatma nedeni olarak görülen sözleri –üslupları sert ve hatalı olmakla beraber- düşünce ifadesi olan eylemlerdir. Dolayısıyla bu eylemler Anayasanın az önce alınan hükmünde anlam ve ifadesini bulan hak veya hürriyetin kullanılmasından başka bir şey değildir.

Fikir hayatının gelişmesi, toplumda entelektüel seviyenin yükselmesi, sınırları olabildiğince geniş bir ifade hürriyetinin bulunmasına bağlıdır.

Ülkemizde toplumsal bilimler maalesef yeterince gelişememiştir. Akademik çevrelerde eserlerine atıf yapılan toplum bilimcilerimizin, toplum psikolojisi uzmanlarının sayısı yok denecek kadar azdır. Yeni girdiğimiz yüzyıl daha ziyade toplumsal bilimlerin çağı olacaktır. Çünkü fen bilimleri alanında yapılan keşif ve buluşların büyük ölçüde sınırlarına gelmiş bulunuyoruz. Toplumsal sorunlara başka sorunlara sebep olmayacak çözümler üretmenin yolu toplumsal bilimlerin gelişmesinden geçmektedir. Toplumsal bilimlerin gelişmesinin yolu da sınırsız derecede geniş bir ifade hürriyetinden geçmektedir.

Acaba İslami bir yönetim biçiminden korkan bilim çevrele-

ri dini bir rejim getiren İran devrimi üzerine kaç tane akademik araştırma yaptırmıştır? Böyle bir devrim başka bir İslam ülkesinde değil de neden İran'da olmuştur? İşte bu gibi soruların cevabı ancak ve ancak geniş bir ifade hürriyetinin var olmasına bağlı olarak bulunabilir. İfade hürriyetinin kısıtlanması karşı karşıya bulunduğumuz tartışılması gereken toplumsal sorunları ortadan kaldırmaz, aksine onların katmerli ve çözülmesi zor olan ileri safhalara taşınmasına neden olurlar. Mesela zamanında bir tabu olarak görülen ve inkâr edilen Kürt sorunu işte böyle bir sorundur.

m) 2820 sayılı Kanunun 101.maddesindeki usuli muamelelerin yapılmamış olmasının dikkate alınmaması:

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun, eleştiri konusu yapılan kararın yukarıya alınan kısmında da yer verilen 101. maddesinin "d" bendi hükmünde; kapatma davası açılmadan önce Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yapması gereken işlemler gösterilmiştir. Kapatma davası; anılan makam tarafından bu işlemler yapıldığı halde ilgili siyasi partinin kanun hükmünde geçen süre içinde yerine getirmesi gerekli olan yükümlülükleri yapmaması halinde açılabilecektir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca anılan madde hükmüne göre yapılması gereken işlemler kapatma davasının "ön şartı"dır. Bu usuli şartlar yerine getirilmedikçe davanın usulüne uygun olarak açıldığının kabulü mümkün değildir. Kanunlarda bir davanın açılmasının özel bir usule bağlandığı durumlarda, dava açılmadan önce öncelikle o usuli işlemlerin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Mesela gümrük idarelerince yapılan ek gümrük vergileri (özel tüketim, katma değer vergileri) tahakkuklarına karşı dava açılmadan önce Gümrük Kanununda belirtilen idari makamlara düzeltme ve itiraz başvurularında bulunmak gerekir. Bu idari başvurular yapılmadan doğrudan dava açılırsa o davanın yargı merciince görülmesine kanunen imkân bulunmamaktadır.

Yine mesela, Belediye Gelirleri Kanununa göre tarh edilen harcamalara katılma payına karşı dava açılabilmesi için

tahsil edilmek istenen anılan mali yükümün yarısının ilgili idareye ödenmesi gerekir. Bu yapılmadan açılan dava redde mahkûmdur.

Refah Partisinin kapatılması için açılan söz konusu davanın da; iddia makamınca 2820 sayılı Kanunun 101. maddesinin "d" bendi hükmünde belirtilen usuli muamelelerin yerine getirilmemesi nedeniyle esasa girilmeden Anayasa Mahkemesince reddi gerekirdi.

Anayasa Mahkemesi bu davada da; kendi üzerinde onun kararlarını temyiz gibi bir kanun yolunun kullanılması suretiyle inceleyecek bir üst yargı merci olmamasının bahşettiği "la yüs'el" konumu nedeniyle kendini hiçbir kayıtla bağlı hissetmeden karar vermiştir.

n) Davanın açılmasından sonra Partiden ihraç edilen bazı üyelerin eylemlerinin yine de kapatma nedeni sayılması:

Refah Partisi dava açılmasından sonra bazı beyanları itici ve kabul edilemez olan Hasan Hüseyin Ceylan, Şevki Yılmaz ve Halil İbrahim Çelik'in ihracına karar vermiş ve bunu da sonraki savunmalarında Anayasa Mahkemesinin dikkatine sunmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı esas hakkındaki görüşünde bu ihraçların muvazaalı olduğunu öne sürmüştür. Evvela şunu belirtmek gerekir ki bir muamelenin muvazaalı olduğunun kabulü için öncelikle görüntüdeki işlemin arkasında aslında hedeflenmiş olan başka bir işlemin gizlenmiş olması gerekir. Böyle başka bir işlemin varlığı somut delillerle ortaya konulmadığı sürece muvazaa iddiasının geçerliliği bulunmamaktadır. Aksi takdirde mahkemelerde taraf olan herkes davanın konusu muvazaa iddiasına elverişli ise bu iddiayı ileri sürer. Böyle bir iddiaya mesned oluşturabilecek bir yakınlık ilişkisinin bulunduğu her durumda; sırf bu sebeple muvazaa iddiası yerinde görülecek olursa hukuk düzeninin meşru saydığı akit serbestîsinin pek bir anlamı kalmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi adına muvazaa dememekle beraber partiden ihraç edilen bu milletvekillerinin eylemlerini ka-

patma nedeni saymaya devam etmiştir. Söz konusu bu ihraçları Mahkeme, "kapatma davasından kurtulmaya veya sonuçsuz bırakmaya yönelik bir girişim" olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu hukuksal değerlendirmesi 2820 sayılı Kanunun 101. maddesinin ilgili fıkrasına aykırıdır.

B) ESAS YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIKLAR

a) Mahkemenin laiklik konusundaki görüşleri:

Anayasa Mahkemesine göre "Lâiklik", ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşam biçimi" imiş. Bu iddialı ifadenin tarihin akışı içinde yaşanan olaylara bakıldığında doğru olarak kabul edilmesi acaba mümkün mü? Aklın kullanılmasını ve toplumlara öncülük etme gibi bir işlev icra etmesini herhalde ilk keşfedenler, laikliği bayraklaştıranlar değildir. İnsanlık tarihinde, bugüne gelinceye kadar inancı akıldan üstün tutanlar olduğu gibi, aklı inançtan üstün tutanlar, bu ikisinin anlamlı ve faydalı bir beraberlik içinde uzlaştırılabileceğini savunanlar da hep olagelmiştir. İnsanlığın geçmişini tahkir ederek, tahkir etmiyorsa küçümseyerek tarihe ve evrene bakan modern devirlerin aydınları farkına varmadan kendilerini tarihin ve evrenin merkezi görmek gibi hastalıklı bir ruh haline sahip olduklarını ortaya koyuyorlar. Bu hastalığın bir ileri aşaması kendini putlaştırma ve kendine tapınma hastalığıdır. Ortaçağda insanlık taassup derecesinde dini inançları nedeniyle büyük acılar yaşamıştır. Tarihin siciline kayıtlı yaşanmış bu acı olayları yok saymak elbette mümkün değildir. Ancak, dini bu gibi acıların sorumlusu sayan seküler veya laik anlayış barışın, yaygın bir beşeri saadetin hüküm sürdüğü bir dünya inşa edebilmiş midir acaba? Bu soruya özellikle 20. yüzyılda yaşanan iki dünya savaşının ve irili ufaklı yerel savaşların varlığını inkâr etmeden olumlu cevap vermek herhalde mümkün değildir.

Ortaçağ dogmatizmi eleştiriyi hak ediyor da yeni ve yakınçağlardaki akılcılığa vurgu yapan ancak aslında din karşıtlığını

akılcılık zanneden gerçekte akılcılıkla da hiçbir ilişkisi olmayan şimdiki zamanın dogmatizmi eleştiriyi hak etmiyor mu? Veya önceki dogmatizmden daha mı az masumdur? İnsanlık âlemi inanç topluluklarından milli toplumlara geçti de ne kazandı? İnsanlığın bilinen tarihinin belki de yüzde doksan beşlik kısmı ümmet toplulukları olma ve devlet olarak da imparatorluk şeklinde bir örgütlenme durumuna sahip olduğumuzu göstermektedir. Milli devlet biçiminde örgütlenme 20. yüzyılda tanıştığımız tarihsel bir vak'adır. Bunun tarihin akışı içinde kısa bir mola olmadığını, insanlığın eski alışkanlıklarına tekrar dönmeyeceğini kendinden çok emin bir şekilde kim iddia edebilir? Tarihin şu anki seyrine hakkıyla nüfuz edebilen herhangi bir kimse milli devlet denen örgütlenme biçiminin sanal bir durum olduğunu herhalde çok iyi bilir. Avrupa Birliği günümüz dünyasında neye tekabül ediyor? Milli devletler, büyük yayılmacı güçler karşısında ne kadar bağımsız? Bu tür birçok daha başka sorular da sorulabilir.

Bilimin kıblesi olarak görülen batı dünyası bugünkü müreffeh seviyesine bilimsel gelişmelerin sonucu olarak değil sömürgeciliğin yani batı dışındaki dünyanın zenginlik ve servetlerini yağmalayarak ulaştı. Zenginlik daima onu koruyacak bir hukuksal düzeni yaratır.[36] Batının kendisi dışındaki dünya ile ilişkisi hiç de ahlaki ve insanlık ideallerine uygun bir mahiyet arz etmez. Bilimi bu kadar ülküselleştirmek; ifade edilen tarihsel gerçeklerle uyum içinde bir yaklaşım değildir. Ahlakın, vicdanın, insani değerlerin yerine bilimi koymanın getireceği sonuç Hiroşima ve Nagazaki'ye atılan atom bombalarından başka nedir ki… Açıklamaya çalışacağımız olgu ile onu açıklamada kullanılan araç arasında bir tutarlılık ve işlevsellik (fonksiyonellik) ilişkisi olması gerekir. Laiklikle bilimsel gelişme ve insani idealler arasında hiçbir tutarlılık ilişkisi yoktur.

Bilim aklın işlevidir, insanlık idealleri ise ahlak ve dinin işlevidir. Dini ve onun biçimlendirdiği ahlakı devre dışı bırakan yeniçağ insanı; gerçek şu ki, çatışmalarla dolu bir dünya inşa etme-

[36] Roma hukuku, Roma zenginliğinin yarattığı hukuk sistemidir. Romanın zenginliği olmasa idi, herhalde Roma hukuku olmazdı.

nin ötesinde hiçbir medeni başarı gösterememiştir. Bilimin aydınlığı her ne ise aydınlık ve insanlık ideallerine uygun bir dünya kurulmasını mümkün kılmamıştır. Çünkü kullanılan aracın yapılmak istenen işe, ulaşılmak istenen neticeye uygun olması gerekir. Tarla sabanla sürülür, bağ bıçağı ile tarla sürülmez. Bilimle (fen bilimleri) toplumu dünyevi açıdan güçlü ve etkili kılmak mümkündür. Bilimin (fen bilimleri) yarattığı aydınlık ile hırsızın el fenerinin ürettiği aydınlık arasında işlevsellik açısından hiçbir fark olmayabilir. Anayasa Mahkemesinin dediği, laikliğin ortaçağ dogmatizmini yıkarak bilimin aydınlığı altında gelişmesini sağladığı özgürlük ve demokrasi anlayışı herhalde zihinsel ve felsefi bir değişime işaret ediyor. O zaman şunu söylemek gerekiyor: fizik âlemle ilgili olmayıp toplumsal yaşayış ve yapı ile ilgili meselelerle ilgili olarak söylenen şeyler bilimin deney ve gözlem gibi doğrulama yöntemleri ile doğruluğu sınanamadığına göre doğruluğunu neye göre belirleyeceğiz. Dini çerçeve alan aydınların söylediklerinin bilim dışı olduğuna hükmediliyorsa, dini çerçeve almayanların dediklerinin doğru olduğunun delili ve güvencesi nedir? Dinin ille de bilimi reddettiği önermesinin herkesi ikna edebilecek nitelikte bir kanıtı var mıdır? Bilim; laiklik veya sekülerliğe kararlı bir biçimde sürekli vurgu yapanların mülkiyetinde olan bir değer değildir. Laiklik, insanlığı bilimin aydınlığına ulaştırmadığı gibi, din de insanlığı ilkelliğin ve koyu bir karanlığın pençesi altına düşürmedi. Din ile bilim dünyayı ve evreni anlama ve kavramada birbirinin rakibi olan değerler düzeni değildir. Batı medeniyeti, diye adlandırdığımız medeniyet bütün laik mizaç ve karakterine rağmen semavi bir dine inanan insanların yaşadığı bir coğrafyada ortaya çıkmış, mesela bir Hint ya da Çin medeniyeti olarak ortaya çıkmamıştır. Bu keyfiyet bile insanlığın bugünkü medeni seviyeye ulaşmasında özellikle semavi dinlerin katkısının hatta bu medeniyetin asli unsuru olma halinin açık bir delilidir.

Din ile bilim arasında sanal bir kavga yaratmanın bir âlemi yok. Düzen fikrini insanlara ilham eden bizzat dinlerdir. Tabii hukukun kaynağı da dinden başka bir değerler düzeni değildir. Zihinsel aydınlığı sadece bilime bağlamak gerçeklere haksızlık-

tır. Konfüçyüs, Laoçe, Platon, Aristo, Farabi vb. bilim adamından çok düşünce adamıdırlar. Düşünce; din, bilim, kültür, zevk, ihtiyaç vb birçok unsurun bileşkesidir. Bu gerçekliği bilmek ve anlamak için ne düşünür ne de bilim adamı olmaya gerek vardır, sadece ve sadece dürüst olmaya, davranışlarını ahlaka ve vicdana göre düzenlemeyi huy edinmiş olmaya ihtiyaç vardır.

Anayasa Mahkemesine göre; "dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik yorumları yapılsa da, lâikliğin gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmakta, lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi" imiş. Öyle anlaşılıyor ki laiklik tastamam bir hayat tarzı imiş. Laikliğin toplumların düşünsel ve örgütsel evriminin son aşaması olduğu görüşü de çağdaş yaşamın düzenleyicisi olması görüşü de yine çok iddialı görüşlerdir. Fukuyama Sovyet blokunun çözülmesi sonrasında meşhur "Tarihin Sonu mu?" makalesi ile liberal batı demokrasilerinin galibiyetini ilan etmişti. Ancak bu yazının mürekkebi kurumadan Huntington'un "Medeniyetler Çatışması" makalesi ile Fukuyama'nın sözü geçen makalesi ile inşa ettiği öylelik (paradigma)in pabucunu dama attı. İnsanlık tarihinin gelecekte nelere tanıklık edeceğini kimse bilemez. Bilim gelecekte neler olacağını bilmemizi sağlayacak bir kehanet vasıtası değildir. Anayasa Mahkemesi bu kadar kesin bir ifade ile bilimsel ve düşünsel bir gerçeği değil olsa olsa taşıdığı bir inancı ortaya koymuştur. Bir konudaki bir izah biçimi kesin bir hüküm olarak savunuluyor ise orada bilimsel bir yaklaşım değil -tartışmasız- bir inanç vardır. İnanma bilimin değil dinin beklediği bir davranış biçimidir. Bilime bu kadar vurgu yapan Anayasa Mahkemesi laikliğin zaferini ilan ederken savunduğu değere aykırı bir biçimde bir dine inanan bir mü'minin davranış tarzını sergilemektedir.

Keza laikliği bir yaşam biçimi olarak görmek de çok sorunlu bir yaklaşımdır. Eğer laikliği benimsemek durumunda isek – ki din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamında laiklik uygulamasına ve anlayışına bir itirazımız olamaz- ve laikli-

ği çerçeve alanların; diğer toplumsal kesimlerin laikliği hazmetmesi, kabullenmesi beklentisi var ise laikliğin hukuksal bir kaide olup hayat tarzı olmadığı anlayışına gelmeleri gerekir. Aksi halde yani bu görüşü benimsemeleri ve başkalarına da dayatmaları durumunda kamu vicdanı tarafından onaylanmaları imkânsızdır.

Laikliğin Anayasa Mahkemesinin dediği üzere bireye "kişilik ve özgür düşünce olanakları verdiği" görüşü de kabul edilemez niteliktedir. Laiklik icat edilmeden önce insanlar özgürce düşünemiyorlar mı idi? Eğer bu doğru ise, Anayasa Mahkemesi ve onun gibi düşünenlerin, özgür düşünme imkânları olmadan değişik düşünce akımlarının tarih boyunca nasıl var olabildiğini açıklamaları gerekir. Bunu yapamadıkları takdirde savundukları bu görüşün tekabül ettiği herhangi bir gerçekliğin bulunmadığını kabul etmek durumundadırlar. Ayrıca bireye kişilik kazandırma işi de laiklikle hiçbir surette ilişkilendirilemez. Hele bu görüş bizzat bireyin mensubu olduğu insanlık âlemine pervasız bir hakaretten başka bir şey değildir. Laiklik icat edilmeden önce yaşayan insanlar kişiliksiz mi idi? Bu günkü medeniyetin düşünce mimarları, o kadar filozof, aydın bilim adamı laikliğin kurumsal bir değer olarak ortaya çıkmadığı dönemlerde nasıl var olabildiler. Aslında bu görüş; üzerinde durmaya değmeyecek kadar basit ve zavallı bir görüştür. Bu görüşün altına imza koyanlar herhalde bir an için olsun durup düşünmemişler, ezberlerini tekrarlamışlardır. Eğer durup samimi olarak düşünseler kısa bir tereddüt durumu yaşasalardı söylediklerinin çok sakil ve kabul edilemez nitelikte olduğunu görürlerdi. Kişiliği laiklik oluşturmaz. Kişiliği; kişinin bizzat kendi bedenine bakışı, onunla barışık olup olmaması, aile, ailenin içinde bulunduğu yakın toplumsal çevre, mensubu bulunulan millet, o milletin dini, o dine inanıp inanmama konusunda ilgilinin tercihi, toplumun kültürü, gelenekleri, görgü kuralları vb. değerler bütünü ilmek ilmek dokurlar. Bireyin kişiliğinin inşasında laikliğe değil ondan başka birçok şeye ihtiyaç vardır. Aksine ihtiyaç duyulmayacak bir şey var ise o da laikliğin ta kendisidir. Toplumun en önemli değerler düzeni olan dini dışlayan bir laiklik yorumunun bireyin

kişiliğini sağlıklı bir biçimde inşa etmesini mümkün kılacak bir toplumsal ortam sunmasına kesinlikle imkân yoktur. Anayasa Mahkemesi ve onun gibi düşünenler laikliğe bu işlevleri yüklerken aslında bizden –kendi anladıkları türden- laikliği anlamamızı değil ona iman etmemizi istiyorlar.

Anayasa Mahkemesinin "Türkiye'deki laiklik uygulaması ile kimi batı ülkelerindeki laiklik uygulamasının farklı olduğu, bunun toplumların kendi farklı özellik ve şartlarının doğal bir sonucu olduğu, Hristiyanlık ile İslamiyet'in arasındaki farklılıkların laiklik yorumuna da doğal olarak yansıyacağı" yolundaki görüşüne katılmak da herhalde mümkün olmasa gerektir. Bu ifadede buram buram "biz laikliği daha sert uygularız" anlamı tütmektedir. Gerçekten de öyle değil midir? Yakın zamana kadar eşi başörtülü olan ve namaz kılan subayların Ordudan ihraç edilmesi, başarılı olduğu halde namaz kılan memurların kariyer görevlerden uzak tutulması herhalde laikliğin Türkiye'nin ve İslam dininin şartlarına uyan uygulamalarının somut örneklerini oluşturmaktadır. Bütün bu gibi uygulamaları, özellikle 28 Şubat Sürecinin dindarlar aleyhine cereyan eden hukuk dışı uygulamalarını laikliğin, "İslam dininin ve Türkiye'ye özgü şartların bir gereği" gibi içeriğinin ne olduğu belirsiz niteliklerle meşrulaştırmaya imkân yoktur. Eğer laikliğin Türk tipi uygulamasında ibadet hürriyeti üzerinde kısıtlamalar meşru ise bu tip laikliğin; din ve vicdan özgürlüğünün bir teminatı olarak görülmesine imkân yoktur. Zaten Anayasa Mahkemesinin kararının yukarıya alınan kısmında ve daha başka kararlarında laikliğin "uygar bir yaşam tarzı olduğunu" söylemesi hâkim laiklik yorumunun dini dışladığının en açık delillerinden biridir.

Şurası bir gerçektir ki din karşıtları, dine olan düşmanlıklarını laikliği istismar etmek suretiyle laiklik üzerinden ifade etmektedirler. Hani laikliği bayraklaştıranlara göre, kutsal din duygularını istismar edenler vardı ya; onların yanlarında bir yerde aynı tarihsel ve ahlaksal düzlemde laikliği de istismar edenler var. İşte laikliği istismar eden bu tür zevat laikliğe; dini ve dindarlığı dışlayan bir anlam yüklüyorlar ve devlet cihazını kullanmak suretiyle hastalıklı laiklik yorumlarını uygulamaya geçiri-

yorlar. Bu haksızlıklarını da; hiç bir şekilde ikna edici olmayan "toplumdan topluma olan farklılıkların laikliğin uygulanmasında farklılıklara neden olacağından" bahsetmek suretiyle gizlemeye ve meşrulaştırmaya çalışıyorlar.

Yine Anayasa Mahkemesine göre "Lâiklik ilkesinin kabulü ile dogmatik değerlerin yerine akla ve bilime dayanan değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik inançlara sahip olanlar, birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece, iç barış sağlanarak yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türk Ulusu'nun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, gücünü lâiklikten almış; milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış; Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır." Bu görüşler de aslında Türk tarihi açısından yaşanmış gerçekliklerle örtüşmemektedir.

Laiklikle dogmatik değerlerin yerini akla ve bilime dayanan değerler almış da, Türk Toplumu içinden Cumhuriyet tarihi boyunca kaç tane Farabi, kaç tane İbni Sina, kaç tane Gazali, kaç tane Harizmi, kaç tane İbni Heysem, kaç tane El Biruni çıkmış? Olduğunu bu fikri savunanlara sormak gerekiyor. Ha şunu söyleyebilirler; "onların devri geçti, şimdi başka bir tarihsel dönemde yaşıyoruz," e o zaman soruyu şöyle soralım: Cumhuriyet tarihi boyunca, kaç tane Bertrant Russel, kaç tane Jean Paul Satre, Ortega 'y Gassette çapında düşünür yetişti? Ayrıca değişik inançlara sahip insanlar devletin kendilerine eşit yaklaşımından güven duyarak birlikte yaşama gereğini benimsemişler ne demek? Laiklik hukuksal bir ilke olarak henüz daha bilinmezken yeryüzü değişik dinlere inanan toplumları bir arada barış içinde yaşatan imparatorlukların varlıklarına ve hükümranlıklarına tanıklık etmiştir. Osmanlı İmparatorluğu çok farklı etnik ve dini kimliğe sahip milletlerin bir arada barış içinde yaşamış olduğu son imparatorluktur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de onun hukuksal mirasçısıdır. Laiklik icat edilmeden önce de insanlar din, mezhep ve etnik farklılıklarına rağmen bir arada yaşama ve aynı coğrafyayı, doğayı ve toplumsal çevreyi paylaş-

ma gibi evrensel değerde bir uzlaşı kültürü geliştirmiş idiler. En azından bizim bulunduğumuz ve temsilciliğini yaptığımız Medeniyet dairesinde dini farklılıklar tarihimizin hiçbir döneminde toplumsal bir sorun ve sancı kaynağı olmamıştır. Aksine Cumhuriyet dönemi Türkiye'si etnik yapı ve dini kimlik olarak kendisinden önceki imparatorluk olarak örgütlenmiş devletlerimize göre çok daha mütecanis (aynı-tür) olduğu halde toplumsal barışı sağlama noktasında maalesef hiç de başarılı olamamıştır. Mezhep eksenli Maraş, Çorum ve Sivas olayları çok milletli ve dinli Osmanlı'nın siyasi hükümranlığı döneminde değil, laik Türkiye Cumhuriyetinin siyasi hükümranlık döneminde yaşanmıştır. Keza eskiden terör sorunu olarak görülen şimdilerde ise aydınlar tarafından artık Kürt sorunu olarak kabul edilen etnik kökenli sorun da çok milletli ve çok dinli Osmanlı döneminde değil Cumhuriyet döneminde ortaya çıkmış, maalesef Devletimiz bu sorunun da üstesinden gelmeyi başaramamıştır.

Laikliği aklın, bilimin, irfanın ve farklı inançlara sahip insanların bir arada barış içinde yaşamalarının olmazsa olmaz koşulu sayanlar bu tarihsel olguları dikkate almak suretiyle laiklik ilkesinin gerekliliğini ilgili herkesin inandırıcı bulacağı başka iddialarla savunmak zorundadırlar. Eleştiri konusu yapılan bu kadar zayıf iddialarla laikliği haklılaştırmak mümkün değildir. Laiklik modern toplumlar için gerçekten gereklidir, ancak bu gereklilik tarihe haksızlık yaparak anlatılamaz. Anayasa Mahkemesi laikliğin gerekliliğini anlatırken maalesef tarihsel gerçeklere ve tarihin bize ait kısmına büyük bir haksızlık yapmaktadır. E, hukuk bilgisi ile toplumsal tarihçi ve toplumbilimcilerin alanında kalan konular değerlendirmeye kalkışılırsa böyle garabetin şahikası gerçeklere zerre kadar tekabül etmeyen acayip fikirler ortaya sürülebilir.

b) Erbakan'ın eylemleri:

İddianamede, Merhum Erbakan'ın ve Refah Partisinin diğer sözcülerinin yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı ile ilgili olarak böyle bir yasağın hukuka aykırı olduğunu, ba-

şörtüsü ile öğrenim görme ve çalışmanın anayasal bir hak olduğunu kendilerine oy getirdiği inancıyla her konuşmalarında dile getirdikleri ve halkı kışkırttıkları, Erbakan'ın "iktidar olduklarında rektörlerin başörtüsüne selam duracağını" 14.12.1995 günlü seçim konuşmasında söylediği iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu konu ile ilgili hukuksal yaklaşımı ile ilgili değerlendirmelere geçmeden önce davayı açan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kullandığı dil ile ilgili birkaç söz söyleyelim: Her bilim disiplininin bir terminolojisi vardır. Terminoloji ilgili olduğu disiplinin dilini oluşturur. Herhangi bir bilim disiplininin sahasında çalışan bilim adamı, araştırmacı, hukukçu vb. o sahanın dili ile konuşmak durumundadır. İlgili olduğu bilimsel disiplinin dili ile konuşamayan ilgili kimsenin iddialarının doğruluğu konusunda ciddi bir inandırıcılık sorunu yaşaması kaçınılmaz bir olumsuzluktur. Konusuna hâkim bir hukukçu hukuk dili ile konuşur, siyasetçi siyaset dili ile konuşur, fizikçi fizik biliminin dili ile konuşur vb. Bu gereklilik günlük konuşma dilinde, "sokaktaki adamın diliyle konuşmak" deyimini üretmiştir. Bir hukukçu hukuksal bir konuyu hukukun dili ile değil de pekâlâ ortalama günlük lisan ile de ifade edebilir. Bu belki ayıplanacak bir anlatım yöntemi değildir, ama uygun bir yöntem de değildir. Çünkü avami bir üslup konuyu sığlaştırır, önemsizleştirir dolayısıyla onunla ilgili kavramsal gerçekliğin yeterince algılanamamasına neden olur. Böyle bir üslup aynı zamanda sahibinin de o konudaki bilgisizliğini ve kavrayışındaki eksikliği ifade eder. Mesela bir hâkim, avukat, hukukçu "davayı kazanmak" demez, "davanın lehine sonuçlanması" veya "davanın lehine karara bağlanması" der. Davayı kazanmak hukuksal bir söyleme biçimi değildir. Şu ifadeye bakınız: "kendilerine oy getireceği inancıyla…" bir hukukçu bunu böyle mi ifade eder? Eğer böyle ifade ederse; siyaset bilimi açısından önemli bir konu olan seçmenlerin siyasal davranışının nasıl şekillendiği konusunu olağanüstü derecede hafife aldığını, tabii bu hafife almanın sonucu olarak da sözü edilen konunun hakikatine hiçbir surette nüfuz edememiş olduğunu, ayrıca mesleği olan hukukun dilini de bilmediğini göstermiş olur. Bir hukukçu bir siyasi parti-

nin seçmenlerini etkilemek için yaptığı sözlü faaliyetleri o siyasi partinin kendine "oy getirmesi amacıyla yaptığı" sözcükleri ile ifade ettiğinde son derece sığ bir tanımlama yapmış olur. Siyaset ve hukuk dili açısından bu faaliyetlerin amacı "oy getirme" değil "kamuoyu desteğini artırma"dır. Az önce sözü edilen deyim açısından Başsavcının iddianamesinde geçen bu "kendilerine oy getirdiği…" ifadesi "sokaktaki adamın diliyle konuşmak" deyimine son derece uygun bir ifade biçimidir. Başsavcının çeşitli televizyonlarda yayımlanan tartışma programlarında konuşurken "şey" sözcüğünü aklına gelmeyen her sözcüğün veya sözcük dizisinin yerine joker –yedek- olarak kullanması zaten kendisinin icra ettiği mesleğin dilini kullanmaktan oldukça uzak olduğunu gösteren bir zaafıdır.

Şimdi karara dönelim. Karardaki şu ifadelere bakınız: "Yükseköğretim kurumlarında, bilimsel yöntemlerle yetişerek birlikte çalışmalar yapan gençlerin, kardeşlikleri, arkadaşlıkları ve dayanışmaları yarınları için önemli iken onları dinsel gereklerle ayırıma bağlı tutarak kimin hangi inançtan olduğunu gösterecek biçimdeki başörtüsü ile dinsel inanç ve görüşleri nedeniyle çatışmalara sevk edebilecek ortamın yaratılmasında ülkelerin geleceği bakımından yarar bulunmamaktadır." Bu ifadeler olgular dünyasında acaba gerçekten yaşanmış bir kısım olaylara tekabül etmekte midir, yoksa gerçeği çarpıtmanın pervasız, fütursuz bir ifadesi midir? Acaba başlarını örten kız öğrencilerin bu davranışları nedeniyle bu kararın verildiği ve daha önce 2547 sayılı Kanunun Ek16.maddesinin iptaline ilişkin kararın verildiği tarihe kadar Emniyet kayıtlarına intikal eden kaç tane öğrenci kavgası ve çatışması olmuştur? Cevap sadece "hiç" sözcüğü ile söylenecek kadar kısa ve basittir. Hem bir hakkın kullanımı ihtimallere dayalı olarak kısıtlanabilir mi? Bu soruya herhalde ancak ve ancak "hayır" sözcüğü ile cevap vermek mümkündür. Başörtüsü kullanma sadece din ve vicdan hürriyeti konusu olmayıp, aynı zamanda kişi hak ve hürriyeti bağlamında bir haktır. Bir kız öğrenci başörtüsü kullanması nedeniyle eğer arkadaşlarından kendisine yönelen bir saldırı, taciz ya da müdahaleye maruz kalırsa Devlete düşen görev başörtüsünü yasak-

lamak değil, saldırganı veya müdahaleciyi o davranışından ötürü cezai yaptırıma tabi tutmaktır. Hukuk devletinde bireysel hak ve özgürlükler devletin güvencesi altındadır. Bir hukuk öznesinin hukuk düzeni tarafından tanımlanmış hakları kullanması birilerinin engellemesi ile karşılaşırsa devlet o engelleri kaldırmakla görevlidir. Devletin kolluk güçlerinin ve adli organlarının varlık sebebi bizzat bu görevin ifasıdır.

Gerek Erbakan'ın gerek diğer Refah Partili sözcülerin hiçbir hukuksal dayanağı olmayan başörtüsü yasağının haksız olduğunu iddia etmeleri; nasıl oluyor da öğrencileri –karardan az önce alıntılanan ifadeden- "dinsel gereklerle ayırıma bağlı tutmak" oluyor? Başörtüsü dışındaki her türlü kılık kıyafet biçimini kendi zevkleri doğrultusunda serbestçe benimseyen ve günlük hayatta kullanan –mini etek, midi etek, streç kot, makyaj, erkekler için uzun saç, hippi tarzı kıyafetler vb.- öğrencilere sınırsız bir hoşgörü gösterilirken inançları gereği başörtüsü kullanan kız öğrencilere başlarını örtme izni verilmemesi ayrım yapmak olmuyor da anılan partinin söylemleri, öğrencileri; dinsel gereklerle ayrıma bağlı tutmak oluyor? Sözün bittiği yerdeyiz, ayrımcılık yapanlar kendi fiillerini ayrımcılıkla yaratılan haksızlığa uğratılanlara izafe ediyorlar. Hani şöyle bir hikâye var: adamın biri, evire çevire birini dövüyormuş, bunu yaparken de, imdat yetişin beni öldürüyorlar diyormuş, Anayasa Mahkemesi de bu değerlendirmesi ile işte tıpkı bu hikâyede olduğu gibi davranmıştır.[37]

Anayasa Mahkemesinin kararında; "Dinsel nedenlere dayanılarak başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine resmî daire ve üniversitelerde serbestlik tanınması, bir tür yönlendirme ve bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinden olanlar arasında bile ayrılıklar yaratacaktır. Bu durumun da lâiklik ilkesine aykırı düşeceği kuşkusuzdur.," diye bir görüşe daha yer verilmiştir. Bu görüş de az önceki dayak attığı hal-

[37] Anayasa Mahkemesi ve iddianameyi düzenleyen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının hukuksal değerlendirmeleri derenin yukarı tarafında su içen kurdun aşağı tarafında su içen kuzuyu suyu bulandırmakla suçlamasından da hiç farklı değildir

de imdat çığlıkları atan adamın hikâyesinde olduğu gibi, olayla onun hakkındaki ifade arasındaki gibi bir zıt yönlülük ilişkisi barındırmaktadır. Neredeyse yarım yüzyılı bulan bir süredir, uygulanan bu haksız yasağı şiddetle uygulayanlar bu davranışlarıyla, bir kısım kız öğrencileri kişilik haklarından mahrum bırakma yönünde zorlama ve yönlendirmede bulunmuyor da davalı partinin lideri ve diğer sözcüleri, konuşmalarında bu yasağı eleştirdiklerinde zorlama ve yönlendirmede bulunuyorlar öyle mi? Söz çok yerde bitiyor, vicdanı katılaşmış olan kimseleri ikna edecek tek bir söz yoktur. Siz ölmeyecek misiniz? Öldüğünüzde cenazenizi imamın önüne uzatmayacaklar mı? Bu kararın altına imza atan yüksek yüksek hâkimler eğer gerçekten söz ve davranışlarında tutarlı kimseler ise öldüklerinde cesetlerinin musallaya konulmamasını vasiyet etmeliler.

