



ANAYASA MAHKEMESİ VE YARGISAL POLİTİKA: MÜDAHALECİLİK, UYUM VE STRATEJİLER

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER*

GİRİŞ

Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar, sizleri saygıyla selamlıyorum. Anayasa Mahkememize bu önemli toplantıyı düzenlediği ve nazik davetleri için teşekkürlerimi sunuyorum. Öncelikle Anayasa Mahkememizin 60. kuruluş yılı, doğum günü kutlu olsun. 60 yıllık geçmişiyle Anayasa Mahkemesi, karşılaştırmalı örnekler arasında artık kurumsal pekişmesini tamamlamış anayasal bir yargı yeridir. Hukuk devleti çalışmalarında genel olarak kurumsallaşmanın gelişimi; özellikle kurum konsolidasyonu konusunda yıllanma süreçlerine işaret edilir. Kurumların kuruluşundan itibaren yaşanan ve biriktirilen deneyimler yalnızca ilgili kurumsal hukukun yerine getirilmesine dayalı mekanik bir işleyişi ifade etmez. Anayasal hükümler ve onları uygulayan diğer mevzuata dayalı kurumsal hukuk, kurumsallaşmanın yalnızca ilk adımını atar ve biçimsel çerçevesini çizer. Ancak kurumsallaşmayı yaratan, kurumsal hukukun kurucu ve biçimsel öğeleri yanında; daha çok onları yorumlayan uygulamalar, anlayışlar, tutumlar ve giderek kurumsal davranışlardır. Kurumsal-tarihsel bu durum yargının kurumsallaşması için de geçerlidir. Mahkemeler; kazanımları, birikimleri ya da değişen-değişmeyen yaklaşımları anlamında kurumsal-tarihsel belleklere sahiptir.

I. Anayasa Mahkemesinin Tarihsel Eşiği: 40 Yıl ve 60 Yıl

Öte yandan kamusal bazı görevlere atama ve seçimlerde olduğu gibi kurumsallaşmada da 40 yıllık süreçler; kurumsal bir olgunlaşma eşiği, kurumsallaşmanın seyrini gözlemleyebileceğimiz dönüm noktasıdır. Anayasa Mahkemesi, 40 yaş eşiğini 2002 yılında aşmıştı. 2022 yılında ise hem kuruluşunun 60. yılını hem de 1982 Anayasası çerçevesinde 40. yılını dolduruyor. Bu nedenle bir yandan 40 yaşın çok daha üstünde, 60 yaşında ve olgunluk evresinde bir mahkemeye odaklanıyoruz. Bu 60

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

yılın arkasında, Cumhuriyet modernleşmesinin ilk yıllarındaki akademik tartışmalardan Yargıç Refik Gür'ün anayasa yargısının önünü açmaya çalışan çabalarına uzanan bir dizi uğraş ve düşünsel birikim de bulunuyor. Diğer yandan 1982 Anayasası ile birlikte oluşan yargı kurumsallaşması ve tarihi içinde Anayasa Mahkemesi 40 yıllık eşikte duruyor.

Söz konusu tarihsel eşik(ler) ve özellikle 40 yıllık deneyim, Türkiye'de askerî rejimler, askerî rejimden çıkış, demokratikleşme, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği ile ilişkilerin güçlenmesi, demokratik gerileme ve benzer bir dizi evreyi içerdi. Bu 40 yıllık dönem, Anayasa Mahkemesinin oluşturduğu içtihadî hukukun serpilmesi ve onun uluslararası insan hakları hukuku ile etkileşimi bakımından önem taşıdı. Bu süreç, anayasa yargısı öğretisinin gelişimi açısından da bir büyüme evresine karşılık geldi. 2010 sonrası Anayasa Mahkemesinin yapısının ve yargı yollarındaki değişimin (özellikle bireysel başvuru) etkilerini; özellikle bunların değişen siyasal bağlamlarda ne tür yargısal yorum ve yargısal politikaları ortaya çıkardığını ise ilerleyen dönemlerde daha net biçimde görebileceğiz. İşte tam da bu noktada, Anayasa Mahkemesinin son yıllarda daha da belirginleşen yargısal politikaları üzerine düşünmemizi, bunları irdelememizi anlamlı görüyorum. Tebliğimde, bu konuda mevcut duruma ilişkin bir çerçeve çizmeye çalışacağım.

