

ANAYASA MAHKEMESİNİN MUHAFAZAKAR – LIBERAL İKİLEMİ

The Conservative – Liberal Paradox of the Constitutional Court of Turkey

Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA*

ÖZET

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM), sergilediği kimlik ve vizyon muğlaklığıyla devletin ve toplumun bir özetidir. AYM'nin bir yüksek yargı organı olarak içinde bulunduğu kültür ve zihniyet açmazları, siyasetin ritmi karşısındaki doğrudan-dolaylı ikincil pozisyonu nedeniyle büsbütün aşikar olmaktadır. AYM; özgün, ilkesel, günceli aşan, yereli soğukkanlılıkla anlamlandıran bir söylem geliştirememiş, konjonktür baskısından kurtulamamıştır.

AYM'nin çelişkili tutumunun altında, kuruluşundan beri kurumun bir tür muhafazakarlık içinde konumlanması yatmaktadır. Toplumun çatışan taraflarının farklı muhtevaları muhafazakarca öne sürdüğü ve aslında bir bütün olarak siyasi alanın muhafazakarlıkla dolu olduğu düşünüldüğünde AYM'yi yönlendiren davranış psikolojisinin de aynı mahiyette olması doğaldır. Öte yandan AYM, toplumsal çeşitliliği ve uluslararası faktörleri dikkate alarak liberal görüntüler vermek zorundadır. Bu açmaz içinde AYM, tıkanıklıkları saklamaya matuf, derinliksiz ve istikrarsız bir liberalizme sürüklenmektedir.

İdeolojiler üstü muhafazakar reflekslerde birleşen mahkeme yetkilileri nedeniyle AYM'nin tarihi boyunca imaja ağırlık verdiği ve köklü hukuk sorunlarına çözüm getiremediği söylenebilir. Zühtü Arslan başkanlığındaki AYM de aynı kronik sorunla karşı karşıyadır. Tek farkla ki Arslan'ın mesleki birikimi ve liberal teoriye vukufu ona daha esaslı bir seçim yaptıracaktır: Arslan ya AYM'nin kimlik, kültür, söylem ve eylem ikilemlerini çözümlenmek yolunda cesur adımlar atacak ya da bu ikilemleri akademik donanımı ve farkındalığı sayesinde daha ustaca gizleyip derinleştirecektir.

Bu çalışmada, AYM'nin en belirleyici yargısal tutum problemi olarak gördüğümüz muhafazakar-liberal ikilemi anlamlandırılmakta ve bu problemi yakın gelecekte çözmeye potansiyeli değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Muhafazakar, Liberal, Realizm, Hukuk Politikası, Zühtü Arslan.

ABSTRACT

The Constitutional Court of Turkey (CCT) stands out as a representative sample of state and society, with respect to perplexities pertaining to identity and mentality. Owing to its secondary position before politics, the intellectual and cultural paradoxes

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Anayasa Mahkemesi Eski Raporörü. 0136310@gmail.com.

of this vital organ of the higher judiciary become all the more evident. Not surprisingly, the CCT has never managed to develop authentic, disinterested, and principle-based approaches. On the contrary, its stance and decisions are predominantly shaped and re-shaped by temporary events and non-legal factors.

The unstable and conflictual nature of the CCT is mainly due to conservatism. Not only a particular type of conservatism, namely the Kemalist, formed the foundations of the CCT, but also due to clashing conservatisms of divergent social groups, conservative disposition is a common trend in political discourse in Turkey. It is thus not surprising that the CCT, too, perpetually displays conservative character. Against this tendency, however, arise forces of liberalism, thanks to domestic diversity and international actors such as the European Court of Human Rights. As a result, the CCT evolves into an institution with a superficial and erratic liberal attitude aimed at masking the deep conservative obsessions that constrain it.

Even though the CCT has always adopted a policy of denial in the face of serious legal problems in Turkey, and given rise to “image” as the prime concern, its undemocratic inward facet could not be hidden nonetheless, thanks to meagre legal reasoning in its decisions and public debates about the *modus operandi* of the CCT. Now, the new president Zühtü Arslan is challenged by the same old question of transparency and resolution between image and reality. Arslan, a former professor of constitutional law and an expert on human rights, is well-versed in liberal theory. Yet his biography suggests reasons for anticipating conservative attitudes from him such as quietism and conformism. He now has to choose between bravely addressing the CCT’s torn and unreliable culture or even more effectively concealing its contradictions by his intellectual strength.

This essay offers an in-depth analysis of the conservative-liberal paradox of the CCT, and attempts to evaluate the new administration’s potential to overcome it.

Keywords: Constitutional Court of Turkey, Conservatism, Liberalism, Realism, Legal Politics, Zühtü Arslan.



Giriş

Anayasa Mahkemesine (AYM) Zühtü Arslan’ın başkan seçilmesiyle birlikte, yeni döneme nasıl bir kurumsal geleneğin aktarıldığı, siyasi ve hukuki aktörlerin AYM üzerinde bundan sonra nasıl etkiler yapabileceği ve AYM’nin iç dinamikleri açısından en öncelikli problemin ne olduğu; Türkiye’de anayasal adalet açısından önemli sorular olarak belirdi. Çalışmamızda, hukuki realist ve etnografik bir perspektifle AYM’nin muhafazakar geleneği irdelenmekte, liberal değerleri geliştirmeye ne kadar hazır olduğu sorgulanmaktadır.¹ Çalış-

¹ AYM’nin sosyo-kültürel dokusunun ve yargısal tutumunun kritiği olan önceki çalışmamız için bakınız: Emir Kaya, “Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini”, *Gazi Üniversitesi*

manın amacı, Arslan başkanlığındaki AYM'nin yakın gelecek projeksiyonunu netleştirmektir.

Makalenin ilk kısmında, başkan değişiminin neden incelenmeye değer bir konu olduğu açıklanmaktadır. İkinci kısımda, AYM'de ikilem kaynağı olan muhafazakar ve liberal refleksler arasındaki gerilim irdelenmektedir.² Son kısımda ise Arslan döneminde AYM'nin kurumsal kültür ve politika çelişkilerini aşım aşamayacağına dair öngörülere yer verilmektedir.

I. Başkan Değişikliğinin Önemi ve İncelenmesinin Metodolojisi

AYM'yi dış dünyadan izole ya da tamamen başkana göre şekillenen bir kurum olarak düşünmek doğru olmaz. Bununla birlikte, AYM'nin kendisinin merkezi olduğu bir evrende işlediğini söylemek mümkündür. Başkanın kurumun karakter ve vizyonunda etkili olduğu da açıktır. Çalışmamızda AYM'ye kurumsal bir zihin atfedilmesi ve kurum zihniyetinin tebellür ettiği şahıs olarak başkanın kabul edilmesi metodolojik bir seçimdir. Burada sunulandan daha kompleks AYM realiteleri inkar edilmemekte, sadece kurumun kimliğinde bizce en belirleyici olan hususlar aydınlatılmaya çalışılmaktadır.

AYM'de başkan değişimi, en az iki nedenle incelenmeye değerdir.

Birincisi, yargıç ve yargısal tutum analizi çalışmaları açısından üyelerin ideolojik ve kişilik özelliklerinin incelenmesi, doğal bir akademik merak olduğu kadar üyelerin tutarlılık sorumluluğunu rasyonalize etmesine katkı sunabile-

Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014(3-4): 573-605.

² Bu çalışmada, muhafazakar ve liberal kavramlarına fenomenolojik anlam yüklenmektedir. Bu kavramlardan kasıt, herhangi bir dini ya da seküler ideoloji olmayıp, insanın sosyal dünyayı okuyuşunda belirleyici olan mizacıdır. "Muhafazakar" yerine "tutucu", "liberal" yerine "özgürlükçü" kelimeleri seçilebilirdi. Fakat "tutucu" kelimesi felsefi derinlikten mahrum olduğundan "muhafazakar" kelimesindeki kısmen bilinçli düşünce sistematliğini karşılamaktan uzaktır. "Özgürlükçü" kelimesi ise hukukun özgürlükleri tanımlama potansiyelinden hareketle dar bir alana sıkışabilmektedir. Halbuki "liberal", hukuk anlayışı doğurma potansiyelini de barındıran bir felsefi duruş olarak daha güçlü bir kavramdır. Öte yandan, "muhafazakar"ın konservatizmden, "liberal"ın liberalizmden bağımsız ve saf anlamlar ifade etmesi zor olduğundan dolayı çalışmamızda yer yer kavram karmaşası oluşabileceğini öngörmekteyiz. Bu karmaşayı çözmek amacıyla yazı içerisinde geniş açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamalarda, "muhafazakarlık" ve "liberallik" sadece ideolojiyle izah edilemeyecek derin birer kişilik özü olarak tarif edilmiş, muhafazakarlık ve liberallik konusu olan itikadi ve içtimai dışavurumlar, birtakım mizaç köklerinin devamı olarak yorumlanmıştır. Elbette bu katmanda kompleks, hatta yer yer kendini nakzeden psikolojik formlar söz konusudur. Biz, "muhafazakar" ve "liberal" mizaç tasvirlerine, mükemmel olmayan genellemeler yoluyla ulaşmaya, buradan hareketle AYM özelinde siyasi ve hukuki olguları anlamlandırmaya çalışıyoruz. Özetle, "muhafazakar" ve "liberal", yazı boyunca açıklamaya çalıştığımız olgulara başarıyla karşılık gelme potansiyeli en yüksek olan iki kavram olduğu için seçilmiştir.

cek bir araçtır.³ Lakin bu alandaki incelemeleri olgunlaştırmının önünde ciddi engeller vardır. Kısaca sayarsak:

1) Yüksek mahkeme üyelerinin şahsen araştırma konusu yapılması, Türk yargı ve akademi camialarında alışılmış bir durum olmadığı gibi, böyle bir girişimin içeriğinden bağımsız olarak münasebetsizlik addedilmesi ihtimali vardır. Hukuk süjesi olarak görülen yargı mensuplarının araştırma objesi yapılması zihniyet kodlarına zıttır.⁴ Yüksek tutuculuk ve düşük bilimsellik içeren, dokunulmazlarla dolu bir kültürde böylesi araştırmaların olgunlaşması, yargı ve akademi camialarında iltifat görmesine bağlıdır. Oysa bu yönde bir kıpırdanma yoktur.

Anglo-Sakson realizminin yargıçları hukuk yapıcı olarak gören öncüllerinin aksine ülkemizde Kıta Avrupası ekolünün de etkisiyle hala yargıçları hikmetli kanunların kişiliklerini aşabilen uygulayıcıları olarak görme romantizmi sürmektedir. Bu irrasyonel ısrar, yargıç analizini girilemez bir sahaya dönüştürmüştür.⁵ Ülkenin en kritik yargı organı olan AYM'nin tarihindeki 128 üyenin herhangi biri hakkında objektif kaygılarla ve derinlemesine çalışma yapılmamış olması, ancak zihinsel bariyerlerle açıklanabilir. Zühtü Arslan akademisyenliği döneminde bu zihinsel bariyerleri eleştiri konusu yapmış, Türkiye'de yargıçların "adeta kutsal insanlar" (*quasi-sacred human beings*) olarak algılanmasının sorun olduğunu, yargıçları kritik etmenin riskler getirdiğini, hatta cezai yaptırımlara yol açabileceğini dile getirmiştir.⁶

³ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi üyeleri üzerinde yapılmış bu tür çalışmalar pek çoktur. Örneğin, <http://mqscores.berkeley.edu/> ET: 21/2/2015; http://faculty.georgetown.edu/baileyma/CourtPref_July2012.pdf ET: 21/2/2015; Michael A. Bailey and Forrest Maltzman, *The Constrained Court: Law, Politics and the Decisions Justices Make*, Princeton, Princeton University Press, 2011; Jeffrey Toobin, *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, Anchor Books, 2007.

⁴ En kapsamlı örneği Ünsal tarafından verilmiş olan yerli literatür bu nedenle gelişmemiştir. Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara AÜSBF Yayınları, 1980.

⁵ Aslında yargıç analizi Türkiye'de yargının sosyolojisinde ileri derecede mevcuttur. Hemen her yargı mensubu belli bir aidiyet ile anılmaktadır. 2014 yılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu seçimlerinde yaşanan rekabette başarılı olan Yargıda Birlik Platformunun siyasi eğilimleri bir araya toplayan yapısı bunun en iyi örneklerindedir. Türkiye'de yargı mensuplarının kimlik ve eğilimlerin açıkça konuşulması, kararlarına etkisinin dillendirilmesi hukuk bilimi açısından tabu haline getirilmiştir. Hukuk dışı alanda ve ancak çekişme tarzında gerçekleşmektedir. Bahsettiğimiz zihinsel bariyer nedeniyle bu önemli konu bilimsel bir zemine oturtulamamakta, tarafgir söylemlere kurban edilmektedir.

⁶ Zühtü Arslan, "Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey", *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Change*, T.Halliday, L.Karpik, M.Feeley, (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 219.

2) Türkiye’de AYM üyelerinin ekseriyeti, seçilmeleri öncesinde kişilikleriyle ve fikirleriyle tanınan insanlar değildir. Kamuoyunun ilkesel tartışmalarının değil, meslek çevrelerindeki kulislerin sonucunda üye olmaktadırlar. Üyelik öncesine dair analiz konusu yapılabilecek fikir eserleri çok kısıtlıdır. Her ne kadar Arslan bu konuda ciddi bir istisna ise de bahsettiğimiz vakıa nedeniyle, yargı üyelerinin seçilmelerinden önce vermiş oldukları eserlerdeki fikirlerini üyelik performanslarına aktarmaları yönünde direkt ve güçlü bir beklentinin varlığı şüphelidir. Üyelik, kıymeti kendinden menkul bir meslek gibidir.