Anayasa Mahkemesi bu görüşlerinin doğruluğunu kabul ettirmek için Danıştay'ın tarih ve sayısını verdiği bir kararını da kanıt olarak gösteriyor. Pekâlâ, Danıştay'ın doğru söylediğinin, söz konusu kararının adalete, hakkaniyete, insaf ve vicdan ölçülerine uygun olduğunun bir kanıtı var mı? Yok. Kendileri başörtüsü meselesine ne kadar acımasız yaklaşıyorlar ise Danıştay da aynı şekilde yaklaşıyor. Birinin yaklaşımı diğerinin yaklaşımının doğruluğunu ve hukuka uygunluğunu göstermez.

İddianamede, 23 Mart 1993 günü, TBMM Başkanı Hüsamettin Cindoruk'un Başkanlığında yapılan Siyasî parti liderleri toplantısında Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın, "Benim inandığım şekilde sen yaşayacaksın. Tahakkümünün ortadan kalkmasını istiyoruz. Çok hukuklu bir sistem olmalı, … şeklindeki iddia bağlamında Anayasa Mahkemesi; "Davalı Parti Genel Başkanı'nın konuşmalarında sözü edilen "çok hukuklu sistem", dayanağını İslâmiyet'in ilk yıllarında "Medine Sözleşmesi" diye bilinen bir uygulamadan almaktadır. Bu sözleşme ile Medine'deki Yahudi ve putperest kabilelerin İslâm dinî kurallarına göre değil, kendi hukuklarına göre yaşama hakları olduğu kabul edilmiştir. Bu sözleşmeden hareket eden kimi siyasal İslamcı düşünürler çağımızda da dinî gruplara kendi hukuklarını seçme özgürlüğü tanıyarak birlikte yaşamayı ve top-

lumsal barışa bu yolla ulaşmayı önermektedirler…," ifadeleriyle Erbakan'ın Meclis çalışmaları sırasında söylediği dolayısıyla yasama dokunulmazlığı kapsamında olan sözlerini kapatma nedeni saymıştır. Anayasa Mahkemesi kararının yasama dokunulmazlığına aykırı olduğu yukarıda açıklandığı için burada bu husus üzerinde tekrar durulmayacaktır.

Bu çok hukukluluk konusu etrafında gerek Erbakan'ın gerek diğer Refah Partililerin görüşlerini laikliğe aykırı eylemler cümlesinden saymak da herhalde ciddi bir zorlamadır. Çünkü çok hukukluluk bugün uygulanmayan bir şey değildir. Milletler arası tahkim antlaşmaları, devletler hususi hukuku alanında kalan bir kısım antlaşmalar çok hukukluluğun bu gün de mevcut olduğunu gösteren hukuksal durumlara işaret etmektedir. Osmanlı döneminde bizim uhudu atik dediğimiz, batılıların ise kapitülasyon dedikleri ticari ve hukuki imtiyazlar çok hukukluluk denilen düzene somut örnekler olarak gösterilebilir. Herhalde Osmanlı salt İslam hukukunun uygulandığı bir devlet değildi. Öyle olsa idi günahsız henüz kundakta bebek olan nice şehzadeler ileride taht kavgaları yapacakları ihtimaline binaen kardeşleri ve amcaları tarafından öldürtülmezlerdi. Azınlık cemaatlerinin hukuksal durumunu ve farklı din ve milliyetten olmaları nedeniyle kültürel ve kimi medeni haklarının antlaşmalarla güvenceye kavuşturulmuş olması da çok hukukluluk müessesesinin uygulamalarından biridir. İngilizlerin uzak doğudaki son sömürgeleri olan Hong Kong'u Çin'e bırakırken Anglosakson hukukunun uygulanmaya devam edileceğinin antlaşmaya konulması da çok hukukluluk uygulamasının zamanımızdaki ilginç örneklerindendir.

Erbakan'ın veya partinin diğer sözcüleri çok hukukluluğu savunurken bizzat Medine Sözleşmesine atıf yapmış değillerdir. Kararın yukarıya alıntılanan kısmından bu açıkça anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesince eylemden sebebe yönelik bir irdeleme ile bu görüşün dayanağının Medine Sözleşmesi olduğu kanaatine varılmıştır. Yani gerek Erbakan'ın gerek diğer Refah Partililerin İslam'ı çerçeve alması keyfiyetinden hareketle olsa olsa bu çok hukukluluğun dayanağı Medine Sözleşmesidir

diye düşünülmüştür. Anayasa Mahkemesi gerek davalı parti liderinin gerekse diğer partililerin yer ve zaman vermek suretiyle ve açıkça Medine Sözleşmesini telaffuz ederek çok hukukluluğu savunduklarına ilişkin bir tespitte bulunamamıştır. Kararda İslamcı düşünürlerin çok hukukluluğu savunurken Medine Sözleşmesine dayandıkları belirtilmiştir. İslamcı düşünürlerin savundukları bu görüş eğer suç ise veya laikliğe aykırı ise bundan Refah Partisini sorumlu tutmak mümkün müdür ki? Elbette mümkün olmamalıdır. Ancak Mahkeme ne yazık ki yine kendi "la yüs'el" konumuna dayanarak kendisini hukukla bağlı saymamış, olmayan bir şeyi olmuş gibi kabul ederek yoktan parti kapatma nedeni ihdas etmiştir.

Ayrıca Erbakan'ın veya diğer partililerin Medine Sözleşmesini çerçeve alarak bahsi geçen çok hukuklu düzeni savunmaları laikliğe yine aykırı olmazdı. Şunu anlamak mümkün değil: bir aydın tarihin seyri içinde anayasal gelişme örneklerini anlatırken Manga Carta, Bill of Rights vb. anayasal hukuk metinlerini örnek gösterse buna tamam, ancak bizim dâhil olduğumuz Medeniyet havzasındaki hukuk düzenindeki gelişmeleri anlatsa, Medine Sözleşmesine atıfta bulunsa buna hayır… Bu davranış ancak ve ancak dinden, onun tarihinden kendi medeniyetimizden nedenini ifade edemediğimiz çok büyük bir nefret duygusunun varlığını gösterir. Dini hatırlatan her şey neden alerji yaratıyor bunu anlamak mümkün değil.

Yine kararda Erbakan'ın laikliğe aykırı görüşleri seslendirdiği bağlamında Milli Nizam Partisinin kapatılmasına neden olan konuşmalarından bahsedilmiştir ki bunu da kapatma davasında deliller veya Anayasa Mahkemesinin, kararda ortaya koyduğu gerekçeyi kuvvetlendirme sadedinde zikretmesi hiç de uygun bir davranış değildir. Çünkü Erbakan'ın eğer 1970 yılında söylediği söz; parti kapatma nedeni ise zaten o dönemdeki partisi kapatılmıştır. Bir suçun bir cezası olur, bir kimse eylemi suç ise kanunda o suç için öngörülen cezayı çekince bir daha o eyleminden sorumlu tutulmaz. Anayasa Mahkemesi Milli Nizam Partisi'nin kapatılmasına neden olan o konuşmayı bu davada kapatma delili olarak göstererek ciddi bir hukuki hata daha yap-

mıştır.

En önemli kapatma nedeni olarak gösterilen Erbakan'ın "adil düzen gelecek bu kesin, geçiş dönemi kanlı mı olacak, tatlı mı olacak …" sözlerine gelince; gerçekten bu söz tasvip edilecek bir söz değil. Tasvip edilecek nitelikte olmamasının ötesinde ürkütücü de. Ancak bu sözün, söylendiği olaylar bağlamında değerlendirilmesi gerekirdi. Zira Refah Partisinin savunmasında, bu sözün Mart 1994 tarihinde yapılan mahalli seçimlerde Partilerinin gösterdiği büyük başarıyı hazmedemeyen kimi çatışmacı grupların "Ankara Melih'e mezar olacak" gibi sloganlar atarak parti binalarına saldırıda bulunmaları üzerine söylendiğini ifade etmiştir.[38] Eğer bu tip tahrik edici olaylar oldu ise bu söz ağır tahrik altında söylenmiş bir söz olur. Ceza hukukunda tahrik veya ağır tahrik ceza bakımından hafifletici bir sebep olarak görülür. Tarafsız bir yargı aleyhe olan durumları olduğu kadar lehe olan durumları da dikkate alarak yargılama yapar. Evet, Erbakan'ın bu sözü kabul edilemez ancak tek başına bir eylem de kapatma nedeni olarak görülemez. Bu davada Refah Partisi hakkındaki tek ciddi suçlama budur, ancak eğer bu söz ağır tahrik altında söylenmiş ise kapatma nedeni olma niteliğini şüphesiz kaybetmiş olarak kabul edilmeliydi. Zaten tek bir ey-

[38] 1994 yılı mahalli seçimleri sonrasında şahsım ve mesai arkadaşlarımın yaşadığı bir hadiseyi konu bağlamında anlatalım., Seçimlerde Refah Partisi İstanbul, Ankara gibi büyük illerimizin Büyükşehir Belediye Başkanlıklarını kazanmışlardı. Biz Ordu Vergi Mahkemesi hâkimleri olarak görev yapıyorduk. Ordu Belediye Başkanlığı da bu seçimlerde el değiştirerek Anavatan Partili adaya geçmişti. Yeni Belediye Başkanını tebrik etmek üzere gidiyorduk. Cadde üzerinde bir mağazanın önünden geçerken içeriden çıkan bir genç kız, az önümüzde giden başörtülü başka bir genç kıza yumrukla aniden saldırdı, başörtülü kız neye uğradığını şaşırdı. Saldırıda bulunan genç kız yumruk atarken seçim sonuçlarına atıfla laikliği koruyacaklarından dem vurmuş. Başbakan Merhum Erbakan o sözüyle belki birilerinin tehdit algılamasına neden olmuştur. Ancak, gerçekten savunmalarının doğruluğuna işaret eden olaylar bu ülkede yaşandı. Türkiye'nin kendisini laiklikle özdeşleştiren kesimleri dindar insanların iktidar olmasını maalesef hazmedememişti. Bu hazım problemi bu gün de yaşanmaktadır. Ancak herkes sandıktan çıkan sonucu razı gelmesini bilmek zorunda.

lemle odak olmak mümkün değildir.

İddianamede Başbakanlık Konutunda kimi tarikat liderlerine iftar yemeği verilmesi laikliğe aykırı davranışlar cümlesinden olarak iddia edilmiş, kapatma nedeni olarak gösterilmiştir. Anayasa Mahkemesi de iddia makamının bu görüşünü haklı bulmuştur. Ancak bu da hakkaniyete, adalete uygun kabul edilemez. Zira Başbakanlık Konutu, Başbakanın ikamet ettiği özel bir mekân hükmündedir. Bir kimsenin ikametgâhına kimin gelip gittiği –gelen gidenler suç işleme kastıyla hareket etmiyorlar ise- hiç kimseyi ilgilendirmez. Bu ilgilendirmeme keyfiyeti hem Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını hem de Anayasa Mahkemesini kapsamaktadır. Kimse kimsenin misafirleriyle ilgili -kendilerine fiziksel olarak rahatsızlık verilmediği sürecebir rahatsızlık beyanında bulunma hakkına sahip olamaz. Bizim misafirimizin kim olacağına, komşularımız karar veremeyeceği gibi, komşularımızın misafirlerinin kimler olacağına da bizim karar verme veya bu konularda yargıda bulunma hakkımız yoktur. Başbakan veya bakanlar ülke yönetimini üstlendiler diye özel hayatlarından ve toplumsal çevrelerinden kopacak değillerdir. Kimse de onlardan böyle bir şey bekleyemez. Tarikat şeyhlerine veya liderlerine Başbakanlık Konutunda iftar yemeği verilmesi ancak Başbakanın özel hayatı ve toplumsal ilişkileri bağlamında değerlendirilebilecek bir durumdur.

Diğer taraftan tarikat liderleri veya şeyhleri ile bir araya gelmek niçin laiklik ilkesine aykırı olsun. Laiklik insanların misafirlerinin kim olacağını belirleyen bir içerik ve anlama sahip olamaz. Bu ilke din ve devlet işlerinin bir birinden ayrılması, hukuksal ve siyasal düzenin belirlenmesinde din kurallarının esas alınmaması ise herhalde misafirlerimiz ile ilgili kurallar öngörmez. Ayrıca tarikat liderleri bu ülkenin insanları değil midir? Bu ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı değiller midir? Vatandaşlık görevlerini yapmamakta mıdırlar? Bu nedenle bütün toplumdan yalıtılma ihtiyacı mı hissedilmektedir? Başbakanlık Konutundaki iftar davetine katılan bu tarikat liderleri eğer kılık ve kıyafetleri nedeniyle suç işlemiş iseler o zaman ülkenin yetkili cumhuriyet savcıları niçin adli soruşturma açmamışlardır? Bütün bu sorulara

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ve Anayasa Mahkemesinin hoşuna gidecek biçimde ve anlamda cevap verilmesi kesinlikle ihtimal dışıdır. Bir başbakan çeşitli çevreler ile açık bir ilişki içinde ise bu yadırganacak bir davranış değil bilakis takdir edilecek bir davranıştır. Bu konuda ancak başbakan bir kesime gösterdiği ilgiyi başka bir kesimden esirgerse eleştirilebilir. Kaldı ki böyle bir davranış siyasal akılcılıkla bağdaşmayacağı için seçmen desteğini önemseyen hiçbir siyasal lider tarafından benimsenmez. Eğer öyle olsa bile yine bu hukuksal sorumluluğa neden olan bir davranış olarak değerlendirilemez.

Başbakanlık Konutunda tarikat liderlerine verilen iftar yemeğinin laikliğe ve devrim yasalarına aykırı kabul edilmesi sadece ve sadece öyle kabul edenlerin din karşıtlığını gösterir, laikliğe aykırı davranıldığını değil. Dini hatırlatan her şeyi laiklikle bir şekilde ilişkilendirmek sağlıklı bir davranış ve ruh haline işaret etmez. Aşırı şüphe; aklı ve zihinsel faaliyetleri zehirler. Bir şey sürekli söylenirse insanı yorar ve değerini kaybeder.

İddianamede "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, 07.05.1996 günü yapılan bir konuşmada Necmettin Erbakan'ın; "...Bir devletin televizyonu olmadan devlet olmaz. Siz bugünkü kadronuzla bir devlet kursanız, bir televizyon kursanız, 24 saatten fazla neşriyat bile yapamazsınız. Siz devlet kurmayı ne zannediyorsunuz? 10 sene evvel kendilerine bu sözü söylemiştim; bugün şimdi bu söz hatırıma geliyor. Çünkü, bir inanç, bir topluluk, belli bir dünya görüşünün sahibi olan insanlar, bugün Allah'a şükürler olsun bir televizyona sahip olmuşlardır. Bu çok büyük bir olaydır…" , şeklinde başlayıp devam eden konuşmalarını laikliğe aykırı bir davranış olarak görmüş, yine Anayasa Mahkemesi bu iddiayı da haklı bularak kapatma nedeni saymıştır.

Ne var ki, Refah Partisi, bu konuşmanın basına kapalı bir biçimde, Afgan mücahitleri için yapıldığını ifade etmiş, Anayasa Mahkemesi konuşmanın baş tarafında gerçekten Afgan mücahitlerine hitap edildiğini kabul ettiği halde bu konuşmanın devamında geçen "Hakkın hâkim olması" için yapılacak cihatta televizyonun önemi anlatılarak, bu yoldaki yayınların "topçu

kuvveti" veya "hava kuvveti"nin bir tepeyi bombalaması niteliğinde olduğu belirtildiği, konuşmada, dine dayalı bir devlet düzeninin kurulmasını sağlamak amacıyla yapılacak propagandalarda televizyonun öneminden bahsedildiği, bu amacın gerçekleşmesi için yayın yapan televizyonlara yardım yapılması çağrısında bulunulduğu, bu davranışın öldükten sonra bu kişilere yararı olacağı belirtildiği" nedeniyle yine laikliğe aykırılık olduğu görüşüne varmıştır.

Bu herhalde ne kadar çok eylemin bir şekilde laikliğe aykırı olduğu tespiti yapılırsa kararın o kadar inandırıcılık gücüne sahip olacağı düşüncesiyle hareket edildiğini gösterir. Konuşmada hava kuvvetlerinin bir tepeyi bombalaması veya topçu kuvveti olması gibi ifadeler bir mecazdır, benzetmedir. Günlük hayatta benzeri mecaz ifadeler kullanılmaz mı? Mesela öğretmenler için "eğitim ordusu" denilmez mi? İfadeye güç ve derinlik katmak için hepimiz bunu yapmaz mıyız? Anayasa Mahkemesi acaba mecazı, mübalağayı, metaforu, benzetmeyi, telmihi vb. edebi anlatım sanatlarını bilmiyor mu? Aslında bu tavırdan açık ve seçik şu anlaşılıyor: Refah Partisinin davanın daha açıldığı sırada kapatılmasına karar verilmiş de yargılama usulü yerine getirilmek için yargılama süreci zamana yayılmış. Partinin kapatılması konusunda adeta müthiş bir hırs ve gözü karalık var gibi. Yoksa bir televizyonun kuruluş yıl dönümünde yapılan, içinde de dini düzen inşası amacını çağrıştıracak herhangi bir şey bulunmayan, vatanları için işgalcilere savunma savaşı veren Afgan mücahitlerine bir devlet televizyonlarının olmasının gerekliliğini ifade eden, insanlardaki hayır yapma duygusunu harekete geçirmeye çalışan bu konuşmadan bir kapatma nedeni üretmek herhalde başka türlü mümkün olamazdı.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, çalışma saatlerini Ramazan Ayı'nda iftara göre düzenleyen 13.01.1997 günlü, 97/9022 sayılı "Bakanlar Kurulu" kararının da Refah Partisi'nin lâiklik karşıtı eylemlerinden bir diğeri olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu iddiayı da haklı bulmuştur.

Ancak, buna katılmak da mümkün değildir. Bir kere bu eğer

gerçekten laikliğe aykırı bir eylem olarak kabul edilse dahi Refah Partisinin kapatılması için bir neden olarak görülemez. Çünkü bu bir hükümet tasarrufudur. Yine eğer bu davranış laikliğe aykırı bir davranış ise koalisyonun ortağı olan diğer parti bakımından da bir parti kapatma nedeni oluşmuş demektir. Oysa Doğru Yol Partisi aleyhine bu eylem nedeniyle bir kapatma davası açılmış değildir. Hukuk herkes için aynı etki ve sonuçları yaratmıyorsa kişiselleştiriliyor demektir. Kişiselleştirilmiş bir hukukun da tarafsızlığından söz edilmesinin mümkün olmadığı izaha muhtaç bir özellik değildir.

Diğer taraftan ramazan ayında mesai saatlerinin iftar vakti gözetilerek, oruç tutan vatandaşların iftara yetişebilmeleri için Bakanlar Kurulu Kararı ile farklı bir düzenlemeye tabi tutulması da laikliğe aykırı bir davranış olarak görülemez. Devlet vatandaşlarına bir lütufta elbette bulunabilir. Bunu hem Müslümanlar, hem Hıristiyanlar hem Museviler, varsa diğer din mensupları için de yapmalıdır. Devlet yönetme aygıtı değil hizmet aygıtıdır, varlık nedeni vatandaşlarıdır. Bir devletin vatandaşları devletlerinin hizmetçisi değildir. Bizde devlet kutsanmış, hatta kutsanmanın ötesinde tanrısallaştırılmıştır. Bu sağlıklı ve doğru bir vatandaş devlet ilişkisi değildir. Vatandaşı ile arasındaki ilişkiyi kendisini hizmet yapan kurumların toplamı vatandaşlarını da hizmetin yöneldiği beşeri çevre olarak tanımlamayan bir devletin hukuk devleti olmasına imkân yoktur. Böyle devlet hukuk devleti değil, kendi lehine hukuk yaratan devlettir. Yani böyle bir devlette hukuk devleti ilkesi değil devletin hukuku ilkesi geçerlidir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti birçok uygulamaları bakımından kendi lehine hukuk yaratan bir devlet konumundadır. Bu özellik en çok yargı mercilerinin kararlarında kendisini hissettirmektedir. Anayasa Mahkemesi en yüksek yargı mercii olarak bu özelliğin ortaya çıkmasına en fazla katkıda bulunan kurumdur.

Mesai saatleri gün ışığından daha fazla yararlanmak için mevsimsel olarak düzenlemeye tabi tutulmaktadır. Yani mesai saatlerinin değiştirilemeyeceği yolunda "laikliğe bağlı kutsal bir dogma" yoktur. Ramazan ayında oruç tutan vatandaşların iftara

yetişebilmeleri için yapılan bu düzenlemeyi siyasi parti kapatma nedeni saymak da ancak ve ancak İslam'a kimi çevrelerin duyduğu tuhaf alerjinin açık seçik bir ifadesidir.

c) Ahmet Tekdal'ın 1993 yılında hacda yaptığı konuşma:

Ahmet Tekdal bu konuşmayı 1993 yılında yapmış, 24.11.1996 tarihinde Kanal D televizyonu bu konuşmayı yayınlamıştır. O dönemi hatırlayanlar bilir ki medya Refah Partisinin kapatılması için yoğun bir gayret sarf etmiş, gereken malzemeleri sağlama konusunda post modern darbenin gönüllü piyadeliğini yapmıştır. Bu konuşma yapıldığı tarihte de Refah Partisi siyaset dünyasının bir oyuncusu idi. Neden o zaman Ahmet Tekdal hakkında gereken adli işlemler yapılmamıştır? Refah Partisi iktidara gelmese idi muhtemelen kimse bu konuşmayı hatırlamayacaktı. Ayrıca bu konuşmanın kapatma davasına esas alınması için dava açılmasından önceki iki yıl içinde olması yolundaki 2820 sayılı Kanunun 101. maddesinin "d-1" fıkrasında öngörülen koşulu taşımadığı ortadadır.

Öte yandan bahsedilen hak nizamını doğrudan İslam şeriatı ile ilgilendirmeye de hukuken imkân yoktur. Çünkü kaynağı dini olsun ya da beşeri olsun bir siyasal ve hukuksal düzen kendi yönetimi altındaki insanların vicdanlarının onayladığı türden icraatlar ortaya koyuyorsa, kimse haksızlığa uğratılmıyorsa, hak arama kanalları açık ise, adaletin önünde hiçbir engel yok ise o düzeni hak nizamı olarak isimlendirmemizde ne gibi bir sakınca olabilir. Bülent Ecevit 1970'li yıllarda "hakça düzen" diye bir sloganı siyasi niyetini ifade etmek üzere benimsemiş ve kullanmıştı. Hak Tanrının bir ismi olma hasebiyle dini bir içeriğe sahiptir. Ecevit "hakça düzen" sloganıyla dini içerikli bir düzeni mi kastetmiştir? Elbette ki hayır. Öyleyse Ecevit söyleyince mahzuru olmayan bir ifade biçiminin benzerini dindarlığı ile bilinen kimseler söyleyince neden sorun oluyor? Hukuk kişiselleştirilemez, bunu en iyi bilmesi gereken kurumlardan biri de Anayasa Mahkemesidir.

Aslında Refah Partililerin şöyle bir sorunları var: Onlar

İslam'a ait bir kısım terim ve kavramlarla konuşuyorlar. Bu da İslam'ı onaylamayanların veya ondan ürkenlerin tepkilerine neden oluyor. Kullanılan dil ve üslup çok önemli. Bir kimseye münafık denilse o gerçekten münafıklık alametlerini taşısa bu söyleyiş biçimi; hakaret içermesi nedeniyle doğru olmaz. Pek tabii kimse kimsenin münafık mı yoksa mü'min mi olduğunu bilemez. İslamiyet Müslümanların birbirlerine böyle suçlama veya hakaretlerde bulunmasına da cevaz vermez. Ancak böyle olaylar olabilir. Bir kimse muhatabına, münafık yerine "bozguncu" dese hem ilgili kimse ile ilgili kendi hükmünü söylemiş olur, hem de dinin terminolojisini kullanmadığı için galiba başı ağrımaz. Refah Partililer kullandıkları dile dikkat etmeliydiler. Ancak Anayasa Mahkemesi de onların üsluplarının hatalı oluşundan siyasi parti kapatma nedeni çıkartmamalı idi. Refah Partisi seçmenleri hangi taşkınlıkları yapmış, partili gençler ne zaman kamu düzenini bozucu nitelikte grup hareketleri içinde bulunmuştur? Bütün bu hususlar göz önüne alındığında bu konuşma suç sayılsa idi bile suçun manevi unsuru yönünden suç olarak tamamlanmış olmayacaktı.

d) Partiden ihraç edilenlerin milletvekillerinin eylemleri:

Partiden ihraç edilen Halil İbrahim Çelik, Hasan Hüseyin Ceylan ve Şevki Yılmaz'ın eylemleri onaylanamayacak türden davranışlardır. Bu nedenle kapatma sebebi olarak kabul edilmeleri mümkündür. Ancak bu milletvekilleri kapatma davası açılmasından sonra Partiden ihraç edilmiştir. Bu durum göz önüne alındığında onların kapatma nedeni olan fiillerin tarifine uyan davranışları artık parti aleyhine kapatmaya esas alınamaz. Anayasa Mahkemesi anılan milletvekillerinin ihracını muvazaalı bir muamele olarak kabul etmiştir. Ne var ki, kamu hukuku alanında bir hukuksal muamelenin muvazaalı kabul edilmesi; özel hukuk alanındaki muamelelere göre daha zor olması gerekir. Özel hukuk alanında mesela borçlar hukuku alanındaki bir hukuksal muamelede muvazaa iddiası ancak ve ancak belli parasal tutar için yazılı vesikayla ispat edilebilir. Gelişi güzel or-

taya atılan muvazaa iddiaları dinlenme imkânına sahip değildir. Eğer öyle olmasa hukuksal muamelede deliller aleyhine olan taraflar her zaman muvazaa iddiasına başvurabilir. Kanun koyucu özel hukuk muameleleri için bile muvazaa durumunu katı şartlara bağlamışken kamu hukukunun en önemli dalı olan Anayasa hukuku açısından muvazaa iddialarının hiçbir usul ve şarta bağlı olmaksızın ileri sürülebilmesi kabul edilebilir olmaması gerekir. Mahkemeler somut –maddi, olgusal- delillere göre yargılama yaparlar. Niyet, yargılaması yapılarak adil sonuçlara ulaşmak mümkün değildir. Anılan kişilerle ilgili muvazaa iddiası niyet yargılaması yapıldığını göstermektedir. Diğer yargı mercilerine örnek olma durumunda olan en yüksek yargı mercii olan Anayasa Mahkemesinin herhalde hukuksal doğruları bu kadar kolay feda etmemesi gerekirdi.

Öte yandan şunu da söylemek gerekir ki; iktidar olabilmiş, son genel seçimden ülkenin birinci partisi olarak çıkmış bir partini üç dört milletvekili veya parti üyesinin eylemleri ile laikliğe aykırı eylemlerin odağı olması mümkün olmasa gerektir. Çünkü odak olma aykırı fiillerin yoğun bir şekilde çok sayıda parti üyesi tarafından işlenmiş olmasını gerektirmektedir.

Kararda Halil İbrahim Çelik'in konuşması "f" işaretli kısımda aynı başlıkla verildikten sonra şöyle bir özetleme yapılmış, "konuşma içeriğinden açıkça "Şeriat" düzeninin istendiği ve Cezayir'deki gibi bir şiddetin özlendiği anlaşılmaktadır. Bu davranışın laiklik karşıtı olduğu kuşkusuzdur.," ifadelerine yer verilmiştir. Konuşmada değinilen tarihsel olay Anayasa Mahkemesi tarafından pervasızca çarpıtılarak kapatma sebebi sayılmıştır. Halil İbrahim Çelik'in konuşması bir bütün olarak değerlendirildiğinde onaylanmayabilir. Ancak söylediği sözün de eğdirilip büğdürülmemesi gerçeğe sadakatin asgari şartı olarak kabul edilmelidir. Cezayir'de şiddeti yapan Müslümanlar değildi. 1990 yılında Cezayir'de serbest seçimler yapılmıştı. Bu seçimlerde FIS (İslami Selamet Fırkası) ezici bir oyla iktidara gelmeye hak kazanmıştı. Fransa destekli Cezayir Ordusu bu sonucu hazmedemedi, darbe yaptı. Ordunun siyasal sisteme yaptığı bu demokrasi düşmanı müdahale olayları tırmandırdı. Doğan

karmaşa ortamında şiddeti uygulayan kendi halkını düşman görerek işi kan dökmeye kadar vardıran yine Ordu idi. Hal böyle iken Cezayir'deki şiddet olaylarından oradaki Müslümanları sorumlu tutmak tek kelime ile bir fecaattir, hakikate yapılan ağır bir tecavüzden başka bir şey değildir. Tıpkı yukarıda söylenen; dayak atan kimsenin imdat beni öldürüyorlar demesi gibi. Anayasa Mahkemesi'nin bu karara katılan hâkimleri eğer bizim ifade ettiğimiz türden bir çarpıtma yapmamış ise yani olayın bu şekilde olduğunu bilmiyorlar ise; o takdirde dünyada olup bitenleri izleme gereği duymayacak kadar dünyaya kapalı kimseler durumundadırlar. Böyle bir durum aslında o hâkimler adına üzülmemizi gerektirecek nitelikte bir eksikliktir.

e) Şevket Kazan'ın Sincan Belediye Başkanı Bekir Yıldızı Cezaevinde ziyareti:

İddianamede, "Refah Partisi Sincan Belediye Başkanı Bekir Yıldız'ın terör örgütü liderlerinin büyük boy posterlerini salona astırarak düzenlediği Kudüs Gecesinde aydınlara zorla "şeriat enjekte edeceğini" söylediği için Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesince tutuklanmasından sonra, Refah Partisi Genel Başkan Yardımcısı ve Adalet Bakanı Şevket Kazan tarafından cezaevinde ziyaret edildiği" ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararındaki Şevket Kazan ile ilgili hukuksal yorumlara geçmeden önce iddianamede terör örgütü olarak ifade edilen, liderlerinin posterlerinin Kudüs gecesinin düzenlendiği salona asıldığı belirtilen örgütün gerçekten bir terör örgütü olup olmadığını, bu konuda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ne kadar doğru bir bilgiye sahip olduğunu belirlemeye çalışalım: Düzenlenen etkinliğin adından da anlaşılacağı üzere etkinliğin amacı vatanları İsrail işgali altında olan Filistinli Müslümanlara moral destek vermekti. Adı geçen Belediye Başkanının gecede yaptığı konuşmada "aydınlara zorla şeriat enjekte edeceğiz" sözü de onaylanacak bir söz değil. Bu sözle ilgili olarak ileri sürülen iddiada Başsavcı haklı olabilir. Ancak, salona büyük boy posterleri asılan Lübnan Hizbullah'ının li-

derleri hakkında terörist ifadesini kullanması tarihsel gerçeklerle kesinlikle bağdaşmamaktadır. İddianamede "İslami terörist örgüt" olarak bahsedilen örgüt Lübnan'ın yasal bir partisi olan Hizbullah'tır. Anılan ülkede yasalar çerçevesinde meşruiyeti kabul edilen ve zaman zaman hükümeti oluşturan koalisyonun ortağı olan bir partinin terör örgütü, posterleri asılan liderlerinin de birer terörist ilan edilmesi herhalde ancak ve ancak davayı açan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılabilecek tarihe, tarih içinde yaşanan gerçekliklere açık bir iftira ve çarpıtmadır. Yok eğer bu bir çarpıtma değilse, o zaman; sahibinin sanki bu dünya içinde yaşamadığını gösteren vahamet derecesinde bir bilgisizliktir.

Anayasa Mahkemesine göre, söz konusu etkinliğe katılan adı geçen şahsın cezaevinde Partinin genel başkan yardımcısı ve zamanın Adalet Bakanı olan Şevket Kazan tarafından ziyaret edilmesi de laikliğe karşı olan eylemlerin onun tarafından da benimsendiğini göstermekte imiş. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Çünkü insan toplumsal bir varlıktır. Bir toplumsal çevre içinde yaşar. O toplumsal çevre içinde dostları, düşmanları, zamana ve şartlara bağlı olarak toplumsal ilişkilerde bulunduğu başka kimseler vardır. Aile bireylerimizden biri, dostlarımız veya arkadaşlarımız ahlaki veya hukuki açıdan yanlış olan tavır ve davranışlar ortaya koyduğunda onları terk etmemiz insan doğasına çok uygun bir davranış olmadığı gibi böyle bir konforumuz da bulunmamaktadır. Bir yakınımız çok ağır bir suç işlese mesela cinayet onu terk mi edeceğiz? Cinayet işledi diye hangi baba, anne çocuğunu terk edebilir. Yanlış bir eylem yaptı diye bir dostumuzu nasıl hemen terk edebiliriz? Suç işleyenlere şefkat göstermek onların ıslahı için en etkili bir unsurdur. Suç işleyen bir yakınımıza yargılanması sırasında ve daha sonra cezasını çekerken yardımcı olmamız onunla ilgilenmemiz bizim onun suç olan eylemini onayladığımız anlamına mı gelir? Bu insani davranışın suçlunun suç olan eyleminin onaylandığı anlamına gelmediğini, herhalde en iyi bilmesi gereken hukuk adamlarından biri de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısıdır.

