

## TEMEL HAK TEMİNİ İLE POLİTİKA ARASINDAKİ GERİLİMLİ ALANDA ANAYASA YARGISI

**Dr. Rudolf MACHACEK\***

Sayın Oturum Başkanı,

Sayın Başkanlar.

Sayın Bayan ve Bay Meslektaşlarım.

5 yıl önce Türk Anayasa Mahkemesi'nin 25. yıldönümü nedeniyle konuşma yapma şerefine nail olmuş ve Avusturya'daki Anayasa Yargısı hakkında görüş bildirmiştım. Bu konuşmamın sonuç bölümünde şunları söylemişim:

“Tespit edebildiğim kadarıyla anayasa yargısı bütün karşılaştırılabilir kuramlarda benzer gelişmelere sahne olmaktadır. Avrupa Anayasa Mahkemelerinin deneyimlerinde görülebilir temel öğeler, anayasal bilgilerin esası olarak bir Avrupa Anayasası kavramına doğru ilerleme sözkonusu olduğunu ortaya koymaktadır. Bütün anayasa hakimlerinin aynı sorunlarla uğraştığına ve aynı tarzda yeni izlenimleri için mücadele verdiklerine şüphe olmadığı görüşündeyim, işte bu nedenle bu en yüksek mahkemelerin karşılıklı olarak hukuk durumlarını açıklamaları ve oluşturmaları son derece büyük bir Önem taşımaktadır. Bununla anayasa yargısı enstrümanının anayasa kültürü ile bağdaştığı ve bütün hukuk devletlerinin birlikte yaşamasının esasını teşkil ettiğini vurgulamak istedim.

Son beş yılda o gün yapmış olduğum konuşmanın içeriğinden uzaklaşmaya hiç bir gereklilik hissetmedim. Tam aksine:

Bu arada Avrupa çapında gelişmiş olayları incelediğimde, 5 yıl önce varmış olduğum görüşüm daha da güçlenmektedir. Hem Polon-

---

(\*) Avusturya Anayasa Mahkemesi Üyesi.

ya hem de Macaristan'da yeni Anayasa Mahkemelerinin oluşturulması dönüşümün başlangıcı olduğunu ve bu durumun hiç de önemsiz olmadığı düşünüyorum. Bu dönüşüm istisnasız olarak bütün Orta ve Doğu Avrupa Halk Demokrasilerini İçine almıştır. Bugün bütün bu devletlerde hür demokrasiler vardır, ortak görüş birliği bulunmuştur ve müşterek bir Avrupa hukuk kültürü oluşturma yolu tutulmuştur. Demir Perde ile Berlin Duvau 2 yıl gibi bir sürede ortadan adeta süpürülmüştür ve artık Doğu ile Batı arasında bir ihtilaf tehlikesi sözkonusu olmaktan çıkmıştır. Bu yılın başlangıcından itibaren Çekoslovakya ve Rusya'daki Anayasa Mahkemeleri de faaliyetlerine başlamışlardır. Bu devletlerde olumlu gelişmelerin yanısıra ağır-ekonomik sorunların da varolduğu gözardı edilmemelidir. Gelişen büyük olaylar sonucunda zengin Batı Avrupall ülkeleri yeni Doğu Avrupa ülkelerine yardım etmek zorunda kalmış ve böylece yeni bir dayanışma düşüncesi ortaya çıkmıştır.

Ancak yeni demokratik gelişmeler, ekonomik ve ekolojik sorunlar dışında yeni siyasi ve hukuk devleti sorunlarını da beraberinde getirmiştir. Burada kastettiğim sorunlar şunlardır:

- Geçmiş aşma ve ulus sorunları
- Azınlıkların hür bir toplumda kendileri hakkında karar verme hakkı
- Yeni azınlıkların korunması

Halklara getirilen hürriyet, sönmüş olduğu zannedilen ulusal sorun ve talepleri yeniden gündeme getirmiş ve korkutucu boyutlarda ihtilafları ortaya çıkarmışta. Aylardan beri Avrupa'nın birçok devletinde olumlu ve olumsuzluklar gelişmelere hiç kimsenin önceden tahmin etmediği boyutlarda siyasi ve hukuki bir dinamizm ile hakim olmaktadır. İlgili ülkelerdeki mevcut anayasa mahkemelerinin bu tür sorunların çıkmasını önlemiş veya azaltılmış olamamaları pek şaşırtıcı olmamakla beraber, oralarda mevcut koşullar altında anayasa yargısına çizilen sınırlar ortaya çıkmaktadır. Burada özellikle Yugoslavya ve eski kısmi devletlerindeki anayasa yargısını kastediyorum. Avusturya Anayasa Mahkemesinin 1934'deki davranışlarıyla ülkemde siyasi gelişmeler engellenmiş ve demokratik yerine otoriter bir devlet biçimi ortaya çıkmıştı. ABD'nin Anayasa Mahkemesi de ("Supreme Court") "Ayrım Savaşım" Önleyememiştir. Her iki örnekte de en üst mahkemelere suça iştirak eleştirisi yapılmaktadır. Avusturya'da 1933 yılında

birkaç anayasa hakimi anayasa mahkemesindeki görevlerinden koparak siyasete atılmış ve böylece mahkemeyi felce uğratmışlardı. ABD’de patlamayı 1857 yılında verilen Dred scott ile Stanford arasındaki davanın karan başlatmıştır. ABD Anayasa Mahkemesi bu kararının hukuki gerekçesinde köleliğe mülkiyet hakkına dayanarak hak vermiş ve anayasa uygun görmüştür. Bu gerekçe halen temel hakkın korunması ile politika arasındaki gergin alanda Anayasa Mahkemesi’ne karşı kullanılmaktadır.