II. Yargısal Yorum ve Yargısal Politikada Tercihler

Öncelikle çıkış noktalarımı vurgulayayım: (1) Karşılaştırmalı ölçekte demokratik ve demokratik olmayan rejimlerde anayasa mahkemelerinin izlediği yargısal yorum ve yargısal politika ile onlara bağlı olan akademik tartışmalar, Türkiye için de ışık tutucudur. Bunların bir kısmı anayasal sistemlerin, siyasal-kültürel bağlamların ve yargıyla ilgili özel koşulların sonucu olarak devletlere ya da bölgelere özgü olabilir. Ancak önemli kısmı Türkiye için de geçerli bulgular içermektedir. (2) Ayrıca Türkiye örneği, yargıya ilişkin genel ya da ana akım kavramsal/kuramsal tartışmalara katkı sunabilecek niteliktedir. Bu noktalardan hareketle, karşılaştırmalı olarak geçerli sayılabilecek ve Türkiye'de anayasa yargısının yorum ve politikasını biçimlendiren özel tercihler mevcut durumda üç temel kümede toplanabilir. Bu kümeler yargısal müdahalecilik, uyum ve stratejiler olarak belirmektedir.

(1) Müdahaleci Yargısal Politika

Bu üç kümeden ilki, anayasa yargısının "siyasal iktidarın politika tercihlerine yönelik müdahaleci tutumu" dur. Türkiye'de özellikle 2000'li

yılların başından itibaren artan biçimde siyasal boyutu ile anayasa mahkemesi tartışılırken yargısal aktivizmin, yargıçlar hükümetinin, jüristokrasinin ve yargının belirli bir iktidarı elinde tutan siyasal gücün hegemonyasını sürdürme aracı olduğunun; hegemonik koruma tezinin öne çıktığını görüyoruz. Buradaki tartışmanın büyük çapta siyasetin yargısallaşması ve buna bağlı yargısal aşırılıklar üzerinden ilerlediğini saptayabiliriz.

Yargısal müdahaleciliğe ilişkin örneklerde, normativitenin koşullarının zorlandığı örnekler bulunmaktadır. Bazı örneklerde ise Anayasa Mahkemesi tümüyle yönemsiz biçimde ilerlemiş değildir. Burada, amaçsal yorumun öncelikli olarak veya daha önce emsali bulunmayan vakalarda kullanıldığını ya da hukuk yaratmanın *intra legem* türlerinin öne çıktığını söylemek mümkündür. Ancak yine de yöneme dayalı yaklaşımın bağlama uygun olup olmadığı ve hukuksal rasyonalitenin gereklerine uyulup uyulmadığı tartışma konusu olmuştur. Tartışmanın odağında, anayasa yargısının sınırları bulunmaktadır. Bu sorunsalın kökleri yetmişli yıllarda Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimdeki geniş ve müdahaleci yargı politikasına değin uzanır. Ardından 80'lerin sonunda ve 90'lardaki dinsel amaçla örtünmeye dair kararlara ilişkin olarak yine benzer tartışmanın izlerini görebiliriz. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı vermesi yetkisini kendisinde gören, özelleştirmeleri siyasal nitelikli gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulan ya da siyasal parti kapatma davalarında barışçıl örgütlenme hakkını değil ideolojik yorumları önceliklendiren içtihatları da aynı yöndeki tartışmaları tetiklemiştir. Ancak bunların hiçbiri, "367 kararı" olarak bilinen ve Cumhurbaşkanı seçiminde toplantı ve karar yeter sayılarının yorumuna ilişkin siyasal ve yargısal tartışmanın yarattığı "geri tepki"yi doğurmadı. Diğer hukuksal ve siyasal tartışma doğuran kararlarında Anayasa Mahkemesi yalnızca eleştiri odağı iken 367 kararı, siyasal iktidarın 2007 Anayasa değişikliği hamlesi ile doğrudan siyasal tepki verilen ve seçmen nezdinde karşılık bulan bir anayasa politikası değişikliğine yol açtı: "halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı". Başka bir anlatımla toplantı karar sayısına bağlı eşğin anayasal yorumu, Türkiye'de hükümet sistemi tartışmalarını ve Cumhurbaşkanı'nın sistem içindeki yerini biçimlendirdi. Halkoyu ile bu konuda yapısal bir değişim sürecinin önünü açtı. Bu konunun ayrıntılarına bu tebliğde yer verilmeyecektir. Ancak 367 kararı, yargısal müdahaleciliğin seçmen desteği yüksek siyasal iktidarlar karşısındaki sınırlarını da göstermiştir.

