

ANAYASA MAHKEMELERİ (YA DA YARGISININ) MEŞRUIYETİ

Prof. Dr. İl Han ÖZAY*

“Mahkeme”nin kuruluşunun 30 uncu yıldönümünde “Anayasa Yargısı”nın “meşru”luğunu tartışmak ve kanıtlamaya çalışmak belki bir paradoks olacaktır. Ama unutulmamalıdır ki “eğer İtalyada bir gün birisi bir darbe girişiminde bulunmayı deneyecek olsa, bunun karşısında direnebilecek otoriteye sahip tek kuruluş, yeterli siyasal güçleri de arkasına almak koşuluyla Anayasa Mahkemesidir” diyebilmek için 1946 Kurucu Meclisinde aynı kurum hakkında Francesco Saverio NITTI'nin “bu müstehcen bir şeydir” demesinin üzerinden de tam yirmi yıl geçmesi gerekmişti. (1) Gerçi o ülkede artık Anayasa Yargısının işlev ve anlamı tartışılmasa da, geçmişte aşağı yukarı her devir ve diyarda olduğu gibi Mahkemeye hep politik bir bakış açısı ile yaklaşılmış ve bütün değerlendirmeler bu ölçüte göre yapılmıştır. İtalyada “siyasal adalef”in Yargı mı, yoksa Yasama ve Yürütme aracılığıyla mı gerçekleşeceği tartışıldığında, Kurucu Meclis, Mahkemenin siyasal bir rolü olacağını biliyordu. Bu yüzden de, Mahkemenin, daha sonraki yıllarda Yasama ve Hükümet ile zaman zaman çelişki içine düşebileceği de önceden belliydi. (2) Nitekim, zamanın Amendola ve Einaudi gibi ünlü Liberalleri sadece “siyasal, yani parlömanter sistemin geleneksel

(*) İ.Ü Hukuk Fakültesi İdare Hukuku öğretim üyesi.

- (1) **Özay t! Han**, “Yargının Sorunlarına Yaklaşımında bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle, İtalyan Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Mahkemesinin 27 nci Kuruluş Yıldönümü, Ankara 1989 ve orada anılan yazarlar.
- (2) İtalyada Cumhuriyet döneminin en önemli politik sorunlarının hemen hemen tümü Anayasa Mahkemesinin şu veya bu yönde kararlarına konu olmuştur. Bunlar arasında, boşanma, Vatikan ile Laterano Paktları, basının finansmanı, kamu görevlilerinin maaşları, radyo-televizyon, Devlet sırrı, kürtaj, grev, emekli maaşları ve referandum sadece akla hemen gelenleridir.

Organları içinde” kalmayacak, yasama mekanizmalarının “dışında” ve “oyunun kurallarına uyulmasını sağlayıp bir güvence oluşturacak yeni araç ve yöntemler bulma zorunluluğuna işaret etmekteydiler. (3) Buna karşılık, İtalyan Komünist ve Sosyalist Partileri, bu yeni kuruluşa kesinlikle karşı çıkmaktaydılar. Mahkemeyi bir “garabet” olarak nitelleyen Togliatti, böyle bir kuruluş için asıl nedenin “ülkenin siyasal, ekonomik ve sosyal yapısını kökünden yenileştirmek isteyen emekçi sınıfların doğrudan ve özgür bir ifadesi”ni yansıtabilecek olası bir çoğunluktan korkuda aranması gerektiğini düşünüyordu. Togliatti, Mahkemenin kuruluşu ile “ünlü yurttaşların tüm Meclisler ve Parlamento ile demokratik sistemin üzerine çıkararak ve yerleşerek, onun yargıçları olacakları”nı söylüyor ve soruyordu: “Bunlar da kim oluyor? Eğer onları ulus seçmiyorsa güçlerini nereden alıyorlar ?” (4)

