
Mahkemenin Zihniyeti

Etyen Mahçupyan

I

Anayasa Mahkemesi herhalde ‘ince’ bir siyaset izlediğini düşünerek, başörtüsünü ‘normalleştirecek’ Anayasa değişikliğini reddeden kararının ve AKP’ye laikliğe aykırı davrandığı için para cezası hükmettiği kararının gerekçelerini neredeyse aynı anda kamuoyuna sundu. Belki de böylece her iki kararın da birbirini desteklediği izlenimi yaratılmak istendi. Oysa AKP kararı zaten yeterince hukuk ‘ötesi’, hatta mizahi bir durumu ifade etmekte. Hem Cumhuriyet’in temel ilkesi dediğiniz ‘laikliğin’ bir siyasi parti tarafından defalarca suistimal edildiğini iddia edeceksiniz, hem de bunun cezasının parasal olduğunu söyleyeceksiniz... Bu karar parası olanın Cumhuriyet’i değiştirebileceği, züğürtlerin de bu Cumhuriyet’e razı olması gerektiği gibi abuk noktalara kadar giden geniş bir edebiyat yaratacak kadar hukuk dışı...

Ancak ‘başörtüsü kararı’ olarak algılanan diğeri böyle mizahi değil... Aksine bu karar Türkiye’deki rejimin gerçek yüzünü saklayamayacak kadar samimi bir itiraf... Önce söz konusu Anayasa değişikliğini hatırlayalım: Öneri tüm vatandaşların genelde kamu hizmetlerinden ve özelde de yüksek öğrenim hakkından ‘eşit’ bir biçimde yararlanmalarını öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi böyle bir eşitliğin Türkiye Cumhuriyeti’nin temel ilkelerinden olan laikliğe aykırı olduğunu söyledi. Yani bizdeki Cumhuriyet’in temelde eşitsizliğe dayalı olduğunu, dolayısıyla hukuksal pratik açısından ayrımcılığı ima ettiğini itiraf etti.

Etyen Mahçupyan Taraf Gazetesi köşe yazarı ve Agos Gazetesi genel yayın yönetmenidir.

Yaz-Sonbahar 2008, Sayı: 51-52, s. 83-90.

Anlaşıyor ki, Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluğu, 'vatandaşı' değişmez bir devlet tanımını çerçevesinde kabullenmekle kalmıyor; bu vatandaşlık özelliklerinin dışında olduğunu düşündükleri insanların haklarının kısıtlanabileceğine inanıyor. Ama daha da ilginç söz konusu vatandaşlık tanımında Meclis'in hiçbir tasarrufunun olamayacağını, diğer bir deyişle Meclis yoluyla eksik vatandaşlara vatandaşlık hakkının verilemeyeceğini; kısacası kimin makbul vatandaş olup olmadığına Meclis'in değil kendilerinin temsil etmekte oldukları bir üst iradenin karar verebileceğini söylemiş oluyor.

Bu epeyce ilginç bir duruş... Çünkü belki de ilk kez yargının en üst organı bizlerin 'cumhuriyet' dediği rejimin gerçekte bir tür ideolojik diktatörlük olduğunu gocunmadan belirtmiş ve hatta bu durumu savunmuş oluyor. Karardan sonra yapılan eleştirilerin bu bağlamda niçin işlevsiz olduğunu da dolayısıyla anlamış oluyoruz. Söz konusu eleştiriler, Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir yasa değişikliği teklifini ancak şekilsel olarak denetleyebileceğini, bu şekil şartlarının da 'teklif çoğunluğu', 'oylama çoğunluğu' ve 'ivedilikle görüşme yasağı' olduğunu vurguladılar. Bunlar Meclis'te yasa değişikliği kararı alınırken uyulması gereken prosedüre ilişkin kıstaslar... Diğer bir deyişle Mahkeme'nin herhangi bir yasa değişikliğini 'içerik' olarak denetleyemeyeceği zaten Anayasa'nın maddeleri arasında. Nitekim Mahkeme'nin yetkilerini belirten 148. maddenin var olma gerekçesi de zaten Meclis'in yasa yapma yetkisine yargı tarafından tecavüz edilmesinin engellenmesi...