(2) Yargısal Uyum Politikası

Anayasa Mahkemesinin ikinci kümedeki yargısal yorum ve yargısal politika tercihi siyasal iktidarların politika tercihleriyle uyumlu, pasif ya da destekleyici davranıştır. Burada, karşılaştırmalı akademik çalışmalarda kimi zaman yargısal sessizleşme kimi zaman siyasal iktidarlarla açık ya da örtülü uyum olarak gözlemlenen durumu Türkiye için de saptayabiliriz. Bu iki tür (açık ya da örtülü uyum) yargısal davranış daha çok yargıçların ideolojik karar alma biçimleri ile bağlantılı bir dizi çalışmaya konu olmuş ve olmaya da devam ediyor. Yargısal sessizleşme ve uyumda normatif analiz ve kanıtlama, siyasal analiz karşısında çoğunlukla etkisini yitirir. Öte yandan yargısal müdahalecilik ile yargısal sessizleşme veya yargısal uyum birbirinin karşıtı durumları temsil etmekle birlikte aynı noktada kesişirler. Hem yargısal aktivizm hem de yargısal uyum veya sessizleşmede mahkemelerin hukuksal belirsizlik ya da aşırı siyasallaşma nedeniyle ya anayasal normativiteden yola çıkmadığını veya çıkamadığını ya da anayasal normativiteyi salt biçimsel ve hukuken hatalı biçimde kullandıklarını gözlemleriz. Döngüsel yorum (*petitio principii*), amaçsal indirgeme, hatalı normatif altlamalar, kanunilik ilkesinin aşırı kullanımı, amaçsal yorumdan uzaklaşma gibi unsurlarla kurumsal-tarihsel tercihlerden sapılır. Yargısal yorum yöntemleri ve hukuksal yorumun maksimleri, yargısal sessizleşme ya da uyumun araçlarına dönüşür ya da amaçlarına uygun düşmeyecek, biçimde veya yanlış şekilde kullanılır.

(3) Yargısal Stratejiler

Yargısal yorum ve yargısal politika ile etkileşim içindeki en son küme ise yargısal stratejilerdir. Siyasal ve toplumsal önemi fazla, siyasal etkiye açık olan ya da kökleşmiş birtakım ön yargılarla bağlantısı olan ya da kutuplaşmış konularda uygulanan bazı yargısal stratejilere karşılaştırmalı yargısal davranış çalışmalarında son yıllarda daha fazla tanıklık ediyoruz. Burada yerleşik demokrasiler dâhil olmak üzere demokratik gerilemenin ya da demokratik geriye kayışın baskın bir unsur olarak karşımıza çıkışı ve kurumsal dengelerin bozulmasının yargıya etkisi, anayasa yargısına karşı olumsuz tutumun popülist iktidarların yükselişiyle daha belirgin bir hâle gelmesi, siyasetin yetersizlikleri nedeniyle yargısal kararların daha fazla siyasal tartışma odağına dönüşmesi gibi etkenler önem taşımaktadır. Demokrasilerin kalitesindeki gerileme ve yargının kamusal tartışmanın odak noktasına dönüşmesi karşısında, toplumsal ya da siyasal bağlam ve onun yarattığı gerilimlere mahkemelerin bazen klasik yorum