Ne garip tecellidir ki, İtalyada 18 Nisan 1948 seçimlerinde Hristiyan Demokratlar çoğunluğu kazanarak iktidar oldular. Olunca da, Faşizm döneminin otoriter Devlete özgü güçlü Hükümet, polis ve yargı organına ilişkin yasal düzenlemelerini korumanın daha yararlı olabileceğini düşündüler. Mahkemenin anayasada yer alan bazı ilkelere bağdaşmadığı için bu yasaları iptal etmesi riskini neden göze aldılar ki ? (5)

Anayasa Mahkemelerini, İtalya ve ondan da fazla (Batı) Almanya, Devletin diğer organlarını yönlendirmekten çok “siyasal yaşamın baş hakemi” niteliğiyle değerlendirmek daha doğrudur. (6) öte yandan, aslında, Mahkeme ve Parlamento masanın aynı tarafında ve

(3) Amerika Birleşik Devletlerinde de, “Yüksek Mahkemeye, anayasal sorunları salt hukuk kuralları ile çözümlen bir yargı organı gibi değil de. Başkan ve Kongre ile birlikte yönetim erkini paylaşan siyasal bir kuruluş gibi bakmanın, bu Kurumun incelenmesi ve anlaşılmasında çok daha kolaylaştırıcı bir yöntem” olacağı görüşü ileri sürülmüştür. (Carr, R.K., The Supreme Court and the Judicial Review, N.Y. 1942, p. xl).

(4) Rodota’ e., La Corte Costituzionale, Editori Riuniti, 1986, pp. 9-14.

(5) Aynı yerde, s. 18-19. Aynı dönemde. Sol partilerin ise Anayasanın tüm ilkeleri ile yaşama geçirilmesi yönünde yoğun bir çaba içinde oldukları görülmektedir. Giderek, kanun lan onların “doğal yargıTmn incelemesinin bir “Anayasa Mahkemesi hakkı” olarak tanımlandığı bile görülmüştür. Nitekim 1953 te yürürlüğe konulan “dalavera yasa” olarak nitelenen bir seçim kanunu oyların % 50 sini alan partilerin Parlamentoda % 63 ile temsilini öngörünce Mahkemenin gereği ayan beyan ortaya çıkmış ve feryatlar ayyuka yükselmişse de kuruluş ancak 1956 da tamamlanabilecek yılın ilkbaharında işlemeye başlayabilecekti.

(6) Loewenstein K, Political Power and the Govermental Process, Chicago 1962, p. 257.

yanyana yer almaktadırlar, (7) Uygunluk denetiminin “sadece hukuksal değil, fakat İtalyadaki gibi özellikle bir çok maddesi gerçek norm olmayıp ileriye yönelik siyasal direktif niteliğindeki bir Anayasa sözkonusu olduğundan aynı zamanda politik bir içerik kazanması” kaçınılmazdır (8). Mahkemenin bir çok kararının siyasal tercihlerin ürünü olması da doğaldır, zira bunlar düzenin başındaki ilkelerin tammıma ilişkin olmakla kendiliklerinden politiktirler. (9) Bu nedenle de, “Mahkeme Anayasanın bekçisi olarak her zaman vardır ve geleneksel anayasal güçlerin dışında ve üstünde, Cumhurbaşkanının yanında, fakat ondan daha fazla siyasal kirlenmeden arındırılmış bir halde ideal bir kaide üzerine konulmuştur. Cumhurbaşkanına bırakılmış olan siyasal eşgüdüm yanında salt hukuksal bir eşgüdüm fonksiyonuna ilişkin yetkileri nedeniyle de tarafsızlığı vurgulanmış olmaktadır.” (10)

Anayasal yargının Devlet organları arasında “en az tehlikeli” olduğunun düşünüldüğü (11) Amerika Birleşik Devletlerinde, çoğu kez Yüksek Mahkemenin işlev ve birçok kararma bakılarak bir “Yargıçlar Hükümeti”nden de sözedilmiştir ve edilmektedir. Nevarki 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararından esinlenerek belli bir dönemde Yüksek Mahkemenin siyasal bir güç olarak kendini kabul ettirdiği ileri sürülmüşse de bu gerçek değildir, (12) Birleşik Devletlerde 1930 lara gelinceye kadar Yüksek Mahkemenin siyasal yaşam ve yasama etkinliklerini büyük Ölçüde etkilediğinde kuşku bulunmasa bile, bu daha sonraları, özellikle federal yasalar üzerinde gittikçe zayıflayan bir denetim olmuş ve ulusal istencin doğrudan temsilcisi olan Kongre ve Başkanın iradesi karşısında gerileyen bir niteliğe bürünmüştür. (13)

