

BİREYSEL BAŞVURUDA BUNALIM VE DIŞLANAN HUKUK DİZGESİ

Sami SELÇUK, 1 Ocak 2024

<https://www.karar.com/gorusler/bireysel-basvuruda-bunalim-ve-dislanan-hukuk-dizgesi-1823749>

Eski Yargıtay Birinci Başkanı Prof. Dr. Sami Selçuk, yüksek yargıda devam eden krize ilişkin değerlendirmelerde bulunuyor.

Üzülerek belirtmek gerekir ki, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, içinde bulunduğumuz Kara Avrupa hukuk dizgesini ve bu dizgenin sonuçlarını hiç gözetmeden ve bu yüzden de Anayasa'yı yok sayıcı bir karar vermiş, dolayısıyla içinde yer aldığımız Kara Avrupası hukuk dizgesinde ve düzeninde bulunmayan, deyiş yerindeyse, kendinden menkul bir yetki kullanmıştır. Bunun sonucunda da bireysel başvuru üzerine verilen AYM'nin kararına uyulmamış, bu kararların herkesi ve her makamı bağlayıcı olduğu yönündeki Anayasa'nın 138 ile 153 ve 6216 sayılı Yasa'nın 66'ncı maddeleri çiğnenmiş, milletvekili seçilen Can Atalay, cezaevinden çıkarılmak şöyle dursun, milletvekilliğinin düşürülmesi için TBMM'ye kararı "gönderme" gibi hukukta var olmayan bir yetkiye başvurulmuş, bununla da kalınmamış, hukuk dışı, dahası gülünç bir yaklaşımla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına da suç duyurusunda bulunulmuş; en önemlisi de bu çatışmalar arasında birinin davranış özgürlüğü ortadan kaldırılmıştır.

Kısaca hukuk fakültelerinde verilen başlangıç dersleri bilgisiyle çözülebilecek bir sorun, bilime başvurmadan fetvalar veren kimi hukukçuların da desteklemesiyle bu saçmalıkların sonucunda bir bunalıma dönüşmüş; ortaya çıkan hukuksal kargaşa, yapay, görünüşte ve gereksiz bir hukuksal bir çatışmaya dönüşmüş; bununla da kalmamış, insanların yargılama erkine erişim hakkı ile birlikte güvenme ve inanma duyguları da örselenmiştir.

Yaşanan bu bunalımdan başarıyla çıkan tek yargılama organı, hukukun içinde kalmayı nesnel ve ağırbaşlı bir biçimde başaran AYM'dir.

Çünkü AYM, söz konusu davada asla bir yerindelik denetimi yapmamış, salt hukuksallık açısından konuya eğilmiştir. En önemlisi de AYM, aşağıda değinilecek olan Kara Avrupası hukuk dizgesi içinde tutarlı, bu yüzden de kutlanası bir gerekçeyle hukukun ve "erkler ayrılığı ilkesi"ne dayanan "anayasanın bütünlüğü"nü tam anlamıyla ve de hukuk içinde kalarak korumuş, bu ilkelerin çiğnenmesine de göz yummamıştır.

Ancak AYM'nin her kararı, elbette tutarlı ve hukuk açısından yerinde değildir. Olmamıştır da. Sözgelimi, yıllar önce verdiği başörtüsü kararı gibi nice yanlış, dahası hukuk dışı kararlar bunun en çarpıcı örnekleridir.

Ancak olayımızda bu türden yanlış durumlar asla söz konusu değildir.

Önceden belirtelim ki, yalnızca Anayasa'nın bütünlüğü gibi, ilk görünüşte çalılımlı, ancak içerik ve sınırları belirsiz kavramlarla sağlıklı bir hukuk kurulamaz.

Geliniz, geniş bir bakış açısıyla hukuk dizgeleri (sistem) açısından konuya yaklaşalım ve bunların özüne inerek sağlıklı bir görüşe ulaşmaya çalışalım.

Ülkemizde sorunlar, sürekli vurguladığım gibi, çoğu kez kendisine “bu konuda ne biliyorum?” sorusunu sormayan insanlarca ele alınmakta, bu nedenle de yaşanan Sokrates, Descartes, Locke, Durkheim, Husserl açığı yaşayanların elinde bu sorunlar, daha da çözülemez noktalara taşınmaktadır.