Şevket Kazan'ın Adalet Bakanı olması işin mahiyetini değiş-

tirici nitelikte bir durum değildir. Adalet Bakanı olan kimselerin yakınları, dostları da pekâlâ kanunların suç saydığı eylemleri işleyebilirler. Adalet Bakanı oldu diye kimse toplumsal çevresi ile olan ilişkilerinden vazgeçemez, birilerinin böyle bir beklenti içinde olmasının ne ahlaki, ne vicdani, ne de insani haklı bir temeli olabilir. Meşru insani ilişkileri ve tavırları suç olan eylemlerin onaylanması olarak kabul etmek hukuka uygun bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Anayasa Mahkemesinin konu hakkındaki değerlendirmeleri zorlama yorumlamalar olmaktan öte fazla bir anlam taşımamaktadır.

f) Refah Partisi iktidarında gereğinden fazla imam hatip lisesi açıldığı iddiasına ilişkin yargısal değerlendirme:

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı iddiaları arasında Refah Partisi iktidarında ihtiyaçtan fazla imam hatip lisesi açıldığı iddiasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi bu iddia ile ilgili olarak iddia makamı tarafından kanıt sunulamadığını belirterek bu iddiayı kapatma nedeni olarak görmemiştir. Belli ki eğer iddia makamı muayyen sayıda imam hatip lisesi açıldığına ilişkin –bu liselerin yeri, açılış tarihi vs.- bilgileri somut kanıtları ile belgelemiş olsa idi demek ki Refah Partisi iktidarı döneminde açılmış olan bu liseler diğer sebepler gibi kapatmaya esas alınabilecekti. Bu son derece üzücü bir yaklaşımdır. İmam hatip liseleri Milli Eğitim Bakanlığının gözetimi ve denetimi altında olan eğitim kurumlarıdır. Oradan çıkan öğrenciler Ülkesini, Milletini emin olunmalı ki diğer öğretim kurumlarından mezun olanlardan daha eksik değil daha fazla sevmektedirler. Onlar Ülkeyi ve bu Ülkenin halkını sevmenin imanın bir gereği olduğunun bilincinde olarak sevmektedirler. Vatanı ve Milleti sevmek aynı zamanda dini bir düsturdur. İmam hatip mezunlarını ülkeye hıyanet edecek kimseler gibi düşünmek onlara potansiyel tehlike imiş gibi bakmak haksızlığın ötesinde biraz da nerede duracağını bilmezliktir. Dindar insan ne ülkesine ne halkına kötülük düşünebilir. Kriminolojik araştırmalar hangi dinden olursa olsun dindar insanların suç işleme eğiliminin diğer insanlara naza-

ran oldukça düşük olduğunu göstermektedir. Bankalarının içini boşaltanlar dindar insanlar değildi. Askerlik yapmamak için sahte raporlar alanlar da dindar gençler değildir. Üniversiteye konferans veya başka bir etkinlik için gelen siyaset adamı, bilim adamı vb. misafirlere yumurta atarak seviyesizliğin şahikasını gösteren öğrenciler arasında da dindar öğrencilerin bulunması ihtimali son derece düşüktür. Dindar gençler büyüklerine saygılı küçüklerine karşı müşfiktir. Bu Halkın değerlerine bağlıdır. İşte bu gençliğin geldiği birinci adres imam hatip liseleridir. Din karşıtlığında sınır tanımayanlar; yasalara, geleneklere, toplumsal düzeni tesis eden her türlü kurallara saygılı olan o çocukları sırf imam hatip mezunları olduğu için tehlike saymak gibi akıl ve insaf ölçülerine sığmayan değerlendirmeler yapabiliyorlar. Anayasa Mahkemesi, adaleti tesis etme durumunda olan bir Kurum olması nedeniyle bu tür haksız değerlendirmeleri yapan kimselerle aynı koşutluğa düşmemeliydi

2) FAZİLET PARTİSİNİN KAPATILMASINA İLİŞKİN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(22.06.2001 tarihli ve E: 1999/2, K: 2001/2 sayılı karar)[39]

bb- Merve KAVAKÇI Yönünden

Merve KAVAKÇI'nın,

Hiç bir zaman ve hiç bir yerde türbanını çıkarmayacağını söylediği halde Fazilet Partisi yöneticileri tarafından seçilebilecek bir yerden önce milletvekili adayı gösterildiği, milletvekili seçildikten sonra başörtüsü ile yemin etmek için TBMM'ne Nazlı ILICAK'ın refakatinde geldiği sıradaki tezahürat ile yemin töreninin sonuna doğru salonda bulunmadığı halde ismi okununca Fazilet Partisi milletvekillerinin tümünün katıldığı tezahüratın, 3.5.1999'da TBMM'nde yaptığı başörtüsü eyleminin Fazilet Partisi yöneticileri tarafından plânlandığını ve teşvik edildiğini açık biçimde ortaya çıkardığı…

[39] Bknz. 05.01.2002 tarihli ve 24631 sayılı Resmi Gazete

-3.5.1999'da TBMM'nde yaptığı ve başörtüsü eylemini Amerika'da zencilerin insan hakları için yaptığı mücadeleye benzettiği, basın toplantısına Fazilet Partisi Grup Başkanvekili Abdullatif ŞENER'le birlikte bu Parti'nin pek çok milletvekilinin de katılmasının, söz konusu eylemin Fazilet Partisi yöneticileri tarafından plânlandığını ve teşvik edildiğini açıkça gösterdiği belirtilerek bu durumun Fazilet Partisi'nin lâikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiğini kanıtladığı, ileri sürülmüştür.

Davalı Parti'nin savunmalarında, Merve KAVAKÇI'nın mevzuata uygun olarak milletvekili seçildiği, bunun Parti'ye bağlanabilecek bir yasak fiil veya suç olmadığı böyle olsaydı bile 2820 sayılı Yasa'nın 103. maddesi anlamında parti organlarının bir eylemi sayılamayacağı, lâiklik karşıtlığıyla da ilgisinin bulunmadığı, bunun münferit bir olay olduğu, eylemler dizisi kabul edilmeyeceği, bu nedenle de odak olmaya esas alınamayacağı belirtilmiştir.

cc- Nazlı ILICAK yönünden

Milletvekili Nazlı ILICAK'ın,

- 10 Ekim 1998'de Kayseri Mitinginde "Fazilet Partisi iktidar olunca bu zulüm çözülecek. Bu başörtüsü zulmü çözülecek, bakın nasıl çözülecek. Çünkü Fazilet Partisi başörtülü hanımefendileri parlamentoya sokacak. Çünkü başörtülü bakan olacak bu memlekette... Nerede bir zulüm varsa o zulmü çekenlerin bir siyasî talebi olur" dediği,

-Türban eylemini gerçekleştirmek için TBMM'ne gelen Mer-ve KAVAKÇI'ya refakat ettiği,

-2.5.1999'da İnterstar televizyonu, 3.5.1999'da da Show TV'-deki canlı yayınlardaki açıklamalarından, başörtüsü konusunun TBMM'ne taşınmasının sağlanması için Merve KAVAKÇI'nın özel olarak seçildiğinin ve Meclis'te yapacağı eylemi tüm Fazilet Partisi milletvekilleri ve parti yöneticilerinin önceden bildiğinin anlaşıldığı, bu durumun Parti'nin lâiklik karşıtı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin kanıtı olduğu, ileri sürülmüştür.

Davalı Parti'nin savunmalarında, milletvekili Merve KAVAKÇI'nın and içme günü TBMM'ne gelmesi Anayasa'nın 81. maddesinin açık bir buyruğu olduğundan anayasal görevini yerine getir-

mek için alkışlanmasında, desteklenmesinde bir aykırılık bulunmadığı gibi bunun belirtilen görevi teşvik anlamına da geldiği belirtilmiştir.

dd- Bekir SOBACI yönünden

Milletvekili Bekir SOBACI'nın,

13.4.1999'da Erbaa'da bir açıkhava toplantısında yaptığı konuşmada, "Solcu milletvekillerimizin Meclis'te pankart açan militanları koruduğu bir ülkede, İstanbul'da, Çapa'da, Cerrah-paşa'da doktor olmasına üç ay kalmış kız çocuklarını okuldan attılar. Onlar iki otobüsle Ankara'ya geldiler. Kızıl-cahamam'da yolları kesildi. Ankara'ya sokulmadılar. Gittik yirmi milletvekili o kızlarımızı aldık, Kızılay'da basın toplantısı yaptırdık. Meclis'e getirdik. Partileri ziyaret ettirdik. Ama biz kızlarımıza destek olurken, partileri izin vermediği için, milliyetçiliği kimseye bırakmayan milletvekilleri Kızılcahamam'a gelemediler. İşte biz bunları Ankara'da yaşadık. Burada milliyetçi-sağcı, orada kirli tezgâhın destekçileri. Yok öyle şey, burası ER-BAA" dediği, bu faaliyetlerin lâiklik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Davalı Parti'nin savunmalarında, adı geçen milletvekilinin, bir grup milletvekili ile birlikte başörtüsü yasağını protesto eden üniversite öğrencilerinin Meclis Parti gruplarını ziyaret etmelerini sağladıklarını bu nedenle basın toplantısı düzenlediklerini söylediği; meşru yoldan hak arayan bir kısım yurttaşa yardımcı olmaya çalıştığı ve onlara haklarını ararken meşru çerçeve içinde kalmalarını tavsiye ettiği; bu konuda başka partilerden destek görmediklerini açıkladığı; bu durumun siyasî parti yasaklarına aykırı olmadığı belirtilmiştir.

.....

gg- Ramazan YENİDEDE yönünden

Önceki dönem Milletvekili Ramazan YENİDEDE'nin,

-15.6.1998 günlü basın toplantısında; "Bu hareket temelde zulme karşı bir isyandır. Zorbalığa karşı bir isyandır. Mensubu bulunduğum siyasî Parti'de bu mücadele sürekli bir şekilde verilmiyorsa elbette ben buna da isyan ederim. Nitekim bu tepkimi bu hareketimle açıkça ve cesurca ortaya koydum. Pekiyi kararımdan niye döndüm? İstifa haberim duyulur duyulmaz sayıları 50'lere, 60'lara varan Fazilet Partili Milletvekili arkadaşlarım evime geldiler. Bu onurlu mücadeleyi par-

ti içinde birlikte vermemizin daha etkili olacağını anlattılar. Buna dair kendilerinden söz aldım. Önümüzdeki günlerde bu birlikteliğimizin devam edeceğinden eminim. Böyle olunca da istifaya gerek kalmadığına inanarak kararımdan vazgeçtim... başörtüsü konusunda da birisi çıkar bunların başörtüleri siyasi bir simgedir derse, bir başkası kalkar, birileri için bunların kıyafetleri ahlâksızlık ve fahişelik simgesi diyebilir. Bu mantıksız ve o kadar tehlikeli tespitlerden şiddetle kaçınılmalıdır. Benim bu hareketim bu ülkede kendilerini imtiyazlı vatandaş, başkalarını ise kul, köle gibi gören ve buna da devleti alet eden bir avuç çıkarcıya karşı bir isyandır... Hırsız ben Atatürkçüyüm ve lâikim diyor, soysuz böyle diyor. Çalıştığı kurumda birçok kadını taciz eden adam ben Atatürkçü ve çağdaşım diyor... Atatürkçülük, demokrasi demektir. İnsan hakları demektir. Özgürlük demektir, hukuk demektir. Eşitlik demektir. Bağımsızlık demektir. İnanca ve düşünceye saygı demektir. Taşların bağlandığı, köpeklerin salıverildiği bir ülkede huzurlu yaşamak asla mümkün değildir. Zulm ile abad olanın ahiri berbat olur..." dediği, adıgeçen hakkında Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı tarafından TCK'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması istemiyle dava da açıldığı, bu görüşlerin Fazilet Partisi'nin lâikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiğinin kanıtı olduğu ileri sürülmüştür.

Davalı Parti'nin savunmalarında Ramazan YENİDEDE'nin bu açıklamayı yaptığı sırada Parti üyesi olmadığı gibi söylediklerinin lâiklik karşıtı olarak değerlendirilemeyeceği, Atatürk'ün kimi kötü niyetli kişilerce istismar edildiğinden yakındığı, ayrıca bu konuşmasının, başörtüsüne sahip çıkmadığı için eleştirdiği Fazilet Partisi'ne karşı bir delil olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir.

Ramazan YENİDEDE, söz konusu basın açıklamasında Parti'den istifasını geri aldığını açıklamış 29 Haziran 1998 günlü Posta Gazetesi'nde çıkan haberde de, Recai KUTAN'ın Ramazan YENİDEDE'yi savunarak Partisi'nin inananların "Gerçek mütedeyyin dindarlar" ve "Siyasî İslam'ı savunanlar" olarak bölünmesine karşı çıktığını anlattığının belirtildiği bu haberlerin Parti tarafından tekzip edilmiş olduğu da ileri sürülmediğinden davalı Parti'nin savunmalarında, adı geçen milletvekilinin iddianamede yer alan açıklamalarının bunları yaptığı sırada üyesi olmadığı Parti'yi bağlamayacağı yolundaki iddi-

alarının, gerçeği yansıtmadığı sonucuna varılmıştır.

....

jj- Diğer Milletvekilleri ve Partililer Yönünden

....

-Milletvekili Mehmet SILAY'ın 1998 yılında yayınlanan ve Mahkeme kararıyla toplatılan "Partalentodan Haber" isimli kitapta yazdıklarının da göz önünde tutulmasında yarar bulunduğu, belirtilerek, bu eylem ve açıklamalarla Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcılığı'nın "Milli Görüş Hakkında İddianamesi" ve dayanaklarının Parti'nin lâikliğe aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin kanıtı olduğu ileri sürülmüştür.

.....

c- Delillerin Değerlendirilmesi

.....

Daha önce Refah Partisi'yle ilgili kararda, lâiklik ilkesine ilişkin Anayasa ve yasa kuralları ile Anayasa Mahkemesi kararları göz ardı edilerek, resmî daire ve üniversitelerde türban ve başörtüsü kullanmayı teşvik eden konuşmaların, lâik düzen karşıtları için bir mesaj oluşturduğu belirtilmesine karşın, davalı Parti, türban ve başörtüsü konusunu belirlediği politikalara temel almakta bir sakınca görmemiş bu konudaki görüşleri bilinen Merve KAVAKÇI'yı seçilebileceği bir yerden aday göstererek milletvekili olmasını sağlamıştır. Merve KAVAKÇI, milletvekili seçilmeden önce 1996 yılında Kuzey Amerika İslâmi Birliği Kongresi'nde yaptığı konuşmada "Refah Partisi'nin iktidara gelmesi otuz yıllık bir çalışmanın ürünüdür... 24 Haziran'da Türkiye'deki 54. Hükümeti kurduk. Bu başarı sıkı bir çalışmanın ürünüdür. Bu da ibadet ve cihat anlamına gelmektedir. Kuşkusuz daima Başbakanımız Necmettin ERBAKAN'ın kumandası altında olduk. Refahı kabul eden İslam'ı da kabul etmiştir. ...gelecekte şüphesiz sadece Türkiye'nin değil bütün dünyanın Müslümanları için elimizden geleni yaparız ve gelecek seçimde koalisyon kurmak zorunda kalmayacağız ve inşallah İsrail Türkiye meselesi konusunda farkı göreceksiniz. Ama tek başına iktidara gelmeliyiz... Sabırla beklemek ve gelecekte pahalıya mal olacak hatalı bir hareket yapmadan çok dikkatli çalışmak zorundayız" 26 Aralık 1997'de

ABD'nin Chicago kentinde ABD merkezli Filistin İslâmi Birliği (IAP) tarafından düzenlenen konferansta yaptığı konuşmada da "Bence biz, Kuran'ın halâ anlaşılmasından yoksunuz ve gereksinimlerimiz için Kuran'a dönmekten halâ yoksunuz. Kendimizi, Türkiye'de gördüğümüz gibi, ülkemizin sözde Müslüman hükümetine karşı mücadele verirken görüyoruz... 21. yüzyılın eşiğinde, dünyanın her tarafındaki Müslümanlar bir şekilde İslami birliğin bayrağı altında toplanmalı, böylece gerektiğinde tek bir merkezi vücut olarak hareket etmemiz sağlanmalı... Biliyoruz ki, yüzyılın sonuna yaklaşırken düşmanın elindeki silahlarla biz de silahlanmalıyız... İnşallah kalbimizdeki cihat ruhuyla bugün karşılaştığımız sıkıntıları aşacağımıza inanıyorum... Sosyal yönde cihat, iyi ve aktif bir Müslüman örgütün parçası, aktif bir üyesi olarak gerçekleştirebilir... Ancak şunu söylemeliyim ki bunlar cihadın politik yanı. Ve herkesin cihat yapması için siyasette olması gerekmiyor. Ancak bu alan, benim kendim için cihat yapmak için seçtiğim alan Hizb-i Refah'ın ideolojisi, Türkiye'deki Müslümanlar için cihat yapmak değil. Bütün Dünyadaki Müslümanlar için cihat yapmak ve bütün insanlık için cihad yapmak... Bizim dava çalışmamızda, erkeklerinkine paralel şekilde, yukarıdan aşağıya bir hiyerarşik model kurduk... Her şehirde 11 departman var. Ve her şehirde mahallelerde, kasabalarda, cihat yapmak için Hizb-i Refah pozisyonları mevcut... Dünya Müslümanları olarak amacımız, yüzyıllar önce olduğu gibi, Kur'anda belirtildiği gibi olmalıdır" diyerek temelini dinsel kuralların oluşturduğu sosyal ve siyasal yaşam modeliyle ilgili görüşlerini dile getirmiştir.

Fazilet Partisi'nin görüşleri ve faaliyetleri bu doğrultuda olan birini seçilebileceği bir yerden milletvekilliğine aday göstermesi kuşkusuz bu kişinin görüşleriyle Parti'nin temel politikaları arasında bir paralellik olmasından kaynaklanmaktadır.

Öte yandan, Parti'nin Genel Başkanı, Milletvekilleri ve kimi Belediye Başkanları lâikliğin yanlış tanımlandığı iddiasıyla resmî daire ve üniversitelerde uygulanan türban ve başörtüsü yasağını hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen, zulüm ve zorbalık olarak niteleyerek kamu düzenini bozacak biçimde halkı devlet görevlilerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmişlerdir. Ancak daha ileri bir aşama olarak türban veya başörtüsü konusunu Merve KAVAKÇI ve onu seçimlerden önce ve sonra açıkça destekleyen Nazlı ILICAK aracılığıyla ulusal ira-

denin gerçekleştiği TBMM'ne taşıyarak tüm milletvekillerinin ayakta alkışladığı bir görüntü içinde eyleme dönüştürmüşlerdir. Böylece, davalı Parti tarafından güçlü bir siyasal sembol olarak kullanılan başörtüsü veya türbanın, eylemli bir durum yaratılarak TBMM'ne taşınması girişimiyle geçmişinde teokratik bir devlet deneyimi geçirmiş olan Türkiye Cumhuriyeti'nde özel bir yeri ve önemi bulunan lâiklik ilkesi ağır biçimde ihlâl edilmiştir. Demokrasinin, hak ve özgürlüklerin temelini oluşturan lâiklik ilkesine karşı gerçekleştirilen bu eyleme, Genel Başkanı ve tüm milletvekilleriyle katılması, Fazilet Partisi'nin bu tür eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin en büyük kanıtıdır. Bu aynı zamanda onun lâiklik temeline dayanan, çerçevesini temel hak ve özgürlüklerin çizdiği çağdaş demokratik bir toplum modeli benimsemediğinin de göstergesidir. Önemli bir oy potansiyeline sahip olması nedeniyle Parti'nin öngördüğü modeli uygulamaya koyma olanağı gözetildiğinde, bu durumun lâik demokratik düzen için ne denli önemli bir tehlike oluşturduğu açıktır.

Demokratik bir toplumda, başörtüsü veya türban kullanarak bir dinin gereklerini açıkça sergileyebilme özgürlüğünün, başkalarının haklarının korunabilmesi için kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla yasaklanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarıyla saptanmıştır. Ancak, davalı Parti'nin mensupları bu kararları göz ardı ederek yasalara aykırı olmasına karşın türban veya başörtüsünün serbest bırakılması için demokrasinin temel değerleriyle bağdaşmayan kendilerine özgü bir lâiklik tanımı ile başta TBMM olmak üzere çeşitli yer ve toplantılarda gerçekleştirdikleri eylem ve yaptıkları konuşmalarla sürekli olarak, kamu görevlilerinin kendilerine zulüm ve zorbalık yaptıkları gerekçesiyle halkı bu kişilere karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmişlerdir. Oysa demokratik bir toplumda çeşitli din gruplarının veya aynı dine mensup olmakla birlikte farklı düşünenlerin inanç özgürlüklerinin aralarında bir ayırım yapılmaksızın korunması zorunludur. Bunu engelleyen siyasî partilerin kapatılması ise sosyal bir gereksinimin sonucudur. Kuşkusuz bu gereksinim yalnız partilerin dinsel kurallara dayalı bir devlet modeli benimsemeleriyle değil, totaliter ideolojilere yakınlaşmalarıyla da ortaya çıkabilir.

…

2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 103. maddesinin, bir siyasî partinin, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerin işlendiği odak halini oluşturup oluşturmadığı hususunun Anayasa Mahkemesi'nce belirleneceğine ilişkin birinci fıkrasından sonra gelen ve odak olmayı tanımlayan ikinci fıkrası ise 12.12.2000 günlü, E:2000/86, K:2000/50 sayılı kararla iptal edilerek Yasa ile Anayasa arasındaki uyumsuzluk giderilmiştir.

….

18 Nisan 1999 tarihinde yapılan milletvekili seçimlerinden sonra TBMM'ndeki yemin töreninde, Merve KAVAKÇI'nın ve onu seçim öncesinde, yemin töreni sırasında ve seçim sonrasındaki davranışları ve yaptığı açıklamalarla özel olarak destekleyen Nazlı ILICAK'ın sergiledikleri eylemlerin ve yaptıkları konuşmaların; Bekir SOBACI'nın türban ve başörtü yasağına direnen bu nedenle de İstanbul Çapa ve Cerrahpaşa Tıp Fakültelerinden çıkarılan öğrencileri Ankara girişinden alarak basın toplantısı yaptırması, Meclis'e getirerek partileri ziyaretlerini sağlaması gibi yasalara aykırı eylemleri desteklemesi ve teşvik etmesinin; Ramazan YENİDEDE'nin resmî daireler ve okullarda konuya ilişkin yasa ve yönetmelikler gereği uygulanan türban veya başörtüsü yasağını zulüm ve zorbalık olarak göstererek halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmesinin; Mehmet SILAY'ın 1998 yılında yayınlanan "Parlamentodan Haber" adlı kitabında, dünya tarihinde milletlerin dini duyguları ve inançlarıyla savaşanların daima kaybettiklerini İran'da bunu deneyenlerin ya ülkeyi terk ettikleri ya apoletlerinin söküldüğünü Cezayir'de Fransız çıkarlarına hizmet uğruna halka dayatanların ve zorbaların bu gün hiçbirisinin hayatta olmadığını belirterek halkı kamu görevlilerine karşı eyleme yöneltmesinin ve Fazilet Partisi'nin Genel Başkanı ile Milletvekillerinin ve kimi Partililerin davranışları ve çeşitli yer ve toplantılarda yaptıkları konuşmalarla mevzuata ve yargı kararlarına aykırı olduğu halde resmî daire ve okullarda türban veya başörtüsü takılmasını desteklemelerinin Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen Lâik Cumhuriyet ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Fazilet Partisi'nin bir tepki göstermediği gibi benimsediği bu faaliyetlerin, Anayasa'nın 69. maddesi, Siyasî Partiler Yasası'nın 101. ve 103. maddeleri uyarınca odak olmaya esas alınacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, davalı Fazilet Partisi'nin Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleriyle, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 101. ve 103. maddeleri uyarınca kapatılması gerekir.

d- Kapatma Kararının Sonuçları

aa- Partili Milletvekilleri yönünden

Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrasında, "partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliği, bu kararın Resmî Gazete'de gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona erer. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bu kararın gereğini derhal yerine getirip Genel Kurula bilgi sunar" denilmiştir.

Bu gerekçelerle, söz ve eylemleriyle Refah Partisi'nin kapatılmasına neden olan İstanbul Milletvekili Nazlı ILICAK ile Tokat Milletvekili Bekir SOBACI'nın milletvekilliklerinin gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günde sona ereceğine karar verilmesi gerekir.

bb- Parti (Kurucuları Dâhil) Üyeleri yönünden,

Anayasa'nın 69. maddesinin sekizinci fıkrasında, "bir siyasî partinin temelli kapatılmasına beyan ve faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dâhil üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmî Gazete'de gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamazlar" denilmektedir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, söz ve eylemleriyle Parti'nin kapatılmasına neden olan Üyeleri Merve KAVAKÇI, Nazlı ILICAK, Bekir SOBACI, Ramazan YENİDEDE ve Mehmet SILAY'ın gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süre ile bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamayacaklarına karar verilmesi gerekir.

XIX- SONUÇ

A- Temelli kapatılan bir partinin bir başka ad altında kurulamayacağına ilişkin kapatılma isteminin REDDİNE, Yalçın ACARGÜN, Ali HÜNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU'nun karşıoyları ve

OYÇOKLUĞUYLA,

B- 1- Laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemleri nedeniyle Anayasa'nın 68. ve 69., 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun değişik 101. maddesinin (b) bendi ve 103. maddesi gereğince FAZİLET PARTİSİ'NİN TEMELLİ KAPATILMASINA, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Beyan ve eylemleriyle Parti'nin kapatılmasına neden olan İstanbul Milletvekili Nazlı ILICAK ve Tokat Milletvekili Bekir SOBACI'nın milletvekilliklerinin, Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası uyarınca gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte sona ermesine, OYBİRLİĞİYLE,

3- Beyan ve eylemleriyle Parti'nin kapatılmasına neden olan üyeleri Merve KAVAKÇI, Nazlı ILICAK, Bekir SOBACI, Ramazan YENİDEDE ve Mehmet SILAY'ın, Anayasa'nın 69. maddesinin sekizinci fıkrası gereğince gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacaklarına, OYBİRLİĞİYLE,

4) 5) 6)… OYBİRLİĞİYLE, 22.6.2001 gününde karar verildi.

Refah Partisinin kapatılmasına ilişkin dava görülürken 2820 sayılı Kanunun 103. maddesinin ikinci fıkrası iptal edilmesinden sonraki dönemde madde yeniden düzenlendi. İptal edilen hükümde odak olma durumu sübut bulmaya bağlanmış idi. Tabii sübut bulma yargısal kararla gerçekleşecek bir hukuksal durumdu. TBMM iptal kararındaki gerekçeyi gözeterek anılan maddenin iptal edilmiş ikinci fıkrasını Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçeye uygun bir biçimde sübut şartına yer vermeksizin tekrar düzenledi, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin kararının gereklerine uygun hareket etti.

Yeni haliyle anılan madde şöyle oldu: *"Bir siyasî partinin Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne aykırı eylemlerin odak halini oluşturup oluşturmadığı hususu Anayasa Mahkemesince belirlenir.*

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."

Fazilet Partisi'nin kapatılması davasının görüldüğü sırada işte bu yeniden düzenlenmiş olan ikinci fıkra hükmü, anılan partinin kapatılmasına imkân tanımadığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından 12.12.2000 günlü ve E:2000/86, K:2000/50 sayılı kararla tekrar itiraz yolu izlenerek iptal edildi. Bunu yaparak aslında Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisinin kapatılmasına ilişkin davada bir kısım üyelerinin buluştukları ancak öznelliğin sınırlarını aşmayan muğlak bir odak tanımını esas alacağının ipucunu vermişti. Tabii anılan madde hükmünü iptal etmekle odak kavramının tanımına ilişkin bir hukuk kuralı kalmadığından Anayasa Mahkemesi -kendi üyelerinin öznel odak tanımına göre- yine kanun koyucu gibi hareket etmiş oldu.

Bu karar bazı farklılıklar olmakla beraber mahiyeti itibariyle Refah Partisinin kapatılmasına ilişkin karardan hiç farklı değildir. Anayasal ilkeler ve hukukun genel ilkeleri yönünden Refah Partisiyle ilgili kararda yapılan hukuksal hatalar bu kararda da aynen tekrarlanmıştır. Laiklikle ilgili yorumlar önceki karardan aynen alınmıştır. Bu karar delillerin değerlendirilmesi yönünden Refah kararından daha özensiz, daha "la yüs'el" davranılarak gerekçesi ortaya konmuş bir karardır. Aslında bu parti toplumbilimsel açıdan olduğu gibi iddia makamı tarafından kapatma nedeni sayılan fiillerle ortaya konan Refah Partisi Liderine gösterilen ilgi ve sevgi ve iki partinin yönetici ve Meclisteki milletvekillerinin önemli bir kısmının aynı oluşuna bakılırsa, hukuken de Refah Partisinin devamı idi. İddia makamı partinin aslında devam unsuru yönünden kapatılmasını istiyordu. Anayasa Mahkemesi hukuksal saiklerle değil siyasi saiklerle Fazilet Partisini devam unsuru yönünden değil, laikliğe aykırı eylemlerin odağı olma yönünden kapatmıştır. Bu, niyet ne olursa olsun elbette Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı-

sının yaklaşımı ile kıyaslandığında olumlu bir tavır olarak kabul edilebilir. Ancak bu şu olumsuz durumun da bir işaretidir: Demek ki Anayasa Mahkemesi salt hukuksal değil siyasal saiklerle de kararını biçimlendirebilir, daha yumuşak veya daha sert kararlar verebilir. Meseleye nereden bakıldığına bağlı olarak Anayasa Mahkemesinin tavrı olumlu ya da olumsuz bulunabilecek durumdadır. Fazilet Partisi kendinden önce kapatılan partinin devamı olmaktan kapatılsa idi kırılgan bir yapıda olan Türkiye ekonomisi bundan büyük bir darbe yerdi. Ülkenin nasıl bir kargaşa ortamına doğru yelken açacağını kimse kestiremezdi. Milletvekilliği düşecek üye sayısı çok fazla olacağından böyle karar verilmesini o zaman TBMM' de olan diğer siyasi partilerin üyeleri de istemezlerdi. Kararın -borsa ve para piyasalarının etkilenmemesi için- cuma günü mesai saatinin bitiminde açıklanması da Mahkemenin hukuksal alanın dışında kalan değişkenleri ciddi bir biçimde hesaba kattığının en önemli kanıtlarından biridir. Fazilet Partisinin kendisinden önceki Partinin devamı olmaktan değil de laikliğe karşı eylemlerin odağı olarak kapatılmasının herhalde sebepleri hukuki olmaktan ziyade siyasi idi.

Ancak partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olmaktan kapatılması da hukuk ölçüleri içinde makul ve kabul edilebilir bir temele oturtulması zor olan bir yargısal tasarruftur. Zira bu kararda da şu var; beş altı kişinin "laikliğe aykırı" eylemleri ile bir parti laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline gelebilir mi? Tabii bazen istemeden daha önce söylediğimiz şeyleri tekrar söylemek zorunda kalıyoruz, yine aynı şeyi söyleyeceğiz: bu kadar az sayıda failin eylemi ile hiçbir tarz eylemin odağı haline gelmek kesinlikle kabul edilemez. İşte o sebeple Anayasa Mahkemesi 2820 sayılı Kanunun Refah Partisinin kapatılmasından sonra düzenlenen yeni halini de iptal etmiştir.

Eylemleri partinin kapatılma nedeni sayılan kimselerin eylemlerinin laikliğe aykırı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Ülkemizdeki laiklik uygulamasına eleştirel yaklaşan herkesin eylemi neredeyse laiklik karşıtlığı, şer'i devlet özleminin ifadesi olarak görülüyor. Belki eleştiri sahipleri bazen maksadını aşan sözler etmiş olabilirler. Ancak onların sözlerini hep olum-

suz bir düzleme çekerek algılayan kimseler acaba her durumda haklılar mı? Acaba bu çözümsüz meselede, laiklik konusunda olağanüstü derecede hassasiyet gösterenlerin kendilerini hiç mi sorgulamaları gerekmiyor? Ortada milli ölçekte bir anlaşmazlık olduğuna göre anlaşmazlığın her tarafının karşı tarafın olduğu kadar kendi tutum ve davranışlarını da sorgulaması, bu meyanda biz nerede hata yapıyoruz sorusunu kendilerine sormaları gerekmez mi? Eğer birilerinin arzuladıkları sonuçlara ulaşılamıyorsa o zaman arzu edilen şeylerin olabilirlik özellikleri sınırlı demektir. Türkiye'de dini, toplumsal hayatın sınırları dışına itmede siyasal sistem başarısının sınırlarına ulaşmış durumdadır. Bundan öte yapabileceği hiçbir şey yoktur. Laiklik konusunda şüphecilik derecesinde hassasiyeti olan insanlarımız bunu kabul ederek olumlu bir adım atmış olacaklardır. Bunun karşılığında dindar insanlarımız da kendilerini anlatırken daha soft bir dil kullanarak olumlu bir adım atmış olurlar. Devleti veya iktidarı ele geçirmek gibi bir anlamı çağrıştıracak ifadeler hoş değil. Çünkü Devlet zaten bizim devletimiz, biz onun dışında değiliz ki. İktidara gelmek için çok şükür siyasal düzenimizin eksikliklerine rağmen her türlü demokratik kanalın açık olduğu ortadadır. Demokrasimizin daha alacağı çok mesafe var, ancak bununla birlikte, çevremizdeki otoriter yönetimleri dikkate aldığımızda; evet biz köklü bir devlet geleneği ve kültürüne sahibiz, bu bizi ayrıcalıklı kılıyor, bununla hem kendimiz adına hem halkımız adına büyük bir mutluluk ve gurur duyabiliriz. Askeri darbelerle, 28 Şubat Post modern darbesi, E-muhtıra gibi olumsuz olaylar yaşanmamış olsa idi, herhalde bizim demokrasimizle, batı demokrasileri arasında hiçbir açı farkı oluşmazdı.

Bu çerçevede milletvekili Merve Kavakçı'nın henüz parti üyesi olmadan 1996 yılında Kuzey Amerika İslâmi Birliği Kongresi'nde yaptığı konuşmada "Refah Partisi'nin iktidara gelmesi otuz yıllık bir çalışmanın ürünüdür..." şeklinde başlayıp devam eden konuşması içerik itibariyle pek hoş görülmeyebilir. Ancak bu konuşma ve bu konuşmaya rağmen Fazilet Partisinin onu Meclise taşımış olması kapatma nedeni oluşturmaz. Bir kere parti üyesi olmadan önce yapılan bir eylem hukuken partiye

sorumluluk yüklemez. Parti bu eylemden haberdar olmak zorunda değildir. Haberdar olsa dahi yine sorumluluk oluşmaz. Çünkü bir eylemin hukuksal açıdan sorunlu olduğunu; o eylemle ilgili adli bir kovuşturma, maddi veya manevi tazminat yükümünün tespitine ilişkin bir yargı kararı olmadan ilgili siyasi partinin bilmesine imkân yoktur.

Bundan başka, anılan başörtülü hanımın milletvekili seçilmesine hukuksal bir engeli yok muş ki, Yüksek Seçim Kurulu adaylığına engel olmamış, seçildikten sonra mazbatasını vermiştir.

Başörtüsü ile TBMM Genel Kurul Salonuna girilmesinde de kanuni bir engel yoktur. Çünkü İçtüzük'te başörtünün yasaklığına hukuksal dayanak olacak herhangi bir madde bulunmamaktadır. Başörtülü olduğu için anılan milletvekiline yapılan muamele toplumsal barışı berhava edici bir niteliğe sahiptir. Şunu sormak gerekiyor; bu ülkenin dindar insanları başörtüleri ile işçi, çiftçi, sütçü, kısacası toplumsal statüsü düşük meslekleri icra ederken sorun değil de, başörtüsü ile doktor, öğretmen, hâkim, savcı, milletvekili olduğunda neden sorun oluyor? Bu sorunun tek bir cevabı var; hâkim zihniyet; dini, alt toplumsal tabakaların bir çeşit alâmetifarikası olarak görüyor.[40] Bu tavırda-

[40] Geçmişte Bu ülkede dindar insanın kamu görevleri içinde talep edebileceği görev neredeyse sadece imamlık olarak görülmüştür. Konu bağlamında şahsi bir anımı anlatayım.