Bütün bu örnek ve değerlendirmelerin ışığı altında, İtalyada, “sistemin esas unsuru” olarak nitelenen Mahkemenin içtihadı bir tarafa

(7) E.I. A.L., *Intervento*, in *Rassegna Parlamentare*, 1969, p. 191.

(8) Calamandrei cit Occhicupo N., *La Corte costituzionale come giudice di “opportunit” delle leggi*, in *Giurisp rudenza Costituzionale*, 1977, p. 1727.

(9) Branca’dan naklen Massera, A. *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1972, 2, p. 875.

(10) Azzariti, G., *Discorso*, in *Giurrisprudenza Costituzionale*, 1959, p. 955.

(11) Bickel’den aktaran Tunaya T.Z. ve “(n) itekim bir Anayasa Mahkemesinin devrim yaptığı görülmemiştir ama böyle bir mahkemenin bulunmadığı çalkantılı bir ortamda bir askeri darbeye gidildiği izlenmiştir.” diye ekleyerek *Turkiyede 27 Mayıs buna örnek olarak gösterilmektedir.* (Ünsal A. *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara 1980, s. 327).

(12) Tunaya T.Z., *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1980, s. 480.

(13) Biscaretti Di Ruffia P., *Diritto Costituzionale*, Jovene-Napoli, 1986, pp. 631-632.

birakılırsa, “anayasal düzenin bütünüyle bilinmesi ve kavranmasının mümkün olamayacağı” düşünülmektedir. (14) Aynı şekilde, ülkemizde de “... Mahkeme(nin) Türk Anayasa sistemi içinde artık kesin yerini (aldığı) (yalnız hukuk düzeni içinde değil, aynı zamanda siyasal hayat içinde de bir kilit noktasında bulun(duğu)” (15) söylenebilir. Hal böyle olmakla beraber bu yine de, Anayasa Mahkemesi ya da yargısının “meşru”luğunu tartışmasız kanıtlamaya yeterli sayılamaz.

Anayasa Mahkemesi ya da yargısının “meşru” bir denetim sayılıp sayılmayacağı konu ve sorunu demokratik düzen kavramı ile doğrudan ilgilidir. Böyle bir konunun fazla tartışılmadığı İtalyada bile, başlangıçta Anayasa Mahkemesi demokratik-temsili parlamenter sistem veya düzen içinde acaba rahatsız edici bir unsur mudur sorusu ortaya atılmıştır. (16) Bu sorunun cevabı ise, Anayasa yargısının demokratik-parlamenter çerçeve içinde onunla kesin biçimde çelişen bir durum olmadığı Kurucu Meclisteki Anayasa Koyucunun bilerek ve isteyerek, belli bir siyasal modelin fonksiyonu icabı, kabul edilen demokratik rejimin güvenceli niteliğinin ifadesi diye düşünülmesi gereken bir “alterasyon”dan başka birşey olmadığıdır. Anayasa yargısı veya başka düzenlerde onunla eşkonumdaki diğer organların yapı olarak “demokratik meşruluk”tan yoksun olması kaçınılmaz bir sonuç hatta bir ölçüde gerekli bir düzenlemedir. **Zira, “denetleyen”in “denetlenen”in gerçek anlamda dışında kalmasını sağlamak zorunludur.** Eğer Yasama meclisleri de Anayasa Mahkemesi de yetkilerini aynı yöntemle, yani ulusal seçim yoluyla elde etmiş bulunsalar her iki güç arasında siyasal bakımdan **yüksek bir oranda “türdeşlik”**, bir diğer deyişle “continuum / **biri diğerinin devamı” olma durumu** ortaya çıkar ki, bunun maliyeti de denetimin zayıflaması, sonuçta bir **“kendi kendini denetim” mekanizmasının** belirmesidir. “Denetim” ile “kendi kendini denetim” kavramları arasındaki tek ortak nokta ise adlarının sadece bir kısmının aynı sözcükten oluşmasıdır. (17)