3) AYM kararları, çoğunlukla fikir kuvvetinden ve derinliğinden yoksun, pozitif hukuk tartışmasını öne çıkaran, adeta varılmış sonuca göre hukuki tevili üreten metinlerdir.⁷ Bu metinlerden de yargıçların kişilik ve ideolojik özelliklerine dair çıkarımda bulunmak zordur. Şerhler bazı ipuçları verse bile şerhlerin de genellikle değer arayışını öne çıkarmadığı, yer yer ideoloji ama çoğunlukla teknik hukuk tartışması boyutunda kaldığı görülmektedir. Şerh uygulamasının büyük ölçüde prosedürel muhalefet notlarına sıkıştığı, nadiren olgunluk gösterdiği söylenebilir.⁸

4) Üyelerin medyadan uzak konumları ve AYM’nin kamuya açık ayrıntılı toplantı tutanakları tutmaması, elde yargıç analizine ışık tutacak çok kısıtlı malzeme kalması demektir.⁹

⁷ AYM kararlarındaki yöntembilimsel sorunlar için bakınız: Bertil Emrah Oder. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma*, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

⁸ Şerh uygulaması hala o kadar olgunluktan uzaktır ki Türkiye Büyük Millet Meclisi Soruşturma Komisyonunun 17-25 Aralık 2013 yolsuzluk iddialarına ilişkin verdiği yayın yasağı hakkındaki 10/12/2014 tarih ve 2014/18803 sayılı bireysel başvuru kararında, AYM üyelerinin hangi karara vardıkları, şerh düşen üyelerin çoğunluğa hangi yönden ve hangi gerekçelerle katılmadıkları anlaşılammış, tartışma konusu olmuştur. AYM, 11/3/2015 tarihinde bu konuda basın açıklaması yapmak durumunda kalmıştır: <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/661/index.html> ET: 1/4/2015

⁹ Amerikan Yüksek Mahkemesi, toplantı ses kayıtlarını Ulusal Arşivler ve Kayıtlar İdaresi (*National Archives and Records Administration*) kanalıyla kamuya açmaktadır: <http://fas.org/sgp/crs/secretary/RL33706.pdf> ET: 3/7/2015. Amerikan seçmenlerinin % 60’ından fazlası Yüksek Mahkeme müzakerelerinin televizyondan canlı yayınlanmasının demokrasiyi geliştireceğini düşünmektedir: <http://www.nationallawjournal.com/id=1202445906572> ET: 3/7/2015. Türkiye Büyük Millet Meclisi de oturumlarını canlı olarak yayınlamaktadır: https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_tv.htm ET: 3/7/2015. AYM’nin ise muhakemenin aleniliği ilkesi ile toplantılarının kapalılığını nasıl uzlaştırdığı bir muammadır. x/x/2014 tarih ve 2013/16xx sayılı bireysel başvuru kararında AYM, internette paylaşılan cinsel içerikli görüntüleri nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılan ve özel yaşamının gizliliğinin ihlal edildiğinden şikayet eden başvurucunun ismini ifşa etmekten çekinmemiştir. Bu karar, AYM’nin muhakemenin aleniliğini yanlış anladığının, mahkemelerin hesap verme şeffaflığı şeklinde ve vatandaşlar lehine yorumlamadığının delilidir. Özetle, AYM’deki toplantıların kurumun arşivi için bile olsa kayıt altına alınmamasının

5) Üye analizi için düşünülebiyecek son kaynak, üyelerin sosyal geçmişleri ve çevreleridir. Lakin üyelerin sosyal ilişkilerini -Mahkeme karar ve süreçleri üzerinde etkili bile olsa- özel alanlarına dahil gördükleri, üstlenmiş oldukları yüksek kamusal sorumluluğun gerektirdiği açıklığa hazır olmadıkları, kendilerinden bahsedilmesini bile tezyif sayabildikleri gözlemlenmiştir. Üyelerin bu gibi temayülleri ile fikir eserlerinin azlığını birlikte dikkate aldığımızda, Türkiye'nin negatif kanun koyucuları olan AYM üyelerinin akademik bir sistematik içinde kritik edilmesi mümkün olmamaktadır.¹⁰ Kapanıklık alışkanlığının olduğu gizem örtüsü, hukuk biliminin ve adil hukuk pratiğinin zorunlu koşulu olan şeffaflığa mani olmaktadır. Böylece hukuk ve yargı, önemli analiz verilerinden ve istikrarlı gelişme şansından mahrum bırakılmaktadır.

Saydığımız nedenler, AYM'de başkan değişimini incelemeye değer bulmanızın ikinci nedeninin de alt yapısını oluşturmaktadır. Şöyle ki:

1) Üyelerin nüfuz edilemez dünyası, AYM'nin kamusal sesi ve yüzü olan üyenin yani başkanın kişilik ve ideolojik analizini nispeten erişilebilir bir hedefe dönüştürmektedir. Bireysel üye analizi ihtiyacı, sunulan toplu Mahkeme imajı üzerinden yerini başkanın analizinin yapılabilirliğine bırakmaktadır.

2) Türkiye'de sosyo-kültürel eğilimler, zayıf çoğulculuk ve güçlü disiplin vurguları içermektedir. Bunun devamı olan bürokratik kodların tipik bir dışavurumu olarak pek çok kurum gibi AYM de başkanla özdeşleşmektedir. Gerek kamuoyunda gerekse üyeler arasında bu yönde algısal konsensüs oluşmuş gibidir. Dolayısıyla başkan analizi, kurum analizi sayılabilecek düzeyde önem kazanmaktadır. Kurumun kompleks iç dinamiklerinden dışarıya pek renk verilmemesi, AYM kişiliğinin çok boyutlu bir bakış açısıyla değil, tekil başkanlık makamı üzerinden okunmasını akademik olarak doğallaştırmaktadır.

3) Üyelerin doğrudan ve müstakil gözlem konusu yapılması,¹¹ AYM'deki irade kullanımı algısıyla çatışmaktadır. Üyeler, iradelerini başkanı seçerek göstermişlerdir. Başkanın icraat çizgisini, üyelerin başlangıçtaki seçim iradesinin açı-

bir muhafazakar alışkanlık olduğunu ve ciddi bir şeffaflık problemiyle sarmal halinde bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Kanaatimizce AYM, toplantılarını sesli-görüntülü kayda alarak ve bu kayıtları kamuya açarak kalitesini ve güvenilirliğini artırabilir.

¹⁰ Anayasa'nın 153. maddesine göre "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". Öyleyse 'negatif kanun koyucu' ibaresi ile resmi bir statüye işaret edilmemekte, AYM'nin etkisine vurgu yapılmaktadır.

¹¹ ABD'de yerel yargıçların bile ne derece gözlem ve kritik konusu edilebildiğini gösteren iki internet sitesi için bakınız: <http://www.robeprobe.com/> ET: 6/7/2015, <http://www.therobingroom.com/> ET: 6/7/2015.

lımı olarak yorumlama mecburiyeti doğmaktadır. Bu çerçevede analiz konusu edilen; başkanın izole kişiliği değil, üyelerinki başta olmak üzere beklentileri ne ölçüde karşıladığıdır.

4) Kamu görevlilerine dair medya organlarında sunulan görüşler; -medyanın doğası gereği- gündelik, derinliksiz, abartılı, yaftalayıcı olabilmektedir. Kamu görevlilerinin yoğun olarak medya aynasında kendisini seyretmesi, medyatik dürtülere tepkisellikler geliştirmelerine, medya zihnine sıkışmalarına yol açabilmektedir. Kurum içi ilişkiler de farklı bir kapalı devre içinde kısıtlayıcı olabilmektedir. Mütemediyen kurum dışından analizlerin yapılması hukukumuza katkı sayılmalıdır.

5) Son olarak, Arslan'ın tahlil edilebilecek yayınlarının varlığı, AYM'nin yeni dönemine ilişkin öngörülerini somut bir temele oturtmayı mümkün kılmaktadır.

Toparlamak gerekirse, Arslan başkanlığındaki AYM'ye dair öngörülerde bulunma düşüncemiz, zıt mülahazalara sarmal halindedir: Bir yandan; başkan analizini cüretkarlık olarak yorumlayacak, içerikten bağımsız olarak böylesi çabalara kapalı yahut kerhen açık kültürel kodların varlığı, analiz kapsamını genişletme iştiağını anlamsız kılmaktadır. Diğer yandan; aynı kültürün başkanı aşırı önemseten eğilimleri, başkan analizini zorunlu kılmaktadır. Bu tezatların arasından sıyrılmayı hedefleyen çalışmamız; kurumsal kültür ve metin okumalarından beslenen bir akademik problem tanımlama girişimidir.

Bu mahiyetteki çalışmaların Türkiye'de nadirattan olması nedeniyle yöntem hakkında açıklamada bulunmamız gerekmektedir. Açıkçası modernist ve pozitivist düşüncelerin daralttığı hukuk ve bilim algıları, neyin hukuk bilimine dahil olduğu noktasında ciddi obsesyonlar meydana getirmiştir. Benimsedikleri hukuk algısının ne kadar lokal, teknik, derinlemesine ideolojik ve kuvvetle sübjektif olduğunu fark etmeyen çoğu hukuk akademisyeni için Weber'in tabiriyle yorumcu ve katılımcı anlayış (*Verstehen*) sunan çalışmaların bilimsel, hatta akademik sayılmayacağına farkındayız. Zira hukukçular kurallara boğulmuş bir zihniyete (*Erklären*) adapte olmuştur; alıştıkları sınırların dışında hukuku da, bilimi de tanımakta zorlanmaktadırlar.¹² Bilimsel üretimi; otorite sayılan kurum ve kişilere verilen referanslar, atıf sayısı, atıfta sayfa numarası, yerleşik olduğu varsayılan görüş ve metotların tekrarı derecesine düşüren bu kısır mantığı uzun uzadıya eleştirmek bu yazının amacı değildir. Bilim, doğası gereği gerçeklikten başka otorite tanımazken; akademisyenliği teknikerliğine indirgeyen bu kısır mantık nedeniyle hukuk, muhteva ve metot dogmalarına

¹² Anthony O'Hear, *Verstehen and Humane Understanding*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

mahkum kılınmış, bilim dışı oldukça bilimsel sayılmıştır. Şunu söylemekle iktifa edelim: Gerçeklik ve gerçekçilik ufkunu açan çalışmalar ne kadar sübjektiflik içerse de hukukun kurgusallığını beslemekten başka dip fonksiyonu olmayan objektif görünümlü çalışmalardan daha bilimseldir. Bu anlamda, anayasa hukuku ve yargısı alanındaki bir eser, uygulama ortamlarının realitelerine dikkat çekmekle bilimsel olur; uygulamanın beşeriyetten ariymiş gibi sunulan mahsullerini şerh ve tekrar etmekle, yorumlamakla bilimsel olmaz. Konumuz hukuk akademisyenlerinin zihniyeti olmadığı için eleştirilerimizi burada keserek AYM'deki zihniyet ikilemine ilişkin incelememizin yöntemini biraz daha açalım.

Bilindiği üzere sosyal bilimlerde gözlem, temel araştırma metotlarındandır. Gözlemcinin gözlemediği ortamın içinde olması katılımlı, dışında olması katılımsız gözlem olarak adlandırılır. Sözsüz davranışların aktarılabilmesi, doğal ortamda ve uzunda zamanda gerçekleştirilebilmesi gözlem yönteminin avantajlardır. Kontrolün ve nicel verilerin azlığı, araştırma evreninin küçüklüğü, erişimin zorluğu, anonim olma baskısı ve hassas konuların gündeme gelmesi ise dezavantajları olarak sayılmıştır.¹³ Bu çalışmada araştırma evreninin tamamı olan AYM'ye kurumdaki raportörlük görevimiz dolayısıyla erişim sağladığımız ve gözlem şartlarının doğallığı dikkate alınmalıdır. Yöntemimizin dezavantajı, anonim kalınması gereken noktalarda yeterince somut örneklerle savlarımızı destekleyemeyecek olmamızdır. Konuların hassasiyeti ise sosyal algı ve alışkanlıklarla ilgili bir durumdur. AYM'nin gözlemciler davet ederek yargısal ve idari kalitesini yükseltmesi akılcı bir tutum olur. Hal böyleyken, muhafazakarlık olarak adlandırdığımız duygusal hassasiyetleri -açık bir etik engel oluşmadığı sürece- sadece sorunlu saydığımızı belirtmeliyiz.

Gözlem metodunun takibinde formel mantığın keskin tümevarım (*induction*) ve tümdengelim (*deduction*) akıl yürütmelerinden ziyade, bileşenlerden kuralsız çıkarım yapma (*abduction*) metodu kullanılır. Bu metoda karşı “Kesin olmayan önermeler bilimsel değildir ve yararsızdır.” denemez. Eğer böyle derseniz, “Bir bütün olarak hukukun temeli de kesin bilgiler değildir; siyasi otoritelerin taraflı iradesidir.” denir ve bizzat hukuk yararsız ve bilim dışı bir uğraş olur. Gerçek şu ki, bağlayıcı kuralları bulunan hukuk sahasının pek çok serbest bileşeni vardır ve ancak nispeten serbest bir yöntemle söz konusu bileşenler anlamlandırılabilir. Nasıl ki soyut hukuk kuralları uygulayıcıların sübjektif filtrelerinden geçerek somutlaşıyorsa, somut sosyal olgular da ancak gözlemcilerin sübjektifliği üzerinden soyutlaştırılabilir.

¹³ Kenneth D. Bailey, *Methods of Social Research*, New York, The Free Press, 1987, pp. 240-243.