Politika ile Anayasa Mahkemeleri arasındaki sorunlarda anayasa mahkemesi hakimi şahsiyetinin de dikkate alınmaması gelenek haline gelmiştir. Avusturya Anayasa Mahkemesinin 1929 yılında evli tarafların boşanması ile ilgili olarak verdiği bir karar sonucunda gelişen olaylar nedeniyle görevli bütün anayasa hakimleri istifa etmiş ve yerlerine yemleri atanmıştır. O zamanki tespitlerin sahibi Kelsen idi.

Kelsen’in kurucusu olduğu Avusturya Anayasa Yargısı modeline dayanılarak 2. Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa ülkelerinin hemen hepsinde anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Anayasa Mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara hücum edildiğinin yeni bir şey olmadığını görüyoruz. Ancak demokrasiye yeni kavuşan ülkelerde de parlamento ile anayasa mahkemeleri arasında gerginliğin varolması biraz şaşırtıcıdır.

Polonya Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında yapılan Emeklilik Kanunu değişikliği ve buna bağlı olarak emeklilik maaşlarının önemli ölçülerde azaltılması konusunda bir karar vermiştir. Emeklilik maaşlarının düşürülmesi, önemli hukuki temel öğelerin zedelenmesi ve vatandaşın devlete olan güveni sarsılacağı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulunmuştur. Avusturya gazeteleri “Polonya için Hukuk Devleti pahalıya mal oluyor” başlıklı yazılar ile, Polonya yetkililerin çetin cevaz ile karşı karşıya kaldıktan yorumunu getiriyordu. Yarım yıllık bir süre içerisinde Anayasa Mahkemesinin almış olduğu kararlar üçte/ikilik çoğunlukla iptal etme hakkına sahip parlamentonun bu karar reddedebileceği düşünülmüştü.

Macaristan parlamentosu Kasım 1991’de oy çoğunluğu ile cezalarla ilgili bir zamaşımı kanununu kaldırmıştır. Bu kanuna göre komünizmin başa geçtiği zamandan sonra suç işleyip de siyasi nedenlerle takibe alınmayanlar için geçerli olağan 15 yıllık zamaşımı süresi iptal edilmiştir, Macaristan Anayasa Mahkemesi, genelde geçerli zamaşımının kaldırılması veya kesintiye tabi tutulmasını içeren bir

önlem kanununun anayasa ile uyum içerisinde olmadığı gerekçesiyle bu kanunu iptal etmiştir. Açıklamada suçluları takiple görevli devlet gücünün konuda ilgisiz kalması sonradan suçlulara yüklenemeyeceği ve hukuk devleti temellerini iptal etmek için siyasi dönüşüm döneminin gerekçe olamayacağı vurgulanmıştır. Bu kararla ilgili siyasi tartışmalarda politikacılar ağır suçlamalarda bulunmuş ve neredeyse anayasa yargısında değişiklik talepleri ortaya atılmıştır.

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin anılan kanunu istisna kanunu olarak da iptal etmesi, tarihi iyi bilen anayasa uzmanları için yeni bir şey değildir. Temel hak demokrasisinin oluşum tarihi, 1786 yılında dahi North Carolina'da bir mahkemenin Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin en yeni kararına benzer paralellikler içeren bir dava ile uğraşmak durumunda kaldığını göstermektedir. Bayard'e karşı Singleton arasındaki bu davada, North Carolina Eyaletinin bir kanuna göre Bağımsızlık Savaşı sırasında mallarına el koyulan ve hükümet komiserliğince satışı yapılan şahısların dava / şikayetlerini kabul etmesi mümkün olmaması konusu ele alınmaktaydı. Yani başka bir deyişle istisnai kanun, Bağımsızlık Beyannamesi'ne karşı olanları hedeflemektedir. Davacıyı vekil olarak temsil eden ve sonraları Anayasa Mahkemesi'ne hakim olarak atanan James Iredall, anayasanın nam ve siyasi görüşlerinin hoş karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın her bireyin başvurabileceği bir doküman olduğu ve bu olgunun hakimlerin isteklerine göre görmemezlikten gelinemeyeceğini ortaya koyarak kanunun anayasa aykırılığını kabul ettirmiştir. Mahkeme, bir hakiminin bir sefer anayasaya aykırı olarak hareket etmesinin diğer hakimlere de bu keyfiyeti tanıyacağı gerekçe olarak göstermiş ve vekilin görüşlerine katılmıştır. Bu kararın politik açıdan pek hoş karşılanmamış olması için herhalde ayrı bir açıklamayı gerektirmez. Bu konu temel hak demokrasisinin ilk temel taşı olarak sayılmalıdır, çünkü o ana kadar geçerli John Lockes'in görüşüne ek olarak direnme hakkına yeni unsurlar getirmiştir. John Locke 1689 yılında şunu belirlemiştir: "Inter-legislatorem et populum nullum in terex est judex". Bu sözler, devlet gücüne karşı direncin yasallaştırılmasından başka anlam taşımaz. Lockes'in görüşüne göre eksik olan "judex" (karar), Bayand'a karşı Singleton davasında etkileyici bir şekilde faaliyete geçmiştir.