Anayasanın katılığı, yasal düzenlemelerin uygulanmasının yargı denetimi altında olması bütün bunlar “negatif” de olsa, siyasal gü-

(14) Başkan Ambrosini’nin 22.01.1963 tarihinde göreve başlama töreninde yaptığı konuşmadan aktaran Sandulli A.M., II prirao dodicennio del la Corte costituzionale, in Giurisprudenza Costituzionale, 1968- 1.

(15) Tunaya, T.Z., Siyasal Kurumlar cit., s. 148.

(16) Crisafulli, V., La Corte Costituzionale Ha Vent’anni, In Giurisprudenza Costituzionale, 1976, 10, p. 1697.

(17) Aynı yerde, p. 1698.

cün Yasama yetkisini sınırlayan etkenlerdir. Öte yandan Yasamanın egemenliğinin tartışmasız kabulü artık 19 uncu yüzyıldaki anlam ve kapsamını çoktan yitirmiş bulunmaktadır. (18) Nitekim egemenliğin sahibi ve kullanıcısı ulustur. Dolayısıyla, hiçbir organ, bu arada Parlamento'da, "egemen" değildir. Kurum, kuruluş ve organlar, her gücün tek ve değişmez kaynağı olan ulusun, çıkar, yarar, gereksinim ve isteği doğrultusunda, onun verdiği yetki ile görevli olmaktadır.(19) O halde, böyle bir düzen içinde, Yasama meclisi oluşumu bakımından ve zaman zaman yenilenmekle demokratik meşruluğun doğrudan ve ona en yakın organı konumunda bulunsa bile, Anayasanın öngördüğü tüm diğer kurumlar da sözkonusu "meşruiyet"ten, kendi görev ve yetki alanları içinde pay almaktadırlar. Kısaca, bu düzende "demokratik meşruiyet"! bulunmayan hiçbir anayasal organ yoktur. (20)

Eğer, bütün karşı görüş Anayasa Mahkemesinin temsilî bir organ olmaması noktasında toplanıyorsa, tüm yargı sisteminin bu niteliği nedeniyle demokratik düzene aykırı olduğu söylenebilir mi? (21) Söylenebilirse Adli ve İdarî yargılar da demokratik düzen içinde hiçbir meşruiyeti ve sorumluluğu olmayan kurumlardır (22) demek istenir ki böyle bir görüş de olsa olsa "egzantrik" diye nitelenmek gerekir.

Birçok yerde ve doğru olarak Anayasa Mahkemesi içinde siyasal yaşamda rol almış üyeler de bulunabilir. (23) Ancak, Anayasa Mahkemesi bir yargı organıdır ve politik niteliği yoktur. Siyasetle uğraşmış kişilerin orada bulunması da bu nitelikte hiçbir değişiklik yaratmaz.

(18) Siyasal düzen Yasama meclislerinin değil ulusun egemenliğine dayalıdır. Bu nedenle, genel düzenleme yapma yetkisi tekeli Parlamentoda olmadığı gibi, kanunla herşeyin yapılabilmesi de sözkonusu değildir. Böyle bir düzende Parlatentonun siyasal gücü de bir seri sınırlar ve karşı dengelerin etkisi altındadır, (aynı yerde.)

(19) Anayasamız da gerek BAŞLANGIÇ kısmının beş ve altına paragrafında gerekse "Egemenlik" kenarbaştığını taşıyan 6 ncı maddesinde bunu açık seçik vurgulamaktadır.

(20) Ocçbİocup, cit., p. 1729-

(21) Yargıda görevli bazı kimselerin seçimle işbaşına geldiği Amerika Birleşik Devletlerinde bile ne Federal yargıçlar ne de Yüksek Mahkemelerin üyeleri Yasama organı gibi doğrudan seçim sonucu belirlenmemektedir. Kaldı ki, Avrupa ülkelerindekinin aksine, bizde. Yargı yerleri "Kanun Namına" değil, kararlarını "Türk Milleti Adına" verirler. Yani Yargı da Yasama gibi (ve en az onun kadar) "Millî trade"nin bir ifadesidir.