AYM'nin yazılı olmayan serbest bileşenlerinin bir kısmını anlamlandırma çabamız kaçınılmaz olarak sübjektiflik içermektedir. Fakat bu durum, sübjektif yorumların objektif olgulara dayandığı gerçeğini değiştirmez. Mesela mevcut AYM üyelerinin tamamının erkek olması hem nicel hem nitel hem de objektif bir veridir. Aynı kesinlikte ispatlanabilir olmasa da kurum içindeki pek çok değişkenin varlığı da objektif bir olgudur. Örneğin personelin farklı etkenler altında performans sergilemesi, nitel olmakla birlikte yine objektif bir gerçektir. Gerek üyelerin erkek olmasının gerekse personelin performansına etki eden unsurların yorumlanmasında sübjektiflik kaçınılmazdır. Bu, Anayasa'yı yorumlayan AYM üyelerinin sübjektifliği kadar normaldir. Bir sosyal araştırmacının sübjektifliği bir hukuk uygulayıcısının sübjektifliği gibi mazurdur çünkü ikisi de gerçeklerin yorumu alanında hareket etmektedir. Hukuk uygulayıcısının cebir kuvvetini elinde bulundurması onun yorumlarını daha objektif ya da bilimsel yapmaz. Hukuk akademisyeninin cebir kuvvetinden mahrum olması da onun yorumlarını daha sübjektif ya da bilim dışı yapmaz.

Türkiye'de hukuk alanının, özellikle de hukuk aktörlerinin sosyo-kültürel ve psikolojik analizlere yeterince konu edilmediğini, bu yöndeki çalışmaların gerektirdiği metodolojik esnekliğin oluşmadığını görmekteyiz. Anayasa hukuğu gibi bir akademik disiplin, neredeyse tamamen kurguların alanı olarak görülmektedir. Normatif bir tasarımdan ibaret olan Anayasa'nın AYM realiteleri içindeki ağırlığını ölçen etnografik bir çalışma yoktur. Böylesi realist çalışmaları değerli bulacak yargıç ve akademisyen kadrosu da tam olarak yetişmemiştir. Bu durum, çalışmamızın aslında gayet normal olan sübjektifliğini kabul edilemez gösterebilir. Okuyucuların bir kısmının garipseyebileceği, bizimse dayanağımız olan anlayış sosyolojisinde gerçeklik modelleri oluşturabilmek için gereken şey, olgusal zemini irdeleyen maksimum sayıdaki sübjektif yorumsamayı birleştirmektir. Yani eğer sosyo-legal gerçeklik aranıyorsa daha az değil, daha fazla etnografik ve davranışsal çalışma yapılmalıdır. Böylece birbirinin sübjektifliğini onaran çalışmaların bütüncül hakikati aydınlatması mümkün olur. Bilimsellik iddiasıyla sübjektifliğe kapı kapatılması ise en derin sübjektiflik tezahürü olan hukukun siyasetin aygıtı olmasını perçinlemekten başka bir işe yaramaz. Kaldı ki modernist dönemde gerek bilimin gerekse hukukun ideolojisi olan pozitivizm bugün temelden sarsılmış, hiçbir konuda "mutlak doğrulamanın olmadığı" netleşmiştir.¹⁴

Elinizdeki makalenin modernist-pozitivist hukuk kalıpları içerisinden okunması, anlaşılması beklenmemektedir. Önemli ölçüde katılımlı gözlem ürünü

¹⁴ Şafak Ural, *Pozitivist Felsefe*, İstanbul, Alfa, 2012, s. 164.

olan bu çalışmanın akademik metodoloji açısından muhafazakarca değil, liberal bir perspektifle değerlendirilmesi beklenmektedir.

II. Muhafazakar – Liberal İkileminde Anayasa Mahkemesi

Türkiye Cumhuriyetini kuranların tecrübe ettiği en büyük zorluk, toplumun pek çok cephedeki muhafazakarlığı, daha doğrusu toplumu cahilce bir muhafazakarlık içinde görmeleri nedeniyledi. Ne var ki, çağdaşlaşma paralelinde yeni bir ulus yaratma çabalarının, toplumsal dirence tepkiyle makul seyrinden çıkıp ayrı bir muhafazakarlık konusu olması uzun sürmedi. O kadar ki Kemalizm adı altında devlet ideolojisi haline getirilen devrim muhafızlığı, Cumhuriyet tarihi boyunca hukuki ve siyasi sayısız gerginliğin müsebbibi olmuştur. Bunun karşılığında, toplumun Cumhuriyetin ilk yıllarında ortaya koyduğu Müslüman direnç, gittikçe doğallıktan uzaklaşmış ve ideolojik bir İslamcı muhafazakarlığa dönüşmüştür.¹⁵ Bugün Türkiye’de neyin gerçek bir değer, neyin gerçek bir değer’in muharref ideolojisi olduğunu tespit etmek pek güçtür. Bu durum, ‘laik’ ve ‘çağdaş’ söylemlerin cephesinde de, ‘dindar’ ve ‘gelenekçi’ söylemlerin cephesinde de aynıdır. Tarafların münasebet kanalı olan demokrasi ve hukuk tartışmaları, aslında ideolojik ısrarların ürünü olan fakat bir değerler tartışması gibi görünen ve yürütülen muhtelif muhafazakarlıklara boğulmuş durumdadır. Bu nedenledir ki, muhafazakarlığı söylem ve muhteva cihetiyle değil, bir mizaç olarak tanımlamak gerekmektedir.

Türkiye’nin yönsüz ve derinliksiz çağdaşlaşma tıkanıklığı içindeki Kemalist muhafazakarlığına verilen iki tür tepkinin toplumsal karşılığı en yüksek ve kalıcı olmuştur. Bunlardan ilki, bahsettiğimiz, karşıt muhafazakar özellikler gösteren İslamcı hareketlerdir. Diğeri ise bizi muhafazakar mizaca mesafeli duran liberal görüşlerdir. 1950’lerden beri Türkiye’de başarılı olmuş siyasi akımların bu iki tepkinin kombinasyonları olduğu ve kurucu ideolojiye nispetle daha dindar ve daha özgür bir vizyon ortaya koymaya çalıştığını söylemek yanlış olmaz. Nitekim bu iki eğilimi başarıyla mezceden Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti), on üç yıl tek başına iktidarda kalmıştır.

AK Parti, ilk yıllarında izlemiş olduğu sosyal, ekonomik ve uluslararası politikalarla Kemalist savları boşa düşürmeyi başarmış, hem dindar-muhafazakar hem de liberal beklentileri karşılayacağı ümidini diri tutmuştu. Ne var ki son yıllarda AK Partinin muhafazakar-liberal dengesinin muhafazakarlık lehine bozulduğu, gelenekçi referansların daha belirleyici olduğu gözlemlenmektedir.

¹⁵ Muhafazakarlığın birbirine zıt tezahürleri için bakınız: Fırat Mollaer, *Muhafazakarlığın İki Yüzü*, İstanbul, Dergâh Yayınları, 2009.

AK Parti, bir yandan muhafazakar köklerini ihya etmekte, diğer yandan liberal çapını düşürmesinin etkisiyle içte ve dışta mücadele cepheleri açmaktadır. Denilebilir ki AK Partinin yaşamış olduğu bu kimlik gerilimi, sadece onun değil, aslında Türkiye'nin ve dolayısıyla AYM'nin ana sorunudur.

Gerçekten de AYM, Kemalist yapının etkisinin kırılmasıyla birlikte önce liberal bir çizgiye girer görünmüştür. Bunda, AYM'nin teşekkülünün siyasete paralel olmasının katkısı mutlaktr. AYM'nin Haşim Kılıç'ın başkanlığı döneminde liberal çıkışlara sahne olması üye profilinin özgürlükçü olduğu anlamına gelmemektedir. Söylemler, AYM'nin kurumsal yüzü olan başkanın imaj politikasından öte fikir vermediği gibi tam tersine üyelerin muhafazakar mizacı sayesinde ki başkan, kurumun mutabakatını aktarıyormuş görüntüsünü oluşturabilmiştir. Muhafazakar refleksler gösteren AYM mensupları; kurum başkanının otoritesine uyumu bireysel hak ve özgürlüklerden, "Kol kırılır, yen içinde kalır." konformizmini adaletin yerinde ve zamanında tecelli etmesinden önemli görmüşlerdir.

Bugün Türkiye'de Atatürk değerinin tahrifatlarına sözcülük eden Kemalizm ideolojisi bir daha toparlanamayacak derecede marjinalleşmiştir. Alternatiflerden ne muhafazakarlık ne de liberalizm tek başına yeterli bir vizyon sunabilmektedir. İkisinin dengesinin zorunlu olduğu görülmektedir. Lakin denge, iki tarafın adil orantı dinamizmi ile mümkündür. Türkiye'nin yargısal tutum ve politikalarına öncülük etme potansiyeli taşıyan AYM'nin muhafazakar-liberal dengesi açısından nasıl bir karakter taşıdığı, kurumun kanaatimizce belirleyici vasfıdır.

Liberal fikirlere dudak bükme, yaygın bir muhafazakar tepki olduğundan muhafazakar ve liberal kavramlarından kastımızı burada biraz daha açmamız yararlı olacaktır. Bu tepki, muhafazakar duygu ve düşünce dünyası kendi içinde çelişkisiz olsaydı kıymetli olabilirdi. Örneğin bir İslamcı, İslam'ın muhayyel saf haline referansla düşünebilseydi ve davranabilseydi, onun çeşitli felsefeleri reddi anlamlı olabilirdi. Fakat hakikat şudur ki, asıl felsefi tağşiş ve komplikasyonlar, din temalı ideolojiler kışkacındaki muhafazakar Müslümanın dünyasıdır.

Muhafazakar Müslüman, benimsediği ilke ve değerlere uzaklığına tepki veren insandır. O, henüz uymadığı ilkelerin toplumsal hayat üzerinden zamanla kendisine egemen olması ümidini taşır. Doğrudan kendisine egemen olmasına hazır değildir. Hazır olmayışının nedeni, duygu ve düşüncesine nüfuz etmiş kültür kodları ve gündelik yaşam felsefeleridir. Muhafazakarlık, onun insani çelişkilerini yaşayabildiği, birbiriyle uyumsuz beklentilerini diri tutabildiği, dünyevi

hedefleri için dini bağlamlar oluşturabildiği bir alandır. Bu sayede o, aynı anda hem dini hem ladini referanslara adapte olabilir. Ladini referansları, zihninde din boyasıyla renklendirdiği kültürüne mutabık sayma şansını sürdürür. İnanc temellerine yabancılaşmayı, yalancılaşma itirafında bulunmaksızın yaşar.

Uzun yıllar Kemalist muhafazakarlığın hastalıklı kalıplarına mahkum edilmiş olan ülkemiz, gittikçe İslamcı muhafazakarlığın aynı derecede kendisiyle çelişen, adaleti erteleyen, adamına göre muameleye cevaz veren, meşruiyeti kuvvette arayıp hakkı ihmal eden, riyakar ve tahammülsüz versiyonuna bürünmektedir. Bugün Türkiye'nin siyasi ve hukuki tıkanmışlıklarının başlıca nedenlerinden biri, muhtevası değişen fakat aynı tipolojideki insanların baki kıldığı muhafazakarlık olgusudur. Asıl sorunun, Müslümanlık olmadığı açıktır. Muhafazakar doz aşımı, Türkiye'deki muhtelif cephelerin müşterek sorunudur.

Muhafazakar tutum, muhafaza etmek istediği şeyi, her iyiliğin öncülü olarak kabul eder. O şeyle reel ya da düşünsel bağlantılı bulunduğu diğer şeyleri aynı muhayyile torbasına doldurarak bir mizaç geliştirir. Korunan bazen bir imajdır, bazen bir kurumdur, bazen bir kişidir, bazen bir dayanışmadır, bazen bir süreçtir, bazen bir hesaptır, bazen bir hatıradır, bazense bunların bir karmasıdır. Muhafazakar kişi ve kitleler, adaletin tesisinin şartlarını oluşturmaya yönelme iddialarının bir parçası olarak, adaletin gereklerini yok sayma, erteleme, tevil-lerle göz ardı etme gibi davranışlar sergilemenin rasyonalizmini kurarlar. Aynı rasyonalizm, insan kişiliğini zihnin siyaset kabuğuna hapseden, vicdan özünden uzaklaştıran bir tıkanıklığa yol açar. Böyle bir zihin, kusurlarını, hayalleriyle tevil ve teyit etmekten kurtulamaz. Muzır, haris, kompleksli, tekinsiz, kişi ve kitle menfaatıyla hareket eden muharipler vücuda gelir. Sonuç olarak muhafazakarın hedefi, metodu nedeniyle muhal bir hal alır. İstikbaldeki adalet için güncel adaleti askıya alanların adalet kabiliyetini yitirmesi sabit bir vakıa olur. Muhafazakarlar birer ideoloji çocuğudur ve dünya onların oyun sahasıdır. Tenakuz onların karakteri, eylemi ve icraatıdır.

Kemalist muhafazakarlıktan örnek vermek gerekirse, ölçü alınan Batı dünyası ulus devletten uzaklaştıkça Türkiye ulus devlete geçiş anını tarihi bir saplantıya dönüştürmüştür. Laiklik, Batıda yavaş da olsa dini çoğulculuğun garantörüne dönüşürken Türkiye'de din karşıtı baskıya dönüşmüştür. Bireyin özgürleşmesi ve değer kazanması hedefiyle yıkılan saltanatın yerine kurulan Cumhuriyet, birey odaklı politika geliştirilmesine müsaade etmeyen kitleci hukuk kodlarına mahpus kalmıştır.

Kemalizm yerine ikame edilen Müslüman muhafazakarlık da sayısız çelişkilerle doludur. İslam'ın ana kaynaklarından olan hadisler, sıhhat ve gelişimini

nakd-i rical adı verilen ravi kritiklerine borçludur. Yani dinin en makbul insanlar olarak saydığı Peygamber arkadaşlarının ve diğer zevatın hayatlarının her yönüyle gözlemlenmesine ve eleştirilmesine borçludur. Bugün Müslümanlara egemen olan muhafazakar refleksler ise toplumsal hayatın öncülerinin kritik edilmesine şu veya bu gerekçeyle karşı durmaktadır. Müslümanlık, doğrunun kimin lehinde ve aleyhinde olmasına bakmaksızın söylenmesini teşvik ederken, hakikatin ortak iyilik getireceğini vaaz etmekteyken muhafazakar kültür, sosyal hesapların stratejik darlığına sıkışmıştır. Müslümanlık, değerlerin ertelenmemesini esas almaktayken, muhafazakarlar tevile tehir yolunu seçmektedir. Tüm bu sapışları kolaylaştırıp normalleştirecek kültürel hava oluşturulmuştur. Bu kültürel hava içinde, ancak kısmi ve palyatif çözüm getirme yeteneği gelişmiştir. Bütüncül yaklaşma ve çözüm geliştirme iradesi, dokunulmaması (muhafaza edilmesi) gereken şeylerin çokluğu nedeniyle, kaybolmuştur. Sonuç olarak, Müslüman muhafazakarlık, Türkiye'nin düşünsel ve sosyal sorunlarının çözümünde en az Kemalist muhafazakarlık kadar sığ, sembolik, çelişkili ve yararsız bir hal almıştır.

