

Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar

*Prof. Dr. Rona AYBAY**

Sayın Başkan çok teşekkür ediyorum.

Anayasa Mahkemesi'nin çatısı altında, konuşmacı olarak bir sempozyuma katılmaktan çok büyük bir onur ve mutluluk duyduğumu belirtmek isterim. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu günlerden beri, anayasa yargısıyla karınca kararınca ilgilenen bir hukukçuyum; fakat bugüne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından hiç hatırlanmamıştım. Bu hatırlanmayı Sayın Başkan Tülay Tuğcu kırmış oldu, kendisine çok içten şükranlarımı sunmak istiyorum. Kendisini bugün ikinci defa bir açış konuşmasında dinleme onuruna erdim, bunu da övünçle belirtmek istiyorum. Çünkü 20 Ocak 2006 günü Strazburg'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adli yıl açılış konuşmasını da Sayın Tülay Tuğcu yapmıştı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin etkinliğini arttırmak için görüş geliştirmekle görevli Âkil Kişiler grubunun üyesi sıfatıyla, Mahkeme Başkanı Wildhaber'in çağrılısı olarak ben de oradaydım. Tabii tahmin edeceğiniz gibi, gözlerimiz yaşararak dinledik Başkan Tuğcu'nun açış konuşmasını.

Bir kadın hukukçunun Anayasa Mahkememizin başkanı olması belki bize bugün doğal görünüyor; çünkü daha önce de bir Yüksek Mahkememizde, Danıştay'da mahkeme başkanlığı bir bayan hukukçumuz tarafından yürütülmüştü. Ayrıca, daire başkanı olarak, üye olarak çeşitli mahkemelerde yıllardır görev yapan pek çok kadın yargıcımız var. Tabii bunları, bugün doğal görüyoruz ama bugünlere nereden geldiğimizi de bir an durup düşünmekte yarar var. Atatürk'ün uygulamaya koyduğu hukuk reformundan

* AİHM'nin etkinliğini arttırmak üzere görüş geliştirmekle görevli Âkil Kişiler Grubu Üyesi; İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

önce bir kadının bırakın kadı, yani yargıç olmasını, mahkemede tanıklık yapması bile mümkün değildi. Bilenler bilir her davada değil belki ama bazı davalarda olsa olsa iki kadının tanıklığı bir erkeğin tanıklığına eşit olabiliyordu. Yani Atatürk'ün yaptıklarını küçümsemeye yeltenenler biraz durup düşünseler yerinde olur diyorum, efendim.

Sayın Başkan, bu girişten sonra sizin bir tespitinize değinmek istiyorum. Siz programdaki Türki Cumhuriyetlerin anayasal sorunlarını ifade ederken Türk Cumhuriyetleri dediniz...

Turhan YAZGAN (Başkan) – Evet efendim Türki değildirler, Türki de değildirler Türklerdir çünkü. Türk Cumhuriyetleridir.

AYBAY – Çok haklısınız. Ben, bu Arapça aidiyet eki olan “-i” yerine “-gil” demeyi öneriyorum. Eğer bunlara Türk Cumhuriyetleri diyeceksek *Türkgil* Cumhuriyetler demek düşünülebilir ama herhalde Türki dememek lazım, onda mutabıkız.

Başkan – Tabii...

AYBAY (devamla) – Şimdi, bu deyim sorunundan sonra 44 yıl kadar önceye gitmek istiyorum. O günlerde ben İstanbul Hukuk Fakültesi'nde bir asistan idim ve Resmi Gazete'yi izlemeye çalışıyordum. O zamanlar çıktığı gün gelmiyordu İstanbul'a Resmi Gazete. Bugün olduğu gibi internet aracılığıyla anında ulaşmak ise bir hayal bile değildi. Neyse, birkaç gün gecikmeyle de olsa Resmi Gazete bize ulaşıyordu. İşte Resmi Gazete'de iki satırlık küçük bir ilan şeklinde Anayasa Mahkemesi'nin göreve başladığını duyurulmuştu. İlanı görünce çok heyecanlandım; Türk Hukukunda yepyeni bir dönem başlıyordu. O zamanlar Dünya Gazetesi'nde ara sıra makaleler yazıyordum, bu konuyla ilgili bir yazıyı heyecanla yazdığımı yayınladığımı hatırlıyorum. Fakat ne yazık ki unutkanlık hocalığın şanındandır, İstanbul'dan gelirken yanımda getirmeyi unuttum o makaleyi; yoksa bugün sizlere sunmayı çok arzu ederdim.