Sonuç itibarıyla bugün de sadece devlete karşı direnç ile sorunların hukuki çözümü arasında seçim yapma olanağı vardır. Siyasi sorunların çözümü için hukuki bir kararın verilmesi anayasa yargısının temel fikirlerinden olsa gerek. Ancak anayasa mahkemelerin var olduğu yer-

lerde şiddetli ihtilafların ardında yine de temel hakları temin eden kararlar ile siyaset ve siyasetçilerin arasında bir gerilim alanının devam ettiği söylenebilir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi Divanı'nın da değerlendirmeleri son yıllarda gittikçe fazla siyasi hücumlarına maruz kalmaktadır. İlimli olanlar en yüksek mahkeme hakkında tartışmalardan bahsediyor ve değerlendirme ile ilgili görüşlerin mümkün olması gerektiğini savunuyorlar. Daha az geçimli olanlar ise mahkeme divanının hukuk siyaseti sınırını aştığını veya tekyanlı hareket ettiğini ve arka planda kadınlara karşı düşmanca davranıldığını iddia ederken, saldırgan kısım Anayasa Mahkemesi Divanı'nın vereceği kararların iyice incelenmesini talep etmektedir. Bazı kesimler ise, daha hızlı anayasa hakimi değişimi yapmak için anayasa mahkemesi hakimlerinin görev süresini kısaltmayı talep etmekten kaçınmamaktadırlar. Söylentilerde ise hakimlerin kendi menfaatleri doğrultusunda hareket ettikleri dile getirilmektedir.

Elbette her zaman olduğu gibi memnun olmayanların siyasi görüşlerine karşı çıkanlar da vardır; bunlar Anayasa Mahkemesi'nin nihayet gerekli patlamayı yaparak 1980 yılına kadar olanın tersine artık formel kararlar vermediğini savunmaktadırlar.

Ancak bugün Avusturya Anayasa Mahkemesi Divanı'nı politik karar vermekle ve sadece parlamento ile ilgili değerlendirme yapmakla suçlayanlar ve mahkemenin "judicial restraint"ın ne anlama geldiğini önceden de bildiğini söyleyenlerin aşağıda anılan temel hususları gözardı etmektedirler:

Birinci husus olarak, Avusturya'nın yıllar önce Avrupa İnsan Hakları Beyannamesi'ni imzaladığını ve böylece uluslararası hukuku içeren taahhütlere girdiğini, ayrıca bu Beyannamenin anayasa seviyesine getirildiğini ve Anayasa Mahkemesi Divanı'nın yapacağı değerlendirmelerde bundan sonuç çıkarması gerektiği. Bu kesim ayrıca, Avrupa Mahkeme Divanı'nın özellikle son 10 yılda insan hakları konusunda Avusturya'nın da inkar edemeyeceği kararlar aldığı unutuluyorlar. Bunun dışında Lüksemburg'daki Avrupa Mahkemesi Divanı'nın yaptığı değerlendirme neticesinde, sadece Avrupa Topluluğu'na üye değil, AT'ye üyeliği hedefleyen devletler için de geçerli yönlendirmelerin var olduğu gözardı edilmektedir.

Ayrıca, politikacıların popüler olmayan bir sonuç çıkacağı zaman sorunları çözmek istemediklerini ve anayasa mahkemesine karşı siyasi kararlar sundukları gözardı edilmektedir.

Her ne olursa olsun, demokrasilerde temel hakları koruyan anayasa mahkemeleri kararları ile politika arasında bir gerilim alanı bulunduğu bir gerçektir.

Anayasa Mahkemelerinin değerlendirmelerinin çoğuna bu denli olumsuz yaklaşımlarının nedeni nedir, bu tip çelişki ve ihtilaflar ne şekilde en kolayca çözülebilir?

Sorun potansiyelin en az olduğu devletlerin uzun süredir sağlam ve sabit bir temel hak (anayasa) demokrasisine sahip olanlar olduğu söylenebilir. En şaşırtıcı örnek ise Avrupa'nın en eski, temel haklara önem veren demokrasinin, yani İngiltere'nin bugüne dek yazılı bir anayasa ve anayasa mahkemesine sahip olmamasıdır. Bunun niçin böyle olduğu sorusunu, maalesef çok erken ölen İngiliz hukukçu Paul Sieghart tek bir cümle ile yanıtlamıştır: “We don't do it”. (“Yapmıyoruz”). Bununla, normalde diğer anayasalarda yazılı olarak belirlenmiş olan hürriyeti korumaya yönelik temel ilkelerin İngiliz zihniyetine tabii olacak şekilde girmiş olduğunu kastetmekteydi. Böylece bir anayasa mahkemesi gereksinimi duyulmamaktadır.

İngiltere'de geçerli “Parliament can do everything except change a man into a woman” görüşünün (“Parlamento, bir erkeği kadına dönüştürme dışında, herşeyi yapabilir”) otoriter sonuçlara gelişmediği sadece yukarıda açıklanan olguyla izah edilebilir.

“We don't do it” (“Yapmıyoruz”) görüşü hukuk devleti görüşünün anahtarı olup, herkesin beğendiği İngiliz hukukçuların ifadeleri aşağıda verilmiştir:

Hürriyet hakları nerede başlar? Yanıt: Polis karakollarında.