Nitekim yaşanan bunalımın nedenlerinden biri budur ve içinde bulunduğumuz hukuk dizgesinin iyi anlaşılmasından ve hukuksal terimlerin, kavramların iyi bilinmemesinden kaynaklanmaktadır.

Bu vesileyle aşağıdaki noktaları anımsatmak gereğini duymaktayım.

Türkiye, Tanzimat sonrası Batı hukuku ile dirsek dokunuşları yaşamış, Cumhuriyet ile birlikte Kara Avrupa'sı hukuk dizgesinin (sistem) içinde yer almıştır.

Bu hukuk dizgesinde ise küresel bir hukuk terimi olarak “yüksek mahkeme” kavramı, bu adla anılan bir kurum yoktur. Hiçbir zaman da olmamıştır. Aşağıda değinileceği üzere, olamaz da. Bu yüzden kimi hukukçuların ve bilim insanlarının ülkemizde bu terimi kullanmaları, kavramlar diline uymamaları, bağışlanamaz, ağır bir yanılığdır. 1961 ve 1982 anayasalarını yapanların bu terimi kullanmaları ise, bir hukuk faciası; kendilerine “ben bu konuda ne biliyorum?” sorusunu sormaksızın yargılarda bulunanların, Sokrates, Descartes açığı yaşayanların yanlış bir yöntemi, yaklaşımı, dolayısıyla yetersiz hukuk bilgisinin en çarpıcı örneklerinden biridir.

Gerçekten Anglo-Sakson hukuk dizgesinin benimsendiği ülkelerde, hukuk, yasalaştırmanın (codification, codificazióne) değil, hukukun temel kaynakları arasında yer alan gelenek ve göreneklerin, mahkemelerin ürettiği görüşlerin, içtihatların ürünüdür. Bu dizgede, kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı yoktur. Hiç mi hiç olmamıştır da. Çünkü hukukun yukarıda özetlenen yapısı buna izin vermemektedir. Dolayısıyla bu dizgede hukuk bölünemez bir

bütündür, tektir. Bütün bunların sonucu olarak bu dizgeyi benimsemiş olan devletlerde, ülkelerde “yargılama erkinin birliği / tekliği ilkesi” (principe de l'unité de la juridiction, principio di unità della giurisdizione) tam anlamıyla yaşama geçirilmiştir. Bunun somut sonucu ve örneği ise, bu dizgenin benimsendiği ülkelerde, devletlerde hukukun bütün alanlarında son sözü söyleyen tek bir mahkemenin bulunmasıdır. İşte bu mahkemenin adı, “yüksek mahkeme”dir (Cour suprême, Supreme court, Corte suprema, Corte suprema). Dolayısıyla Anglo-Sakson hukuk dizgesinde (ABD, Kanada, İngiltere, İskoç, İsveç, Norveç, Danimarka, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vb.) tek bir yüksek mahkeme vardır. Yüksek mahkemenin özelliği, adli, idari ve anayasal yargılamaların hepsini yapmaya yetkili olmasıdır. Bu örgütlenmenin en çarpıcı somut sonucu da şudur: Herhangi bir ilk mahkeme, uygulayacağı yasanın ya da tüzüğün bir maddesinin anayasaya ya da bir yasaya aykırı olduğu kanısına ulaşırsa, gerekçesini göstererek o maddeyi uygulamaktan vazgeçebilir; bir hak ve özgürlüğün çiğnendiği kanısına ulaşırsa, bu konuda da kararını verir ve bunun sonuçlarını da açıklar. Çünkü o sorunların, benimsenen dizgenin gereği olarak eninde sonunda tek ve biricik mahkeme olan Yüksek Mahkemenin önüne geleceği varsayılır.

Nitekim Başkan Trump’ın bir kararını, o dönemde bir ilk mahkeme iptal etmiş, bu bilgi, basına da yansımıştı.

Buna karşılık Roma-Cermen hukuk anlayışının ürünü olan Kara Avrupa’sı hukuk dizgesinde, Anglo-Sakson dizgesinin tam tersine, hukuk, yasalaştırılmıştır (codifié). Temel kaynak, yazılı yasalardır. Mahkemelerin görüşleri (içtihat), gelenekler, görenekler ise yardımcı kaynaklardır. Bu dizgede kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı, vazgeçilemez bir ayrım olup, yargılama erkinin örgütlenmesinde ve uygulamada önemli bir işlev görmektedir. Dolayısıyla bu ülkelerde tek bir “yüksek mahkeme” yoktur. Hukukun bu yapısal ayrımının sonucu olarak, söz konusu hukuk dizgesinde yalnızca kendi alanlarında son sözü söyleme yetkisi olan ve üç ayrı görevi yerine getiren üç ayrı mahkeme ortaya çıkmış; “yargılama erkinin birliği / tekliği ilkesi” hiçbir zaman uygulamaya yansıtılmamıştır. Bu mahkemeler, eşit düzeyde oldukları, birbirlerini denetleyemediği için, bunların hiçbirisi yüksek sayılmamakta, sayılmamaktadır: Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi.