Öte yandan örneğin Mustafa Şentop'un belirttiği üzere, Cumhuriyet'in ilkelerinin değiştirilemeyeceğine dair Anayasa maddesi, bu bağlamda bir denetleme prosedürü üretmemiş ve Anayasa Mahkemesi'ne de böyle bir yetki vermemiş durumda. 'Teklif dahi edilemeyecek' maddelerin olması zaten ne kadar kabul edilebilir ayrı konu, ama böyle maddelerin meşruiyetini kabullensek bile bu durum Meclis'in kendisine yönelik bir özdenetim hassasiyetinden fazlasını hukuken ima edecek güce sahip değil...

Kısacası Anayasa Mahkemesi'ne hukuku, Anayasa'yı veya kuvvetler ayrılığını hatırlatmak tamamen anlamsız... Çünkü Mahkeme bunları unutmuş değil. Aksine Mahkeme son kararda gösterdiği tutumu 'bilerek' alıyor, Anayasa'yı ve yasaları 'bilerek' bu şekilde yorumluyor. Dolayısıyla da bütün bunların hukukla ve hukuksal akıl yürütmelerle hiçbir ilgisi yok...

Önümüzdeki yazılarda açıkça göreceğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi kendisini kuvvetler ayrılığı ilkesi ile sınırlanmış hissetmiyor. Mahkeme'nin kendisiyle ilgili tasavvuru, demokrasi mekanizmasının 'üzerinde' bir organ olduğu şeklinde. Bunun anlamı topluma karşı sorumlu olmayan, hatta topluma muhatap olması gerekmeyen bir yargı kurumsallaşması yaratıldığıdır. İyi de, o zaman bu Mahkeme kime karşı sorumlu? Yanıt biz sıradan vatandaşların ulaşamayacağı bir manevi otoriteyi ima ediyor... Anayasa Mahkemesi'nin üyeleri, kendilerinin Tanrı ile başbaşa olduklarını düşünen Kardinallere benziyorlar. Dinin gereklerini bilenler onlar... Ve tabii makbul dindarın da nasıl olacağını onlar söylüyorlar...

Laikliği korumak üzere yola çıkan ve sonuçta bizzat laikliği bir din haline getiren bu bakış, ilginç bir biçimde Cumhuriyet'in de 'temel ilkesi'...

Taraf, 29.10.2008

II

Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan ufak eklemeler gerçekte son derece utanç bir çabanın ifadesiydi. Bu ilaveler sayesinde Türkiye'de kamu hizmetlerinden ve özellikle yüksek öğrenim haklarından yararlanma açısından 'eşitlik' olduğunun daha net bir biçimde vurgulanmasıydı amaç... Aslında söz konusu maddeler zaten böyle bir eşitliği içermekte, ne var ki yargı bu içeriği görmezden gelmekteydi. Dolayısıyla Meclis bu yasa maddelerine son derece genel ve kapsayıcı birer cümle eklemekle yetindi. Ama Anayasa Mahkemesi böyle genel bir eşitliğin Cumhuriyet'in temel anlayışına aykırı olduğunu, diğer bir deyişle bizdeki rejimin temelini eşitsizlik olduğunu söyledi ve nitekim bu bakışını da karar gerekçesinde savundu.

Söz konusu akıl yürütmeyi adım adım takip edebilmek üzere, gerekçeye bakalım... Öncelikle anlamak gerek ki Anayasa Mahkemesi hukuki olmayan bir biçimde, yani böyle bir yetkiye sahip olmadığı halde iki yasa değişikliğini iptal etmekte olduğunun bilincindedir. Bu nedenle de yaptığı hukuk dışı işleme bir meşruiyet zemini bulmak zorunda. Bunun Meclis olmadığı açık... Yani Meclis iradesinin dışında ve üzerinde bir başka irade gerekiyor. Öyle bir irade ki Anayasa Mahkemesi doğrudan onunla ilişki kurabilsin, onu dolayimsız olarak temsil edebilsin...