Veya: Sosyal temel haklar ne zaman başlar? Yanıt: kahvaltıda ile birlikte.

Herbireyin hürriyeti akılda kolayca kalan şu cümleyle tanımlanır: “Herkesin, yumruğunu komşusunun burnuna vurana kadar sallama hürriyeti vardır.”

İngiltere'de mevcut hukuk düşüncesine hakim maddi görüşler birkaç yüzyıl geçmişe dayanmaktadır. 1610 yılında Dr. Bonham'ın Londra Hekimler Odası'na karşı açmış olduğu davada Sir Edward Coke'ın verdiği karar bu tezi tam anlamıyla doğrulamaktadır: Zamanın Hekimler Odası, Dr. Bonham'ın Londra Hekimler Odası'nın lisansını almayarak sadece Cambridge Üniversitesi doktor unvanıyla

muayenehanesini işlettiği için kendisine bir para cezası vermişti. Bu para cezasının yansı Hekimler Odasına verilecekti. Hiç kimsenin kendi konusunda hem taraf hem hakim olamayacağı savıyla mahkeme bu davada ünlü kararını izah etmiş ve Hekimler Odası aleyhine karar vermiştir. Bu kararın gerekçesi halen günümüze kadar hukuk devleti görüşüne hakimdir. Burada, Avrupa İnsan Hakları Beyannamesi'nin 6. maddesinde anılan “fair trial” (adil yargılama)! meydana getiren doğal kanunun temel pozisyonu söz konusudur. Coke ayrıca, bir kanunun hak ve mantığa aykırı olduğu zaman “Common Law” (ortak, hukuk)’a karşı bir çelişkinin varolduğu ve böyle bir durumda kanunun geçersiz olacağı vurgulamıştır. Bu olgu hukuku gözden geçirmenin (judicial review) başlangıcı olup, hukuki sonuçları başka ülkelerde olsa dahi anayasa yargısında ortaya çıkmaktadır. “Natural Law” deyiimi ile burada doğal hukuktan ziyade “Constitution of the Kingdom” (kraliyet kurumu)’na ait “Fundamental Law” (Temel yasa) kastedilmiştir. 1643 yılında “Touching the Fundamental Law or Politique Constitution of this Kingdom” başlıklı (Bu kraliyetin politik kurumuna veya temel yasasına müdahale edilmesi) bir parlamento yazısı yayımlanmıştır. Kurum sözcüğü ile anayasa dokümanı kastedilmemiş, hukukun tam gövde olarak bulunduğu anayasa olgusu kastedilmiştir. Bu ifade şekli bir nebze dinamizm ihtiva etmektedir. Durumu düşünmek demek hukukun canlı bir şey gibi gösterilmesi anlamına gelir. Bu görüş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Divanı’nın Tyrer davasında vermiş olduğu 23 Nisan 1978 tarihli kararının 31. maddesinde yeniden ortaya çıkmaktadır : “Mahkeme Divanı, Anlaşmanın bugünkü şartlar altında yorumlanması gereken canlı bir olgu olduğunu hatırlatmaktadır.”

Gördüğümüz üzere anayasa ile politikanın birbirine girmesi 17. yüzyılın başlangıcında açıkça ortaya çıkmaktadır. Polonya ve Fransa sahipleri olmak üzere ilk Avrupa dokümanlarında (ikisi de 1791 yılına ait) devlet gücünün ifasını (“the frame of Government”) ve özellikle şiddet ayrımını belirleyen formel anlamdaki anayasa ile bir insan ve hürriyet hakları katalogunun maddi ifadeleri (“the Declaration of rights”) arasındaki alışıl gelmiş bağlantısı görülmektedir. Yazılı doküman şeklindeki anayasa şekli ile anglikan usulü dokümansız anayasa düzeni arasındaki karşılaştırmam ile birçok hususu vurgulamak istedim: Yazılı bir anayasanın ve anayasa mahkemesinin varolmayışı hukuk devletinin tehlikeye girdiği anlamına gelmez. Hukuk devleti düzeninin materyal esası ve insan ile vatandaş hakları vatandaş ve gücü taşıyanlarda her bireyin ve azınlığın korunması tam anlamıyla sağlana-

cak şekilde sağduyu haline gelebilir. Ancak bunun için, sorun teşkil eden durumlarda hukuk devletinin otoritesini korumak için hakimnin namı önem taşımaktadır. Bu durum İngiltere’de “Case La w” zemininde sağlanmıştır.

Anayasa Mahkemeleri tarafından sağlanan temel haklar ile kıtasal Avrupa’daki politika arasındaki gerilimli durum, vatandaş ve politik güç sahiplerinin sağduyularında, İngiltere’de yazılı anayasa olmadan mevcut olan temel hak demokrasisi görüşünün İngiltere’de olduğu oranda bulunmadığına dair bir sinyaldir.

Bütün bunları söylerken, İngiltere’de de şiddetli tartışma ve sorunların ortaya çıkabildiğini ve bugünkü demokrasi anlayışının zamanla geliştiğini göz ardı etmiyorum. Ancak pratikte İngiltere’de demokrasi ve parlamento sistemi hiç bir zaman şüphelere neden olmanmıştır.