Bunlardan adliye mahkemelerinin kararlarını denetleyen Yargıtay (Cour de cassation, Corte di cassazione), kapsama alanı açısından hukukun hemen her dalında, yurttaşlar (medeni), ceza, borçlar, icra ve iflas, iş, yargılama hukuku vb. hükümleri denetler ve bu alanlarda hukukun yorum ve uygulanmasında son sözü söyler. Dolayısıyla alanı ve işi en çok olan üst denetim

mahkemesi, Yargıtay'dır. Nitekim bu gerekçeye dayanılarak 1961 Anayasa'sı, Yargıtay'la ilgili düzenlemeyi, yargılama erki bölümünün başında ele almıştır.

İdare mahkemelerinin kararlarını denetleyen Danıştay (Conseil d'Etat, Consiglio di Stato) ise, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi gibi, yalnızca kendi alanını ilgilendiren konularda idari mahkemelerce verilen kararları denetler, bu alanda hukukun uygulanması ve yorumu konusunda son sözü söyleyen, Devlete yol gösteren, hukuksal danışma ve denetim görevini yerine getiren bir yargılama organıdır.

Anayasa Mahkemesi (Cour constitutionnelle, Corte Costituzionale) ise, kural olarak yasaların anayasaya aykırı olup olmadığına, hak ve özgürlüklerle ilgili ihlallere bakan ve salt anayasal hukuk, hak ve özgürlükler açısından yaklaşarak hukukta son sözü söyleyen bir mahkemedir.

Özetle bu üç ayrı mahkemenin alanları da, yetkileri de birbirinden özenle ayrılmıştır. Nasıl Yargıtay ya da Danıştay, hak ihlali konularında karar veremezse, AYM de insan öldürme suçunda, boşanma ya da bir yönetmeliğin iptali konusunda karar veremez.

Bu üç denetim mahkemesinin kararlarına elbette herkes ve öbür yargılama organları da, birbirlerinin alanlarına girmeksizin ve ayaklarına basmaksızın, uymakla yükümlüdür. Eğer bunlar birbirinin ayağına basmaya kalkışırsa, sözgelimi, aralarında bir görev uyuşmazlığı çıkarsa, bu sorunu çözmek için, bir başka mahkeme daha kurulmuştur: Uyuşmazlık Mahkemesi (Tribunal de conflit, Tribunale di conflitto).

İşte ülkemizde yaşanan olay, Anglo-Sakson hukuk dizgesiyle Roma-Cermen hukuku dizgesine dayanan Kara Avrupası hukuk dizgesi arasındaki bu ayrımın ve sonuçlarının gözetilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Nitekim bu ayrım, Yargıtay'ın kuruluşunun 125'inci yılını kutlanırken resmen ortaya çıkmıştı. Gerçekten yapılacak törene yüksek mahkeme başyargıçları da çağrılmış, ancak bunların hiçbir gelmemişti. Kanada Yüksek Mahkeme Başyargıçısı ise, bunun nedenini yazılı olarak bildirmişti: "Yargıtay yüksek mahkeme değildir."

Görülüyor ki, tartışılan olayda yaşananlar, bu hukuk dizgesi ayrımının iyi bilinmemesinden ve uygulamaya da iyi yansıtılmamasından; bu bağlamda hukuk dizgeleri arasındaki ayrımın gözetilmemesinden, hukuk kavramlarının birbirine karıştırılmasından kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte ilk mahkeme ile Yargıtay'ın hukukun köklerine ve özüne aykırı kararları nesnel ve bilimsel açıdan iyi değerlendirilebilirse kimi sağlıklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Her şeyden önce "yargılamanın birliği ilkesi"nin önemi anlaşılacak, hukuk düzeni yaşananların

ve bilimin ışığında yeniden değerlendirilip örgütlenecek; en azından yargılama organlarındaki yaşanan çatışmaları önlemek için kurulan “uyuşmazlık(lar) mahkemesi”nin (tribunal des conflits, tribunal de conflictos, tribunale di conflitto) yapısı yeniden gözden geçirilecektir.