Muhafazakarlığın Türkiye'deki pek çok sosyal ve ideolojik çevrenin ortak düşünsel ve davranışsal paydası olduğunu belirtmiştik. Doğal olarak, farklı muhafazakar muhtevalar sürekli mücadele halindedir. Aynı ideolojik çevrenin farklı fraksiyon ve frekansları arasında da rekabet vardır. Mücadele ve tutunma duyguları o kadar içselleştirilmiştir ki çoğu zaman muhayyel rakiplerin potansiyel tepkilerine öngörü ile davranış sergilenir. Aşırı temkinli, hesaplı, pazarlıklı, stratejik bir kültür vücuda gelir. Bu kültür, çok boyutlu incelemelere konu yapılabilir. Bizim ilgi alanımız, bu kültürün liberal teorinin pratiğe geçmesine ne kadar müsait olduğu, AYM'nin ondan ne kadar masun kalabileceğidir. Muhafazakarca etkileşimlerinin ürettiği kalıpların özgürlüklere tayin ettiği psikososyal ve kültürel sınırlardır. Bilhassa saklı muhafazakar mizacın daralttığı "realite algısı kapasitesi"nin muhafazakarlığı eve, liberalizmi otele dönüştürme potansiyelidir. Bu potansiyel, liberal teorinin bileşenlerini geçici bir meta ve kalıcı bir niza konusu kılabilir. Zira özgürlük, ancak ameli ve tecrübi olarak gerçeklik kazanır; nazari ve hayali boyutta dillendirilip pratikte (oto)sansürlendikçe ancak çelişki ve münazaa mecraları açar.

Her biri çeşitli yönlerden eleştirilebilirse de liberal kuramların ortak noktasının özgürleşme, buna bağlı olarak serbestleşme ve şeffaflaşma olduğu açıktır. Bu anlamda, liberallik ile muhafazakarlığı birbirinden ayıran en temel husus, bu ikisinin zıt reflekslerden kaynaklanan doğalarıdır. Muhafazakarlık; muhafaza edilmesi gerekeni mahfazaya alan, saklayan, sergilemeyen, açık tartışma ve pazarlık konusuna dönüştürmeyen bir doğaya sahiptir. İç cephe rekabet, dış

cephe imaj hesaplarıyla şekillenir. Muhafazakarlığın dünyanın her yerinde simge ve itham tartışmalarına sürüklenmesinin nedeni budur. Lakin muhafazakârın sakladığı şeye gösterdiği özen, o şeyin (imajın, kimliğin, değer, statünün, etkinin, gelişmenin...) gerçek anlamda sosyal testlere tabi tutulmasını engeller; doğal çizgisinden uzaklaşmasına, yapaylaşmasına, özsüzleşmesine ve kendine zarar verir bir duruma gelmesine neden olur. Muhafazakar, tabii refleksine dönüşmüş bu davranış kodlamasından çıkamadığı için, içine girdiği yolun absürtlüğünü, ancak sosyal bariyerlere şiddetle çarpınca fark eder. Bu noktaya varıncaya kadar muhafazakarlığın doğallaşmış patolojilerini fark etmez. Muhafazakarların tecrübe addettikleri kısıtlılık zihniyeti, değişimlerin köklü ve kuşatıcı olmasına engeldir. Güncel ve siyasi boyutta odaklandıkları yüzeysel verilerin değişmesi yahut değişmemesi onların başlıca ölçütüdür. Muhafazakarın dünyasında açıklık, tekinsizdir ve kuvvete eklenmiştir. Kuvvet kazanmak için güç siyaseti gütmek esastır. Böylece muhafaza konusu edilen değer, dıştan içe ve yukarıdan aşağı egemen kılınabilir. Muhafazakar; esaslı, bütüncül, içsel, uzun vadeli, özgüvenli, açık düşünce ve politikalar geliştiremez. Bir komplekse ya da komplikasyona vücut vermekten kurtulamaz.

Liberal refleks ise özgürlüğü esas alan, tercihleri önemseyen, sosyal uyumu saplantıya dönüştürmeyen, şeffaflığı şahsiyet tezahürü sayan, kriz olarak duyumsanan açıklık pratiklerinin uzun vadeli geri dönüşlerinin olumlu olacağını kabul eden, bir sosyal zorunluluk engelini varlığı ispat edilmedikçe irade dışı durumlarını teşvik eden, tekil otorite odağını genele yayan ve yumuşatan bir doğaya sahiptir. Liberal refleks, muhafazakarın kodlarına zıttır, muarızdır. Liberal; muhafazakarın, değerlerini açıkça yaşamasını ve savunmasını, hatta dilerse egemen kılmaya çalışmasını umar. Onun kuytularda işleyen zihnini, sosyal barış ve gelişme açısından sakıncalı görür. Muhafazakar ise liberal refleksin açıklık ısrarını; bir tür düzensizlik, densesizlik, naiflik, başına buyruklu, sabitesizlik ve öngörülemezlik alameti sayar. Liberal, muhafazakarın sosyal uyum ve sınırlılık şartlanmalarıyla dolu hayat felsefesini, siyasetini küçümsemektedir. Muhafazakar ise farklı sosyal cephelerin aşırı önemseydiği şeylerin liberal tarafından aynı sıradanlık içinde yorumlanmasını omurgasızlığa yorabilir. Halbuki liberal kavramı özgürlükçü ve açılımcı refleks olarak tanımlanırsa muhafazakarın değerler örgüsüne liberal refleksin daha uygun olabilmesi ihtimali kolayca anlaşılır. Aynı şekilde, muhafazakar refleksin, muhafazakarlık konusu değer algılarını aşındırması vakaları anlaşılır.

Muhafazakar refleks, antagonistik doğası nedeniyle, siyaset alanları açar, politiktir. Zayıflarda sakıncalara takılır ve çekingendir; güçlülerde ise başkalarının özgürlüğüne ve ihlallere karşı duyarsızdır. Muhafazakar refleks derin

bir tepkisellik içindedir ve *a posteriori* kaygılar taşır. Liberal refleks ise bir tür sosyal *tabula rasa* kurgusuna dayandığından *a priori* duruluğun rahatlığı ve özgüveni içindedir. Bu nedenle liberal hareket noktası, hukuk arayışına daha müsaittir.

Liberal, bizatihi özgürlüğü muhafaza etmek, fikriyatta ve fiiliyatta genişletmek amacındadır. Muhafazakar ise muhafaza etmek istediği şeyi, diğer şeyler karşısında daha korunaklı ve özgür kılabilmek amacındadır. Liberal, için dışa zuhur etmesini yani açıklığı özgürlüğün bir türü ve gereği olarak görür. Muhafazakar ise açıklığı, açıklığın mahfuz kılınan şeye tesirine bakarak kabul ya da reddeder. Eğer açıklık, mahfuz kılınanın alanını genişletiyorsa makbuldür, daraltıyorsa merduttur. Özgürlükçü refleks, hukuktan hududadır ve egaliteryan ilkesellik zemininde işler. Korumacı refleks ise hududdan hukukadır ve hiyerarşik işler. Liberalizm, kişi ve kurumları *laissez faire* kutbuna sevk eder; muhafazakarlıkta tabi olmaya sevk eder. Liberal, müdahaleye mesafelidir; muhafazakar, farklılığa mesafelidir. Liberal, uyumsuzluk ve kaos karşısında tolerans geliştirmeyi önemser, çoğulcudur. Muhafazakar, benimsediği şeyin tekilleşmesini ve ona uyumu önemser. Özetle, liberalizmden kastımız, insan hayatının her boyut ve katmanında, düşünce ve davranışta maksimum açılımcı refleks verebilmektir. Muhafazakarlıktan kastımız ise maksimum açılıma karşı rasyonal görünümlü irrasyonel direnç göstermektir.

Tartışmamızı AYM'ye bağlayacak olursak; AYM'nin tutumu nasıl olmalıdır? Kanaatimizce AYM, istisnasız her anlam ve referans boyutunda kimlik ve politika geliştirmek için liberal olmak zorunda değildir. Kemalist dönem AYM'sinde olduğu gibi, pekala muhafazakar iç-dış tutarlılığı ile hareket edebilir. Bu tutarlılığın insan haklarına, demokrasiye, adalete, sosyal beklentilere ne kadar uygun olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Kemalist dönem AYM'si, bir boyutta rejim bekçiliği görevini deruhte, deklare ve icra etmiştir. Pek çok hukuki açıdan başarısız bulunabilecek AYM, bu noktada iç-dış tutarlılığı açısından başarılıdır.

Post-Kemalist AYM'nin ise gün geçtikçe Müslümanlık katkılı muhafazakar bir profilin etkisine girdiği gözlemlenmektedir. Kanaatimizce, ister dini ister seküler olsun, isterse bir tür meleze hayat versin, herhangi bir değerler örgüsünün çelişkisiz ortaya konması başarı için zorunludur. Sadece AYM'de değil, gittikçe din referanslı şahsiyet etkisine açılan devletin tamamında ne ölçüde sahipsiz Müslümanlıkla ve ne ölçüde muhafazakar dejenerasyonla karşı karşıya olduğumuz açıklığa kavuşmalıdır. AYM'nin entelektüel sınavının ilk boyutu bu sorudur: AYM mensuplarının Müslümanlık-muhafazakarlık etkileşimlerindeki konumu nedir?

İkinci boyutta ise AYM üzerindeki liberalist baskı göze çarpmaktadır. Bunun nedenleri muhtelifdir. İlk olarak; insan hakları, demokrasi ve Avrupa'yla entegrasyon gibi liberal fikirler, Müslüman muhafazakarların Kemalist badireleri aşma bahanesi olarak işlevsel önem taşımaktadır.¹⁶ Lakin muhafazakarların özgürlükçü söylemlerinin samimiyeti ancak yeni yeni test edilmektedir. Liberalizm, muhafazakarların sabık Kemalist muhafazakarlık baskısından kurtulma yolunda kendilerini revize etme aynası mıydı yoksa yararlandıkları bir kamufraj mıydı? Yakın zamanlarda ülke siyasetinde Müslüman muhafazakarların önce kuşatıcı ve özgürlükçü, sonra taraflı ve muharip atıflarının yoğunluğu artarken AYM'nin bu süreçte istikrarla dini söylemlerden sakınmasını, onun yerine laikliği liberalleştiriyor görüntüsü vermesini iyi okumak gerekir. Acaba AYM'nin kurumsal kodları, bir muhafazakarlıktan öbürüne geçişi erken teşhis etme becerisini mi haizdir? Yoksa derinlerde başka bir tıkanıklık mı söz konusudur?

İkinci olarak, bireysel başvuru, niyet ve akıbet ne olursa olsun, AYM'nin eski devletçi muhafazakarlıktan çıkmasının en etkili aygıtıdır. Bu aygıt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) sunduğu liberal takviye ile anlamlıdır. Ancak liberalleşme sağlanırsa AİHM'in beklentileri karşılanabilecek ve ancak AİHM'in beklentileri karşılanabilirse AYM Kemalizm sonrası yeni bir meşruiyet zemini oluşturabilecektir. Uluslararası kamuoyu, Türkiye'nin farklı bir muhafazakarlaşma değil, liberalleşme süreci yaşamasını desteklemektedir. Bu bağlamda AYM de liberal tutum almak zorundadır.

Üçüncüsü, genel siyasetin kutuplu ve toplumun çoğul yapısı, AYM gibi tarafsızlık misyonu yüklenen bir yargı organını liberal dünya görüşüne kaçınılmaz olarak yaklaştıracaktır. Nitekim AYM, bu sosyal kuvvetin farkındadır, tek taraflı muhafazakar bir dil kullanmaktan sakınmak durumundadır.

Dördüncüsü, AYM'nin ölçü normu olan Anayasa, sadece muhafazakar değil, liberal referansları da olan bir metindir. Anayasa'nın liberal referanslarını göz ardı etmek mümkün değildir.

Yukarıdaki faktörler, AYM'nin en azından liberal görüntüler vermesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede AYM, bireyi devlet karşısında güçlendiren,

¹⁶ Bu durum, 1940'larda aynen vaki olmuştur. O günün koşullarında Müslüman temalı siyasi fikirler, yeterince şeffaf bir şekilde söylem konusu yapılamadığından milliyetçilik ambalajıyla takdim edilmekteydi. Örneğin, 1908-1966 yılları arasında yayınlanan Sebilürreşad mecmuası, muhafazakar söylemin o dönemdeki politik adaptasyonunu başarıyla yansıtmaktadır. Genel olarak Türkiye'de dini muhafazakarlığın Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana göz ardı edilemeyecek bir takviye kültürü geliştirdiği söylenebilir. Muhafazakarların siyasi hamlelerinin ardındaki bu davranış kalıbı, ahlaki ve hukuki tekasüllerinin müsebbibidir. Muhafazakarların liberalizmle son yıllardaki koalisyonu, bu sosyo-politik geçmiş ışığında yorumlanmalıdır.

temel hak ve özgürlükleri savunan, düşünce ve ifade özgürlüğünü genişletip koruyan, kurum ve makamlara eklenmiş muhafazakar takıntılar karşısında insan onurunu yücelten söylemlere muhtaçtır. Daha demokratik, daha çok sesli, daha özgür, daha tabusuz, daha rahat, daha barışçıl, daha eşit ve statüsüz, daha sosyal adaletli, daha insancıl bir kurum kültürü geliştirmek ve ortaya koymak durumundadır.