Benden önce konuşan Uyuşmazlık Mahkememizin değerli Başkanı Ahmet Akyalçın 1924 Anayasası'ndan bahsettiler, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda 24 Anayasası'nda bir hüküm bulunmadığından isabetle bahsettiler. Hep biliyoruz, o dönemde kurum olarak Anayasa Mahkemesi de yoktu, Anayasa Yargısı da yoktu.

Yalnız işte bu noktada, bir vefa borcunu ödemek için, bu yüce çatı altında bir yargıcın adını anmak istiyorum: Refik Gür. Refik Gür, kim derseniz, şahsen tanıma onuruna erişmediğim için kişiliği hakkında ancak yazdıklarını, yaptıklarını okuyarak bilgi sahibi olabildiğim bir insan. Konya'nın Akşehir ilçesinde bir yargıç. Asliye hukuk hakimi. Önüne gelen bir davada,

uygulanması gereken kanun hükmünü anayasaya aykırı görüyor; tabii iptal etmesi söz konusu değil, ihmal yoluyla anayasaya uygunluk denetimini yürürlüğe koymaya kalkıyor 1950'li yılların başında.

Herhalde o zaman 40 yaşında bile olmayan genç bir yargıç ve dayanağı da şu: 24 Anayasası'nda bir hüküm var: anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahaneyle ihmal edilemez, savsaklanamaz, işlerlikten alıkonulamaz; ve ondan sonra kısa bir cümle: hiçbir kanun anayasaya aykırı olamaz. Refik Gür isimli, o zamanki yaşına göre genç yargıç, herhalde bu hükme dayanarak önüne gelen bir davada, anayasaya uygunluk denetimi yaparak anayasaya aykırı bulduğu kanunu ihmal yoluyla bertaraf ederek, bu yolu açmaya çalışmıştır. Fakat Yargıtay, o zaman bu yolu kapatmıştır. Yargıtay'ın dayanağı da yine anayasadaki bir hüküm olmuştur. O zaman ki anayasaya göre, tüzüklerin kanunlara aykırılığı iddia edilirse bunun çözüm yeri TBMM idi; dolayısıyla tüzüklerin kanunlara aykırılığı meselesi bile mahkemelerin yetkisi dışında olduğuna göre, öncelikle kanunların anayasaya uygunluğu mahkemelerce denetlenemez şeklinde bir sonuca vardı Yargıtay.

Tabii bu bir hayal, ama eğer Refik Gür'ün açtığı yol, Yargıtay tarafından kesilmiş olmasa idi, belki de bugün bambaşka bir Türkiye olabilirdi diye düşünebiliriz. Nitekim, bilindiği gibi, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda da kanunların anayasaya uygunluğunun Yüksek Mahkeme tarafından denetleneceğine ilişkin bir hüküm yoktur, bu yol içtihatla açılmıştır. Bu, bizde de pekala mümkün olabilir idi.

Ben bu vesileyle sayın Başkanımıza bir öneri yapmak istiyorum, Refik Gür'le ilgili Anayasa Mahkememizin bir etkinlik başlatmasını diliyorum. Bu bir sempozyum olabilir, Refik Gür'ün adının Anayasa Mahkemesinde bir salona verilmesi, uygun bir yere büstünün konulması olabilir... Ama herhalde Türkiye'de tarihi kendimizle başlatmadığımızı gösterelim, diyorum. Tarihimizde, yalnız hukuk alanında değil, pek çok alanda örnek alınacak, gençlere örnek gösterilecek nice değerlerimiz olduğunu hep biliyoruz. Bizden önce, emek vermiş, fikir yürütmüş, çaba göstermiş insanları analım ki, gençler de örnek alsınlar.

Şimdi sayın başkan, sayın konuklarımızın konuşmalarıyla ilgili birkaç izlenimi ancak sizlerle paylaşmaya başlamak istiyorum. Önceden okuyarak, sistematik bir şekilde notlar alarak, bir değerlendirme yapma fırsatı bulmadığım için, sadece bazı saptamalarımı sizlerle paylaşmak istiyorum.