Ancak Amerikan kolonilerde göçedenler parlamentoda yer almadıklarından ve temsil edilmekte olduklarını hissetmediklerinden bazı sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Kuzey Amerika Eyaletlerinin vermiş oldukları Bağımsızlık Savaşı bir anlamda sadece İngiltere Kraliyetine karşı değil İngiliz Parlamentosuna da verilmiş bir savaştır. İngiliz Parlamentosu 1765 yılında damga harcı oranlarını yükseltince, göçmenlerin tepkisi büyük olmuştur, Böylece Bağımsızlık Savaşı sadece Amerika Eyaletlerinin İngiltere’ye karşı kazandıkları askeri bir zaferle kalmamış, demokratik parlamentarizme karşı devlet hukukuna dayanan bir anayasanın (Supreme Court) tesisi ile bu zafer süslenmiştir.

“Supreme Court” henüz 1803 yılında Marbury’un Madison’e karşı ünlü davasında bir hukuki gözden geçirmeyi (“judicial review”) ele almıştır. Anayasa Mahkemesi’nin bu davranışının ağırlığı anayasal bir karara eşdeğer olmaktadır.

Konumuz itibariyle bakılırsa bu kararın tam bir hoşgörü ile karşılanmış olduğu söylenemez. Bu karar neticesinde “Supreme Court” Başkanı Marshall’a karşı bir disiplin davası talep edilmiştir. “Supreme Court” ile ilgili politik gerilimler Amerikan tarihinin ileriki tarihinde de tekrarlanmaktadır. Roosevelt, ve son zamanlarda Reagan ve Bush olmak üzere bazı ABD’li Başkanların Anayasa Mahkemesinde (Supreme Court) boşalan görevlerin yeniden doldurulması konusunda kendi politik görüşlerini benimsetmek istemeleri ün yapmıştır.

Böylece Yüksek Mahkemeler ile politika arasında her zaman gerilim var olduğu ve Anayasa Mahkemeleri ile parlamentolar arasında



gergin bir ilişkinin sürdüğü yeni bir izlenim olmadığı söylenebilir. Aslında bu konuda önemli olan Anayasa Mahkemeleri İle parlamentolar arasındaki gerilimlere neden olan farklılıklar önemlidir. Eleştiri olmalıdır ve objektif olduğu zaman da hem yerindedir hem de anlamlıdır, özellikle bilimsel tartışma Anayasa Mahkemeleri yargısı için büyük bir önem ve kazanç taşımaktadır. Bu, tartışmanın sert çekirdeğini oluşturan ne zaman kanun koyucunun anayasal kararlara değerlendirme yapabileceği sorusu için de geçerlidir. Sınırlandırmanın tanımı “judicial restraint” (hukukun yeniden gözden geçirilmesi) ve “political question doctrin” (politik soru doktrini) deyimlerinde mevcut olup anayasa mahkemeleri her seferinde yanıt bulmak durumunda kalmaktadırlar. Bu durum, politik yapısından ötürü mümkün olmadığından veya istemediğinden kanun koyucu çetin konularda karar vermediği zamanlarda esas geçerlilik kazanır. Bunun karşısında ise anayasa mahkemesi hukuk politikası sınırlarını belirlemek suretiyle anayasaya dayanarak ve mantıklı ve rasyonel çalışma yaparak temel hakları temin etme üzere kendisine gelen müracaatlara çözüm bulmak durumunda kalmaktadır.

Bununla ilgili olarak Avusturya’dan birkaç örnek vermek istiyorum.

Her ne kadar Avusturya’da azınlıkların korunması hem anayasa hem de Avusturya Devlet Anlaşması’nda yer alsada dahi, diğer “basit” kanunlarda yeterince dikkate alınmamıştır. Bu nedenle azınlıklar müracaatlarını sık sık Avusturya Anayasa Mahkemesi Dİvanı’na yöneltmektedirler. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi bir esas kararıyla basit kanun koyucunun yeterince faaliyet göstermediği azınlıkların korunması ile ilgili davalan anayasaya dayanarak reddetmiştir. Basit kanun koyucunun ihmal ettiğini, karar mantık ve rasyonel şekilde uygulamıştır.

### **Başka bir örnek:**

Avusturya’da nazilik faaliyetleri bir kanun ve Devlet Anlaşması gereğince yasaklanmıştır. Ancak “basit” kanun koyucu, muhtelif organizasyon ve seçim reklamı yapan grupların nasyonal-sosyal düşünceleri propaganda malzemesi yaptıklarında neler yapılması gerektiği konusunda açıklık getirmemişti. Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi Divam bir karar çıkarmış ve nasyonal-sosyalizm faaliyetlerinin Avusturya Anayasa’sına aykırı olduğunu ve bu nedenle söz konusu yasaya aykırı hareket eden teşkilat ve seçim reklamı yapan grupların söz konusu olamayacağı vurgulamıştır. Her resmi daireden bu tip birliklere hukuk sübjektivitesinin tanınmayıp, mevcut olmadıkları gibi

işlem yapmaları istenmiştir. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi Anayasaya dayanarak bu tip grupların hukuken geçersizliklerini varsayarak düşünülebilir en ağır hükmü vermiştir.