Kendi içinde tutarlı görünen bu mantık silsilesi, sosyal planda en büyük sınavını yukarıda özetlediğimiz muhafazakarlık olgusu karşısında vermektedir. AYM üzerindeki liberal beklentiler, AYM'nin eskiden beri süregelen muhafazakar yoğunluklu kurumsal kültür engeline takılmaktadır. AYM'de gerçekten liberal refleksi olan, eleştiri sınırları geniş, her boyutta şeffaflığa ve hesap verebilirliğe hazır, statü ve imaj ayarlı düşünmeyen, insana insan olduğu için hukuku layık gören bir kadro var mıdır? Diğer bir deyişle, başta üyeler olmak üzere AYM mensupları özgürlük açılımlarına ne kadar hazırdır? Bu sorunun altında, liberalizm kutsaması yoktur; AYM personelinin ne ölçüde bilinç bütünlüğü ve tutarlılık taşıdığını anlama arzusu vardır.

Elbette ki AYM'nin tek gerilim hattı muhafazakar-liberal kutuplar arasında değildir. Yargı mesleğinin dar ve şekilci kalıpları ile akademik metodolojinin soyut ve genişletici doğası arasında da gerilim vardır. AYM'nin iş yükünün kahir ekseriyeti yargı mensuplarının yaklaşım hatalarını incelemeyi gerektiren aynı yargı organlarının ve meslek kültürünün mümessillerinin AYM'de -kendilerinde de fazlasıyla bulunan- köklü konumlanma ve koşullanma hatalarını yakalayabilmesi, sorun olarak görebilmesi hayatın akışına ters bir beklentidir. Bu sorun, yargı mensuplarının, derin kod ve reflekslerini, yüzeysel malumat ilaveleri ve jargon rötuşları ile aşabilecekleri kadar basit değildir. Aynı nedenlerle, dış dünyaya açık ve serbest refleksiyonların fayda getirmesi, yargısal ve bürokratik muhafazakarlığın vadetmediği ölçüde sabır gerektirmektedir ve zordur.

Benzer şekilde, AYM'de akılcılık ile duygusallık arasında da gerilim vardır. Hukuk dahil olmak üzere sosyal ve diğer bilimlerde ne kadar yüksek bir mevzuları mercek altına alma, aydınlatma, detaylandırma, konuşma, tartışma, çözümlenme iradesi gerekseyse duygusallık gölgesindeki ortamlarda mevzuları sezgilerde saklama, setretme, sergilememe, mahsus mahallerde çözümlenme yani ilmi ve hukuki analiz donelerinden mahrum bırakma alışkanlığı o kadar fazladır. AYM'de duygusallıktan arınmış, serbest ve somut muhakemelerin ne kadar etkili olabileceği sorusu önemlidir.

AYM'de kültürden beslenen hiyerarşik pratikler ile insan hakları teorisinin eşitlikçi doğası arasında da gerilim vardır. AYM'de müstakil insan varlığı; mev-

kii yüksek diğler şahıslar karşısında, dahası bizzat AYM ve kamu tüzel kişilikleri karşısında küçüktür, otosansüre itilmektedir. Makam ve kurum kutsayıcılığı; insana patolojisiz, serbest bir gelişme ve kendini ifade etme alanı açmamaktadır. Kısıtlanmış ve yeterince hakkaniyet hassasiyeti geliştirememiş insanlar, hak ve özgürlük garantörü rolünü oynamaya itilmektedir. Dolayısıyla AYM’de ciddi bir doğallık-yapaylık gerilimi vardır. Doğal olursa, insan hakları korunamaz. Yapay olursa, insan hakları riyakarlık ve tesadüf konusuna dönüşür.¹⁷

AYM’de adalet-siyaset gerilimi de vardır. Bu gerilim, hem kurum çalışanlarının bireysel dünyasında hem de kurumun kamuoyuna açık tüzel karakterinde vardır. Adalet boyutu, ikincil kaygılardan azade bir şekilde hakkaniyetin gereklerinin tespitini, iyileşme doğrultusunda her türlü önerinin yapılabilmesini ve tartışılabilmesini içerir. Siyaset boyutu ise kişi ve kurumların görüntülerini, pozisyonlarını, etkinliklerini sürdürülebilmesini içerir. Diğler tüm gerilimlerde olduğu gibi burada da bir denge ve öncelik belirleme sorunu yaşanmaktadır. Siyaset alışkanlıkları, kurumun gayesi olması gereken adaletin ufkunu daraltabilmekte, içini boşaltabilmektedir. Bireysel boyutta ise kendine yabancılaşmaya yol açmaktadır.

AYM’de insanın sosyal tanımı ile hukuki tanımı arasında da gerilim vardır. AYM’nin kültür ortamında insan; sosyal bağları, uyumu, imajı ile değerlendirme konusudur, müstakil bir varoluş çabası olarak değerlendirilmez. Bu durum, AYM mensuplarının psikolojisini, hukuktan çok sosyolojinin ilgi alanına sokmaktadır. İnsana dair net, sınırları ve adımları belli bir düşünüş geliştirilememekte ve muhakemeye aktarılamamaktadır. Onun yerine sosyal yargılama mekanizmaları öne çıkmakta, sosyal kabul-ret eğilimleri hukuk uygulamasına aktarılmaktadır. Sosyal olanla hukuki olan arasındaki gerilim, aydınlatılmamış bir sorun olarak kurumun gerek sosyal gerekse hukuki performansını düşürmektedir.

Her ne kadar bu gerilim hatlarının sayısı arttırılabilirse de tüm bunların genel bir muhafazakarlık-liberallik ikilemiyle ilişkili olduğu söylenebilir. Muhafazakarlıktan kasıt kontrolcülükle mahdut bir düşünce tarzı, liberallikten kasıt ise sosyolegal açılımları hedefleyen bir düşünce tarzıdır. Yani ikilem, bilinçli dünya görüşlerinden ziyade, bilinçaltından kaynakayan refleksler arasındadır.

Kanaatimizce, bireysel başvuru sayesinde AİHM ve Batı ile ilişkileri yoğun-

¹⁷ Bu husus, büyük ölçüde AYM’nin çalışan profiliyle ilgilidir. Nitekim Arslan’ın muhafazakar-liberal ayrımında nerede durduğunun göstergesi, onun döneminde AYM’de çalışan başta raportörler olmak üzere personelin gizli muhafazakarlar mı yoksa sahici özgürlükçüler mi olduğu olacaktır. Personel seçimi, mizacin dışavurumudur.

laşan AYM, iç dinamiklerle desteklenmeyen bir liberalleşme havası estirmektedir. Bu, kurumun çelişkilerinin, senkronizasyon sorunlarının, yüzeyselliğinin ve başarısızlık riskinin başlıca nedenidir. Zira herhangi bir ortamda bir tenakuzun sürdürülebilir olması, başka pek çok tenakuzun normalleştirilmesine yol açar. Kılıç döneminde AYM, iç dokusundaki muhafazakar edilgenlikten güç alarak, dışa ısrarla yanıltıcı -ve ikna edici olmayan- liberal imajlar sunmaya yeltenmiştir. Arslan'ın en büyük sınavı, kurumun bu gibi iç-dış tutarsızlıklarını çözümleme noktasında olacaktır. Arslan, AYM'de, reaktif ve proaktif ideolojilerce muharref, örtük muhafazakar Müslümanlık ile işlevselliği kadar başvuru alanı kat içselleştirilmeyen, buna rağmen hedefmiş gibi gösterilen, dıştan takviyeli liberal beklentiler arasından bir yol açabilecek midir?

III. Zühtü Arslan'ın Pozisyonu

1964 doğumlu olan Zühtü Arslan, 1983 yılında Sorgun İmam-Hatip Lisesinden mezun oldu. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünde lisans, Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesinde insan hakları alanında yüksek lisans ve anayasa hukuku alanında doktora derecelerini aldı. 2003-2009 yılları arasında Başkent Üniversitesinde hukuk ve siyaset dersleri verdi. Akademik çalışmaları AYM'nin yetki ve sorumluluk kapsamıyla birebir örtüşen Arslan'ın, 2009-2012 yılları arasında Polis Akademisi başkanı olarak yöneticilik tecrübesi de edinmiş olması, AYM başkanlığı için -objektif kriterler açısından- biçilmiş kaftan olduğunu düşündürmektedir. AYM üyelerinin çoğunluğunun bu yöndeki kanaati, kendisini AYM tarihinin en genç ve ilk akademisyen başkanı olmasına fırsat vermiştir.

Yaşı, Arslan'ın tereddüde değil, övgüye layık bir özelliğidir. Kendisinden önceki on yedi başkanın çoğu, emeklilik yaşı olan 65'e birkaç yıl kala başkan olmuşlardır. Halbuki nüfusunun yarısından fazlası 30 yaşın altında olan bir ülkede AYM başkanının genç olması, ancak onun sosyal realitelere yakınlığı ümidini uyandırmalıdır.¹⁸ Bununla beraber, neredeyse tüm üyeler gibi Arslan'ın da X jenerasyonundan olması Türkiye bağlamında özel bir dezavantaj olabilir mi?¹⁹ Şöyle ki, 1980 ihtilaline şahit olmuş, hukuk adı altında devletin topluma radikal müdahalelerini tecrübe etmiş, hukuk dışılık vakıalarıyla birlikte yaşama becerisi geliştirmiş, hesap çatışmaları karşısında hakkaniyet aşınması yaşamış bu jenerasyonun çoğu ferdinin, Y jenerasyonunun yüksek beklentiler taşıyan, kaderini eline alma arzusu gösteren, hakkını arayan, daha bireyci ve özgürlük-

¹⁸ AYM üyelerinin 2016 yılı itibarıyla yaş ortalaması 55'tir.

¹⁹ X ve Y nesilleri hakkında bakınız: Joshua Fredenburg, *Visions: the answer to Generations X and Y*, Bloomington, AuthorHouse, 2004.

çü doğasını tatmin etmesi kolay olmayabilir. Arslan, devletin kurucu laik ideolojiyi kontrollü bir dini toleransla güçlendirmeye çalıştığı,²⁰ kamusal alanda melez muhafazakarlığı teşvik ettiği yıllarda yetişmiştir. Burada anahtar kelime “kontrol”dür zira bu kavram devlet/toplum kesişim alanındaki genel ve ortak muhafazakarlık olgularına ışık tutmaktadır. Söz konusu muhafazakar *zeitgeist*'in (zamanın ruhu) Arslan'daki aksülameli nasıldır? Arslan'da baskın bir din ya da devlet muhafazakarlığı, kurum ya da kimlik muhafazakarlığı, düşünce ya da davranış muhafazakarlığı var mıdır?²¹

Homojene yakın ortamlarda yaşayıp bir tür muhafazakar kompleks geliştirmemek pek zordur. Arslan, Anadolu'nun dindar vilayetlerinden biri olarak bilinen Yozgat'ta yetişmiş, liseyi imam-hatipte okumuştur. Üniversite yıllarında da mütedeyyin bir çevresi olan Arslan'ın, aynı dönemde Kemalist ve sol görüşlerle tanıştığı, Siyasal Bilgiler Fakültesinin kozmopolit yapısı içinde liberal sosyal düzen fikrine ısınmaya başladığı söylenebilir. İngiltere'deki lisansüstü öğrenim yılları ise seküler kavrayışını olgunlaştırıp dini temelleriyle ahenk haline getirmeye çalıştığı bir süreçtir. Din temelli olmayan fakat Türkiye'dekinden daha iyi işleyen bir siyasal düzeni tecrübe etmesi, Arslan'ın tipik bir sağcı muhafazakar olmasının önünde engeldir. Yurda dönüş sonrasında kamu hizmeti yapması dolayısıyla doğrudan ve sürekli yüzleşmek zorunda kaldığı teorik bilgi – pratik realite ayrımı ise Arslan'ın romantik liberal olmasının önünde engeldir.

Peki Arslan'ın muhafazakarlık ve liberallik arasında adil bir orantı sistematiği tutturduğunu söylemek mümkün müdür? Arslan'ın başkanlık performansı tam da bu soruya bir cevap mahiyetinde olacaktır. Şu aşamada bu hususta ancak öngörülerde bulunulabilir. Bizce kesin olan bir husus, Arslan'nın muhafazakar ve liberal farkındalığıdır. Hangisinin Arslan'ın dünyasında daha derin olduğu ve performansı üzerinde daha belirleyici olacağı netleşmemiştir.

Arslan, AK Parti döneminde Polis Akademisi başkanlığına ve AYM üyeliğine atanmıştır. Öğretim üyeliği süresince, AK Partinin yargıya ilişkin argümanlarına paralel bir çizgi benimsemiş, hatta AK Partinin genel hukuk politikasına katkı sunan isimlerden biri olmuştur. AK Partinin 2007 yılında Anayasa taslağı

²⁰ 1982 Anayasası ile din dersinin zorunlu kılınması (md. 24) gibi düzenlemeler kastedilmektedir.