Gerekçede şöyle deniyor: "(1)Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir. (2)Asli kurucu iktidarın önceki Anayasa'lara bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm anayasal kurum ve kuruluşların dayanağı haline gelir. (3)Anayasa'nın öngördüğü ve öğretilde 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." (Rakamları kolaylık amacıyla ben ekledim...)

Birinci cümle bizlerin hâlâ bir türlü idrak edemediği ve itiraz ettiği bir 'gerçeği' vurgulamakta. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu ülkede siyasi iktidar sanıldığı gibi Meclis'te cisimleşmez! Onun dışında ve üstünde başka bir iktidar vardır ve buna 'kurucu iktidar' denir. Bu esas iktidarı "ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlerle ortaya çıkan kesintiler" yani darbeler biçimlendirir. Darbeler hukukla bağlı olmadıkları gibi, hukuku da belirlerler. Anlaşılan Anayasa Mahkemesi açısından darbelerin hukuk dışı hiçbir niteliklerinin olmaması bir yana, bizzat hukukun oluşması için bile darbeye ihtiyaç bulunmaktadır. Geçenlerde bir yüksek yargı mensubunun (belki aileden de gelen bir temayülle) darbeyi savunmasını herhalde artık yadırgamıyoruz... Çünkü ülkenin en üst yargı organına göre, hukuk toplumsal bir uzlaşmanın değil, ayrıcalıklı bir grup insanın yasa dışı iradesinin sonucu olarak ortaya çıkabiliyor.

İkinci cümle söz konusu darbecilerin eski anayasalara bağlı olmadan hukuk oluşturma haklarının olduğunu ifade etmekte. Diğer bir deyişle Anayasa Mahkemesi'ne göre darbe

yapmak bir suç değil, çünkü başarılı darbeciler eski anayasa ile bağlı olmaktan çıkıyorlar. Bilemiyoruz başka ülkelerde böylesine açıkça darbe destekçiliğini ima eden cümleler bir yargı kararı gerekçesi olarak yazılmış mıdır... Ama Türkiye’de bu pek de şaşırtıcı bir durum değil. Nitekim aynı cümlenin geri kalan kısmı, darbe hukukunun ‘doğallaşma’ hakkını pek de gocunmadan savunuyor ve bu yeni hukukun “temel düzen normu” olarak alınarak tüm anayasal kuruluşların dayanağı haline gelmesi gerektiğini söylüyor.

Nihayet üçüncü cümlede ise kuvvetler ayrılığı çerçevesinde tanımlanan yasama, yürütme ve yargının, yukarıda söylenen “temel düzen normu”nun parçası olarak, bu düzeni mümkün kılan hukuka, yani darbe hukukuna tâbi oldukları vurgulanıyor. Anayasa Mahkemesi’ne göre artık karşımızda darbenin yerleştiği bir “hukuksal otorite” var ve her kurum ancak bu ‘otoriteye’ uyumlu davrandığı takdirde hukuksal geçerliliğe sahip işlemler yapabilir. Diğer bir deyişle ‘evrensel hukuk’ vs. bizi hiçbir biçimde bağlamaz! Bir işlemin ‘hukuksal’ olup olmadığı, darbenin yerleştiği düzene ne denli uygun olduğuyula bağlantılıdır. Kısacası hukukun menşei bizzat darbenin kendisidir...

Bu hukukun kollanması ve savunulması ise doğal olarak yargı kurumlarına ve en başta da Anayasa Mahkemesi’ne düşecektir. Söylenen şey, nasıl elimizde bir darbe anayasası varsa, aynı şekilde karşımızda da bir darbe yargısının olduğudur. Hukuk ise, bu dünyada henüz kendine yer açamamış romantik bir kavram gibi duruyor... Anayasa Mahkemesi ise kendisine atfettiği “asli kurucu”nun vekili rolünden çok memnun olmak bir yana, bunu ‘hukuk’ sanıyor...