yöntemlerini kullanarak bazen bu yorum yöntemler dışında yargısal politikalar geliştirerek cevap verdiklerini söylemek yanlış olmaz. Söz konusu stratejilerin de dört biçimde ortaya çıktığı söylenebilir.

a. Yargısal Güçlenme

Bunlardan birincisi, Türkiye bakımından özellikle bireysel başvuru ile birlikte belirginleşen bir stratejidir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular ile daha yoğun ve daha sık şekilde siyasal ve toplumsal önemi fazla olan konulara yanıt verir hâle gelmiştir. Bu durum, Mahkemeyi kamuoyu nezdinde çözüm odaklı bir makama dönüştürmektedir. Ayrıca Mahkemenin hem toplumla hem de bireyle olan bağınu güçlendirmektedir. Mahkeme hak temelli ve haktan yana tutum aldığı yargısal yorumlar aracılığıyla ve bunu bir yargısal politikaya dönüştürerek kendine duyulan güveni pekiştirmektedir. Bunun, Mahkeme açısından bir tür “yargısal güçlenme stratejisi” olduğu söylenebilir.

Yargısal güçlenme ve popülerlik, demokratik ve kurumsal dengenin zorlandığı siyasal açıdan hassas ve kutuplaşmış konular ya da dönemlerde mahkemelerin kabul görmesini ve saygınlığını beraberinde getirmeyebilir. Yakın tarihte Anayasa Mahkemesi, yargısal otoritesinin diğer mahkemeler tarafından tanınmadığı, “ters tepme” olarak adlandırılabilir durumlar yaşamıştır. Kamuoyunun gündeminde öne çıkan siyasal öneme sahip bazı gazetecilik davalarında (Şahin Alpay ve Mehmet Altan hakkındaki bireysel başvuru içtihatları) yerel mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin kararlarına direnmesi olarak karşılaştığımız olgu, yargısal güçlenmeye bir karşı koyuş niteliğindedir.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesi yargısal güçlenme stratejisinin bir parçası olarak hem bireysel başvuru içtihadında hem de norm denetimine ilişkin içtihadında giderek daha belirgin bir şekilde demokratik toplum düzeninin gereklerine odaklanmaktadır. Bireysel başvuru yolundaki gelişmeler norm denetimi bakımından da etkili olmaktadır. Bu etki, Anayasa Mahkemesinin demokrasiyle olan ilişkisini -özellikle hak eksenli yorum yoluyla- güçlendirecek bir potansiyele sahiptir. Norm denetiminde, sözgelimi, şehirler arası kara yollarında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlememesini öngören kanun hükmünü demokratik toplum düzeni gerekleri bakımından irdeleyen anayasal içtihat söz konusu potansiyelin bir örneğidir. Böylece Anayasa Mahkemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusundaki hak temelli bireysel başvuru içtihatlarını norm denetimine de kurumsal bir tercih olarak yansıtabilmiştir.