²¹ Arslan hakkında biyografik bir çalışma yoktur. Arslan'ın başkan seçilmesi üzerine yapılan kişilik analizleri için bakınız: <http://www.brookings.edu/research/opinions/2015/03/09-glimmer-of-hope-future-turkish-democracy-cengiz-kirisci> ET: 6/7/2015, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/kutahyali/2015/02/11/liberaldemokrat-entelektuel-zuhtu-arslan> ET: 6/7/2015, <http://www.herkulhaber.net/yazarlar/onder-aytac/anayasa-mahkemesi-baskani-zuhtu-arslan-neler-yapamayacak/28/> ET: 6/7/2015.

hazırlamak üzere kurduğu altı kişilik ekipte yer almıştır.²² AYM'nin, 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde büyük tartışmalara yol açmış Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı yeter sayısı hakkındaki 367 kararını en çok eleştiren isimlerden biri olmuştur.²³ AYM'nin 2008 yılında AK Partinin kapatılmasına ilişkin davayı²⁴ kabul etmesini, yargı darbesi olarak eleştirmiştir.²⁵ Başta 2008 yılında verilen başörtüsü hakkındaki karar²⁶ olmak üzere çeşitli kararlar üzerinden, AYM'nin kendisini milletin üstünde gördüğünü, Anayasa'yı açıkça ihlal ettiğini, ısrarla ideolojik davrandığını, durumdan vazife çıkartarak yetkisini genişlettiğini ve özgürlükleri daralttığını, özgürlüklerin temel felsefesini anlamadığını, totalitarizme yöneldiğini, bilimselliğe aykırı ve korkularla hareket ettiğini, kararlarının gerekçesiz ve açıklamasız olduğunu, elastiki ve istismara müsait kavramların soyut yorumlarına sığındığını, AK Parti "iktidar[ın] temel haklara yönelik yasak ve sınırlamaları kaldırma amacını güden eylemlerini etkisiz kıl[dığını]", "[b]ir yandan çağdaş demokrasilerin 'mutlak hakikat iddialarını' reddettiğini söylemek, diğer yandan da 19. yüzyıldan kalma katı pozitivist anlayışa yaslanan bir laikliği mutlak hakikat olarak sunmak" çelişkisi içinde olduğunu, bir vesayet kurumu olduğunu ve toplumsal meseleleri çözmenin yolunun serbest tartışma ortamlarının kurulması olduğunu fark etmediğini iddia etmiştir.²⁷

Prensipite tamamen katıldığımız bu eleştirileri, bugün şu sorularla karşılamak mümkündür: Arslan, AYM'nin vesayetçi özelliğini, muayyen bir ideolojik geçmiş gölgesinde mi yoksa -bizim önerdiğimiz gibi- genel bir muhafazakar kültür atmosferi içinde mi yorumlamaktadır? Bu sorunun cevabı ise şu soruyla bağlantılıdır: Arslan'ın o günkü koşullarda AK Partinin duruşuyla birebir örtüşen eleştirileri, AK Parti ile dindar ve muhafazakar mahiyetteki mutabakatının ürünü müdür yoksa çok seslilik ve özgürlük yanlısı bir mizacın ürünü müdür?

İktidarının ilk on yılında demokrat vurgularla öne çıkan AK Partinin söylem ve eylemlerindeki muhafazakar reflekslerin son zamanlarda arttığı, hatta sistematik bir devrimin alt yapısı haline geldiği gözlemlenmektedir. Bu devrim süreci, din temelli muhafazakar tepkiselliğin ötesine geçmekte, kitle mobilizasyonunu ve güç konsolidasyonunu da gerektirmektedir. Merkezîyetçi, muktedir, tekil bir

²² <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/101746-akp-nin-anayasa-taslaginin-tam-metni> ET: 6/7/2015.

²³ http://www.radikal.com.tr/turkiye/anayasa_mahemesinin_yeni_baskani_belli_oldu-1290141 ET: 6/7/2015.

²⁴ 30/7/2008 tarih ve E.2008/1, K.2008/2 sayılı siyasi parti kapatma davası kararı.

²⁵ <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1041369-yeni-baskanin-7-yil-onceki-yorumu-aym-yargi-darbesi-yapti> ET: 6/7/2015.

²⁶ 5/6/2008 tarih ve E.2008/16, K. 2008/116 sayılı karar.

²⁷ <http://arsiv.setav.org/Ups/dosya/7052.pdf> ET: 6/7/2015.

siyaset düzeni ve bu düzene uyumlu bir geçiş dönemi hukuku öngörülmektedir. Diğer bir deyişle AK Parti, yürüttüğü devrimsel süreçte, eşitlikçi ve özgürlükçü adalet anlayışını askıya alma zorunluluğu hisseder görünmektedir. Acaba Arslan, söz konusu süreci nasıl yorumlamaktadır? Siyasetin ritmini faal özgürlük ve adalet katkılarıyla dengelemeyi mi yoksa siyasetin hesaplarına uyum güdüsüyle adaletin koşullarını sınırlı algılamayı mı tercih edecektir? Özetle Arslan, yakın zamana kadar koalisyon halinde görünen din dolgulu muhafazakar kültür ile seküler liberal teori arasındaki kopuşta hangi tarafta kalmıştır? Yahut üçüncü bir seçenek ortaya koyabilir mi?

Arslan'ın liberal farkındalığını eserlerinden kolayca anlayabilmekteyiz. Bilhassa "*Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey*" (İsteksizce Siyasi Liberalizme Doğru Sürüklenmek: Türkiye'de Yargının Siyasi Rolü) başlıklı çalışmasında Arslan, Türkiye'nin gönülsüz bir şekilde liberalizme doğru yol aldığını, bu değişim karşısında yargının frenleyici ve ikircikli tutumunu başarıyla açıklamıştır. Bu eserinde Arslan, yargının liberalizm karşısındaki negatif tutumuna (*a negative approach to political liberalism*), bireysel hak ve özgürlükleri dert edinmeyen bir devlet koruyuculuğunu misyon edindiğine (*self-declared mission*), Türkiye'de yargının siyasallaştığına (*the politicisation of the judiciary*) ve siyasetin yargısallaştığına (*the judicialisation of politics*), hukuk evreninin muhafazakar doğasına (*[t]he conservative nature of the legal complex*), barolar gibi diğer hukuk aktörlerinin de muhafazakar tutum aldıklarına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye'de hukukun gelişimine katkı potansiyeline, Türkiye'de yargının yeni liberal düzene adapte edilmesi gerektiğine, bu adaptasyon için Türkiye'de yargının alışkanlık ve korkularını terk etmesi gerektiğine değinmiştir.²⁸

Bir paragrafta özetlemeye çalıştığımız bu makale, Arslan'ın bir akademisyen ve teorisyen olarak Türkiye'de yargının zihniyet sorunu hakkındaki farkındalığının delilidir. Arslan kritiklerinde referans alınabilecek bu önemli çalışma, uyandırdığı ümidin ötesinde şu iki hususu aydınlatmamaktadır. Birincisi, Arslan'ın liberalizminin bir tür karşıt muhafazakarlık kaynağından nebean edip etmediğidir. İkincisi ise bununla bağlantılı olarak Arslan'ın eriştiği teorik kalitenin henüz pratikte test edilmemiş olmasıdır.

Arslan'ın liberalizmi yüzeysel bir teslimiyet ve kapılmışlık duygusuyla benimsemediği nettir. Nitekim o, bir makalesinde postmodernist diskurun insan hakları sabitesinden uzaklaşmaması çelişkinsini uzun uzadıya eleştirmiştir.²⁹

²⁸ Arslan, 2007.

²⁹ Zühtü Arslan, "Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights" *Res Publica*

Söz konusu çelişki, radikal liberalizme gebe postmodernizmin muhafazakar bir kancaya asılı kaldığını gözler önüne sermektedir. Aynı çerçevede liberalizmin de saf ve sorunsuz bir dünya görüşü olarak yorumlanamayacağı açıktır. Nitekim Arslan'ın holistik bir hayat görüşü olarak liberalizmdense bir yönetim metodu olarak politik liberalizmi savunduğu söylenebilir. Arslan, liberalizme *grundnorm* statüsü atfetmeden önem vermektedir:

Serbest piyasa, insan hakları ve özellikle ifade, örgütlenme ve inanç özgürlükleri, hukuk devlet, özgür ve özerk birey, çoğunluğun sınırlı iktidarı, demokratik (sivil) otoritenin üstünlüğü, siyasal tarafsızlık, hoşgörü, çoğulculuk, çokkültürlülük gibi ilkelere dayanan liberal anayasacılık, sadece Batı'nın siyasal/hukusal modeli olmaktan çıkarak, globalleşmenin de etkisiyle "iyi yönetim" in hakim modeli olarak evrensel bir "sivil din" haline gelmiştir.

Bu evrensel "sivil din" in ilkelerinin metafizik temellendirmeler yoluyla haklaştırılmaya çalışılması ya da "metafizik tuzak" lardan uzak durarak rasyonel, pragmatik yollarla savunulması, sözkonusu ilkelerin gerekliliğini ve normatif değerini çok fazla etkilememektedir. Daha da önemlisi, liberal anayasacılığın temel değerlerine karşı çıkanlar, bu değerlerden ziyade onların temellendirilmesine karşı çıkmaktadırlar.³⁰

Arslan'ın özgürlükçü yaklaşıma liberalizmin gücünden ilhamla yeşil ışık yakması, onun da liberalizmi öncelikle pragmatik bir değer olarak görüp görmediğini düşündürmektedir. Arslan'ın çatışan muhafazakarlıklar arasından liberalizme yanaşmasının ardındaki realist ve pragmatist motivasyonu yine kendi ifadelerinden çıkartabilmekteyiz:

Liberal tarafsızlığın en azından anayasal düzeyde gerçekleştirilmesi demokratik bir siyasal yapı için kaçınılmaz görünüyor. Aksi takdirde, devletin belli "iyi" anlayışlarını dışlaması ve sürekli "öteki" yaratması toplumsal ve siyasal barışı negatif yönde etkileyecektir. Dahası, taraflı devlet, toplumun bir kesiminin güvenini kaybederek meşruluk krizine yol açabilir. Dolayısıyla, anayasal tarafsızlık, siyasal iktidarların karabasanı olan meşruiyet krizini önleme ve çözüme noktasında önemli bir araçsal fırsat sunmaktadır.³¹

Arslan'ın liberalizmin çağın entelektüel ve sistemsal kaçınılmazı olarak görmesi, aslında liberalizmi onda daha derin bir realizm temelinin bir par-

1999(5:2): 195-205.

³⁰ Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008: 41-42.

³¹ Arslan, 2008: 94

çasına dönüştürmektedir. Şüphesiz bu, ne teorik ne de pratik olarak mutlak bir kusurdur. Lakin ilk etapta net bir şekilde ayrılabilir liberal ve muhafazakar söylemler, realizm tabanında birbirine karışabilir ve bulanıklaşabilir. Yani 'realite' algısının muhafazakar şekillenişinden sorunu kaynaklanabilir. Bu, şüphesiz alışılmış olandan daha örtük, derin ve güçlü bir muhafazakarlıktır. Bu bağlamda sorulması gereken soru şudur: Acaba Arslan'ın entelektüel pozisyonu, liberalizmi muhafazakar menşeli bir realizm temelinde meşru ve yararlı görmek şeklinde midir? Yoksa ideolojik yüklerinden arınmış hakkaniyetli liberal muhtevayı realiteye dönüştürebilmek için muhafazakarlık realitesini de kabul eden esnek bir idealizm üzerine mi kurulmuştur? Diğer bir deyişle, Arslan'ın realite algısına ve bununla bağlantılı psikososyal okuyuşlarına yön veren idealizminin mahiyeti nedir? Arslan'ın, AYM'nin ideale seyrinin odağına koyduğu motivasyonun kökeninde muhafazakar mizaç mı, liberal mizaç mı vardır? Kanımca Arslan'ın başkanlık performansına ilişkin hayati soru budur. Ve soru hangi şekilde cevaplanırsa cevaplansın, pratiğin bir tür realizm olarak savunulacağı öngörülebilir.

AYM'nin tek boyutlu bir muhafazakar-liberal ikilemi yaşamadığını, bu ikilime düğümlenmiş bir realizm-idealizm ikilemi de yaşadığını açıklamış olduk. Realite-ideal tartışımı birinci ikilemde hangi tutumun ağırlık kazandığından, muhafazakar-liberal dışavurumlar ise ikinci ikilemde neyin öne çıktığından etkilenmektedir. Bu bağlamda, realizm gerekçeli kaygıların temel hak ve özgürlüklerle çatıştığı noktada liberal tutumun askıya alınıp muhafazakarlık sergilenmesi pek kolay olacaktır. Zira liberalizm realizm gereği makbul sayıldığında realiteler liberalizmden daha geniş ve güçlü algılanacaktır. Dolayısıyla Arslan'ın liberalist yönünün aslında derin bir realist zemininin olması, realizm hesaplarına uymayan özgürlük dışavurumlarına sıcak bakmayabileceği, realite okuyuşunu şekillendiren ve mahdut realizm dayatmaları yapan köklü ve kuvvetli muhafazakarlıkların, dış kaynaklı dahi olsa, onda her an baskın çıkabileceği şüphesini uyandırmaktadır. Eğer böyle olursa Arslan'ın AYM'ye ciddi ve derin bir katkısının olmayacağını, tam tersine yüzeyde elde edilecek imaj ve organizasyon başarılarının altında kurumun hak ve özgürlük fikriyle çatışan muhafazakar geleneğinin daha da kökleşeceğini söyleyebiliriz. Lakin bu şüphenin haklılığı ancak pratikte test edilebilir.

Bu analizlerimiz ışığında Zühtü Arslan başkanlığındaki AYM'nin önündeki seçenekleri şu şekilde açıklayabiliriz:

AYM'nin ekstrem bir seküler liberalizm fikrini ufkuna yerleştirmesi hayali bir seçenektir. Adeta bir etik agnostisizme dayanan, arayışın kendisinden baş-

ka değer tanımayan ve sabitelerden tamamen soyutlanmış bir AYM, gerçekçi bir hedef olmadığı gibi, sosyolojik olarak da ideal olmaz. Zira bu, AYM'nin devlet ve halk kesimlerinden tamamen kopuk olması demektir.