Taraf, 31.10.2008

III

Kamu hizmetlerinden ve yüksek öğrenimden eşit bir biçimde yararlanmanın tüm vatandaşlar için bir hak olduğunu tekrarlayan anayasa değişikliklerini iptal eden Anayasa Mahkemesi’nin akıl yürütme biçimi, Türkiye’deki rejimin de adını koyuyor. Bizzat yüksek mahkemenin gerekçesinden anlaşılıyor ki, ‘cumhuriyet’ dediğimiz rejim gerçekte meşruiyetini darbeden alan bir düzen. Yargının kendisini bağlı hissettiği ‘hukuk’ da aslında darbecilerin tercihlerinin oluşturduğu yasal çerçeveden ibaret.

Böyle bir yargı mekanizmasının aldığı her karar ister istemez darbeyi ve darbeciyi ideolojik olarak meşrulaştırma gayreti içinde olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesi de, darbe hukukunu ‘evrenselleştirmeye’ çalışmakta...

Metnin ‘laiklik’ ile ilgili bölümünde şöyle deniyor: “(1)Laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. (2)Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sergilendiği toplumlarda laik ve demokratik değerler özümсенir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir gö-

rünüm kazanır. (3)Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları ve ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır.” (Rakamları kolaylık amacıyla ben ekledim...)

Birinci önerme bu konudaki klasik kemalist sığılığı yinelemekte... Her şeyden önce, laiklik kavramının Avrupa'nın kendine özgü tarihinin içinde şekillenmesi o zaman bile tek tip bir laikliğin olduğunu göstermez. Nitekim diğer ülkelerin uygulamada getirdikleri anlayış özelliklerini bir yana koysak bile, Fransız ve İngiliz örnekleri yeterince farklı laiklik algılarının olduğunu gösteriyor. Öte yandan günümüzdeki laikliğin tarihsel bir belirlenme altında olduğunu söylemek de zor, çünkü bugün her toplum artık olası bir laiklik yelpazesinin içinden zihniyetine göre tercihte bulunuyor. Dolayısıyla Mahkeme'nin sandığı üzere 'laiklik' diye herkesin kabullendiği bir evrensel gerçeklik yok... Yani Türkiye'deki laiklik, tamamen Türkiye'nin tercihi. Öte yandan eğer laiklik ilkesine göre siyasal ve hukuksal yapı "akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere" dayanmakta ise, bu tam da Türkiye'de olan şey! Çünkü söz konusu anayasa değişiklikleri ulusal iradeyi taşımakta olan Meclis tarafından önerildi ve Meclis de 'bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin' sonucu olarak oluştu.

İkinci önerme Mahkeme'nin içine düşmüş olduğu bu çelişkinin nasıl bir mantıksızlık yarattığını açıkça ortaya koyuyor... Söylendiğine göre eğer anayasal özgürlüklerden ayrımsız yararlanılırsa, laik ve demokratik değerler özümsebilir ve nihayetinde "çağdaş bir görünüm" kazanılabilecektir. Çağdaş görünümün laik ve demokratik değerlerin ölçüsü olarak sunulmasının ardındaki yüzeyselliği bir yana bırakalım... Düşünün ki burada amaç görünümün çağdaş olmadığından hareketle, düzenin de laik olmadığını kanıtlamak. Ne var ki laik olabilmek, yine Mahkeme'ye göre, ancak anayasal özgürlüklerden "ayrımsız" yararlanılırsa mümkün... Gerçekten de öyle! Nitekim başörtülü kadınlar bu özgürlüklerden yararlanmadıkları için Türkiye laik değil! Bunun da sorumlusu Meclis değil, ayrımcılığın bizzat sorumlusu olan darbe rejimi ve darbe hukuku.

Üçüncü önerme ise dinlerin siyasal yapının hukuksal kurallarını koymaya başladığı takdirde toplumsal barışın korunmasının zorlaşacağını söylüyor. Bu genellemenin altında dindarların inanç özgürlüğü ve eşitlik talebinin 'din devletini' ima ettiği ve bunun 'doğal' olarak ulusal iradeye karşı olduğu kabulü var. Oysa söz konusu anayasa değişiklikleri ulusal iradeye uygun olarak Meclis'te tasarlanmıştı ve üstelik de laikliği dinselleştiren bir rejim nedeniyle mağdur olan bir kesimin diğerleri ile eşit koşullara gelmesini hedefliyordu...