Öncelikle sayın konuklarımızın kendi ülkelerindeki anayasa yargısı ile ilgili, anayasal yaşamla ilgili aksaklıkları, eksiklikleri, sorunları açık yürekle burada bize anlatmalarını, doğrusu, çok takdirle karşıladım. Özellikle Tacii-

kistan Anayasa Mahkemesi Başkanı sayın Aliyev Zarif Malakhovich ve Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı sayın Cholpon Baekova, burada büyük bir içtenlikle kendi ülkelerinin bir tür öz eleştirisini yaptılar. Bu tabii ancak bir yüksek mahkeme yargıcının, bir yüksek mahkeme başkanının kendine güveninden kaynaklanan rahatlığıyla izah edilebilir. Bir başka bize övünç veren nokta da şu olabilir: bizi o kadar kendilerinden biliyorlar ki, bizlerle sorunlarını rahatça paylaşmakta bir sakınca görmüyorlar. Bizi kardeş bildiklerinin bir göstergesi olarak, ayrıca bunu not etmekte fayda var.

Konuşmacıların konuşmalarını dinlerken aldığım notlar arasında birkaç tanesini sizlerle paylaşayım. Bizde, hepimizin bildiği gibi 65 yaş bütün yargıçlarımız için emeklilik yaşı olarak adeta bir giyotin gibidir. Konuklarımızın söylediklerinden tespit edebildiğim kadarıyla, farklı uygulamalar yapılabiliyor, Mesela KKTC’nde genel olarak 60 yaş yargıçlar için emeklilik yaşı, Yüksek Mahkeme yargıçları için 65 yaş. Bulgaristan’da ise belli görevde geçen hizmet süresine göre uygulama yapılıyor: 9 yıl. Demek ki iki sistem var; bir tanesi, belli bir yaşı emeklilik yaşı olarak tespit etmek, bir diğeri de belli bir hizmet süresini tespit etmek. Bu hizmet süresi, yanlış anlamadımsa, Bulgaristan’da 9 yıl, bazı yerde 10 yıl, bazı yerde 15 yıl. Değerli konuklarımız, bizim Anayasa Mahkememizin daha eski ve kıdemli ve tecrübeli olması sebebi ile bizden öğrenecekleri olduğunu büyük bir açık yüreklilikle söylediler. Bu, tabii bizim için onur verici bir şey; ama bizim de başkalarından öğrenecek şeylerimiz olabilir. Bu emeklilik yaşı meselesi bakımından başka ülkelerin deneyimlerinden yararlanmayı düşünmemiz zannederim fena olmaz.

Kazakistan’la ilgili bazı tespitlerim oldu. Vatandaşlıktan ihraç, vatandaşlıktan çıkarma yolu Kazakistan’da anladığıma göre, anayasayla kapatılmış durumda. Bu başka bazı devletlerin anayasalarında da vardır. Yani bir vatandaş, ne olursa olsun, vatandaşlıktan yoksun bırakılamaz şeklinde hükümler başka anayasalarda da var. Bizde ise böyle bir hüküm yok. Bilindiği üzere, Anayasaya göre, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler dolayısıyla vatandaşlıktan yoksun bırakma mümkün. Ama iftihar ederek, onur duyarak söyleyebiliriz ki Danıştay çok eski yıllardan beri bu gibi konuları “hükümet tasarrufu” saymamayı içtihat yoluyla kabul etmiştir. Vatandaşlıktan çıkarılmaya ilgili işlemlere karşı yargı yolu her zaman açık olmuştur. Zaten 1961 Anayasası’ndan sonra da bu, bir anayasa hükmü haline gelmiştir. İkinci Dünya Savaşı sırasında verilmiş çok istisnai bir karar dışında, vatandaşlıktan çıkarmaya ilgili işlemler, her zaman Danıştay tarafından denetlenmiştir; bu da Türk hukuku açısından gerçekten övünç verici bir durumdur. Yalnız bu durumu gölgeleyen çok küçük bir bulut Danışma Meclisi Üyesi sıfatıyla

üstelik hukuk profesörü unvanı da taşıyan bir zat tarafından yaratılmıştır. Kendisi Danışma Meclisi'ne bir öneri vererek vatandaşlıktan çıkarmayla ilgili işlemlerde, çıkarılanların Danıştay'a veya yargı yoluna başvurularının önlenmesini talep etmiştir; bu yolda bir önerge vermiştir. Çok şükür ki, bu öneri Danışma Meclisi'nce kabul görmemiştir; Anayasaya girmemiştir.

Kazakistan Anayasası ile ilgili bir tespit; Sayın Başkan, izah etti. Anayasa Mahkemesi değil de, Fransa'daki gibi bir Anayasa Konseyi var dedi. Yalnız, yine yanlış anlamadımsa bir tür anayasaya aykırılık itirazı yoluyla Kazakistan'da bu Konseye alt mahkemelerden başvuru yapılması imkanı varmış.