İlkokulda iken Nurettin adında bir arkadaşım vardı. Bu arkadaşım ortaokulu bile bitiremedi. Onun ailesi modern bir aile iken, benim ailem ise muhafazakâr bir aile, onun annesi modern bir kadın benim annem ise ümmi bir köylü kadını idi.

Liseyi bitirdiğim yıl Nurettin ile karşılaştım, selamlaşıp hal hatır sorma faslından sonra bana ortaokuldan sonra öğrenime devam edip etmediğimi sordu, ben de ona o yıl itibariyle liseyi bitirdiğimi, yükseköğrenime giriş sınavında başarılı olarak İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde öğrenim görme hakkı kazandığımı söyledim. Arkadaşımın, ona öğrenim durumumla ilgili olarak verdiğim bu bilgi üzerine beni kutlayacağını beklerken bana şunu söyledi: senin Siyasal Bilgiler Fakültesinde ne işin var, niye İlahiyat Fakültesini tercih etmedin? Nurettin'e göre dindar olan birinin öğrenim göreceği adres ilahiyat fakültelerinden başka bir yükseköğretim programı değildi. Aslında Nurettin, kendini modern ve laik olarak tanımlayan toplumsal kesimle-

ki küçümseme ve aşağılama izahı gerektirmeyecek kadar açık seçik bellidir. Aslında başörtüsüne gösterilen hoşgörüsüzlüğün gerisindeki bilinçaltı yapısında biraz da alt toplumsal tabakaların üst toplumsal statülere tırmanışından duyulan rahatsızlık ve hazımsızlık bulunmaktadır. Bunu, olduğu gibi samimi bir şekilde ifade edemeyince laikliği koruma üzerinden ifade ediyorlar.

Ayrıca zamanın Başbakanı Mustafa Bülent Ecevit'in Genel Kurul Salonunda "bu kadına haddini bildirin" dediği konuşması tam bir akıl tutulması halinin ifadesi idi. Bir ülkenin Başbakanı, yargısı, basını hep bu akıl tutulmasının esiri olmuştu. Konuşmasında "burası kimsenin özel hayatını yaşayacağı bir yer değil" demişti ki bu söz de ifade ettiği durumla tutarlılık ilişkisi içinde olan bir şey değildir. İnsanın toplumsal çevresi içinde, günlük toplumsal hayatta, kullandığı kıyafet özel hayatın bir parçası olarak değerlendirilemez. Kıyafet sahibinin zevkini, tercihlerini, kişilik özelliklerini gösterir, bu yönüyle kişiye özeldir, ama özel hayatın bir parçası değil kamusal hayatın bir parçasıdır. Özel hayat, ifadesi kişinin mahrem kalması gereken yaşam alanına inhisar eder. İşte o alana ait kıyafetler özel hayatın parçasıdırlar. Başbakan toplumsal hayatın ve etkinliklerin cereyan ettiği alana ait kıyafet biçimlerini özel hayatla ilişkilendirip mahrem hayata bir göndermede bulunarak kendisine yakışmayan bir davranışta bulunmuştur.

Milletvekili Merve Kavakçı'ya yapılan ve genelleşen akıl tutulmasının gölgesinde gerçekleşen bu sorumsuzluklar ve haksızlıklar dizisi Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet

---

rin dindar veya muhafazakâr insanlara nasıl baktığını gösteren milyonlarca örnekten sadece biri.

İran'ın İlk Cumhurbaşkanı, Beni Sadr; –bu satırları yazdığım sırada nerede okuduğumu hatırlayamadığım bir açıklamasında- Batılıların, Müslümanların kaba, saba, cahil olanından hoşlandığını, dindar ama modern, yargılayan, sorgulayan entelektüel Müslümanlardan hoşlanmadığını, birincilerden hoşlanmalarının nedeninin; tam da bu tür Müslümanların onların zihnindeki olumsuz Müslüman algısını doğrulaması ve bu algıyı beslemesi nedeniyle olduğunu söylemişti.

Başörtüsünü inek sağan kadına yakıştıran ama milletvekili, doktor, hâkim kadına yakıştıramamanın altında Müslümanları küçümsemekten ve onlardan nefret etmekten başka bir duygu bulunmamaktadır.

Savcısı Nuh Mete Yüksel'in durumdan vazife çıkararak bir gece vakti anılan Milletvekilinin evini basmasına kadar uzanmış, bu olay sonrasında da olayların başlamasına yol açan Bülent Ecevit savcıyı te'dip edici beyanda bulunarak durumu toparlamaya çalışmış ise de hadise bir ba'de harab el Basra durumundan başka bir şey olmamıştır.

Milletvekili halkın iradesi ile bu sıfatı kazanmaktadır. Onu TBMM'ye gönderen irade o haliyle oraya gidip kendisini temsil etmesini uygun görmüştür. Demokrasinin ruhu, felsefesi bağlamında meseleye yaklaşınca başka bir yorum yapmak mümkün değildir. Merve Kavakçı'ya o haksızlığı yapanlar aslında halkın iradesine saygısızlık yapmış halka ait bir kıyafet biçimi ve o biçimi tercih eden insanlarımızı küçümsediklerini ve TBMM çatısı altında bu kıyafetle bulunulamayacağını söylemişlerdir. Bu hareketleriyle de aslında Anayasanın 10. maddesine aykırı davranarak suç işlemişlerdir. Gerçi bu suçu yargılayacak yargı mercii yok ama keyfiyet bundan başka bir şey değildir.

Milletvekili Nazlı Ilıcak'ın kapatmaya neden olan eylemi başörtüsü zulmü çözülecek ifadelerini taşıyan konuşmasından ziyade Merve Kavakçı ile birlikte Genel Kurul Salonuna girmiş olmasıdır. İki hanım milletvekilinin birlikte Genel Kurul Salonuna girmesinden daha doğal ne olabilir ki? Diyelim ki Merve Kavakçı'nın başörtüsü ile TBMM Genel Kurul Salonuna gelmesi gerçekten parti kapatma nedeni sayılabilecek bir davranıştır, bunun sorumluluğunu onunla yan yana oturmaktan ve sözle saldıran diğer milletvekillerini ikaz etmekten öte bir davranışı olmayan Nazlı Ilıcak niçin paylaşmak durumunda olsun? Anayasa Mahkemesinin karara katılan üyeleri düşünmüş müdür? Bilinmez ama bir eylemden dolayı faille beraber yakınlarının veya arkadaşlarının da sorumlu tutulması ceza hukukunda insanlık tarihinin çok erken dönemlerindeki sorumluluk anlayışı olup bugün böyle bir sorumluluk anlayışını benimsemek ve uygulamak hukukun kat ettiği aşamalar dikkate alındığında doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemez, bu çok iptidai bir yaklaşımdır.

Milletvekili Bekir Sobacı'nın konuşmaları ve başörtülü kız öğrencilerin Ankara'ya sokulmak istenmemesi üzerine onlara destek olması hukukun sınırları dışında eylemler olarak nitelendirilemez. Bir kere o kız öğrencilerin Ankara'ya sokulmak istenmemesi hangi işgüzarın işi ise Anayasa karşısında suç olduğu tartışılamaz bir davranıştır. Anayasa seyahat hak ve hürriyetini teminat altına almıştır. Ortada Anayasada teminat altına alınan bir hakkı kısıtlayan kimselere karşı hakları kısıtlanan kimselerin yanında durma, onların hak arama eylemine insani bir destek sunma eyleminden öte bir davranış bulunmamaktadır. Böyle bir davranışı siyasi parti faaliyetleri bakımından yasak eylem saymaktaki yanlışlık da sözün bittiği bir yerdeyiz dedirtecek kadar vahimdir.

Milletvekili Ramazan Yenidede'nin konuşmalarında, başörtüsü yasağının haksızlığını ifade ile bir kısım kimselerin Atatürk'ü istismar ettiği gerçeğini söylemekten başka ne var? Bu ülkede İmar Kanunu uyarınca, ruhsatsız yapısı belediyenin zabıta ekibi tarafından yıkılmak istenen vatandaş da yıkım makinelerinin önüne Atatürk posteri ile çıkıyor.[41] Tıpkı, cin çarpma-

[41] Yine şahsi bir anımı anlatayım. 1999 ya da 2000 yılı idi. Samsun İdare Mahkemesi üyesi olarak görev yapıyordum. Ondokuzmayıs Üniversitesi Rektörlüğüne karşı, sözleşmesi yenilenmeyerek görevine son verilen bir araştırma görevlisi bu işlemin iptali için dava açmış, davasının da duruşmalı olarak görülmesini istemişti. Davacının sözleşmesinin yenilenmemesinin çok haklı gerekçeleri olduğunu bu günkü gibi net hatırlıyorum. Davacı yıl içinde 10 gün göreve gelmemiş, ayrıca göreve geç gelmeyi alışkanlık haline getirmiş, bundan başka iş arkadaşları ile de iyi geçinemeyen birisiydi. Duruşma için belirlenen tarihte davacı duruşmaya katıldı, duruşmada kendisinin Atatürkçü olması nedeniyle sözleşmesinin yenilenmediğinden bahsetti, tarihini verdiği, göreve gelmediği günlerden birinde de Ankara'ya gittiğini ve Anıtkabir'i ziyaret ettiğini söyledi. Böyle bir savunmaya sığınmanın yanlışlığı izahı gerektirmeyecek kadar ortada ise de; duruşmaya katılan diğer üye arkadaşım, -Atatürkçülüğü ile müsemma- şahsıma havale edildiği için tarafımdan incelenmiş olan bu dosyada bana güvenmemiş olacak ki, karar verilmeden önce dosyayı incelemiş, davanın müzakeresi yapılırken dosyayı incelediğini ancak davacının haksız olduğunu gördüğünü söylemişti. (idare ve vergi mahkemeleri kurul halinde çalışan mahkemeler olup hâkimler kendilerine tevzi –havale- edilen dosyaları incelerler.) Bir hâkimin arkadaşlarına ait dosyaları incelemesinde elbette bir mahzur

sına karşı rukye (muska) ile kendini korumaya çalışan kimseler gibi. Bir başörtüsü etrafında bu kadar tartışma, bu kadar gürültü gerçekten akıl tutulmasından başka bir şey değil. Bu halk dininden ve onun icaplarına göre davranmaktan kopartılamayacağına göre artık bu konu hakkındaki dayatmalardan vazgeçilmeli... Ağzınızı açtınız laikliğe aykırı, başörtülü kızların yanına vardınız laikliğe aykırı, başörtüsü yasağının haksız olduğunu söylediniz laikliğe aykırı, bu gerçekten bizzat laiklik ilkesinin kendisine de haksızlık yapmaktan, onun inandırıcılığına ve gerekliliğine darbe indirmekten başka bir şey değil. O konuşmada Davalı Partinin savunmasında belirttiği üzere bizzat partiye karşı, başörtüsü konusunda gereken hukuki mücadeleyi vermediği için ciddi eleştiriler yöneltilmiş, öncesinde Partiye tepki olarak istifa edilmiştir. Bu husus dikkate alındığında Ramazan Yenidede'nin eylemi Fazilet Partisinin kapatılmasına neden değil hakkındaki iddiaların reddine dayanak alınabilir. Olayın bu yönünü geçelim, adı geçen Milletvekilinin konuşmaları biraz sert bulunabilir ancak bunca tahrik karşısında insanın kendini tutması, frenlemesi galiba zordur. Siz hiç mi şahsınıza karşı yönelen bir eylem karşısında sesinizi yükseltmediniz? Muhatabınıza onun davranışına göre daha sert ve kırıcı bir davranış sergilemediniz? Atalar "iğneyi kendine çuvaldızı başkasına batır" demişlerdir. Bu sözle bize empati (kendiseme) yapmayı salık vermişlerdir. Kısacası anılan Milletvekilinin konuşması da kapatma nedeni sayılamaz.

Milletvekili Mehmet Sılay'ın toplatılan "Parlamentodan Haber" isimli kitabında savunduğu fikirler; dine mesafeli olan, din karşıtı bir tutumu benimseyen kimselerin hoşuna gitmeyebilir. Ancak gerçekten tarihe bakılırsa -kitabını okumamakla beraber- Anayasa Mahkemesi kararının yukarıya alınan kısmından anlaşıldığına göre söylediği; milletin dini ile uğraşan otorite sahiplerinin hep kaybettiği yolundaki önermesinin tarihsel doğrularla örtüştüğünü inkâr etmeye imkân var mıdır? Hristiyanlık, Roma'nın çok acımasız, asırları bulan zulmüne maruz kaldık-

yok, ancak buradaki inceleme ihtiyacı ideolojik bir sebepten kaynaklanmakta idi. Ve bu Atatürk istismarının ulaştığı boyutları göstermesi bakımından oldukça dikkate değer, tuhaf bir davranıştı.

tan sonra Roma'yı teslim almadı mı? O halde gerçekler hoşa gitmese de dinlenilmeli, en azından dinlerken tahammül etmenin öğrenilmesi gerekiyor. Bu bize davranışlarımızın ne ölçüde makuliyet sınırları içinde olduğunu gösterecek bir fırsatı da sunmaktadır. Düşünceyi; söz, yazı, resim vb. araç gereçlerle yayma Anayasa'nın teminatı altında olan bir hürriyettir. Anayasal bir hak ve hürriyeti kullanma herhalde parti kapatmaya dayanak yapılamaz. Yoksa ifade hürriyeti sadece resmi ideolojiyi savunanlara verilmiş bir ayrıcalık mı? Öyleyse Anayasa'ya, kanunlara ihtiyaç yok ki. Resmi ideolojinin bir bildirgesi hazırlanıp kimsenin bu bildirgede yazılı olanlar dışında başka bir düşünceyi savunmaya hakkı yoktur, denilir olur, biter. Tabii bu durumda o rejime demokrasi denir mi? Orası ayrı bir konu. Kısacası anılan Milletvekilinin kitabında seslendirdiği görüşler, düşünceyi ifade etme hürriyeti kapsamında aslında Anayasal teminat altında olması gereken medeni, fikri bir etkinlik olup siyasi parti kapatma nedeni olarak kabul edilemez.

3) ADALET VE KALKINMA PARTİSİ'NİN KAPATILMASI İÇİN AÇILAN DAVADA VERİLEN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(30.07.2008 tarihli ve E: 2008/1, K: 2008/2 sayılı karar)[42]

…

Bu çerçevede bir siyasi partinin tüzüğü ve programı ile eylemlerinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa'nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan diğer kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, Anayasanın 69. maddesi uyarınca tüzük ve programlarındaki söylemleri ya da eylemlerinin, ancak Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere temel esasları itibariyle aykırı olması, bu ilkeleri ortadan kaldırmayı amaçlaması ve bu nitelikleriyle demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluş-

[42] Bknz. 24.10.2008 tarihli ve 27034 sayılı Resmi Gazete

turması durumunda siyasi partilerin kapatılmasına elverişli ağırlıkta olduğu kabul edilebilir.

Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsendiği ülkelerde demokratik ilkelere aykırı bir amaç taşımadığı ve şiddeti teşvik edip araç olarak kullanmadığı veya demokrasiyi ve demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partiye dönüşmediği sürece siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde, çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da siyasi partilerin salt düşünce açıklamaları ile siyasi faaliyet özgürlüğünün doğası gereği toplumsal talepleri barışçı yollarla ve hukuksal düzenlemelerle karşılama çabaları nedeniyle partilerin kapatılmasının zorunlu görülmesi Anayasayla bağdaşmaz. Zira özgürlükçü demokratik bir siyasal düzen öngören Anayasamız, olası hukuksal düzenleme ve idari işlemlerin yargısal denetiminin koşullarını ve kurumlarını yaratmak suretiyle, hukuksal yollardan kaynaklanabilecek tehditleri engellemiştir.

……

Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasına göre "…" Anayasa koyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve bunları siyasal ifade ve eylem özgürlüğünün kapsamı dışında bırakmıştır. Laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde bu kuralın göz ardı edilmesi olanaksızdır.

Dinin sosyal bir kurum olması nedeniyle toplumda dinsel özgürlük taleplerinin ya da gereksinimlerin ortaya çıkması, siyasi partilerin bu sorunlara ilişkin politika belirlemesini gerektirebilir. Ancak Anayasanın 24. maddesindeki açık hüküm gereği, siyasi partilerin bu taleplere yönelik politika üretirken, dini ve dince kutsal sayılan değerleri ve dinsel duyguları siyasal mücadele aracı haline getirerek toplumda dinsel talep ekseninde ayrışmalara yol açması laiklik ilkesiyle bağdaşmaz. Toplumsal sorunların ve ülkenin aşması gereken birçok engelin yoğunluğu ve karmaşıklığı dikkate alındığında, dinselliğin sırf siyasal mücadelede üstünlük sağlaması nedeniyle siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması, toplum ile toplumsallık ekseninde yürü-

tülmesi gereken siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyebilir. Bu ilişkinin zedelenmesi siyaset ile toplum arasında yabancılaşmaya ve siyasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir. Bu sakınca, söz konusu eylemlerin devlet iktidarını kullanan bir parti tarafından işlenmesi durumunda daha da artar.

…

Davalı partinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen "demokratik ve laik cumhuriyet" ilkesine aykırı bazı eylemleri belirlenmiştir. Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, Kur'an Kurslarına yönelik yaş kısıtlaması ve İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlamasının kaldırılmasına yönelik toplumsal taleplerin bulunduğu görülmektedir. Ancak davalı partinin bu doğrultudaki siyasal mücadelesini laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında ortaya çıkan tercihe uygun biçimde yürüttüğü savunulamaz. Bu sorunlar toplumda ayrışma ve gerginliklere yol açacak düzeyde siyasetin temel sorunu haline dönüştürülmüş, toplumun dinsel konulardaki duyarlılıkları yalın siyasal çıkar amacıyla araçsallaştırılmış, toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması güçleşmiştir. Davalı parti kurulduktan hemen sonra girdiği ilk genel seçimlerde tek başına iktidar olarak ülkeyi yönetme yetki ve sorumluluğunu üstlenmiş bulunmaktadır. Bu sorumluluğun yalnızca kendi siyasal tabanına karşı değil, tüm ülkeyi kapsayan, kamu yararı amacıyla ve devlet iktidarı kullanımı için geçerli tüm anayasal ilkelere uygun olarak yerine getirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

Dinin ve dinsel duyguların istismarı nedeniyle laikliğe aykırı görülen davalı parti eylemlerinin toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırması yoluyla demokratik işleyişi engelleyebileceği ve anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabileceği inkâr edilemez.

Organ sıfatıyla davalı Parti Genel Başkanı Recep Tayyip ERDOĞAN ile üyelerden 22. Yasama dönemi Meclis başkanı Bülent ARINÇ, Milli Eğitim Bakanı Hüseyin ÇELİK, Millet-vekilleri İrfan GÜNDÜZ, Abdullah ÇALIŞKAN, Resul TOSUN, Selami UZUN, Hasan KARA ve üye Hasan Cüneyt ZAPSU'nun; yerel yöneticilerden Dinar İlçesi Belediye Başkanı Mustafa TARLACI ve Isparta Belediye Başkanı Hasan BALAMAN'ın eylemleri, Anayasanın 68. maddesi-

nin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin kararlılıkla ve parti üyeleri tarafından yoğun bir biçimde işlendiğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararıyla iptal edilen 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un teklif edilmesi ve yasalaşmasının sağlanmasıyla davalı partinin bu eylemleri benimsediği anlaşıldığından odaklaşmanın kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ davalı partinin demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği görüşüne katılmamıştır.

Demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin yaptırımı:

Yukarıdaki ölçütler ışığında davalı partinin laik düzeni ortadan kaldırma, laikliğin temel esaslarını zedeleme ve buna bağlı olarak demokratik düzeni ortadan kaldırma amacını taşıyıp taşımadığını saptayabilmek için, aleyhteki delillerin yanında, lehteki olguların da değerlendirilmesi, hukuk devletine uygun bir yargılamanın temel koşuludur.

…

…

Yukarıda saptanan ayrık haller dışında; davalı partinin iktidarı döneminde 1963 Ankara Antlaşması'yla birlikte Türkiye'nin temel dış politikası haline gelen Avrupa Birliği'ne giriş çabası sürdürülmüş, adaylık statüsünün elde edildiği 1999 yılından başlatılan hukuksal ve siyasal reformlara hız verilmiş, gerek Anayasa'da gerekse yasalarda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede Anayasanın 10., 30., 38., 90. ve 101. maddelerinde yapılan değişikliklerle savaş zamanlarında dahi ölüm cezalarını olanaklı kılan kurallar Anayasadan çıkarılmış, uluslararası insan hakları sözleşmelerine yasaların uygulanmasında öncelik tanınarak ulusal uygulamaların uluslararası insan hakları standartlarına uygunluğu sağlanmış, basımevi ve basın araçlarının hiçbir şekilde suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemeyeceği ve işletilmekten alıkonamayacağı esası benimsenmiş, kadın-erkek eşitliğinde ileri bir aşama olan pozitif ayrımcılık temel bir anayasal ilke olarak kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni sa-

yılması, Uluslararası Ceza Divanın yargılama yetkisinin kabul edilmesi, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Kültürel, Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmeleri başta olmak üzere birçok uluslararası temel hak ve özgürlük belgesinin iç hukuka aktarılması, gayrimüslim azınlıkların statülerinde iyileştirme sağlayan yasaların kabul edilmesi, daha az temel hak sınırlaması içeren dernekler yasasının kabul edilmesi gibi, ülkenin daha demokratik ve özgürlükçü bir yapıya kavuşturulması çabaları, özellikle ataerkil ve geleneksel toplumsal yapıyı modern bir dönüşüme açma fırsatı sunan kadın-erkek eşitliğinin Anayasaya aktarılması, Avrupa Birliğiyle müzakerelerin başlatılması, uluslararası sorunların barışçı yolla çözümüne aktif katkısı dikkate alındığında, davalı partinin sahip olduğu iktidar gücünü ülkenin çağdaş batı demokrasiler standardına kavuşması yönünde kullandığı açıktır.

Üniversitelerde başörtüsünün serbest bırakılması amacını taşıyan ve TBMM'de temsil edilen kimi partilere mensup milletvekillerin teklif ve Genel Kurulda oylanması sırasındaki desteğiyle kabul edilen 5735 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'un laiklik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilmesinin ardından davalı parti seçmen kitlesini eyleme ve şiddet hareketlerine teşvik etme gibi, üstlendiği iktidar gücünü bu yönde kullandığına ilişkin delile de rastlanılamamıştır.

Bu açıklamalar ışığında davalı partinin demokrasiyi ve laik devlet düzenini ortadan kaldırma veya anayasal düzenin temel esaslarını şiddet kullanarak ve hoşgörüsüzlükle tahrip etme amacı, bu amacı somutlaştıran eylemleri ve elindeki iktidar olanaklarını şiddet doğrultusunda kullandığına ilişkin veriler saptanamamış, bu eylemler kapatmayı gerektirecek ağırlıkta görülmemiştir.

Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılığı saptanan eylemlerin toplumsal tahammülün ötesine taşan sarsıcı tepkiler yaratma gücünde olması, ulus devletin yaşamsal sorunlarında çoğunluğa hâkim olabilecek aşırı endişe, kaygı ve belirsizlik yaratması, sınıfsal veya ideolojik tercihlerin öncelik kazandığı bir kamu hizmeti anlayışını somutlaştırması, toplumda anayasal güvencesizlik yaratması, toplum ve bireylerin kamu hizmeti veya özgürlük talepleri karşısında kaygı verici bir öncelik kazanması, eylemlerin şiddet veya şiddet çağrısı

içermese de, tahrik, dayatma ve demokratik teamüllerle bağdaşmaz nitelikte olup olmaması, demokratik toplum düzeninin yaşamsal unsuru ve siyasi partilerin varlık, faaliyet alanını oluşturan düşünceyi açıklama, yayma ve iletme özgürlüğünün anayasal çerçevesi içinde kalıp kalmadığı ve nihayet odaklaşmaya yol açan eylemlerin davalı partinin bütününü ve temel politikasını belirleyecek ağırlıkta olup olmamasının yaptırımın türünü belirleyeceği açıktır.

Evrensel değerlerle bağdaşmayan, toplumsal barışın temel kaidelerini zedeleyecek bir tehlike ortaya koymayan, hukuk devletine olan inancı ortadan kaldırmaya yönelik ve sosyal ve siyasal karışıklıkları amaçladığı yönünde bir belirlilik de göstermeyen, şiddet çağrısından uzak olduğu değerlendirilen bu eylemler, davalı partinin çağdaşlaşma ve demokratikleşme yönündeki icraatlarıyla birlikte değerlendirildiğinde demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırılığı saptanan söz konusu eylemlerin ağırlığı yönünden davalı partinin Anayasanın 69. maddesinin yedinci fıkrası ile 2820 sayılı Yasanın 101. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca son yıllık devlet yardımının yarısından yoksun bırakılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Anayasanın 69. maddesinin yedinci fıkrası ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasa'nın 101. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davalı partinin almakta olduğu yıllık devlet yardımından bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı yıla tekabül eden miktarının yarısı oranında yoksun bırakılması, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın hazineye iadesine karar verilmesi gerekir.

Haşim KILIÇ davanın reddi, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Ayla Zehra PERKTAŞ davalı partinin kapatılması gerektiği düşüncesiyle bu görüşe katılmamışlardır.

VII- SONUÇ

*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın, **Adalet ve Kalkınma Partisi**'nin temelli kapatılmasına karar verilmesi istemini içeren 14.3.2008 günlü, SP. Hz. 2008/01 sayılı İddianamesi ve ekleri, konuya ilişkin rapor, ilgili Anayasa ve yasa kuralları okundu, gereği görüşülüp düşünüldü:*

A- *Adalet ve Kalkınma Partisi'nin kapatılma davasında yapılan oylamada, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasındaki demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin odağı haline gelmesi nedeniyle Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın "**Parti'nin kapatılması**"; Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ'nin "**Parti'nin kapatılması yerine Devlet yardımından yarı oranında yoksun bırakılması**"; Haşim KILIÇ'ın ise "**davanın reddi**" gerektiği…* ***DEVLET YARDIMI MİKTARININ YARISINDAN YOKSUN BIRAKILMASINA,***

B- *…30.7.2008 gününde karar verildi.*

Anayasa Mahkemesince, AKP'nin gerek Genel Başkanı'nın gerek diğer üyelerinin başörtüsü, imam hatip liseleri ve Kur'an kursları ile bağlantılı konularda yaptıkları açıklamalar kapatma nedeni sayılmıştır. Refah ve Fazilet Partilerinin kapatılmalarına ilişkin kararlar bağlamında açıklama yapıldığından burada tekrar aynı eleştirileri tekrarlamanın bir gereği yok. Ancak, şu kadarını söyleyelim, netice olarak imam- hatip liseleri ve Kur'an kursları bu ülkenin eğitim müesseseleridir, ayrıca Milli Eğitim Bakanlığı ve Diyanet İşleri Başkanlığının gözetim ve denetimi altındadırlar.

Din eğitiminin Devletin gözetim ve denetiminde olması laiklik ilkesi bağlamında reddedilmesi gereken bir durum olmayıp aksine olumlu görülmesi gereken bir durumdur. Zira toplumun bu ihtiyacı hissetmesini hiçbir otorite engelleyemez, o halde bunu verili -değiştirilemez- bir durum olarak kabul etmek gerekir. Türkiye'de bu hizmet kendilerinin sivil toplum kuruluşu olduğunu iddia eden kimi -örgütsü- yapılar tarafından yerine getiriliyor. Gerek muhafazakârlar gerek kendini solda kabul eden aydınlar laik devletin dinler karşısında tarafsızlığını ileri sürerek dini hizmetlerden devletin elini çekmesini, bu alanın tamamen gönüllü sivil toplum kuruluşlarına bırakılmasını savunmaktadırlar. Ne kadar ilginç bir beraberlik, neredeyse hiçbir ko-

nuda uzlaşamayan sağdaki ve soldaki bir kısım aydınlar bu konuda aynı ortak görüşte birleşiyorlar, keşke bunu birçok konuda yapmayı başarabilseler. Ancak din eğitim ve öğretiminin bu işe gönüllü olan kuruluşlara -ki bunlar biçimsel olmayan bir yapı özelliği olan -örgütsü- kuruluşlardır- bırakılmasının olağanüstü sakıncaları bulunmaktadır. Sözünü ettiğimiz fikirde birleşenler bu sakıncaları göremiyorlar. Bir kısmı zaten göremez, çünkü onlar bu biçimsel olmayan yapılara bir aidiyet bağıyla bağlı, dolayısıyla böyle bir görüşü savunmaları bu aidiyet ilişkisinin belirleyici, doğal bir sonucudur. Bu görüşü savunan sağda veya soldaki diğer kimseler de moda bir ezberi tekrarlamaktan öte bu görüşün arkasını tutarlı gerekçelerle doldurmuş değiller.

Bir kere bu biçimsel olmayan örgütsel yapılara dâhil olan insanlar maalesef İslam'ı onun asli kaynakları bağlamında değil, söz konusu örgütsü yapıların liderlerinin İslam'ı anladığı ve yorumladığı bağlamda anlıyorlar. Bu anlama-daha doğrusu iman- biçiminde; lider olağanüstü bir manevi kişilik, ruhani bir otorite olarak kabul ediliyor. Dolayısıyla liderin sözleri aklın süzgecinden geçirilmeksizin dini bir dogma gibi kabul görüyor. Böylece adı konulmamakla beraber aslında dindarlar arasında farklı mezhep ve meşrepler oluşmuş durumda. Ortaya çıkan bu sonucun hayırlı olduğunu o yapılara aidiyet bağı ile bağlı olanlar dışında kimse iddia edemez. Oysa İslam; imam-hatip liseleri, Kur'an kursları gibi Devletin denetim ve gözetimi altındaki okullarda öğretilse ve bu eğitim kurumlarından mezun olanların gerek yükseköğrenime, gerek değişik mesleklere girme ve mesleklerinde yükselme konusunda önlerine engeller çıkartılmasa, kısacası Devlet vatandaşlarını, din eğitim ve öğretimi konusunda hiçbir kuruma ve şahıslara muhtaç etmese sözü edilen sakıncalı durum ciddi ölçüde engellenmiş olur.

Asliyetinden uzaklaşan bir din intikamcı olur, her türlü aşırılığı; bu yeni din yorumunun inananları, haksızlığa uğradıkları gerekçesi ile kendi zihin dünyalarında meşrulaştırırlar. Gerçek din onların yaptıklarını onaylamaz ama onlar zaten gerçek dinle aralarına ciddi bir mesafe koymuşlardır, o nedenle gerçek dinin ne deyip ne demediğinin onlar nazarında her-

hangi bir karşılığı yoktur. Bu yeni din yorumu nazarında gerçek dine inanan insanlar da dost değildirler. Eğer mü'minler arasında bir hiyerarşi varsa onlar bu hiyerarşik yapının üst basamaklarında, onların din yorumunu benimsemeyenler ise en alt basamaklardadırlar. Onlar efendilerdir, onların din yorumunu benimsemeyenler ise ancak onlara hizmetçi olabilirler. Din karşıtları belki ne güzel din bozulunca ona iman edenlerin bağlılığı azalır diye içten içe bir sevinç duyabilirler, ancak sevinmeleri boşuna., çünkü az önce dediğimiz gibi özünden kopan bir din intikamcı olur, kendileri; dinin özünden kopuk bu din yorumuna göre düşman ve kendilerine duyulan intikam duygusu nedeniyle tehlikeli davranışların muhatabıdırlar.

Din eğitim ve öğretiminin Devlet tarafından yapılmasının engellenmesiyle aslında ne laiklik güçlendirildi, ne de dinin toplum üzerindeki otoritesi zayıflatıldı. Aksine din toplum ilişkisi sağlıksız bir nitelik ve içerik kazanarak gerek gerçek dindarlar için gerekse dine mesafeli olanlar için olumlu bulunması mümkün olmayan bir toplumsal ortamın doğmasına neden olundu.

Anayasa Mahkemesinin AKP ile ilgili kararının yukarıya alınan kısmının ilk paragrafında Türkiye'nin tarafı olduğu sözleşmelere, siyasal özgürlüklerin korunması yolunda Venedik kriterleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarıyla gelişen siyasal özgürlük standartları vb. değerlere atıfta bulunuluyor. Kararın sonlarına doğru yapılan keskin dönüş olmasa idi bu ifadelerin olumlu bir zihniyet değişimine işaret ettiğine inanılabilirdi.

Kararın yukarıya alınan ikinci paragrafında (Bu çerçevede diye başlayan) siyasi partinin tüzüğü ve programları ile eylemlerinin -bir kapatma davası vesilesi ile değerlendirilmesi sırasında- Anayasa'nın siyasi partilere verdiği önemin göz ardı edilemeyeceği belirtilmekte, bu bağlamda Anayasa'nın 69. maddesi gereğince tüzük ve programları ile söylemleri ve eylemlerinin, ancak 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirlenen ilkelere, temel nitelikleri itibariyle aykırı olursa, bu ilkeleri ortadan kaldırmayı hedef edinirse, eylem ve söylemleri ile demokratik yaşam

için doğrudan ve yakın tehlike oluşturursa kapatma kararı verileceği belirtilmiştir. Şüphesiz kararda, siyasi partiler hakkındaki kapatma davalarında, kapatma kararı verilebilmesi için getirilmiş gözüken bu "demokratik yaşam için doğrudan ve yakın tehlike oluşturma" kıstası olumlu yönde, önemli kabul edilmesi gereken bir gelişme olarak anılmaya değer niteliktedir. Tabii bu aslında kapatmadan daha hafif olan yaptırımı uygulamak için hüküm fıkrasına uygun bir gerekçe oluşturmak maksadıyla benimsenmiş olan bu ifadelerin, maslahat açısından gerekli görüldüğü için kararda yer aldığına şüphe yok.