Gerekçenin laiklik üzerinden darbe hukukunu 'evrenselleştirerek' meşrulaştırma gayreti ne yazık ki mantıksal tutarlılığa bile sahip olmayan bir akıl yürütme ile sonuçlanmış. Öyle ki Mahkeme Türkiye'nin laik olmadığını, iki anayasa maddesindeki değişimde ima edilen eşitlik talebinin ise ulusal iradeyi yansıttığını ve bunun da temelinde rejimin ayrımcılığının yattığını bir paragrafta bir güzel kanıtlamış...

Taraf, 02.11.2008

IV

Anayasa Mahkemesi'nin akıl yürütmesinin temelinde darbe rejimini ve hukukunu meşru kabul etmesi ve daha da önemlisi meşruiyetin sınırını bizzat bu darbe hukuku ile çizmesi yatıyor. Ne var ki hukuk böylesine yerelleştirilebilecek bir alan değil... Dolayısıyla söz konusu darbenin modern ve çağdaş bir ülke yarattığı ve halen geçerli olan hukukun da bu nedenle evrensel temellere dayandığı 'laiklik' üzerinden gösterilmeye çalışılıyor. Ancak buradaki argümanlar da sonuçta Türkiye'nin tam da rejim nedeniyle laik olmadığını ortaya koymakta... Böylece bir sıkışmanın eşiğine geliyoruz. Çare alınan ret kararının somut ve pratik nedenlerinin olduğunun kanıtlanmasında...

Nitekim gerekçe metni şu 'delilleri' öne sürerek istediği sonucu üretmeye çalışıyor: "(1)...Kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu... ortamlarda, farklı yaşam tercihlerine... sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşme olasılığı bulunmaktadır. (2)Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından... kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdirine kalacağı açıktır. (3)...Ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. (4)...Meclis görüşmelerinde... demokratik uzlaşma yolları dışlanarak meydan okumanın ve dayatmanın yöntem olarak benimsendiği... tutanaklardan anlaşılmaktadır. (5)...Toplumsal sorunların... demokratik barışı ve uzlaşmayı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir. (Rakamları ben ekledim...)

Birinci cümle başörtüsünün farklı dinsel inançlara sahip kişiler üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılma 'olasılığını' vurguluyor. Açıktır ki her şey uygun konjonktür ve güçle beslendiğinde ve en önemlisi zihniyetiniz buna uygunsuzsa, bir baskı aracına dönüşebilir. Bu durumda yargının 'her şeyi' yasaklaması mümkündür ve neyin yasaklanacağını da bizzat yargının zihniyeti belirleyecektir. Ama bu durum zaten yargının kendisinin bir "baskı aracı olarak kullanılma" halini betimler, ki zaten yapılan da o... Dolayısıyla yargının bir olasılıktan hareket ederek bugün yaşanan, yani 'olasılık' değil gerçek olan bir özgürlük eksikliğini olumlaması, hukuka değil otoriter bir ideolojiye bağımlılığını ortaya koymakta.

İkinci cümle Mahkeme'nin 'mutsuzluğunu' ortaya koymasından ilginç bir tespit. Eksik olan tek kelime 'maalesef' olabilirdi... Çünkü Mahkeme anayasal düzende Meclis'e zorla yasa yaptırılamayacağını, bunun Meclis'in takdirine kaldığına sanki hayıflanıyor. Diğer bir deyişle 'eğer Meclis'e zorla yasa yaptırılabilseydi, bu kararın alınmak zorunda kalınmayacağı' ima ediliyor. Yani Mahkeme darbe rejiminin yasama üzerindeki etkisinin azalmasını telafi eden bir işleve sahip olduğunu itiraf ediyor.

Üçüncü cümlede çoğunluğu Müslüman olan bir ülkede, Meclis'in Müslümanların neden olduğu sorunlarda özgürlük sınırlandırılmasına gitme 'olasılığının' az olduğu vurgulanmakta. Ne var ki bu da sadece bir olasılık ve gerçekleştiğinde de zaten hukuken, insan hakları bağlamında zorlanması mümkün. Yani Mahkeme gerçekleşmemiş bir duruma

karşı Meclis'in bilinmeyen tavrını 'veri' alıp, bugün somut bir özgürlüğü sınırlamayı hukuksal saymak istiyor...