AYM'nin yeni yeni pasifize etmeye başladığı Kemalist muhafazakarlığın yerine yenilenen kadrolarında meknuz bulunan dindar muhafazakarlığı açıkça koyması mümkün müdür? Kanaatimizce bu seçenek de gerçekçi değildir. Şöyle ki, Türkiye'de dindar muhafazakar kesimin, tam da muhafazakar davranış kodları nedeniyle, fikriyatı hamdır. Sosyal örtüler altında kalmış, kuytularda ve tepkisellikle şekillenmiş muhafazakar kültür; bagajsız hakikat ve gerçeklik arayışına, rövanş ve fütuhât güdülerinden arınmışlığa, objektif makro çözümlere, dinamik sistemler yaklaşımına, derin dönüşümlere müsaade edecek bir entelektüel potansiyel barındırmamaktadır. Bir bilinç ve refleks karmaşası sergilemektedir. Dolayısıyla en fazla Müslümanlığa da yabancılaşmış bir tür İslamist mutasyon ortaya koyabilir. Aciz ve mütecaviz davranışlar arasında sâlinir. Halbuki günün sonunda rejim bile değişse İslamizm, gerek yerel popülasyonun çekimserliği, gerek uluslararası faktörlerin uygunsuzluğu, gerekse aşırı determinist sistemlerin iticiliği nedeniyle başarısızlığa mahkum olacaktır. Muhafazakar histerilere vücut veren ideolojik ve muharref bir İslamist devrimin, siyaseten ve hukuken sürdürülebilir olmadığı açıktır.

Arslan başkanlığındaki AYM'nin, hatta bir bütün olarak Türkiye'nin önünde gerçekleşmesi mümkün iki seçenek vardır. İlk seçenek, çelişki yönetiminde ustalaşmaktır. Böylece özgürlük fikrini özümsemeyenler özgürlük savunucusu, tekil hedeflere koşanlar çoğulcu, disiplin kutsayıcıları müsamahakar, sosyal uyum saplantısı olanlar fikir sahibi, devletçiler bireyci, yükümlülük dayatıcıları hak dağıtıcısı, toptancı eğilimleri olanlar demokrat, farklılıklardan hoşlanmayanlar açık görüşlü, değişimlerden hoşlanmayanlar reformcu, oyalayıcılar siyasetçi, statülerini odaklananlar hukukçu görünmeye devam edebilirler. Herkes bu çelişkileri yaşattıkça sorun olmaz. Bir noktada kaybeden başka noktada kazanır ve yine başka bir noktada kaybeder. Toplumsal hayat, hukuk-altı normların egemen olduğu bir oyun olarak kalır. Oyun kurallarının ve ortamının, bu ortam içinde birilerinin galibiyet hesaplarının sürdürülmesi, ortak muhafazakar eğilimler sayesinde mümkün olur. Derinleşme ve hakikat arayışına girme, aksaklıklara ve çelişkilere işaret etme oyunbozanlık olarak görülür.

AYM eğer bu tür bir muhafazakar refleksle teslim olursa kişisel kaygıların ve basit hesapların etkinliğine büyük boşluklar bırakmış olur. Her aktör, bütüncül bir adalet sistematığının kurulmayışı karşısında gemisini kurtaran kaptan rolüne bürünmek zorunda kalır. Yaratılmaya çalışılan ve çelişkileri örtmeye yara-

yan imajlara hanel getirmediğe bireysel beklentileri adalet gereklerinin önüne koymak sosyal meşruiyet kazanır ve hukuki meşruiyet kaygısını bertaraf eder. Muhafazakar refleks, AYM için kolay seçenektir zira zihin kodları zaten buna alışıktır. İmaj perdeleri oluşturmak ve bu perdeler ardında iletişimsel mutabakatları sürdürmek için ekstra gayret gerekmemektedir. Etkileşimsel zekanın onayını aramak, neyin dokunulur neyin dokunulmaz olduğunu sezme, ona göre irade kullanmak yeterlidir. Hukukun araçsallaştırılması ve statülerin rantlaşması olağandır. Otorite unsurlarına, bilhassa başkanın şahsına tabi oluş, öngörülebilirlik ölçütüdür; değerler, ölçüt ve öngörü kaynağı değildir.

Muhafazakar refleksin baskın çıkması halinde Arslan'ın AYM başkanlığı, çelişkilerin görünür dallarının budandığı fakat görünmez köklerinin korunduğu bir dönem olabilir. Arslan'ın anayasa ve liberalizm teorileri hakkındaki bilgisi, güncel siyasete mesafeli duruşu, otokontrolü; kurum içinde ve dışında daha sakin ve dingin makyajlar yapılmasına yarayabilir. Fakat esaslı bir dönüşümün yaşanmaması; aktif hukuksuzluktan pasif hukuksuzluğa yani adaletsizlik ifasından adaletsizliğe göz yumuşa doğru silik iyileşmeler anlamına gelebilir. Bu iyileşmeler sayesinde eskiye nazaran başarılı imajlar oluşturulabilmesi, AYM'nin toplam hukuki kalitesini istikrarla arttırdığı, gerekli özgürlük açılımlarını gerçekleştirdiği ve sağlam bir değerler örgüsü kurduğu anlamına gelmez. Gelecek nesillerin ihtiyaçlarını karşılamayan, ne ölümcül zararlı ne de fevkalade yararlı, düşük frekanslı bir hukuk sürüncemesi yaşanabilir. Özetle, muhafazakarlığın sürmesi halinde AYM'de Arslan yılları, mevcut paradigmalara uyarak yüzeysel gelişmelerin kaydedilmeye çalışıldığı bir sönük dönem olabilir.

Açıkkası AYM'nin kurumsal genetiğinin şeffaflaşmaya, dokunulabilir ve tahlil edilebilir olmaya, kritik edilmeye, hesap vermeye, hukuk arayışını rasyonelleştirmeye ve kamuoyunun takdirine sunmaya ne kadar uygun olduğu ciddi şüphe konusudur. Kurumda bu gibi beklentilerin anlamlı ve önemli bulunup bulunmadığı da şüphelidir. Toplumun genel muhafazakarlığının meydana getirdiği hakkını arayamama, kurumlardan yüksek beklentiler içine girmeme, itirazı gelişmenin itici gücü olarak görmeme gibi alışkanlıklar; AYM'nin kendi dar kaygılar dünyasına hapsolmasını ve konformist tutum almasını kolaylaştırmaktadır. Bir nüans seviyesine düşen hak ve özgürlükler konusu ise arada bir yapılacak imaj toparlama ve yaratma hamlelerine havale edilmektedir. Hesap öncelmesiyle yaşamaya alışmış, hak ve adaletin genele nüfuzunu değil, bireysel etkilerini önemseyen kitlelerin bu durumdan muhtemelen rahatsızlığı olmayacaktır. Reel ve derin çözümler aramayan, arama kabiliyetinin gelişmesini engelleyen muhafazakar insan tipi, Kemalizmden İslamizme doğru yaşanan evrimin sembolik dünyasından teselliler üretebilecektir. Eskinin zihniyet

ve davranış stoku yeni vitrinlerle donatılmış olacak ve bu, hak ve özgürlükler alanında ilerleme olarak takdim edilebilecektir. Refleks dönüşümü yaşanmadığından, istikrarlı ve ilkeli bir hukuk anlayışı geliştirilmemiş olacaktır.

AYM'nin çelişkileri sürdürmekten -ve muhtemelen daha derinlere gizlemekten- daha zor ve ulvi olan seçeneği ise çelişkileri çözümlenektir. Arslan'ın büyük sınavı tam da bu alandadır. Bu seçenek, muhafazakarlık konusu muhtelif değerlerin karşılıklı rafine edilmesi, anlamlandırılması, tepkisellikten arınmış bir güven duygusu içinde yeniden ve açıkça üretilmesi demektir. Kemalizm, muhafazakar tıkanıklıklarını aşamadığı için kültleşme sürecine girmiş, sosyo-legal etkinliğini ve toplumsal moderatörlük rolünü kaybetmiştir. Şimdi Müslüman muhafazakarlık aynı sınavı vermektedir. İdeolojik zincirlerden kurtulmuş yalın ve özlü bir Müslüman etik; muhafazakarlığın örtük, sinsisi, aciz ve mütecaviz komplikasyonlarından kurtulup, özgüvenli bir değerler kurgusuna dönüşebilir mi? Açık olan toplumsal moderatörlük pozisyonunu doldurabilir mi? Böylece ülkenin özgürlükler konferansında her görüş sahibinin eşit, şeffaf ve olgun birer katılımcı olmasını teşvik edebilir mi?

Şu anki AYM mensuplarının ekseriyeti, uzun yıllar devlete egemen olan ve AYM'nin kuruluş felsefesini tayin eden ideolojik sahanın haricinde olmakla birlikte, o sahanın yan ürünü sayılabilecek muhafazakarlık olgusunun dahilindedir. Kabaca Kemalist ve İslamist muhafazakarlık olarak tanımladığımız iki tutum arasında benzerlikler ve farklılıklar vardır. Dini, Batıyı, tarihi, gelişmeyi yorumlayış ile referans mevkiindeki jargon ve simgeler ayrışma noktalarıdır. Fertten ziyade devlete, adaletten ziyade siyasete, özgürlükten ziyade sınırlılığa, felsefi ideallerden ziyade sosyolojik kuvvetlere yakın duruş ise iki muhafazakarlığın ortak noktasıdır. Yani ayrışmanın altında ciddi bir benzeşme söz konusudur. Genel olarak şeffaflığa karşı mesafeli duruş, her iki muhafazakarlığı da insan hakları hukukunun aksiyomlarına vücut veren şeref ve hürriyet ısrarından uzaklaştırmaktadır. Oysa AYM, yakın zamanda, bilhassa bireysel başvuru uygulamasında, bilerek ya da bilmeden muhafazakar kramplardan liberal rahatlamaya geçişi taahhüt etmiş olmaktadır. Bu geçişin gerçekçi bir temele oturabilmesi için muhafazakarlığa boğulan değerler ile insan iradesine saygılı liberal kabuller mutlaka doğal bir şekilde uzlaştırılmalıdır. AYM, bu ihtiyacı ne kadar derinden algılamaktadır, giderebilecek donanımda mıdır?

Arslan'ın muhafazakar ve liberal farkındalığı, bu ihtiyacın en azından başkan nezdinde algılandığı varsayımına izin vermektedir. Arslan; dini ve seküler, muhafazakar ve liberal telkinleri adalete ulaştırma gayesini, AYM'nin vizyonuna dönüştürebilecek midir? Dipten gelen muhafazakar dalgalar ile dıştan

gelen liberal dalgalar arasında sahih ve cesur çözümler geliştirebilecek midir? Özgürlüğün asıl olması fikrini ve çeşitli dışavurumlarını, muhafazakarların anlam dünyasını kah esneterek kah zenginleştirerek, kurumsal kültürün bir parçası haline getirebilecek midir? Yoksa özgürlüğü, muhafazakar refleksin sosyal labirentlerine tabi kalarak yorumlayıp onaya muhtaç ve kısır pozisyonunda mı tutacaktır? Arslan'ın gayreti öncelikle imaj boyutunda mı, hakikat boyutunda mı olacaktır? Eğer bu hususta bir determinizm varsa; Arslan'ın bilinçaltı hangi eğilimin daha fazla etkisindedir?

Kanaatimizce Arslan'ın, AYM'de derin bir refleks dönüşümünü gerçekleştirmeyi başarması; sosyal ve iletişimsel mayınlar arasında operatif manipülasyonlara mecbur kalan, çelişkileri örterken derinleştiren imaj prodüksiyonu dışındaki tek seçeneğidir. Bu refleks dönüşümü sayesinde pek çok tenakuz ve tıkanıklık aşılabilir. Gizli fakat etkili yönelimler, açık ve makul ifadelere evrilebilir. Sayısız hesabın adalete küçük bir alan bırakması olgusu zayıflayıp, adalet hedefinin ortak menfaat olmasını güçlendirebilir. Özgürlüğün ve insanın saygınlığının temel alınması sayesinde personelin mesleki inancı, motivasyonu ve tatmini artırılabilir. Böylece daha tutarlı, kaliteli ve ikna edici kararların çıkması sağlanabilir. Oluşturulan ilkesel kurum felsefesi, diğer yargı organlarıyla ve kamuoyuyla paylaşılabilir. Bu sayede AYM, hukukumuzda esaslı katkılar sunmuş ve görevini layıkıyla yerine getirmiş olur.

Peki Arslan bu iki seçenektan hangisine daha yakındır? Okumalarımıza ve gözlemimize göre Arslan, özgürlükçü hukuk ve toplum anlayışını, entelektüel boyutta herhangi bir muhafazakar ısrardan daha makul bulur. Bununla birlikte, Arslan'ın gerçekçilik anlayışının, muhafazakarlığın etkilerini AYM üzerinde daha baskın ve belirleyici kılması ihtimali vardır. Şöyle ki, Arslan'ın sosyal ve siyasi çevreyi okuyuşu ve bu çevrenin güçlü muhafazakar kodları, onu; gerçekçilik adı altında bir tür rasyonelleştirilmiş teslimiyete, bu teslimiyet metodolojik boyutta bile kalsa esas planında etkinlik kaybına, özgürlük ilkelerinin doğasına aykırı tabi oluşları zımnen onaylamaya ve hukuku stratejiler karşısında zedelemeye sürükleyebilir. Bu durumda Arslan, şahsi sınırları içinde kurduğu fikir ahenginin gerisine düşerek, AYM için bir makyaj sanatçısı haline gelebilir. Yani Arslan, çelişkilere çözüm getirmek yerine gönüllü-gönülsüz paravan olmak başarısı başarısızlığını gösterebilir. "Muhafazakar mizaç sahiplerinin özgürlük garantörü rolünü oynaması" çekirdeğinden doğan bu çelişkiler ve sayısız diğer patolojiler farklı formlarda devam eder. Bu ihtimalin gerçekleşmesi, Arslan'ın realizmini de şekillendiren muhafazakar reflekslerinin liberal reflekslerinden daha köklü ve kuvvetli olduğu çıkarımına yol açacaktır.