### **Bir diğer örnek:**

Avusturya AİHB'na üye olana dek 1867 yılından kalmış bir “temel haklar kataloguna” tabi İdi. Bunda sadece liberal tabiyath hürriyet hakları, yani devletin hürriyeti sözkonusu olup bazı belirli hukuk pozisyonlarının sabitleştirilmesi sözkonusu değildir. Bu eski ölçülerin devam etmesi nedeni olarak 1920 yılında yeni Avusturya Devlet Anayasası oluşturulurken yeni çağdaş bir temel hak katalogu için gereken siyasi kabulün edinilememesi gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi Divanı değerlendirmesi sırasında ilk etapta hep 1867 yılına ait Devlet Temel Hukuk'unun liberal hukuk tabiatını göz önünde bulundurdu. Mahkeme formalistik olduğu düşüncesiyle sürekli eleştirilmiştir. Ancak mahkeme eski temel hukuk katalogundan materyal içerikleri değerlendirdiğinde anayasa kanunu koyucusunun üstüne çıkabileceği değer yargılarını vermek sorunu ile karşı karşıya kalmak zorunda bırakılmıştır. Siyasi güçler'de artık yeni bir temel hukuk'un gereksinimini anlamışlardı. Bu nedenle böyle bir temel hukuku oluşturmak için Avusturya'da bir komisyon 20 yıl boyunca çalışmalarını sürdürmüştür. Buna rağmen bugüne dek bu konudaki hedefe varılamamıştır. Anayasa Mahkemesi Divanı yakın bir geçmişte verdiği bir kararda yeni bir temel hukuk unsuru olabilecek değerlendirme esaslarını kullanabileceğini ortaya koymuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, anlaşmanın ifadeleri soyut ilkeler olarak değil, bireyin korunması için materyel ifade olarak algılanması gerektiğini ortaya koymasından ötürü, Avusturya'nın Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na üye olması ile Anayasa Mahkemesi'nin de yeni ölçüleri doğmuştur. Avusturya Anayasa Mahkemesi Divanı 100 yıl önce çıkarılan devlet temel hukukunun anayasal teminatları için de bu değer kararlarını aktivite etmiştir. Bu, eşitlik hakkı için güvenin korunmasının gelişmesi anlamına gelmekteydi. Anayasa Mahkemesi Divanı azınlıkların korunması konusunda, azınlıkların bireylerine diğer vatandaşlara sağlanmış olan hak ve olanakları temin etmek üzere avantaj sağlanabileceğini vurgulamıştır.

Her ne kadar “basit” kanun koyucu faaliyetsiz kalmış ise de, Avusturya Anayasa Mahkemesinin son on yılda anayasaya dayanarak temel hak temini konusunda çalışmış olduğu yukarıdaki örneklerden görebilmekteyiz. Anılan bu nedenlerden ve emeklilik hakkı ile ailelerin ver-

gilendirilmesi ile ilgili eşitlik konusunda yapılan çalışmalardan Ötörü Anayasa Mahkemesi Divanı'nın hukuk politikası alanında hareket ettiği iddiasıyla politik eleştiriler sıklaştıkça vatandaşların müracaatı artmıştır. Anayasa mahkemesinin namı sokaktaki vatandaşlar tarafından olumlu yönde geliştirildiği rahatlıkla söylenebilir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi Divanı'nın almış olduğu kararlarıyla gerçekte yeni temel haklar geliştirmede, aslında sadece temel hakların içeriğini derinleştirdiğini vurgulamak isterim. Böylece çetin siyasi durumlarda dahi bütün anayasa mahkemelerinin olması gereken anayasal görevleri tarafımızdan yerine getirilmekte olduğuna inanıyorum. İnsan ve azınlıkların korunması söz konusu olduğunda anayasa mahkemelerinin görevi devleti insanların üstünde görmektense insanların devletten korunması gerektiğini düşünüyorum. Sadece bu yolla temel hak demokrasisini temin etmek ve konuyu vatandaşların sağduyularına yerleştirmek mümkün olacaktır.

İzin verirseniz Anayasa yargısı ve politika olgusu hakkında kısaca görüşlerimi ifade etmek istiyorum.

Hukuk devleti, siyasal gücün dağılmış olmasıyla belirlenmektedir. Esas itibarıyla anayasa mahkemelerinin özel siyasal güçleri yoktur. Anayasa Mahkemelerinin gücü sadece hukuku düzeltmekten oluşmaktadır. Bu nedenle bürokrasinin, parlamentorizmin ve menfaat gruplarının olanakları anayasanın anayasa mahkemelerine sağladığı imkanlardan çok daha fazladır. Anılan siyasal güçler anayasanın ve kanunların tanınmış olduğu bütün hareket alanını kullanabilirken, Anayasa Mahkemesi Divanı anayasanın temin ettiği haklar tehlike altına girdiği zaman sadece düzeltici hareketlerde bulunabilmektedir. Siyasi güçler her zaman kendilerinden aktif olabilirken, bir çok ülkenin anayasa mahkemeleri sonradan ve kendilerine anayasal sorunlar iletildiğinde müdahale edebilmektedirler. İlgili anayasa mahkemesinin fonksiyonu tarihsel gelişimine ve ülkesinin siyasi ve toplumsal durumuna, kültürüne, (buna hukuk kültürü de dahildir) bağlıdır. Bu nedenle tipik anayasal tabiatlı görevlerin ne zaman ve ne denli ilgili ülkenin anayasa mahkemesine devredileceği spesifik koşullara bağlıdır.