Kararın yukarıya alınan üçüncü paragrafının ilk cümlesinde ise az önce sözü edilen ölçütün gerekliliğine olan inanç iyice pekiştirilmiş. "Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsendiği ülkelerde demokratik ilkelere aykırı bir amaç taşımadığı ve şiddeti teşvik edip araç olarak kullanmadığı veya demokrasiyi ve demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partiye dönüşmediği sürece siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde.," ifadeleri de oldukça dikkate değer. Bu ifadeler eğer kararın hüküm fıkrasından önceki keskin dönüşe ait kısımları olmasa idi, adeta Anayasa Mahkemesi'nin bir zihniyet dönüşümü yaşadığını gösteren olumlu bir hukuksal yaklaşıma işaret ediyor olacaktı. Ayrıca aynı paragrafta, "Anayasamızın da siyasi partilerin salt düşünce açıklamaları ile siyasi faaliyet özgürlüğünün doğası gereği toplumsal talepleri barışçı yollarla ve hukuksal düzenlemelerle karşılama çabaları nedeniyle partilerin kapatılmasının zorunlu görülmesi Anayasayla bağdaşmaz., " denilmiştir. Bu ifadeler de eğer kararın sonuç kısmında yapılan esaslı dönüş olmasa idi yine olağanüstü bir zihniyet değişiminin işareti cümlesinden olacaktı.

Kararın yukarıya alınan kısmında Anayasa'nın 24. Maddesinin zikredilmesinden sonra devam eden paragrafta, dini bir boyutu olan toplumsal meselelerle vatandaşların talebi doğrultusunda ilgilenilmesi, kutsal din duygularının istismarı olarak kabul edilmek suretiyle bu konudaki siyasal yaklaşımların vatandaşlara iletilmesi siyasal ifade ve eylem özgürlüğünün dışın-

da kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi sanki kendisinin ve din meselesinde kendisi gibi düşünenlerin; siyasetçilerin dini boyutu olan toplumsal konulardaki yaklaşımlarının istismar amaçlı olup olmadığının tespitine yarayan çok kullanışlı, nesnel gerçeği yakalamaya yarayan cihazları varmış gibi kesin bir üslupla değerlendirmede bulunuyor. Sanki siyasetçiler yoksulluğu, siyasal rakiplerinin hatalarını, dini boyutu olmayan konulardaki toplumsal talepleri istismar etmiyorlar da sadece dini istismar ediyorlar. Aslında din konusunda benimsenen bu hâkim anlayış; toplumun bu sorunlarına kayıtsız kalınmasını, bu alanla ilgili tam bir duyarsızlık ve umarsızlık siyaseti izlenmesinin istenmesinden başka bir şey değildir.

Karardaki şu ifadelerle başlayan az önce üzerinde durulan paragrafı izleyen paragrafa bakalım: "Dinin sosyal bir kurum olması nedeniyle toplumda dinsel özgürlük taleplerinin ya da gereksinimlerin ortaya çıkması, siyasi partilerin bu sorunlara ilişkin politika belirlemesini gerektirebilir. Ancak…" Demek ki din toplumsal bir kurum olduğu için din kaynaklı hak ve özgürlük talepleri olabilir ve siyasi partiler de bu talepler doğrultusunda politikalar geliştirebilirler. Pekâlâ, siyasi partilerin sözü edilen türden hak ve özgürlük talepleri üzerine politikalar geliştirmeleri meşru ise meşru olan bu politika üretme etkinliği hangi durumda Anayasanın 24. Maddesindeki yasak sınırına tecavüz eder, Anayasa Mahkemesinin bu meselede bu sınırı herkesin göreceği şekilde göstermesi gerekirdi. Çünkü meşru olan bir şey bazı durumlarda meşruiyetini kaybediyorsa, meşruiyetle gayrimeşruiyet arasındaki sınır her an aşılabilir durumda demektir. Hal böyle ise, iyi niyetli siyasi partilerin korunması gerekmez mi? Bu ortaya konulan soruya; aslında dini içerikli hak ve özgürlük taleplerine duyarsız kalanların verebilecekleri hiçbir cevapları yoktur. Nedenine gelince kutsal dini değerleri koruma noktasında bu kadar duyarlı olanlar aslında dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmemesi gerektiği yolundaki Anayasal ilkeyi istismar ediyorlar. Meseleyi çözüme kavuşturmak niyetiyle ele alınmadıkları için çözümsüzlük devam edip gidiyor. Gerek Anayasa Mahkemesi gerek laiklik hassasiyetini dini hak

ve özgürlüklerin budanması noktasına vardıranlar aynı zamanda, din konusunda Anayasanın tanıdığı hak ve özgürlükleri tanıdıktan sonra "ancak" diyerek o hak ve özgürlüklerin özünü tanımadıklarını gösteren asıl fikirlerini ortaya koyarken dilimizin istisna bildiren bu "ancak" sözcüğünü de sorumsuz bir şekilde istismar ediyorlar.

Dinin birilerinin istismarından korunmaya ihtiyacı yoktur, istismar ihtimali din kaynaklı hak ve özgürlük taleplerinin siyasal sistem tarafından baskı ile karşılanması halinde ortaya çıkar. Siyaset açısından istismara elverişli bir alan var ise yapılması gereken o alanın yok edilmesidir. Bu da ancak hak ve özgürlük taleplerinin, talep sahibi toplumsal kesimlerin tatmin olmasını sağlayacak nitelikte karşılanması ile mümkündür.

Aynı paragraftaki şu ifadelere bakalım: "Toplumsal sorunların ve ülkenin aşması gereken birçok engelin yoğunluğu ve karmaşıklığı dikkate alındığında, dinselliğin sırf siyasal mücadelede üstünlük sağlaması nedeniyle siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması, toplum ile toplumsallık ekseninde yürütülmesi gereken siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyebilir. Bu ilişkinin zedelenmesi siyaset ile toplum arasında yabancılaşmaya ve siyasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir." Anayasa Mahkemesi bu ifadeleri göz önüne alındığında "yerindelik denetimi" yapmıştır. İktidar ya da muhalefette olsun siyasal partilerin toplumsal sorunlar konusunda programlarında belirleyecekleri öncelik sırasının nasıl olacağına veya bu sıralama yapılırken ne gibi sınırcaların (parametre) esas alınacağı konusunda Mahkemenin öneri veya tavsiyede bulunmaya ne hakkı ne de yetkisi vardır. Eğer dinsellik siyasal mücadelede onu gündemde tutan siyasi partiye üstünlük getiriyorsa; kabul edilmelidir ki, dini içerikli bir kısım sorunlar var ki, dini söylemler onu kullananlara üstünlük getiriyor. Yine toplum ile toplumsallık arasındaki sağlıklı temsil ilişkisinin zedelenmesi ve bunun sonucunda siyasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açılması konusunda endişe beyan eden ifade de; hiç düşünülmeden kaleme alınmıştır. Bu önermeye karşı biz de şu soruyu hatırlatalım: Siyasal sistem haklı toplumsal taleplere cevaplar

üretemediği takdirde acaba meşruiyetinden hiçbir şey kaybetmez mi? Kaybetmez deniliyorsa diyecek sözümüz yok.

Anayasa Mahkemesi, kararın bu kısmında hukuksal değerlendirmelerde bulunmayı bırakmış, siyaset felsefesinin ve siyaset toplumbiliminin alanında kalacak nitelikte çözümlemeler yapmaya kalkışmıştır. Ancak, salt hukuk bilgisi ile felsefi ve bilimsel tahliller yapılmasına imkân yoktur. Zira hukuk kural koyucu –normatif- yapısı nedeniyle olgusal durumları kavramaya elverişli bir düşünsel araç değildir. Anayasa Mahkemesi hâkimleri çok istiyorlarsa kurumlarına ait yayın organlarında siyaset toplumbilimi ve siyaset felsefesi içerikli makaleler yazabilirler bu konuda onlara kimsenin bir eleştirisi olamaz, ancak, bir kapatma kararında hiçbir zihinsel altyapıları olmadan anılan disiplinlerin alanında kalacak yorumlar yapmaları ve bu yolla siyasete ayar vermeye kalkışmaları; sadece ve sadece bu konuda kendilerinin ehliyetsizliklerinin kanıtı olmaktan öte bir değer ifade etmez.

Kararın "Davalı partinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında…" ifadesi ile başlayan paragrafında Davalı Parti aleyhine bazı laikliğe aykırı eylemlerin tespiti yapılmıştır. Bu eylemler; üniversitelerde uygulanan başörtüsü sorununun çözümü için atılan adımlar, Kur'an kurslarına yönelik yaş sınırlaması ve imam hatip liselilere uygulanan katsayı uygulaması konusunda yapılan hukuksal düzenlemeler olarak belirtilmiştir. Kararda; bu konularda toplumsal taleplerin olduğu kabul edilmiş, ancak Davalı Partinin bu konuda ortaya koyduğu mücadeleyi laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında beliren tercihe uygun olarak yapıldığının savunulamayacağı tespiti yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi kapalı ifadelerle konuyu açıklamaya, belki de anlaşılmaz hale getirmeye çalışıyor. Çünkü ortaya koyduğu bu önermeyi doğrulayacak hiçbir delil ortaya koyamıyor. Delil olarak dayandığı şeyler bizzat laikliğe aykırı saydığı eylemlerin kendisinden başka bir şey değil. Yani Anayasa Mahkemesi bizden kendi laiklik tasavvuru ile bu tasavvura göre ele aldığı siyasal tasarrufların laikliğe aykırı olduğu önermesine iman etmemizi bekliyor. Yine aynı paragrafta Anayasa Mahkemesine göre; " Bu sorunlar toplumda ayrışma ve

gerginliklere yol açacak düzeyde siyasetin temel sorunu haline dönüştürülmüş, toplumun dinsel konulardaki duyarlılıkları yalın siyasal çıkar amacıyla araçsallaştırılmış, toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması güçleşmiştir…" Böyle bir ifadenin Anayasa Mahkemesi kararında yer alması olağan karşılanacak bir durum değildir. Çünkü bu ifadeler bir yargısal denetimde verilen mahkeme kararında yer alacak türden ifadeler cümlesinden kabul edilemez. Bu ifadeler ancak, muhalefet partisinin iktidar partisini eleştirirken sarf edebileceği çeşitten ifadelerdir. Yukarıda söylenilen "siyaseten yerindelik denetimi" bu ifadelerde adeta zirve yapmıştır. Ayrıca bu sorunların siyasetin gündemine alınması ile acaba toplumda nasıl ayrışma ve çatışmalar yaşandığı konusu da açıklamaya muhtaçtır. Çünkü toplumumuz bu konularda toplumsal çatışma ve kavgalara sürüklenecek şekilde bir fikri ayrışmaya düşmemiştir. Burada Anayasa Mahkemesi inandırıcılıktan uzak söz konusu anlayışının toplum veya siyasal kesimler tarafından benimsenmesi için hayali bir tehlikeden bahsetmektedir.

Takip eden paragraftaki şu ifadelere de bakalım: "Dinin ve dinsel duyguların istismarı nedeniyle laikliğe aykırı görülen davalı parti eylemlerinin toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırması yoluyla demokratik işleyişi engelleyebileceği ve anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabileceği inkâr edilemez." Bu ne demek şimdi? Burada aslında şuuraltındaki vicdani bir suçluluk durumunun özgür ve zincirlerinden boşalmış bir halde şuur düzeyine çıktığına şahit oluyoruz. Gerçekler hiçbir yere saklanamayacağı gibi şuur altında da gizlendirilemezler. Bir kısım insanların diğer bir kısım insanların davranışları ile ilgili kaygı duymalarının temelinde, kaygı duyanların, haklarında kaygı duyulan o insanlara haksızlık yapmış olduklarını veya en azından onlarla ilgili bir kısım davranışlarında adalet ve hakkaniyete uygun davranmadıklarını bilmeleri gerçeği bulunmaktadır. Demek ki ortada Anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına neden olabilecek haksızlıklar yapılmış ki Anayasa Mahkemesi farkına varmadan aslında bu konuda itirafta bulunmaktadır.

Öte yandan toplumun devlete ve siyasete yabancılaşması; ancak ve ancak toplumsal sorunların devlet ve siyaset tarafından görmezden gelinmesine ve çözümlenmemesine bağlı olarak gelişecek toplumsal bir tepkidir. Anayasa Mahkemesi yabancılaşmayı kendi yarattığı sanal nedenlere bağlayarak bu olguyu da bilmediğini göstermiş olmaktadır. Siyasal yabancılaşma olgusu iki biçimde ortaya çıkar. Birincisi, sorunlarının çözümlenmediğini gören toplumsal kesimlerin siyasete ilgisi iyici azalır, siyaset kurumunun ne yapıp ne ettiği ilgili kesimlerce izlenmez, ikincisi ise; sorunlarına ilgisiz kalınmasına öfkelenen veya kızan toplumsal kesimler devlet veya kendisine yakın gördüğü siyasal temsil kurumlarını cezalandırıcı tercihlerde bulunabilir. Eğer Türkiye'de Devlete ve siyasal etkinliklere yabancılaşma varsa bu bizzat Anayasa Mahkemesi'nin siyasal alana meşru olmayan el atmalarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bir örnek verelim: Yukarıda üzerinde durulan malum 367 kararı..., Bu karar ne gibi bir sonuç üretti? Ülke erken seçime gitti, halkın büyük bir kesimi AKP'ye haksızlık yapıldığını düşünerek % 47 gibi bir oy çoğunluğu ile anılan Partiyi ikinci kez iktidara taşıdı. Genel seçim öncesi siyasal süreç sağlıklı bir şekilde işlese idi, yani 367 kararı olmasa idi, halk seçime katılan siyasal partilerin siyasi programlarına, söylemlerine iktidarda ve muhalefette gösterdikleri işbaşarımına (performans) bakarak seçmen olarak tercihte bulunacaktı. Anayasa Mahkemesinin anılan kararı ile halk siyasete yabancılaştı, siyasal tercihini kendi ekonomik, toplumsal sorunları ile ilgili olmayan bir konuda ortaya çıkan ayrışmaya (polarizasyon) bağlı olarak kullandı.

Bir yargısal kararda ilgili Mahkeme sadece hukuksal kurallar bağlamında yargılama konusu eylem veya muameleyi değerlendirmek durumundadır. Bir kez daha belirtelim ki; hukuk bilgisi ile toplumbilimsel nazariyeler üretilemez. İnandırıcı olma adına toplumbilimsel değerlendirmelere girişildiği takdirde, hem yerindelik denetimi yapılmış olur, hem de olguyu hatalı veya gerçek anlam ve mahiyeti dışında değerlendirmek gibi korkunç yanlışlara düşülebilir. Bırakalım toplumbilimsel tahlilleri erbabı yapsın, biçimsel hukuk bilgileri o olguları kavramak için

elverişli araçlar değildirler.

Kararın "Organ sıfatıyla davalı Parti Genel Başkanı Recep Tayyip ERDOĞAN ile üyelerden 22. Yasama dönemi…" ifadesi ile başlayan paragrafta bu üyelerin isimleri sayıldıktan sonra, eylemlerinin Anayasanın 68.maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne aykırı olduğu ve yoğun bir biçimde işlenmiş olduğu tespiti yapılmıştır. Paragrafın son cümlesinde de; *"Anayasa Mahkemesinin E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararıyla iptal edilen 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un teklif edilmesi ve yasalaşmasının sağlanmasıyla davalı partinin bu eylemleri benimsediği anlaşıldığından odaklaşmanın kabulü gerekir.,"* denilmiştir ki, bu ifadeler nedeniyle üzerinde durulan karar; hukuk ve yargı adına tarihin tanık olduğu en elim hadiselerden biri daha doğrusu birincisi olarak anılmaya değer bir nitelik kazanmıştır. Kararda atıfta bulunulan söz konusu kararla (yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü sorununun çözümü amacıyla yapılan Anayasa değişikliğinin iptaline ilişkin daha önce üzerinde durulan karar) yapılan Anayasa değişikliği –kılıfına uydurularak- esastan incelenmek suretiyle iptal edilmiştir. Kararın haksızlığı ve yasama alanına haksız bir el atma niteliği bir yana görülen siyasi parti kapatma davasında delil sayılması hukuk adına utanç duyulacak bir hadisedir.

Zira, yasama organının kanun yapması, anayasa değişikliği yapması Anayasa tarafından kendisine verilmiş bir görev ve yetkidir. Bu görevin Anayasaya aykırı yapılması veya yetkinin Anayasaya aykırı kullanılmış olmasının hukuksal yaptırımı siyasi parti kapatma veya başka bir yaptırım uygulanması değil, ilgili kanun veya anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesince iptal kararına konu edilmesidir. Zaten öyle olmuş, açılan davada söz konusu anayasa değişikliği iptal edilmiştir. Çıkarılan anayasa değişikliğinin iptal edilmesi, onu çıkaranların hukuki ve cezai sorumluluğuna neden olmaz, hukuk düzeni böyle bir sorumluluk tanımlamış ve yaptırımlarını öngörmüş değildir. Eğer öyle bir şey olsaydı, o siyasal sistem hiç işlemezdi. Yapılan kanun veya anayasa değişikliklerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal

edilmesinin cezai ve hukuki sorumluluğu gerektireceği tehdidi altında yasama organı ihtiyaç duyulan ne bir kanun ne bir anayasa değişikliği yapabilirdi.

Görevin yapılması ya da yetkinin kullanılmasında hukuksal pürüzlerin olmasının cezai ve hukuksal sorumluluğa neden olmaması bir hukuksal güvenlik konusudur. Bu hukuksal güvenlik, yani görevin yürütülmesinde, yetkinin kullanılmasında hukuksal hataya düşülmesinin cezai ve hukuksal sorumluluğu gerektirmemesi yasama organı dışındaki kurum ve organlar için de geçerlidir.

Bir disiplin soruşturması yapan müfettişin düzenlediği soruşturma raporu –rapor düzenlenirken aleyhe suç delili oluşturmak amacıyla fizik âlemde olmayan fiillerin isnadı hali hariç- doğrultusunda bir memura veya memurlara uygulanan disiplin cezalarına karşı ilgili memur veya memurlar tarafından açılan davalarda idari işlemin iptali yönünde kararlar verilmesi müfettişin hukuksal ve cezai sorumluluğuna neden olmaz. Eğer öyle olsa idi, hiçbir müfettiş bir disiplin soruşturma raporunu fiili durumlara gereği gibi nüfuz ederek oluşturamaz ve görevini eksiksiz bir biçimde yapamazdı.

Bir savcı düzenlediği iddianameye itibar edilmeyip şüpheliler hakkında beraat kararı verildi diye şüphelilere karşı hukuki ve cezai yönden sorumlu tutulamaz. Eğer öyle olsa idi, Devlet adliyelerde savcı olarak kimseyi çalıştıramazdı.

Hâkim verdiği kararın temyiz veya itiraz merciince bozulması nedeniyle lehine bozma kararı verilenlere karşı hukuki veya cezai yönden sorumlu değildir. Yine öyle olacak olsa idi, mahkemelere hâkim bulunamazdı.

Örnekler çerçevesinde zikredilen kamu görevlilerinin görevlerini icra ederken görevi kötüye kullanmak ya da ihmal etmek suretiyle işledikleri suçlar elbette sözü edilen hukuksal güvenlik ilkesi kapsamında değildir. Zaten kamu görevlilerinin yargılanması ile ilgili mevzuat hükümlerinde bu husus açıkça belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararın takip eden kısmında Davalı

Partinin ilgili yasama döneminde yaptığı olumlu yasal reformları, Avrupa Birliğine giriş yolunda izlediği politikaları, seçmen kitlesini devlete karşı bir kalkışmaya yönlendirmemesi gibi olumlu davranışlarını zikrederek kapatma yaptırımı yerine hazine yardımının bir kısmından mahrum edilmesi yaptırımının uygulanmasının gerekçesini hazırlamıştır, bu kadarını elbette olumlu görmeliyiz. Ancak, laiklik konusundaki aşırı –sağlıksız- şüphecilik kararın bu olumlu kısmını nakzeden bir yargı kararının vücut bulmasına neden olmuştur.

Bir de tam burada şu soruyu sormak gerekiyor: Madem, laikliğe aykırı görülen bir Anayasa değişikliği yapılması ve Genel Başkan ve diğer bir kısım parti üyelerinin söz ve eylemleri Davalı Partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline gelmesine neden oluyorsa niçin kapatma yaptırımından daha hafif bir yaptırım uygulanmıştır? AKP'nin eylemleri ile Refah ve Fazilet Partilerinin kapatılmasına neden olan eylemler kıyaslandığında anılan iki partinin eylemlerinin daha hafif kaldığı ortadadır. Çünkü onlar "laikliğe aykırı nitelikte bir anayasa değişikliği yapmak" gibi büyük bir hata yapmamışlardır. Şu söylenebilir; "bu partilerle ilgili davaların görüldüğü sırada hazine yardımından kısma yaptırımı yoktu, " ancak cevap bu değil. Evet bu söylenilen doğru, ne var ki, "laikliğe aykırı bir anayasal düzenleme yapmak" fiili çok ağır bir fiil ve bu fiilin ağırlık derecesi ile hukuksal niteliği daha hafif bir ceza uygulanmasına cevaz verir nitelikte değildir. Ceza hukukunda fail lehine daha hafif bir ceza uygulanması hafifletici nedenlerin varlığına bağlı görülmüştür.

Aslında Anayasa Mahkemesi üyelerinin gönlünden geçen kapatma kararı vermek de, doğmasından korktukları siyasal bunalım nedeniyle daha hafif bir yaptırım uygulamışlardır. Zaten oylamadaki sayısal sonuçlara göre; kapatma için nitelikli çoğunluk öngörülmüş olmasa idi kapatma müeyyidesi uygulanmış olacaktı.

AKP davasında verilen bu kararla her ne kadar Refah ve Fazilet Partilerine uygulanan kapatma yaptırımına nazaran daha hafif bir yaptırım olan hazine yardımının iadesine karar verilmiş

ise de çok daha büyük bir hukuksal yanlış yapılmıştır. Çünkü yasama organınca Anayasanın verdiği görev ve yetki doğrultusunda yapılan anayasa değişikliği siyasi partiler için öngörülen siyasi parti yasağı veya suçu sayılmıştır. Bu kendi işlediği suçu başkasına yüklemek için yalan delil uydurma niteliğinde bir harekettir.

Ayrıca anayasa değişikliği sadece AKP'li üyelerin oylarıyla yasalaşmamış, MHP'li üyeler de değişiklik yolunda oy kullanmışlardır. Esasında başörtüsü sorununun çözümü konusunda ilk siyasal girişim MHP tarafından yapılmıştır. Anılan Parti aleyhine kapatma davası nedeni sayılmayan bir olayın İktidar Partisi aleyhine dava nedeni sayılması hukukun kişiselleştirildiğinin açık bir kanıtıdır.

Tarih bu olayları siciline kaydetmiştir. Gelecekte en doğru hükmü verecektir.

Kararların sonuçları:

Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarında davalı partilerin kapatılması yönünde kararlar vermesi Türk siyasal rejiminin cumhuriyetten demokrasiye evrilmesine ciddi ölçüde engel oluşturdu. Cumhuriyet kimin yöneteceği sorusuyla ilgilidir, buna karşılık demokrasi nasıl yönetileceği sorusuyla ilgilidir. Kimin yöneteceği sorusu yönetecek olanın şahsı ile bağlantılıdır, hâlbuki nasıl yönetileceği sorusu ise siyasal-hukuksal düzen kavramları ile ilgilidir. Şimdiye kadar cumhuriyetler hep jakoben olmuştur, demokrasiler ise toplumla bütünleşen bir özellik göstermişlerdir. İşte sadece bu karşılaştırma dahi demokrasi kavramının cumhuriyet kavramına olan üstünlüğünü itiraz edilemeyecek bir biçimde ortaya koymaktadır.

Kapatma kararları kapatılan partilerin toplumsal tabanını güçlendirdi. Kapatma kararlarından kimi aydın ve siyasetçilerce devlet partisi olarak nitelenen parti/partilerin herhangi bir kazancı olmadı. Kapatılan partilerin tabanına dayanılarak kurulan yeni partiler güçlü tabanları sayesinde iktidar olurken muhalefet partileri oldukça zayıf kaldı. Ana muhalefet partisi ile iktidar

partisi arasında makul bir oy oranı ve buna bağlı olarak milletvekili sayısında makul bir fark olması dengeli ve güçlü bir demokrasi için gerekli iken kapatma kararları bu denge durumunu ortadan kaldırdı. Dolayısıyla demokrasimiz topallayan, aksayan bir demokrasi niteliğine sahip oldu.

Halk seçimlerde partilerin iktidar ve muhalefet olma durumuna göre, başarılarını değerlendirmek yerine demokrasi dışı yöntemlerle engelleme olduğunu gördüğünde iktidar ve iktidar karşıtı olarak keskin bir şekilde ayrıştı.

Bu ayrışma doğal olarak siyasal ve toplumsal gerginlikleri doğurdu. Ancak, halkımızın haksızlığa uğrayan siyasi partiye sahip çıkarak demokrasi dışı odaklara hak ettiği cevabı vermesi, güçlü bir adalet duygusuna sahip olduğunu gösterir. Aslında bu insaniyetin ortak bir vicdani duyarlılığıdır. Herhalde haksızlığa uğrayan siyasetçilere hangi toplumda olursa olsun halkları sahip çıkar. Bizim halkımızın haksızlık karşısında açık tavır koyması çok iyi bilinen bir özelliğidir. Halkımızın bu mükemmel özelliğine rağmen kimi siyaset dışı kesimlerin halkın meşru temsilcilerini meşru olmayan yöntemlerle engellemeye çalışmalarının; ırmağı yukarı akıtmaya çalışmak kadar beyhude bir davranış olduğunu, bu engelleme girişimlerini takip eden dönemdeki siyasal gelişmeler çok açık bir biçimde göstermiştir.

VII. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİNİN DİĞER YARGI ALANINA EL ATMASI

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bilindiği üzere vatandaşlara Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı getirildi. Böyle bir düzenlemenin çağdaş standartların ilerisinde bir hukuksal yenilik (reform) olduğu izahı gerektirmeyecek kadar açıktır. Herhalde Anayasa değişikliğinde bu hukuksal yolun da yer almasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurularda, Türkiye'nin çoğunlukla tazminat ödemeye mahkûm edilmesi etkili olmuştur.

Ancak, Anayasa Mahkemesine böyle bir başvuru imkânı getirilirken Mahkemenin geçmişte ortaya koyduğu yargısal tutumundan, bu yola başvuranların başvurularını usul ve kanuna uygun bir şekilde inceleyip incelemeyeceği, bu yolu kendisinin etki ve iktidar alanını genişletmek amacıyla kullanıp kullanmayacağının üzerinde ciddi ve uzun uzun düşünülmesi gerekiyordu.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğinin asıl gayesi hatırlanacağı üzere HSYK ve Anayasa Mahkemesinin yapılarının değiştirilmesi idi. Çünkü HSYK, yargı bağımsızlığının bir teminatı olarak değil, hâkim ve savcılar üzerinde bir vesayet organı olarak etkinlikte bulunuyordu. Anayasa Mahkemesinin de millet iradesi üzerinde bir vesayet organı olarak işlev gördüğü ge-

rek bu çalışmada eleştiri konusu yapılan kararlarıyla gerek başka bir kısım kararlarıyla ortaya çıkmıştı. Anayasa Mahkemesinden başka, Yargıtay ve Danıştay da yargısal alanı bir iktidar yaratma alanı olarak görüyorlardı. Bu durum maalesef şimdi de değişmiş değil. Bu Yüksek Mahkemeler, aynen Anayasa Mahkemesi gibi kendi varlık ve güçlerini siyasal iktidara hatırlatabilecekleri her bir fırsatı kaçırmamaya azami özen ve dikkat göstermektedirler. İşte Yüksek Mahkemelerin bu iktidar olma, etkinliğini ve gücünü gösterme, varlığını hatırlatma yolundaki istikrarlı tutumu, siyasal iktidar açısından bir gösterge ve karine olarak göz önünde bulundurulmalı ve bireysel başvuru hakkının Anayasa Mahkemesince kendi etkinlik ve gücünü arttırmanın bir aracı olarak kullanılabileceği hesaba katılmalıydı. Hele Anayasa Mahkemesinin, Anayasa değişikliklerini, esas bakımından denetlemesi, TBMM kararlarını –denetleyebileceği, üyeliğin düşmesi kararı vb. hariç- eylemli içtüzük değişikliği formülü –biçem- ile denetlemesi gibi görev gaspı anlamına gelen yargısal tasarrufları siyasal iktidar ve Yasama Organı açısından yeterince göz açıcı olmalıydı.

Bireysel başvuru yolunun getirilmesine kadar Anayasa Mahkemesinin kendi görev ve yetki alanı dışındaki yargısal alana müdahale etmesine imkân yoktu. Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM İçtüzüğünün şekil ve esas bakımından anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından yargısal denetime tabi tabi tutmak ve Anayasa ile verilen başka bir kısım görevleri –siyasi partilerin mali yönden denetimi, Yüce Divan olarak ceza yargılaması yapma, bazı TBMM kararlarını denetleme gibi- yapmakla, Mahkemenin görev alanı Yasama Organının tasarruflarını hukuksal açıdan hedef almakta idi. Bireysel başvuru kurumunun gelmesi ile artık Mahkemenin kendi görev alanı dışındaki yargısal alan da Mahkemenin etki alanı içine girmiş oldu. Bu iyi mi oldu, kötü mü oldu? Bu sorunun cevabını ilerleyen zamanda daha iyi göreceğiz. Ancak, ilk örnek olaylar en azından şimdi Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kurumunu kendi iktidar alanını genişletme amacına uygun bir şekilde kullandığını gösteriyor. Bu iddiamızın doğru-

luğunu Anayasa Mahkemesinin 02.04.2014 tarihli ve 2014/3986 sayılı kararı gerektiği gibi ortaya koyuyor.[43]

Söz konusu kararın verilmesi öncesinde gelişen olayları hatırlayalım. Bir vatandaşımız tvvitter[44] isimli internet sitesinde adına açılan sahte hesaba uygunsuz resimler konularak kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu gerekçesiyle yetkili mahkemeye başvuruyor, mahkemece lehine saldırının önlenmesi kararı veriliyor, bu sözü edilen karardan başka da yine tvvitter sitesinde yapılan bazı yayınlar hakkında değişik mahkemelerce yayının içeriğinde kişilik haklarına saldırı bulunduğu gerekçesiyle saldırının önlenmesi kararları veriliyor. Adı geçen sitenin sahibi Şirkete mahkeme kararları tebliğ edildiği halde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin mahkemelerince verilen bu kararlar dikkate alınmıyor, ilgili yayınlara erişimi engellemesi gerekiyorken bu gerekliliğe uygun davranılmıyor. Bunun üzerine TİB (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) kanunun kendine verdiği yetki dairesinde anılan siteye erişimi engelliyor. Bunun üzerine Türkiye Barolar Birliği Ankara 15. İdare Mahkemesinde TİB'in erişim engelleme işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle dava açıyor ve Mahkemece, savunma alınıp yeni bir karar verilinceye kadar da yürütmenin durdurulmasına karar veriliyor.[45] Ortada böyle bir durum varken bu defa, tarih

[43] http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False

[44] Tvvitter sitesinin sahibi Şirket kararın verildiği tarih itibariyle Türkiye'de bir büro veya temsilcilik açmamıştır. Bu sebeple elde ettiği gelirler nedeniyle vergi de ödememektedir. Esasen vergi ödemesi için Türkiye'de bir bürosunun olması gerekmez. Maliye Bakanlığının talimatı ile herhangi bir vergi dairesinin sitenin sahibi Şirket'in re'sen vergi mükellefiyetini tesis etmesi mevcut vergi mevzuatı açısından imkânsız değildir. Kaldı ki hukuksal altyapının –kanun- yetersiz olması halinde bu eksiklik anılan Bakanlığın teklifi ile çıkarılacak bir kanunla pekâlâ giderilebilir. Mükellefiyet tesisinden sonra gelirlerini beyan edip vergilerini ödememesi halinde işyeri kapatma (faaliyetin engellenmesi) gibi yaptırımların uygulanması durumunda birilerinin ifade hürriyetlerinin engellendiği yolundaki saçma sapan iddiaları hukuksal temelden mahrum olur.

[45] Esasen Ankara 15. İdare Mahkemesinin böyle bir karar vermesi de hukuken oldukça sorunlu bir yargısal tutum. Çünkü TİB'in idari işle-

ve sayısı verilen Anayasa Mahkemesi kararının verilmesine neden olan başvuru; herhangi bir idari ve yargısal kanun yolu izlenmeden doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine yapılıyor ve Mahkemece; idari yargı yolu bu başvuruya neden olan hukuksal ihlal açısından etkili bir yol olarak görülmemek suretiyle başvuru, kabul edilebilir nitelikte bulunuyor.

Anayasa Mahkemesi istediği zaman demek ki bu kadar hızlı olabiliyor, 367 meselesinde de oldukça hızlı hareket etmişti. Nedense asıl görev konuları ile ilgili olarak önüne gelen davalarda Mahkeme bu kadar hızlı değil.[46]

Şimdi bu kararı hukuksal açıdan irdeleyelim.

Bir kere olağan hukuksal yollar tüketilmeden yapılan başvurunun kabul edilebilir bulunması; Mahkemenin korumakla yükümlü olduğu Anayasanın ve kendi görev ve yetkilerini düzenleyen ilgili Kanunun bu kurumu düzenleyen hükümlerine açıkça aykırıdır. Anayasa Mahkemesi bu şekilde yapılan usulsüz başvuruları kabul ederse, diğer yargı mercilerini açıkça bypass etmiş olacaktır, bunun diğer anlamı Anayasa Mahkemesinin diğer yargısal alana açık ve seçik el atmasından (tecavüzde bulunması) başka bir şey değildir.

Aslında bu karar; ağır yetkisizlik ve görevsizlik hali nedeniyle yok hükmünde olmakla malul bir karardır. Türkiye'de hukuka saygılı bir muhalefet olsa, Hükümetin kararı uygulamaması halinde siyasal gerilim çıkartacak tavır ve davranışlar içine

---

mi, Adli Yargı mercilerince verilen kararların uygulanmasını sağlamaya yönelik. Anılan Mahkeme savunma alınıncaya kadar yürütmenin durdurulmasına karar vermekle aslında tvvitter sitesinin sahibi Şirketin Türkiye Cumhuriyeti Yargısına gösterdiği saygısızlığa fiilen iştirak etmiştir.

[46] A Haber televizyonunda yayımlanan " Yüzde Yüz Siyaset" isimli programda Hanefi Avcı'nın Avukatı tarafından, 7-8 ay kadar önce müvekkilinin yargılanmasındaki hukuksal ihlaller nedeniyle Mahkemeye başvurdukları, Mahkemece tvvittera erişim yasağı ile ilgili olarak bu kadar hızlı hareket edildiği halde bu başvuru üzerine henüz bir karar verilmediği ifade edilmiştir. Demek ki Anayasa Mahkemesine göre, -Hanefi Avcı'ya verilen cezanın haksız bir ceza olması halinde- hapis cezasına mahkumiyetteki hukuk ihlali, tvvittere erişim yasağının neden olduğu hukuk ihlalinden çok daha hafif bir hukuk ihlali niteliğinde.

girmese bu karar yok hükmünde olduğundan uygulanmaması gereken bir karardır.