Olayımızda yaşananlar özetlediğimizde ise, AYM, yerinde olarak ihlal kararı üzerine gereğinin olabildiğince en kısa sürede yerine getirilebilmesi için kararını yetkili ilk mahkemeye, yani İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine ulaştırmış, mahkeme ise, kararın hüküm fıkrasını hemen uygulayacak yerde, sanki araştırılacak bir şeyler varmış gibi, dosyanın Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nde bulunduğu gerekçesiyle -aslında bahanesiyle, sözde gerekçeyle- durumu özel daireye aktarmıştır.

Bu olayın uygulamayla ilgili hukuksal özeti, daha önce de bu sayfalarda yazdığım gibi, şudur: İlk mahkeme ve Yargıtay özel dairesi, sadece ve sadece Anayasa Mahkemesinin “ihlal vardır” diyen hüküm fıkrasına uyacak ve özgürlüğü sınırlamaya son verecektir. Bunu yapacak yerde, hukuk dışı gerekçe ve kimi siyasetçilerin de desteklediği “Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesini bekleme” bahanesine dayanan bir duruş sergilemesi hukuka bütünüyle aykırıdır.

Zira bu tutum, kaba bir yanlış olmanın da ötesine geçen bir duruştur. Çünkü bu tür olaylarda, ilk mahkeme ve Yargıtay’ın özel dairesinin gerekçeyi değerlendirme yetkisi kesinlikle yoktur. Olamaz da. Dolayısıyla böyle bir bahaneyle yapılan her geciktirme işlemi, “yetki aşımı”yla (excès de pouvoir, eccesso di potere) sakat ve yaptırımını da “kesin geçersizlik” (mutlak butlan, nul absolu) olan bir işlemdir.

İlk mahkeme yargıçları dâhil, eğer bir hukukçu AYM’nin kararını eleştirmek gereğini duyarsa, bunu inceler ve elbette kendi görüşünü bir yayın organında yayımlayabilir. Ancak yargılama yetkisini kullanırken, Anayasa’nın “bağlar” diyen kesin buyruğunu çiğneyerek özel görüşünü asla bir yargı kararına dönüştüremez ve uygulama alanına aktaramaz.

Ancak görünen ve yaşanan o ki, bizim ülkemizde bu ilkeler geçersizdir. Nitekim zaman zaman kimi hukukçuların anlayamayacağı çapta ülkemizin büyük hukukçularının ayakları, bu küresel ilkeleri bile çiğnemekte, hatta onları aşmakta çok ustadır.

Ancak ben, dünyanın hiçbir ülkesinde olmayan hemen her gün “Eski tutanaklar okundu, duruşma sürdürüldü...” ya da “Duruşmada edinilen vicdanı kanıya göre” değil, “Dosya okunarak karar verildi” diyerek hüküm kuran; “Yaşamda en doğru yol gösterici, bilimdir” sözlerini dillerinden düşürmedikleri ve hatta sık sık “Atatürkçüyüm” diyerek öğündükleri halde, “bilim başka, uygulama başka” gibi sözlerle kendinden menkul bir hukuk, hatta “içtihatları birleştirme” gibi dünyada örneği görülmemiş bir kurum yaratan, “yüksek

mahkeme”den söz ederek kavram yetersizliklerini ortaya koyan, Anayasa’nın yorumu yasaklayan (m. 153/son) maddesini bile bozup yozlaştıranların ülkesinde yaşananları hiç mi hiç yadırgamamaktayım.

Son çözümlemede incelenen olayda aşağıda sergilenen üç ağır ve hukuka aykırı sonuç doğmuştur:

- 1- Gündeme geldiğinde hemen her hukukçunun alkışlarla karşıladığı AYM’ye “bireysel başvuru” yolu, hak ve özgürlükleri yaşatacak yerde bütünüyle örselenmiş, en azından geçici de olsa, dışlanıp çökertilmiştir.
- 2- Adli yargılama, anayasa boyutta hukuk çizgisinden sapmıştır.
- 3- “Hukuk ve Devlet, insan içindir” iddiasıyla yürüyen demokratik bir ülkede, hukukun ve de bu kararın başat öznesi olan bir insan (milletvekili), hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun kılınmıştır.