Bir anayasa mahkemesinin etkinlik çapı için ülkesindeki mevcut anayasa anlayışı da çok Önem taşımaktadır. Siyaset açısından bakıldığında bu anlayış prensip olarak anayasa mahkemesinin anlayışından çok farklı olabilir. Dar anlamdaki politika deyimini hedefler için mücadele, taraflarının ruhlarını kazanma ve kamuoyunu edinme ve dolay-

siyla güç duygusu ile istekli güç gereksinimi için amansız mücadele olarak ele alınabilir. Sonuç itibariyle politikada her zaman politik hedefler ve devletle ilgili etkinlik söz konusudur.

Anayasa ise bu faaliyetlerle ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin yargısı anayasanın bu anlamı üzerinde durmaktadır; Yani politik gücün anayasa üzerindeki ifasını kendisi değerlendirmek İstemektedir. Anayasa mahkemeleri ve politikacılar anayasal teminata bağlı haklardan ve anayasa'mn değerlendirilmesi ile ilgili kararlardan bahsederken çoğu zaman ayrı dallarda konuştuklarını tespit etmek hiç de o kadar zor değildir. Anayasa mahkemelerinin anayasayla ilgili olarak hukuk açısından kabul edilebilir ifadelerde bulunmaları, anayasanın hükümlerine rasyonel ve teleolojik olarak tam ifadelerle kısaltmak suretiyle mümkün olmaktadır. Politika için de anayasa yasal olarak anlaşılmalıdır: Bu, anayasanın ifadelerini politik açıdan anlamak, yani bir çok anlam varyasyonlarının kazanılması ile gerçekleştirilmektedir. Sunulan kontrol yoğunluğu her iki pozisyona göre birbirinden farklı görülebilmektedir. Gerçekte de ilgili anayasa hükümlerinden her zaman eşit bir kontrol ölçüsü öngörülmemektedir. Hükümlerin kanunen kabul edilebilirlikleri için öngörülen hukuki içerik, "basit" kanun koyucu bir temel hakkı tehlike altına sokmak dışında herşeyi yapabilecek tarzda bir koruma ile sınırlandırılabilir. Burada basit kanun koyucuyu anayasa hükmünün anlamına bağlı kalmasını zorunlu kılacak bir kabul edilebilirlik kontrolü de sözkonusu olabilir. Ancak basit kanun koyucu anayasaya aykırı hareket ettiği zaman anayasa mahkemesi bir içerik kontrolü talep edebilir. Anayasa mahkemesinin vermiş olduğu kararın gerekçesi açıklanırken basit kanun koyucunun hangi spesifik nedenle anayasaya aykırı hareket ettiği ortaya konulursa, anayasa mahkemesinin yedek kanun koyucu olarak hareket ettiği iddiası en aza indirgenir. Böylece anayasa mahkemelerinin vereceği kararların rasyonel olabilmeleri için Önemli ifadelerde mantıklı ve kusursuz hareket edilmesi ve bunun yam sıra kanun koyucusuna gerekli açıklıkla kanuni serbestliğin tanınması gerekmektedir.

Bu, politik sorunların çözümlerinin basit kanun koyucunun elinden alınmaması gerektiği anlamını da içerir. Anayasa mahkemesinin yapacağı tek şey bizzat anayasada esas alınmış yasal sınırları göstermek olur.

Ancak, hem anayasa mahkemesine hem de politik güçlere serbest bırakılan farklı hareket tarzlarından aşağıda anılan tipik farklılıklar da ortaya çıkmaktadır:

Anayasa mahkemelerinin kendilerini geliştirme konusunda politikacı veya politik gruplardan çok daha az imkanları vardır. Bir politikacı genelde çok daha esnek olabiliyor ve vermiş olduğu eski ifadelerden kolayca uzaklaşmasını bilmektedir. Ancak anayasa mahkemelerinin yargısı süreklilik üzerine kurulmuştur.

Politikacılar rahatlıkla kamuoyu önüne çıkabilmektedirler ve anayasa mahkemesinin vermiş olduğu bir karara eleştiri geldiği zaman eleştirenin genelde eleştirisini geri almamasından ötürü anayasa mahkemesine karşı çok daha avantajlıdır. Anayasa mahkemeleri vermiş oldukları kararlarda gerekçelerini ortaya koyarken, eğer tesadüfen benzer bir davada bir karar daha verilmesi gerekmiyorsa kısa süre de olsa değişiklik yapamazlar.

Anayasa mahkemeleri hukuki değerlendirme soruları üzerinde bir diyalog yapabilmek için uygun bir yapıya sahip değildirler. Anayasa mahkeme ve hakimlerinin “danışmanlık gizliliğini,” mutlak suretle muhafaza etmelidirler. Anayasa hakimlerinin belirli davalardaki görüşlerini açıklamaları “dissenting opinion”a mahfuz bırakılmıştır. Avusturya’da bu konu halen tartışılmaktadır (Yani hakimlerin ilgili konu hakkında görüş bildirip bildiremeyeceği).

Anayasa mahkemelerinin kamuoyuna ulaşmak için gerçekte çok az yolu bulunur. Bunlar aşağıda gösterilmiştir:

1. Kamuya açık, sözlü görüşmeler ve bunların uygun bir organda duyurulması. Avusturya’da bu olanak kanunda Öngörölmüş olup, görüşmelerin yapılacağı “Wiener Zeitung”un resmi gazete bölümünde tebliğ edilmelidir.