Hele hele, Barolar Birliğinin açtığı davada İlgili İdare Mahkemesince idarenin savunması gelip yeni bir karar verilinceye kadar yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş, yani olağan hukuksal yol izlenmek suretiyle aslında istenilen hukuksal sonuç elde edilmiş olduğu halde bu karar verilmiştir. İşte bu durum ele alınan kararda Anayasa Mahkemesince, idari ve yargısal alana ağır bir tecavüzde bulunulduğunun açık bir resmidir.

Benzer idari tasarruflar nedeniyle menfaatlerinin ihlal olunduğunu düşünen kimseler bu kararı örnek alarak olağan kanun yollarını izlemeden Anayasa Mahkemesine başvurmayı tercih edeceklerinden anılan Mahkeme, kısa vadede çalışamaz hale gelecektir. Mahkeme aslında kendisine de kötülük etmiş bulunmaktadır.

Karar; başvuruya konu idari tasarruf, bu tasarrufun tesis edilmesine neden olan olaylar açısından değerlendirildiğinde de ciddi hukuka aykırılıklar içerdiği açıkça görülecek nitelikte bir karardır.

Bir kere TİB'in ifade hürriyetinin ihlali olarak görülen kararı Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerince verilen kararların uygulanması niteliğinde olduğu için ortada başvuranların hakkını ihlal eden bir karar olarak kabul edilemez. Çünkü bir yargısal karar, üçüncü kişilerin bazı hak veya hürriyetlerinin etkilenmesine neden olabilir, bu olağan bir şeydir. Özellikle idari yargının konusuna giren idari işlemler aleyhine verilen kararların neredeyse tamamına yakını üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini olumsuz yönde etkiler niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi herhalde "üstün hak" diye bir kavramı bilmiyor veya tanımıyor. Eğer bu kavramı tanısa idi veya bu kavramı biliyorsa dikkate alsa idi eleştiri konusu yapılan yukarıda tarih ve sayısı verilen kararı veremezdi.

Gerek adli yargı gerekse idari yargıya hak arama maksadıyla başvuran ve davası reddedilen bütün davacıları davalarında "mutlak bir şekilde haksız" olarak kabul etmeye imkân bulun-

mamaktadır. Aksine davası reddedilenlerin önemli bir kısmı hukuk düzeni tarafından tanımlanan ve korunan muayyen bir hakkın veya meşru bir menfaatin takipçisidirler. İddia ettikleri hak veya menfaat ihlalinin giderilmesi hukuk düzeninin güvencesi altında olduğu halde davaları reddedilmiştir. Pekâlâ, böyle bir şey nasıl oluyor? Yargı mercileri bu davaları reddettiklerinde nasıl oluyor da hukuka uygun karar vermiş oluyorlar? İşte bu sorunun cevabı az önce bahsi geçen "üstün hak" kavramıyla bağlantılı. Bir davada, iki taraf da hukuk düzeni tarafından tanınmış en az birer hakka dayanır, görülen dava üstün hakka dayanan taraf lehine karara bağlanır. Acaba bu "üstün hak" nedir?

Üstün hak; Aralarında ihtilaf olan ve bu ihtilafı dava olarak yargı mercilerinin önüne taşıyan iki taraftan birinin ileri sürdüğü hak, diğer tarafın ileri sürdüğü hakka göre hukuk düzeninin daha fazla önem verdiği bir hak ise o hak üstün haktır. Bu üstünlük, hakkın mahiyetine göre belirlenebilir. Hakkın mahiyetinin belirlenmesi için şöyle kriterler teklif edilebilir

Rakip haklar, aynı kişiye ait olsa idi ve o kimseye bu iki haktan birini tercih edebileceği, diğerini ise bırakması gerekeceği söylense idi, akılcı davranması varsayımı altında o kimse hangi hakkı tercih edecek idiyse işte o ihtilaf konusu olan haklardan üstün olanıdır.

Rakip iki hak arasında "öncelik" eski ifadesi ile "evleviyet" ilişkisi varsa yani haklardan biri diğerini kapsıyorsa o zaman kapsayan hak üstün haktır.

İki haktan her birinin elde edilmesi sırasında "katlanılan maddi ve manevi maliyet"ten hangisi daha yüksek ise o hak üstün haktır.

4) Hak ile özgürlük çatışıyorsa hak "üstün hak" konumunda, özgürlük ise ikincil durumdadır.

Şimdi bu kriterleri kullanarak aşağıda ele alınan karşılıklı iki haktan hangisinin üstün hak olduğunu belirlemeye çalışalım.

Görülen bir davada bir taraf zilyetliğe dayanıyor diğer taraf ise mülkiyet hakkına dayanıyorsa; üstün hak mülkiyet hak-

kıdır. Çünkü zilyetlik eşyaya fiili hâkimiyet bahşederken mülkiyet hakkı bunun yanında, onu satma, üzerinde değişik ayni haklar tesis etme yetkisini verir şu halde zilyetlik ve mülkiyetten ikisinden birinde vaz geçme diğerini elde tutma şartı koşulsa akılcı davranan hukuk öznesi mülkiyet hakkını tercih eder. (birinci kriter)

Mülkiyet ile zilyetlik arasında aynı zamanda mülkiyet lehine öncelik (evleviyet) ilişkisi bulunmaktadır. Mülkiyet zilyetliği de kapsamaktadır, o halde mülkiyet hakkı üstün haktır. (ikinci kriter)

Keza sınırlı ayni haklar (intifa, irtifak hakları) ile mülkiyet hakkı karşı karşıya geldiğinde mülkiyet hakkı üstün haktır. Zira, iki hak aynı kişide birleşse birinden vaz geçmesi şart koşulsa akılcı davranan hukuk öznesi mülkiyet hakkını tercih edecektir. (birinci kriter)

Aynı zamanda mülkiyet hakkı diğer ayni haklara göre daha kapsayıcıdır, intifa ve irtifak hakları sınırlı ayni haklar olup bu hakların tesis edilmesi mülkiyet hakkının varlığına bağlıdır. O halde mülkiyet hakkı diğerleri aleyhine öncelik özelliğine sahip olduğuna göre üstün haktır. (ikinci kriter)

Yukarıda örnek verilen hakların hangisinin elde edilmesi daha yüksek maddi ve manevi maliyeti gerektirir? Sorusunu sorduğumuzda da, tartışmasız mülkiyet hakkının elde edilmesinin daha yüksek maddi ve manevi fedakârlığı gerektirdiği cevabını veririz. (üçüncü kriter)

İki hakkın bir biri ile rakip olması halinde hangisinin üstün hak olduğunun tespiti hak ile özgürlük arasındaki çatışma ilişkisinde hangisinin üstün olduğunun tespitinden belki de daha zordur. Özgürlük ile hak çatıştığında hak üstün konumdadır, bunun belki bizim öngöremediğimiz nadirattan istisnası olabilir, özgürlüğün haktan üstün olduğu nadir durumlarda muhtemelen o hakkın maddi ve manevi değeri özgürlüğün değerinden daha az olduğu için böyle bir istisnai ilişki ortaya çıkmış olabilir.

Hak niçin özgürlükten daha değerlidir? Bunun en başta gelen nedeni; hakkın muayyen bir çaba, çalışma, gayret gerektir-

mesine karşılık, özgürlüğün, onu kullanacak kimselerle onun kullanılmasına katlanacak kimseler bakımından zahmete girmeye neden olmamasıdır. Bu dediğimizin bir uzantısı veya sonucu da; hakkın, sahibi kişi açısından bir yetki, aleyhine hüküm ifade eden kişi bakımından bir edim veya yükümlülük içermesidir.

Hak çalışılarak kazanılır, oysa özgürlük biz doğduğumuzda yanı başımızda hazırdır. Bizim onu kullanabilmemiz için onu kullanabilecek akli olgunluğa erişmemiz yetmektedir. Bu olgunluğa ulaşmak için de özel bir gayrette bulunmaya gerek yoktur. Canlıbilimsel (biyolojik) gelişme sürecimiz bu olgunlaşmaya ulaşacağımız zamanı belirler. Söz konusu bu olgunlaşma süreci kendiliğinden olan yani yaşanan bir süreçtir.

Oysa hakka sahip olmak için hem bu Canlıbilimsel gelişme sürecini yaşamak hem de ilgili hak her neyse onun için gerekli olan maddi ve manevi fedakârlıklarda bulunarak bedelini ödemek durumundayız.

"Üstün hak" kavramı; haklar arasında, özgürlükler arasında, hak ve özgürlükler karşı karşıya geldiğinde de ikisi arasında kademesel (hiyerarşik) bir ilişki olduğunun varlığına delalet etmektedir.

Haklar kademesinin en başında yaşama hakkı yer alır. Evvela yaşamanın özgürlük değil bir hak olduğunu belirtelim. Yaşamak bir haktır; çünkü ona sahip olmak, bireyin iradesiyle olabilen bir şey değildir, hâlbuki özgürlükleri ve diğer hakları kullanma kişinin iradesine dayanır. Yaşama hakkı çok ilginç bir haktır, ana rahmine düştüğümüzden itibaren bu hakka sahip oluruz, bu hak bütün doğal haklardan daha doğal bir haktır. Şundan dolayı ki bu hakkın ilk doğuşunda; onu kazanmak için bireyin en ufak bir gayreti olmaz, bu hak Yaratıcı tarafından verilen bir haktır. Bu yönüyle biz yaşamayı yanımızda bulmakla "yaşamak" özgürlüğe benzese de o bir özgürlük değil haktır. Zira her doğan bireyin yaşatılması, bunun mümkün olması için yakınlarının onun sağlığını koruması, onlara doğal olarak yüklenmiş bir görev yani edimdir. İşte bu edimin varlığı, yaşamayı özgürlük değil bir hak haline getirmiştir. İnsanın yaşaması, için-

de yaşadığı toplum için de değerli bir şeydir, işte bu nedenle bireylerin yaşama hakkına saygı ve bu hakkın topluma dâhil bütün diğer bireyler tarafından korunması gerekliliği topluma doğal olarak yüklenmiş bir edimdir. Kişinin yaşama hakkına sahip olması ile toplumun bu hakkı koruması ediminin kökeninde, kişinin de topluma karşı ifa etmek zorunda olduğu görevlerinin bulunması yatar. Bu görev; toplumun varlığını geleceğe taşıma ülküsüne hizmet etmek, katkıda bulunmaktır. Toplumların, toplum olma hasebiyle ihtiyaç duydukları en temel şey varlıklarını geleceğe taşımaktır. Bu ihtiyacın karşılanması; en başta, topluma mensup her bir ferdin maddi ve manevi var oluşu, daha sonra toplum tarafından kendine verilen görevleri ifa etmesi ile mümkündür. Buradan şu sonuca ulaşırız: toplum bireyin yaşama hakkını korurken hiç de bu işi bedelsiz yapmamaktadır.

Yaşama hakkının bir altında kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı hakkı gelir. Çünkü bir birey olarak değer kazanmak kişilik sahibi olmakla mümkündür. Birey topluma karşı olan vazifelerini ancak kendisine bir kişilik atfedildiği zaman yerine getirebilir. Bu hak; yaşama hakkından sonra diğer hak ve özgürlüklerden ise önce, sahip olunan en değerli ve üstün olan bir haktır.

İfade hürriyeti veya hak olarak nitelersek ifade hakkı ve haberleşme hürriyeti; kademesel bakımdan az önce üzerinde durulan haktan daha aşağı seviyede yer alan bir hak veya hürriyettir. Çünkü insanın haysiyetinin korunması, kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı hakkı tartışmasız ifade ve haberleşme özgürlüğünden üstündür. Bu üstünlük ilişkisini belirlemede ilk olarak, yukarıda değinilen kriterlerden birinci kriteri uygulayalım: bir kimseye kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı hakkı ile ifade ve haberleşme hürriyetlerinden birinden vazgeçmek zorunda olduğu söylense, akılcı davranan ortalama bir anlayış seviyesindeki bir kimse tereddütsüz ifade ve haberleşme hürriyetlerinden vaz geçer, kişilik hakkı maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığının korunması talebinde bulunur. Keza yine bu ikisi arasında dördüncü kriteri uyguladığımızda, birincisi hak, ikincisi/ikincileri hürriyet olduğundan şüphesiz

birincisi yani kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı üstün hak olarak karşımıza çıkar.

Gelelim şimdi, Anayasa Mahkemesinin üzerinde durulan kararına. Söz konusu kararın verilmesine neden olan başvuruda, başvuranlar adı geçen internet sitesine erişimin TİB tarafından engellenmesinin ifade, hürriyetinin ağır bir ihlali olduğu iddiasında bulunmuşlardır. Bu iddianın doğruluk değeri bir kere sıfıra yakın önermesi ile ifade edilebilecek kadar gerçeklikten uzaktır. Çünkü, teknik olarak söz konusu siteye erişim DNS ayarlarının değiştirilmesi, VPN bağlantısı kurma yoluyla mümkün olmaktadır. Şu halde sırf bu teknik özellikten dolayı başvuranların iddia ettikleri hak veya özgürlük kısıtlamasının doğru olmadığı apaçık ortadadır. Bu sebeple ihlal edilmiş güncel bir hakkın bulunmaması nedeniyle de karar hukuka aykırıdır.

Ayrıca düşünceyi ifade etmenin tek aracı tvvitter isimli toplumsal medya platformu değil, düşünceyi ifade etmenin başka araç ve gereçleri de bulunmaktadır. Bizzat bu kararın verilmesine neden olan kimselerin maksadı; üzüm yemek değil bağcıyı döğmektir.[47]

Başvuruculların bu iddiaları doğru olsa idi bile bu kez ifade hürriyeti ile kişinin kişilik hakkı maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı hakkı ifade hürriyetine göre kademesel (hiyerarşik) bakımdan üstte yer aldığından yani "üstün hak" olduğundan, başvurunun reddi yolunda karar verilmesi gerekirdi.

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile yukarıda sözü edilenden çok daha başka bir hukuksuzluğa imza atmıştır. O da şudur: Bu kararla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik hakkına bizzat Devletin Mahkemesi tarafından çok ağır bir tecavüzde bulunulmuştur. Bu sakil durum yenilir yutulur türden bir şey de-

[47] A Haber'in 15.04.2014 tarihli (saat 00.01 den sonra) "Gece Ajansı"-isimli haber programında konuşmacılardan M. Metiner şöyle dedi: Eğer tvvitter yarın kendi faaliyetine son verse, siteyi kapatsa, bu siteyi kullanan dünyadaki şu kadar milyon/milyar kimse düşüncelerini ifade etme araç ve gereçlerinden mahrum mu kalmış olacaklar? Evet bu başvuruyu yapanların ve bu başvuru üzerine bu tartışmalı kararı verenlerin bu soruya tatmin edici bir cevabının olması gerekir.

ğildir. Devletin yetkili birimleri söz konusu internet sitesinin sahibi Şirketi uygulamadığı mahkeme kararlarını diplomatik ve hukuki yolları kullanarak uygulatma noktasına getirecek iken Mahkeme bu kararıyla Türkiye Cumhuriyeti Devletini itibarsızlaştırmıştır.

Mart 2014 yerel seçimlerden sonra Anayasa Mahkemesi Başkanının,[48] Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı kendi-

[48] Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç tvvitter kararı ile ilgili olarak yaptığı açıklamada aynen; *"Biz ifade özgürlüğünün şok edici, rahatsız edici ve bizleri huzursuz edici boyutlarını her zaman hesap ederiz. Bunları normal karşılarız. Mahkeme bir karar vermiştir ve bu kararın sonucunda da bu tür duygusal bir takım refleksler olabilir. Biz bunları anlayışla karşılıyoruz"* demiş, bu açıklamanın yapıldığı sırada hazır bulunan bir kısım gazeteci tarafından, YSK'ya itirazlar yapıldığı, buralardan sonuç alınamaması durumunda Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulacağına dair açıklamalar olduğunun belirtilmesi üzerine bu defa Kılıç, *"başvuru olması durumunda gerekli çalışmanın yapılacağını"* ifade etmiştir.

Diğer taraftan tvvitter kararının alınış süreciyle ilgili olarak da; *"Zaman zaman basınımızda, kurul toplanmadan böyle bir karar verildiği ve bu kararın üyelerimize gönderilerek imzalatmak suretiyle bir karar istihsal edildiği konusunda çeşitli basın organlarımızda açıklamalar yapıldı. Anayasa Mahkemesi 25 Mart yani seçimden 5 gün önce toplandı, salı ya da çarşamba, saat 9.30'dan 12'ye kadar benim başkanlığımda bütün kurul toplanmak suretiyle konuyu enine boyuna görüştü ve bunun sonucunda bir karar çıktı. Biz bu kararı verdikten sonra, öğleyin ara verip dışarıya çıktığımızda, televizyonlarda ve basın kuruluşlarından 15. İdare Mahkemesi'nin bu konuda yürütmeyi durdurma kararı verdiğini öğrendik.*

Bu kararın üzerine Anayasa Mahkemesi verdiği bu kararı açıklamadı ve biz idarenin, 15. İdare Mahkemesi'nin verdiği bu kararı uygulamasını bekledik. Zannediyorum, bir hafta veya biraz daha fazla bir süre bekledik ancak 15. İdare Mahkemesi'nin verdiği kararın uygulanmaması sonucunda Anayasa Mahkemesi aldığı bu kararı açıklamak durumunda kaldı. Dolayısıyla burada Anayasa Mahkemesi'nin, oy birliğiyle verilmiş ve bütün üyelerin katkılarıyla benim başkanlığımda yapılan bir toplantı sonucunda istihsal edilmiş olan bir karardır. O nedenle bu tür yanlış değerlendirmelere, yanlış uygulamalara ben meydan verilmemesi gerektiği kanaatini taşıyorum." Şeklinde açıklama yapmıştır.

Bknz. http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26169962.asp (08.04.2014)

Kararın alınması süreci ile ilgili açıklamalar çok ilginç. Karar Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun toplanıp konuyu tartışması suretiyle alınmış ve kararın alınış tarihi 25.03.2014, hâlbuki söz konusu kararın üzerindeki tarih 02.04.2014 tarihidir. Yine bu karar Başkanın açıkladığı gibi Genel Kurulun kararı değil, İkinci Bölümün kararı, o halde şu soruyu sormak gerekiyor: Anayasa Mahkemesi, Genel Kurulu nasıl oluyor da

lerine başvuru yapılması halinde, bu başvuruyu değerlendireceklerini açıklaması da Mahkemenin bireysel başvuru hukuksal imkânını; kurumsal iktidarlarını pekiştirme amacıyla kullanacaklarının açık bir işaretidir. Demek ki mevcut haliyle bireysel başvuru yeterli bir hukuksal işleve sahip görülmüyor ki Yüksek Seçim Kurulu kararlarının da bireysel başvuruya konu edilebileceği yolunda bir "anayasa yargısal" bir görüş oluşmuş durumdadır.

Anayasa Mahkemesi, kısacası bireysel başvuru hukuksal imkânını; kendi iktidar alanını genişletmede elverişli bir yöntem olarak görmek suretiyle araçsallaştırmış ve değersizleştirmiştir.

İkinci Bölüm tarafından incelenip karara bağlanacak bir konuda tartışma yapıyor? Demek ki Genel Kurul konuyu görüşmüş, başvuru hakkında eleştiri konusu yapılan karar alınmış ve İkinci Bölüme de alınan bu kararı; Bölüm kararı gibi açıklamaları dayatmasında bulunulmuştur. Doğrusu böyle bir yargılama süreci ancak bu şekilde izah edilebilir.

Anayasa Mahkemesi Başkanı, Sayın Haşim Kılıç; kendisini sevenlerin zihnindeki "Haşim Kılıç" profilini tahrip etme pahasına bu açıklamayı yaptığının farkında değil. Bu tür açıklamaların ve açıklamaya konu kararların Mahkemenin çok özgürlükçü olduğu yolunda çerçeve (referans) olacağını düşünüyorlarsa fena halde yanılıyorlar. Çünkü yukarıda izah edildiği üzere iki hak çatışıyorsa, uyuşmazlık üstün hakkın diğerine tercih edilmesi suretiyle çözülmelidir. Başkan ve başında bulunduğu Mahkeme, "hukuk popülizmi" diyebileceğimiz bir yaranma hali içindeler. Tvvitterin çok kullanıcısı olduğu için ona erişim lehine verilen kararın geniş bir kitlenin destek ve tasvibine mazhar olacağı zannediliyor, ancak bilmeleri gerekir ki açık bir yanılgı içindeler, biz zaman içinde yanıldıklarını göreceklerine inanıyoruz.

VIII. BÖLÜM

6524 SAYILI BAZI KANUNLARA DEĞİŞİKLİK GETİREN KANUNUN KİMİ HÜKÜMLERİNİN İPTALİ HAKKINDAKİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

(10.04.2014 tarihli ve E:2014/57, K: 2014/81 sayılı Karar)[49]

Başlıkta sayısı verilen Kanunun çıkarılmasına neden olan olayları hatırlayalım. Türkiye 17 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde yargı ve emniyet ortak planı olan iki darbe girişimi ile karşı karşıya kaldı. 28 Şubat 1997 tarihli Post Modern Darbesini yapanlar kendi darbelerinin önceki darbelerden farklı olduğunu ifade etmek için bu darbeye anılan ismi verdiler. Şimdiki darbe girişimleri ise 28 Şubat Sürecinin başlangıcı olan post modern darbeden daha farklı bir darbe idi. Herhalde bu darbe girişimlerine bir ad vermek gerekirse, "**ultra post modern darbe"** denilebilir.

28 Şubat Sürecinin asker kişileri, siyasi unsurları kullanmaları hasebiyle ateşi maşayla tutma akıllılığını gösteren akılcı ve faydacı kimselerdi. Şimdiki darbe girişimleri hukukçular eliyle yapılmak istendiğine göre çok daha karmaşık bir darbe girişimi yapısı söz konusu, ancak, bu darbede kendini kullandıran hukukçuların 28 Şubatı yapanlar kadar akıllı ve zeki olmadıklarını belirtmek gerekiyor.

---

[49] Bknz. 14.05.2014 günlü ve 29000 sayılı Resmi Gazete ve http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/52c4144a-5923-4ae7-bb7b-1e6ccf296679?excludeGerekce=False&wordsOnly=False

Zira, 28 Şubat Post Modern Darbesini yapanlar, -asker kişiler- kendilerince rejimi korumak adına hareket etmişlerdi. 17 ve 25 Aralık 2013 tarihli darbe girişimlerinde bulunanlar ise, paralel devlet diye isimlendirilen yapının lideri olan zat her kimse işte onun yönetme ve sevk etme şehvetini tatmin için hareket eden iradesi köreltilmiş, mensubu oldukları söz konusu yapının emir ve talimatlarına göre hareket eden kimselerdir.

Bu kimseler sağlıklı düşünen ve muhakeme yapan kimseler olsalardı, Adliye önünde bildiri okumazlardı. Bu kimseler sağlıklı düşünen ve sorumluluk duygusu ile hareket eden kimseler olsalardı, MİT tırlarını aramazlardı. Kısacası bu kimseler kendilerini bir şeylere ve bir yerlere adamış olan kimselerdi, dolayısıyla bu kimselerin kendi iradeleriyle hareket ettiklerini söylemek olası bir durum değildir. İradesi başkaları tarafından biçimlendirilen kimselerin hukuk mesleğini tarafsız ve adil bir biçimde icra etmelerine imkân yoktur.

Öte yandan Emniyet Teşkilatında şimdi paralel devlet mensubu olarak nitelenen, önceden daha farklı bir şekilde ifade edilen bir yapılanma olduğu herkesin malumu olan bir gerçeklik idi. Emniyet Yargı ikilisi pekâlâ darbe yapabileceğini düşünmüştü, yönetme ve sevk etme şehvetini tatmin etmek istedikleri kâinat imamları adına. Herhalde bunu başarabilselerdi kâinat imamları; Humeyni'nin İran'a görkemli bir şekilde döndüğü gibi Türkiye'ye görkemli bir şekilde dönecek ve kendisi için hazırlanan şatosundan –ateşi maşayla tutan akıllılar gibi- ülkeyi idare edecekti, doğrusu tadından yenmez bir hayal.

17 ve 25 Aralık 2013 "tarihli ultra post modern" veya "İMAMIN RÜYASI" da diyebileceğimiz darbe girişimlerine, Hükümet tarafının ilk tepkisi Adli Kolluk Yönetmelik'ini değiştirmek oldu. Bu Yönetmelik'in (17 Aralıktan sonra) 23 Aralık 2013 tarihinde yayınlanması ile Türkiye Barolar Birliği tarafından Danıştay'da iptali istemiyle dava açıldı.

Davada Adalet Bakanlığının henüz savunması bile alınmadan –etkisi tükenecek nitelikte olmayan- Yönetmeliğin hukuka uygun olmadığı nitelemesi yapılmak suretiyle yürütmenin dur-

durulmasına karar verildi. Ancak henüz bu karar verilmeden HSYK meşhur 26.12.2013 tarihli Bildirisini kendi internet sitesine koydu,[50] yani Hükümete Yargısal Muhtırasını vermiş oldu. HSYK bu muhtırasıyla Hukuku ayaklar altına aldı. Yaptığı hareket üyelerini seçtiği Danıştay'da görülmekte olan davayı etkilemek, paralel devlete en ufak bir zarar gelmesini engellemekten başka bir şey değildi. Danıştay'ın özellikle yeni üyeleri bu HSYK tarafından seçildiğinden herhalde aykırı bir karar çıkması zaten beklenemezdi.

Aslında HSYK'nın yapısı belirlenirken soğukkanlı bir değerlendirme yapılmaksızın yetkilerin mahiyeti, hangi birimler tarafından hangi yetkilerin kullanılacağı enine boyuna düşünülmeden hareket edilmişti. Bu durum önceki HSYK'nın yargı bağımsızlığına tecavüz niteliği taşıyan tasarrufları nedeniyle gelişen tepkinin bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Anayasa değişikliği, HSYK Kanunu ve HSYK seçimleri o kadar kısa sürede yapıldı ki kimse ne olup bittiğinin farkına bile varamadı.

Hükümet, Danıştay ve Yargıtay'a üye seçimleri sırasında galiba bazı şeylerin farkına vardı ama yine de fazla önemsemedi. Şimdi, Yüksek Yargıdaki bu yapılanmanın ne kadar büyük bir vahamet boyutunun olduğunu açık seçik bir biçimde görmüş oldu.

Bu farkına varma, gerçeğe uyanma hali üzerine, başlıkta sayısı verilen Kanunla, Hâkimler ve Savcılar, Adalet Akademisi ve HSYK Kanunlarında değişiklik yapıldı. Bu Kanunla mevcut kanunlardaki HSYK Genel Kurul veya daire başkanlarına ait bazı yetkiler HSYK Başkanı olan Adalet Bakanına verildi, yine HSYK'nın çalışmalarında Bakanın etkisini arttıracak düzenlemeler yapılmıştı.

Kanunun yetki paylaşımı konusunda getirdiği değişiklikler Adalet Bakanının HSYK üzerindeki etkisini artırması nedeniyle tartışılabilir.[51] Ancak, netice itibariyle HSYK üç ayrı daire ola-

[50] http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2013/aralik/basin-aciklamasi-26-12-2013.pdf

[51] Gerçekten Bakanın yetkilerinden biri olan, özellikle HSYK üyeleri-

rak görev yapıp kararlarını yaptığı görüşmeler sonucunda, oylamalar ile aldığına göre Bakanın yetkisi itibari bir yetki olmaktan daha fazla bir şey değildir. Bakan görüşmelere katıldığında oyunun değeri diğer üyelerden üçünün veya dördünün oyuna eşit olmadığına göre söz konusu endişenin abartılı olduğundan kuşku duymamak gerekir.

Anayasa Mahkemesince bu karar verilirken her ne saik gözetilmiş ise gözetilmiş olsun, ortada söz konusu Kanunu yargı bağımsızlığına bir müdahale olarak görmeye imkân bulunmamaktadır.

Çünkü bu Kanunla nihayetinde, üye sayısı değiştirilmemiş, daire kararlarının Bakanın onayı ile yürürlüğe girmesi, daire sayısının değiştirilmesi gibi Anayasada belirlenen hiçbir özellik ve hukuksal durum değiştirilmemiştir. Durum bu olunca Anayasa Mahkemesinin bu kararının daha önceki kararları gibi aşırı öznel ve zorlama yorumlara dayandığı sonucuna varılabilir.

Zaten Davacıların sundukları dilekçede dava konusu Kanun değişikliği; -kararda özetlendiği kadarıyla- Anayasanın; Başlangıç kısmı ile, 2, 4, 6, 9, 10, 11, 36, 67, 138, 139, 140, 144, 153 ve 159'uncu maddelerine aykırı imiş. Yani bu değişikliğin iptaline ilişkin açılan bu davaya ait dilekçe, daha önce eleştiri konusu yapılan kararlara ilişkin davaların dilekçelerindeki gibi olağanüstü bir yorum yeteneği ile hazırlanmış görünüyor. İptal davasına konu kanun değişikliği, cumhuriyetin niteliklerinde, Anayasanın değiştirilemez maddelerinde dolaylı değişikliklere neden oluyormuş. Kanun değişikliği davacılara göre egemenlik kavramına aykırı imiş. Kanun yargı yetkisi ile ilgili maddeye aykırı imiş, sanki yargılamayı Kanun değişikliği ile HSYK yapacak-

nin görev yapacağı dairelerinin belirlenmesi yetkisi Yürütme Organının Yargı üzerinde gözetim ve denetimde bulunması ve kendi talepleri üzerinde Yargıyı biçimlendirme sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu hususa kararında işaret etmekle ve bu durumu, ilgili hükmün iptaline gerekçe yapmakla beraber HSYK'nın Dairelere üye dağılımı yaparken 4/3,4/3,5/2 şeklinde paralel üyelerin her bir dairede çoğunluğu sağlayacak şekilde düzenleme yaptığını herhalde bilmiyordu! Paralel üyeler Anayasa Mahkemesinin bu safdilliğine gülse yeridir.

mış gibi. Yine Kanun değişikliği, "kanun önünde eşitlik ilkesi"ne aykırı imiş her ne alaka ise. Kanun değişikliği Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine de aykırı imiş. Bu Kanun hak arama hürriyetine de aykırı imiş, yani HSYK Kanununda değişiklik yapılması hak arama hürriyetini herhalde kısıtlıyor ki davacılar böyle bir iddiada bulunmuşlar. Kanunun Anayasanın 67. maddesine aykırı olduğu savunulduğuna göre seçme ve seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına da aykırılık söz konusu; -ne alaka ise- oysa bu madde siyasi haklar seçme ve seçilme hakki ile ilgili olup HSYK üyeliğine seçilmeye bir şümulü bulunmamaktadır.

Bu bahsi kapatırken şunu söyleyelim, paralel devlet denilen yapının hâkimler ve savcılar üzerindeki tasarrufları etkilemesi ve yönlendirmesi, Yüksek Yargıda örgütlenmiş olması, yargının geneli içinde de stratejik görevlere nedense hep kendilerine mensup hâkim ve savcıların atanmış olması ve bu şekilde gücünü tahkim etmesi yargı bağımsızlığı için bir tehdit değil ama HSYK'yı dengelemek için bir kısım yetkilerin Kanunla Adalet Bakanına verilmesi nedense yargı bağımsızlığı için bir tehdit ve tehlike.

Ülke büyük bir tehlike ile karşı karşıya iken Anayasa Mahkemesinin yaptığı sorumsuzluğa bir isim vermek gerekirse buna **"hukuk sofuluğu"**[52] diyebiliriz.

[52] Sofuluk lüzumsuz, iğreti, yapmacık dindarlık hali diye tanımlanabilir. Hukuk Sofuluğunu da bu tanıma muvazi olarak, lüzumsuz, iğreti, daha fazla hukuk, hukuka daha fazla bağlılık görüntüsü yaratma adına yapılan içi boş ve kof hukukçuluk olarak ifade edebiliriz.

IX. BÖLÜM
NASIL BİR ANAYASA?

Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde durulan kararlarından başka da eleştirilebilir çok sayıda kararı vardır. Bu kararların bir kısmı resmi ideolojinin herhangi bir etkisi olmaksızın verilmiş olmasına rağmen yine de eleştiriyi hak edecek nitelikte olabilir. Hukuk; kural koyucu (normatif) yapısına bağlı olarak toplumsal bilimlerle kıyaslandığında nesnelliği yakalama ve hukuksal doğruyu bulma konusunda bir kısım imkânlara sahip ise de; hukuksal kavramların yoruma elverişliliği dolayısıyla öznel yaklaşımlara mahkûm olma zaafını da içinde barındırmaktadır. İşte eleştiriyi hak edecek kusurluluk hali bu özellikten doğmaktadır. Bu zaafı asgari düzeye indirme, hukuk kurallarının yalın bir hukuk dili ile ifade edilmesine bağlıdır. Gerek Anayasa koyucu, gerek kanun koyucu elbette buna dikkat etmektedir, her hukuk disiplininin ayrı bir terminolojik dilinin olması bazen karışıklıklara neden olabilmektedir.

Anayasada hamaset yapılmamalıdır. Mevcut Anayasamızda özellikle "Başlangıç" kısmında müthiş bir hamaset edebiyatı yapılmıştır. Anayasalar kahramanlık destanları değil hukuksal şart, hukuksal metinlerdir.

Yargı adamlarının yargısal takdirde bulunmalarının önüne geçilmesi için, Anayasal ilkelerin Anayasa'da, bütün unsurlarının yer aldığı eksiksiz tanımlarının yapılması gerekir. Bu ya-

pıldığı takdirde, yargı adamlarının öznel yaklaşımlarını yargısal kararlara yansıtmalarının önüne geçilmesinde gereken hukuksal altyapı kurulmuş olur.

Anayasa'da gerekli hükümlerin dışında iki tür hüküm var ki bunların yokluğu Anayasaya hiçbir şey kaybettirmez. Anayasa'nın bunlardan arındırılması gerekir. Bunların birincisi; "Taşları yemek yasak, nefes almak serbesttir" sözünün taşıdığı anlam gibi anlamı olan hükümlerdir. İkinci grup hükümler ise devlete ekonomik yükümler yükleyen hükümlerdir ki bunların eksikliği Anayasaya bir şey kaybettirmez. Devletin mali imkânları elvermediği zaman zaten bu hükümlerin hayata geçirilmesi söz konusu değildir. Ayrıca bu hükümlere uygun davranılmadığı zaman devlete uygulanacak bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu hükümlerde ifade edilen edimler; siyasal partilerin iktidar olmak adına programlarına koyacakları hizmetler cümlesinden olup iktidar olup gerçekleştiremedikleri takdirde zaten halkın uygulayacağı siyasal yaptırıma konu olabilecektir. İşte bu sebeple bu tür hükümlerin Anayasada bulunmasının gereği yoktur.