İyi ihtimal ise Arslan'ın, hukuki ilkeleri ve özgürlük fikrini olgunlaştırmayı ve istikrara bağlamayı, en öncelikli kurumsal politika konusu haline getirmesidir. Bunun için Arslan'ın, irrasyonel ve duygusal kısıtlama eğilimlerindeki sakıncaları gösterebilmesi, açıklığı bir değere dönüştürebilmesi, bu alanlarda kavrayışı doğal ve güçlü olan insanları AYM'ye kazandırabilmesi gerekir. Bu sayede Arslan, muhtelif muhafazakarlık muhtevalarının terk edilmesi şöyle dursun, daha dürüst ve tutarlı bir şekilde ortaya konmasını sağlayacaktır. Zıt fikirlerin tartılması, felsefi ve sosyolojik olarak sınanması, olgunlaşması ve ortak iyiliğe dönüşmesi mümkün olacaktır. Bu ihtimalin gerçekleşmesi ise Arslan'ın özgürlük kavrayışının doğallığının, derinliğinin ve sağlamlığının ispatı olacaktır.

Şu aşamada, söz konusu iki davranışsal çizgi ve kurumsal vizyon arasında Arslan'ın nasıl bir temayül geliştireceğini kestirememekteyiz. Lakin Arslan'ın başkanlık sürecinin bu iki ana yoldan biri üzerinde işleyeceğini çekinmeden belirtebiliriz. Birinci yol, yargının strateji kuytularını sıkışması; ikinci yol ise bireysel hak hassasiyetinde vücut bulan vicdaniliğin her işe ışık tutmasıdır. Birinci yol, ülkemizde hemen her alanda alışık olduğumuz, hikmetinden sual olunamayan mevki sahiplerinin çalışır görünüp zaman geçirme politikası; ikinci yol ise AYM gibi önemli bir kurumun sorumluluklarının farkında olarak derin sosyo-legal problemlerin tedavisini amaçlamasıdır. Seçim, AYM başkanı olarak seçilen Arslan'ındır.

Sonuç

AYM'de başkan değişikliği, Türkiye'de yargı açısından çok önemli bir olaydır. Başkan değişikliğinin aşırı önemli olması eleştiri konusu yapılabilir. Demokratik kültürün zayıflığına yorulabilir. Başkan odaklı kurumsal havanın barındıracağı hukuki sakıncalara dikkat çekilebilir. AYM'nin kurumsallaşamamış, profesyonelleşememiş olduğuna delil sayılabilir. Bu tür idealist eleştiriler, başkana aktarılan iradenin yoğunluğu realitesini değiştirmemektedir.

Yüksek mahkeme üyeliği ve başkanlığı gayet kritik makamlar olduğu halde bu makamları işgal eden kişiler, ülkemizde akademik araştırmalara neredeyse hiç konu edilmemektedir. Yüksek yargı organlarının yargısal tutumu ve başkanlarının yönetsel eğilimleri, hukuktan ve bilimsellikten uzak bir kendinden meşruiyet kabulüne terk edilmektedir. Bu durum, kritik pozisyonların patolojik bir şekilde önemsenmesinden ve amaçlarının fevkinde dokunulmaz kılınmasından kaynaklanmaktadır. Kutsayıcılık; kurumların ve makamların geri beslenmelerden mahrum kalmasına, tıkanmasına, sorumluluklarıyla alakasız zihniyetler geliştirmesine, içlerinin boşalmasına ve özden ziyade imaj hesaplarına odaklanmasına yol açmaktadır. Tam da bu nedenle imaj ve realite mukayesesi

sunabilecek akademik çalışmalar yapılamamakta, yapısal sorunlara esaslı çözümler sunulamamaktadır.

Bu mahiyetteki bir tutuculuk nedeniyle derinlemesine incelenememiş ve iç işleyişi büyük ölçüde muamma olan AYM, yarım asrı geçen tarihi boyunca Türkiye’de muhafazakarlığın farklı boyutlarda sayısız örneğini sergilemiştir. Denilebilir ki AYM’nin geçmişten bugüne devraldığı en önemli miras, muhafazakar mizacıdır. İdeolojisi, muhtevası, vurguları, sunumu zaman zaman değişen muhafazakarlığın, AYM’nin temel refleksi olduğu gerçeği bakidir. Aksi refleks taşıyanların kurumsal politika ve kimlik üzerindeki etkisi cılız kalmaktadır. Modernizmden liberalizme, laisizmden plüralizme doğru evrilen söylemler; muhafazakar vesayetın el değiştirmesine aracılık etmek bakımından işlevsel olmuş, bir muhafazakar paradigma yerini diğerine bırakmıştır. Bahusus Kemalist muhafazakarlığın müteceviz dışavurumu kaybolmuş, halen aciz sayılabilecek İslamist muhafazakarlığın nüveleri görülmeye başlamıştır. Hala özgürlük fikrinin dini-seküler dayanakları anlaşılammakta, liberal jargon ve formüllerin araçsallığı ile yetinilmektedir. Ve hala AYM, birtakım esas değerlerin yol göstericiliğine çelişkisiz tercüman oluşuyla değil, araçsallığıyla önemli görülmektedir.

Haşım Kılıç’ın başkanlığı döneminde Kemalizm ve İslamizm arasında melezleşmeye başlayan AYM’nin duruşu; mesleki ve iletişimsel muhafazakarlıklarla takviye edilmiş, personel tutumuyla içeriden desteklenmiş, imaj hamleleriyle dışarıdan setredilmiş, böylece kurumsal kültür haline gelmiştir. AYM’nin hak ve özgürlükleri korumaktan ziyade kullanması, adeta normalleştirilmiştir. Gerek sosyo-ekonomik kalkınma için toplumsal tabanın muhtaç olduğu gerekse normatif boyutta bağlayıcılığı bulunan temel hak ve özgürlükler, istikrarlı ve tutarlı bir anlam ve uygulama zeminine kavuşturulmamıştır. AYM’nin hangi ilke ve önceliklerle hareket ettiği anlaşılammıştır. AYM’nin gizem perdeleri ardında çalışması; hak ve özgürlük ideallerinin şeffaflık unsurunu marjinalleştirilmiş, kurumun muhafazakar kodlarının baskın özelliği olmuştur.

Zühtü Arslan’ın AYM başkanlığı performansı, tasvir etmeye çalıştığımız tabloyu nasıl yorumladığıyla ilgili olacaktır. Biz, AYM’nin kuruluşundan bugüne devam eden sorunlarını, bir refleks seçkisi halinde işleyen, muhteva ve iddialardan bağımsız bir gizli mizaç olarak tanımladığımız muhafazakarlık tutumu ile ilişkilendirmekteyiz. Jargonun, sunumların, vurguların değişmesi ile AYM’nin hak ve özgürlükler alanında esaslı bir iyileşme sürecine girmesi mümkün değildir. AYM’nin sosyal ve siyasi yönlerden makbul bulunması, AYM’nin garantisi altında bulunan hukuk ve özgürlük ideallerini yakalamaya yetmez. Bir araçsal-

laştırma, başka bir araçsallaştırmaya dönüşebilir. Zira sorunların ana kaynağı olan muhafazakarlık, davranışsal bir gelenek olarak sürmektedir. Arslan'ın sorunları sadece ideoloji ve organizasyon katmanlarında görmesi, onun zahiren geçmişten farklı fakat batının geçmişe benzer yaklaşımlar sergilemesine yol açabilir. Bu durumda, Arslan'ın akademik geçmişi ve özgürlük bilinci gibi olumlu özelliklerinin etkinliği azalır.

Sonuç olarak, Zühtü Arslan başkanlığındaki AYM'nin büyük sınavının muhafazakar-liberal refleks polarizasyonu olduğunu söyleyebiliriz. Bu sınavı AYM, makro ve mikro boyutlarda sürekli yaşayacaktır. Kurumun özündeki muhafazakar refleksin galip gelmesi durumunda AYM, görüntülerde liberal olma hedefini kovalarken, çift kutuplu kurumsal kişilik bozukluğunu derinleştirecektir. Kalıcı ve esaslı hukuki yararlar sağlayamayacaktır. Her hususta özgürlük refleksinin birincil ve doğal kılınması durumunda ise hukuki ve sosyal açılımlar gerçekleştirilebilir, net bir kurumsal kimlik içinde tutarlılığa, yetki kuvvetinden bağımsız gerçek saygınlığa erişilebilir.



KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi (20/3/2015) Duyuru <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/663/index.html> ET: 3/7/2015.

Anayasa Mahkemesi (11/3/2015) Basın Açıklaması <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/661/index.html> ET: 1/4/2015.

Anayasa Mahkemesinin 2/4/2014 tarih ve 2014/3986 sayılı bireysel başvuru kararı.

Anayasa Mahkemesinin 30/7/2008 tarih ve E.2008/1, K.2008/2 sayılı siyasi parti kapatma davası kararı.

Anayasa Mahkemesinin 5/6/2008 tarih ve E.2008/16, K. 2008/116 sayılı kararı.

Arslan, Zühtü (2009) Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe <http://arsiv.setav.org/Ups/dosya/7052.pdf> ET: 6/7/2015.

Arslan, Zühtü (2008) Anayasa Teorisi (Seçkin Yayınları, Ankara).

Arslan, Zühtü (2007) "Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey" T.Halliday, L.Karpik, M.Feeley (ed.) Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Change (Hart Publishing, Oxford): 219-245.

Arslan, Zühtü (1999) “Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights” *Res Publica* (5:2): 195-205.

Aytaç, Önder (2015) Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan neler yapamayacak? <http://www.herkulhaber.net/yazarlar/onder-aytac/anayasa-mahkemesi-baskani-zuhtu-arslan-neler-yapamayacak/28/> ET: 6/7/2015.

Bailey, Kenneth D (1987) *Methods of Social Research* (The Free Press, New York).

Bailey, Michael A (2012) *Measuring Court Preferences, 1950-2011: Agendas, Polarity and Heterogeneity* http://faculty.georgetown.edu/baileyma/CourtP-ref_July2012.pdf ET: 21/2/2015.

Bailey, Michael A and Maltzman, Forrest (2011) *The Constrained Court: Law, Politics and the Decisions Justices Make* (Princeton University Press, Princeton).

Bianet (13/9/2007) AKP'nin Anayasa Taslağının Tam Metni <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/101746-akp-nin-anayasa-taslaginin-tam-metni> ET: 6/7/2015.

Çoban, Ali R; Gülener, Serdar; Sağlam, Musa ve Ekinci, Hüseyin (ed.) (2015) *Haşim Kılıç'a Armağan* (AYM Yayınları, Ankara).

Fredenburg, Joshua (2004) *Visions: the answer to Generations X and Y* (AuthorHouse, Bloomington IN).

Gülener, Serdar (2015) “Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında Anayasa Mahkemesinin Dönüşümünün İzlerini Sürmek” A.R.Çoban, S.Gülener, M.Sağlam ve H.Ekinci (ed.) *Haşim Kılıç'a Armağan* (AYM Yayınları, Ankara).

Habertürk (14/3/2015) Eski AYM Başkanı Haşim Kılıç: Siyasete devam ediyoruz <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1053520-eski-anayasa-mahkemesi-baskani-hasim-kilic-siyasete-devam-ediyoruz> ET: 3/7/2015.

Habertürk (10/2/2015) Yeni başkanın 7 yıl önceki yorumu: AYM yargı darbesi yaptı <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1041369-yeni-baskanin-7-yil-onceki-yorumu-aym-yargi-darbesi-yapti> ET: 6/7/2015.

Kaya, Emir (2014) “Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (3-4): 573-605.

Kaya, Emir (2014) “İlm-i Siyaset ve Adalet Üzerine” *Akademik Teklif* (2): 36-48.

Kirişçi, Kemal and Cengiz, Melis (2015) A glimmer of hope for the futu-

re of Turkish democracy? <http://www.brookings.edu/research/opinions/2015/03/09-glimmer-of-hope-future-turkish-democracy-cengiz-kirisci> ET: 6/7/2015.

Kütahyalı, Rasim O (2015) Liberal-demokrat entelektüel Zühtü Arslan <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/kutahyali/2015/02/11/liberaldemokrat-entelektuel-zuhtu-arslan> ET: 6/7/2015.

Martin-Quinn Scores <http://mqscores.berkeley.edu/> ET: 21/2/2015.

Mauro, Tony (2010) Voters strongly favor televising Supreme Court, but might not watch <http://www.nationallawjournal.com/id=1202445906572> ET: 3/7/2015.

Mollaer, Fırat (2009) Muhafazakarlığın İki Yüzü (Dergâh Yayınları, İstanbul).

National Archives and Records Administration (2006) Televising Supreme Court and Other Federal Court Proceedings: Legislation and Issues <http://fas.org/sgp/crs/secrecy/RL33706.pdf> ET: 3/7/2015.

Oda TV (14/7/2014) Hükümet Haşim Kılıç'la barıştı mı <http://odatv.com/hukümet-hasim-kilicla-baristi-mi-1407141200.html> ET: 6/9/2015.

Oder, Bertil E (2010) Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma (Beta Yayınları, İstanbul).

O'Hear, Anthony (1996) Verstehen and Humane Understanding (Cambridge University Press, Cambridge).

Radikal (10/2/2015) Anayasa Mahkemesi'nin yeni başkanı Zühtü Arslan http://www.radikal.com.tr/turkiye/anayasa_mahemesinin_yeni_baskani_belli_oldu-1290141 ET: 6/7/2015.

Robe Probe <http://www.robeprobe.com/> ET: 6/7/2015.

Sabah (2/10/2014) Kılıç'tan 'voleybol' cezası... <http://www.sabah.com.tr/gundem/2014/10/02/kilictan-voleybol-cezasi> ET: 15/9/2015.

The Robing Room <http://www.therobingroom.com/> ET: 6/7/2015.

Toobin, Jeffrey (2007) The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court (Anchor Books, New York).

Topçu, Nurettin (2011) İsyân Ahlâkı (Dergâh Yayınları, İstanbul).

Turabi, Selami (2014) "Anayasa Mahkemesinin Yapısal Sorunlarına Çözüm Önerileri" Akademik Teklif (2): 8-35.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Televizyonu https://www.tbmm.gov.tr/tbmm_tv.htm ET: 3/7/2015.

Ural, Şafak (2012) Pozitivist Felsefe (Alfa, İstanbul).

Ünsal, Artun (1980) Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (AÜSBF Yayınları, Ankara).