Vatandaşın diplomatik korunması ile ilgili de bir hükümden bahsettikler. Hırvatistan Anayasası'nda da, başka bazı anayasalarda da benzeri bir hüküm vardır. Buna bizim Anayasada gerek var mı yok mu, söz götürür. Şu bakımdan; bir devletin kendi vatandaşına diplomatik koruma sağlama yetkisine sahip bulunduğu zaten uluslararası hukukun geleneksel kurallarınca kabul edilmiş bir durumdur. Yani anayasanızda yazmasanız da devlet olarak bu yetkiye uluslararası planda sahiptir. Yalnız anayasaya böyle bir hüküm konursa belki vatandaşın, hükümetçe kendisine diplomatik koruma sağlanıp sağlamayacağı yolunda tereddüt halinde, devlete kendisine diplomatik koruma sağlamaya zorlama şeklinde bir hak yaratacağı düşünülebilir. Bunun da, bizim anayasamız bakımından üstünde durmaya değer bir fikir olduğunu sanıyorum.

Beni en çok ilgilendiren noktalardan birisi Tacikistan'la ilgili oldu efendim. Tacikistan Anayasa Mahkemesi, Tacikistan'ın taraf olmayı düşündüğü yahut taraf olma yolunda bir işlem başlattığı uluslararası antlaşmaları bir tür "ön denetim" yoluyla anayasaya uygunluk denetiminden geçirme yetkisine sahip. Bu, beni şahsen çok ilgilendirdi, çünkü 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında Onar Komisyonu'nda genç bir asistan olarak getir götür işlerine baktığım günlerden beri hep üzerinde durduğum bir konudur. Onar Öntasarısında da, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu tasarısında da, Siyasal Bilgiler Fakültesi tasarısında da hep bu sistem, yani Anayasa Mahkemesince yürütülen ön denetim önerilmişti. Yani, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı iddia edilemez şeklinde Anayasaya giren bugünkü hüküm vardı; ama Meclisteki belli bir çoğunluğun başvurması gibi bir durumda, Türkiye'nin taraf olması sözkonusu olan uluslararası antlaşmanın, Türk Anayasası'na uygunluğunun Anayasa Mahkemesince ön denetimden geçirilmesi öneriliyordu. Anayasa Mahkemesi'nin denetimi olumsuz sonuç verirse; yani anayasaya aykırı olduğu tespit edilirse uluslararası antlaşmaya Türkiye'nin taraf olma yolu kapatılıyordu.

Bu öneri 1961 Anayasasını hazırlayan Temsilciler Meclisi'nin ön çalışmalarında, bütün aşamalarda hep kabul edilmiştir. Dediğim gibi, Sıddık Sami Onar başkanlığındaki tasarıda da, Siyasal Bilgiler Fakültesi tasarısında da, bizzat Temsilciler Meclisi'nde birinci görüşmede de kabul edilmiştir. Fakat ikinci görüşmede, ön denetim çıkarılmış, madde bugünkü halini almıştır. Yani bir öndenetim söz konusu olmaksızın uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir.

1982 Anayasasının hazırlandığı dönemde Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden ve Hukuk Fakültesinden, aralarında benim de bulunduğum, bir grup öğretim üyesi, bir Anayasa Taslağı hazırlayıp, kitap olarak bastırmıştık. Götürüp, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonuna bizzat elden verdiğimizi hatırlıyorum. Orada da aynı yönde, ön denetim önerisi vardı; ama 1982 Anayasasını hazırlayanlarca dikkate alınmadı.

Günümüzde, 90. maddede yapılan son değişiklikle uluslararası antlaşmalar daha da bir başka değer kazanmıştır. Ben, bunda büyük bir sakınca gördüğümü ifade etmek istiyorum. Çünkü, yürütme organı, birçok uluslararası antlaşmayı Meclisten bile geçmeksizin, yürütme antlaşması denilen antlaşmalar yoluyla sonuçlandırıyor. Bunun çok sakıncalı olduğunu düşünüyorum. Anayasa Mahkemesince yürütülecek öndenetim sistemi konusunda yeniden düşünmemiz yararlı olacak, diyorum.

Sayın Başkan, vaktimi tecavüz etmek istemiyorum. Bir kere daha bu çatı altında bu konuşmayı yapmış olmaktan dolayı çok büyük bir mutluluk duyduğumu ifade edeyim. Beni davet ettiğiniz için başta sayın Başkan Tuğcu olmak üzere Anayasa Mahkemesinin bütün üyelerine teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.