Öte yandan Mahkeme, gazetecilerden toplumsal cinsiyet temelli şiddete uzanan ve çok geniş kesimi kucaklayan içtihatları ile yalnızca popüler bir aktör değildir. Aynı zamanda haksızlıkları giderme ve toplumsal güven açısından da potansiyelini ortaya koymaktadır. Söz konusu potansiyelin kaynağı ise yargısal güçlenme stratejisidir. Ancak yargısal güçlenme stratejisi, Mahkeme açısından mutlak ve tutarlı bir ölüntü oluşturmamaktadır. Mahkemenin göreceli bir yargısal güçlenmeyi tercih ettiği söylenebilir. Bu durum, Mahkemenin uyguladığı diğer stratejilerle bağlantılıdır.

b. Yargısal Seçicilik

Yargısal güçlenmeyi zayıflatan ve göreceli hâle getiren temel strateji, yargısal seçiciliktir. Anayasa Mahkemesi, siyasal açıdan hassas konularda yargısal seçiciliği uygulamaktadır. Yargısal seçicilik, anayasal denetim ya da hak odaklı müdahalecilik durum ve zamana göre kullanıldığında ortaya çıkar. Mahkeme, yargısal seçiciliği kimi zaman hak temelli davranarak (örneğin Barış İçin Akademisyenler konusunda *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* kararı, B. No: 2018/17635, 26/7/2019) kimi zamansa benzer ve karşılaştırmalı örnekler bakımından farklı yargısal yorumları benimseyerek uygulamaktadır.

c. Yargısal Gündemin Yönetimi

Siyasal açıdan hassas konular ve mega politika davalarında ötelemeler ve yargısal gündemi belirleme stratejisi de diğer bir strateji olarak öne çıkmaktadır. Bazı davaları bekletmek, gündemi oluşturmada öncelik vermek ya da vermemek, özellikle Türkiye açısından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önemli bir etken olduğu için zaman zaman onun yorum ve adımlarını kestirerek ilerlemek bu stratejinin bir parçası olarak görülebilir. Burada Mahkeme siyasal gündemin etkileri ve kamuoyu tartışması karşısında ödünleşmeden yanadır. Fakat yargının yönetim araçları (gündem ya da takvim planlaması vb.) ile süreci belirlemeye çalışmaktadır. Anayasal sistemin gerekleri ve Avrupa Konseyi değerlerini koruyan ve sürdüren bir kurum olmayı yargı yönetimine ilişkin politikası aracılığı ile seçici ve stratejik olarak sağlamaya çalışmaktadır.

d. Yargısal Kararda Oy Dengeleri

Son olarak gündelik siyasette öne çıkan ve siyasal açıdan hassas konularda özellikle birbirine yakın oy çokluğu ile karar alma ve bazen başkanın oyunun belirleyici olduğu kararlarla karşılaşmamız ve özellikle

karşı oyların artan önemine değinilebilir. Bu örnekler, kimi zaman Anayasa Mahkemesinin yargısal güçlenmesi stratejisine destek olmakta, kimi zaman yargısal uyumla sonuçlanmaktadır.

Sonuç

Anayasa hukuku, siyasal iktidarın sınırlanmasını anayasacılığın özü sayar. Anayasacılığın siyasal ve toplumsal mücadelesi güçlü olanları hukuk aracılığıyla adil olmaya çağırarak ve bunun kayıtlarını, koşullarını koymaktır. Burada, aynı derece önemli olan ve üzerinde daha az durulan bir husus daha var. O da anayasacılık için, siyasal gücün keyfî kullanılmasında adil olanları, adil olma yükümlülüğü taşıyanları ve bunun içinde özellikle anayasa mahkemelerini güçlendirmektir. Anayasa mahkemelerinin hak odaklı anayasal yorumlarıyla uyguladıkları yargısal güçlenme stratejileri bu yönüyle anayasacılığa hizmet ederler. Siyasal güç sahipleri de dahil olmak üzere herkes için kamusal yarar üretirler. Siyasal güce yönelik çağrılardan ve tartışmalardan daha etkili ve olumlu sonuçlar doğurur. Türkiye’de anayasacılığın canlanması için Anayasa Mahkemesinin yargısal yorum ve yargısal politikasını istisnasız biçimde yargısal güçlenme stratejisine dayandırması bu açıdan elzemdir.

Anayasa Mahkememizin 60. yılını tekrar kutluyorum.