Dördüncü nokta Meclis'teki muhalefetin siyasi itirazlarının ve buna karşılık hükümetin yine siyaseten verdiği yanıtların hukuksal delil olarak gösterilmesi gibi bir zafiyete işaret etmekte. Çünkü bu karşılıklı söz almalar çoğu zaman 'tartışmanın' değil, karşılıklı duygusal kışkırtmaların sonucu olarak biçimlenmekte. Böyle bir ortamdan hareketle Meclis'in gelecekteki 'kararının' ne olacağını anladığına hükmetmek ise herhalde hukukla pek bağlantılı değil... Ancak anlaşılan bu 'delil' Mahkeme'yi rahatsız etmiyor, çünkü yüzeysel ideolojik siyasetle hukukun ayırt edilmesi gibi bir kaygıya zaten rastlanmıyor.

Nihayet son cümle; Anayasa'nın, sorunları "demokratik barışı ve uzlaşmayı" esas alan yöntemlerle çözmesi gerektirdiğini öne sürerken, Meclis'te bu doğrultuda bir 'barış ve uzlaşma' olmamasına dayandırıyor. Anlaşılan herhangi bir muhalif partinin ısrarı ile 'uzlaşma' ortadan kalkabiliyor. Oysa Meclis'in kendisi zaten bir toplumsal uzlaşma dengesinin göstergesidir. Oradaki çoğunluk toplumdaki uzlaşma yaygınlığını ima eder...

Kısacası, Mahkeme topluma bakmayı, toplumu esas almayı bilmediği için, mantığını aktörlerin muhtemel davranışlarına ve darbe rejiminin tehdit algılamasına dayandırmakta. Böylece 'bir ihtimal' ortaya çıkabilecek durumlar ve tutumlar yan yana getirilip, temel bir özgürlüğün kategorik olarak yasaklanması isteniyor ve ortaya eşitsizliği savunan bir 'hukuk' kurumu çıkıyor.

Taraf, 04.11.2008

V

Anayasanın 10. ve 42. maddesinde yapılan eklemelerle, kamu hizmetlerinden ve özelde de yüksek öğrenim hakkından yararlanmanın eşitlik temelinde bir vatandaşlık hakkı olduğunu vurgulayan değişiklik talebi, bilindiği gibi bir süre önce Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmişti. Bu kararın gerekçesi ise, sadece üç sayfalık bir bölüm olmasına rağmen, aylarca bekletilerek AKP'nin kapatılmasına ilişkin davanın gerekçesi ile birlikte kamuoyuna sunuldu. Bu durum aslında bizleri iyimserliğe sevk edebilir... Çünkü anlaşılıyor ki, Anayasa Mahkemesi'nin üyeleri yaptıkları işin farkındalar. Yani söz konusu kararın hukuksal açıdan ne denli zayıf olduğunu, hatta bizatihi hukukun ihlalinin ima ettiğini biliyorlar. Ancak öte yandan karamsarlık için de yeterince neden var: Ne de olsa bu hukuk dışı tutumu siyaseten savunma konusunda ısrarlı bir yüksek yargı ile karşı karşıyayız.

Soru, kendisini hukuka bağlı hissetmeyen bir yüksek yargının nasıl var olabildiğidir... Bunun mantığı çok açık bir biçimde söz konusu 'başörtüsü kararında' ortaya konmuş durumda. Anlaşıldığına göre Anayasa Mahkemesi kendisini hukukla değil, 12 Eylül darbesinin getirdiği rejimle ilişkilendiriyor. Dolayısıyla darbenin ideolojisini ve buna dayanan siyasi algılamasını hukukun 'altyapısı' olarak kendi tasarruflarına temel alıyor. Bu durumda bir 'evrenselleştirme' kaygısı göstermekle birlikte, esas olarak 12 Eylül rejiminin ve kemalizmin 'laiklik' anlayışından hareket ediyor. Ne var ki bu otoriter zihniyeti yansıtan, dışlayıcı bir laiklik. O nedenle de eşitlik temelinde değil, aksine ayrımcılık temelinde işlev-