2. Anayasa mahkemeleri önemli kararlarında basın toplantısı düzenleyerek kararın anahatları basınla uygun bir şekilde açıklayabilirler.

Bu imkan Avusturya’da uzun süredir kullanılmaktadır.

3. Anayasa mahkemeleri belirli özel günlerde toplantılar düzenleyebilir ve önemli şahsiyetleri davet edebilirler. Bu tip organizasyonlarda davetlilere anayasa yargısı ile ilgili temeli esas teşkil eden bilgiler sunulabilir.

Avusturya’da her yılın 1 Ekim tarihinde Anayasa Mahkemesi Divanı tarafından bir “anayasa günü” düzenlenmektedir. Bu organizasyonun çok yararlı olduğu gözlemlenmiştir.

4, Bunun dışında Anayasa Mahkemesi Divanı Başkanı ve Hakimlerinin bilimsel yayın ve tebliğler yaparak etkin olmaları imkanı kalmaktadır.

5. Sonuç itibariyle bir de diğer anayasa hakimleri ile fikir-alış-verişinin yapıldığı uluslararası temas ve organizasyonlar vardır.

Avusturya Anayasa Mahkemesi Divanı ölçülü aralıklarla bu tip uluslararası organizasyonlara katılmaktadır. Avusturya Anayasa Mahkemesi Divanı özellikle yeni oluşturulmuş anayasa mahkemeleri, Almanya Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme Divanı ve Lüksemburg'daki Avrupa Mahkeme Divanı ile ilişkilerini sıcak tutmaktadır. Üç yıllık aralarla düzenlenen Avrupa Anayasa Mahkemeleri Toplantısında ayrı bir önem taşımaktadır.

Bu nedenle Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 30. yıldönümü nedeniyle düzenlenen bu toplantı salt bir kutlama olarak algılanmamalıdır. Bu toplantı, bir ülkede bu kurumun ne denli önemli olduğunu kamuoyuna duyurmak açısından bir vesile olmaktadır. Avusturya'da Schambeck tarafından yorumlanan Kaegi şunu söylemiştir: “Bana Anayasa yargısı ile ilgili görüşlerini söyle, sana hangi anayasa düşüncesine sahip olduğunu söyleyeyim.” Buna katılmamak mümkün değildir. Anayasa Mahkemelerine karşı tutum, o ülkedeki anayasa bilincinin ne denli geliştiği ve yerleştiğinin aynasıdır. Kelsen'in çağından olan Merkl, anayasayı defalarca “dergİnleşmiş” politika olarak tanımlamıştır. Anayasa mahkemesinin kontrol fonksiyonu, kararlarında şekillenmesi ile olmasa dahi, etkisi ile politikaya büyük bir darbeyi beraberinde getirmektedir. (bunu Avusturya Anayasa Mahkemesi Divanı eski Başkanı ve şu andaki başkanın babası Adamovich vurgulamıştır). Politika, devletin kendisini ve yapısını belirlediği ve uyguladığı alan olsa gerek (Rudolf Sinent/ Schambeck). Laun'un ifadesi ile: “Politika, nedensel sosyal olayların önemli bir olgusudur; yani güç için mücadele ile anılandır.” Laun bu ifadesi ile politikanın dinamizmini hukukun statığı ile karşılaştırmaktadır. Hukuk ile politika arasındaki bağlantı noktasının en üst mertebesi anayasa hukukundadır. Bu nedenle anayasa hukuku anayasa mahkemesinin kontrol fonksiyonunu belirler ve devlet idaresi tarafından görevlendirilen politik organlarının davranışlarını değerlendirmek ve gerektiğinde yargılamak için yetki ve görev verir. Anayasa yargısının tesisi, tam belirli bir devlet anlayışının ifadesidir; sonuç itibariyle hukukun gelişmesinde bir sınır taşı ve devlet düzeninin yapılmasında bir temel taşıdır. Hukuk ile politika arasında sınır organ (ku-

rum) olarak anayasa mahkemesinin oluşturulması kamu açısından özel bir anlam kazanmaktadır. Demokratik bir anayasa devletinin kurumu olarak yargısını kısa ve objektif tutmalı ve değerlendirmeleri için sert eleştiri ile karşı karşıya kalmayı beklemelidir. Bununla hür fikir beyanatının hür demokrasilerinin bir parçası olacağını temin etmeye payını vermektedir. Ancak anayasal ifadelerin kamuoyuna ulaşması ve böylece bunların genel anayasa bilincinin temel ve parçası olmaları daha önemlidir. Bir demokrasinin olgunluğu, anayasa mahkemesinin objektif eleştirisi olumlu bir olgu ve kuruma yöneltilen her müdahalenin olumsuz bir olgu olarak ele alınmasından belirlenir.

Demokratik bir toplumun anayasa mahkemesi, devletdeki bütün insanlara ve özellikle de azınlıklara hürriyet ve yasal güvence vermeyi görev bilmelidir. Her birey devletinde evinde oturabileceği gibi rahat olabilmelidir. Ancak anayasa mahkemesinin en yüce görevi, anayasayı korumak ve vatandaşlarının bilincine yerleştirmekten oluşturmaktadır.

Dikkatiniz için teşekkür ederim.