(22) Crisafulli, cit. p. 1697.

(23) Ambrosint, İtalyan Kurucu Meclisinde yaptığı konuşmadan aktaran Msssera, cit. p. 841.

Çünkü, işlevi gereği, Mahkeme, yasaların Anayasaya uygunluğunu olağan yorum ölçüleri uyarınca ve yargısal açıdan inceler. (24)

Öte yandan, doğal olarak Mahkeme kanun koyucuya ne belli bir direktifi empoze edebilir ne de bunu yapmaya tevessül etmiştir. O sadece yapılabilecek olanla yapılamıyacağı göstermekle yetinir. Bazen de Anayasaya aykırı düşmemek için yapılması gerekeni önerebilir. Dolayısıyla onun kararları “görüş” ile “uyan” arasında, fakat ne olursa olsun Yasama ile bir tür işbirliğinin ürünü ve aracıdır. (25)

“Democracy Is the politics of equality
Without democracy rights are empty words
Demokrasi eşitlik siyasetidir
Demokrasiz haklar boş sözlerden başka birşey değildir.”
(BARBER B.R., Rights and Democracy in DIALOGUE, 1, 1992, p. 4)

Ünlü siyaset bilimci, Sartori'nin, çok partili düzenlerde azınlıkta kalanların haklarına saygı gösterilen bir rejim olarak tanımladığı demokraside bunun gerçekleşmesi ve bir hukuksal koruma altına alınmasının en etkin yolu da kuşkusuz Anayasa yargısıdır. (26) Bu bir yana, düzenin “demokratik” olması çoğunluğun istediği karan alabileceği anlamına gelmez. Dolayısıyla, çok yaygın biçimde inanılan, demokratik düzenlerde çoğunluğun herşeye kadir olduğu düşüncesinden de daha yanlış birşey yoktur. Demokratik düzende gücün sınırları diğer tüm Hükümet şekillerinden hem daha geniş hem de daha aşılmazdır. (27)

Çağdaş demokrasi aynı zamanda ve mutlaka “çoğulcu” da olmak zorunluluğunda ise de, bu nitelik sayısal olarak anlatılabilecek bir duruma ilişkin bir görüntü değil, **bir “aniayışın”ın düzene yansımalarıdır**. Nitekim, sayısal olarak “çoğunluk” ilkesi, tek başına toplumdaki egemen güç ve etkinlikleri ne yansıtılabilmekte, ne de farklı ve birbiri ile değişik biçimlerde eşgüdüm içinde olması gereken yararların düzenli şekilde uyumunu sağlamaya yeterli olabilmektedir. Giderek, **çoğulcu**

(24) Aym yerde.

(25) Crisafulli, cit., p. 1703.

(26) Turhan, M., Anayasamız ve "Demokratik Toplum Düzeninin Gerçekleri" in BÜLTEN (Türk Demokrasi Vakfı Yayın Organı), sayı 10, Aralık 1991, s. 21 ve 24-

(27) Esposito, C., Commento all'art 1 della Costituzione, in La Costituzione Italiana (Saggi) Padova 1954, p. 9.

bir toplumda sadece sayısal olarak düşünölebilecek bîr çoğunluk ilkesi demokratik düzenlerin kabul edemeyeceğj bir uygulamayı beraberinde

getirebilmektedir. Zaten, işte sırf bu nedenlerdir ki, çoğunluk sistemi “nisbî temsil” ile düzeltilmiş bir halde uygulanmaktadır. (28) Bütün bu gerekçelerden çıkarılabilecek ilk ve öğretide en Önde gelen bilim adamlarının paylaştığı ortak sonuç ve kanı **egemenliğin sadece ulusta olduğu ve onun tarafından kullanılacağı ve gücünü, Anayasa uyarınca ulus ve toplumdan alan Mahkemenin de yetkisinin gerçek bir demokra-
tik güç kaynağına dayandığı (29), bir diğer deyişle Anayasa Yargısının “demokratik düzenin meşru ve doğal bir kurumu” olduğudur.**