sel. Görünen o ki Anayasa Mahkemesi söz konusu ayrımcılığı hiçbir gıcunma duymadan Cumhuriyet'in temel ilkesi olarak kabullenmekte. Bu noktadan sonra mesele ayrımcılığı haklı çıkartacak delillerin bulunmasına kalıyor, ama ortada böyle bir malzeme de yok... Böylece 'olasılıklar' üzerinden giden bir akıl yürütme ile karşılaşılıyor. Öyle ki başörtüsüne verilecek eşitlik hakkının ilerde 'bir ihtimal' başkaları üzerinde baskı yaratması, Meclis'in 'bir ihtimal' bu baskıyı giderecek adımı atamaması ve en ilginç Meclis'e böyle bir tasarruf için baskı yapacak bir merciin olmaması nedeniyle ayrımcı bir toplumsal düzen savunulabiliyor...

Bu tavrın ideolojik bir bağımlılığı ima ettiği ve Anayasa Mahkemesi'nin tam anlamıyla otoriter zihniyeti benimsemiş olduğu açık... Dolayısıyla darbe rejimine hukuksal meşruiyet tanınması da bizi şaşırtmıyor. Hukuk adına hukukun ihlal edilmesi, anayasal olarak sadece şekil şartına bakma hakkına sahipken 'içeriğe' bakılması, delil bulma uğruna tamamen siyasi bir seçme yapılması da şaşırtıcı değil... Çünkü otoriter zihniyet 'doğrunun' tek ve belli olduğu, bu 'doğrunun' evrensel bir gerçekliği ima ettiği ve ancak bu 'doğruya' uygun davranıldığı takdirde doğru bir siyasetin üretilebileceği aksiyomuna dayanır. Söz konusu 'doğru' bilindiği andan itibaren ona ulaşma yolu önemini yitirir. Her aracın amaç için mubah olduğu bir algılama doğar. Böylece hukuk da kendisi için var olan, siyasetin üzerinde bir toplumsal regülasyon çerçevesi olmaktan çıkar... Otoriter zihniyet altında hukuk, 'doğru' toplumsal nizamın gerçekleşmesi için kullanılacak 'siyasi' bir araçtır...

Nitekim görüldüğü kadarıyla Anayasa Mahkemesi de kendisini bu siyasetin öznesi olarak görmekte. Böylece anayasadaki 'değiştirilmesi mümkün olmayan' maddelerin sözcülüğüne ve sahipliğine soyunuyor. Çünkü hukukun 'ruhuna' aykırı olan bu 'değiştirilemezlik' kabulü, Anayasa Mahkemesi'ni de hukuktan ve bizzat anayasadan azade kılıyor. Bu Mahkeme'nin hareket alanını belirleyen şey anayasa değil... 'Değiştirilmesi mümkün olmayan' maddelerin varlığı... Mahkeme bu maddelerin 'değiştirilemezliğine' dayanarak yasamanın tüm tasarruflarına ve toplumun tüm olası tercih ve taleplerine karşı çıkabileceğini sanıyor. Çünkü ona göre temel 'doğru' toplumdaki değil, darbe rejiminden kaynaklanmakta...

Böylece gerekçedeki şu nihai yargıya varıyoruz: "...Yapılmak istenen düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır."

Laikliğin çarpıtılmasını, 'dini siyasete alet eden' tek bir delilin bile bulunamamış olmasını bir yana koyalım... Gerekçede sözü edilen 'yanlış' yöntem yasa değişikliğinin Meclis'te alınmış olması, 'yanlış' içerik ise yasa değişikliğinin eşitliği vurgulamasıdır.

Yani yasaları Meclis yapmasın, ayrımcılık sürsün diyen bir Anayasa Mahkemesi var... Rejim askerî vesayet olursa, yargı da ancak böyle oluyor...

Taraf, 05.11.2008