Anayasa'da bir birini nakzeden hükümler var ise bu hükümler de yeniden düzenlenmelidir. Mesela Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin hüküm ile itiraz yolu ile bir kanun hükmünün Anayasa Mahkemesine götürülmesi sonucu verilen iptal kararının hükmünü icra etmesine ilişkin Anayasa kuralı bir biriyle çelişmektedir. Bu çelişki, hukuka uygun olan kuralın Anayasada bırakılması diğer hükmün ise kaldırılması yoluyla giderilmelidir.

Anayasa devlet erklerinin biri diğerine üstünlük sağlayacağı bir iktidar durumuna müsaade etmeyecek şekilde düzenlenmelidir. Yine Anayasa, Devlet içinde ayrı güç odakları (sivil bürokratik, askeri bürokratik) oluşmasına imkân vermeyecek nitelikte düzenlenmelidir.

Anayasa resmi ideolojinin ruhunun sindiği bir metin olmamalıdır. Anayasa'nın ideolojisi; bireyi öne çıkarmalı, bireyle kamunun hak ve menfaatleri çatıştığında bireyi esas alan bir

ruha sahip olmalıdır. Çünkü Anayasa böyle yapıldığı takdirde bile, devlet kamu gücünü ve kanun yapma yetkisini elinde tuttuğu için yine ibre daima devlete doğru meyledecektir. Eğer, Anayasada birey üstün tutulursa, devletin üstünlüğü nisbi olarak azalacak ancak mutlak manada bu hükme rağmen bireye karşı devlet herhalde daha ayrıcalıklı olacaktır.

Anayasaya göre; yasama ve yürütme erkleri yargı erkinin denetimine tabidir. Ancak ne var ki yargının üstünde onu denetleyecek bir güç yoktur. Denetimsiz güç sahibini çürütür, yozlaştırır, gücün sahibinin kendini "tanrısama"sına (kendini tanrı gibi görme) neden olur. Türkiye'de son dönemde yaşanan jüristokratik eğilimler işte yargıyı denetleyen bir gücün olmamasından kaynaklanmaktadır. Tabi bu denetim eksikliği giderilirken yargı bağımsızlığının zarar görmeyeceği bir yöntem bulunmalıdır, biz Anayasa Mahkemesi açısından ileride düşündüğümüz denetleme yöntemini söyleyeceğiz.

Yargı -özellikle yüksek yargı- bir özeleştiri sürecinden geçmeli, kendisini bir zihniyet değişim ve dönüşümüne tabi tutmalıdır. Hukuk devleti demek, yargının her işe etkili bir şekilde müdahale ettiği bir devlet değildir. Hukuk devleti ile yargıç devletini bir birine karıştırmamak gerekir. Özellikle Anayasa Mahkemesi ve diğer Yüksek Mahkemeler şimdiye kadar hukuk devletini, yargının her türlü yasama tasarrufuna ve idari tasarruflara karışma yetkisine sahip olduğu devlet gibi algılamışlardır. Yargı kendi yetki sınırlarının gerisine çekilmeli ve devleti yönetme görevinin kendilerine ait olmadığını hatırlamalıdır.

Devlet yetkilerinin sınırları çok iyi bir şekilde gösterilmelidir. Buna karşılık hak ve özgürlüklerin sınırları alabildiğine geniş tutulmalıdır. Zaten bireyi esas alan Anayasa ancak böyle bir ilke ile hazırlanabilir. Hak ve özgürlüklerin ayrıntılı tanımlamalarından uzak durulmalıdır. Çünkü bir hak ve özgürlüğün özüne zarar vermeden onu ayrıntılı tanımlamaya imkân yoktur. Bütün hak ve özgürlüklerin meşru sınırını sadece genel güvenlik, genel sağlık, genel ahlak gibi kamusal değerler oluşturabilir.

Anayasa kolay değiştirilebilir bir Anayasa olmamalı, an-

cak değiştirilmesi çok zor bir Anayasa da olmamalı, ihtiyaç halinde değiştirilme konusunda bir esnekliğe sahip olmalıdır. Anayasada Cumhuriyetin nitelikleri korunmalı ancak, halktan korkarak Devleti korumak için Anayasada dördüncü madde gibi bir maddenin varlığına gerek görülmemelidir. Daha önce açıklandığı üzere dördüncü madde yok hükmünde olup nazari olarak korunmasına imkân yoktur. Anayasanın ruhuna Devletin halkına güven duyduğu hissi sinmelidir. Halkından korkan bir devlet kesinlikle zalim olur, zalim olan devlet ise hukuk devleti, ya da hukukun üstünlüğü ilkelerini benimseyen devlet olamaz.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, kendini hukuk devletinden hukukun üstünlüğü ilkesinin egemen olduğu ve devlet vatandaş ilişkilerini belirlediği bir yapıya evrilmeyi getirecek tarzda Anayasasını hazırlamalıdır. Bu da az önce söylediğimiz, bireyi devlete tercih eden bir hukuksal anlayışın Anayasanın hazırlanması sürecinde benimsenmesi ile olur. Aşağıda sözü edilen ilkelerin tanımlanması ve Anayasanın bazı maddelerinin nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda teklifler getirilmiştir.

1) Laiklik ilkesinin tanımı:

Laiklik, ilkesinin tanımlanmamış olması onu ateist bir anlayışla istismar etmek amacına yönelik olsa gerektir. Vatandaşların din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olması gerekirken kısıtlamanın aracı olarak kullanılması ancak tanımlanmamış olması ile mümkün olduğundan öngörülü (bilinçli) bir tercihle laikliğin tanımlanmasından uzak durulmuştur. Artık laikliğin öznel yaklaşımlardan kurtarılması ve ne anlama geldiği konusundaki belirsizliğe son verilmesi gerekmektedir. Din ve devlet ilişkileri konusunda hukukun ve siyasetin samimi bir üslubu benimsemesinin yolu ancak bu gerekliliğin yerine getirilmesine bağlıdır.

Daha ilkokuldan itibaren vatandaşlara laikliğin; a) din ve devlet işlerinin bir birinden ayrılması, b) dinin devlete devletin de dinin alanına müdahale etmemesi, c) vatandaşların din tercih etme, ona inanma ve inançlarının gereğine göre yaşamasının devletin güvencesi ve koruması altında olması, şeklinde üç un-

surla tanıtıldığı herkesin bildiği bir konudur. Şu halde laikliğin bu unsurları içerecek şekilde Anayasal bir tanımının yapılması, gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi dini ibadet ve inancının gereklerine uygun davranmayı kanuni güvenceye kavuşturmayı amaçlayan kimi kanunları, açılan davalarda iptal etmiştir. Acaba, bir kanun ne zaman laikliğe aykırı olur? Bazı dini davranış biçimlerini serbest bırakmayı amaçlayan bir kanun laikliğe aykırı mıdır? Eğer laikliğe aykırı ise o zaman laiklik nasıl oluyor da din ve vicdan hürriyetinin güvencesi oluyor? Bu gibi bir kanun; devlet düzeninin kısmen de olsa dini esaslara dayandırılması anlamına gelir mi? Bu sorulara anlamlı cevaplar verilebilmesi için önce hak, özgürlük, görev, yükümlülük, yetki ve kamu düzeni gibi kavramlarla kamu düzeni ve özgürlükler arasındaki ilişkilerin mahiyetini irdelemek gerekiyor.

Hak; kişiye hukuk düzeni tarafından verilmiş, gerek hukuk düzenine, gerekse diğer hukuk öznelerine bir takım ya etkin yükümlülükler yükleyen (özel hukuktan doğan haklar), ya da etkin hiçbir yüküm yüklememekle beraber asgari tanıma ve saygı duyma edimi yükleyen (kamu hukukundan doğan genel haklar), ihlal edilmesi halinde her iki türü bakımından da kamu düzenine koruma edimi yükleyen yetkilerdir.

Bir kimsenin bir kimseden olan ayni veya nakdi alacağı da bir haktır, ama bu temel haklardan değil ancak nisbi diyebileceğimiz haklardandır. Burada bizi ilgilendiren temel (genel yani kamu hukukundan doğan) haklardır. Bir alacak ilişkisindeki edim, ödenmesi gereken iktisadi değerdir, buradaki edim aktif bir yükümlülüktür. Buna karşılık, az önce verilen tanımda kastedilen temel hakların taşıdığı asgari edim ise sadece tanıma edimidir. Bu etkin değil edilgen (pasif) bir edimdir. Tabii bu tanımada saygı gösterme hali de içkin durumdadır. Bir kısım haklar kullanılmaktan sahibi tarafından bile vazgeçilemez, (kişilik hakkı ki bu hakka bağlı olarak kişinin vücut tamamiyeti hukuk düzeni tarafından kişinin kendisine karşı bile korunur, yaşama hakkı ki kişi kendi hayatına son vermek isteyemez) bir kısmı ise

kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine bağlıdır.

Özgürlük; hukuk öznelerinin sahip olduğu yetkilerdir, ancak bir kimsenin özgürlüğünün diğer hukuk öznelerine aktif olmalarını gerektiren bir yükümlülük yüklemesi söz konusu değildir. Özgürlüklerin kullanılması konusunda sahibinin sınırsız bir iradi serbestîsi vardır. Özgürlükler haklardaki vazgeçilemezliğe karşılık vazgeçilebilir niteliktedir. Hakların korunmasında hukuk düzeninin etkin (aktif) bir görev üstlenmesine karşılık özgürlüklerin korunmasında hukuk düzeninin etkin bir görev üstlenmesi her durumda gerekmeyebilir. Özgürlük bir kez hukuk düzeni (anayasa) tarafından tanınınca hukuksal yoldan korunmasına ihtiyaç duyulmaz. Özgürlük, devlet tarafından, meşru sınırlandırma sebepleri dışında sınırlandırılmaya kalkışılırsa hakka dönüştürülmüş olur, özgürlüklerin hakka dönüştürülmesi bir devletin hukuk devleti niteliğinden uzaklaştığının esaslı bir tezahürüdür.

Görev; devletin vatandaşlara karşı yerine getirme yükümlülüğünün bulunduğu hizmet vb. edimlerdir. Bir eylem, eğer görev ise; onun ifası zorunlu olup iradi değildir. Görevler, önce Anayasa sonra kanunlarda gösterilirler.

Yetki; kendisine görev yüklenmiş devlet organlarının bu görevlerini yapmak için sahip oldukları, sınırları Anayasa ve kanunlarla gösterilmiş olan davranış imkânlarıdır. Yetki, daha farklı bir ifade ile tanımlamak gerekirse; devlet organlarının -vatandaşlara karşı sahip olduğu ve onlara edim yükleyen- sınırları Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş haklarıdır. Kısaca yetki, devlet organlarının haklarıdır.

Yükümlülük; vatandaşların devlete karşı yerine getirmek zorunda oldukları, Anayasa ve kanunlarda gösterilmiş bulunan edimlerdir. Yükümlülüğün biçimi ve kapsamı kanunlarla belirlenirken, kendilerine yükümlülük düşen vatandaşlar söz konusu yükümlülüklerden doğan bir takım haklara da sahip olurlar. Bunlar nisbi veya türemiş haklar olarak isimlendirilebilir. Bir vergi mükellefinin vergi ödeme yükümlülüğü bulunduğu gibi, aynı zamanda yükümlülük kapsamında idareye karşı ileri süre-

bileceği hakları vardır.

Kamu düzeni; devlet organlarının bir biriyle, vatandaşlarla ve özel hukuk tüzelkişileriyle ilişkilerini hak, yükümlülük ve yetki kuralları çerçevesinde gösteren kamu hukuku tarafından emredici hukuk kuralları ile düzenlenen mutlak yapıdır. Kamu düzeni vatandaşlar için yükümlülükler getirir, resmi organlara da bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere yetkiler verir. Kamu düzeninin dayandığı kurallar emredici ve yükümlülük getirici mahiyettedir. Emredicilik ve yükümlülük getirici kurallar kamu düzeninin bizzat özünü oluşturur.

Kamu düzeni ve özgürlükler arasındaki ilişkinin mahiyeti; özgürlükler, sahibine davranış serbestisi tanırlar. Özgürlükleri tanımlayan Anayasa ve kanunlar bunların kapsamını ve sınırlarını belirler. Özgürlüklerle ilgili hükümler söz konusu özgürlükleri kullanma durumunda olan kimselere bu özgürlükleri kullanma emri vermezler, böyle bir emir verme özgürlüğün doğasına aykırıdır. Yani özgürlüklerle ilgili gerek Anayasa, gerekse kanun hükümleri, bu özgürlüklerden yararlanma durumunda olanlar bakımından emredici yani amir hükümler değildir. Bu durumda özgürlüklerle ilgili çerçeve hükümler kamu düzenini meydana getiren asli hukuk kurallarını oluşturmazlar. Kamu düzeninin ruhunu ve bedenini; hak, görev, yetki ve yükümlülük kavramlarına ilişkin kurallar belirler. Çünkü bu kurallar; emredicidir, lehine veya aleyhine olduğu devlet ve vatandaşlar bakımından davranış serbestisi öngörmez belirli bir biçimde davranışta bulunmayı gerekli kılar. Özgürlüklerle kamu düzeninin yolu özgürlüklerin kamu düzenini, kamu güvenliğini tehdit ettiği durumlarda kesişir. İşte o zaman zaten kamu düzenine göre suç olan ve kanunlarla suç olarak tanımlanmış eylemlerin ilgili özgürlükleri kullanma durumunda olan kimseler tarafından yapılmış olması hali vardır.

Şimdi yukarıda sorulan sorulara doğru cevaplar verebiliriz. Mesela yükseköğretim kurumlarında başörtüsünü serbest bırakan kanunlar emredici nitelikte olmadığından kamu düzeninin aynından değildir. Emredici olmayan kanuni düzenleme-

ler, kamu düzeninin niteliğini belirleme gücünden yoksundur. Şu halde, başörtüsü ile ilgili serbestiyet getiren bir kanun; bütün kadınların başlarını örtmeleri gibi bir yükümlülük getirmediğinden kamu düzeninden değildir. Zaten özgürlük getirme iddiasındaki bir kanun o özgürlükten yararlanma durumunda olanlar ya da olmayanlar için yükümlülükler getirmez, ancak özgürlük için bazı sınırlar koyabilir. Bir hakkın veya özgürlüğün kötü amaçlar için kullanılması durumunda kamu düzeni ihlal edilmiş olacağından ceza hukukunun kuralları devreye girecektir. Bu sebeple aslında özgürlükler için sınır koymaya bile gerek yoktur. Bu hale göre, hangi dinin değerlerine dayanırsa dayansın dini inancın gereğine göre davranabilmeyi serbest bırakan, özgürlük tanıyan bir kanun laikliğe aykırı olmaz. Çünkü bu kanunlar kamu düzeni için bir görev ve yetki hükmü içermez, diğer vatandaşlara yükümlülük getirmez. Kamu düzeninin dini esaslara göre şekillenmesine neden olmaz.

Herhangi bir dinin inananlarına şart kıldığı herhangi bir davranış acaba hiç mi, kamu düzeni tarafından yasaklanamaz? Elbette yasaklanabilir. Eğer dini inançtan doğan bir davranış başkalarının hak veya özgürlüklerini ortadan kaldırıyorsa o dini vecibenin yasaklanması için meşru sebepler var demektir. Mesela, satanistlerin insan kurban etme ayinleri; inandıkları, icat ettikleri o dine göre bir vecibe olabilir, hatta bunun kendilerini arındırdığına inanabilirler, daha önce de söylediğimiz gibi inanç kendisine engel olabilecek hiç bir gücün olmadığı insani bir eylemdir. Ancak bu inancın gereğine göre kimseyi kurban etmelerine izin verilemez. Böyle bir dini hak veya özgürlük olamaz. Çünkü bu dini inanca uygun eylem icrası, kurban edilecek kimsenin yaşama hakkına açık ve onun yok edilmesiyle sonuçlanan dehşet derecede korkunç bir tecavüzdür. O nedenle de böyle bir dini inancın yerine getirilebilmesine izin verecek bir hakkın tanınması mümkün olabilecek bir şey değildir.

Kamu düzeniyle ilgili bir kanunun getirdiği düzenleme pekâlâ dini inançlarla uyumlu olabilir, hatta o düzenlemenin özü bizzat din tarafından tanımlanmış olabilir. Böyle bir düzenleme bile laikliğe aykırılık oluşturmaz. Medeni dünya tarafından

cumartesi ve pazar günlerinin resmi tatil günü olmasının yegâne sebebi bu iki günün Musevilerin ve Hıristiyanların kutsal günleri olmasıdır. Batılı devletler; halklarının Hıristiyan olması nedeniyle pazar gününü haftalık tatil günü olarak öngörmüşlerdir. Yahudilerin Yeryüzündeki iktisadi hâkimiyeti de cumartesi gününün haftalık tatil günü olması ayrıcalığını getirmiştir. Laikliği en jakoben bir üslupla uygulayan Fransa'nın cumartesi ve pazar günlerini haftalık resmi tatil olarak düzenlemiş olması nedeniyle laikliğinden kim kuşku duyabilir. Bu örnek de bize gösteriyor ki, devlet halkına inandığı din veya dinler nedeniyle böyle bir ikramda bulunabilir. Batı dünyası Hıristiyanlar ve Yahudilerin kutsal günleri olan anılan günleri haftalık resmi tatil yaptığı için laik düzenin ve laik dünyanın sonu gelmiş, kıyamet kopmuş değildir. Oysa bizde Refah Yol İktidarı döneminde, oruç tutan vatandaşların isterlerse mesaiden erken ayrılmalarına cevaz veren Bakanlar Kurulu Kararı Refah Partisinin kapatılması nedenlerinden birini oluşturmuştur. Çünkü bizde laiklik dini ve dindarı ezmenin hukuksal aracı olarak görülmektedir. Hele hele birileri çıksa, cuma günü de resmi tatil olsa diye temennisini ifade etse başına gelecekleri kestirmeye imkân yoktur.

Hafta tatilinin cumartesi ve pazar günleri olması kamu düzeniyle birinci dereceden alakalıdır. Çünkü geneldir bütün toplumu kapsayıcı bir kuraldır. Ancak buna rağmen laikliğe aykırı değildir. Çünkü hafta tatilinin anılan günler olması, dayanağını anılan dinlerden alsa, tamamen din kaynaklı olsa bile yükümlülük içermediği, kimse için külfet getirmediği nedeniyle laikliğe aykırılık oluşturmaz, devletin temel düzeninin kısmen de olsa dini esaslara dayandığını göstermez.

Kamu düzeniyle temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişkilerin mahiyetinden hareketle bir kanuni düzenlemenin hangi durumda laikliğe aykırı, hangi durumda laikliğe uygun olduğunu tespite yarayan bir ölçüte veya ilkeye ulaşabiliriz: **"Bir kanun dini içerikli temel hak veya özgürlüklerin tanımlanmasına ve tanınmasına ilişkin ise, o hak veya özgürlüklerden yararlanmayacak olanlar için bir yükümlülük veya külfet getirmediğinden kamu düzeninin aynına ilişkin görülemez, bu neden-**

le laikliğe aykırı değildir. Buna karşılık, dini bir kural –farz, vacip, sünnet vb.- kamu düzeninin aynından olan kamu görevi, yetki, yükümlülük ile ilgili kanuni düzenlemelerin dayanağını oluşturur ise o takdirde o hukuksal düzenleme laikliğe aykırıdır."

Ortaya koyulan bu ölçütten hareketle Anayasaya konulabilecek nitelikte bir laiklik tanımı yapabiliriz. Şimdi bu tanımı görelim:

"Laiklik ilkesi; devletin dinin varlık alanına, dinin de devletin varlık alanına müdahale etmemesi, derecesi her ne olursa olsun dini kuralların; kamu düzenini inşa eden kamu görevi, yetki ve bireylere yüklenecek yükümlülüklerin sebebini ve dayanağını oluşturmaması gerekliliğini ifade eder."

Böyle bir tanım; laiklik ilkesi çerçevesinde yapılan tartışmaların bitmesini sağlayabilecek, hukuksal uygulamalarda bu ilkenin öznel yaklaşımlar tarafından zehirlenmesine ve istismar edilmesine engel oluşturacaktır.

2) Hukuk devleti ilkesinin tanımı:

Hukuk devleti ilkesi özellikle yargı mercileri tarafından istismar edilen bir ilkedir. Hukuk adamları kimi zaman kendi gönüllerinden geçen ancak yazılı hukuk kurallarına uygun olmayan kanaatlerini yargısal karara dönüştürürken "hukuk devleti" ilkesi üzerinden ifade ederler. Bu davranış tarzıyla aslında; hukuk devleti ilkesine bir bakıma bu öznel kanaatlerin taşıyıcısı olan bir binek aracı olma durumu layık görülmektedir. Yukarıda bu eserin "Laiklik üzerine düşünceler" başlığı altında yer alan bölümünde bütün hukuksal ilkelerin -laiklik hariç- yazılı hukuk kurallarında tarif edildiğini, hukuk devleti ilkesinin ise, gerek Anayasada gerekse başka bir kanunda tanımına yer verilmemiş olmakla beraber, etkili bir devlet cihazının varlığı, devlet organlarının, bütün resmi kurum ve kuruluşların mevcudiyeti ile hukuk devleti ilkesinin somutlaştığını ve tecessüm ettiğini dolayısıyla bir anlamda hukuk devleti ilkesinin de hukuksal kurallarda anlam ve ifadesini bulmuş olduğunu belirtmiştik. Ancak bu

tecessüm etme hali, bu ilkenin istismarını engelleyen bir hukuksal imkânı içermemektedir. O sebeple "hukuk devleti ilkesi"nin de Anayasada tarifine yer verilmesi gerekmektedir.

Hukuk devleti hukuka bağlı olan devlettir. Bu bağlılık en somut biçimde, devletin kendi aleyhine olan hukuk kurallarına saygılı olması, onların gereğine uygun davranmasıyla belirir. Etkin bir devlet cihazının varlığı, kurumsallaşma düzeyinin zenginliği hukuk devleti için olmazsa olmaz bir gerekliliktir, ancak hukuk devleti olmak için bunlar yeterli değildir. Devletin bütün organ ve idari birimleri; her hal ve şartta sınırsız yetkilerle donatılmış ise veya yetkilerin sınırları tereddüte yer bırakmaksızın belirlenmemiş ise o devlet hukuk devleti olmaktan uzaktır. Şu halde hukuk devleti kavramının kamu düzenini kavramı ile birinci dereceden bir ilişkisi vardır. Kamu düzenini tanımlamaya yarayan hukuksal öğeler, aynı zamanda hukuk devletini tanımlamada da anahtar bir işleve sahiptir. Yukarıda laikliği tarif ederken bahsi geçen, hak, özgürlük, görev, yetki kavramları hukuk devletini dolayısıyla hukuk devleti ilkesini de tanımlarken merkezi bir önem taşırlar.

Hukuk devleti en başta bireylerin hak ve özgürlüklerine saygılı ve onları gerek kendisinden gelecek gerekse başkalarından gelecek haksız müdahalelerden koruyan devlettir.

Bir devletin hukuk devleti ilkesine gereği kadar bağlı olup olmadığı kamu hukuku alanında kalan devlet uygulamalarıyla ortaya çıkar. Kamu hukuku denilince de en fazla idare hukuku ve ceza hukukunu anlamak gerekiyor. İşte özellikle bu iki hukuk disiplininin alanında yer alan idari ve adli tasarrufların genellikle hukuka uygun cereyan etmesi hukuk devleti ilkesinin işlediğini gösterir.

Sözü edilen idari ve adli tasarrufların hukuka uygun olması için, uygulayıcıların yazılı hukuk kurallarını; lafızlarının ifade ettiği anlama sıkı sıkıya bağlı kalarak uygulamaları gerekir. Yazılı hukuk kurallarının anlamını bırakarak yorumlamaya kalkışmak, onlara kastetmedikleri anlamları yükleme tehlikesi taşırlar. Bir kuralın lafzı ve özü diye ayrı ayrı anlam unsurları yoktur.

Kuralın ifadesini bulduğu lafza uygun anlaşılması zaten özüne nüfuz edildiğini gösterir. Keza kuralın anlamını araştırmak da kuralın ifadesini bulduğu lafzı ihmal etme anlamına gelir, bundan da kaçınmak gerekir. Bir kuralın amacını araştırmak da aslında onu çarpıtmanın esaslı yöntemlerinden biridir. Hukuk kurallarının öznel yaklaşımlarla zehirlememesi için; onun biçimsel yanını uygulamanın temeli olarak kabul etmek zorunludur.

Devlet kamu düzenini bozan bir kimseye ancak kanunlarda yazılı müeyyideleri uyguluyorsa, bu müeyyidelerin uygulanmasından önceki evrede kanunların öngördüğü usuli işlemleri ihmal etmeyip, kamu düzenini bozan kimselerin haklarını da teslim ediyorsa, hukuk devleti ilkesine uygun davranıyor demektir. Keza devlet idari işlemlerinde maslahata uygunluğu hukuka uygunluğa üstün tutmuyorsa hukuk devleti ilkesine bağlı hareket ediyor demektir.

Hukuk devletinin varlığına en önemli kurumsal karine, devletin yargı erki içinde bir Anayasa Yargısı ve İdari Yargının bulunmasıdır. Bu ölçüte göre Türkiye bir hukuk devletinde olması gereken yargı cihazına sahip bulunmaktadır. Devlet tasarruflarının yargı denetimine açık olması, devlet açısından aynı zamanda bir özgüven ifadesidir. Yargı erki içinde anılan yargısal birimlerin olması; hukuk devleti olma durumundan uzaklaşma halinde yaptırım uygulayacak bir kurumsal yapının olduğunu gösterir.

Kurumların; kurumsal yapılarının güçlü olması, iktidarın ve devlet yetkilerinin erkler ve kurumsal birimler arasında paylaşılmış olması, devletin; devleti denetlemesini mümkün kılan bir yapıyı ortaya çıkarır. Hukuk devleti, gücünü devlet erklerinin ve yetkilerinin paylaşılmasından alır. İktidarın ve devlet gücünün kurumlar arasında dağılmış olması hukuk devletinin sürdürülebilirliğinin en önemli dayanağıdır. Totaliter rejimlerde iktidar paylaşılmamış olduğundan, kurumlar güçlü değildir. Kurumsallaşması zayıf bir rejim hukuk devleti olmaya olabildiğince uzaktır. Bu tip rejimlerde yetki tek bir merkezde toplanmıştır. Hukukun kaynağı da, hukuksal tasarrufların kaynağı da o tek merkezdir.

Hukuk devleti, vatandaşlarının talep ettiği kamu hizmetlerini kaliteli bir biçimde üretip sunan bir devlettir. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu bir devlette, devlet yetkisini kullanan kamu görevlileri devletin bir hizmet cihazı olduğunu bilir ve kabul eder. Devlet vatandaşları üzerinde efendilik, hükümranlık iddiasında bulunmaz, vatandaşlarına hizmetle yükümlü ve sorumlu olduğunu kabul eder ve bunun gereklerine uygun davranır. Yine hukuk devletinde, devlet bireylere verdiği maddi ve manevi zararların tazminiyle sorumlu olur.

Ayrıca "hukuk devletinde, hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa veya kanun hükümlerinin anlaşılmasında, üçüncü kişiler aleyhine olmamak üzere geniş yoruma, yükümlülük ve külfetlere ilişkin hükümlerin anlaşılmasında ise dar yoruma başvurulması gerekir." İşte bu son söylenilen söz ile; hak, özgürlük, görev, yetki, yükümlülük kavramlarının anlaşılmasında hukuk devleti olma konusunda bir ölçüt ortaya konulmuş oldu.

Bütün bu söylenilenlere dayalı olarak hukuk devleti ilkesini Anayasada yer alacak bir hüküm olacak şekilde şu şekilde tanımlamak mümkündür:

"Hukuk devleti ilkesi; bütün devlet organlarının görevlerini icra ederken kendilerine Anayasa ve kanunlarla tanınan yetkilerin sınırlarını aşmamaları, görev ve yetki dışında bir devlet tasarrufunda bulunmamaları, hak ve özgürlükleri korumada azami derecede dikkat gösterilmesi, vatandaşlara kaynağını Anayasadan almayan hiçbir yüküm yüklenmemesi, yazılı hukuk kurallarının lafzıyla uygulanması, lafzın açık olmadığı durumlarda; hak ve özgürlüklerin alanının üçüncü kişiler aleyhine olmamak şartıyla geniş yorumlanması, yükümlülük ve külfetlerin ise dar yorumlanması, devlet organlarının verdiği zararları tazminle yükümlü olması edimlerini ifade eder."

Bu tanımda ortaya konular unsurlar sayesinde hukuk devleti ilkesinin istismar edilmesinin de önüne geçmek mümkün olur. Birileri hukuk devleti ilkesini bir dolgu malzemesi olarak kullanamaz.

3) Kanun önünde eşitlik ilkesi:

Anayasada böyle bir tanımın (Anayasanın 10.maddesi) yer alması ihtiyaca uygundur. Ancak bu ilke ile hedeflenen hukuksal sonucun yeterli bir şekilde ifade edilebildiği pek söylenemez. Kanun önünde eşitlik ilkesinin anlam ve ifadesini bulduğu anılan madde hükmü ve özellikle maddenin başlığı yani "kanun önünde eşitlik" ibaresi bir arada dikkate alındığında; muhatap alınan devlet organlarının yürütme ve yargı organları olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Acaba Yasama organı bakımından 10. maddede ortaya konulan bu ilke geçerli değil midir? Kanunları uygulama durumunda olan Yürütme, onun altında idare ve ihtilaf halinde de Yargı olduğuna göre bu haliyle anılan madde hükmünün yöneldiği organlar söylediğimiz organlar olmaktadır. Çünkü Yasama Organı kanunları uygulayacak organ değil, bizzat kanunları üretecek olan organdır. Kanunlar Yasama Organının iradesinin ürünleridir. Kanunların kaynağı bu organın kendisi olunca onun açısından "kanun önünde eşitlik ilkesi"nin uygulanabilirliği yoktur.

Ancak, böyle bir ilkenin Yasama organı bakımından da mevcudiyeti gereklidir. **Bu ilke, Yasama Organı tarafından, kanun yaparken aynı veya benzer maddi ve hukuksal durumda olanlar için aynı veya benzer hak ve yükümlülüklerin getirilmesi, yani çıkarılan kanunların hak ve yükümlülük dağıtmada eşitlik ve hakkaniyeti gözetmesi esasına dayandırılmalıdır. Tabii burada karşımıza kanun önünde eşitlik sözcükleri ile değil Anayasa önünde eşitlik ifadesi ile tanımlanacak, Yasama Organının durumuna uygun ancak anlamca kanun önünde eşitlik ifadesinde de içkin sayılabilecek başka bir ilke ortaya çıkmaktadır.**

Zaten, maddenin ilk halinde yer almayan, *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.""* Bir sonraki fıkra da ise; *"Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.,"* hü-

kümleri görüldüğü üzere, Yasama Organının kanun yaparken bu istisnalara uygun davranmasının "kanun önünde eşiklik" ilkesine aykırılık oluşturmayacağını söylemiş olmaktadır.

Bu ortaya konulan özellikler nazara alınınca, gerek üzerinde durulan ilkenin tanımına ilişkin madde hükmü, gerekse bu maddenin başlığı ihtiyacı karşılamaya yeterli değildir. Çünkü anılan madde hükmü, Yasama Organının faaliyetleri çerçevesinde "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ne şekilde somutlaşacağını açıklamış değildir.

Anayasanın sözü edilen 10. maddesinin başlığının ve metninin yeniden düzenlenmesi ile kanun önünde eşitlik ilkesi, kendisiyle ulaşılmak istenen amaca çok daha uygun bir biçimde yeniden tanımlanabilir. Şimdi Anayasaya konulabilecek şekilde, bu ilaveleri somutlaştıralım.

Anayasanın 10. maddesinin başlığı; **"Anayasa ve kanunlar önünde eşitlik"** ibaresini taşımalıdır. Maddede hâlihazır mevcut olan birinci fıkradan sonra ikinci fıkra olarak; **" Yasama Organı, hak ve yükümlülük tanımlayan kanunları çıkarırken aynı veya benzer maddi ve hukuksal durumda olanlara aynı veya benzer nitelikteki o hakları tanımakla, aynı veya benzer yükümlülükleri öngörmekle yükümlüdür.**

İktisadi ve toplumsal hayatın geliştirilmesi, refah seviyesinin yükseltilmesi gayesiyle öngörülecek istisna ve muafiyetlerin; Anayasanın bu hükmüne aykırı olduğu yorumu yapılamaz."

10. maddede yer alan hâlihazır diğer hükümler maslahata uygundur, onların bu ilave hükümlerle uyumlu olacak şekilde –tekrarlanan ifadeler varsa bunlar çıkarılmak suretiyle- anlamına dokunulmadan yeniden düzenlenerek korunması gerekir. Bu önerilen hükümlerle madde ihtiyaca eksiksiz bir biçimde cevap verecek daha uygun bir hale gelmiş olacaktır.

4) Anayasa'nın "Din ve vicdan hürriyeti" başlığını taşıyan 24. maddesinin yeniden düzenlenmesi:

Anayasa'nın başlıkta anılan maddesinin birinci fıkrasında aynen; *Herkes; vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.,* hükmü yer almıştır. Böyle bir hüküm gereksizdir. Hatta bu kavramların Anayasa tarafından güvenceye kavuşturulmak için Anayasanın bir maddesinde anılmış olması, Anayasa koyucu olarak görev yapan -bu kavramların bu hükme konulmasını temin etmiş- gerçek kişilerin bu kavramlar hakkındaki bilgisizliğini ortaya koymaktadır. İnsanların bir dini seçmeleri, vicdanlarının belirli durumlarda değişik hükümler vermesi, belirli olgu, olay veya durumlar karşısında çeşitli kanaatlere sahip olması hiçbir maddi veya hukuksal güç tarafından denetlenemeyecek, özgürlüğü kendi doğasında zorunlu olarak var olan, engellenemez insani eylemlerdir. O halde onları ayrıca Anayasal güvenceye kavuşturma çabası lüzumsuzdur. Hatta böyle yapılmış olması, ihtiyaç halinde birilerinin zihninde bu alanlara baskı ve işkence ile müdahale edilebileceği anlamlarının uyanmasına neden olabilir.

Anayasada teminat altına alınması gereken din ve vicdan eksenli hürriyet; dinin gereklerine uygun yaşama ve ibadet yapabilme önünde hukuksal engellerin bulunmaması halini içermek durumundadır. Anayasa maalesef, dinin gereklerine uygun hareket edebilme ve ibadet yapma özgürlüğünü tanımamakta, ancak tanır gibi yapmaktadır. Bu görüşün haklılığını Anayasa'nın üzerinde durulan 24. maddesinin ikinci fıkrası ile bu fıkranın atıfta bulunduğu 14. maddesinin hükümleri çerçevesinde daha kolay anlayabiliriz.