Düzen, çoğunluğa dayansa ve Yasamanın oluşumu “nisbî temsil” usulüne göre belirlerse de çağımızda bu kadarı gerçek demokrasi için yeterli sayılmamaktadır. Zira demokratik düzenin artık olmazsa olmaz unsurlarından biri de “katılımcı”lıktır. Dolayısıyla, toplumda yaşayanların gerek Yasama gerekse “İdare” de karar alma sürecinin her aşamasına katılması artık bir hak olarak kabul edilmektedir.

Bireyler, genelde bu haklarını örgütlü bir biçimde katılım yoluyla, kullanmakta ve siyasal partilerden demeklere, vakıflardan “lobby”ler ve olguda görölen “hukuksal varlıklar”a kadar her isim ve şekil altında kamusal yaşamda kendilerini temsil ettirebilmektedirler. Ancak tüm bu sayılan örgüt ve gruplaşmaların siyasal ağırlığı da kuşkusuz sayısal güçleri ile doğrudan orantılı olmaktadır. Bu nedenle de, Yasama, nisbî temsil de olsa yine seçmenlerin oy sayısının doğrudan oranısını yansıtabilir. Ülkü ve ilkeleri kuramsal açıdan ne kadar yüce olursa olsun, tek başına bir “birey” her zaman toplumda da, Yasama da da ya hiç temsil edilmez ya da her zaman “marjinal” kalır. Halbuki çağdaş anlayışta “katılımcılık” ve “sivil toplum” gerçek demokrasinin temel unsurları olarak kabul edilmektedir. Katılımcılık, hiçbir şekilde örgütlenmemiş “birey”in bile sesini duyurabilmesi olanağı da içermelidir. Çünkü kanımca “sivil toplum” **“kurumlaşmanın en alt düzeyde inmiş olduğu... (ve) (h)er alanda tüm önceliklerin bireye veril(diği)... kendisiyle ilgili kararları kendisi alan ve hiçbir dış müdahaleye tabi olmayan insan topluluğu”**dur. (30) Böyle bir toplumda da “marjinal” bireyin kendisini başta Anayasa Mahkemesi gelmek üzere, belli “kurum”lar aracılığıyla dışa vurması sözkonusudur. Şu halde Anayasa

(28) Lavagna, C., Il sistema elettorale nella Costituzione italiana, in Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1952. p. 849-

(29) Occhiocupo., cit., p. 1730 ve orada anılan yazarlardan Cr isafa İli, Tosato, Bartholini.

(30) Ateş, T., HAK-tŞ (Dergisi), 1991, sayı 16 da yayınlanan ankete verdiği cevaptan.

Yargısı meşruiyetini doğrudan doğruya çağdaş özgürlükçü demokrasi-
sinin merkezi olan “birey”i temsil etme, onun sesi olma işlev ve konu-
mundan almaktadır. İşte böylece gerçek, çağdaş, çoğulcu ve katılımcı
demokrasi ülkü ve ilkelerine inanmış bir Anayasa Yargısı tek başına
bir “birey”i, yani “marjinal”! tüm toplumsal ve kamusal yaşamın
“mer-
kez”! haline dönüştürebilir.

SONUÇ OLARAK:

Anayasa Yargısı (ve Mahkemeleri) çağdaş marjinalin merkezleş-
bilmesinin (the centralization of the marginal)* olası, tek ve vazgeçil-
mez aracı ile yöntemidir.

Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısı) geçmişini değerlendirme ve
düzeltmeyle düzenin geleceğini doğru zemine oturtmanın ideal “para-
metre” si veya belli bir anlamı olan boyutudur. (31)

(*) Bu terimi başka bir yerden aldığım için değil, eğer yabancı bir dile çevrilecekse görev*
İllere yardımcı olsun diye bu şekilde ifade ettim.

(31) Bognetti, G., Verso Una Nuova Costituzione, Milano-Giuffrè, 1983, Torna Seconda,
p. 544.