24.maddenin ikinci fıkrası şöyledir: *14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.,* atıfta bulunulan " Temel hak ve hürriyetlerinin kötüye kullanılamaması" başlığı altında düzenlenen 14. maddede ise; (birinci fıkra) *Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan*

faaliyetler biçiminde kullanılamaz., (ikinci fıkra) *Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*, (üçüncü fıkra) *Bu hükümlere aykırı faaliyetlerde bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*, hükümleri yer almıştır.

Şimdi şunu sormalıyız: bir Müslüman'ın camide ya da evinde, tek başına ya da topluluk içinde namaz kılması, ramazanda oruç tutması, kutsal beldelere hac vazifesi için gitmesi, vb., bir Hristiyan'ın da kilisede dini ayine katılması, orada ilahi söylemesi vb. ibadetlerinde 14. madde kapsamında Devleti veya bireysel hak ve özgürlükleri tehdit eden ne gibi bir içerik bulunmaktadır? Bu soruyu Budizm, Hinduizm, Konfüçyanizm gibi dinler bakımından da sorabiliriz. Yani böyle bir hükme -24. maddenin ikinci fıkrası- ihtiyaç olmadığı halde bunun Anayasaya konulmuş olması iyi maksatlara işaret etmemektedir. Her ne kadar şu an bu hüküm ibadet hürriyeti aleyhine kullanılmıyor ise de gelecekte, dini ibadet hürriyetinin haksız, insan doğasına aykırı bir biçimde kısıtlanmasının hukuksal dayanağını oluşturabilir. O nedenle Anayasadan çıkarılmalıdır. Hangi dine inanırsa inansın, yasalara en fazla riayet eden insanlar dindar insanlardır. İbadetlerden devlete ve bireysel hak ve özgürlüklere tehdit ve tehlike üretmek tutarlı ve kabul edilebilir bir korku değildir.

Anayasanın üzerinde durulan 24. maddesinin kimsenin ibadet yapmaya, dini törenlere katılmaya zorlanamayacağı ve dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı gibi bunlardan dolayı kınanamayacağını söyleyen ikinci fıkrası da aslında gerekli bir hüküm değildir, çünkü böyle bir tehdit vatandaşlardan değil, ancak Devletten gelebilir. Devlet laik olduğuna göre zaten insanları ibadete zorlayacak hukuksal tasarruflarda bulunamaz, bulunduğu takdirde bu çeşit tasarruflar laikliğe aykırı olduğu gerekçesiyle yetkili yargı mercileri tarafından iptal edilebilir. Bu hüküm ancak, toplu halde ibadet yapılmasını idare eden kimseler aleyhine pekâlâ – o toplulukta bulunanları ibadete katılmaya zorladığı gerekçesiyle- cezalandırmayı işaret ede-

cek bir kanunun yapılmasına hukuksal imkân teşkil edebilir ve böylece ibadet hak ve hürriyetinin kısıtlanmasına dayanak oluşturabilir.

24. maddenin beşinci yani son fıkrasında ise; *Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*, hükmü yer almıştır. Bu hüküm laiklik ilkesinin varlığı karşısında anlamsız ve gereksiz bir hükümdür. Gereksiz olmasına karşılık Anayasada yer almış olması, herhalde iyi niyetli maksatları çağrıştırmaz. Daha önce de bahsedildiği üzere bir davranışın istismar amaçlı olduğunu tespit etmenin nesnel ölçütleri yoktur veya bir davranışın istismar amaçlı olduğu konusunda o eyleme tanık olanların aynı kanaati paylaşması pek olası bir durum değildir. Hukuk, insanların eylemlerinin arkasındaki niyetlerin ahlaka uygun olup olmadığı konusuyla ilgilenecek bir kurallar düzeni değildir. İstismar önce, istismarı yapanın vicdanı tarafından mahkûm edilmesi gereken bir davranıştır. Ondan sonra, istismar içerikli eylemin muhatabı olan kimseler, davranışta bulunana onun arzuladığı karşılığı verip vermemekte serbesttir. Bir davranışın istismar içerikli olduğunu temyiz ve sezgi gücü ile pekâlâ ilgili kimseler anlayacaktır. Bu konuda insanların doğru karar vereceğine güvenmekten başka çare yoktur. Ayrıca, bir eylemin muhataplarınca, o eylemi gerçekleştirenin istismar gayesi taşıdığı gerçekten genellikle en doğru bir biçimde teşhis edilebilmektedir.

24. maddenin dördüncü fıkrasında; *Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.*, hükmü yer almıştır.

Bu fıkra hükmü din eğitim ve öğretimi konusunda vatandaşların istekte bulunması halinde bu isteğin karşılanması ko-

nusunda Devlete görev ve sorumluluk yüklemektedir. Ancak, bu hükmün uygulanmasını göstermek için bir kanun çıkarılması gerekiyor. Şimdiye kadar bu kanun çıkarılarak vatandaşların din eğitimi ve öğretimi istemeleri konusunda Devlet üzerine düşen yükümlülüğe uygun davranmamıştır. Bu hükme göre, sadece İslamiyet'in öğretilmesi değil Türk vatandaşlarının inandıkları diğer dinlerin de talep halinde uzman eğiticiler tarafından istekte bulunan vatandaşlara öğretilmesi gerekmektedir.

Sözü edilen dördüncü fıkra hükmünün korunması gerekir. Devlet, vatandaşlarını dinlerini öğrenmeleri konusunda "biçimsel olmayan örgütsel yapılar"a (cemaatler) muhtaç etmemelidir.

Şimdi yaptığımız eleştirilerde belirtilen olumsuz özellikler giderilerek madde şu şekilde düzenlenebilir: başlık; **" Din seçme ve ibadet hürriyeti"** ifadesi olarak konulabilir.

"Herkes istediği dini seçme ve seçtiği dinin gereklerine göre yaşama hürriyetine sahiptir.

Bu hürriyet, tek başına ya da toplu olarak alenen ibadet ve dini tören yapabilme imkânını da içerir.

Herkes dinini söz, yazı vb. araçları kullanarak anlatma ve yayma hakkına sahiptir.

Bu hak, başkalarının ibadet ve dini törene katılmaya zorlanabileceği şeklinde anlaşılamaz.

Devlet kamu görevlerinde vatandaşlarını istihdam ederken vatandaşlarının seçmiş olduğu din nedeniyle ayırım yapamaz.

Din kültürü ve ahlak bilgisi eğitim ve öğretimi, Türk vatandaşlarının inandıkları dinler dikkate alınarak talep halinde farklı din ve mezheplerin talepte bulunanlara öğretilmesi suretiyle ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunludur. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak kişilerin kendi isteğine küçüklerin de veli veya kanuni temsilcilerinin istemine bağlıdır. Bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

Görüldüğü üzere bu şekilde yapılacak düzenlemede, daha

önce öngörülmeyen ancak vatandaşların talep ettiği kamuoyu önünde yapılan tartışmalardan bilinen mezhep eksenli isteklere de makul ve tatmin edici cevap verilmesi esası gözetilmektedir. Böyle bir madde anlaşılacağı üzere elbette misyonerlik faaliyetlerini akla ve vicdana uygun kabul etmektedir. Müslümanlar olarak dinimizde hiçbir defo bulunmadığı için misyonerlik faaliyetlerinden korkmamıza gerek yoktur. İslam gereği gibi öğretilirse Müslümanların Hristiyan olma tehlikesi yok denecek kadar azdır. Batılılar nasıl kendi ülkelerinde İslami derneklerin çalışmalarına izin veriyorsa bizim de vermemiz vicdani bir gerekliliktir.

5) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı maddenin yeniden düzenlenmesi:

Anayasa'nın 25. maddesinin birinci fıkrasında*; Herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu* hükme bağlanmıştır. Bu hüküm; biraz önce din ve vicdan özgürlüğü bağlamında yapılan değerlendirmede belirtildiği gibi gereksiz bir hükümdür. Çünkü düşünebilmek için hiçbir makam veya merciin iznine gerek yoktur. Bu eylemlerimiz doğaları gereği özgürlüğü kendisinde içkin olan eylemlerdir. Maddenin ikinci fıkrasında ise; *Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*, hükmüne yer verilmiştir. Esasen bu hükmün varlığına da gerek yoktur. Ancak, düşüncelerini ifade etmek, ya da etmek istemeyenler bakımından bir zararı yoktur. O sebeple korunabilir. Bu söylenilenlerden hareketle **25. maddenin birinci fıkrası hükmünü Anayasadan tamamen çıkarıp, ikinci fıkrası hükmünü de, "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığı altında düzenlenmiş olan 26. maddesinin mevcut birinci fıkrasını takiben ikinci fıkra olarak düzenlenmesi gerekir.**

Bu şekilde yapıldığında Anayasa varlığı gereksiz bir hükümden kurtularak sadeleştirilmesine bir katkı yapılmış olur.

X. BÖLÜM

NASIL BİR ANAYASA MAHKEMESİ, NASIL BİR ANAYASAL YARGILAMA?

Anayasa Mahkemesinin kurulduğu tarihten bu güne gelinceye kadar Anayasa Yargısı adına ortaya koyduğu işbaşarımı, adalete uygun karar verme yeteneği konusundaki karnesinin –yukarıda eleştiri konusu yapılan kararları dikkate alındığında- her hal ve şartta pek parlak olmadığı ortadadır.

Mahkemenin kararlarının hukuka ve adalete uygun olmamasının kurumsal yapısındaki bir eksiklikten kaynaklandığını söylemek mümkün değil. Ayrıca Mahkemenin kurumsal yapısında ciddi sorunlar bulunduğunu söylemeye de pek imkân yok. Yapılan faaliyet veya hizmetin mahiyetine uygun bir kurumsal yapı ile hizmetin veya görevin icra edilmesi sırasında yakalanan nitelik arasında doğrusal orantılı bir ilişki olduğuna kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesinin yapısı bu günkünden çok daha iyi olabilir. Bunun için değişik anayasa yargısı modelleri düşünülebilir. Bir kere, mahkemeyi oluşturan hâkim sayısı ile yapılan işin ağırlığı arasında bir uygunluğun varlığından söz etmek oldukça zordur. Anayasal yargılamaya ne kadar çok hâkim katılırsa, yargılamanın o denli sağlıklı olacağına şüphe yoktur. Ancak Anayasa Mahkemesinin üye sayısının artırılması, örgüt yapısının üye sayısına muvazi hale getirilmemesi halinde çok işlev-

sel bir değişiklik olmayabilir. Şu halde Mahkemenin yapısının; hâkim sayısı ile kurumsal yapının bir biriyle uyumlu olacağı bir şekilde yeniden düzenlenmesi düşünülebilir. Bu düzenleme değişik modellere –öylelik- göre yapılabilir.

En başta bütün yüksek yargıyı kapsayacak şekilde bir kurumsal yapıya geçiş üzerinde düşünülebilir. Tek bir Yüksek Mahkeme olur; bu Mahkeme, Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay'ın görevlerini kendisinde toplar. Dolayısıyla bu mahkeme daireler ve kurullar şeklinde bir örgütsel yapıya sahip olur. Yani şöyle de denilebilir; Yargıtay, Danıştay, Sayıştay daireleri ile bu Mahkemeye taşınırlar, daireler aynen korunmakla beraber adı geçen Yüksek Mahkemelerin varlığına son verilir. Bu yeni tek Yüksek Mahkeme doğal olarak, esas mahkemelerden verilen kararların aynı zamanda temyiz mercii olarak da görev yapar. Anayasa Yargısı ile ilgili görevlerin ne şekilde yapılacağı şöyle düzenlenebilir: Yasama Organının çıkardığı bir kanun; ya idari, ya cezai ya hukuki, ya da mali içerikler de olur. İşte kanunların bu niteliği -hangi alanda düzenleme getirdiğine göre- gereği, görevli daireler iki veya üç daire olmak üzere belirlenir. Yani en az ikişer daireden oluşacak ilk derece kurulları, mali, cezai, idari, hukuki dava kurulları olarak görevlendirilir. Bu görev alanı belirlemede, bir dairenin temyizen baktığı davalarda hangi tür davalar görülüyorsa o davaların çözümünde uygulanacak kanunlara karşı açılacak davalarda ilgili dairenin görev alması gibi bir yol da öngörülebilir. Elbette bu Yüksek Mahkemenin Anayasal ve temyizen yapacakları yargılama görev konuları daha önceden kanunla belirlenir. Bu Yüksek Mahkeme kaldırılacak Yüksek Mahkemelerin dairelerinin yanı sıra genel kurullarını da tevarüs eder. İşte bu genel kurullar, Anayasal yargılama yapan iki veya üç daire tarafından verilen kararların temyiz mercii olarak görev yapar. Pek tabii Anayasal yargılamada hangi konularda verilen anayasaya aykırılık veya davanın reddi kararlarının hangi genel kurullarda temyizen inceleneceği yine kanunda gösterilir. Yalnız Anayasal yargılamada sadece atanmış hâkimlerin görev alması, seçilmişler tarafından çıkarılan kanunları iptal edebilme yetkisi nedeniyle demokrasinin özü ile bağdaştırılamaz.

İşte bu eleştirilebilecek durumu ortadan kaldırmak için yasama organı belli sayıda hâkim, üst düzey bürokrat, akademisyen gibi kamu görevlilerini Anayasal yargılama yapacak daire ve kurullara Anayasa ve kanunda öngörülecek usullere göre seçip atayabilir. Bu kimseler sadece Yüksek Mahkemenin Anayasal yargılama süreçlerinde görev alıp esas mahkemelerince verilen kararların temyiz incelemelerinde yargılamaya katılamazlar.

Bu modelde iki dereceli ve her iki derecede de çok sayıda hâkimin katılımı ile yargılama yapılacağından bu günkü yapının gerçekleştirdiği yargılamalara göre çok daha sağlıklı anayasal yargılama yapılacağına şüphe yoktur.

Yukarıda sözü edilen model ile bu günkü Anayasa Mahkemesi yapısı arasında diğer Yüksek Mahkemelerin korunduğu başka bir model –öylelik- de düşünülebilir. Bu modelde de yine yukarıda özetlenen modelde olduğu gibi kanunların mali, cezai ve hukuki ve idari nitelikleri göz önüne alınarak dört ayrı kurul veya daire öngörülür, bu dairelerin tamamı genel kurulu oluşturur. Dairelerdeki üye sayısı her hal ve şarta diğer Yüksek Mahkemelerinkinden –(beş üye) fazla olmalıdır (yedi- dokuz üye gibi). Daireler konusuna göre açılacak davalara ilk derece mahkemesi olarak bakarlar. Genel kurul ise dairelerden verilen kararlara karşı yapılacak temyiz başvurusunu karara bağlar. Bu mahkeme yine Anayasa Mahkemesi adını taşır. Bu Mahkemenin meslek mensupları bu gün olduğu gibi seçilirler. Her halükarda böyle bir Anayasa Mahkemesinin yapacağı Anayasal yargılama da bu günkü Anayasa Mahkemesi yapısına göre yapılan yargılamadan daha sağlıklı olacaktır.

Yukarıda sözünü ettiğimiz birinci tür bir yargısal yapılanmaya gitmede tek engel aslında alışkanlıklarımızdan vazgeçmenin zorluğundan başka bir şey değildir. İnsanlar alışkanlıklarından zor vazgeçerler. Yargıtay, Danıştay, Sayıştay gibi İmparatorluk dönemimize ait kurumlardan bir çırpıda vazgeçmek garip görünebilir. Ancak, tarih aynı zamanda toplumların kendilerini yenilemelerinin de tarihidir. Tarihin muayyen bir döneminde siyasi, hukuki, toplumsal kurumlar ihtiyaçları gere-

ği gibi karşılamıyorsa o kurumlarda esaslı kurumsal değişikliklere ve yeniliklere gitmek olmazsa olmaz bir gereklilik olarak ortaya çıkarlar. İkinci tür bir Anayasa Mahkemesi yapılanmasına gitmek önceki kurumsal yapıdan vazgeçmeden pekâlâ gerçekleştirilebilir.

Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar anayasa değişikliklerinin iptali istemiyle açılan davalarda, -Anayasa, bu değişikliklere karşı açılan davaların ancak şekil yönünden inceleneceğini, şekil yönünden incelemenin de; teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikler görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığının denetimi ile sınırlı olduğunu belirttiği halde- esas yönünden yargılama yaparak yetki ve görev alanının sınırlarını aşmıştır. Bizim sözünü ettiğimiz yönde bir Yüksek Mahkeme veya Anayasa Mahkemesi yapılanmasına gidilse bile, yeni Mahkemenin Anayasada öngörülen bu sınırlara uygun davranacağının yine herhangi bir güvencesi bulunmamaktadır. Bu Yüksek Mahkeme de Anayasada öngörülen şekil bakımından denetimin sınırlarını aşarak pekâlâ anayasa değişikliklerini esas bakımından da yargısal denetime tabi tutabilir. İşte bu sebeple Mahkemenin yapılanmasından başka, yetki ve görev sınırının aşılması haline başka bir çözüm yolu bulunması gerekmektedir.

Sözünü ettiğimiz bu sorunun çözümü için şöyle bir hukuksal yol getirilebilir: Anayasada mevcut olan bu sınırlar korunmaya devam edilmekle beraber Mahkemenin anayasa değişikliğinin iptali istemiyle açılan davalarda verdiği iptal kararları referanduma götürülebilir. Mademki mahkemeler Türk Milleti Adına karar vermektedir, o halde en yüksek temyiz mercii halkın bizatihi kendisidir. Yargı sınırsız bir güce sahiptir. Özellikle Yüksek Yargı organları şimdiye kadar hiç de iyi sınav veremediler. Yasama, Yürütme Organlarının tasarrufları yargı tarafından denetlenirken, esas mahkemelerin verdiği kararlar da temyiz ve itiraz yollarının kullanılması suretiyle üst yargı mercileri tarafından denetlenirken Yüksek Mahkemelerin kararlarının denetim dışı kalması adaletin ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesi adına ciddi bir eksikliktir. Sınırsız bir yargı hiyerarşisi olması pek tabii ki mümkün değil. Ancak, Anayasa Mahkemesinin anayasa

değişikliklerinin iptali yolunda verdiği kararların referanduma sunulması, vazgeçmediği yetki tecavüzüne karşı bir önlem olarak kesinlikle düşünülmelidir.

Diğer bir tedbir de Osmanlı şer'iye mahkemelerindeki "şuhud'ul hal"[53] müessesesinin getirilmesi olabilir. Şuhud'ul hal olan kimseler aslında yargılama yetkisi olmayan kimselerdir. Bu kimseler yargılamanın nasıl olduğuna nezaret eder, kimi yargılama işlerinde de kadıya yardım ederlerdi. Halktan seçilecek, karara katılmayıp yargılamanın ne şekilde cereyan ettiğini takip edecek şuhud'ul hal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yargısal konuları tartışırken kendilerinin denetim altında olduğu algısının oluşmasına neden olabilir, böylece adalet ve hakkaniyete uygun kararlar verme konusunda dikkatli olma ihtiyacı hissedebilirler. Hatta şuhud'ul hal kararlara katılmamakla beraber pekâlâ oturumlardaki tartışmalara katılabilir, yapılan tartışmalara ilişkin raporlar hazırlayabilirler.

Bu gibi önlemler Anayasa Mahkemesinin görev alanının sınırlarını aşmasını büyük ölçüde engelleyecektir. Bu söylenilen önlemler yukarıda sözünü ettiğimiz yapısal yenilikler yapılmasa dahi uygulamaya sokulmalıdır. Türkiye'de Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarının denetimi içinde aslında bir denetim mekanizması bulunmalıdır. Şuhud'ul hal uygulaması Yargıtay, Danıştay ve alt derece mahkemeleri için de öngörülebilir. Çünkü bu Yüksek Mahkemeler de ülke halkının tamamını ilgilendiren büyük davalarda iyi sınav verememişlerdir. Denetimsiz güç sahibini çürütür ve firavunlaşma eğilimlerinin doğmasına yol açabilir. Yüksek Yargı Organlarının denetimden azade kalması ciddi bir hukuksal eksikliktir. Kurumsal yapımızı yeni-biçime (reform) tabi tutarken hep başka ülkelerdeki tecrübeleri örnek almamız gerekmiyor. Kendimiz de pekâlâ yeni modeller tasarlayabilir ve uygulayabiliriz. Medeniyet inşası başkalarını taklit etmekten değil, özgün değerleri bizzat kendimizin üretebilmesinden geçer.

[53] Şuhud'ul hal için Bknz. Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı Beta Yayınevi, İstanbul Sayfa 84

Ayrıca yukarıda sözünü ettiğimiz yapısal yenilikler yapılmasa bile siyasi parti kapatma davalarında da yargısal yetkinin doğru yolda kullanılmasını sağlamak için yöntem değişikliğine gitmekte yarar var. Bir siyasi parti Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan bir dava sonunda kapatılamamalıdır. Şimdiye kadar kapatılan siyasi partiler –her ne kadar o kapatma davalarını açan Cumhuriyet Başsavcıları birilerinin emir ve talimatları üzerine bu davaları açmış iseler de- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının iradesi ile yani bir kişinin iradesi ile kapatılmışlardır. Bu çok aşırı bir hukuksal güçtür ve bu güç şimdiye kadar genellikle kötüye kullanılmıştır. Bunun için iki tür hukuksal düzenleme yapmak gerekiyor. Birincisi kapatmaya neden olacak sebeplerin yeniden düzenlenmesidir. İkincisi ise bu davaların, açılmasının tek bir kişinin iradesine bırakılmamasıdır. Yani Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tek başına kapatma davası açamamalıdır. Bu nasıl olacak? Bir görüşe göre ki - şimdiye kadar siyasiler tarafından savunulmuştur- kapatma davası açılabilmesi için TBMM'nin kararının alınmasıdır. Bizce bu görüş pek işlevsel değildir. Zira böyle bir kararın siyasi endişe ve düşüncelerden bağımsız salt hukuksal gerekler gözetilerek anılan Organ tarafından alınması mümkün değildir. Siyasi partiler kendilerine yönelecek siyasal tepki ve siyasal desteğin azalması ihtimaline binaen siyaseten uyuşamadıkları partilerin kapatılması yönünde bile karar alamazlar. O halde böyle bir seçenek hiç de kullanışlı bir seçenek olmadığından ona göre bir çözüm tarzı geliştirmeye imkân yoktur.

Düşünülebilecek esaslı çözüm şöyle olabilir: bir siyasi parti kapatma davası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının daveti üzerine, onun başkanlığında, ülkenin bir kısım cumhuriyet başsavcılarının katılımıyla oluşacak geniş bir savcılar kurulunun alacağı olumlu yönde bir kararla olabilir. Bu savcılar kurulu oluşturulurken mesela birinci ve ikinci bölge cumhuriyet başsavcılarının bu kurula katılacakları yolunda bir belirleme yapılabilir. Ya da bu kurula ülkenin bütün cumhuriyet başsavcıları katılır. Bu kurulun oluşumu çalışma usulleri elbette ayrıntılı bir şekilde kanunla tespit edilecektir. Kurul, salt çoğunlukla veya Anayasada

öngörülecek nitelikli çoğunlukla kapatma davası açılmasına karar verebilir. Kapatma davası açılmasına ilişkin oylama gizli oylama şeklinde yapılır. Oylamadan dava açma yönünde karar çıkması halinde iddianamenin gönüllülerden oluşacak bir komisyon tarafından hazırlanması bu olmaz ise ad çekme suretiyle komisyonun oluşturulması gibi bir yola gidilebilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı her hal ve şartta dava açılması görüşünü benimsemiş olduğundan hiç gönüllü olmaması halinde ve az önce sözü edilen bir komisyon oluşturulamasa bile dava açılması yönünde karar verildikten sonra böyle bir davayı pekâlâ açabilir.

Böyle bir ön aşamanın varlığı, siyasi partiler açısından ciddi bir hukuksal güvence oluşturacaktır. Sistemin eleştirilebilir yanları olabilir ancak, tartışmasız bu yöntem, bu günkü kapatma davası açılmasına ilişkin yöntemden oldukça ileri bir hukuksal olgunluğu ifade etmektedir.

SON SÖZ

Daha önce söylemedik, ama şimdi söyleyelim, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esastan denetlemesi, TBMM kararlarını eylemli içtüzük değişikliği veya içtüzük tedvini sayarak yargısal denetime konu yapması ve akabinde iptal kararları vermesi ağır görevsizlik ve yetkisizlik hali nedeniyle yok hükmündedir. Bir hukuksal tasarrufun yok hükmünde olması demek; böyle bir hukuksal tasarruf hukuk âlemine hiç doğmamış anlamındadır. Aslında TBMM bu kararlar üzerine, bu kararlara siyasal gerilime neden olmamak üzere uygun davranılacağını, ancak bu kararların ağır görevsizlik hali nedeniyle yok hükmünde olduğunu, bu kararlar ile Yasama alanına çok ağır haksız saldırılarda bulunulduğunu ifade eden kanunlar çıkarabilirdi. Böyle yapmanın elbette icrai bir etki ve sonucu olmazdı ancak, TBMM bu şekilde davranarak, yetkisine sahip çıktığını, Mahkemenin üzerinde onu denetleyen başka bir yargısal mercin olmaması nedeniyle görevini kötüye kullandığını ve kararlarının bağlayıcılığına ilişkin Anayasa hükmünü istismar ettiğini ortaya koymuş olurdu.

Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma kararları da haksız olduğu ölçüde siyasal alana haksız müdahale niteliğinde yargısal tasarruflar olarak belirmiştir. Refah ve Fazilet Partilerinin kapatılmasına ilişkin kararlar yukarıda ortaya konulduğu üzere haksız kararlardır ve bu kararlar 28 Şubat Sürecinde darbe ittifakının içinde Anayasa Mahkemesinin de bulunduğunu göstermiştir. Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma kararları nedeniyle Türkiye'de siyasi partiler –CHP hariç- kurumsal ya-

pılarını kuvvetlendirememişlerdir. Siyasete yargısal müdahale ve siyasetin yargı eliyle düzenlenmesi, Türkiye aleyhine medeni dünya karşısında çirkin görüntüler oluşmasına neden olmuştur. Aslında siyasi parti kapatma davaları Mahkeme bakımından da sakil görüntüler oluşturmuştur. Çünkü adı geçen partilerin kapatılması 28 Şubat Sürecinde gerçekleştiğinden Mahkemenin Çevik Bir Cuntasının emir ve talimatları ile hareket ettiği izlenimi doğmuştur.[54]

Bireysel başvuru kurumunun getirilmesi, demokratik ve hukuksal standartların yükseltilmesi yolunda olumlu bir Anayasal değişiklik olduğu halde, Mahkeme, bu kurumu yapılan ilk başvurulardan birinde – tvvitter meselesi- tüketmiş, esas mahkemeleri istiskal, bu hukuksal kurumu da istismar etmiştir. Kastedilen karar aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik hakkına da En Yüksek Mahkemesi tarafından ağır bir tecavüzde bulunulması anlamına gelmektedir. Tvvitterda bir kadın vatandaşımız adına sahte hesap açılıp uygunsuz resimler yayımlanmasının benzeri bir durum Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeleri başına gelse, mesela onlar adına da böyle hesaplar açılsa bu hesaplarda bu saygın kişilerin süfli işler yaptıklarına dair bilgiler –ifade, resim vb.- olsa acaba tepkileri ne olurdu? Çok saygın ve muteber meslek sahipleri bu yüksek hâkimler bu durumu ifade hürriyetinin kullanılması olarak kabul ederler miydi?

Anayasa Mahkemesi hâkimleri hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerini; yargısal denetimin etkili olduğu bir devlet yapısında gerçekleşebilir olarak görüyorlar. Ancak, etkili bir yargısal denetim her zaman hukuk devleti veya hukukun üstünlüğünü kabul eden bir devlete delalet etmez, çoğu zaman böyle bir durum jüristokratik bir devlet yapısının varlığını gösterir. Türkiye özellikle Anayasa Yargısının ve Danıştay'ın verdiği görüntü itibariye demokratik bir hukuk devletinden ziyade jüristokratik bir devlettir.

[54] Sürecin Cuntaya dâhil Deniz Kuvvetleri Komutanı Güven Erkaya bir açıklamasında "bu defa da silahsız kuvvetler halletsin" demiştir. İşte Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı silahsız kuvvetlerin başat oyuncuları olarak süreçte rol almıştır.

Anayasa Mahkemesinin kurumsal yapısı ve yargılama usul ve esasları yargısal etkinliğin adalet ve hakkaniyete uygun şekilde yapılmasını kolaylaştırmak üzere mutlaka Anayasa değişiklikleri ile yeniden düzenlenmelidir. Ancak bu kastedilen düzenleme; ulaşılmak istenen amaca gerçekten ulaşmayı mümkün kılacak bir tedbir olarak değerlendirilemez. Çünkü etkinliği gerçekleştirecek ve kurumsal yapıyı kullanacak olan neticede yargılamanın insan unsurudur ve insan unsuru, zihniyet olarak o yapıyı etkin bir biçimde kullanacak bilgi ve ahlaki değerlere sahip olmaz ise kurumsal yapının tek başına değer üretmesi beklenemez.

Yargılamanın insan unsurunun ahlaki yapısını verili –değişmez- durum olarak kabul etmek gerekiyor, çünkü bu günden yarına insanların inanç, zihniyet, bakış açısı gibi sahip oldukları değerlerin değişmesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak, bilgi ve doğru düşünme yöntemleri; yargılamanın insan unsurunun toplumsallaşma, eğitim ve öğretim süreçlerinde kazanabileceği değerler cümlesindendir.

Hukukçuların; hukukun özellikle din, gelenek, görenek, felsefe, mantık, kelam gibi değer ve düşünce disiplinleri ile ilişkisini kuracak zihinsel donanıma sahip olması gerekir. Türkiye'nin hukuk adamlarının bu değer ve düşünce disiplinleri ile maalesef tanışıklığı ve ilişkisi ya hiç yok, ya da çok zayıftır. Doğru düşünme yöntemini bilmeden çalışan zihinsel bir yapının sağlıklı düşünce ve yargılar üretmesi kesinlikle mümkün değildir.

Hukuk toplumsal değerlerden beslenerek olgunlaşır ve zenginleşir. Toplumsal değerleri dışlayan bir hukuk düzeninin kamu vicdanında olumlu karşılık bulması beklenebilecek bir şey olarak düşünülemez. Hukukçular; hukukun işte bu değerlerle ve özellikle felsefe ve mantıkla ilişkisini kurmak suretiyle hukuksal düşünce ve yargılarını oluşturmalıdırlar. Hukuk kurallarını yorumlamak neredeyse pür-mantıksal bir zihinsel etkinliktir.

Arkasında felsefi bir kök veya birikim bulunmayan bir hukuk ruhsuz ceset, maddesiz suret gibidir. Bir hukuk felsefesi oluşturamamış hukuk düzeni gerçekten, kendisini besleyecek

hayat damarlarından mahrum demektir. Felsefe, kelam, mantık gibi doğru düşünmenin yöntemlerinden bihaber hukukçular, somut nesneleri kavramaktan soyut kavramları anlama aşamasına geçememiş çocukların zihin yapısına sahiptir.

Bu eserde üzerinde durulan kararların çoğunun İslamiyet'i hatırlatan olgu ve olaylarla doğrudan irtibatlı olduğu bilinen bir husustur. Türkiye'de belirli bir kesim dini içeriğe sahip her şeyden olağanüstü derecede nefret etmektedirler. Üzerinde durulan söz konusu bu kararlar, onları veren hâkimlerin yoğun nefret duygularının zihni melekelerini esir aldığı kişisel ve toplumsal çevrelerinin de bu nefret duygularını kuvvetlendirdiği etkiler altında verilmiştir.

İnsanların ruh dünyaları aklın ve duyguların etkisi altında varlıkbilimsel bir mevcudiyet kazanırlar. Duyguların aklın önüne geçmesi, sağlıklı düşünmeyi engeller. Ancak, şu var ki; bizler insan olarak duygularımızı kaybettiğimiz takdirde de, insani imkânlarımızın iki ana unsurundan birini kaybetmiş oluruz. Fiziksel varlığımızla yaşarken duygularımıza, zihinsel faaliyetlerimiz sırasında da aklımıza ihtiyacımız vardır. O halde yapmamız gereken akıl-duygu dengesini gerektiği gibi kurmak.

Dinsizlik tarihin hiçbir döneminde ve hiçbir toplumu saran genel bir cereyan olamamıştır. Toplumlar niteliği ne olursa olsun mutlaka şu veya bu dini benimseyerek ona inanmış, onun uğruna gerektiğinde savaşmışlardır. Tam burada yani "savaşmışlar" deyince dine alerjisi olanların; tarihteki savaşların vebalini dine yüklediklerini hatırlayalım. Ancak, bu kimseler bu düşüncelerinde kesinlikle yanılıyorlar. Onlar dine olan nefretlerindeki haklılıklarını bu iddialarıyla temellendirmeye çalışmakta iseler de bu konuda da korkunç bir yanılgı içindeler. Çünkü dinsiz olanlar, toplumun bütün manevi değerlerine düşman veya en azından ilgisiz oldukları gibi tarih bilimine karşı da son derece ilgisizlerdir, bu sebeple tarih adına bildikleri zandan başka bir değere sahip değildir. Bizde tarihçilerin genellikle milliyetçi, dindar, muhafazakâr olması boşuna değil, İslam toplumlarında marksist ve ateist tarihçiye neredeyse hiç rastlanmaz.

Din kaynaklı savaşların çoğu, toplumların yeni bir din seçmeleri karşısında, geleneksel dinin taraftarlarının varlıkbilimsel bir kaygı ile yeni dini ve ona inananları; meşru kabul edilmesi mümkün olmayan yöntemlerle sindirmeye çalışmalarından kaynaklanmıştır. Dine karşı düşmanlık derecesinde olumsuz bir bakış açısına sahip olanlar, dinle barışmayı beceremiyorlarsa bile içinde yaşadıkları toplumla barışmayı deneseler herhalde bu hem kendileri için hem de içinde yaşadıkları toplumları için iyi olacaktır. Toplumsal barış farklı zihniyet yapılarına sahip kesimlerin birbirlerine anlayışlı olmaları, birbirleriyle konuşmayı bilmeleriyle mümkündür. Günümüzün medeni ve kültürel şartları bunu başarabilmeyi kolaylaştıran bir nitelik ve içeriğe sahip, bu sebeple geçmiş kuşaklardan daha elverişli imkânlara sahip olduğumuz rahatlıkla söylenebilir.

Toplumsal çatışma sebeplerinin çatışmaları alevlendirerek toplumsal dokuyu tahrip etmemesi için her kesim birbirini anlamaya çalışmalıdır. Bunu başarabilmek için ilgili herkes kendiseme (empati) yaparak işe başlayabilir. Toplumsal yaşam bunu zaten zorunlu kılıyor.